

Juristische Wochenschrift

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

Das Filmrecht als Lehr- und Forschungsaufgabe der Deutschen Filmakademie

Von Dr. jur. Georg Roeber, Berlin

In diesen Tagen öffnet die Deutsche Filmakademie in der Filmstadt Babelsberg ihre Pforten den Studierenden und Gasthörern des ersten Semesters.

Das ist ein Ereignis von allgemeiner Bedeutung. Denn kein Land außerhalb Deutschlands besitzt eine solche Institution, und für kein anderes Land sind Aufgaben und Ziele so gestellt, wie sie der Errichtungserlaß des Führers und Reichskanzlers v. 18. März 1933 (RGBl. I, 305) festlegt: „Zur Sicherung der Fortentwicklung des Filmwesens, insbesondere der Filmkunst im Geiste des Nationalsozialismus, wird die Deutsche Film-Akademie mit dem Arbeitsinstitut für Kulturfilmschaffen als Anstalt des Reichs errichtet.“

Für die Rechtswissenschaft hat das Ereignis eine besondere Bedeutung. Denn mit dem ersten Studiensemester der Filmakademie beginnen die Vorlesungen im Filmrecht und die Vorträge für die Schaffung eines Instituts für Filmrecht.

Bisher wurden wohl hier und da an Universitäten in Vorlesungen und Übungen Probleme des Filmwesens, darunter auch solche rechtlicher Art, mitbehandelt. Aber der Film stand dabei mehr in der Bedeutung eines peripherischen Problems anderer Erscheinungen. Man stieß zu ihm von anderen als den filmeigenen Grundlagen aus vor. Die Zeitungswissenschaft, die Theaterwissenschaft, die Statistik nahmen sich seiner an. Man sah in ihm eine neue Form der Photographie (Lufbild) oder einen Ableger der Bühne oder ein bloßes technisches Mittel der Wiedergabe anderer Werke (Buch und Musik), ähnlich der Vielfältigkeit durch Druck oder Schallplatte. Derartige Vorstellungen sind bis heute nicht verschwunden. Aus ihnen heraus glaubte man Lösungen in unstrittenen Filmrechtsfragen gewinnen zu können, insbesondere innerhalb des Urheberrechts (Filmwerkbegriff, Filmurheberrecht, Rechtsbegriff der Verfilmung, Analogie zum Verlagsrecht u. dgl. m.). Selbst die Gesetzgebung spiegelt sie wider. So spricht noch der im Jahre 1910 der damaligen Revidierten Berner Übereinkunft (Berliner Fassung) nachgebildete § 15 a des geltenden KunstSchG. in bezug auf das Filmwerk von einer Anordnung des „Bühnenvorganges“.

Zum ersten Male werden jetzt die rechtlichen Vorgänge und Probleme auf dem Gebiete des Filmwesens in einer eigenen Disziplin zusammengefaßt und mit ihr auf filmeigene Betrachtungs- und Erkenntnisgrundlagen gestellt. Was damit gemeint ist, sei an folgendem Beispiel erläutert:

Zu einer Zeit, als lediglich der Stummfilm bekannt war (vor 1928), wurde das rechtliche Wesen des Films aus der Gleichsetzung mit der Pantomime gewonnen. Über die Analogie zur Pantomime ließ sich „der“ Film unschwer den Werken der Literatur einordnen. Dann kam der Tonfilm. Er enthielt das Wort, so daß die Analogie zur Pantomime entfiel. Er enthielt auch Werke der Tonkunst, die den rechtlichen Gegensatz zu den Werken der Literatur bilden. Entweder mußte der Literaturbegriff für den Tonfilm aufgegeben oder es mußte die Musik vom Tonfilm rechtlich ab-

getrennt werden. Die Eigenart des Tonfilms bestand und besteht aber gerade darin, daß er eine synchronistische Werk-einheit von Ton- und Bildvorgängen ist. Die Erkenntnis dieser Eigenart führte dazu, daß die Filmzensur nicht nur die Bildvorgänge, sondern den ganzen Film in der Bedeutung einer synchronistischen Werk-einheit auf die Verbotgründe hin überprüfte. Für das Urheberrecht dagegen setzte sich diese Erkenntnis nicht durch. Nach dem Tonfilmurteil des RG. v. 5. April 1933 (RGZ. 140, 231 ff. = JW. 1933, 1396¹² m. Anm.) ist der Tonfilm rechtlich kein „Film“, sondern Bearbeitung eines Literaturwerkes und Bearbeitung eines Ton-kunstwerkes. Wäre auch hier die rechtliche Beurteilung von der filmeigenen Erkenntnisgrundlage her gewonnen worden, so gäbe es nicht ein Nebeneinander von Filmrechtsbegriffen, die je nach dem Anwendungsgebiet verschieden sind, sondern es gäbe einen einheitlichen Rechtsbegriff „Film“, der der Eigenart des filmischen Vorganges entspricht.

Das Beispiel läßt erkennen, daß Lehre und Forschung miteinander verbunden sein müssen, wenn das Filmrecht mehr sein soll als eine Querschnittsammlung und Querschnittsbe-trachtung rechtlicher Bestimmungen in ihrer Anwendung auf den Film. Das ist der Grund, warum bei der Deutschen Filmakademie und in ihrem Rahmen neben dem Filmrecht als Lehrfach das Institut für Filmrecht als wissenschaftliche Forschungsstätte geschaffen wird.

In der Lehrgruppe wird das Gesamtgebiet des Film-rechts in Grund- und Spezialvorlesungen sowie in semina-ristischen Übungen behandelt. Die Grundvorlesungen sind obli-gatorisch für die Studierenden aller Fakultäten. Jeder dieser Berufsstandsanwälte, gleichviel auf welchem Filmgebiete er später einmal tätig wird, erhält so eine allgemeine Orien-tierung über die rechtlichen Vorgänge und Probleme des Filmwesens. Daneben hat er die Möglichkeit, Spezialvor-lesungen zu hören, die ihm für sein späteres Arbeitsgebiet von Nutzen sind. So wird sich der (zukünftige) Filmschrift-steller, Filmkomponist oder Filmarchitekt mit dem Urheberrecht, der Filmregisseur mit dem Zensurrecht, der Produktions- oder Aufnahmeleiter mit dem Arbeits- und Kontingentrecht, der Filmkaufmann mit dem Wirtschafts-, Devisen- und Steuer-recht, der Filmtechniker mit dem Patentrecht näher befassen. Auch der Rechtsstudent oder der bereits tätige Rechtswahrer hat, sofern er einen mindestens dreifemestriigen Besuch einer deutschen Universität oder Handelshochschule nachweist, Ge-legenheit, sein Wissen nach der Seite des Films und hier wiederum des Filmrechts zu ergänzen, sei es als Studieren-der, sei es als Gasthörer der Filmakademie.

Das Institut für Filmrecht wird mit einem auf die Be-fähigung zu wissenschaftlicher Arbeit sorgfältig überprüften Personenbestand zu arbeiten haben. In seinem Rahmen wer-den Dissertationen und sonstige Abhandlungen über Fragen des deutschen, ausländischen und internationalen Filmrechts angeregt werden und entstehen. Hier werden nach und nach

die einschlägigen Gesetze, Kommentare, Zeitschriften, Gerichtsentscheidungen, Typenverträge und Monographien des In- und Auslands gesammelt und der Forschungsarbeit erschlossen werden. In Vortragszyklen und über korrespondierende Mitglieder wird der wissenschaftliche und fachliche Meinungs- und Erfahrungsaustausch, insbesondere mit dem Ausland, gepflegt werden. Es ist daran gedacht, die Ergebnisse der vielfältigen Arbeiten in einer eigenen Schriftenreihe des Instituts festzuhalten und sie darüber wieder den Studierenden der Filmakademie zugänglich zu machen.

Danach beantwortet sich von selbst die Frage, ob die Filmakademie mit der Einfügung des Filmrechts in ihren

vierjehnjährigen Studiengang etwa eine Ausbildung zum „Filmrechtswahrer“ beabsichtigt. Sie hat nicht diese Absicht und könnte sie auch gar nicht haben. Sie wendet sich primär an den Berufsstand des deutschen Films und stellt sich lediglich fachlich ergänzend dem Rechtswahrer zur Verfügung. Der Aufgabenbereich der Universitäten und einschlägigen Hochschulen für die Ausbildung des Rechtswahrers wird nicht beeinträchtigt. Wohl aber sollten die jetzt hervortretenden Möglichkeiten für eine enge und fruchtbringende Zusammenarbeit zwischen diesen traditionellen Stätten der Lehre und Forschung und der neugeschaffenen Lehr- und Forschungsstätte des Filmwesens von beiden Seiten genutzt werden.

Tantiemefreiheit bei Musikaufführungen von Vereinen

Von Rechtsanwalt Dr. Wilhelm Ritter, Berlin.

Bei der Veranstaltung von Vereinsfestlichkeiten ist stets zu bedenken, welche Verpflichtungen dem Verein aus der Veranstaltung erwachsen, weil sonst der Vereinshaushalt in Mitleidenschaft gezogen werden kann. Zu den unvorhergesehenen Ausgaben, mit denen vielfach nicht gerechnet zu werden pflegt, gehört die Ausgabe für die Musikaufführungsrechtegebühren, die in Deutschland an die „Stagma“ zu entrichten sind (vgl. das Gesetz über Vermittlung von Musikaufführungsrechten v. 4. Juli 1933 [RGBl. I, 452]). Musikaufführungen bedürfen nämlich auch im Rahmen eines Vereinsfestes nach dem Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst der Genehmigung der Komponisten und Textdichter, soweit das Gesetz nicht in gewissen Fällen Ausnahmen vorsieht (§ 11 Abs. 2 UrhG.). Ist die Musikaufführung genehmigungspflichtig, so muß sich der Verein vorher an die Stagma wenden und mit ihr einen Vertrag schließen. Der Verein erhält dann tarifmäßig günstigere Bedingungen, als wenn er etwa sich von einer Kontrolle überraschen läßt und schließlich im Prozeßwege zur Zahlung der für diesen Fall vorgesehenen höheren Gebühren gezwungen wird.

Unter gewissen Voraussetzungen braucht ein Verein jedoch die Genehmigung der Stagma nicht herbeizuführen. Folgende Aufführungen sind nämlich nicht genehmigungspflichtig:

- Aufführungen von Werken, deren Text und Kompositionen bereits schutzfrei geworden sind (§§ 29 ff. UrhG. und Gesetz zur Verlängerung der Schutzfristen im Urheberrecht v. 13. Dez. 1934 [RGBl. I, 1395]),
- nicht öffentliche Aufführungen (§ 11 Abs. 2 UrhG.),
- öffentliche Aufführungen, die keinem gewerblichen Zweck dienen und bei denen die Hörer ohne Entgelt zugelassen werden (§ 27 Abs. 1 S. 1 UrhG.),
- die Aufführungen bei Volksfesten (mit Ausnahme der Musikfeste) (§ 27 Abs. 1 S. 2 Ziff. 1 UrhG.),
- Wohltätigkeitsaufführungen, deren Erträge ausschließlich Wohltätigkeitszwecken dienen und bei denen die Mitwirkenden keine Vergütung für ihre Tätigkeit erhalten (§ 27 Abs. 1 S. 2 Ziff. 2 UrhG.),
- Vereinsveranstaltungen, bei denen nur die Mitglieder sowie die zu ihrem Hausstand gehörigen Personen als Hörer zugelassen werden (§ 27 Abs. 1 S. 2 Ziff. 3 UrhG.),
- Aufführungen, bei denen nur Rundfunkmusik oder Schallplatten zu Gehör gebracht werden.

Im einzelnen sei hierzu folgendes bemerkt:

Zum Fall a):

Die Schutzfrist, innerhalb deren nach dem Gesetz das Urheberrecht an den veröffentlichten schutzfähigen Werken geschützt wird, betrug im Deutschen Reich bis zum 31. Dez. 1934 30 Jahre. Durch das oben erwähnte Reichsgesetz vom

13. Dez. 1934 wurde sie auf 50 Jahre verlängert. Die damals schon frei gewordenen Werke blieben jedoch auch weiterhin frei. Die Feststellung, ob ein Werk frei vom Schutz ist, ist nicht immer leicht zu treffen. Die Schutzfrist beginnt mit dem Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Urheber gestorben sind oder das Werk nach ihrem Tode veröffentlicht worden ist. Soll ein Werk mit Text aufgeführt werden, so ist zu prüfen, ob der Text ebenfalls Schutzfreiheit erlangt hat. Vielfach sind zwar die Kompositionen und auch die Texte schutzfrei, die Bearbeitung, die das Werk für Aufführungen im Rahmen eines Vereins erst zugänglich gemacht hat, aber noch geschützt. Wer ein schutzfreies Werk derart bearbeitete, daß die Bearbeitung als eigentümliche Schöpfung angesehen werden muß, wird nämlich von dem Gesetz genau so geschützt wie der ursprüngliche Urheber. Auch für die Aufführungen solcher Bearbeitungen ist die Genehmigung der Stagma herbeizuführen (vgl. Hoffmann-Ritter, „Das Recht der Musik“¹⁾ unter dem Stichwort „Schutzfrist“ S. 130 und unter dem Stichwort „Bearbeitung“ S. 28 ff.).

Es ist daher oft recht schwierig, ein Programm zusammenzustellen, von dem mit Sicherheit gesagt werden kann, daß diese Aufführung keiner Genehmigung bedarf. In Frage kommen vor allem die Werke unserer großen Musikklassiker in ihrer Originalfassung.

Meist wird der Verein aber, da die Hörer auch neue, vor allem moderne Tanzmusik wünschen, genötigt sein, auch geschützte Musik auf seinen Veranstaltungen zu Gehör zu bringen. Wie weit hier die Möglichkeit besteht, ohne Genehmigung der Stagma zu musizieren, richtet sich nach den oben zu b—g genannten Ausnahmefällen.

Zum Fall b):

Eine Aufführung ist öffentlich, wenn sie sich an einen im einzelnen nicht bestimmbareren Kreis von Personen richtet. Nicht öffentlich und daher genehmigungsfrei ist dagegen eine Veranstaltung im häuslichen Kreise oder bei starker innerer Gebundenheit der Teile. Als nicht öffentlich kann z. B. das Musizieren von aktiven Vereinsmitgliedern eines Musikvereins ohne Zuhörer angesehen werden. Dagegen sind Vereinsaufführungen vor passiven Mitgliedern und vor geladenen Gästen regelmäßig öffentlich. (Näheres zum Begriff der Öffentlichkeit s. Hoffmann-Ritter a. a. O. unter dem Stichwort „Öffentlichkeit“ S. 90.) Allerdings sind Entscheidungen beauftragt worden, die hier einen den Vereinen günstigeren Standpunkt vertreten haben; diese Rechtsprechung hat sich aber bei dem in Fragen des Musikrechts maßgebenden LG. Berlin nicht durchzusetzen vermocht (vgl. LG. Berlin 221 S 4707/34). Die Beweislast dafür, daß es sich um eine nicht öffentliche Wiedergabe gehandelt hat, trifft den Ver-

¹⁾ Verlag W. Moeser Buchhandlung, Leipzig.

anfallter; wenn Kontrollbeamte der Stagma anstandslos zu einer Veranstaltung zugelassen worden sind, beweist dies die Öffentlichkeit (so auch das erwähnte Urteil).

Zum Fall e:

Für unentgeltliche, nicht gewerbmäßige Aufführungen sieht das Gesetz eine Ausnahme vom Grundsatz des Verbotes öffentlicher Aufführungen ohne Einwilligung der Stagma vor. Wenn ein Verein also, ohne Eintrittsgeld zu erheben, Musikaufführungen veranstaltet, die gemeinnützigen Charakter tragen, so bedarf er hierzu keiner Genehmigung. Auch öffentliche Umzüge von Vereinen mit Musikkapellen fallen hierunter.

Allerdings genügt es nicht, daß der Verein selbst kein gewerbliches Interesse an der Veranstaltung hat. Nach der Rechtsprechung des RG. wird eine Aufführung schon dann als gewerbmäßig angesehen, wenn ein Dritter, z. B. ein Gastwirt, gewerbliche Vorteile aus der Aufführung zieht und dies dem Verein bekannt ist. Vereinsveranstaltungen, die in dem Rahmen eines Gastwirtsbetriebes stattfinden und bei denen die Teilnehmer Speisen oder Getränke zu sich nehmen, sind genehmigungspflichtig, weil der Verein damit rechnen muß, daß der Gastwirt aus der Musikveranstaltung gewerbliche Vorteile zieht. Der Verein kann sich daher auf die Unentgeltlichkeit des Zutritts seiner Gäste und die eigene gemeinnützige Tendenz nicht mehr berufen.

Neben dem fehlenden gewerblichen Zweck ist es weiterhin notwendig, daß die Hörer ohne jedes Entgelt zugelassen werden, auch die Unkosten dürfen nicht durch Umlagen, Unkostenbeiträge, Sammlungen, Einkassierung von Spenden, Verkauf von Abzeichen, Erinnerungszeichen u. dgl. gedeckt werden. Ein Entgelt kann auch darin liegen, daß Garderobengebühren über die Kosten der Garderobenbedienung und Programmgebühren über die Druckkosten hinaus gefordert werden. Selbst in Mitgliedsbeiträgen kann ein Entgelt liegen, wenn sie besonders zur Finanzierung der Veranstaltung erhoben werden (vgl. Hoffmann-Ritter a. a. D. unter den Stichworten „Unentgeltliche, nicht gewerbmäßige Aufführungen“ S. 156 ff. und „Vereinsaufführungen“ S. 174).

Zum Fall d:

Musikaufführungen sind auch genehmigungsfrei, wenn sie bei wirklichen Volksfesten stattfinden. Das Volksfest muß ein Fest aller örtlichen Volksschichten sein. Es muß aus dem Volke heraus entstanden, durch das Volk selbst stets von neuem gefeiert und erhalten werden. Patriotische Feiern, Ausstellungen, Märkte und Messen sind keine Volksfeste im Sinne des Gesetzes. Die Musikaufführung muß nicht nur bei Gelegenheit des Volksfestes stattfinden, sondern Bestandteil der allgemeinen Festesfreude sein. Sie muß daher inhaltlich, räumlich, und zeitlich mit dem Fest in enger Verbindung stehen. Als hauptsächlich örtliche Festlichkeiten in diesem Sinne kommen z. B. der Rheinische Karneval und die Rheinische Kirmees, die süddeutsche Kirchweih und das Oktoberfest in München, die Schützenfeste in der Mark und in Schlesien in Frage. Die Rechtsprechung zu den einzelnen örtlichen Festen ist sehr uneinheitlich, was auf die Verschiedenheit der örtlichen Feste zurückzuführen ist. (Näheres hierzu s. Hoffmann-Ritter a. a. D. unter dem Stichwort „Volksfest“ S. 193 ff. und Ritter in Ufita 8 S. 149 ff.).

Zum Fall e:

Wohltätigkeitsaufführungen bedürfen keiner Genehmigung, wenn die Mitwirkenden keine Vergütung für ihre Mitwirkung erhalten und der Ertrag ausschließlich für Wohltätigkeitszwecke bestimmt ist. Wohltätig ist hierbei im Sinne von charitativ zu verstehen. Nicht jede gemeinnützige Veranstaltung ist also eine Wohltätigkeitsveranstaltung. Der Zweck muß vielmehr die Unterstützung minderbemittelter Bevölkerungsteile in irgendeiner Form sein. Soll der Ertrag zur Unter-

stützung von Forschungen, zur Förderung des Vereinswesens oder dgl. verwendet werden, so handelt es sich nicht um eine Wohltätigkeitsaufführung im Sinne des Gesetzes.

Unter dem Ertrag der Veranstaltung ist nicht der Nettoertrag, sondern der Bruttoertrag zu verstehen. Es ist daher nicht zulässig, aus dem Ertrag vorher die Unkosten zu bestreiten. Der Verein muß vielmehr notfalls den Nachweis führen, daß die gesamten ungeschmälernten Einnahmen Wohltätigkeitszwecken zugeführt wurden.

Die Mitwirkenden, bei Verhinderung auch deren Ersatzkräfte, dürfen keine Vergütung erhalten. Mitwirkende sind alle, die an der Musikaufführung selbst beteiligt sind, z. B. Dirigenten, Orchestermitglieder, Sänger. Dagegen gehören nicht zu den Mitwirkenden: Kellner, Garderobefrauen usw. Als Vergütung ist nicht nur ein besonderes Honorar, sondern auch der Ersatz von Aufwendungen für Reisekosten, Aufenthaltsspesen und Zehrgeldern anzusehen (s. Hoffmann-Ritter a. a. D. unter dem Stichwort „Wohltätigkeitsaufführungen“ S. 202 ff.).

Zum Fall f:

Die normale Vereinsveranstaltung, bei der außer Mitgliedern und Familienangehörigen auch Gäste teilnehmen — mögen sie auch von Mitgliedern eingeführt und nur in beschränkter Anzahl zugelassen sein —, ist nicht privilegiert. Wenn die Vereinsaufführung genehmigungsfrei sein soll, dürfen vielmehr ausschließlich die Mitglieder selbst und die zu ihrem Hausstand gehörigen Personen teilnehmen. Es braucht sich nicht um einen Musikverein zu handeln, auch andere Vereine, besonders Turn- und Sportvereine, können sich auf diese Bestimmung berufen, wenn nur ihre sonstigen Voraussetzungen gegeben sind.

Vereinsmitglieder sind solche Personen, die einem Verein ständig angehören und nicht etwa nur, um der betreffenden Aufführung beizuwohnen, eine „Mitgliedskarte“ erworben haben. Zu den Hausstandsangehörigen sind alle Personen zu zählen, die mit einem Vereinsmitglied zusammen wohnen und leben, also in derselben Wohnung lebende Familienangehörige, Hausangestellte, Adoptiv- und Pflegekinder; dagegen nicht Besuch, Untermieter und Aufwartepersonal. Besuch gehört auch nicht zum Hausstand, wenn er sich längere Zeit in der Familie des Vereinsmitgliedes aufhält (vgl. Hoffmann-Ritter a. a. D. unter dem Stichwort „Vereinsaufführungen“ S. 174 ff.).

Zum Fall g:

Nach § 22a UrhG. können Vorrichtungen zur mechanischen Wiedergabe von Musikstücken, insbesondere also Schallplatten für Grammophon, die auf Grund einer Erlaubnis oder Lizenz des Urhebers hergestellt sind, ohne weiteres erlaubnisfrei zu den öffentlichen Aufführungen benutzt werden.

Auch Rundfunksendungen können ohne weitere Genehmigung der Stagma wiedergegeben werden. Nach der bekannten Entscheidung des RG. (RGZ. 136, 377 = JW. 1933, 1649⁵) enthält die Lautsprecherwiedergabe eines Tonkunstwerkes nicht eine nochmalige Neufassung, die genehmigungspflichtig wäre. Sie ist vielmehr nur eine weitergehende Verbreitung der Rundfunksendung (vgl. Hoffmann-Ritter a. a. D. unter den Stichworten „Mechanische Musikinstrumente“ S. 76 und „Rundfunk“ S. 109 ff.).

Die Möglichkeiten für einen Verein, ohne Genehmigung der Stagma Musikaufführungen zu veranstalten, sind danach ziemlich beschränkt. Bei der Auslegung des Gesetzes ist allerdings in Zukunft zu beachten, daß die Begrenzungen des Urheberrechts, d. h. die Vorschriften, die der Allgemeinheit die Benutzung des Werkes gestatten, nicht mehr wie früher eng als Ausnahmenvorschriften auszulegen sind, sondern dem Urheberrecht selbst gleichgeordnet gegenüberstehen.

Unterbricht die Anmeldung von Hypothekenzinsen in der Zwangsversteigerung die Verjährung?

Von Rechtsanwalt Hermann Lucas, Berlin

Da § 209 Abs. 1 Ziff. 5 BGB. jede Vornahme einer Vollstreckungshandlung und jeden Antrag auf gerichtliche Zwangsversteigerung ausdrücklich mit der Wirkung der Unterbrechung der Verjährung ausstattet, sollte man eigentlich meinen, daß an der Bejahung dieser Frage kein Zweifel möglich ist. Die Bejahung war auch bis vor kurzem einmütig herrschende Meinung. Sie ist wohl zuerst ausgesprochen und begründet worden vom OLG. Stettin in LZ. 1911, 954; dem haben sich angeschlossen die Kommentare von Staudinger (10. Aufl., § 209 Anm. 17), Palandt (4. Aufl., § 209 Anm. 2c) und Soergel (§ 209 Anm. 3e), ferner OLG. Kiel: JW. 1933, 2017⁶ und 1934, 622⁵ (623). Von Entsch. des RG. ist wohl nur Gruch. 50, 1200 (1202) einschlägig. Auch dort ist die herrschende Meinung mindestens nicht mißbilligt; man kann aus der Entsch. sogar eine Billigung herauslesen. Denn dort ist (für das Recht des BGB.) eine Anmeldung zu einer ZB. nur aus dem Grunde für zur Unterbrechung der Verjährung nicht geeignet erklärt worden, weil es sich „im gegebenen Falle nicht um einen gesetzlich zulässigen Akt der Zwangsversteigerung handelte“, weil nämlich in jenem Falle versehentlich ein rein persönlicher Anspruch, der gar kein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück gewährte, gleichwohl in der ZB. angemeldet, zugelassen und berücksichtigt worden war. Dies hat das RG. mit Recht für einen unzulässigen Zwangsversteigerungsakt erklärt, weil „das Zwangsversteigerungsverfahren nicht dazu gegeben und geeignet ist, persönliche Forderungen gegen den Eigentümer — von denen der Antragstellers und ihm beitretender Gläubiger abgesehen — zur Beitreibung zu bringen“, und nur aus diesem Grunde hat es dort die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung verneint. Darin liegt wohl eingeschlossen, daß das RG. keine Bedenken gegen die Anerkennung dieser Wirkung gehabt haben würde, wenn es sich um einen mit dem Recht auf Befriedigung ausgestatteten Anspruch und daher um eine rechtmäßige Anmeldung gehandelt hätte. — Neuerdings hat aber der 12. Zivilsen. des RG. in JW. 1938, 45²² jeder Anmeldung einer Forderung in einem ZB.verfahren, auch der rechtmäßigen, grundsätzlich die Wirkung, die Verjährung zu unterbrechen, abgeprochen. Dieser Entsch. muß nachdrücklich widersprochen werden, bevor sie Nachahmung findet. Sie wird weder dem Wortlaut des Gesetzes, noch dessen leitenden Grundgedanken, noch dem Rechtsbewußtsein des Volkes, noch auch den Bedürfnissen der Praxis gerecht; keines der zu ihrer Begründung vorgebrachten Argumente ist stichhaltig.

1. Der Wortlaut des § 209 Abs. 2 Nr. 5 BGB. erfordert „die Vornahme einer Vollstreckungshandlung“ oder „soweit die Zwangsversteigerung den Gerichten oder anderen Behörden zugewiesen ist, die Stellung des Antrags auf Zwangsversteigerung“. Der Unterschied zwischen diesen beiden Ausdrücken und Begriffen ist nur ein technischer, kein sachlich bedeutungsvoller. Es wird damit — entsprechend der sorgfältigen Redigierung des BGB. — berücksichtigt, daß in der Zwangsversteigerung teils Gläubiger-, teils Amtsbetrieb herrscht. Im Bereich des ersteren nimmt der Gläubiger die Vollstreckungsmaßnahmen durch den Gerichtsvollzieher selbst vor; so wenigstens nach der zur Zeit des Erlasses des BGB. und noch lange später herrschenden Auffassung, während man nach der gegenwärtigen Anschauung, welche die Stellung des Gerichtsvollziehers als eines mit obrigkeitlicher Zwangsge-
 walt ausgestatteten Staatsorgans viel stärker betont, von der „Vornahme einer Vollstreckungshandlung durch den Gläubiger“ eigentlich überhaupt nicht mehr sprechen kann. Im Bereich des Amtsbetriebes dagegen kann der Gläubiger nur an die zuständige Behörde den Antrag richten, diese möge die gewünschte Vollstreckungshandlung vornehmen. Jedenfalls sind beide Ausdrücke und Begriffe gleichwertig und nur technisch verschieden; gemeint ist in beiden Fällen die Geltendmachung

der Forderung durch Zwangsversteigerung. Hiernach ist die Anmeldung einer (befriedigungsberechtigten) Forderung zu einer ZB. zwar keine eigentliche „Vollstreckungshandlung“, wohl aber unzweifelhaft ein „Antrag auf Zwangsversteigerung“. Demu die ZB. ist ein gesetzlich für alle Ansprüche, die ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück gewähren, zur Verfügung stehendes Vollstreckungsverfahren, das im Amtsbetriebe durchgeführt wird, und wer zu einem solchen Verfahren eine Forderung anmeldet, spricht damit klar den Willen und die Rechtsschutzbitte aus, das Gericht möge diese Forderung in diesem Vollstreckungsverfahren zur Beitreibung bringen. Mehr als dies für den Begriff der „Stellung des Antrags auf Zwangsversteigerung“ zu erfordern, wäre willkürlich und durch nichts gerechtfertigt.

2. Der leitende Grundgedanke der §§ 208 ff. BGB. ist der, daß zur Unterbrechung der Verjährung geeignet sein sollen:

- jede Anerkennung der Forderung durch den Schuldner; ein Gesichtspunkt, der in dem hier zur Erörterung stehenden Zusammenhange nicht weiter in Betracht kommt;
- eine einseitige Geltendmachung der Forderung durch den Gläubiger grundsätzlich nicht, wenn sie nur außergerichtlich erfolgt (Mahnung, Abmahnung), dagegen grundsätzlich immer, wenn sie gerichtlich erfolgt. Letzteres ist genauer dahin auszudrücken: zur Unterbrechung der Verjährung geeignet ist jede Geltendmachung der Forderung durch Rechtsschutzbitte an die zum Rechtsschutz berufenen Organe des Staats, in allen Formen, die eine solche Rechtsschutzbitte je nach der konkreten Sachlage annehmen kann (Leistungsklage, Feststellungsklage, Zahlungsbefehl, Güteantrag, Anmeldung im Konkurse, Vollstreckungshandlung usw.); gerade hier geht das BGB. ziemlich weit in einer ihm sonst fremden Kasuistik, um möglichst alle vorkommenden Fälle und Formen einer Rechtsschutzbitte zu umfassen).

Diesen leitenden Grundgedanken spricht das RG. a. a. O. zunächst auch im wesentlichen richtig aus mit den Worten, es müsse sich um prozessuale oder prozessähnliche Rechtsverfolgungsakte handeln. Wenn dabei hinzugefügt wird, diese Akte müßten „subjektiv einen eigenen unmittelbar auf Vollstreckung gerichteten Willen des Gläubigers eindeutig erkennen lassen“, so ist schon diese Formulierung nicht bedenkenfrei, mag aber noch hingehen. Der leitende Grundgedanke des Gesetzes spricht jedenfalls, zumal auf Grund der offensichtlichen Absicht des BGB., alle Formen der gerichtlichen Geltendmachung einer Forderung zu umfassen und ihnen die verjährungsunterbrechende Wirkung beizulegen, unbedingt dafür, diese Wirkung auch für die Anmeldung zur ZB. anzuerkennen. Denn völlig zweifellos ist auch diese „ein prozessualer oder prozessähnlicher Rechtsverfolgungsakt“, eine ordnungsmäßige Rechtsschutzbitte an das Gericht um Beitreibung der Forderung, also um Zwangsversteigerung.

3. Das RG. begründet seine gegenteilige Meinung hauptsächlich mit der Aufstellung der These, die von dem Gläubiger getroffene Maßnahme müsse, um die Verjährung unterbrechen zu können, auch noch „objektiv geeignet sein, im weiteren Verlauf der Rechtsverfolgung regelmäßig und unabhängig von der Einwirkungsmöglichkeit Dritter zu einer Befriedigung zu führen“. Dieses Erfordernis, so wird weiter ausgeführt, treffe auf die Anmeldung zu einer ZB. nicht zu; einerseits „könne, wenn auch in der Anmeldung der Forderung regelmäßig der Wille des Gläubigers, Befriedigung zu erlangen, zu sehen sein werde, daraus noch nicht zwingend auf den Willen, selbst die Zwangsversteigerung zu betreiben, geschlossen werden“; und ferner sei „die Erfolgsaussicht des

Anmeldenden schlechthin von der Fortdauer der Beschlagnahme und der Durchführung des ZB.verfahrens abhängig, auf dessen Gestaltung er selbst keinen Einfluß habe; der Anmeldung fehle demnach das wesentliche Erfordernis der Selbständigkeit der Rechtswirklichkeit", da sie jederzeit durch Eingreifen eines Dritten, insbesondere durch Zurücknahme des Antrags durch den betreibenden Gläubiger, die auch der Schuldner herbeiführen könne (insbesondere durch Befriedigung des betreibenden Gläubigers), vereitelt werden könne; als Vollstreckungshandlungen i. S. des § 209 Ziff. 5 BGB. könnten daher nur solche Handlungen angesehen werden, die dem Einfluß eines Dritten mit den Wirkungen aus § 216 BGB. nicht unterliegen".

Zu alledem ist zu sagen, daß diese Erwägungen in willkürlicher Weise in die klaren und einfachen Vorschriften des BGB. über die Unterbrechung der Verjährung subtile Unterscheidungen und Erfordernisse hineintragen, die dem Wortlaut des Gesetzes völlig fremd sind und sich auch aus seinem Zeitgedanken in keiner Weise herleiten lassen. Zunächst ist hier die Unterscheidung zwischen einem „Willen, Befriedigung zu erlangen“ und „einem Willen, selbst die Zwangsvollstreckung zu betreiben“ verfehlt. Für die Unterbrechung der Verjährung kommt es auf keine dieser beiden Willensrichtungen an; die erstgenannte genügt nicht (den Willen, Befriedigung zu erlangen, hat der Gläubiger ja auch bei der Mahnung), und mit der zweiten wird viel zu viel verlangt. Worauf es ankommt, ist allein der Wille (und seine Betätigung), durch gesetzmäßige Zwangsvollstreckung Befriedigung zu erlangen; und dieser Wille wird durch eine Anmeldung zu einer ZB. klar betätigt. Daß ein „Wille, selbst die Zwangsvollstreckung zu betreiben“, nicht verlangt werden darf, zeigt ein Blick auf § 209 Abs. 2 Ziff. 2 BGB. Wer eine Forderung nur im Konkurse anmeldet, hat (oder betätigt wenigstens) auch nicht den Willen, das Verfahren selbst zu betreiben; gleichwohl tritt die Unterbrechung der Verjährung ein. — Ebenso willkürlich ist aber auch die Aufstellung des anderen Erfordernisses, daß es sich um eine solche Vollstreckungshandlung handeln müsse, die hinsichtlich ihres Fortbestandes und ihrer Befriedigungswirkung allein von dem Willen des Gläubigers abhängig, dagegen jeder Einwirkungsmöglichkeit eines Dritten entzogen sei. Davon steht im Gesetz kein Wort. Gewiß erreichen solche Vollstreckungsmaßnahmen, bei denen dies zutrifft, ihr Ziel besser und sicherer als solche, die Einwirkungen eines Dritten ausgesetzt sind. Das ist aber noch kein Grund dazu, einer Rechtsverfolgung, die unter Umständen — rechtstheoretisch und auch praktisch doch nur ausnahmsweise — durch Zurücknahme eines von einem Dritten gestellten Antrags um die gewünschte Befriedigungswirkung gebracht werden kann, deshalb schon die Eigenschaft als „Vollstreckungshandlung“ abzusprechen; und mehr als diese Eigenschaft verlangt das Gesetz zur Unterbrechung der Verjährung nicht. Außerdem gibt es wohl überhaupt keine Vollstreckungsmaßregel, die hinsichtlich ihrer Fortdauer und ihres Erfolges allein von dem Willen des Gläubigers abhängig und jeder Einwirkung einer anderen Person entzogen wäre. Eine Pfändung beweglicher Sachen kann von dem Schuldner mit Erinnerung wegen Unpfändbarkeit erfolgreich angefochten, mehr oder weniger jede Pfändung von einem Dritten mit der Widerspruchsklage aus § 771 ZP.D. erfolgreich bekämpft, mehr oder weniger jede Vollstreckungsmaßregel unter Umständen auf Grund der Schuldnerschutzbestimmungen von dem Schuldner zur Aufhebung gebracht werden. Alles dies hat keinerlei Einfluß darauf und ändert nichts daran, daß die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung eingetreten ist und auch bestehen bleibt; die Unterbrechung der Verjährung hört zwar mit der Beendigung der Zwangsvollstreckung wieder auf, fällt aber keineswegs etwa gemäß § 216 BGB. rückwirkend wieder fort (vgl. RWRKomm. Anm. 2 zu § 216). Gleiches kann übrigens auch in anderen Unterbrechungsfällen als demjenigen durch Vollstreckungshandlung vorkommen. Z. B. ist auch die Streitverkündung im Prozeß keineswegs immer hinsichtlich ihres Erfolges von jeder Einwirkung eines Dritten unabhängig, sondern dieser kann verschiedenfach durch einen Dritten beeinflusst und vereitelt werden; z. B. dadurch, daß die

Gegenpartei ihre Klage oder (falls die Streitverkündung erst in der Verj. erfolgt) ihre Berufung (vor der mündlichen Verhandlung) zurücknimmt. Gleichwohl unterbricht aber jede Streitverkündung die Verjährung; diese Wirkung ist einmal eingetreten und bleibt auch bei einem derartigen Prozeßausgang bestehen, wenn auch die Unterbrechung mit der Erledigung des Prozesses wieder aufhört. Die Betrachtung aller dieser Fälle zeigt klar auf, daß die These, zur Unterbrechung der Verjährung sei nur eine einer Einwirkungsmöglichkeit eines Dritten entzogene Rechtsverfolgung geeignet, unmöglich richtig sein kann. Diese These ist aber auch schon aus dem Grunde grundsätzlich verfehlt, weil sie ohne jeden Anhalt im Gesetz und in dessen Zeitgedanken willkürlich aufgestellt ist.

Das RG. scheint a. a. O. auch anzunehmen und auch daraus ein Argument gegen die Anerkennung einer verjährungsunterbrechenden Wirkung der bloßen Anmeldung zur ZB. entnehmen zu wollen, daß die Zurücknahme des Antrags durch den betreibenden Gläubiger der Anmeldung eines Dritten nicht nur die Befriedigungswirkung nehmen, sondern auch die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung (falls man eine solche anerkennen wollte) gemäß § 216 BGB. rückwirkend wieder aufheben würde. Sollte dies gemeint sein, so ist es gleichfalls rechtsirrig. Die Zurücknahme des Antrags durch den betreibenden Gläubiger hat die Wirkung des § 216 BGB. nur für seine eigene Forderung; für die angemeldete Forderung eines Dritten könnte eine gleichartige Wirkung nur durch die Zurücknahme der Anmeldung seitens dieses Gläubigers eintreten.

4. In zweiter Linie, aber auch wesentlich, verwendet das RG. a. a. O. einen Gegensatzschluß aus § 209 Abs. 2 Ziff. 2 BGB.: „Aus der Tatsache, daß in § 209 Ziff. 2 nur die Anmeldung des Anspruchs im Konkurse ausdrücklich erwähnt und damit zum selbständigen Unterbrechungsgrund der Verjährung erklärt wird, ist notwendig der Umkehrschluß zu ziehen, daß der Gesetzgeber der Anmeldung im ZB.verfahren diese Wirkung nicht geben wollte.“ Bekanntlich ist das argumentum a contrario zwar sehr verlockend, aber sehr gefährlich und erweist sich meistens als falsch. So auch hier. Die Entsch. ist hier der Verurteilung erlegen, das zu beweisende als schon bewiesen zu unterstellen, um es dann erst beweisen zu können. Das thema probandum im Sinne der Entsch. ist, daß die Anmeldung zur ZB. keine „Vollstreckungshandlung“ i. S. des § 209 Ziff. 5 sei. Ist diese erst zu beweisende These falsch, ist die Anmeldung zur ZB. eine Vollstreckungshandlung, so ist ihre verjährungsunterbrechende Wirkung vom Gesetz in Ziff. 5 ausgesprochen, und dieses hatte dann keinerlei Anlaß, sich auch noch in Ziff. 2 mit dieser Frage zu befassen und dasselbe noch einmal zu sagen. Das wäre ein Pleonasmus und damit ein arger Schönheitsfehler des Gesetzes gewesen, den man den Redaktoren des BGB. bei ihrer bekannten Sorgfalt in der Ausdrucksweise wirklich nicht zutrauen darf. Das Argument, daß in Ziff. 2 die Anmeldung zur ZB. nicht neben der Anmeldung im Konkurse ausdrücklich erwähnt ist, gewinnt also eine logische Basis erst dann, wenn man zuvor unterstellt, daß diese Anmeldung nicht unter den Begriff „Vollstreckungshandlung“ in Ziff. 5 fällt. Das ist es aber gerade, was durch dieses Argument erst bewiesen werden soll.

Viel näher als der hiernach verfehlt Umkehrschluß liegt sein Gegenteil, der Ähnlichkeitschluß. Konkurs und ZB. sind nicht grundverschiedene, sondern verwandte Rechtserscheinungen und Verfahrensarten. Beide sind nicht Einzel-, sondern Gesamtvollstreckungsverfahren, wobei der Begriff der „Gesamtvollstreckung“ in der ZB. dadurch, daß in ihr nicht alle Gläubiger, sondern nur die aus dem Grundstück befriedigungsberechtigten beteiligt sein können, enger begrenzt ist als im Konkurs. Die ZB. ist ihrem ganzen Wesen und Aufbau nach doch nichts anderes als ein Spezialkonkurs über das Grundstück als Sondervermögen. In beiden Verfahren wird nicht nur der betreibende Gläubiger berücksichtigt und dessen Forderung (soweit die Masse ausreicht) beigegeben, sondern dies geschieht zugunsten aller aus der Masse befriedigungsberechtigter Gläubiger (dieser Begriff hat bekanntlich auch im Konkurs gewisse Grenzen), die ihre Forderungen anmelden.

Nichts liegt da näher als der Schluß: wenn eine Anmeldung in dem allgemeinen Konkursverfahren über das gesamte Vermögen des Schuldners nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift die Verjährung unterbricht, so muß rechtslogisch das gleiche gelten für die Anmeldung in dem Spezialkonkursverfahren über das Grundstück als Sondervermögen. Kein Grund ist ersichtlich, der dieser Analogie entgegenstehen könnte. Das RG. will einen solchen Grund erblicken in dem Unterschiede, daß im Konkurs nach der Eröffnung des Verfahrens der Konkursantrag eines Konkursgläubigers nicht mehr frei zurückgenommen werden kann, während der die ZB. betreibende Gläubiger den Antrag jederzeit zurücknehmen kann. Das ist aber kein wesentlicher Unterschied; diese Ausführung wiederholt lediglich die These, es müsse sich um einen jeder Einwirkungsmöglichkeit eines Dritten entzogenen Rechtsverfolgungsakt handeln, die vorstehend schon als willkürlich und irtümlich gekennzeichnet ist.

5. Schlechthin entscheidend ist aber, daß die Auffassung des in Rede stehenden Urteils mit dem Rechtsgefühl des Volkes nicht übereinstimmt und wirtschaftlich durchaus unerwünschte Folgen herbeiführt. Jeder Hypothekengläubiger, der seine Zinsen ordnungsmäßig in einer ZB. angemeldet hat, wird der Überzeugung sein, damit alles zur Verfolgung und gerichtlichen Geltendmachung dieser Ansprüche nach Lage der Sache Erforderliche getan zu haben. Er hat seine Sache dem Gericht anvertraut und wird niemals auf den Gedanken kommen, daß dies keine genügende „Vollstreckungshandlung“ sei und er, um die Zinsen vor Verjährung zu schützen, noch mehr tun müsse. Nach der Ansicht des RG. würde aber die Verjährung trotz der Anmeldung weiter laufen und könnte sich — da Zwangsversteigerungen bekanntlich häufig durch vorübergehende Einstellungen unterbrochen werden und dann oft sehr lange dauern — noch während der ZB. selbst vollenden, so daß nunmehr der Schuldner plötzlich in die Lage käme, Widerspruch zu erheben und erfolgreich geltend zu machen, die Zinsen seien, obwohl rechtzeitig zur ZB. angemeldet, jetzt

verjährt. Das gesunde Rechtsgefühl des Volkes wird für eine solche Auffassung schwerlich Verständnis haben. — Das RG. verweist darauf, daß der Gläubiger sich ja durch Beitritt zu der ZB. schützen könne. Aber abgesehen davon, daß auch schon Beschlüsse über Beitrittszulassungen Schreibwerk und Kosten verursachen, braucht der Gläubiger dazu einen vollstreckbaren Titel, und den hat er oft nicht. Ergebnis der Auffassung des RG. also: alle Hypothekengläubiger werden mehr oder weniger gezwungen, während einer (etwas länger dauernden) ZB. jede Zinsrate, obwohl sie sie schon ordnungsmäßig angemeldet haben, gleichwohl außerdem noch durch dingliche Klage gegen den Subhastaten zu verfolgen, um sie vor Verjährung zu schützen. Damit würde eine Vielzahl sachlich ganz überflüssiger Prozesse mit bedeutenden Prozeßkosten in wirtschaftlich-schädlicher Weise geradezu künstlich gezüchtet werden. Diese Konsequenzen dürften untragbar sein.

Die in dem Vorstehenden erörterte Frage erhebt sich natürlich nicht nur für Hypothekenzinsen, sondern grundsätzlich für alle Ansprüche, die überhaupt ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück gewähren. Die Kapitalbeträge von Hypotheken (oder Grund- oder Rentenschulden) werden allerdings im allgemeinen schon durch § 902 BGB. gegen Verjährung geschützt sein; doch gibt es auch hier Ausnahmefälle. Besonders hervorzuheben ist die Bedeutung der Frage für die Steuern (und sonstigen öffentlichen Lasten). Bisher haben die Steuerbehörden häufig die Steuerrückstände nur angemeldet, ohne beizutreten. Wenn sie künftig gezwungen sein würden, zur Vermeidung der Gefahr einer Verjährung beizutreten, so würde dies zur notwendigen Folge haben, daß in zahlreichen Zwangsversteigerungen vermöge des Beitritts der Steuerbehörde mit dem Range des § 10 Nr. 3 ZwVerfG. alle Hypotheken (überhaupt alle privatrechtlichen Belastungen) aus dem geringsten Gebot hinausgedrängt und fällig gemacht werden würden. Daß dies sich in ganz besonderem Maße wirtschaftlich auswirken müßte, liegt auf der Hand.

Anspruchsbetätigung und Anspruchspreisgabe

Von Langerichtsrat Dr. Fraeb, Hanau

Der Aufforderung der Schriftleitung, mich ebenfalls zu der vom RG. neuerdings in Frage gestellten Eigenschaft der Zwangsversteigerungsanmeldung verjährungsunterbrechend zu wirken, zu äußern, komme ich deshalb besonders gern nach, weil ich die Ausführungen des RG. in keiner Weise für begrüßens- und beifallswert halte. Eine gesunde und sachsprechende Fortentwicklung des Rechts ist sicher nur dann gewährleistet, wenn stets mit klarem Blick die bisherigen Ergebnisse der Rechtswahrung überprüft und nicht so einfach in alle Zukunft bedingungslos gläubig hingenommen werden. Immerhin wohnt aber auch alter, bewährter Gerichtsübung ein nicht zu unterschätzendes Rechtsansehen und eine beachtliche Kraft inne. So müssen es schon triftige und schlechthin überzeugende Gründe sein, wenn plötzlich ein anderer, entgegen gesetzter Kurs eingeschlagen werden soll. Das gilt in besonderem Maße dann, wenn, wie in dieser Rechtsfrage, die Ergebnisse der bisherigen Rechtsprechung durchaus mit den Bedürfnissen der Volksgemeinschaft wie des einzelnen Volksgenossen im Einklang stehen, wenn sie darüber hinaus den wirtschaftlichen Erfordernissen und der nachweislichen Absicht des Gesetzgebers durchaus entsprechen. Nur ein eingehendes Eingehen auf die zugrundeliegenden Volksbedürfnisse und die maßgeblichen Rechtsbegriffe wird einen Mißgriff bei einem derartigen Unternehmen verhüten können.

Das RG. hat tatsächlich hier nicht so tief geschürft. Es hat das wohlverstandene Volksinteresse nicht in Rechnung gestellt, und es hat mit den Rechtsbegriffen der Verjährung, der Vollstreckungshandlung, der Anmeldung und zahlreichen anderen gearbeitet, ohne zuvor deren Gehalt sorgfältig nachzuprüfen und zu erschöpfen. Kein Wunder, daß dabei eine Entscheidung herausgekommen ist, der es an Überzeugungskraft vollkommen gebricht, und die in ihren Ergebnissen wirt-

schaftlich und rechtlich nicht nur höchst unerwünscht, sondern auch lebensabgewandt ist. Wenn auch selbstverständlich im Rahmen eines dem Umfange nach beschränkten Auftrages die erwähnten Rechtsbegriffe nicht einer erschöpfenden Untersuchung unterzogen werden können, so soll doch wenigstens versucht werden, sie nach den Seiten hin wenigstens zu beleuchten, auf denen ihr Schwergewicht für die Entscheidung der hier strittigen Rechtsfrage liegt.

„Was man nicht aufgibt, hat man nie verloren¹⁾.“ Es muß dabei bleiben, daß Rechtsverlust infolge des Verhaltens des Berechtigten nur da eintritt, wo er unmittelbar oder mittelbar aus dessen Verhalten tatsächlich entstanden ist, sei es durch rechtszerstörende Handlung oder Unterlassung, sei es durch ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung. Anspruchspreisgabe führt Rechtsverlust herbei, Anspruchsbetätigung verhindert ihn. Das altdeutsche Recht hat schon die „Rechtsverschmähung“ an ganz strenge Form gebunden. Im „Sachsenspiegel“ heißt es: „Nieman ne mach inwerven ander recht, wan als im an geboren is. Versmat (verschmäh) aver he sin recht vor Gerichte unde seget he inne to er ander recht, su verlüset beede²⁾.“

Aus der Regelung, den die Anspruchsverjährung im Gesetz gefunden hat, ist nicht das geringste dafür zu entnehmen, daß der Schuldner durch eine möglichst einengende Auslegung der Unterbrechungsbestimmungen gegen die Gefährdung seiner Verjährungseinrede geschützt werden soll. Im Gegenteil: Der Gesetzgeber hat ja sogar ausdrücklich angeordnet, daß das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, auch wenn die Leistung in Un-

¹⁾ Maria Stuart; 2. Akt, 5. Aufzug, Elisabeth zu Mortimer.

²⁾ „Sachsenspiegel“, Landrecht, Buch I Art. 16 Abs. 1 S. 1.

kenntnis der Verjährung bewirkt worden ist (§ 222 Abs. 2 Satz 1 BGB.). Solche gesetzlichen Bestimmungen sprechen doch ausdrücklich dafür, daß dem Schuldner die Geltendmachung der Verjährungseinrede nicht erleichtert, sondern erschwert werden soll. Die Anspruchsverjährung dient überhaupt nicht nur den Belangen des Schuldners, sondern ist auch im öffentlichen Interesse zum Schutze des Rechtsverkehrs geschaffenen, der klare Verhältnisse braucht und deshalb bewahrt bleiben soll vor einer Verdunkelung der Rechtslage, wie sie bei späterer Geltendmachung von Rechtsansprüchen aus längst vergangenen Tatsachen zu befürchten wäre³⁾. Der Schwerpunkt der Verjährung liegt mithin nicht darin, daß dem Berechtigten sein gutes Recht entzogen, sondern darin, daß dem Verpflichteten ein Schutzmittel gegeben wird, gegen voraussichtlich unberechtigte Ansprüche ohne ein Eingehen auf die Sache sich zu verteidigen. Die Verjährung ist ein Mittel zum Zwecke, nicht Selbstzweck. Geschieht im einzelnen Falle der materiellen Gerechtigkeit Eintrag, geht der Berechtigte seines wohlbegründeten Anspruches durch die Verjährung verlustig, so ist dies ein Opfer, das der Betroffene dem Gemeinwohl bringen muß⁴⁾. Gegenüber der beharrlichen Nichtbetätigung des Anspruches, ohne welche die Verjährung nicht möglich, und dem daraus abzuleitenden geringen Interesse des Berechtigten an dem Inhalt des Anspruches wird dieses Opfer kaum als ein solches angesehen werden können, welches besonders hart empfunden werden dürfte⁵⁾.

Die Klagerhebung ist wohl ein prozessualer Rechtsverfolgungsakt, der einen unmittelbar auf die Vollstreckung gerichteten Willen des Gläubigers erkennen lassen mag, daß sie aber auch objektiv geeignet wäre, regelmäßig zu einer Befriedigung zu führen, wird man kaum zu behaupten wagen. Wenn aber die Unterbrechungstatfache der Klagerhebung diese Eigenschaft nicht zu haben braucht, weshalb wird sie dann für die andere Unterbrechungstatfache der „Vollstreckungshandlung“ gefordert? Bei den Beratungen der zweiten Kommission ist ausdrücklich anerkannt worden, daß das dem Entwurfe als Prinzip zugrunde liege, daß solchen Handlungen der Berechtigten unterbrechende Kraft zukommen solle, welche auf die richterliche Feststellung des Anspruches abzielen. Dieser Grundsatz hat sich bisher auch in der Rechtspflege tatsächlich durchgesetzt, er verdient auch heute noch volle Billigung. Nicht auf die Verwirklichung und Befriedigung des verjährenden Anspruches kommt es bei der Unterbrechung an, sondern auf seine positiv betätigte, und zwar vor Gericht betätigte Geltendmachung. Diese Auffassung spiegelt sich auch überall in der Rechtsprechung, dafür nur einige wenige Beispiele: Ist hinsichtlich eines Schuldverhältnisses vom Schuldner die negative Feststellungsklage erhoben, so wird durch den Antrag des Gläubigers auf Abweisung der Klage die Verjährung seines Anspruches nicht unterbrochen⁶⁾. Die Abwehr der negativen Feststellungswiderklage enthält nicht die für die Unterbrechung der Verjährung erforderliche (positive) Betätigung des Rechts; der Verjährung gehört eine Rechtsverfolgung, also eine auf Zurechnung eigenen Rechtes nicht bloß auf Abwehr des gegnerischen Begehrens gerichtete Tätigkeit⁷⁾. Die Klagen auf Rechnungslegung und Auskunftserteilung unterbrechen den Verjährungslauf nicht⁸⁾. Der Grund wird darin gefunden, daß sie die Erhebung eines Anspruches auf Zahlung oder Herausgabe nur vorbereiten, ihn selbst aber noch nicht geltend machen. Sie lassen noch nicht erkennen, ob und in welchem Umfange künftig ein Anspruch erhoben werden wird. Nach dem BGB. unterbricht die gerichtliche Geltendmachung eines Teiles des Anspruches die Verjährung nicht auch in betreff des übrigen Teiles, weil eine Unterbrechung nur insoweit eintritt, als der Klageanspruch rechtshängig wird. Dies wird

aus der Entstehungsgeschichte des § 207 BGB. näher begründet⁹⁾. Der Anspruch ist ja mit Vorbedacht vor Gericht nicht in vollem Umfange geltend gemacht. Wo aber der Gläubiger vor einem Gericht und in einem Gerichtsverfahren sich unter Namhaftmachung seines Anspruches gegen den Schuldner mit der Absicht meldet, daß dieser Anspruch vom Gericht anerkannt und berücksichtigt werden solle, da zielt er auf richterliche Feststellung ab und nimmt deshalb eine Handlung mit Verjährung unterbrechender Kraft vor.

Eine sich lediglich an den Wortlaut anklammernde Auslegung des § 209 BGB. würde zu praktisch höchst unerwünschten Konsequenzen führen, denn sie würde z. B. bei Schadensersatzansprüchen mit kurzer Verjährung den Beschädigten regelmäßig nötigen, alle für die Schadenshaftung möglicherweise in Betracht kommenden Personen gleichzeitig in Anspruch zu nehmen¹⁰⁾. Die Vornahme einer Vollstreckungshandlung unterbricht die Verjährung, mag es sich um einen Anspruch handeln, zu dessen Befriedigung der Verpflichtete verurteilt ist, oder um einen Anspruch, behufs dessen Befriedigung die Zwangsvollstreckung aus einem anderen Grunde zulässig ist. Deshalb schon muß auch die Verjährung durch Anmeldung zum Zwangsversteigerungsverfahren unterbrochen werden, weil diese Anmeldung zur Befriedigung des Anmeldenden unter Mitwirkung des Gerichts führen soll. Die Zwangsvollstreckung ist Staatsstätigkeit, wenn sie auch im Dienste der Verwirklichung des privaten Rechts steht. Dagegen liegen die von ihr ausgehenden Wirkungen sowohl auf dem Gebiete des öffentlichen wie des privaten Rechts¹¹⁾. Es besteht eine öffentlichrechtliche Pflicht des Staates, dem Gläubiger unter den gesetzlichen Voraussetzungen den begehrten Vollstreckungsschutz zu gewähren. Vom Standpunkte des Gläubigers gesehen, kann man diese Rechtsbeziehung als Vollstreckungsrechtsschutz bezeichnen¹²⁾. Es kann aber jemand einen Vollstreckungsanspruch gegen den Staat haben und doch dem Vollstreckungsschuldner gegenüber nicht zur Vollstreckung berechtigt sein, z. B. wenn der Anspruch, dessentwegen der Schuldner sich der sofortigen Zwangsvollstreckung gemäß § 794 Nr. 5 ZPO. unterworfen hat, auf einem wucherischen Geschäft beruht oder wenn ein Urteil vorläufig vollstreckbar ist, das sich dann im weiteren Verlaufe des Verfahrens als unrichtig erweist. Dieser Umstand hindert ihn aber nicht, in einem von anderer Seite gegen den Schuldner anhängig gemachten Zwangsvollstreckungsverfahren seine Rechte durch sachentsprechende Maßnahmen geltend zu machen. Man spricht nebeneinander von „Vollstreckungswirkungen“ und „Vollstreckungsmaßregeln“, ohne daß eine scharfe begriffliche Trennung erkennbar würde. Auch die geltende ZPO. verwendet z. B. in § 776 die Ausdrücke „Vollstreckungsmaßregeln“ neben „Vollstreckungshandlungen“, ohne daß eine unterschiedliche Auffassung hervortritt. Im § 209 Ziff. 5 BGB. wird wiederum nur der Ausdruck „Vollstreckungshandlung“ verwendet¹³⁾. Die Prozeßhandlung wird in der Zwangsvollstreckung zur Vollstreckungshandlung. Nach § 764 ZPO. gehört die den Gerichten zugewiesene Anordnung von Vollstreckungshandlungen und Mitwirkung bei solchen zur Zuständigkeit der Amtsgerichte als Vollstreckungsgerichte. Eine Vollstreckungshandlung kann ferner sprachlich und begrifflich sowohl von dem Gläubiger wie auch von dem Gerichtsvollzieher vorgenommen werden. Das Prozeßgericht bestimmt, welche Handlungen des Staates und seiner Organe der Gläubiger zur Verwirklichung seines den Gegenstand des Vollstreckungstitels bildenden Anspruches verlangen kann. Es sind dies namentlich die Pfändung (§ 803 ZPO.), die Eintragung einer Sicherungshypothek (§ 866 ZPO.), die Erzwingung des Offenbarungseides und der Haft, die Verhängung von Strafen usw., also Maßnahmen vollkommen verschieden von den von dem Schuldner selbst zu leistenden Handlungen,

³⁾ RGZ. 144, 244 = JZ. 1934, 1563 3.

⁴⁾ Mot. I, 291.

⁵⁾ Mot. I, 291.

⁶⁾ RGZ. 78, 73 = JZ. 1912, 251; vgl. RGZ. 60, 387; ebenso 90, 292 = JZ. 1907, 853; JZ. 18, 1133, R. 25, R. 438.

⁷⁾ RGZ. 60, 391.

⁸⁾ RG.: JZ. 1937, 2101.

⁹⁾ RGZ. 57, 372 ff.; JZ. 1904, 257; DJZ. 1904, 649; ebenso AG. Erfurt, Raumb. NR. 1904, 19.

¹⁰⁾ HansRGZ. 1906 SpHl. 301 ff.; ScuffArch. 62, 94 ff.; RGZ. 58, 80.

¹¹⁾ Siehe bes. §§ 803 f., 815, 819 ZPO.

¹²⁾ Jonas, 15. Aufl., vor § 704 ZPO. II; ebenso RGZ. 128, 85 = JZ. 1930, 1494.

¹³⁾ Kraeb, 33P. 54, 259 ff.

Maßnahmen, die alle einer Rechtsbetätigung und Anspruchsgeltendmachung dienen und mithin eine Rechtsverfolgung bedeuten, ohne daß sie unmittelbar eine Rechtsverwirklichung oder eine Anspruchsbefriedigung darstellen. Das Zwangsvollstreckungsverfahren, dessen Fortsetzung von dem Parteivillen des Gläubigers abhängig bleibt, steht im übrigen zum guten Teile unter dem Grundsatze des Amtsbetriebes. Nur in wenigen Fällen sind weitere Beitreibungsakte des Gläubigers neben seinem Zwangsvollstreckungsantrag vorgeschrieben (vgl. z. B. §§ 829, 835 ZPO.), namentlich ist im Offenbarungseidverfahren eine weitere Tätigkeit des Gläubigers vorgelesen, nämlich sein Antrag auf Haftbefehl (§ 901 ZPO.) und sein Haftkostenvorstoß (§ 911 ZPO.) sind erforderlich¹⁴). Darüber hinaus gibt es aber natürlich noch eine große Reihe prozessualer Handlungen, die der Gläubiger in der Zwangsvollstreckung vornehmen kann und die man als durch ihn vorgenommene Vollstreckungshandlungen ansehen muß: z. B. Freigabeerklärung bezüglich einzelner Pfandstücke, Bewilligung einstweiliger Einstellung usw. In der Forderungsanmeldung in der Zwangsversteigerung ist m. E. eine Vollstreckungshandlung zu erblicken, nicht aber die Stellung eines Antrages auf Zwangsvollstreckung. Der lediglich anmeldende Gläubiger will nicht selbst die Zwangsvollstreckung betreiben und alle daraus entstehenden Risiken und Folgen auf sich nehmen, sondern er will nur seinen Anspruch in dem von anderer Seite beantragten Zwangsversteigerungsverfahren geltend machen, ihn also „betätigen“, damit er bei erfolgreicher Zwangsversteigerung keinen Ausfall erleidet. Nirgends ist im geltenden Prozeßrecht oder im materiellen Recht zum Ausdruck gebracht, daß „Vollstreckungshandlungen“, subjektiv einen eigenen unmittelbar auf Vollstreckung gerichteten Willen des Gläubigers eindeutig erkennen lassen müssen“. Noch viel weniger kann die Rede davon sein, daß nach der derzeitigen gesetzlichen Regelung „die vom Gläubiger getroffene Maßnahme objektiv geeignet sein müßte, im weiteren Verlaufe der Rechtsverfolgung regelmäßig und unabhängig von der Einwirkungsmöglichkeit Dritter zu einer Befriedigung zu führen, um der getroffenen Maßnahme die Eigenschaft einer „Vollstreckungshandlung“ zu verleihen. Insbesondere sind derartige Merkmale der Vollstreckungshandlung im § 205 Ziff. 5 BGB. in keiner Weise beigelegt oder als erforderlich bezeichnet. Es handelt sich also insoweit um eine sehr weitgehende einschränkende Auslegung, die das RG. hier neuerdings dieser Gesetzesbestimmung gegeben hat, ohne die Notwendigkeit einer solchen Auslegung irgendwie zu begründen. Es gibt wohl Gläubigerhandlungen in der Zwangsvollstreckung, denen vielleicht die Eigenschaft, verjährungsunterbrechend wirken zu können, abzusprechen ist. Eine einstweilige Verfügung soll z. B. keine Vollstreckungshandlung sein; die auf Grund ihrer eingetragene Vormerkung soll also die Verjährung des vorgemerkten Anspruches nicht unterbrechen¹⁵). Man begründet das damit, daß Arrest und einstweilige Verfügung überhaupt nicht — wie die echte Zwangsvollstreckung dies tut — Rechtsdurchsetzung, sondern bloß Vollstreckungsmöglichkeit anstreben. Es fehlt mithin an der Anspruchsbetätigung. Bei der Klage auf Feststellung der Miteigentumsverhältnisse an einem Grundstücke, die erhoben wird zu dem Zwecke, demnächst eine Berichtigung des Grundbuchs und dann eine Zwangs eingetragen auf den Anteil eines der Miteigentümer beantragen zu können, handelt es sich nicht um einen Vollstreckungsantrag oder eine Vollstreckungshandlung i. S. des § 209 Ziff. 5 BGB., sondern nur um eine die Vollstreckung vorbereitende Handlung¹⁶). Die Unterbrechung der Verjährung durch eine Vollstreckungshandlung wirkt nur augenblicklich, nicht so lange als die Vollstreckung überhaupt dauert. Daraus, daß im § 211, im § 214 Abs. 1 und im § 215 Abs. 1 BGB. für verschiedene Unterbrechungsfälle des § 209 BGB. die Fortdauer der Unterbrechung bis zu bestimmten Zeitpunkten besonders angeordnet

ist, folgt ohne weiteres, daß in den anderen Fällen, so namentlich bei der Unterbrechung durch Vornahme einer Vollstreckungshandlung (§ 209 Abs. 2 Nr. 5) die Unterbrechung nicht fort dauert. Insbesondere enthält § 216 BGB., der sich mit der Unterbrechung durch Vornahme einer Vollstreckungshandlung beschäftigt, keine Vorschrift von der Art der §§ 211, 214 Abs. 1, § 215 Abs. 1¹⁷). Eine derartige Unterbrechung währt also nicht so lange, wie die Vollstreckungshandlung überhaupt dauert, sondern ist immer nur eine augenblicklich wirkende. Die nach der Beendigung der Unterbrechung gemäß § 217 BGB. beginnende neue Verjährung setzt nicht erst mit dem Schlusse des Jahres ein, in dem die Unterbrechung erfolgt, sondern alsbald. Für die Anmeldung in der Zwangsversteigerung bedeutet das, daß die Zurücknahme des Antrages seitens des betreibenden Gläubigers die bereits durch die Anmeldung eingetretene Verjährung nicht zu beeinflussen oder zu beseitigen vermag. Die durch Vornahme oder Beanttragung einer Vollstreckungshandlung herbeigeführte Unterbrechung der Verjährung kann ferner nicht aufrechterhalten werden, wenn der Berechtigte die erwirkte Vollstreckungsmaßregel selbst wieder rückgängig macht. Das gleiche hat zu gelten, wenn die Vollstreckungsmaßregel sich nachträglich als eine gesetzwidrige erweist und wieder aufgehoben wird¹⁸). Das auf Beweiserleichterung beruhende Interesse des Schuldners an rechtzeitiger Klagerhebung darf nicht auf Kosten der Gebote von Treu und Glauben gewahrt werden¹⁹), ebenso wenig darf ohne weiteres ein gleiches Interesse des Schuldners an alsbaldiger Vornahme der Zwangsvollstreckung durch jeden seiner Gläubiger unterstellt werden.

Es läßt sich nicht als Regel aufstellen, das Gesetz habe für die gerichtliche prozessuale Geltendmachung von Rechten immer nur einen Weg eröffnet. Das Gegenteil ist in der Judikatur des RG. anerkannt, insbesondere auch z. B. für Ansprüche, die im Klagewege verfolgt werden, obwohl sie durch Zwangsvollstreckung hätten begetrieben werden können²⁰). Man kann davon ausgehen, daß der § 45 ZwVerfStG. die gesetzlichen Vermutungen der §§ 891, 892 BGB. für die Richtigkeit des Grundbuchinhaltes zur Richtschnur für den Zwangsversteigerungsrichter macht. Daraus ergibt sich einmal der Leitsatz, daß ein außerhalb des Grundbuchs begründetes Recht für den Zwangsversteigerungsrichter zunächst unbeachtlich ist und der Anmeldung sowie erforderlichenfalls der Glaubhaftmachung bedarf²¹). Das Gesetz geht insbesondere bei der Bestimmung des § 37 ZwVerfStG. davon aus, daß außer den schon durch das Grundbuch selbst ausgewiesenen Rechten noch weitere Rechte bestehen können, die auf Berücksichtigung bei Bemessung des geringsten Gebots gemäß §§ 44, 45 ZwVerfStG. oder bei der regelmäßigen Verteilung des Erlöses Anspruch erheben dürfen²²). Dazu dient die „Anmeldung“. In wenig überzeugender Weise hat das RG. die Behauptung aufgestellt, die Anmeldung in der Zwangsversteigerung sei für sich allein betrachtet eine rechtsunerhebliche Handlung. Der Begriff der Anmeldung wird vom Gesetzgeber in mannigfacher Weise verwendet. Ihrem Inhalt, ihrer Form und ihrer Rechtswirkung nach ist die Anmeldung jeweils in den einzelnen Gesetzen, z. B. in Aufwertungs-, Patent-, Handelsregister-, Aufgebots-, Versicherungspflichtsachen, ganz verschieden geregelt. Es sei z. B. nur ein kurzer Blick auf die Anmeldung im Aufgebotsverfahren geworfen, die manche Ähnlichkeit mit derjenigen in der Zwangsversteigerung aufweist. Das Aufgebotsverfahren hat zum Ziele, die gesetzlichen Rechtsnachteile gegen alle diejenigen festzusetzen, die sich auf das erlassene öffentliche Aufgebot hin nicht gemeldet haben²³). Nur die Unterlassung der Anmeldung hat die betreffenden Rechtsnachteile zur Folge. In das Aufgebot ist deshalb auch die Bezeichnung dieser Rechtsnachteile aufzunehmen. Der-

¹⁷) RGZ. 128, 80 = ZW. 1930, 2212 u. 2778; HöchstNPr. 30 Nr. 1309.

¹⁸) Mot. I, 331.

¹⁹) RGZ. 144, 245.

²⁰) RGZ. 46, 304; Gruch. 38, 183; RGZ. 55, 210.

²¹) Vgl. Fraeb, Sbauz. z. ZwVerfStG. 1929, § 45 Anm. II.

²²) RGZ. 77, 297 = ZW. 1912, 203.

²³) RGZ. 67, 95 = ZW. 1908, 12.

¹⁴) Fraeb, ZP. 54, 258.

¹⁵) Reichel, JheringsZ. 46, 84 f.

¹⁶) RG. i. R. 1908, 584.

jenige, der sich auf das Aufgebot meldet, wird mit seinem Rechte nicht ausgeschlossen. Einem Anmeldenden im Aufgebotsverfahren wird nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift in dem Ausschlußurteil das angemeldete Recht vorbehalten. Dabei hat der Aufgebotsrichter nur zu prüfen, ob die Anmeldung formgerecht und rechtzeitig erfolgt ist; eine Entscheidung darüber, ob das angemeldete Recht auch wirklich besteht, ist nicht in seine Hand gegeben.

Das RG. ist jede Begründung dafür schuldig geblieben, daß die Forderungsanmeldung in der Zwangsversteigerung eine „reine Sicherungsmaßnahme“ ist. Bei näherer Untersuchung erweist sich, daß diese Anmeldung eine u. U. sehr wirksame und erfolgreiche gerichtliche Anspruchssetzung ist, die vielfach auch eine völlige oder teilweise Anspruchsbefriedigung herbeiführt. Vergebens fragt man sich, mit welchem Recht das RG. für die Vollstreckungshandlung der Anmeldung im Zwangsversteigerungsverfahren als wesentliches Erfordernis die Selbständigkeit der Rechtsverwirklichung verlangt. Auf die „Erfolgsaussicht“ kann es doch keinesfalls ankommen, denn welche Erfolgsaussicht besteht im Regelfall für den Gläubiger, der den Schuldner zur Leistung des Offenbarungseides vorläßt? Das Offenbarungsverfahren, das allein vom Willen des ladenden Gläubigers abhängt, wird aber doch wohl auch das RG. als eine subjektiv eigenen auf Vollstreckung gerichteten Willen enthaltende Vollstreckungshandlung anerkennen müssen. Ganz unberücksichtigt läßt das RG. das weite Feld prozessualer Betätigung, das sich den „Anmeldungsbeiträgen“ i. S. des § 9 Ziff. 2 ZwVerfG. bietet. Sie haben bei der Feststellung des geringsten Gebots und der Versteigerungsbedingungen mitzuwirken, können insbesondere Abweichungen von der gesetzlichen Regelung verlangen und das Gesamtangebot mehrerer Grundstücke beantragen; sie sind befugt, Sicherheitsleistung vom Bieter zu beanspruchen und Widerspruch gegen Gebote oder gegen Zurückweisung von Geboten zu erheben, sie können gemäß § 85 eine einmalige Versteigerung des Zuschlags und die Bestimmung eines neuen Versteigerungstermins erwirken usw. Wenn man diesen Berechtigungen der Anmeldebgläubiger eine kurze gemeinschaftliche Bezeichnung geben will, so verfügt man in der deutschen Sprache über keine geeignetere, als sie das Wort „Vollstreckungshandlung“ darstellt. Dieses Wort, und zwar an erster Stelle, verwendet auch § 209 Ziff. 5 BGB. Die Vornahme jeder einzelnen der soeben beispielsweise aufgeführten Prozeßhandlungen erfüllt für sich allein ebenso wie schon die ihre Voraussetzung bildende Anmeldung die Erfordernisse des § 209 Ziff. 5 BGB.

Es kommt hinzu, daß der weitere Satz des RG., die Abwicklung des Verfahrens hinge allein von dem Willen des betreibenden Gläubigers ab, tatsächlich nicht zutrifft. Man denke nur an die häufig von dritter Seite im Wege der Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung vorgebrachten Einwendungen, die zur einseitigen und u. U. zur endgültigen Einstellung gegen den Willen des betreibenden Gläubigers führen können. Es ist aus diesen Erwägungen schon nicht einzusehen, wieso das RG. die Behauptung aufstellen kann, „eine ähnliche Sicherstellung wie im Konkursverfahren erreicht der anmeldende Gläubiger in der Zwangsversteigerung allein durch den Beitritt zu dem Verfahren nach § 27 ZwVerfG.“ Es bleibt doch gänzlich unbewiesen, daß die Anmeldung im Konkurs regelmäßig zur Befriedigung des berechtigten Gläubigers“ führt. Seine „Erfolgsaussicht“ ist vielmehr um kein Haar besser als diejenige der Anmeldungsbeiträgen in der Zwangsversteigerung. Es kommt hinzu, daß das RG. in diesem Zusammenhange in seiner Begründung eine unzulässige Einschränkung macht. Nach § 209 Abs. 2 Ziff. 2 wird als Unterbrechungsgrund: „Die Anmeldung des Anspruchs im Konkurs“ bezeichnet und nicht, wie das RG. a. a. O. dies tut, „die Anmeldung des berechtigten Gläubigers“, d. h. also des Gläubigers, dessen Anspruch der Konkursverwalter nicht bestritten hat. Die Folge ist aber die, daß die Konkursanmeldung in den vielen Fällen des Bestreitens durch den Konkursverwalter durchaus nicht zum Ziele führt. Ebensovienig wird durch die Anmeldung im Konkurs allein für den Gläubiger ein Vollstreckungstitel ge-

schaffen, sondern nur für den Fall des Nichtbestreitens seitens des Konkursverwalters.

Wenn das RG. meint, die ausdehnende Auslegung der Bestimmung des § 209 Ziff. 5 BGB. in dem Sinne, daß die Anmeldung einer Forderung im Zwangsversteigerungsverfahren der Stellung eines Antrages auf Zwangsvollstreckung gleichzusetzen sei, verbiete sich, so irrt es insofern, als diese Anmeldung, wie schon ausgeführt, tatsächlich eine „Vollstreckungshandlung“ i. S. des § 209 Ziff. 5 BGB. darstellt. Das RG. irrt aber auch weiter, wenn es ausführt, daß aus der Tatsache, daß in § 209 Ziff. 2 BGB. nur die Anmeldung des Anspruchs im Konkurs ausdrücklich erwähnt ist, der Umkehrschluß zu ziehen sei, daß der Gesetzgeber der Anmeldung im Zwangsversteigerungsverfahren diese Wirkung habe nicht geben wollen. Das RG. setzt sich hier in offenen Widerspruch mit den Motiven des Gesetzgebers. Die Anmeldung eines Anspruches im Konkurs zum Zwecke der Befriedigung aus der Masse wird schon von der Konkursordnung der Klagerhebung grundsätzlich gleichgestellt²⁴). Die Bestimmung des § 209 Nr. 2 BGB. ist eingefügt, weil sie von den übrigen allgemeinen Vorschriften über die Verjährung, ohne die Klarstellung zu beeinträchtigen und Dunkelheiten zu verursachen, sich nicht trennen läßt²⁵). Aus der Begründung dieser Gesetzesfassung läßt sich also schlechterdings kein Schluß ziehen. Im übrigen sei nur ein kurzer Blick auf die Rechtsnatur der Anmeldung im Konkurs geworfen.

Niemand ist zur Teilnahme am Konkursverfahren genötigt. Wer dem Konkurs fernbleibt, kann — abgesehen vom Zwangsvergleich — nach Konkursbeendigung seine Rechte unbeschränkt gegen den Schuldner verfolgen. Die Ausübung der einem Konkursgläubiger im Konkurs gewährleisteten Befugnisse setzt voraus, daß er den Willen, am Verfahren teilzunehmen, durch Anmeldung bekundet. Nur durch Anmeldung erwirkt er Feststellung und Berücksichtigung bei den Verteilungen. Das gilt für alle Konkursforderungen, einerlei, ob sie einfach oder bevorrechtigt sind. Ansprüche aus dinglichen Rechten sind anmeldbar, sofern sie Konkursforderungen bilden. Der Anstoß zur Bildung der Schuldenmasse muß von den Konkursgläubigern ausgehen, denen es überlassen bleibt, sich durch die nach dem Gesetze unumgängliche Anmeldung am Verfahren zu beteiligen. Die Anmeldung geht nicht an den Verwalter; sie ermöglicht es dem Anmeldenden, in der Gläubigerversammlung abzustimmen, und führt zur Prüfung und Feststellung und damit zur Teilnahme an der konkursmäßigen Befriedigung²⁶). Für das Widerspruchsrecht des Konkursverwalters gegen eine Anmeldung im Zwangsversteigerungsverfahren über die zur Konkursmasse gehörigen Grundstücke muß übrigens ein rechtliches Interesse gegeben sein²⁷). Aus dieser Art der gesetzlichen Regelung, die in so vielfacher Hinsicht in ganz ähnlicher Weise erfolgt wie in der Zwangsversteigerung, läßt sich in der Tat nichts zungunsten einer Unterbrechungswirkung für die Anmeldung in der Zwangsversteigerung ableiten. Der vom RG. empfohlene Beitritt zum Zwangsversteigerungsverfahren erscheint auch in anderen Fällen durchaus nicht immer als die zweckentsprechende Rechtsverfolgung. Der Hypothekengläubiger braucht z. B., um die Kosten der Rechtsverfolgung seiner Hypothek liquidieren zu können, dem von einem anderen Hypothekengläubiger betriebenen Zwangsversteigerungsverfahren nicht beizutreten; es genügt Anmeldung. Der Rang dieser Kosten bleibt auch dann gewahrt, wenn der Hypothekengläubiger aus dem von ihm erwirkten dinglichen Titel nicht anschließend sofort die Zwangsversteigerung selbst betreibt²⁸). Man darf dabei eins nicht aus dem Auge lassen: der zur Zwangsversteigerung beitretende Gläubiger haftet gesamtschuldnerisch für die Kosten des Verfahrens²⁹). Jeder Rechtsberater

²⁴) Vgl. Mot. zu § 13 KO.

²⁵) Vgl. Mot. z. BGB. I, 329.

²⁶) Vgl. Jaeger, „RD.“, 6. u. 7. Aufl. zu §§ 3 u. 138.

²⁷) RG.: JW. 1901, 2873; Fraeb, 58. Jahrg. 1929, § 116 Ann. III.

²⁸) GrundC. 1935, 413; BG. Berlin.

²⁹) BayObLG. v. 16. Sept. 1931; BayNotZ. 1931, 329.

wird es sich deshalb auch in Zukunft reichlich überlegen müssen, die Sicherung seines Auftrages im Zwangsversteigerungsverfahren in erster Linie durch Beitrittserklärung herbeizuführen. Aus dem Zwecke der Anmeldepflicht, daß jeder beteiligte Gläubiger die ihm vorgehenden Grundstückslasten berechnen kann, ergibt sich, daß die Anmeldung das angemeldete Recht klar erkennen lassen muß³⁰⁾. Wegen der Notwendigkeit, den Rechtsgrund des angemeldeten Rechts eindeutig anzugeben, genügt es z. B. bei der Anmeldung von Steuerrückständen nicht, daß die Steuerart und der Betrag genannt und der Vorrang beansprucht wird; es muß vielmehr auch der Zeitpunkt angegeben werden, aus dem die Rückstände stammen. Denn erst daraus ergibt sich, ob und in welcher Höhe sie bevorrechtigt sind, und insofern muß ein anderer Beteiligter, zumal er gemäß § 37 Ziff. 4, § 45 sogar Glaubhaftmachung des angemeldeten Rechts verlangen kann, in die Lage versetzt werden, sich selbst ein Urteil zu bilden³¹⁾. Eine Anmeldung im Versteigerungstermin reicht ferner z. B. zur Wahrung des Ranges rückständiger Zinsen an der Rangstelle der Hauptforderung nicht aus. Voraussetzung dafür, daß die rückständigen Zinsen bei der Erstverteilung mit dem Range des dinglichen Rechts liquidiert werden können, ist, daß der Anspruch auf sie gemäß §§ 37 Nr. 4, 110 ZwVerfG. spätestens im Versteigerungstermin angemeldet worden ist oder daß sich die Erhebung des Anspruchs auf diese Zinsen seitens des betreibenden Gläubigers aus dessen Versteigerungsantrag ergibt. Wenn von dem Erfordernis besonderer Anmeldung für die Ansprüche des betreibenden Gläubigers abgesehen wird, soweit sie sich aus dem Versteigerungsantrag ergeben, so wird dabei vorausgesetzt, daß schon dieser Antrag die im Versteigerungsverfahren geltend zu machenden Ansprüche deutlich ergibt. Nur eine solche Angabe bietet dem nachfolgenden Gläubiger eine brauchbare Grundlage für seine Berechnung. Ebenfalls zu diesem Zweck schreibt § 66 ZwVerfG. für den Beginn des Versteigerungstermins die Bekanntgabe der Ansprüche des betr. Gläubigers, der Zeit der Beschlagnahme und der Anmeldungen vor. Nicht jedes Schreiben also ist eine „Anmeldung“ i. S. des § 10 ZwVerfG. Wenn z. B. das Vollstreckungsgericht von einer Verwaltungsbehörde nur darauf hingewiesen wird, daß dem Schuldner von ihr aufgegeben worden ist, wasserrechtlich unzulässige Anlagen zu beseitigen, deren Beseitigung Kosten in Höhe von z. B. 10 000 RM verursachen könnte, und daß diese Kosten auch der Rechtsnachfolger des Schuldners tragen müsse, so ist darin nicht ohne weiteres eine Anmeldung zu finden. Es müßte zum mindesten feststehen, daß es sich dabei um eine öffentliche Last handelt³²⁾. Die Anmeldung öffentlicher Grundlasten enthält, sofern der Inhalt der Anmeldung dem nicht ausdrücklich entgegensteht, zugleich die Inanspruchnahme des Vorranges in der zeitlichen Begrenzung des § 10 Nr. 3 ZwVerfG.³³⁾ Durch ein Pfändungspfandrecht des persönlichen Gläubigers ist der Hypothekengläubiger nicht gehindert, die Beschlagnahme z. B. eines Landgutes und der mit ihm verbundenen Erzeugnisse im Wege der Zwangsversteigerung herbeizuführen. Die nach der Pfändung erwirkte Beschlagnahme beseitigt allerdings für sich allein die Rechtswirkung der Pfändung noch nicht. Dem Pfändungspfandgläubiger steht aber gegenüber der Beschlagnahme durch den Hypothekengläubiger kein Recht aus § 771 BPO., § 37 Ziff. 5 ZwVerfG., sondern nur das Recht zu, das Pfändungspfandrecht gemäß § 37 Nr. 4 ZwVerfG. zur Berücksichtigung im Zwangsversteigerungsverfahren anzumelden. Das Unterlassen rechtzeitiger Anmeldung eines aus dem Grundbuche nicht ersichtlichen Rechtes hat nach §§ 110, 37 Nr. 4 ZwVerfG. die endgültige Zurücksetzung im Range zur Folge, diese kann auch nicht nachträglich durch eine Bereicherungsklage gegen denjenigen beseitigt werden, der den Vorteil aus der Rangverschiebung erhalten hat. Zu den nach § 37 Nr. 4 anzumeldenden Rechten gehört auch ein aus dem Grund-

buch nicht ersichtlicher Vorrang³⁴⁾. Die Unterlassung der Anmeldung hat aber nicht nur Bedeutung für das geringste Gebot, sondern die viel weitergehende Wirkung, daß der im § 37 Nr. 4 angedrohte und im § 110 festgesetzte Rechtsnachteil eintritt, daß somit die nicht angemeldeten Rechte an die letzte Stelle rücken³⁵⁾. Ein Beamter, der für eine Behörde einen Anspruch in einem Zwangsversteigerungsverfahren nicht rechtzeitig anmeldet, macht sich schadenerschuldhaftig³⁶⁾.

Die Unterlassung der Bekanntgabe der Anmeldungen beeinträchtigt die Rechtswirksamkeit der Anmeldungen nicht, berechtigt aber zur Anfechtung des Zuschlags. Es ist eine unabwiesbare Pflicht des Versteigerungsrichters, die rechtzeitig erfolgten Anmeldungen zu prüfen, insbesondere auch daraufhin, ob die einzelnen angemeldeten Forderungen dem Anspruch des betreibenden Gläubigers vorgehen und deshalb bei der Festsetzung des geringsten Gebotes, sowie ob sie nach § 49 ZwVerfG. bei der Berechnung des Bargebotes zu berücksichtigen sind³⁷⁾. Bei der Verteilung des Versteigerungserlöses hat der Vollstreckungsrichter lediglich nach dem Inhalte der Anmeldung darüber zu entscheiden, ob der für das angemeldete Recht beanspruchte Rang und Betrag gerechtfertigt ist. Entspricht die Einstellung im Teilungsplane dem Inhalt der Anmeldung, so liegt ein die sofortige Beschwerde rechtfertigender Verstoß gegen die für die Aufstellung des Planes geltenden Vorschriften nicht vor³⁸⁾. Nach der Verfahrensregelung im Zwangsversteigerungsgesetz ist eine Verpflichtung für den Richter, von ihm als unware erkannte Anmeldungen in den Verteilungsplan aufzunehmen, schlechthin auszuschließen. Er hat vielmehr von Amts wegen darüber zu entscheiden, ob der angemeldete Anspruch nach seiner Art in den Teilungsplan aufgenommen werden kann. Das Verhalten des Vollstreckungsschuldners ist für die Entscheidung des Versteigerungsrichters, einen solchen angemeldeten Anspruch in den Verteilungsplan einzustellen, ohne jede Bedeutung. Das ergibt sich aus der Gestaltung des von dem Verteilungsrichter zu beachtenden Verfahrens, wenn der Vollstreckungsschuldner oder ein anderer Beteiligter im Versteigerungstermin Widerspruch gegen den Plan erhebt³⁹⁾. Der Vollstreckungsschuldner kann namentlich die Widerspruchslage des § 115 Abs. 1 ZwVerfG. erheben, wenn er bei Ausfall des betreffenden Gläubigers besser gestellt sein würde und mit der Widerspruchslage ein materielles ihm unmittelbar zukommendes Interesse verfolgt⁴⁰⁾. Ein völlig passives Verhalten des Vollstreckungsschuldners gegenüber der Anmeldung eines seiner Gläubiger im Zwangsversteigerungsverfahren kann sogar u. U. zu einer Anerkennung der angemeldeten Forderung gemäß § 208 BGB. und damit dadurch schon allein zur Verjährungsunterbrechung führen. Hat z. B. im Versteigerungstermin der Vertreter des Schuldners der unrichtigen Aufstellung des geringsten Gebots trotz Kenntnis von diesem Verfahrensmangel nicht widersprochen, sondern das Versteigerungsprotokoll durch Unterschrift genehmigt, so ist hierin eine Genehmigung der unrichtigen Aufstellung des geringsten Gebots zu erblicken⁴¹⁾.

Man sieht also, daß die Anmeldung mit außerordentlich vielen und bedeutenden Rechten und daß die Nichtanmeldung mit ebenso bedeutenden Nachteilen und Rechtsverlusten ausgestattet ist. Wie man angesichts dessen davon sprechen kann, diese Anmeldung sei für sich allein betrachtet eine rechtserhebliche Handlung, ist unsäglich. Mit demselben Rechte könnte man sagen, die richterliche Anordnung der Zwangsversteigerung, die Berechnung des geringsten Gebots, die Abhaltung des Versteigerungstermins seien rechtserhebliche Handlungen für sich allein betrachtet, weil sie der betreibende

³⁴⁾ RGZ. 122, 61 = JW. 1929, 776.

³⁵⁾ Vgl. Fraeb, 5. Aufl. z. ZwVerfG. 1929, § 37 Ziff. 4 Anm. II 2.

³⁶⁾ Vgl. Fraeb, 5. Aufl. 1925, § 110 Anm. I 3; R. 06, 49.

³⁷⁾ JW. 1914, 864.

³⁸⁾ Dresden v. 13. Jan. 1931: Sächs. NpfArch. 31, 292.

³⁹⁾ Vgl. RGSt. 69, 101 = JW. 1935, 1695¹⁶⁾.

⁴⁰⁾ DRZ. 1935 Nr. 650 (G. Koblenz).

⁴¹⁾ RGZ. 1932, 3205³³⁾ und dazu Volkmar.

³⁰⁾ RG.: JW. 1931, 2121, dazu Volkmar.

³¹⁾ LG. Dortmund: JW. 1938, 1054.

³²⁾ Vgl. Fraeb, 5. Aufl. n. ZwVerfG. 1929, § 10 Anm. III.

³³⁾ HöchstNpfv. 37 Nr. 1342 (Stettin); über die Folgen der Nichtanmeldung eines Vorranges vgl. RG.: Wam. 1935 Nr. 85.

Gläubiger durch die bis zur Verkündung des Zuschlagsbeschlusses zulässige Zurücknahme des Versteigerungsantrages (§ 29 ZwVerstG.) illusorisch machen könne.

Nein, die Anmeldung in der Zwangsversteigerung ist eine derartig nachdrückliche und klare Anspruchsbetätigung und eine so ausgesprochene und eindeutige Vollstreckungshand-

lung, daß ihr nicht nur gemäß dem völlig zweifelsfreien Wortlaut des § 209 Nr. 5 BGB., sondern auch aus rechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit Zug und Recht die Eigenschaft zugesprochen werden muß, verjährungsunterbrechend zu wirken. Sie ist überall das Gegenteil von einer Anpreisgabe.

Die Neuordnung der Krankenpflege

Von Amtsgerichtsrat Dr. Walter Kallfelz, Cottbus

Durch das am 28. Sept. 1938 verkündete „Gesetz zur Ordnung der Krankenpflege“ (RGBl. I, 1309) ist der Reichsminister des Innern ermächtigt worden, die zu einer einheitlichen gesetzlichen Regelung dieses Gebietes erforderlichen Maßnahmen zu treffen. MinDir. Dr. Gütt (Wölk. Beob. vom 6. Okt. 1938 Nr. 279 S. 4) und ORegR. und Medizinrat Dr. Engel („Deutsches Ärzteblatt“ 1938 Heft Nr. 42 S. 716) weisen darauf hin, daß außer der Unvollständigkeit und Uneinheitlichkeit der bisherigen Bestimmungen besonders auch die sich seit langem offenbarende Krise der Krankenpflege, der starke Rückgang des Nachwuchses bei den konfessionellen Krankenpflegeorganisationen, einen grundlegenden gesetzlichen Neuaufbau verlangten. Es galt hierbei insbesondere, die gesamte Krankenpflege in den Dienst des ganzen deutschen Volkes zu stellen und in ihr den lebensbejahenden Geist einer nationalsozialistisch-kämpferischen Haltung zu entwickeln und zu fördern, einen Geist, der auch den Kranken stets als Glied der Volksgemeinschaft und damit als Ahnen kommender Geschlechter ansieht (so Gütt a. a. D.). Es galt ferner besonders, die Ausbildung des Nachwuchses der NS-Schwesterzucht, der Schwesternschaften des Deutschen Roten Kreuzes und des Reichsbundes der freien Schwestern und Pflegerinnen sicherzustellen.

In Ausführung des Gesetzes hat der Reichsminister des Innern im erforderlichen Einvernehmen mit dem Stellvertreter des Führers am 29. Sept. 1938 drei Verordnungen zur Regelung der berufsmäßigen Ausübung der Krankenpflege erlassen.

Die

Erste Verordnung über die berufsmäßige Ausübung der Krankenpflege und die Errichtung von Krankenpflege-schulen (Krankenpflegeverordnung = KrPflV.)
(RGBl. I, 1310)

führt den

Erlaubniszwang

für die berufsmäßige Ausübung der Krankenpflege ein (§ 1). Die Erteilung der Erlaubnis setzt voraus, daß der Antragsteller deutscher oder artverwandten Blutes, politisch zuverlässig und guten Leumundes ist, sowie eine staatliche Krankenpflegeprüfung abgelegt hat. Zur Ausübung des Berufes außerhalb einer Krankenanstalt bedarf es ferner noch einer Bescheinigung über eine mindestens einjährige erfolgreiche Tätigkeit an einer öffentlichen oder sonst anerkannten Krankenanstalt. Eine Zurücknahme der Erlaubnis ist unter bestimmten Voraussetzungen möglich, insbesondere bei strafrechtlichen oder sittlichen Verfehlungen, hindernden körperlichen oder geistigen Mängeln (Sucht), beharrlicher Zuwiderhandlung gegen die erlassenen Vorschriften oder Ausübung der Heilkunde (§ 3).

Die

Ausbildung

zur berufsmäßigen Ausübung der Krankenpflege erfolgt in Krankenpflege-schulen, die als solche vom Reichsminister des Innern widerruflich anerkannt werden. Sie müssen einer Krankenanstalt angegliedert sein und ihr Träger muß entweder diese Krankenanstalt selbst oder die NS-Volkswohlfahrt, das Deutsche Rote Kreuz oder ein anerkannter Verband der freien Wohlfahrtspflege sein. Die Schulen müssen von einem Arzt geleitet werden. Von besonderer Bedeutung für die Sicher-

ung der Ausbildung des Nachwuchses ist die Bestimmung, daß die Träger öffentlicher Krankenanstalten bei ihren Anstalten Krankenpflege-schulen einrichten und unterhalten müssen (§ 6).

Die Berufsausbildung an diesen Krankenpflege-schulen erfolgt in einem einhalbjährigen Lehrgang, der „neben der fachlichen Berufsausbildung eine Einführung in die weltanschaulichen und sittlichen Grundlagen des Berufes und die Erziehung zur regelmäßigen Körper-schulung zu vermitteln hat“ (§ 8). Eine bereits erfolgte anderweitige Ausbildung kann u. U. teilweise angerechnet werden. Den Abschluß des Lehrganges bildet die staatliche Krankenpflegeprüfung, die bei Nichtbestehen regelmäßig nur einmal wiederholt werden darf. Übergangsweise ist bestimmt, daß Personen deutschen oder artverwandten Blutes, die in sittlicher, geistiger und körperlicher Beziehung den Anforderungen des Berufes entsprechen, bis zum 1. Okt. 1940 ohne vorherige Ausbildung und Prüfung die Erlaubnis zur berufsmäßigen Ausübung der Krankenpflege erhalten können, wenn sie bis zum Inkrafttreten der Verordnung nachweislich acht Jahre ohne Unterbrechung im Krankenpflegeberuf erfolgreich tätig gewesen sind. Bisher nach landesgesetzlichen Vorschriften erteilte Anerkennungen als Krankenpfleger oder Krankenpflegerin gelten weiter als Erlaubnis im Sinne des Gesetzes.

Schutz- und Strafbestimmungen

Die Berufsbezeichnungen im Krankenpflegeberuf lauten künftig „Krankenschwester“ und „Krankenpfleger“. Sie dürfen nur von denjenigen Personen geführt werden, welche die Erlaubnis zur berufsmäßigen Ausübung der Krankenpflege erhalten haben. Nur diese Personen dürfen auch Berufsstrachten und Berufsabzeichen tragen, welche der Genehmigung des Reichsministers des Innern bedürfen (§ 16). Die unbefugte Führung der geschützten Berufsbezeichnungen wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen bestraft. Ebenso wird nach § 132a StGB. bestraft, wer unbefugt eine Berufsstracht oder ein Berufsabzeichen für Betätigung in der Krankenpflege trägt, das vom Reichsminister des Innern genehmigt ist, oder das einem solchen zum Verwechseln ähnlich ist (§ 17).

Wer ohne die erforderliche Erlaubnis die Krankenpflege beruflich ausübt, wird mit Gefängnis bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen bestraft (§ 18).

Von besonderer Bedeutung ist die durch § 19 der VO. den Krankenschwestern und Krankenpflegern sowie den in der Vorbereitung auf diesen Beruf stehenden Personen ausdrücklich auferlegte

Schweigepflicht (Berufsgeheimnis)

(Sie ist allerdings auch schon durch § 13 ÄrzteD. auch für diesen Personkreis gesetzlich festgelegt worden. Siehe Kallfelz: JW. 1936, 1343.) Die unbefugte Offenbarung eines fremden Geheimnisses, das den Berufsangehörigen bei Ausübung ihres Berufes anvertraut oder sonst zugänglich geworden ist, ist mit Strafe bedroht (Gefängnis bis zu einem Jahr und Geldstrafe oder einer dieser Strafen). Eine unbefugte Offenbarung liegt jedoch nicht vor, wenn der Täter das Geheimnis zur Erfüllung einer Pflicht preisgibt oder wenn er dies zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten

Zweck tut und die Offenbarung das angemessene Mittel zur Erreichung des Zweckes ist. Die Tat wird nur auf Antrag des Verletzten verfolgt. Diese Formulierung der Ausnahme von der Schweigepflicht weicht zwar im Wortlaut etwas von der des § 13 ÄrzteD. (vgl. auch § 2 der Ärztlichen Berufsordnung: JW. 1938, 97) ab, scheint mir aber sinngemäß dieselbe Bedeutung und denselben Umfang zu haben. Ich kann daher insoweit auf meine oben zitierten Ausführungen hierzu verweisen (siehe auch Lierz-Paßraht, „Handbuch des Arztrechtes“ S. 97 ff.).

Juden dürfen (analog der neuen gesetzlichen Regelung über die Berufe der Ärzte und Rechtsanwälte) die Krankenpflege nur an Juden oder in jüdischen Anstalten berufsmäßig ausüben, ihre Ausbildung darf nur an jüdischen Krankenpflegeschulen erfolgen. Letztere dürfen wieder Personen deutschen oder artverwandten Blutes nicht ausbilden. Im übrigen finden insoweit die Vorschriften der Verordnung sinngemäß Anwendung (§ 20). Juden, die die Krankenpflege außerhalb einer Krankenanstalt ausüben, haben an ihrem Wohnhause ein Schild zu führen, das unter ihrem Namen die Worte „Jüdische Krankenschwester“ bzw. „Jüdischer Krankenpfleger“ enthält (§ 12 der Zweiten Verordnung).

Die Verordnung ist am 1. Okt. 1938 in Kraft getreten, jedoch treten die Strafvorschriften für die unbefugte Ausübung des Berufes sowie das unbefugte Führen der geschützten Berufsbezeichnungen und Tragen der geschützten Berufsstrachen und Abzeichen erst am 1. Okt. 1939 in Kraft.

Die

Zweite Verordnung über die berufsmäßige Ausübung der Krankenpflege und die Errichtung von Krankenpflegeschulen (Ausführungsverordnung) (RGBl. I, 1314)

definiert zunächst den für § 1 KrPflB. maßgeblichen Begriff der Krankenpflege (die sog. „große Krankenpflege“) als den der Pflege von an ansteckenden Krankheiten leidenden Personen und von sonstigen Kranken, die sich in laufender ärztlicher Behandlung befinden, soweit sich die Tätigkeit bei letzteren nicht auf die allgemeine Körperpflege beschränkt. Die Krankenpflege umfaßt ferner die Hilfeleistung bei Karzofen, Operationen und sonstigen ärztlichen Verrichtungen, insbesondere bei der Anwendung von elektrischen und sonstigen Strahlen sowie bei der Vornahme von bakteriologischen, serologischen und histologischen Untersuchungen. Unberührt bleiben die Berechtigungen

anderer anerkannter Hilfsberufe in der Gesundheitspflege, z. B. der Säuglings- und Kleinkinderchwester und -pflegerin, Krankenpflegerin und Krankenpfleger, Technische Assistentin usw. (§ 1).

Weiter gibt die V.D. nähere Bestimmungen für den Nachweis der für den Beruf erforderlichen Voraussetzungen, für die Bildung, Leitung und Besetzung der Krankenpflegeschulen, sowie den Ausbildungsgang an diesen, der insbesondere auch Unterricht in Berufskunde und Berufsethre, weltanschauliche Schulung, Erb- und Rassenkunde, Erb- und Rassenpflege, Bevölkerungspolitik, Gesundheitslehre, Hygiene, Ernährung, allgemeine Volksgesundheitspflege, Gesetze und Verordnungen, Sozialversicherung und Unfallverhütungsvorschriften umfaßt (§ 8). Ferner werden für die Prüfung nähere Bestimmungen gegeben unter Beifügung einer Prüfungsordnung (Anlage B). In den Anlagen A, C, D sind Muster der verschiedenen Ausweise über die Erlaubnis zur berufsmäßigen Ausübung der Krankenpflege wiedergegeben.

Die

Dritte Verordnung über die berufsmäßige Ausübung der Krankenpflege und die Errichtung von Krankenpflegeschulen (Ergänzungsverordnung) (RGBl. I, 1320)

enthält Bestimmungen über die Errichtung der Krankenpflegeschulen bei den verschiedenen Krankenanstalten, die eventuelle Verpflichtung zur Aufnahme von Vernschwestern, auch wenn diese einer anderen als der in dem zugehörigen Krankenhaus tätigen Schwesternschaft angehören u. a. m.

Mit diesen Bestimmungen ist im Zuge der Neuordnung unseres gesamten Gesundheitswesens das Teilgebiet der Krankenpflege ebenfalls auf den Boden nationalsozialistischer Weltanschauung und Berufsführung gestellt worden. Es ist zu hoffen, daß das Gesetz außer der Fernhaltung und Ausmerzung ungeeigneter Elemente in steigendem Maße gute und wertvolle Kräfte einem Berufe zuführen wird, der von seinen Trägern zwar immer ein besonders hohes Maß von Idealismus und Selbstaufopferung verlangen wird, dessen früher oft allzu passive und jenseitige Einstellung künftig aber einer mehr positiv-kämpferischen Berufsauffassung weichen soll, einem Streben, „die Kraft zu selbstloser, aufopfernder Tätigkeit aus der Bejahung des Lebens zu schöpfen“, und aus dem „Dienst am Krankenbett eine nationalsozialistische Tat“ zu machen (Gütt a. a. D.).

Die Entziehung des Pflichtteils bei schlechtem Lebenswandel eines Unzurechnungsfähigen

Von Rechtsanwalt Freiherr von Stackelberg, Berlin.

Gemäß § 2333 Ziff. 5 ist die Entziehung des Pflichtteils zulässig, „wenn der Abkömmling einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel wider den Willen des Erblassers führt“. In dem ersten Entwurf zum BGB. war der schlechte Lebenswandel nicht als Enterbungsgrund vorgesehen, und zwar aus der Erwägung heraus, „daß die Pflichtteilsentziehung den Erfolg einer Besserung kaum jemals haben wird, insbesondere kein Mittel ist, den Abkömmling von dem zu meist seitens der Eltern nicht völlig unverschuldeten Lebenswandel auf einen besseren Weg zurückzuführen. Auch dieser Grund würde mehr die Natur einer dem Gebiet des bürgerlichen Rechts fernliegenden Strafe haben“ (Motive V 437). Von der zweiten Kommission wurde jedoch die oben genannte Bestimmung im Anschluß an das gemeine und das preussische Recht aufgenommen.

Eine entsprechende Bestimmung enthält das österreichische Recht in § 768 Ziff. 4 ABGB.

Bei den Pflichtteilsentziehungsgründen der vorsätzlichen körperlichen Mißhandlung und des Verbrechens oder schweren vorsätzlichen Vergehens gegen den Erblasser oder dessen Ehegatten (§ 2333 Ziff. 2 u. 3 BGB.) ist in Rechtslehre und Rechtsprechung anerkannt, daß die Entziehung des Pflichtteils

unzulässig ist, wenn dem Pflichtteilsberechtigten für seine Handlungsweise Gründe zur Seite stehen, die die Schuld oder die Widerrechtlichkeit ausschließen (Unzurechnungsfähigkeit, Notwehr usw.)¹⁾.

Zweifelhaft erscheint, wie die Unzurechnungsfähigkeit des Pflichtteilsberechtigten auf den Entziehungsgrund des ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandels wirkt.

Die Frage ist im Schrifttum bisher überhaupt nicht erörtert worden. Auch der Erbrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht scheint die Frage noch nicht zum Gegenstand seiner Beratungen gemacht zu haben (Lange, „II. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für deutsches Recht“). An obergerichtlichen Entscheidungen liegt m. W. nur ein Urteil des RG. v. 24. Sept. 1909 (DZB. 21, 245) vor. Das RG. hat sich in dieser Entscheidung dahin ausgesprochen, daß Ehrlosigkeit oder Unsittlichkeit des Lebenswandels nur angenommen werden könne, wenn ein „Ver-

¹⁾ RG. v. 7. Nov. 1912 (WarnE. 1913 Nr. 253); RG. vom 21. Nov. 1912 (JW. 1913, 207 ff.); RG. v. 23. Juni 1913 (WarnE. 1913 Nr. 402); Staudinger, 9. Aufl., Ann. III A 5 Abf. 2 zu den §§ 2333—2337; RGWRomm. Ann. zu 2 und 3 bei § 2333; Plank-Strohhal, Ann. 3 zu § 2333.

schulden" des Pflichtteilsberechtigten vorliege, an dem der Erblasser einen die Strafe der Entziehung des Pflichtteils rechtfertigenden Anlaß nehmen dürfe. Das RG. sah im Anschluß an das Gutachten eines ärztlichen Sachverständigen den Pflichtteilsberechtigten in dem genannten Fall als erblich belastet an und führte hierauf vorzugsweise seine krankhafte Neigung zum Alkohol zurück. Dementsprechend versagte es der Entziehung des Pflichtteils die Anerkennung.

Dieser Rechtsprechung wird heute kaum gefolgt werden können. Die Entscheidung geht ersichtlich von der individualistischen Rechtsauffassung aus, die den Einzelnen in den Mittelpunkt stellt und den Schutz seiner Interessen für das oberste Ziel des Privatrechts hält. Es wird in der Entziehung des Pflichtteils lediglich eine persönliche „Strafe“ des Pflichtteilsberechtigten für seinen schlechten Lebenswandel gesehen und es wird folgerichtig dem Erblasser das Recht zur Entziehung versagt, wenn den Pflichtteilsberechtigten kein die Strafe rechtfertigendes Verschulden trifft.

Heute beherrscht der Gemeinschaftsgedanke die ganze deutsche Rechtsordnung. Nicht der Einzelne steht im Vordergrund der Rechtsbetrachtung, sondern die Gemeinschaft als geschlossene Einheit. Das Eigentum wird nicht mehr aufgefaßt lediglich als das absolute Recht auf Ausschließung fremder Einwirkung, sondern als eine besondere Art der Treuhandschaft für die Gemeinschaft²⁾.

Von diesem Grundgedanken ausgehend, kann auch einer Rechtsprechung nicht mehr gefolgt werden, die lediglich die Interessen des Einzelnen beachtet und im Endergebnis dazu führt, dem moralisch Verkommenen die Erbberechtigung bei

²⁾ Vgl. § 15 I u. II RGG. und § 1 B.D. zur Sicherung der Landwirtschaft v. 23. März 1937 als Ausdruck eines allgem. Rechtsfahes; vgl. ferner Diener: DR. 35, 173; Loth: JW. 1935, 1752; Albrecht: DR. 37, 54.

entsprechender Willensäußerung des Erblassers abzusprechen, wenn er im vollen Besitz seiner geistigen Kräfte ist, sie ihm dagegen zu garantieren, wenn er sich noch dazu in einem die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Geisteszustand befindet.

Eine solche Unterscheidung entspricht nicht den Interessen der Gemeinschaft. Der sittlich Minderwertige erscheint vielmehr vom Standpunkt der Gemeinschaft aus überhaupt ungeeignet, als Inhaber von Vermögen im Sinne eines „sozial-gebundenen Eigentums“ aufzutreten, und zwar gleichgültig, ob seine sittliche Verkommenheit auf einer krankhaften Anlage beruht oder nicht. Das Interesse der Volksgemeinschaft verlangt vielmehr, daß das Volksvermögen nach Möglichkeit nur in Händen vollwertiger Volksgenossen liege. Diesem Grundgedanken entsprechen auch die in Anm. 2 bereits zitierten Rechtsätze.

Von diesen Erkenntnissen aus ist heute die Auslegung solcher Rechtsätze vorzunehmen, deren Wortlaut nicht eindeutig ist. Nach dem Wortlaut der Bestimmung der Ziffer 5 des § 2333 BGB. ist die Entziehung des Pflichtteils wegen eines ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandels des Abkömmlings nicht an ein Verschulden gebunden. Ebenso wie bei individualistischer Rechtsbetrachtung durchaus folgerichtig das Erfordernis des Verschuldens im Wege der Auslegung in die genannte Bestimmung aufgenommen werden mußte, darf eine auf die Gemeinschaft abgestellte Rechtsauffassung die Entziehung des Pflichtteils bei sittlicher Verkommenheit nicht von dem Erfordernis eines Verschuldens abhängig machen.

Die Entziehung des Pflichtteils wegen eines ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandels des Abkömmlings wird somit in jedem Fall für zulässig zu erachten sein, sowie rein objektiv die Führung eines ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandels gegeben ist. Die Frage, ob die Unsitlichkeit oder Ehrlosigkeit auf einer krankhaften Anlage oder lediglich auf Charakterchwäche beruht, wird in Zukunft unbeachtlich bleiben müssen.

Zur Kostenlast beim Zug-um-Zug-Urteil

Von Fachanwalt für Steuerrecht Rechtsanwalt Dr. jur. E. Engelhard, Dortmund

Das Problem, wie bei der Beurteilung Zug um Zug die Kostenlast zu gestalten ist, einmal grundsätzlich zu erörtern, ist nicht nur deshalb verlockend, weil bei den Randgebieten des Rechtswirkens wie der Zwangsvollstreckung oder der Kostenverteilung die Feinheit der Logik im Rechtsgedanken besonders deutlich wird, sondern vor allem um deswillen geboten, weil sich Schrifttum und Rechtsprechung bisher nicht besonders damit befaßt haben, die letztere zumal, von einer des näheren Erläuterung unterliegt, in der Fälle der Erscheinungen eine möglichst freie Hand bei der Kostenverteilung, nach § 92 ZPO., auf die sie im wesentlichen hinauskommt, behalten wollte. Das Ergebnis mußte deshalb häufig eben nicht grundsätzlich gesehen, wechselvoll und unbefriedigend sein, um so mehr weil die Gelegenheit, den höchsten Gerichtshof zum Thema anzurufen, kaum geboten ist. Eine grundsätzliche Linie aufzudecken, ist auch wohl deshalb erschwert gewesen, weil die Verschiedenheit des Vorgehens im Prozeß selbst auf die geltend gemachte Einrede des Zurückbehaltungsrechts beim gegenseitigen Vertrag scheinbar viele Lösungen nahelegte.

Die Rechtsprechung schwankt schon bei der Betrachtung der einschlägigen Gesetzesvorschriften, d. h. also der §§ 274, 320, 322 BGB., ob die Geltendmachung der rechtsverfolgenden Einrede des Zurückbehaltungsrechts überhaupt keine Kostenfolge auslöst, oder aber ein teilweises Überwiegen mit sich ziehen kann, indem gefragt wird, was sie materiell gegenüber einem Klageantrag auf Leistung schlechthin bedeutet. Man ist sich lediglich einig dahin, daß bei dem gegenseitigen Vertrag die Klagepartei Leistung schlechthin verlangen kann und daß es Sache der beklagten Partei ist, ihr Leistungsverweigerungsrecht geltend zu machen, daß erst in diesem Fall die Beurteilung Zug um Zug auszusprechen ist. Gleich zu Anfang vertritt ohne weitere Begründung das OLG. Frankfurt die Ansicht, mit der Beurteilung Zug um Zug erschöpfe

sich die Wirkung des § 322 BGB. auf die geltend gemachte Einrede hin, und die im übrigen bestehende materielle Begründetheit und prozessuale Veranlassung der Klage werde dadurch nicht berührt (Urt. v. 30. Sept. 1903: Recht 1903, 575 Nr. 2910). Auf der gleichen Linie bewegt sich scheinbar das RG., wenn es betont, daß auch für den Fall, daß die zu verurteilende Partei sich im Annahmeverzug befinde, keine Ausnahme von der unbedingten Regel der im § 322 Abs. 1 BGB. verlangten Zug-um-Zug-Beurteilung zu machen sei. Das sei schon deshalb nicht notwendig, weil der Gläubiger ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung seinen Anspruch nach § 274 BGB. vollstrecken könne, wenn der Schuldner im Annahmeverzug sei, solange dieser nur immer dauert, sei es, daß er bereits zur Zeit der Beurteilung vorgelegen hat oder erst später eintritt, da das Gesetz in dieser Hinsicht keinen Unterschied mache und durch § 322 Abs. 3 und § 274 Abs. 2 BGB. für beide Fälle ausreichende Vorkehrung gegen den Mißbrauch der Vorschrift des § 322 Abs. 1 BGB. seitens des Beurteilten getroffen sei. Auch sei aus der mit § 322 Abs. 1 BGB. eng zusammenhängenden und von denselben Grundätzen namentlich auch bei der Vollstreckung beherrschten Bestimmung des § 322 Abs. 2 BGB. — worin dem zur Vorleistung verpflichteten Kläger für den Fall, daß der andere Teil (schon zur Zeit der Klage) im Annahmeverzug ist, das Recht auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung zu klagen, gewährt ist — zu schließen, daß auch § 322 Abs. 1 BGB. beim Vorliegen des Annahmeverzugs des zu Beurteilenden anwendbar ist (Urt. v. 18. Dez. 1903: JW. 1904, 90/91^a Kostenlast leider nicht erörtert). Endlich meint Brämann („Der Klageantrag bei gegenseitigen Verträgen“: RWL. 1907, 29 f.), es sei lediglich Sache des Angegriffenen, sein Zurückbehaltungsrecht vorzubringen, die Formulierung des Urteils geschehe auf diese Einrede hin ganz unabhängig durch

das Gericht; wollte man den Kläger für verpflichtet halten, sofort mit einem entsprechenden Antrag zu klagen, so mutete man ihm zu, die Geschäfte des Beklagten zu führen, nur um ihn in der Mühe zu überheben, gewisse ihm zustehende Rechte geltend zu machen. In dem von Brückmann kritisierten Fall, in dem sich der Schuldner bereits zur Zeit der Klage im Annahmeverzug befand, Klage auf unbedingte Leistung erhoben, auf die Einrede hin abgeändert und dann sofort anerkannt worden war und dem Kläger die außergerichtlichen Kosten des Beklagten auferlegt worden waren, — trete die Bedeutungslosigkeit des § 322 BGB. für die Kostenlast besonders hervor, weil der Vorbehalt der Zug-um-Zug-Leistung praktisch für den Schuldner nichts bedeute, weil der Gläubiger ja nach § 274 Abs. 2 BGB. vollstrecken könne, ohne vorleihen zu müssen. Diesem einzigen Verfechter im Schrifttum folgt schließlich ebenfalls ohne nähere Begründung das RG. im Ur. v. 29. Jan. 1907 (ebenda).

Wenn dieser Stellungnahme Brückmanns im Ergebnis aus anderem Grund auch zustimmen ist, in der Hauptsache geht sie nicht genügend auf das ein für allemal ausschlaggebende Argument aller anderen auf der Gegenseite ein, welche in der Beurteilung Zug um Zug gegenüber einem Urteil ohne diesen Zusatz eine Einschränkung erblicken (so Eccius, „Nachträgliche Bemerkungen über eventuelle Aufrechnung und Aufrechnung nach BGB.“: Beitr. zur Erläut. des Deutschen Rechts 42, 233, 249; R. Hellwig, „System des Deutschen Zivilprozessrechts“, 1912, Anm. I zu § 224 und Fußnote 5 S. 753, Anm. II 2c zu § 222 S. 746 u. a.). Gewiß mag der Kläger das Recht haben, auf Leistung allein zu klagen, ebenso wie der Beklagte die freie Wahl hat, die Einrede des Zurückbehaltungsrechts zu erheben oder nicht. Tut er das aber, so muß nicht nur seine Einrede, wenn sie begründet ist, vom Gericht berücksichtigt werden, sondern sie erntet grundsätzlich die praktische Wirkung des Zug-um-Zug-Urteils gegenüber dem uneingeschränkten ein. Dabei spielt es gar keine Rolle, ob diese Einrede erst zu beachten ist, wenn sie vorgetragen wird, daß sie also nicht schon von Amts wegen in Rechnung gestellt wird, etwa wie die Rechte der öffentlichen Versicherungsträger im Unfallprozeß oder die der dinglichen Gläubiger gemäß § 1127 BGB. im Bergschadenprozeß zu wahren sind, weil es zunächst nur auf diese Wirkung des Minus abzustellen ist, nicht darauf, wie sie hervorgerufen wird. Das RG. geht sogar in dem von Brückmann besprochenen Fall so weit, ein teilweises Unterliegen des Klägers gegenüber dem im Annahmeverzug befindlichen Beklagten anzunehmen und dem Kläger die außergerichtlichen Kosten des Beklagten aufzubürden, die diesem durch die Vertretung eines Anwalts bei dem Vortrag seiner Einrede erwachsen waren (19. Sen.: Ur. v. 31. Dez. 1906 a. a. D. S. 29).

Nun ist die unmittelbar aus dem Kostenrecht entnommene Überlegung, daß das Zug-um-Zug-Urteil einschränkt gegenüber dem unbedingten Urteil und mit dieser Einschränkung unmittelbar anknüpft an ein Unterliegen im Prozeß, zwar richtig, das RG. geht aber und wohl offensichtlich für den heutigen Leser deshalb in dem angezogenen Urteil noch fehl, weil es die kostenrechtlich notwendige Untersuchung nach dem Verhalten der Parteien vor dem Prozeß und im Prozeß nicht mehr beachtet hat. Es widerspricht jedenfalls unserem Empfinden, hier in dem Auspruch der Zug-um-Zug-Klausel nicht nur rein formell, sondern auch praktisch eine Einschränkung, will sagen eine Belastung für den Kläger zu sehen, der nicht beschwert ist, weil er gegenüber dem im Annahmeverzug befindlichen Beklagten aus dem Zug-um-Zug-Urteil ebenso vorgehen kann wie aus einem glatten Leistungsurteil. Der anerkannte Grundsatz des Kostenrechts, auch das Vorfeld zu sondieren, hätte hier dazu führen müssen, dem Beklagten alle Kosten aufzuerlegen, weil sein Verhalten im Prozeß zwar eine formell richtige, aber praktisch gewichtlose Einschränkung des Urteils auslöste, sein Verhalten vor dem Prozeß jedoch den Anlaß zu der unbedingten Klage gegeben hatte, die hier für den Kläger in der praktischen Auswirkung zum gleichen Ergebnis geführt hätte, wie die Zug-um-Zug-Klage.

Man muß sich eben immer vor Augen halten, daß Ur-

teile, die eine Zurückbehaltungseinrede beim gegenseitigen Vertrag zu beachten haben, neben dem Grundsatz, daß die Einrede einschränkend wirkt, besonders sorgfältig diese Einschränkung abwägen müssen in Bezug auf die übrigen Kostenfolgequellen, von denen als letzte und fast wichtigste wegen der häufig vorkommenden Fehler das Verhalten im Prozeß genannt sei. Wird z. B. einer unbedingten Leistungsklage die Einrede des Zurückbehaltungsrechts formell richtig nicht durch den Antrag auf Klageabweisung, sondern mit dem Antrag, nur gegen Empfang der vom Beklagten selbst begehrten Leistung zu verurteilen (vgl. RG. v. 27. Nov. 1913: JW. 1914, 188), von einem nicht in Verzug befindlichen oder verzögernden Schuldner entgegengehalten, und ergeht auf die geänderte Klage Annerkenntnis und danach Urteil, so muß der Kläger die Kosten tragen (so auch R. Hellwig, a. a. D. Anm. I d. S. 757. Er sagt: Von den Prozeßkosten bleibt der rechtzeitig merkennende Beklagte kraft Gesetzes frei. Nach dem gleichen Gesichtspunkt ist zu urteilen, wenn der Beklagte gegen die Beurteilung nichts einzuwenden hat, aber ihre Einschränkung verlangt und damit durchdringt. Das ist zwar kein [volles] Anerkenntnis, aber zu einem solchen war er ja auch nicht verpflichtet.) In der überwiegenden Zahl der Fälle wird bis zum Schluß der Verhandlung glatt auf Klage und Abweisung bestanden werden, wobei häufig die Berechtigung zur Geltendmachung der Einrede ein prozessual wichtigere Rolle spielen wird, als die der Höhe nach unbestrittene Leistungsangabe. So kann die Klage auf Herausgabe eines Pferdes im Wert von 6500 RM nur im Verhältnis 4500:2000 obliegen, wenn Urteil Zug um Zug gegen Erstattung der bis in die Beweisaufnahme strittig gebliebenen Futterkosten in Höhe von 2000 RM erging (so richtig OLG. Kassel, Ur. v. 4. Juni 1920: OLG-Rspr. 40, 359). Dabei ist es belanglos, ob über die Futterkosten nur auf die Einrede hin gestritten wurde, also dem Beklagten formell nicht in deren Höhe ein Anspruch zuerkannt, sondern nur entschieden worden ist, daß der Kläger nur dann seinen Anspruch auf Herausgabe durchsetzen kann, wenn er der Zug-um-Zug-Einschränkung genügt (vgl. auch Hellwig, a. a. D. Fußnote 19 S. 746), oder ob der Streitstoff in eine Widerklage gekleidet war.

Bei der Abwägung der Kosten nach § 92 ZPO. wird man immer gut tun, den etwa auftretenden Mangel unserer Kostenordnung, nicht nach Prozeßabschnitten die Kosten verteilen zu können, durch Verlagerung der Quoten über das rein rechtliche hinaus auszugleichen. Angenommen der Fall, daß nicht die Herausgabe des Pferdes, sondern die Berechtigung des Futterkostenabzugs und dessen Höhe den echten Anlaß zum Prozeß gegeben hat, nur dieser Gegenstand einer kostspieligen Beweisaufnahme gewesen ist, so müßte es als unbillig empfunden werden, nur im Verhältnis 4500:2000 die Kosten zu verteilen, weil der Kläger mit den 2000 ganz unterlegen ist, diese Quote aber die teure Beweisaufnahme verursacht hat. Hätten sich die Futterauslagen zum Gegenstand einer Widerklage erheben lassen, so wären deren hohe Kosten dem Kläger ganz zur Last gefallen, der Beklagte hätte nur die nicht streitigen Kosten der Herausgabe zu tragen. In gleicher Art zu verteilen, geht nun bei der nur einredeweise geltend gemachten Zurückbehaltung wegen der Futterauswendungen nicht an. Ebenso wie es übrigens beim Bergschadenprozeß immer wieder Schwierigkeiten macht, die oft sehr hohen Beweisaufnahmekosten nicht schematisch nach dem Prozeßende, sondern nach dem Spannungsverhältnis im Prozeß zu teilen. In allen Fällen wird es ratsam sein, die wirtschaftlichen Vor- und Nachteile von Einrede gegenüber einem unbedingten Klageantrag auszuwägen (so auch RG., Ur. v. 15. Okt. 1907: OLG-Rspr. 17, 110).

Die Schlußfolge dieses Aufsatzes gipfelt in dem Rat an den Kläger aus einem gegenseitigen Vertrag, stets der möglichen Zurückbehaltungseinrede mit Rücksicht auf die Kostenfolge durch einen Eventualantrag entgegenzuwirken. Alsdann wird das Verhalten der Parteien vor dem Prozeß und im Prozeß nur nach der allgemeinen Regel der §§ 91, 92 ZPO. zu bestimmen sein, also keine grundsätzliche Frage aufzuwerfen vermögen, deren Fallstricke bislang nicht selten zum Stolpern bei der Kostenverteilung geführt haben.

Schrifttum

Die Zivilprozeßordnung i. d. Fassung der Bef. v. 8. Nov. 1933. Erläutert von Dr. Martin Jonas, SenPräs. am OLG., Mitglied der Akademie für Deutsches Recht. 16. Aufl. des von Ludwig Gaupp begründeten Kommentars völlig neu bearb. unter Mitwirkung von Dr. Rudolf Pohle, OLG-Dir. i. R. Z. M. Tübingen 1938. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Bb. 1 (Lieferung 1—4 [§§ 1—510]). Preis auswechselbar in Halbbänden gebunden, Substr.-Preis 46,70 RM.

In verhältnismäßig kurzer Zeit liegt der erste Band des neuen „Jonas“ abgeschlossen vor. Im Vorwort ist seine Aufgabe kurz und treffend gekennzeichnet und damit die Frage der Notwendigkeit der Neuauflage sofort auch für den Leser bejahend beantwortet: „Die Entwicklung vom alten zum neuen Prozeß auch an Hand der inzwischen ergangenen Rechtsprechung darzustellen und frühere Ergebnisse zu überprüfen.“ Daß damit die Entwicklung selbst wiederum nur gefördert werden kann, daß also die Neuauflage dieses Standardwerkes des prozeßrechtlichen Schrifttums besonders fruchtbar sein wird, ist für den Benutzer eine selbstverständliche Folgerung. Gegenüber der häufigen seit Jahren von Baumbach gerügten Mißachtung des Prozeßrechts durch alle Beteiligten ist ein Satz des Vorwortes besonders beherzigenswert:

„Verfahren bedeutet Ordnung, nicht Festlegung einzelner gegenüberstehender Rechte, sondern eine unter Zweckgesichtspunkten stehende gegenseitige Bindung zusammenwirkender Faktoren. Dem Geiste dieser Ordnung widerspricht ein die Gesetzesnorm als Selbstzweck betrachtender Formalismus, ebenso aber auch ein die Gesetzesnorm mißachtendes Hinübergreifen des Richters in den Aufgabekreis des Gesetzgebers. Hier die richtige Mittellinie zu halten, war mein besonderes Bemühen.“ Die zur Erreichung dieser Linie notwendige Verbindung „von Liebe zur Gerechtigkeit, gepaart mit dem Bewußtsein der Verbundenheit mit allen Gliedern der Volksgemeinschaft“ (so Vorwort) mit der genauen Kenntnis des positiven Rechts und der zu seiner Verwirklichung geleisteten Arbeit verwirklicht die Neuauflage des Werkes wiederum in hervorragender Weise.

Mit Stolz kann der Verf. auf das gleichbleibende Ziel seiner jetzt 15-jährigen Arbeit an dem Werk hinweisen: „Das Verfahren in seinen Wechselbeziehungen zum materiellen Recht für die Lehrenden und die Praxis darzustellen und ihr vorzuarbeiten.“

Überall ist die sorgfältig bessere und auch ausschließende Arbeit bemerkbar. Alle dadurch angeregten Fragen auch nur zu freieren, würde nicht möglich sein, es kann nur auf einzelne Fragen, die für die Praxis besonders wichtig erscheinen, eingegangen werden. Eine Auseinandersetzung mit wissenschaftlich begründeten Ansichten im Rahmen der Besprechung erscheint mir unmöglich.

Schon in den allgemeinen Bemerkungen über die neuere Gesetzgebung in der Vorbem. vor § 1 ist erkennbar, was alles an Neuem der Berücksichtigung bedurfte. In den Fragen über Abgrenzung streitiger Gerichtsbarkeit von der Verwaltung (vor § 1) ist die Rechtsprechung aus älterer Zeit erheblich gekürzt, die neuere vollständig berücksichtigt. Besondere Hervorhebung verdient die sehr genaue Hineinarbeitung der zahlreichen für den Zivilprozeß wichtigen beamtenrechtlichen Vorschriften in die Vorbemerkungen. Überhaupt sind die Vorbemerkungen vor § 1 eine Fundgrube für kurze, aber ausreichende Hinweise auf Änderungen der verwaltungsrechtlichen Ordnung, insbesondere den ständigen Aufbau und die sich daraus ergebenden Folgerungen für den Prozeß (vgl. II, III und IV und etwa die Noten 123a, 131a, 151 für Zuständigkeit von Sondergerichten auch VII sowie § 1 II und III). Die unter V zu § 1 vermerkte Sonderanordnung der abgezwungenen Senate des OLG. Köln in Saarlautern, die Ähnlichkeit mit einem neuen OLG. hatte, ist durch deren Angliederung an das OLG. Zweibrücken gegenstandslos geworden.

Beim „Wert des Streitgegenstandes“ (§ 3) ist Jonas zusammen mit der Rechtsprechung des RG. jetzt der Auffassung, daß bei Klage eines Miterben auf Leistung an alle der volle Wert der begehrten Leistung maßgebend ist, nicht etwa nur der Anteil, der auf den klagenden Miterben entfallen würde, weiter, daß die Feststellungsklage nicht durchweg nach den gleichen Grundsätzen wie die Leistungsklage zu behandeln ist, nämlich da nicht, wo die Durchführung dieses Grundsatzes zu un-

billigen Härten führen würde. In Note 18a ist mit Recht der häufige Gerichtsgebrauch als unzutreffend gekennzeichnet, den Streitwert bei der unbefizierten Feststellungsklage regelmäßig niedriger als bei der befizierten Leistungsklage anzunehmen, wie überhaupt mit Recht auf die Schranken des freien Ermessens bei der Wertfestsetzung verwiesen ist (vgl. auch RGZ. 140, 211 = JW. 1933, 1725¹¹). Zu begrüßen ist hier auch die klare Stellungnahme, daß Festsetzung des Streitwertes auch dann zu erfolgen hat, wenn nur Anwaltsgebühren in Frage kommen.

Zu § 33 verbleibt Jonas mit gutem Grunde bei seiner Meinung, daß diese Vorschrift nur den Gerichtsstand, nicht auch die Frage der Zulässigkeit der Widerklage betrifft. Zu § 36 Nr. 1—4 ist zu begrüßen, daß die Bestimmung des ersinstanzlichen Gerichts abweichend von der Auffassung der Rechtsprechung und der bisherigen Auflagen auch in bereits anhängiger Sache soll erfolgen können, ebenso zutreffend die Abweichung von der bisherigen Auflage, daß auch bei Wegfall des gesetzlichen Vertreters nach § 57 ein vorläufiger Vertreter bestellt werden kann (dort II 2). Der Hinweis auf die Parteistellung des Dritten, der auf Nichtigkeit der Ehe klagen konnte, ist durch §§ 27 ff. EheG. v. 6. Juli 1938 gegenstandslos geworden (I 3). Die Lösung der oft schwierigen Frage, wer von öffentlich-rechtlichen Verbänden als Partei in Betracht kommt, wird durch die auf zahlreiche Neuregelungen verweisende Übersicht zu § 50 (II 3 b) erheblich erleichtert.

Bei den umstrittenen Fragen zur Streitgenossenschaft ist im Anschluß an RGZ. 157, 33 = JW. 1938, 1183⁴⁰ die Ansicht aufgegeben, daß bei notwendiger Streitgenossenschaft die Säumnis des einen Teiles das Rechtsmittel des Nichtsäumnigen unbegründet werden lasse, und der überzeugenden Begründung des angeführten Urts. gefolgt, daß die führende Rolle, die das Gesetz dem nichtsäumnigen Streitgenossen zuspricht, dazu führen muß, sein Verhalten für maßgeblich zu erklären und die gegen ihn ergehende Entscheidung auch gegen den Säumnigen wirksam werden zu lassen (62 VI 2). Bei dem Hinweis auf die Unteilbarkeit der Wirkung der Streitverkündung (68 II 1) wäre vielleicht ein Hinweis auf RGWarn. 1935 Nr. 140 geboten gewesen, um so mehr, als mir dies Ur. mit RGZ. 153, 271 und JW. 1937, 1433⁴⁰ nicht ganz vereinbar erscheint. In die Erläuterungen über den Anwaltsprozeß sind die Vorschriften der RRV. eingehend hineingearbeitet. Ganz vorzüglich ist unter VII die Zusammenfassung der für den Bereich des arbeitsgerichtlichen Prozesses geltenden Besonderheiten.

Aus der richtigen Auffassung, daß der Kostenersatzanspruch vor Erlass des Urts. kein aufschiebend bedingter Anspruch, sondern nur eine Anwartschaft eigener Art ist, die nicht zur Zurückbehaltung oder Aufrechnung befugt (vgl. vor §§ 91 II 4 und 104 II 6), hat RG.: Zur AbshPrVerf. 1938, 200 die Folgerung gezogen, daß es unzulässig ist, wesentlich überhöhte Ansprüche mit Rücksicht auf spätere Kostenersatzansprüche unbefriedigt zu lassen. Der Auffassung dabei selbst VI 3, daß eine Haftung nach gerichtlicher Entscheidung durch Parteienvereinbarung nicht beseitigt werden könne, vermag ich nicht zuzustimmen; sie ist, wie Note 61 zeigt, sehr umstritten: Wenn die Parteien die Folgen der Klagerhebung und des Urts. aufheben und das Streitverhältnis neu regeln können, so muß das, abgesehen von der ausdrücklichen Bestimmung, daß der Antragsteller für die gebührenrechtlichen Folgen seiner Anträge haftet (§ 77 GKG.), auch für die Kostenfolge gelten. Welche unerfreuliche Vielfalt der Ansichten gerade in Kostenfragen besteht, ergeben die Entscheidungen zur Kostenpflicht bei Erledigung von Sachantrag oder Rechtsmittel zu §§ 91 III u. V und 99 VI in den Fußnoten.

Bei den Fragen des Armenrechts sind die Hinweise zu § 114 ZPO. gerade auf neuere Rechtsprechung zugeschnitten.

Bei der Zulässigkeit der Beordnung eines Verkehrsanwalts wäre auf RG.: JW. 1937, 557²⁵ Anm. Gaedeker hinzuweisen (115 VII 2). Anzumerken wäre noch, daß die Gerichte dem schon früher vertretenen Standpunkt, daß bei Anhörung von Zeugen und Sachverständigen Parteien und Prozeßbevollmächtigte selbstverständlich zu benachrichtigen sind (118a I 3 und 176 I), nicht immer Rechnung tragen: Manchmal erscheint in der Entscheidung über das Armenrechtsgesuch plötzlich das Er-

gebnis von bis dahin den Parteien unbekanntem Ermittlungen. Auch darauf ist zu verweisen, daß keine erhebliche Verzögerung durch dieses Hilfsverfahren eintreten darf. Wenn nach der angeführten Stelle die Anhörung von Zeugen und Sachverständigen eine Ausnahme darstellen soll, so wird auch das nicht immer genügend beachtet (vgl. im übrigen meine Ausführungen *JW.* 1934, 2947). Auffallend sind die zahlreichen neueren Entscheidungen zu dem Vertreibungsrecht des Armenanwalts nach § 124 Abs. 2: Auch hier eine unerfreuliche Verschiedenartigkeit der Beurteilung wie zu vielen Kostenfragen.

Im Abschnitt über das Verfahren wirkt sich natürlich die gewandelte Auffassung über Aufgaben des Zivilprozesses und seine Ausgestaltung am stärksten aus. Hier die Abschwächung des Verhandlungsgrundsatzes in gefundenen Grenzen zu halten und die Stellung des Richters als Führer des Verfahrens herauszuarbeiten, nicht als sein „Herr“, wie es vielfach mit dem Erfolg der Förderung erheblicher Mißverständnisse ausgedrückt worden ist, ist der Inhalt zahlreicher Hinweise (vgl. die Ausführungen zur Fragepflicht des Gerichts 139 I und vor 128 I u. II). Im übrigen ist gerade diese Vorbemerkung im Zusammenhang mit den Erläuterungen zu §§ 128, 138, 139 eine ebenso knappe wie erschöpfend zusammenfassende Darstellung der geltenden wesentlichen Verfahrensgrundsätze. Bei 129 ergibt sich die Verschärfung der Anforderungen an die handschriftliche Unterzeichnung (og. „bestimmender“ Schriftsätze (vgl. hierzu auch meine Anm. *JW.* 1935, 2730¹⁰). Bei der Frage des Umfangs der Belehrungspflicht im Anwaltsprozeß 139 II wäre m. E. die Pflicht zur Vermeidung eines Überraschungsurteils hervorzuheben gewesen (vgl. *RG.*: *JW.* 1937, 2220³⁷ und die Bedenken in der Anm.). Daß die Anordnung persönlichen Erscheinens der Partei dem Prozeßbevollmächtigten mitzuteilen ist, ist 141 III 2 zutreffend angenommen, die entgegenstehende Praxis mancher Gerichte ist schon deshalb abzulehnen, weil der Gegner der geladenen Partei in einem solchen Falle darüber muß befinden können, ob nicht auch sein Erscheinen mit Rücksicht auf den gesamten Sachverhalt zweckmäßig ist. Zutreffend ist bei § 145, wo die Verschiedenartigkeit der Meinungen zur Frage der Aufrechnung im Prozeß zusammengestellt ist, die Ansicht der früheren Auflage aufgegeben, daß mit Forderungen, für die der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen ist, aufgerechnet werden könne, ohne daß die Forderung dem Grunde und der Höhe nach bereits von einer für die Feststellung zuständigen Stelle festgestellt ist. Besonderer Beachtung der Rechtswahrer bedürfen die Vorschriften über die Aussetzung und über bindende Vorentscheidungen anderer behördlicher Stellen (§ 148 II–IV). Bei § 157 II 1 ist hervorzuheben, daß die neue Auflage der herrschenden Ansicht folgt, daß die Regulierungsbeamten der Versicherung in Haftpflichtprozessen als Bevollmächtigte in der mündlichen Verhandlung ausgeschlossen sind. Das Protokoll hat durch die Verlagerung des Schwerpunktes des ganzen Verfahrens in die mündliche Verhandlung und die Vernehmung der Zeugen in ihr besondere Bedeutung bekommen, der nicht immer hinreichend Rechnung getragen wird. So ist der Hinweis wichtig, daß das Protokoll nicht nachträglich aus Notizen zusammengestellt werden darf, sondern in der mündlichen Verhandlung niedergeschrieben, vorgelesen und von den Beteiligten genehmigt werden muß (159 III). Die häufige Anwendung des im § 161 vorgesehenen Verfahrens der Nichtprotokollierung darf nicht zu dem in den letzten Jahren mehrfach durch das *RG.* gerügten Verfahren führen, daß nur das unmittelbar der Begründung der Entscheidung Dieneude in den Tatbestand des Urts. aufgenommen wird (vgl. *RGZ.* 145, 390 = *JW.* 1935, 1021⁹ und *JW.* 1937, 35 und Note 3). Bei dieser Bestimmung ist eine Erwäuerung darüber zu vermischen, wie denn bei der von *Jonas* in Übereinstimmung mit *RGZ.* 149, 316 ff. = *JW.* 1936, 811²⁵ unter eingehender Begründung angenommenen Unzulässigkeit einer Berichtigung des Tatbestandes bezüglich der Wiedergabe der Zeugenaussagen — anders m. E. *RGZ.* 145, 393 oben! — gegen unvollständige Wiedergabe der Aussagen im Tatbestand den Parteien geholfen werden kann. Die Bedeutung dieser Frage ergibt sich gerade aus *RGZ.* 149, 312, weil dort sogar die Zeugen selbst (314) ausdrücklich erklärten, daß sie nicht so ausgesagt hätten, wie es nach den Notizen des Berichterstatters in das Urts. aufgenommen worden war. Noch *RGZ.* 157, 348 = *JW.* 1938, 2231⁴¹ ist ausgesprochen, es gehe nicht an, daß das *VG.* sich in der Wiedergabe der Zeugenaussagen auf das beschränke, was es für wesentlich hielt. Vielmehr müsse die Wiedergabe so erfolgen, daß nachgeprüft werden könne, ob bei der Beurteilung der „Wesentlichkeit“ der Aussagen von rechtlich zutreffenden Gesichtspunkten ausgegangen sei. Mit Rücksicht hierauf wird es sich bei zweifelhaften Fällen immer empfehlen, von der Vereinfachung des § 161 abzusehen und den sicheren Weg der Protokollierung zu wählen.

Bei den Zweifelsfragen über die Zustellung ist bemerkenswert, daß die Einreichung außerhalb der Sitzung auch bei dem Vorsitzenden oder einem Mitglied des Senats nicht nur, wie bisher angenommen, bei dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erfolgen kann (207 IV 2 und Note 17), daß aber der Sozjus des vor dem Arbeitsgericht zugelassenen Anwalts das Empfangsbekenntnis nach 212 a nicht wirksam unterzeichnen kann (II und *ARBG.*: *JW.* 1936, 2179). Auf die neuerliche Unklarheit der Rechtslage bei Fristverlängerungen (Zustellung oder formlose Mitteilung) ist 224 II und Note 4 eingegangen. Hier ist der Standpunkt der *Erl.* ebenso zu begrüßen wie bei der Warnung vor der grundsätzlichen Ablehnung von Vertagungsanträgen bei überraschendem Gegenvorbringen oder unübersichtlicher Beweisaufnahmen 228 III. In den ausführlichen wichtigen Ausführungen zu 253 ist nichts wesentlich Neues, bei 256 ist die Erweiterung der Zulässigkeit von familienrechtlichen Feststellungsklagen (II 1b und Note unter 28) zu beachten.

Bedenklich scheint mir III 1 der Standpunkt, daß die Streitverkündung mit der — durch den Ausgang des Hauptprozesses — bedingten Behauptung eines Anspruches noch keine Verkömme darstelle, die Anlaß zu einer Feststellungsfrage geben könne. Gerade beim Haftpflichtversicherungsvertrage oder bei Freistellungsverpflichtungen irgendwelcher Art scheint mir das Gegenteil richtig zu sein. Die Frage ist in der Rechtsprechung strittig. Daß die Feststellungsfrage Ausnahme bleiben soll, ist III 5 hervorgehoben und auf *RGZ.* 152, 193 = *JW.* 1937, 220⁴ verwiesen (Notwendigkeit zeitraubender Beweisaufnahmen bei bezweifertem Anspruch vermag Zulassung der Feststellungsfrage nicht zu rechtfertigen!). Der Ausnahmezustand kann auch in der sicheren Erspahrung eines Betragstreits liegen. Auf einige Änderungen der Auffassung bei den teilweise schwierigen Fragen der Klagenhäufung — von *Jonas* zusammengefaßte Klagen genannt — sei aufmerksam gemacht. Zu § 262 ist III die frühere Auffassung aufgegeben, daß gegen den erschienenen Beklagten bei Nichtwahrung der Einlassungsfrist und Weigerung der Einlassung zur Hauptsache kein Versäumnisurteil erlassen werden dürfe. Immerhin wird die Frage einer Vertagung in diesem Falle besonders genau zu prüfen sein, § 337 paßt auf diesen Fall nicht. Zu § 264 ist zu begrüßen, daß die durch eine Klageänderung u. U. eintretende Erweiterung des Prozeßstoffes nur ausnahmsweise der Zulassung der Klageänderung als sachdienlich entgegensteht. Die Rechtsprechung ist zu dieser Frage immer weitergeworden, der Zweck der Erspahrung unnötiger Prozeßarbeit in insbes. *RGZ.* 148, 132 = *JW.* 1935, 2280¹⁴ deutlich. Das ist um so mehr zu begrüßen, als bei § 268 sichtbar wird, mit welchen Widersprüchen der Rechtsprechung nach wie vor in der Frage, wann Änderung der Klage vorliegt, gerechnet werden muß. Für den Fall der Klagerweiterung in der Berufungsinstanz durch Anschlußberufung läßt die neue Auflage jetzt in Anpassung an *RGZ.* 135, 224 = *JW.* 1932, 1733¹³ den Erlaß des Versäumnisurteils gegen den zahlungs säumigen Kläger zu, wenn der Termin auf Antrag des Gegners bestimmt ist (VI 1).

Zu § 271 scheint mir die Auffassung des *RG.*: *JW.* 1936, 3086, daß ein außergerichtlicher Vergleich mit der erklärten Absicht, den Prozeß nicht fortzusetzen, nicht als Klagerücknahme aufzufassen sei, den Vorzug zu verdienen (I). Auch gegen die Zulassung der Einwilligungserklärung zur Klagerücknahme im Anwaltsprozeß ohne Anwalt habe ich mit Rücksicht auf die den Parteien nicht erkennbare prozessuale Bedeutung und Tragweite der auch stillschweigend möglichen Erklärung Bedenken (II 2 und Note 28 a). Die gegen das *RG.* aufrechterhaltene Meinung (*RGZ.* 157, 144 = *JW.* 1938, 1123¹⁵ in III 1), daß bei Scheidung durch erstinstanzliches Urts. ohne Aufhebung des Urts. im Armenrechtsverfahren Zurücknahme von Klage und Widerklage erfolgen kann, scheint mir nicht der Bedeutung der Sache gerecht zu werden. Zu § 272 a ist der strengen Auffassung von *Jonas* zuzustimmen, daß nur die Partei, die die Fristen des § 132 nicht gewahrt hat, der Nachteil der Einräumung einer Schriftsatzfrist an den Gegner treffen darf, die vielfach abweichende Praxis wird mit Recht als geschwidrig bezeichnet.

Bei einem Zwischenurteil über Prozeßvoraussetzungen (§ 275) ist die Ansicht von *Jonas*, daß ein derartiges Urteil stets der Berufung und Revision unterliegt, der gegenteiligen Auffassung des *RG.* vorzuziehen (II und Note 7). Die Auffassung zu § 276, daß auch in der Revisionsinstanz noch eine Verweisung stattfinden kann (VII a. U. *RG.* und *ARBG.* in Note 30), dient ebenfalls der Vermeidung überflüssiger Prozeßarbeit und ist zu begrüßen. Bei den teilweise sehr schwierigen Fragen zum Beweise und zur Frage der Rechtskraft — 322 — ist das reichhaltige Schrifttum in besonderem Maße verwertet: Gerade hier ist auch eine besonders fruchtbare Wechselwirkung von wissen-

schaftlicher und praktischer Arbeit zu beobachten. Daß der sog. „Anschlagsbeweis“ eine Umkehrung der Beweislast bedinge, scheint mir noch vom I. Senat des RG.: ZW. 1936, 3187¹ vertreten, der VI. Senat hat seine gleiche Auffassung (RGZ. 135, 149 = ZW. 1932, 1514; ZW. 1932, 1251¹⁴ und RGZ. 136, 4 = ZW. 1932, 2014²) aufgegeben (WAG. 1936, 582). Der zutreffende Hinweis auf die besonders freie Stellung des Richters nach § 287 ZPO. (III), besonders betont RG.: ZW. 1938, 466²⁸, wäre vielleicht zur Vermeidung von Überspannungen, die gerade hier häufiger sind, einzuschränken durch den Hinweis auf RG.: ZW. 1937, 2466²⁵, wo vorsichtige Ausübung auch freiesten Ermessens dem Richter zur Pflicht gemacht ist und bei Unmöglichkeit einer Feststellung unter diesen Voraussetzungen Abweisung der Klage als notwendige Folge ausgesprochen ist. Die Bestimmungen über Wahrheitspflicht bedingen m. E. eine Erleichterung des Widerrufs des gerichtlichen Geständnisses, dessen Voraussetzungen auch 290 I 1 als überspannt bezeichnet werden. Bei den Ausführungen zum Urteil ist in den Vorbemerkungen eine eingehende Erörterung der Frage der Anerkennung österreichischer Urteile von besonderer Bedeutung (vor 300 V), auf die bei Teil- und Grundurteilen gebotene Vorsicht ist eingehend verwiesen; vielleicht wäre dabei ein Hinweis zweckmäßig, daß der Urteilsauspruch in diesen Fällen klar erkennen lassen muß, über was eigentlich entschieden worden sein soll: Die Fälle sind sehr häufig, in denen die Parteien in der Berufungsinstanz darüber streiten, ob etwa bei Schadensersatzprozessen der Feststellungsanspruch durch die Entscheidung zum Grunde miterfaßt werden sollte oder nicht. Da die Gründe — entgegen dem zunächst klaren Wortlaut des § 304! — Anlaß zu Zweifeln geben, ist häufig eine Anfrage an das erstinstanzliche Gericht der zweckmäßigste, aber sicherlich vermeidbare Ausweg. Wenn § 319 — zutreffend — dem Zwecke dienen soll, den Widerspruch zwischen dem bei der Beschlussfassung Gewollten und dem Ausgesprochenen zu beseitigen (I 3), so ist es m. E. nur folgerichtig, wenn man die Zulässigkeit der Ergänzung des Verwerfungsbeschlusses in Ehefachen auf Zulassung der sofortigen Beschwerde oder des Urteils auf Zulassung der Revision bejaht. Denn auch bei der Bestimmung des § 321 ZPO. handelt es sich um die Berichtigung eines Irrtums. Daß die sonst übliche Weitzugigkeit an den in anderen Fällen nicht für durchschlagend erachteten Bedenken wegen der formellen Rechtskraft in den wichtigsten Sachen der Parteien scheitern soll (§ 321 I 3), will mir nicht einleuchten (vgl. auch meine Ann. ZW. 1935, 2815). Auf die Erläuterungen zur Frage der Rechtskraft sei wegen der klaren und erschöpfenden Zusammenfassung besonders hingewiesen. Die Ansicht der früheren Auflage, daß die Zulassung des Einwandes der Schadensersatzpflicht aus einem erschlüssenen rechtskräftigen Urte. an der Rechtskraft scheitert, ist jetzt aufgegeben (X zu 322). Bei § 323 ist zutreffend entgegen dem Gesetzeswortlaut die Abänderungsklage auch da zugelassen, wo eine Klage wegen Fehlens von Schadensfolgen abgewiesen worden war (II 2). Bei 326 VII 2 wäre vielleicht noch auf RG.: ZW. 1934, 2537² über die Nichtanerkennung der französischen Liquidationsgesetzgebung durch deutsche Gerichte hinzuweisen gewesen. Im übrigen ist gerade hier besonders viel neuer Stoff aus Schrifttum und Rechtsprechung verwertet. Zu § 336 ist der Standpunkt aufgegeben, daß eine im ihr nicht mitgeteilten Termin erschienene und verhandlungsbereite Partei ohne Zustimmung des Gegners zur Verhandlung nicht zugelassen sei. Die Erzwingung eines Einspruchs wäre wirklich jeder Prozeßökonomie entgegen gesetzt.

Daß das Verfahren vor dem Einzelrichter entgegen dem Gesetz die Ausnahme bildet, ist anerkannt, über die Möglichkeit, in manchen, insbesondere Eheprozessen dem Einzelrichter die Erhebung der Beweise zu übertragen, und zwar in erster und in der Berufungsinstanz, finden sich leider keine Hinweise. Aber das derzeitige Verfahren leidet nach der gesetzlichen Fassung an dem Widerspruch des Grundgesetzes der Unmittelbarkeit vor dem Kollegium und dem Einzelrichtersystem. Dem wäre für beide Tatsacheninstanzen m. E. dadurch abzuhelfen, daß man gerade für Ehefachen mit ihren oft zahlreichen Zeugen von dem Einzelrichtersystem weitgehenden Gebrauch machte. Es ist schon an sich ein Unbiling, daß vor der Kammer oder dem Senat eine Unzahl von Zeugen vernommen werden, die vielfach nichts Wesentliches aussagen können: Diese Zeugen verzögern die Verhandlung vor drei Richtern, werden aber auch naturgemäß bei belasteten Sitzungen nicht immer mit der Ruhe vernommen, die zur Ermittlung des Wissens gerichtungswandter und etwas aufgeregter Zeugen notwendig wäre. Gerade weil diese Maßnahme im Ermessen des Vorsitzenden steht, könnte von ihr in derartigen Fällen ein segensreicher Gebrauch gemacht und dann immer noch Ladung einzelner Zeugen vor Kammer und Senat erfolgen. Vor allem würde dieses leider von Jonas nicht empfohlene Verfahren für die Berufungsinstanz in Ehe-

fachen wahrscheinlich eine glückliche Mittellösung zwischen der Vernehmung durch den ersuchten Richter — Fehlen jedes unmittelbaren Eindrucks — und der Vernehmung allzu vieler Zeugen durch den Senat — Gefährdung der Wahrheitsermittlung durch die Unmöglichkeit, auf die Vernehmung des einzelnen Zeugen hinreichende Zeit zu verwenden — darstellen. Der Vorteil unmittelbar nachfolgender Verhandlung — 370 I, 375 I — erscheint oft doch recht problematisch. Am zweckmäßigsten würde dabei eine Verbindung der Vorschriften über Einzelrichter und beauftragten Richter stattfinden, derart, daß zunächst vor Kammer oder Senat verhandelt würde, soweit nicht Erledigung gemäß § 272 b mit Ladung der Zeugen in dem ersten Termin in Betracht kommt.

Über die Untersuchungspflicht in familienrechtlichen Streitigkeiten finden sich ausführliche Hinweise nach 372. Mit Recht ist schon früher — leider auch jetzt noch nicht genügend beachtet! — (391 I 3) vor allzu seltener Beeidigung der Zeugen gewarnt und darauf hingewiesen, daß Wiederaufnahme auf Grund unwahrer unbeeidigter Aussagen nicht vorgehen ist. Die Erfahrungen mit der grundsätzlich uneidlichen Vernehmung sind z. B. in Ehefachen zum Teil äußerst bedenklich. Insbesondere ist ja bei der Vernehmung durch den ersuchten Richter — I 4 — eigentlich immer damit zu rechnen, daß uneidliche Vernehmung erfolgt.

Bei dem Beweise durch Parteivernehmung ist mit Recht darauf hingewiesen, daß es für den Beweisantritt auf die Beweislast ankommt; es sind vielfach Schriftsätze zu finden, die nur die eigene Partei als der Vernehmung würdig kennen wollen, die Vernehmung der eigenen Partei kann nur nach 448 an geregelt werden (445 III), kann aber nur stattfinden, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Parteibeauptung gegeben ist (448 II); auch die ergänzende Stellung dieses Beweismittels (IV) wird oft unzureichend beachtet, was für die Frage der Rechtzeitigkeit weiterer Beweismittel von unangenehmen Folgewirungen begleitet sein kann. Die völlige Freiheit des Gerichts in der Wahl und Verwertung dieses wertvollen Beweismittels (452 ff.) kennzeichnet die gegen früher gänzlich veränderte Stellung des Richters in besonderer Maße. Gerade die Vernehmung der Parteien verlangt aber auch ein besonderes Maß von Geduld bei der Vernehmung und die sorgfältigste Abwägung der verschiedenen Darstellungen, Beweisergebnisse und Möglichkeiten. Die Bemerkungen über das Verfahren zur Sicherung des Beweises werden allgemein von Parteien und Prozeßbevollmächtigten viel zu wenig beachtet. Gerade in Verkehrsunfallprozessen erweist sich der Verzicht im Vertrauen auf die polizeilichen Ermittlungen als oft verhängnisvoll. Es ist ein unerfreulicher Zwang, oft schon in der ersten, noch mehr aber in der Berufungsinstanz auf die Aussagen von Zeugen angewiesen zu sein, die den Vorgang von einigen Sekunden, manchmal auch von Bruchteilen dieser Zeit unrichtig erfasst und zu einem nicht mehr aussonderbaren Teil dann aus Schlussfolgerungen, Besprechungen und Phantasie ergänzt haben. Wieviel Arbeit könnte da durch die Beweissicherung des Zustandes der beteiligten Kraftwagen, der Hausstuppen usw. erspart werden!

Zum amtsgerichtlichen Verfahren scheint mir die Abweichung vom Landgerichtsprozeß durch die Einrichtung des Güteverfahrens nicht so wesentlich, wie sie 495 III angenommen wird. Da sofort vom Güteverfahren in das Streitverfahren übergegangen wird, scheint mir der Unterschied zu 296 und 349, wonach der Einzelrichter die gütliche Beilegung des Rechtsstreits zu versuchen hat, nicht sehr erheblicher Art zu sein. M. E. könnte für den richtigen und naturgemäß bei Sachen kleineren Streitwertes besonders aussichtsreichen Versuch gütlicher Beilegung (von Gewohnheitsstreitern sei hier abgesehen!) auf besondere Bestimmungen hier verzichtet werden, mit Ausnahme der Bestimmung über die Vorprüfung 499 b.

Bei 496 III wäre ein Hinweis auf RG.: ZW. 1936, 2709⁸ notwendig. Dort ist ein Anwalt der Partei gegenüber dafür verantwortlich erklärt worden, daß er nicht für die Erfüllung einer der Geschäftsstelle obliegenden Pflichten tätig geworden ist.

Dem praktisch tätigen Rechtsanwalt wird der jetzt vorliegende erste Band des größten Erläuterungswerkes stets eine zuverlässige Hilfe sein für die beiden immer wieder schwierigen Aufgaben der Rechtswahrung: Ermittlung der Wahrheit und Findung des Rechts. Darüber hinaus gibt das Buch in besonderem Umfang Anregung zu eigener Arbeit und den Überblick auch über älteres, heute noch wichtiges wissenschaftliches Schrifttum. Daß es den Einfluß auf Praxis und Theorie sich bewahren wird,

ist sicher, daß es darüber hinaus auch den einzelnen Rechtswahrer zur eingehenderen Betrachtung der Grundsätze unseres Verfahrens anregen möge, wäre ein ebenso wertvoller Erfolg dieses Werkes.

RA. Hermann Carl, Düsseldorf.

Das neue Personenstands-gesetz vom 3. Nov. 1937 und seine Ausführungs-vorschriften. Mit einem Anhang: Auszug aus dem neuen EheG. Erläutert von Dr. Ernst Brandis, SenPräs. beim RG., Mitgl. der Akademie für Deutsches Recht, und Franz Maßfeller, OGR. im RM. Berlin 1938. Verlag für Standesamtswesen GmbH, XV, 680 S. Preis geb. 14 RM.

Schon kurz nach Inkrafttreten des neuen PersStG. am 1. Juli 1938 legten die Verf. einen eingehenden Kommentar hierzu vor, nachdem die 1. AusfV. zum PersStG. erst am 19. Mai 1938 ergangen war. Die Verf. haben damit einem starken Bedürfnis in der Praxis Rechnung getragen.

Der Wert eines Kommentars bestimmt sich durch das Maß, in welchem er die Ansprüche, die von der Praxis an ihn gestellt werden, erfüllt. Je höher diese Ansprüche sind, um so schwieriger wird die Arbeit des Kommentators und um so wertvoller ist sein Werk, wenn ihm die Befriedigung dieser Ansprüche gelingt.

Die weltanschauliche Umwälzung durch die nationalsozialistische Revolution brachte auf allen Gebieten des Lebens als stärkste Forderung die der Ausrichtung des Einzelwesens auf die Gemeinschaft. Es ist einleuchtend, daß diese notwendige Ausrichtung sich auch auf dem Gebiete des Personenstandswesens auswirken mußte. Der Standesbeamte und der mit Personenstands-sachen befaßte Richter übte bisher lediglich eine formale Tätigkeit und eine solche der Prüfung von Formalitäten aus, während die materielle Grundlage des Personenstands-wesens, soweit nicht gesetzliche Einschränkungen, besonders auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes, bestanden, dem freien Willen des Einzelnen überlassen war. Die Ausrichtung des Einzelwesens auf die Gemeinschaft bringt es mit sich, daß sich die materielle Grundlage des Personenstands-wesens weit über die bürgerlich-rechtlichen Beschränkungen hinaus verändert haben. Der Standesbeamte von heute sieht sich nicht nur dem bürgerlichen Recht gegenüber, sondern auch den mannigfachen bevölkerungspolitischen Vorschriften, die das Reich zur Reinerhaltung der Rasse, Förderung eines gesunden Nachwuchses, Sicherung der Familie und zur Förderung der Ahnen- und Sippenforschung erlassen hat. Wer heute dem Standesbeamten ein wirklich brauchbares Hilfsmittel zur Bewältigung seiner verantwortungsvollen Aufgabe in die Hand geben will, kann sich nicht nur auf eine Erläuterung des PersStG. allein beschränken, sondern muß alle oben erwähnten Vorschriften, wie das EheG., das EhegesundhG., das BlutschutzG. u. dgl. verarbeiten.

Diesen Ansprüchen, die die Praxis an ein Hilfsmittel auf dem Gebiete des Personenstands-wesens stellen muß, wird der Kommentar von Brandis-Maßfeller in hohem Maße gerecht. Nach einer kurzen Vorbemerkung, in der die Verf. ihre Aufgabe unreißen, bringt das Werk zunächst den Wortlaut des PersStG. und der 1. AusfV. Als praktisch besonders wertvoll ist hervorzuheben, daß die Verf. bereits in dem reinen Text des Gesetzes hinter jeder Vorschrift die Seitenzahl angeben, auf der man die Erläuterungen der Vorschrift zu finden hat. Dieser technische Vorzug erleichtert ein Studium des Kommentars ganz besonders.

An die Textwiedergabe schließen sich die Erläuterungen an, die bei jeder Bestimmung nicht nur die entsprechenden Vorschriften der Ausführungsverordnung heranziehen, sondern auch alle Gesetzesbestimmungen, die im BlutschutzG., im EhegesundhG. oder im FGG. in der Praxis jeweils heranzuziehen sind. Auch diese Bestimmungen der sonstigen Gesetzesmaterien werden kurz, aber eingehend erläutert. Hinzu kommt noch eine Reihe von praktischen Beispielen, die den Leser in den Stand setzen soll, den betreffenden Personenstands-vorgang besser zu verstehen und dem Praktiker ein Muster für seine Tätigkeit an die Hand gibt.

Da das neue EheG. erst während der Bearbeitung des Kommentars erschien, konnte es von den Verf. nicht mehr in die Erläuterungen hineingearbeitet werden. Dies ist einer späteren Auflage vorbehalten. Im Anhang ist jedoch ein Auszug aus dem neuen EheG. und seiner DurchfV. dem Werke beigelegt und durch entsprechende Fußnoten bei den Erläuterungen auf die jeweils in Frage kommenden Vorschriften dieser Gesetze verwiesen, so daß auch im Hinblick auf diese neu ergangenen Vorschriften die praktische Benutzung des Kommentars gewährleistet ist.

Die Verf. haben zunächst bewußt darauf verzichtet, ihre Erläuterungen mit wissenschaftlichen Auseinandersetzungen und höchst richterlichen Entscheidungen zu überladen. Man muß den Verf. zugestehen, daß im Augenblick der der Praxis dienende Kommentar gerade durch die knappe und kurze Formulierung der Erläuterungen besonders wertvoll ist. Die Mitarbeit der Verf. bei der Schaffung des neuen PersStG. und der Ausführungs-vorschriften bietet hinreichend Gewähr dafür, daß die von ihnen zu dem Gesetz gegebenen Erläuterungen im hohen Maße dem Willen des Gesetzgebers entsprechen und von dem Geiste neuer Rechtsentwicklung getragen sind, der allein den verantwortungsbewußten Beamten in den Stand setzt, das neue Recht sinnvoll anzuwenden. Auch für den Leser, der in der Praxis nicht unmittelbar mit Personenstands-sachen befaßt ist, bietet das Werk eine Fülle von Anregungen und gibt ein vollständiges Bild der rechtlichen und weltanschaulichen Grundlagen des neuen Personenstands-rechtes.

RA. und Notar Dr. Eberhard Henke, Berlin.

Deutscher Gesetzesanzeiger. Sammlung von Fundstellen des geltenden Reichsrechts in systematischer und alphabetischer Ordnung mit Stichwörterverzeichnis. Herausgegeben von Dr. Georg Volkhardt, RA. in München. 2. verbesserte und erweiterte Auflage. Stuttgart 1938. R. Voerberg-Verlag. 360 S. Preis geb. 16,50 RM., kart. 14,50 RM.

Die erste Auflage des Gesetzesanzeigers ist im Jahre 1935 erschienen. In der ausführlichen Besprechung derselben in JW. 1935, 3612 ist zu der Frage des praktischen Wertes und Nutzens dieses Wertes eingehend Stellung genommen worden. Auf die derzeit gemachten Darlegungen kann verwiesen werden.

Die jetzt vorliegende zweite Auflage ist vollständig neu bearbeitet worden. Die Zahl der Sachgruppen ist vorteilhaft verringert worden. Die einzelnen Sachgebiete sind von Fachleuten bearbeitet worden, eine Tatsache, die eine beträchtliche Erweiterung des Mitarbeiterstabes gegenüber der ersten Auflage voraussetzte, die aber sicher zweckmäßig, wenn nicht sogar notwendig war, um eine wirklich zuverlässige Wiedergabe der verschiedenen Vorschriften der häufig recht unübersichtlichen Spezialgebiete zu erreichen. Das Schlagwörterverzeichnis ist umfangreicher geworden. Es gibt nicht nur die Bezeichnungen der Vorschriften an, sondern in manchen Fällen auch Stichworte zum wichtigsten Inhalt der in Frage stehenden Vorschriften. Daß nicht nur das geltende Recht, sondern teilweise auch außer Kraft gefetzte Vorschriften zur Erleichterung der Bearbeitung älterer Rechtsfälle angeführt werden, sei noch besonders erwähnt. Hervorzuheben ist aber vor allem die Sorgfalt, die auf die genaue und auch rechtlich überprüfliche Angabe der Änderungen der einzelnen Paragraphen verwendet worden ist.

Neu ist die Absicht des Herausgebers, Nachträge in Heftform etwa vierteljährlich erscheinen zu lassen. Dies war notwendig, wenn das Werk seinen Zweck, sofort die geltenden Bestimmungen aufzuzeigen, erfüllen sollte.

Entgegen der ersten Auflage ist jetzt von der Herausgabe des Buches in Lose-Blatt-Form abgesehen worden. Dies ist geschehen, um eine unnötige Verteuerung zu vermeiden und weil die Nachtragshefte dem Herausgeber eine zweckmäßigere Art der Ergänzung des Werkes zu sein schienen.

OGR. Dr. Vogel, Hamburg.

Das neue Recht in Preußen. Herausgegeben von St.Sekr. Dr. Roland Freisler und St.Sekr. i. e. R. Ludwig Grauert unter Mitwirkung von OstA. Dr. Karl Krug. Lieferungen 37 und 38. Berlin 1938. Industrie-Verlag Späth & Linde. Preis je Blatt 5 Pf. zuzüglich Postgebühren.

Von der Gesetzesammlung sind inzwischen die Lieferungen 37 und 38 erschienen. Die Lieferung 37 enthält auf 246 Blatt das bis Mitte Juli erschienene Material, Gesetze, Verordnungen usw. Die Lieferung 38, die mit 214 Blatt die Sammlung bis Ende August weiterführt, bringt eine neue Bearbeitung des Abschnitts Straßenverkehrsrecht. Alle jetzt geltenden verkehrsrechtlichen Vorschriften sind unter Ausschaltung der überholten Vorschriften nach übersichtlichen Gesichtspunkten zusammengestellt worden. Das Stichwörterverzeichnis und der letzte Teil der zeitlichen Übersicht sind mit Rücksicht auf die Umgestaltung des verkehrsrechtlichen Abschnittes neu bearbeitet.

Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet
 [** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung]

Strafrecht

Strafgesetzbuch

1. RG. — § 20 a StGB. Hat ein Gang zu Betrügereien die Tat mit beeinflusst, so ist es für die Bejahung der Eigenhaft als Gewohnheitsverbrecher belanglos, daß auch noch andere Beweggründe mitgespielt haben.

Die Begründung, mit der es im Urteil abgelehnt wird, den Angekl. als gefährlichen Gewohnheitsverbrecher zu behandeln und die Sicherungsverwahrung anzuordnen, ist rechtsirrig. Die Strk. will nur die inneren Voraussetzungen der Gesetzesbestimmung verneinen.

Das Urteil bezeichnet die Straftat des Angekl. als eine durch seine schwierige wirtschaftliche Lage veranlaßte Entgleisung. Das könnte dafür sprechen, daß die Tat aus der Verführung eines Augenblicks, der Ausnutzung einer damaligen Gelegenheit entstanden ist, und dann die Nichtanwendung des § 20 a StGB begründet erscheinen lassen. Das Urteil ist aber hierzu nicht frei von Widerspruch. Die Strk. hebt hervor, daß die Häufigkeit der vom Angekl. begangenen Betrügereien und ihre schnelle Aufeinanderfolge durchaus geeignet sind, einen durch Übung erworbenen Gang zur Begehung von Betrügereien zu begründen. Eine eindeutige Feststellung, daß dem Angekl. ein solcher Gang innewohnt, enthält das Urteil bisher nicht. Er gibt aber die Prüfung unter Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Angekl. und der heranzuziehenden früheren Straftaten, daß die strafbare Betätigung sich aus seinem Charakterbilde erklärt, dann dürfte die Strk. nicht von der Anwendung der erzwingenden Vorschrift des § 20 a Abs. 1 StGB. mit der Begründung absehen, daß der Betrugsversuch „weniger“ eine Auswirkung eines (vielleicht schon früher vorhandenen) Ganges zum Betrug war als eine Entgleisung aus wirtschaftlichen Gründen. Hat ein Gang zu Betrügereien die Begehung der Tat mit beeinflusst, dann kann es nicht entscheidend darauf ankommen, ob noch andere Beweggründe, wie wirtschaftliche Bedrängnis, den Täter auch zu seinem Handeln getrieben haben. Auch bei dem gefährlichen Gewohnheitsverbrecher wird in der Regel die Tat durch äußere Umstände, wie günstige Gelegenheit, schlechte Vermögensverhältnisse u. dgl., mit ausgelöst werden. Selbst das Vorhandensein einer ausgesprochenen Notlage schließt nicht schlechthin ein Handeln aus verbrecherischem Gange aus, nämlich dann nicht, wenn der Täter schon bei einer geringen äußeren Bedrängnis unter Vermeidung einer Abhilfe mit ehrlichen Mitteln sich zu strafbaren Angriffen auf den Rechtskreis anderer Menschen aus Schwäche treiben läßt oder gar die Not als willkommener Anlaß zur Betätigung des ihm innewohnenden verbrecherischen Ganges benützt (RGUrt. v. 20. Mai 1938, 4 D 347/38 = JW. 1938, 2129²).

(RG., 2. StrSen. v. 19. Sept. 1938, 2 D 516/38.)

2. RG. — § 51 StGB. Der übermäßige Genuß geistiger Getränke kann, ohne daß sinnlose Trunkenheit und damit Bewußtlosigkeit vorzuliegen braucht, einen Raufchustand erzeugen, der sich in einer die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Bewußtseinsstörung oder krankhaften Störung der Geistestätigkeit äußert.

Das ist vom RG. bereits häufig ausgesprochen worden (vgl. RGSt. 63, 46, 48 und RGUrt. 3 D 507/36 v. 14. Sept. 1936; JW. 1936, 2994¹⁵; 2 D 512/36 v. 17. Sept. 1936; JW. 1936, 2994¹⁶; 2 D 81/37 v. 4. März 1937; JW. 1937, 1328²¹; 1 D 42/37 v. 2. März 1937; JW. 1937, 1329²²). Ein solcher Zustand ist nicht schon dann ausgeschlossen, wenn sich der Täter keines Handelns bewußt gewesen ist und sein Tun gewollt hat.

Der Täter muß vielmehr fähig gewesen sein, sein Handeln trotz seiner Trunkenheit vernunftgemäß zu wollen, seine Entschlüsse nach verstandesmäßiger Einsicht zu bestimmen. Die Bestimmbarkeit des Willens durch vernünftige Erwägungen kann aber, ohne daß sinnlose Trunkenheit vorzuliegen braucht, infolge starker Angetrunkenheit so weitgehend gehemmt sein, daß die freie Willensbestimmung nach § 51 Abs. 1 StGB. ausgeschlossen ist.

(RG., 1. StrSen. v. 2. Sept. 1938, 1 D 540/38.)

3. RG. — § 60 StGB. Auch die auf Grund des DebG. verhängten Geldstrafen können als durch Untersuchungshaft verbüßt erklärt werden.

Die Rev. der Staatsanwaltschaft rügt eine Verletzung des § 60 StGB., weil die Strafkammer die neben der Gesamtfreiheitsstrafe verhängten vier Geldstrafen als durch die erlittene Untersuchungshaft verbüßt erklärt habe, ohne daß die Nichtbeitreibbarkeit dieser Strafen feststehe, so daß der Verurteilte die vom Gesetzgeber am Vermögen beabsichtigte Strafe überhaupt nicht spüre. Dieser Auffassung kann im Einvernehmen mit der Ansicht des Oberreichsanwalts nicht beigetreten werden. Es steht im pflichtmäßigen Ermessen des Tatrichters, ob er eine erkannte Geldstrafe als durch die erlittene Untersuchungshaft teilweise oder ganz getilgt erklären will. Geldstrafen, die auf Grund des DebG. ausgesprochen worden sind, von diesem allgemein gültigen Grundsatz auszunehmen, ist nicht gerechtfertigt.

Dagegen macht die Staatsanwaltschaft mit Recht geltend, daß für die Geldstrafen Ersatzfreiheitsstrafen hätten festgesetzt werden müssen, auch wenn die Geldstrafen als durch die Untersuchungshaft verbüßt angesehen worden sind. Die im RGSt. 63, 333 und 68, 1 = JW. 1934, 431²⁰ vertretene andere Auffassung hat der erf. Sen. in der Entscheidung 3 D 971/36 vom 12. April 1937 (JW. 1937, 1835¹²¹) aufgegeben. Es erscheint jedoch nicht erforderlich, die Sache zur Festsetzung von Ersatzfreiheitsstrafen und zu einem neuen Auspruch über die Anrechnung der Untersuchungshaft zurückzuberweisen, weil sich aus dem Urteil ergibt, daß die Strafkammer die Geldstrafen nicht durch eine kürzere Untersuchungshaft für verbüßt angesehen hat, als die Dauer der Ersatzfreiheitsstrafen betragen haben würde (RGSt. 54, 24).

(RG., 3. StrSen. v. 12. Sept. 1938, 3 D 652/38.)

4. RG. — §§ 153, 157, 164, 73 StGB.; § 9 JGG. Bei Ermittlung der „schwersten Strafe“ ist, wenn die Voraussetzungen der §§ 157, 158 StGB. vorliegen, der hiernach abgewandelte Strafrahmen in Vergleich zu setzen. Ist der Täter außerdem Jugendlicher, so muß der bereits abgewandelte Strafrahmen nach § 9 JGG. nochmals abgewandelt werden, ehe er in Vergleich gesetzt wird.

1. Der Angekl. hat sich am 19. Febr. 1937 als Jugendlicher i. S. des § 1 JGG. mit der für seine Strafbarkeit erforderlichen Einsichts- und Willensfähigkeit (§ 3 JGG.) eines Zeugenmeineides (§ 154 StGB.) schuldig gemacht. Dem Angekl. fällt ferner ein fortgesetztes Vergehen gegen § 164 Abs. 1 StGB. zur Last. Der Anwendbarkeit dieser Bestimmung steht insbes. nicht entgegen, daß der Tatbestand des § 164 Abs. 1 StGB. nicht durch die freiwillige Erstattung einer Anzeige, sondern dadurch verwirklicht worden ist, daß der Angekl. nur anläßlich seiner Vernehmungen als Zeuge vor der Polizei und vor Gerichten den Landwirt F. wider besseres Wissen einer strafbaren Handlung verdächtigt hat (vgl. hierzu RGSt. 69, 173 = JW. 1935, 1858¹⁹).

2. Der Angekl. hat einen Teilakt der fortgesetzten falschen Anschulldigung erst nach Vollendung seines 18. Lebensjahres verwirklicht. Mithin war zwar die Strafbarkeit der vor diesem

Zeitpunkt liegenden anderen Teilakte jener fortgesetzten Tat nach Maßgabe des § 3 ZGB. zu prüfen. Bei Bejahung dieser Strafbarkeit hatte der Angekl. aber für die fortgesetzte Handlung als solche, weil sie erst mit dem Abschluß aller zu ihr gehörenden Einzelakte „begangen“ ist, die ordentliche Strafe des § 164 Abs. 1 StGB. verwirkt und durfte insoweit nicht etwa im Rahmen des § 9 ZGB. geringer bestraft werden (vgl. hierzu RGSt. 66, 36).

Gegen den Strafausspruch bestehen Bedenken:

a) Da der Angekl. durch eine und dieselbe Handlung den § 154 Abs. 1 i. Verb. m. den §§ 153, 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. und §§ 3, 9 ZGB. und den § 164 Abs. 1 StGB. verletzt hat, so war gemäß § 73 StGB. die Strafe demjenigen Gesetz zu entnehmen, welches die schwerste Strafe, und bei ungleichen Strafarten demjenigen Gesetz, welches die schwerste Straftat androht. Als schwerstes Gesetz in diesem Sinne hat das SchwG. den § 154 Abs. 1 (153) angesehen, weil es nur die Strafdrohungen des § 154 Abs. 1 (153) StGB. und des § 164 Abs. 1 StGB. miteinander verglichen hat. Das ist rechtsirrig. Wie im Falle des Versuches und der Beihilfe für die Ermittlung der „schwersten Strafe“ nicht die für die vollendete Straftat oder für die Haupttat angeordnete Strafe, sondern der sich unter Mitverwertung der Vorschrift des § 44 StGB. ergebende Strafrahmen maßgebend ist (RGSt. 53, 47), so können, falls bei einem Meineid oder einer falschen Versicherung an Eides Statt die besonderen Strafermäßigungsgründe der §§ 157, 158 StGB. vorliegen, als verletzende, die Strafbarkeit begründende Strafgesetze nicht die den Tatbestand des Meineides oder der falschen Versicherung an Eides Statt unter Strafe stellenden Bestimmungen der §§ 153, 154, 156 StGB. für sich allein, sondern nur in Verbindung mit dem durch die Vorschriften der §§ 157, 158 StGB. abgewandelten Strafrahmen gelten. Denn jene Straf ermäßigungsgründe sind nicht, wie bei anderen gesetzlichen Tatbeständen die „mildernden Umstände“, bloße Straf bemessungsgründe innerhalb der Verbrechenstatbestände der §§ 153, 154, 156 StGB. Sie erfordern vielmehr eine besondere Tatbestandsgestaltung und begründen daher gegenüber der mit der ordentlichen Strafe bedrohten Handlung gleichsam einen anderen Verbrechenstatbestand. Aus denselben Erwägungen ist bei der strafbaren Tat eines Jugendlichen verletztes Strafgesetz i. S. des § 73 StGB. nicht der ordentliche Deliktstatbestand für sich allein, sondern nur in Verbindung mit dem Sonderstrafrahmen des § 9 ZGB. Daraus folgt für den vorl. Fall, daß zur Ermittlung des schwersten Gesetzes i. S. des § 73 StGB. die Strafdrohung des § 164 Abs. 1 StGB. mit derjenigen zu vergleichen ist, die sich für den dem Angekl. als Jugendlichen zur Last fallenden, im Eidesnotstand begangenen Zeugenmeineid aus dem § 154 Abs. 1 (153) StGB. i. Verb. m. § 157 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB. und § 9 ZGB. ergibt. Die Strafdrohung des § 154 Abs. 1 (153) StGB. lautet auf Zuchthaus von einem bis zu zehn Jahren. Dieser Strafrahmen wird durch § 157 StGB. gemildert auf Zuchthaus von 3 Monaten bis zu 5 Jahren. Durch § 9 Abs. 3 ZGB. findet er eine weitere Milderung auf Gefängnis von 1 Tag bis zu 2 1/2 Jahren (vgl. hierzu auch RGSt. 59, 141). Vergleicht man diese Strafdrohung mit derjenigen des § 164 Abs. 1 StGB., die Gefängnis von 1 Monat bis zu 5 Jahren vorsieht, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß schwerstes Gesetz i. S. von § 73 StGB. der § 164 Abs. 1 StGB. ist. Die Strafe gegen den Angekl. hätte deshalb nicht dem § 154 Abs. 1 (153) StGB. entnommen werden dürfen, sondern aus § 164 Abs. 1 StGB. gefunden werden müssen.

Daß das SchwG., wenn es hiernach verfahren wäre, gegen den Angekl. gleichfalls eine Gefängnisstrafe von 10 Monaten ausgeworfen haben würde, läßt sich nicht mit Sicherheit sagen. Deshalb mußte das angefochtene Urteil in gesamtem Strafausspruch, also hinsichtlich der erkannten Einzelstrafe, der Nebenfolge der Eidesunfähigkeit, der Nebenstrafe der Bekanntmachungsbefugnis und auch der gemäß § 79 StGB. vorgenommenen Gesamtstrafenbildung aufgehoben werden.

b) Das SchwG. hat, obwohl es die Strafe nicht dem § 164 Abs. 1 StGB. entnommen hat, gemäß § 165 StGB. auf Bekanntmachungsbefugnis erkannt. Nach der bisherigen Rspr. des RG., die in der Bekanntmachungsbefugnis eine Nebenstrafe sieht (RGSt. 16, 73, 74) und bei der Anwendung des § 73 StGB.

die Verhängung einer lediglich in dem milderen Gesetz angeordneten Nebenstrafe nicht zuläßt (RGSt. 53, 206, 208 und 290, 291), war das rechtsirrig. Ob an dieser Rspr. des RG. auch jetzt noch festzuhalten ist, braucht hier nicht erörtert zu werden; denn wenn das SchwG., wie es zu geschehen hat, die Strafe dem § 164 Abs. 1 StGB. entnimmt, ist es gemäß § 165 StGB. verpflichtet, dem Verletzten die Bekanntmachungsbefugnis zuzusprechen.

(RG., 5. StrSen. v. 8. Sept. 1938, 5 D 595/38.)

5. RG. — § 222 StGB. *Fahrlässige Tötung durch Zurechtführung eines arsenhaltigen Fliegenlades ohne die Kennzeichnung des Präparates als Gift.*

I. Mit Recht sieht das LG. eine Fahrlässigkeit des Angekl. darin, daß er arsenhaltigen Fliegenlad in den Verkehr gebracht hat, ohne die Flaschen als Gift zu bezeichnen.

1. Jedermann hat die Pflicht, Gefährdungen und Verletzungen der Gesundheit und des Lebens anderer Menschen durch seinen Gewerbebetrieb möglichst zu vermeiden und dazu diejenigen Vorsichtsmaßregeln anzuwenden, die ihm möglich und zumutbar sind. Daraus, ob eine hiernach erforderliche Vorsichtsmaßregel noch ausdrücklich durch ein Gesetz oder eine Polizeiverordnung vorgeschrieben ist, kommt es nicht an. Es ist auch ohne weiteres selbstverständlich, daß Gesetze oder Polizeiverordnungen, die gewisse Vorsichtsmaßregeln vorschreiben, damit nicht erlaubt wollen, daß andere sich aus der allgemeinen Verkehrsvorsicht ergebenden Vorsichtsmaßregeln unterbleiben dürfen (Urt. des RG. v. 6. Febr. 1936 = JW. 1936, 1910).

2. Ohne Rechtsirrtum hat das LG. festgestellt, daß der Angekl. die Giftigkeit des Arsens kannte, daß er wußte, daß in seinem Fliegenlad Arsen in gefährlicher Menge vorhanden war und daß ihm weiterhin bekannt war, daß die Flaschen so, wie er sie an den Großhändler lieferte, an die Verbraucher abgegeben wurden. Hieraus ist zutreffend gefolgert worden, daß er die Gefahr einer irigen Anwendung und des Todes eines Menschen voraussehen konnte.

3. Die Unterlassung der Kennzeichnung einer Sache als gefährlich kann nicht damit entschuldigt werden, daß man Selbstmördern keinen Weg zum Selbstmord zeigen wolle. Der Schutz der gutgläubigen Allgemeinheit geht dem Schutz solcher Personen vor, die mit Absicht ein gefährliches Mittel zum Selbstmord gebrauchen wollen. Mit der vorgebrachten Begründung könnte man in allen Fällen es zu rechtfertigen versuchen, die Kenntlichmachung von Gefahren zu unterlassen.

II. Der unwordentliche Zustand in der Betriebswerkstätte des Angekl., in der mit giftigen und gefährlichen Stoffen gearbeitet wurde, konnte ohne Rechtsirrtum in straferschwerendem Sinne bei der Strafzumessung bewertet werden.

(RG., 4. StrSen. v. 26. Aug. 1938, 4 D 567/38.)

** 6. RG. — § 224 StGB. *Ein Auge, dessen Sehkraft auf 1/50 herabgesetzt ist, besitzt kein Sehvermögen mehr. Für den Begriff des Sehvermögens ist maßgebend, daß der Krankheitszustand „chronisch“ ist, also längere Zeit dauert und sich eine Heilung entweder überhaupt nicht oder der Zeit nach nicht bestimmen läßt.*

Der Angekl. hat dem D. am 19. März 1938 mit der Hand einen so heftigen Schlag auf das rechte Auge versetzt, daß durch Kontusion des Auges eine Aderhantruptur eingetreten und bei der ärztlichen Untersuchung am 21. März 1938 die Sehschärfe des betroffenen Auges auf 1/50 herabgesetzt war; in der Zeit bis zu der am 14. Juni 1938 abgehaltenen Hauptverhandlung hat sich die Sehschärfe um das zehnfache gebessert, sie betrug am 14. Juni 1938 noch 1/5; an diesem Tage konnte der Verletzte nicht nur hell und dunkel und die äußeren Umrisse ihm vorgezeigter Gegenstände unterscheiden, sondern er erkannte auf eine Entfernung von 1—1 1/2 m auch die einzelnen Finger einer ihm hingehaltenen Hand und ein Taschenmesser in seinen Einzelheiten; eine weitere wesentliche Besserung ist nach den Erfahrungen der ärztlichen Wissenschaft nicht zu erwarten.

Die Strk. hat im Anschluß an diese Feststellungen ausgeführt, es bestehe kein Zweifel, daß die bei D. vorhandene Beeinträchtigung des Sehvermögens weit von dem Zustand völ-

kammer die Angekl. je auch wegen eines in Tateinheit hiermit begangenen Vergehens gegen die §§ 1, 2, 3 Abs. 1 Gef. über den Verkehr mit Edelmetallen, Edelsteinen und Perlen v. 11. Juni 1923 (RGBl. I, 369) i. d. Faffung des Gef. v. 29. Juni 1926 (RGBl. I, 321) verurteilt. In tatsächlicher Beziehung stellt das Urteil fest, daß die Angekl. Edelsteine auf Straßen und in Wirtschaften, besonders aber an den Arbeitsstätten sowohl von selbständigen Schleifern als auch von Schleifergesellen und Arbeitern aufgekauft haben.

Soweit die Angekl. Edelsteine auf Straßen, in Wirtschaften sowie von unselbständigen Schleifern an deren Arbeitsstätte aufgekauft haben, ist ihre Verurteilung gerechtfertigt.

Dagegen ist die Verurteilung der Angekl. insoweit nicht begründet, als sie bei selbständigen Schleifern angekauft haben.

Das Gef. v. 29. Juni 1926 wollte in seinem § 2, wie sich aus der Begründung (RDruksf. 1924/26 Nr. 2376) ergibt, mit zwei hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen die Vorschrift des § 13 Gef. v. 11. Juni 1923 aufrechterhalten. Diese wollte nach der Begründung (RDruksf. 1920/23 Nr. 5638) den Erwerb und das Feilbieten im Umherziehen und im sog. „ambulanten“ Gewerbebetrieb am Wohnort i. S. der GewD. verbieten. Wie sich aus § 42 b GewD. ergibt, fällt unter den letzteren, der hier in Betracht kommt, nicht der Ankauf von Waren für Zwecke des Gewerbebetriebes bei Kaufleuten, bei Personen, welche die Waren produzieren, oder an offenen Verkaufsstellen. Die Angekl., die Handel mit Edelsteinen trieben, durften also im Gemeindebezirk ihres Wohnsitzes bei Herstellern — und als solche sind die selbständigen Schleifer anzusehen — Steine zum Zwecke des Weiterverkaufs ankaufen. Nur diese Auslegung wird dem Sinne des Gesetzes gerecht, da sonst der ordnungsmäßige Gewerbebetrieb unmöglich gemacht würde. Denn das Gesetz will das Feilbieten und den Ankauf von Haus zu Haus sowie an solchen Orten verbieten, an denen sich das Angebot und die Nachfrage an einen unbestimmten Personenkreis richten, weil sich auf solche Weise erfahrungsgemäß auch „dunkle arbeitsscheue Elemente“ betätigen, die die Notlage und die Unwissenheit der vielfach zum Verkauf aus Not gezwungenen Personen ausbeuten, und weil sich unter diesen auch eine große Anzahl von Händlern verbirgt (vgl. die Begründung zu dem Gef. v. 11. Juni 1923). Wenn das Gesetz den Orten, die in § 42 b GewD. genannt sind, noch „Arbeitsstätten“ anfügt, so ist damit gemeint, daß den Händlern das Feilbieten und der Ankauf bei Arbeitern und Angestellten, die sich an ihrer Arbeitsstätte aufhalten, verboten sein soll, weil auch diese Personen einen besonderen Anreiz zur Ausbeutung gewähren oder durch eine derartige Nachfrage leicht zu Diebstählen verführt werden. Diese Erwägungen, die für den Erlaß des Gesetzes maßgebend waren, treffen aber nicht auf den Fall zu, daß ein selbständiger Geschäftsmann Waren, die er hergestellt hat, an seiner eigenen Arbeitsstätte verkauft. Hier, wie die Strafkammer will, einen Unterschied zu machen, ob ein selbständiger Edelsteinschleifer die von ihm geschliffenen Steine in seiner Werkstatt oder ob er sie in seinem Büro oder in seiner Wohnung verkauft, wäre erkünstelt und würde den Verhältnissen des täglichen Lebens nicht gerecht, ganz abgesehen davon, daß eine solche Unterscheidung bei kleineren Betrieben oft überhaupt unmöglich sein wird.

Es ist jedoch nicht erforderlich, die Verurteilung der Angekl. aus diesem Grunde aufzuheben, da sie in dem oben wiedergegebenen Umfang gerechtfertigt und der Fehler in der Formel des angefochtenen Urteils nicht zum Ausdruck gekommen und nach Ansicht des Senats ohne Einfluß auf das Strafmaß gewesen ist.

(RG., 3. StrSen. v. 8. Sept. 1938, 3 D 594/38.)

*

** 12. RG. — § 263 Abs. 5 StGB. Verwandte im Sinne des StGB. sind die nach der natürlichen Abstammung als Eltern und Kinder in Betracht kommenden Personen, also auch die unehelichen, wenn ihre Abstammung feststeht.

Gegen die Verurteilung des Angekl. wegen Meineids bestehen keine rechtlichen Bedenken, wohl aber dagegen, daß er auch wegen Betrugs (§ 73 StGB.) verurteilt worden ist.

Der Angekl. wird von dem unehelichen Kinde der Zeugin als Vater auf Leistung des Unterhalts in Anspruch ge-

nommen. Ist er der Erzeuger des Kindes, so setzt seine Verfolgung wegen des Prozeßbetrugs einen Strafantrag des gesetzlichen Vertreters des Kindes voraus (§ 263 Abs. 5 StGB.). Für den strafrechtlichen Begriff der Verwandtschaft sind nicht die Bestimmungen des BGB., insbes. nicht § 1589 Abs. 1 BGB. maßgebend. Verwandte auf- und absteigender Linie im Sinne des StGB. sind die nach der natürlichen Abstammung als Eltern und Kinder in Betracht kommenden Personen, also auch die unehelichen, wenn ihre Abstammung feststeht (RGSt. 41, 113 [115] und 301; 56, 427 und 60, 247).

Frrig ist die Ansicht des SchwG., daß eine solche Verwandtschaft des Angekl. mit dem Kinde nicht berücksichtigt werden könne, weil zur Zeit der Tat „vor der Entscheidung des Unterhaltsprozesses die Tatsache der unehelichen Vaterchaft des Angekl. noch gar nicht feststand“. Abgesehen davon, daß in diesem nur auf Leistung des Unterhalts gerichteten Rechtsstreit die Vaterchaft des Angekl. im verwandtschaftlichen Sinne überhaupt nicht festgestellt werden konnte, kommt es für die Entscheidung der Frage, ob ein Strafantrag erforderlich ist, nur darauf an, ob das verwandtschaftliche Verhältnis zur Zeit der Tat bestanden hat, nicht darauf, ob es bereits festgestellt war. Die Ausnahmestellung, die in § 263 Abs. 5 StGB. demjenigen eingeräumt ist, dessen Betrug sich gegen Angehörige richtet, wird auch nicht dadurch verwirkt, daß die Vermögensbeschädigung gerade dadurch bewirkt wird, daß der Täter seine Verwandteneigenschaft bestreitet; denn diese Vorschrift entspringt der Rücksicht auf die beiderseitigen persönlichen Beziehungen der verwandten Personen.

Ob der Angekl. der Vater des unehelichen Kindes ist, hat der Tatrichter in freier Beweiswürdigung festzustellen (§ 261 StPD.). Das Urteil des SchwG. enthält darüber keine Feststellungen. Es muß daher aufgehoben werden, und zwar in seinem ganzen Umfange.

(RG., 3. StrSen. v. 12. Sept. 1938, 3 D 655/38.)

13. RG. — §§ 267 ff. StGB. Es gehört nicht zu den Amtsbefugnissen der Dienststellen des Reichsarbeitsdienstes, Abschriften zu beglaubigen, wenn ihnen diese Tätigkeit auch nicht verwehrt ist.

Der Angekl. hat als Oberfeldmeister des Reichsarbeitsdienstes Anfang Januar 1936 sieben „Abschriften“ von Urkunden bei seiner vorgesetzten Arbeitsdienststelle eingereicht, die der Feldmeister U. mit dem Beglaubigungsvermerk und er selbst sodann mit dem Stempel seiner Arbeitsdienstabteilung versehen hatte. Es handelt sich um die „Abschrift“ einer Militärdienstzeitbescheinigung des Zentralnachweisamtes für Kriegerverluste und Kriegergräber in Berlin, je eines Zeugnisses der Universität Breslau über den angeblichen Besuch dieser Universität und der Landwirtschaftskammer der Provinz Sachsen über angebliche Tätigkeit als Veruchsringleiter, ferner von vier Zeugnissen von privaten Dienstherren, bei denen er in früheren Jahren in der Landwirtschaft tätig gewesen war oder gewesen sein wollte. Die Abschrift der Militärdienstzeitbescheinigung enthält unrichtige Angaben, die in der Urchrift nicht enthalten waren, u. a. den Eintrag, der Angekl. sei Leutnant der Reserve gewesen, während er als Unteroffizier entlassen worden war, und er habe das EK. I besessen, während er nur das EK. II verliehen erhalten hatte. Den beiden Zeugnissen der Universität und der Landwirtschaftskammer lagen überhaupt keine Abschriften zugrunde, sie waren frei erfunden. Drei von den Privatdienstzeugnissen waren Abschriften von gefälschten Zeugnisurkunden. Dem vierten dieser Zeugnisse lag zwar eine echte Urchrift zugrunde, es war aber in der Abschrift ein anderes Datum und eine andere Dienstzeit angegeben worden.

Rechtsirrig ist die Ansicht des Gerichts, die bloß beglaubigten Abschriften seien gefälschte öffentliche oder rechtserhebliche Privaturlunden i. S. des § 267 StGB. Sie waren vielmehr, soweit sie überhaupt Urkundencharakter hatten, echt; denn sie wiesen in ihrer Eigenschaft als beglaubigte Abschriften keinen falschen Aussteller aus. Sie waren lediglich inhaltlich unrichtig. Durch Vorlage der Abschriften wurde aber andererseits auch von den zum Teil fälschlich angefertigten Urchriften kein Gebrauch gemacht (RGUrt. 4 D 963/38 v. 19. Jan. 1937: JW. 1937, 759²³).

Allerdings ist nach der Rspr. des RG. die Abschrift einer Urkunde der Urschrift dann gleichzuachten, wenn die Abschrift kraft gesetzlicher Bestimmung an die Stelle der Urschrift tritt oder wenn die Abschrift als die von dem angeblichen Aussteller herrührende Urschrift ausgegeben bzw. unter solchen Umständen verwendet wird, die den Anschein erwecken können und sollen, als sei die Abschrift von dem Aussteller der Urkunde oder doch wenigstens mit seiner Zustimmung zu dem Zwecke hergestellt worden, im Rechtsleben als Ersatz der Urschrift zu dienen (RGSt. 56, 13, 16; 69, 228, 229 = JW. 1935, 2371²⁷ mit Anm.).

Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

Die als Urkundenfälschung abgeurteilten Vorgänge können unter dem Gesichtspunkt des § 271 oder (bei vorwiegendem Mitwirken des Feldmeisters u.) der §§ 348 Abs. 1, 48 StGB. nicht, jedenfalls nicht unmittelbar bestraft werden, obwohl die Beglaubigungsmerkmale des Feldmeisters u. auf den „Abschriften“ der Urkunden unrichtig waren; denn diese Merkmale sind keine öffentlichen Urkunden. Hierzu wäre erforderlich, daß die Beglaubigung von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form bewirkt worden wäre (§ 418 Abs. 1 i. Verb. m. § 415 StGB.). Das Beglaubigen gehört aber zu den Amtsbefugnissen einer Behörde nicht schon dann, wenn es dieser lediglich nicht verwehrt ist, Abschriften zu beglaubigen; bei solchen, vom Recht lediglich gebuldeten Beglaubigungen handelt es sich nicht um öffentliche Urkunden, denen kraft Gesetzes Beweisraft für und gegen jedermann zukommt. Es kann vielmehr von öffentlichen Urkunden nur dann gesprochen werden, wenn sie von einer Stelle errichtet worden sind, zu deren eigentlichen Amtsbefugnissen die Beurkundungstätigkeit des Beglaubigens gehört. Das ist dann der Fall, wenn ihr diese Aufgabe durch besondere Vorschrift ausdrücklich zugewiesen ist oder wenn das Beglaubigen von Abschriften zu den Obliegenheiten gehört, zu deren Erfüllung die Amtsstelle ihrem Wesen nach unmittelbar berufen ist (RGSt. 60, 209, 210/213; 64, 33, 41).

Im vorl. Falle hat die von dem Angekl. und von U. entfaltete Tätigkeit nichts mit der Ausübung der Befugnisse gemein, die den Dienststellen des Reichsarbeitsdienstes zustehen. Es ist weder eine gesetzliche Vorschrift ersichtlich, durch die das Beglaubigen von Abschriften in solcher Allgemeinheit den Dienststellen des Reichsarbeitsdienstes übertragen worden wäre, noch gehört diese Tätigkeit schlechthin ihrem Wesen nach zu den Aufgaben jener Dienststellen.

Hieran wird auch nichts geändert durch die Tatsache, daß die Dienststellen des Reichsarbeitsdienstes überhaupt zu gewissen Beurkundungen mit öffentlichem Glauben im Bereiche ihrer eigentlichen Aufgabe berufen sind und zu diesem Zwecke das kleine Reichsiegel führen (§ 2 des Erlasses über die Reichsiegel v. 7. März 1936 [RGBl. 1936, 147], daß sie auch nach ausdrücklicher Vorschrift gewisse Beglaubigungen innerhalb ihres Dienstbereiches vorzunehmen haben (vgl. z. B. Verordnungsblatt für den Reichsarbeitsdienst 1936, 521 Nr. 608 und 744 Nr. 912).

Die Entscheidungen, in denen das RG. den Beglaubigungen von Abschriften die Eigenschaft öffentlicher Urkunden zugesprochen hat, betreffen andersartige Fälle (RGSt. 63, 148 bis 152; 66, 132/139; 71, 193 = JW. 1937, 2961³; RGUrt. 2 D 528/37 v. 25. Okt. 1937: JW. 1937, 3302¹⁰).

Falls jedoch der innere erschwerter Tatbestand des § 272 (§ 349) StGB. nachzuweisen sein sollte, so könnte ein Verstoß gegen die Vorschriften nach § 272 StGB. oder den §§ 348 Abs. 1, 349, 48 StGB. vorliegen, wenn der Vorfall im übrigen sämtliche Tatbestandsmerkmale des § 271 oder § 348 Abs. 1 StGB. umfaßte (untauglicher Versuch).

Sollte sich herausstellen, daß das von der Strafkammer als Urkundenfälschung abgeurteilte Tun ganz oder teilweise überhaupt unter keinem rechtlichen Gesichtspunkte (angemessen) strafbar wäre, so würde u. U. eine Bestrafung unter entsprechender Anwendung des § 271 oder § 348 Abs. 1 StGB. in Betracht kommen; Voraussetzung wäre, daß es dem gesunden Volksempfinden zuwiderliefe, wenn der Angekl. wegen dieses

Tuns straflos bliebe oder aus minder schweren Strafbestimmungen bestraft würde und die Handlungsweise auch nach dem Grundgedanken des § 271 oder § 348 StGB. Bestrafung verdiente. Dabei würde zu beachten sein, daß für diese Bestimmungen der Gedanke maßgebend ist, die Beweisraft öffentlicher Urkunden durch Verhindern mittelbarer oder unmittelbarer Falschbeurkundung zu sichern. Die die Sicherheit des Rechtsverkehrs auf dem Gebiete des Urkundenwesens schützenden Bestimmungen des StGB. wollen, wie ihr Gesamthalt ergibt, einen möglichst umfassenden Schutz auf diesem Gebiete gewähren. Es könnte daher die Annahme begründet sein, daß eine unbeabsichtigte Lücke in der gesetzlichen Regelung vorliegt, wenn der hier vorl. Fall nicht unter Strafe gestellt sein sollte (vgl. RGUrt. 2 D 158/38 v. 19. Mai 1938: JW. 1938, 2272⁵; DRW. 1938 Nr. 477). Die entsprechende Anwendung käme aber nur in Betracht, wenn anderweit kein Strafrahmen für eine angemessene Bestrafung zur Verfügung stehen sollte (vgl. RGSt. 70, 360, 362 = JW. 1937, 167²⁴ m. Anm.; RGSt. 71, 390, 391 = JW. 1938, 852²; RGUrt. 1 D 946/37 v. 8. Febr. 1938: JW. 1938, 791⁸ = DRW. 1938, 518; RGUrt. 4 D 366/38 vom 24. Mai 1938: JW. 1938, 1803¹).

(RG., 4. StrSen. v. 26. Aug. 1938, 4 D 154/38.)

14. RG. — § 351 StGB. § 351 StGB. schützt auch diejenigen Bücher gegen Falschbuchungen, die zur Eintragung unkontrollierbarer Einnahmen dienen, sowie solche, die nicht ausschließlich zu Kassenzwecken bestimmt sind.

Der Angekl., der als Leitungsaufseher der Post Beamter war, hat seit Februar 1937 wiederholt bei Ausführung von Aufträgen zur Beseitigung von Störungen an Münzfernsprechern Geldbeträge, die er lose in Automaten liegend fand, zum Teil für sich behalten. Dabei hat er in seinem Störungstagebuch die Zahl und den Betrag der Lose vorgefundenen Münzen entsprechend niedriger eingetragen. Das UG. hat hierin nur eine einfache Amtsunterschlagung nach § 350 StGB. gefunden, das Vorliegen einer Erschwerung nach § 351 StGB. aber verneint. Die Störungstagebücher dienen nach der Ansicht des angefochtenen Urteils deswegen nicht zur Kontrolle der Einnahme der Lose vorgefundenen Geldmünzen, weil eine Kontrolle durch die Eintragung nicht erreicht werde und die Postverwaltung ganz auf die Ehrlichkeit des Beamten angewiesen sei. Dieser Rechtsansicht kann nicht zugestimmt werden. Zur Anwendbarkeit des § 351 StGB. ist nur erforderlich, daß die unrichtig geführten Bücher zur Eintragung oder Kontrolle der Einnahmen bestimmt sind. Es ist nicht erforderlich, daß die Richtigkeit der Eintragung durch die Vergleichung mit anderen Büchern oder Belegen nachgeprüft werden kann. Auch Bücher, die zur Eintragung von unkontrollierbaren Einnahmen dienen, z. B. von gefundenem Geld, von Kassenerüberschüssen oder von Beträgen, die ohne Bezeichnung des Absenders und des Grundes der Zahlung eingehen (vgl. z. B. Justiz-Kassen-Ordnung v. 30. Jan. 1937 §§ 28 Abs. 4, 69 Abs. 2, 117), sind durch § 351 StGB. gegen Falschbuchungen geschützt. Ebensovienig ist es erforderlich, daß das Buch ausschließlich zu Kassenzwecken dient. Der Umstand, daß das Störungstagebuch zugleich und vielleicht sogar in erster Linie einen Nachweis über die Erledigung der technischen Arbeiten ermöglichen soll, ist gleichgültig.

(RG., 4. StrSen. v. 12. Aug. 1938, 4 D 450/38.)

Blutschutzgesetz

15. RG. — § 2 BlutschutzG. Die Rassezugehörigkeit der Beteiligten ist besonders sorgfältig zu ermitteln.

Das RG. hat bereits in zahlreichen Entsch. (vgl. RGSt. 72, 89 u. 161 und die dort angeführten Entsch. und Urteil 4 D 453/38 v. 8. Juli 1938 = JW. 1938, 2339) darauf hingewiesen, daß bei der Bedeutung des Rassenschutzes und wegen der Schwere der bei Verbrechen gegen das BlutschutzG. angeordneten Strafen die Rassezugehörigkeit der Beteiligten besonders sorgfältig zu ermitteln ist. Die bloße Feststellung: „Der Angeklagte ist deutschblütig — die Zeugin ist Volljüdin“ genügt, wie in den genannten Entsch. eingehend dargelegt ist,

nicht als Grundlage für die Verurteilung des Angekl. wegen Rassenchande. Zum Nachweis der Abstammung sind in der Regel urkundliche Belege herbeizuziehen, die die Abstammung, und zwar bis zu den Großeltern dazun (vgl. § 2 BlutschußG., § 1 der 1. AusfW. hierzu v. 14. Nov. 1935 [RWB. 1334], § 5 der 1. AusfW. v. 14. Nov. 1935 zum RWürgG. [RWB. 1333]). Umstände, die ein Abweichen von dieser Regel rechtfertigen könnten (vgl. RGSt. 72, 161, 163 = JW. 1938, 1239²) sind aus dem Urteil nicht ersichtlich.

Das RevG. ist nicht in der Lage, nachzuprüfen, ob die Feststellung des VG. über die Rassezugehörigkeit des Angekl. und der Zeugin K. frei von Rechtsirrtum getroffen sind. Die unzureichende Feststellung der Tatbestandsmerkmale beruht auf einer Verletzung der dem Gericht obliegenden Aufklärungspflicht (§§ 155 Abs. 2, 244 StPD.).

Wegen dieses Mangels ist das angefochtene Urteil aufzuheben.

(RG., 3. StrSen. v. 29. Sept. 1938, 3 D 643/38 und 3 D 653/38.)

*

16. RG. — §§ 2, 5 BlutschußG. Es ist kein Strafmilderungsgrund, wenn der Rassenchänder das durch die Rassenchande gezeugte Kind nicht im Stich läßt; ebenso nicht, daß das Verhältniß und der Geschlechtsverkehr schon vor dem Erlaß des BlutschußG. bestanden. Strafzumessungsgründe.

Durch Urteil des VG. v. 18. Nov. 1937 war der Angekl. wegen Rassenchande zu einer Gefängnisstrafe von einem Jahre verurteilt worden. Dieses Urteil ist auf die Rev. der Staatsanwaltschaft durch Urteil des erf. Sen. v. 21. März 1938 im Strafausspruch aufgehoben und insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen worden. Das Urf. v. 18. Nov. 1937 war somit im Schuldspruch rechtskräftig geworden. Die Strk. hat auf Grund der neuen Hauptverhandlung wieder auf eine Gefängnisstrafe von einem Jahre erkannt. Die gegen dieses Urteil von der Staatsanwaltschaft eingelegte Rev. mußte abermals Erfolg haben.

Die Strk. hat von der Verhängung einer Zuchthausstrafe u. a. deswegen abgesehen, weil zwischen dem Angekl. und der S. schon viele Jahre vor dem Erlaß des BlutschußG. ernste innere Bindungen vorhanden gewesen seien und die erstrebte Heirat lediglich wegen der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht habe erfolgen können. Sie bringt damit zum Ausdruck, es beruhe schließlich auf besonderen äußeren Umständen, wenn das BlutschußG. hier überhaupt noch auf den Angekl. Anwendung finde. Wie der erf. Sen. bereits in seiner Entsch. v. 28. März 1938: RGSt. 72, 148 = JW. 1938, 1239¹ ausgesprochen hat, werden diese Ausführungen den gesetzgeberischen Grundgedanken des BlutschußG. nicht gerecht. Ausschlaggebender Gesichtspunkt für die Strafzumessung ist das Maß der Verantwortungslosigkeit des Täters gegenüber dem deutschen Volk. Geschlechtliche Beziehungen, die nunmehr durch die grundlegenden Nürnberger Gesetze verboten sind, können nicht deswegen milder beurteilt werden, weil sie schon vor Inkrafttreten des BlutschußG. bestanden. Das gesunde deutsche Volksempfinden hat den Geschlechtsverkehr zwischen Juden und Deutschblütigen, wie er jetzt für strafbar erklärt ist, auch zuvor schon als verwerflichen Rassenverrat empfunden. Es ist rechtsirrig, aus einem Umstand, der von allen Anständigdenkenden als unsittlich mißbilligt wird, einen Strafmilderungsgrund herzuleiten. Es geht auch nicht an, zugunsten des Angekl. zu vertreten, daß er die S. und das gemeinsame Kind nach Erlaß des BlutschußG. nicht im Stich gelassen hat. Das ist kein besonderes Verdienst des Angekl., sondern nur die Erfüllung der moralischen und gesetzlichen Pflicht des Erzeugers und vermag das dem deutschen Volke angetane Unrecht nicht zu mindern.

Da bei der Fehlerhaftigkeit wesentlicher Strafzumessungsgründe nicht auszuschließen ist, daß bei einwandfreier rechtlicher Würdigung auf eine höhere Strafe, insbes. statt des Gefängnisses auf Zuchthaus (vgl. dazu RGSt. 71, 147 = JW. 1937, 2371²⁴) erkannt worden wäre, war die nochmalige Aufhebung des Strafausspruchs nebst den diesem zugrunde liegenden Feststellungen geboten. Die Strk. wird auch erneut über die Anrechnung der Untersuchungshaft zu befinden haben. Zu bean-

standen ist auch die Kostenentscheidung. Der von der Strk. angezogene § 473 StPD. trifft Bestimmung nur für den Fall, daß ein Rechtsmittel zurückgenommen oder erfolglos eingelegt ist. Wird ein Urteil in der Rechtsmittelinstanz aufgehoben und die Sache zu anderweiter Entscheidung zurückverwiesen, so ist hierin allein noch kein Erfolg des Rechtsmittels zu sehen (RGSt. 18, 347, 348). Mit der Zurückverweisung scheidet die Anwendung des § 473 StPD. aus; für das Gericht, das im Rahmen der Zurückverweisung über die Sache zu befinden hat, ist ausschließlich § 465 StPD. maßgebend, wonach der Angekl. die Kosten des Verfahrens zu tragen hat, soweit sie durch eine Verurteilung entstanden sind.

Der Senat hat von der Befugnis des § 354 Abs. 2 StPD. Gebrauch gemacht.

(RG., 2. StrSen. v. 19. Sept. 1938, 2 D 546/38.)

Waffengebrauchsgesetz

** 17. RG. — §§ 1, 2 Waffengebrauchsg.; § 39 JagdG.; §§ 223 a, 226 StGB. Umfang des Waffengebrauchsrechtes eines zum Feldschuß eingesetzten bestätigten Jagdaufsehers und Berufsjägers. †)

I. Der Angekl. ist geprüfter Revierjäger. Er steht in Diensten bei dem Landwirt und Kreisjägermeister von S. auf dessen Gut in Schlesien. Für ihn versteht er in dessen 8000 Morgen großem Jagdgebiet den Jagdschuß. Er ist als Berufsjäger vom Landrat gemäß § 39 Abs. 8 u. 4 JagdG. bestätigt. Am 4. Aug. 1937, abends 20.30 Uhr, trat er gemeinsam mit dem SS-Mann F., der sich auf Grund der Hitler-Freiplatz-Spende auf dem Gute aufhielt, im Auftrage seines Dienstherrn eine Feldstreife an, da wiederholt von den Feldern Kartoffeln gestohlen worden waren. Der Angekl. hatte außer einer untergechnallten geladenen 7,65 mm Pistole einen Drilling bei sich, der mit zwei Schrotpatronen mit 3½ mm Schrot und einer Kugel geladen war. Der SS-Mann führte eine geladene Kugelbüchse mit sich. Der Angekl. trug seine Dienstkleidung. Im Laufe der Streife bemerkte er auf einem etwa 20 Morgen großen Kartoffelfelde des Gutes einen Mann, der von rechts seinen Weg nach links schräg vorwärts kreuzte. F. saß in diesem Zeitpunkt in einiger Entfernung von ihm am Rande des Feldes nach der Straße zu am Feldrain. Der Angekl. rief den Mann etwa dreimal an mit den Worten: „Halt, ich schieße.“ Der Mann entfernte sich jedoch mit rascheren Schritten. Darauf schloß der Angekl. mit Schrot „in Richtung“ des Fliehenden. Der Mann, ein Landwirt K. aus dem nahen Dorfe L., wurde aus etwa 30 bis 35 m Entfernung von rund 60 Schrotkörnern am Rücken und am linken Arm getroffen. Er hatte keine Kartoffeln entwendet, sondern einen Kleereiter von einem nahe gelegenen Felde des Gutes mitgenommen, ihn aber vor dem Anruf des Angekl. wieder fortgeworfen. K. starb auf dem Wege in das Krankenhaus.

Auf Grund dieses Sachverhalts hat das SchwG. den Angekl. wegen vorsätzlicher Körperverletzung mit Todeserfolg zu 4 Monaten Gefängnis verurteilt.

II. Zutreffend geht das SchwG. davon aus, daß dem Angekl. auf Grund des § 127 StPD. das Recht zu vorläufiger Festnahme des auf frischer Tat betroffenen K. zustand. Dieser hatte sich wegen Diebstahls des Kleereiters und auch dadurch vergangen, daß er sich entgegen der PolW. des Landrats in C. v. 24. Mai 1937 in der Zeit v. 15. Juli bis 15. Nov. 1937 während der Nachtstunden, nämlich eine halbe Stunde nach Sonnenuntergang bis ½ Stunde vor Sonnenaufgang, auf fremden Feldern aufhielt. Das Recht zur vorläufigen Festnahme nach § 127 StPD. gibt jedoch nach ständiger Rechtsprechung des RG., der auch das SchwG. gefolgt ist, keine Befugnis, auf Personen, die sich der Festnahme durch die Flucht entziehen, zu schießen, jedenfalls nicht für einen Fall, wie er hier vorliegt (RGSt. 34, 443, 446; 65, 392, 394, 396; 69, 308, 312 = JW. 1935, 3385¹⁵ m. Anm.).

III. Ein Recht, auf K. zu schießen, stand dem Angekl. auch nicht nach dem § 53 StGB. zu, da das SchwG. eine wirkliche oder vermeintliche Notwehrlage auf Grund der bis-

herigen tatsächlichen Feststellungen in rechtlich einwandfreier Weise verneint hat.

IV. Zu beanstanden sind jedoch die Ausführungen des SchwG. darüber, daß auch das Gesetz über den Waffengebrauch der Forst- und Jagdschubberechtigten sowie der Fischereibeamten und Fischereiaufsicher v. 26. Febr. 1935 (RWB. 313) den Schuß nicht rechtfertige. 1. Unrichtig ist der Ausgangspunkt des SchwG., daß das Waffengebrauchsg. dem äußeren Tatbestande nach hier auf das Tun des Angekl. auch dann anwendbar sei, wenn er nur im Feldschuß tätig gewesen ist.

§ 1 des Gesetzes bestimmt u. a., daß die „im Forst- und Jagdschuß verwendeten“ Beamten und Angehörigen, die als Forst- oder Jagdschubberechtigte amtlich beschäftigt sind, „während der Ausübung ihres Dienstes“ befugt seien, unter bestimmten, näher bezeichneten Voraussetzungen von der Waffe Gebrauch zu machen. Schon diese Fassung des Gesetzes weist entgegen den Ausführungen der Revision darauf hin, daß das erweiterte Waffengebrauchsrecht den Forst- und Jagdschubberechtigten nur für ihre besonderen Dienstobliegenheiten im Forst- und Jagdschuß, also in diesem Sinne „während der Ausübung ihres Dienstes“ zustehen soll. Jeder Zweifel in dieser Richtung wird aber beseitigt durch § 3 Abs. 2 der DurchfVd. v. 7. März 1935 (RWB. 377), der ausdrücklich bestimmt: „Das Recht zum Waffengebrauch erstreckt sich auf alle Dienstobliegenheiten des Forst-, Jagd- und Fischereischusses innerhalb des örtlichen Bereiches, für den der Schubberechtigte bestellt oder bestätigt ist.“

Die Bestimmung der DurchfVd. enthält bei dieser Auslegung keine, wie die Revision meint, unzulässige Einschränkung des § 1 des Gesetzes, sondern betont nur nochmals ausdrücklich, daß das Waffengebrauchsrecht nur bei Ausübung der Obliegenheiten des Forst-, Jagd- und Fischereischusses besteht und bestimmt auf dieser Grundlage auch den örtlichen Anwendungsbereich für diese Befugnisse. Auch der § 39 Abs. 5 JagdG. spricht für die oben bezeichnete Auslegung, da die bestellten Jagdaufsicher nur im Bereich des eigentlichen Jagdschusses die Rechte und Pflichten der Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes haben und Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft sind (vgl. dazu für Preußen die G. d. Pr. JustMin. und des PrRdZ. v. 20. Sept. 1934: DZ. 1934, 1204, in Verb. mit der G. d. Pr. JustMin. und des PrRdZ. v. 17. Okt. 1933, I E; Preuß. Justiz S. 528). Was aber unter „Jagdschuß“ zu verstehen ist, ergibt sich aus dem § 40 JagdG. v. 3. Juli 1934 (RWB. I, 549). Der Feldschuß gehört nicht mit dazu. Im Waffengebrauchsg. ist davon abgesehen worden, auch den im Feldschuß tätigen Personen („Feldhüter“, vgl. dazu § 58 Preuß. Feld- und Forst-PolizeiG. v. 21. Jan. 1926 (GS. 83)) das erweiterte Recht im Rahmen ihrer Dienstobliegenheiten einzuräumen. Auch hieraus kann gefolgert werden, daß die erweiterten Befugnisse in diesem Dienstbereich dann nicht dadurch begründet werden können, daß ein Jagdschubberechtigter gleichzeitig mit dem Feldschuß beauftragt wird. Hiernach kann der Rev. darin nicht beigetreten werden, daß dem Angekl. das Waffengebrauchsrecht auch insoweit zugestanden habe, als er kraft Auftrags seines Dienstherrn auch die Dienstobliegenheiten des Feldschusses zu versehen hatte. Freilich stehen die Befugnisse dem Jagdschubberechtigten immer dann zu, wenn er durch die fragliche Diensthandlung auch nur gleichzeitig Jagdschubaufgaben wahrnimmt und wahrnehmen will. Dadurch ist die Gewähr dafür gegeben, daß er in allen zweifelhaften Fällen, in denen sich beide Dienstbereiche überschneiden, schnell entschlossen handeln kann. Geht man aber, wie das SchwG. in diesem Zusammenhang, davon aus, daß der Angekl. mit seinem Vorgehen gegen R. „nur in seiner Eigenschaft als Feldhüter“ tätig geworden ist und tätig sein wollte, so stand ihm in diesem Pflichtentzweige das erweiterte Waffengebrauchsrecht ebensowenig zu, wie es ihm beispielsweise zugestanden hätte, wenn er auf einem Jagdwege Personen bei einem Einbruch in Wirtschaftsgebäude seines Dienstherrn überrascht hätte und kraft der ihm obliegenden Treu- und Dienstpflicht gegenüber seinem Dienstherrn gegen die Täter außerhalb des Rahmens des § 53 StGB. durch Festnahmeversuch eingeschritten wäre.

Dennoch können die Bestimmungen des Waffengebrauchsg. dem Angekl. hier im Ergebnis zugute kommen. Es ist zunächst zweifelhaft, ob das SchwG. bei seiner Annahme, der Angekl. sei an dem Abend nur im Feldschuß tätig gewesen und habe auch nur in diesem Bereiche tätig sein wollen, von rechtlich zutreffenden Erwägungen ausgegangen ist. Ein Jagdschubberechtigter, der sich nachts mit seiner Waffe auf die Feldmark innerhalb seines Dienstbezirks begibt, wird — von seltenen, besonders gelagerten Ausnahmefällen abgesehen — in aller Regel gleichzeitig neben etwaigen anderen Aufgaben mindestens auch den Jagdschuß ausüben wollen; denn er vermag ja gar nicht vorauszufragen, welche Aufgaben im Bereiche des Jagdschusses ihm etwa auf dem Wege über die Feldmark entgegentreten. Er würde regelmäßig pflichtwidrig handeln, wenn er den sich daraus für ihn ergebenden Pflichten nicht nachkäme. Er wird daher auch ihre Erfüllung von Anfang mit ins Auge fassen und sich auf sie einstellen. Daß das SchwG. diesen Gesichtspunkt übersehen hat, liegt auch deshalb nahe, weil es dem Angekl. zum Vorwurf macht, er habe eine schwere Waffe mitgenommen, obwohl er nicht zur Jagd gegangen und keinen Wilderer habe „auffspüren“ wollen. Er habe deshalb nur eine kleinkalibrige Waffe mit leichter Munition mitnehmen dürfen. Diese Auffassung ist, wie aus dem Gefagten hervorgeht, rechtsirrig.

Das SchwG. hat ferner, offenbar in Fortwirkung seiner oben bezeichneten unrichtigen Ansicht, bisher nicht einwandfrei dargetan, daß der Angekl. bei dem entscheidenden Vorgang selbst wirklich nur damit gerechnet hat, einen Kartoffeldieb vor sich zu haben. Der Umstand, daß er „vermutete“, es seien Kartoffeldiebe in dem Felde und damit „rechnetete“ und der „Auffassung“ war, der angeschossene R. sei ein Kartoffeldieb, schließt noch nicht aus, daß er nicht gleichzeitig, wenn auch vielleicht entfernter, an die Möglichkeit gedacht hat, es könne sich auch um einen Jagdschubberechtigten handeln. Dann aber würde er den Schuß nicht nur als Feldhüter, sondern auch in seiner Eigenschaft als Jagdschubberechtigter abgegeben haben.

Aber auch wenn man davon ausgeht, der Angekl. habe ausschließlich angenommen, R. sei ein Kartoffeldieb, würde in Ergebnis das Waffengebrauchsg. zugunsten des Angekl. dann anzuwenden sein, wenn er geglaubt hätte, seine Tätigkeit im Feldschuß fiele auch mit unter jene Dienstobliegenheiten, in deren Rahmen ihm das erweiterte Waffengebrauchsrecht zustehet. Dann würde er darüber geirrt haben, was unter „Ausübung des Dienstes“, unter „Dienstobliegenheiten“ des im Jagdschuß verwendeten Beamten im Sinne des Waffengebrauchsg. und seiner Durchführungsbestimmungen zu verstehen sei. Dieser Irrtum hätte sich auf einen außerstrafrechtlichen Rechtsbegriff bezogen, würde daher dem Angekl. auf Grund des § 59 StGB. zugute kommen, d. h. es müßte auch dann davon ausgegangen werden, daß das Waffengebrauchsg. hier anzuwenden sei und auf dieser Grundlage geprüft werden, ob der Schuß rechtmäßig war.

Falls der außerstrafrechtliche Irrtum des Angekl. auf Fahrlässigkeit beruht haben sollte, würde er wegen fahrlässigen Tuns bestraft werden können, sofern im übrigen die Voraussetzungen für den Waffengebrauch gegeben sein sollten.

2. Wenn gemäß den Ausführungen zu 1 das Waffengebrauchsg. anzuwenden wäre, würde weiter zu prüfen sein, ob das Tun des Angekl. auf Grund dieses Gesetzes rechtmäßig oder jedenfalls frei von Schuld war.

Auch die in dieser Richtung bisher von dem SchwG. angestellten Erörterungen sind rechtlich nicht einwandfrei.

Das Gericht hält eine Überschreitung der Befugnisse des Angekl. in zweifacher Richtung für erwiesen. Einmal habe er übereilt geschossen; er habe zuvor noch einen Warnungsschuß abgeben müssen. Zweitens seien die Voraussetzungen für den erweiterten Waffengebrauch schon deshalb überhaupt nicht erfüllt, weil R. sich „offenbar nur einer geringfügigen Zuwiderhandlung schuldig gemacht“ habe (§ 4 Abs. 3 der DurchfVd. zum Waffengebrauchsg. v. 7. März 1935 [RWB. 377]). Die erste Erwägung geht fehl, die zweite vermag den Urteilspruch bisher ebenfalls nicht zu tragen.

a) Die Annahme des SchwG., der Angekl. habe zunächst noch einen Warnungsschuß abgeben müssen, findet in

dem Gesetz mit Rücksicht auf die aus dem Urteil hervorgehenden Umstände des Falles keine Stütze. In § 2 des Gesetzes in Verb. mit § 4 Abs. 1 der DurchfW. ist lediglich bestimmt, daß dem Schußwaffengebrauch ein den Umständen entsprechender Anruf: „Halt (oder ich schieße)!“ „Hände hoch (oder ich schieße)!“ oder ein Warnungsschuß voranzugehen hat, wenn dies ohne Gefährdung der Festnahme geschehen kann. Hier hat der Angekl. den R. sogar „ungefähr“ dreimal mit den Worten: „Halt, ich schieße“ angerufen. Das Urteil stellt weiter fest, daß es an dem Abend dunkel war, weil der Himmel bedeckt war, daß ferner R. sich auf die Anrufe hin mit raschen Schritten entfernte und dadurch dem Angekl. „mehr und mehr aus dem Gesichtsfeld“ kam. Erst darauf habe dieser „in Richtung des Fliehenden“ geschossen. Die Wirkung des Schusses und den Verbleib des R. habe er — offenbar infolge der Dunkelheit und der von R. bereits erreichten Entfernung — nicht mehr erkennen können.

Dieser festgestellte Sachverhalt rechtfertigt es aber ohne weiteres, daß der Angekl. ohne vorherigen Warnungsschuß in „Richtung“ des Fliehenden geschossen hat, falls er überhaupt zum Gebrauch der Schußwaffe gegenüber R. berechtigt war. Das Gesetz in Verbindung mit der DurchfW. läßt sogar zu, daß ohne jeden Anruf und ohne jede Warnung geschossen werden darf, wenn sonst die Festnahme gefährdet wäre. Um so mehr durfte der Angekl. unter den gegebenen Umständen davon ausgehen, daß durch weiteren Zeitverlust, wie Abgabe eines Warnungsschusses und das Beobachten seiner Wirkung auf das Verhalten des Fliehenden, die Festnahme gefährdet werden würde. Die gegenteilige Würdigung des Urteils steht mit dem zuvor festgestellten tatsächlichen Sachverhalt nicht in Einklang. Es ist mithin keineswegs richtig, daß der Angekl. erst noch hätte abwarten müssen, bis „die Lage eindeutig dadurch entschieden war“, daß der Fliehende auch auf einen Warnungsschuß nicht hielt. Die Lage war unter den gegebenen Umständen bereits eindeutig genug dadurch erklärt, daß R. auf die Anrufe hin seine Gewehr noch beschleunigte und sich schnellstens zu entfernen suchte. Die Gefahr, verletzt oder getötet zu werden, ging nunmehr ausschließlich zu Lasten des Fliehenden. § 4 Abs. 1 Satz 1 der DurchfW. schreibt zwar vor, daß lebensgefährliche Verletzungen „nach Möglichkeit“ zu vermeiden sind. Der Angekl. hat aber nur „in Richtung des Fliehenden“ geschossen, und daß er den Schuß unter Berücksichtigung der herrschenden Dunkelheit, auch der Streuwirkung der Schrotladung bei der gegebenen Entfernung, anders hätte anbringen können und müssen, wenn er überhaupt von der Waffe Gebrauch machen durfte, hat das SchwG. nicht dargelegt und auch offenbar nicht angenommen.

b) Es ist aber bisher auch nicht ausreichend dargetan, daß der Schußwaffengebrauch schon aus dem Gesichtspunkt unzulässig gewesen sei, weil R. sich im Sinne des § 4 Abs. 3 Satz 1 der DurchfW. zum WaffengebrauchsG. „offenbar nur einer geringfügigen Zuwiderhandlung schuldig gemacht“ habe.

Ob eine „offenbar“ nur geringfügige Zuwiderhandlung vorliegt, richtet sich nach dem Erscheinungsbild, das die Straftat für den Jagdschubberechtigten auf Grund der ihm erkennbaren Umstände nach der äußeren und inneren Tatseite hin bietet. Es sind hier ähnliche Grundsätze anzuwenden, wie sie für die Frage der „rechtmäßigen“ Amtsausübung im Sinne der §§ 113, 117 StGB. von der Rechtspredung entwickelt worden sind. Nach diesen Grundsätzen kommt es für die rechtmäßige Ausübung des Amtes entscheidend darauf an, ob der Beamte die Voraussetzungen für sein Einschreiten, falls dieses im allgemeinen im Rahmen der Zuständigkeit seines Amtes liegt und unter Beobachtung der wesentlichen Förmlichkeiten vorgenommen wird, auf Grund seines pflichtgemäßen Ermessens für vorliegend hält. Ob das Ergebnis seiner Prüfung sachlich falsch ist, berührt die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung dann nicht (vgl. u. a. RGSt. 38, 373, 374/75; 61, 297, 299). In ähnlicher Weise kommt es bei dem Waffengebrauchsrecht entscheidend darauf an, ob der Schubberechtigte auf Grund pflichtgemäßen Ermessens keine „offenbar“ nur geringfügige Zuwiderhandlung annimmt und sich deshalb zum Gebrauch der Schußwaffe für berechtigt hält. In diesem Falle handelt er rechtmäßig, wenn er von der Schußwaffe —

bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen für ihre Anwendung — Gebrauch macht. Dabei ist insbesondere zu beachten, daß dem Jagdschubberechtigten häufig nur eine ganz kurze Zeitspanne, vielfach Bruchteile von Sekunden, zur Verfügung stehen werde, sich zu entschließen, ob er schießen darf und will. Für den rechtlich nicht geschulten Jagdaufscher wird es daher nicht immer leicht sein, die richtige Entscheidung zu finden. Es würde deshalb dieser Sachlage und dem Sinn und Zweck der Bestimmung nicht entsprechen, wenn man die Rechtmäßigkeit des Schußwaffengebrauchs auf Grund der nachträglich ermittelten tatsächlichen Lage beurteilen wollte. Es muß vielmehr, sollen die Anforderungen nicht überspannt werden, genügen, wenn der Jagdschubberechtigte im Bewußtsein seiner Verantwortung und unter bestmöglicher pflichtmäßiger Beurteilung der ihm erkennbaren Gesamtumstände abwägt, ob etwa nur eine geringfügige Zuwiderhandlung vorliegt. Hält er solche Geringsfügigkeit auf Grund seiner pflichtgemäß vorgenommenen Prüfung nicht für offenbar, so handelt er rechtmäßig, wenn er bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen von der Waffe Gebrauch macht (vgl. auch Mitschke: DZ 1935, 448, 450).

Falls der Jagdschubberechtigte zwar einen tatsächlichen Sachverhalt annimmt, den er zutreffend als keine offenbar geringfügige Zuwiderhandlung beurteilt, zu seiner tatsächlich irrigen Annahme aber nicht auf Grund pflichtgemäßer Prüfung, sondern fahrlässiger Beurteilung des Sachverhalts gekommen ist, so bleibt Raum für eine Bestrafung wegen fahrlässigen Tuns.

Nach den oben entwickelten Rechtsgrundsätzen wird das SchwG. den Sachverhalt erneut zu prüfen haben. Falls der Angekl. in der Tat ausschließlich angenommen haben sollte, R. habe sich eines geringfügigen Kartoffeldiebstahlversuches schuldig gemacht, so würde die Würdigung des SchwG. nicht zu beanstanden sein, der Angekl. habe eine offenbar nur geringfügige Zuwiderhandlung angenommen, sei daher zum Schußwaffengebrauch nicht berechtigt gewesen. Einer Bestrafung wegen vorsätzlichen Tuns würde dann nichts im Wege stehen. Wie bereits unter IV Ziff. 1 ausgeführt worden ist, bleibt aber bisher die Möglichkeit offen, daß der Angekl. zwar in erster Linie mit einem Kartoffeldiebstahl oder Kartoffeldiebstahlversuch gerechnet hat, in zweiter Linie aber immerhin auch die Möglichkeit nicht für ausgeschlossen hielt, daß ein schwerer wiegendes Jagdvergehen vorläge, und zur Klärung dessen den R. in Erfüllung seiner Dienstpflicht als Jagdschubberechtigter stellen wollte. Schon wenn der Angekl. nach pflichtgemäßer Prüfung nur Zweifel daran hatte, daß wirklich lediglich jene geringfügige Zuwiderhandlung vorläge, so war für ihn die Geringsfügigkeit nicht „offenbar“. In diesem Falle wäre eine Bestrafung nur möglich, wenn seine Annahme auf Fahrlässigkeit beruhte.

Schließlich mag noch darauf hingewiesen werden, daß für den Fall, daß dem Angekl. kein Rechtfertigungsgrund zur Seite stünde, insbesondere wenn er aus Unmut unter bewußter Überschreitung seiner Befugnisse geschossen haben sollte, auch bedingt vorsätzliche Tötung in Frage kommen könnte; denn dem Angekl. wird die lebensgefährdende Wirkung des schweren Schrottes auf die kurze Entfernung kaum unbekannt gewesen sein. Auch eine fahrlässige Tötung kann im Falle nur fahrlässigen Tuns in Betracht kommen.

Auf die Frage, ob die Mitnahme des Kleereiters durch R. den Schuß rechtfertigte und ob insoweit ein vollendeter oder versuchter Diebstahl vorlag, braucht nicht eingegangen zu werden, da der Angekl. von dieser Straftat nichts wußte, es aber für die Frage der Rechtmäßigkeit seines Tuns, wie oben dargelegt worden ist, entscheidend darauf ankommt, wie sich ihm der Sachverhalt darstellte.

(RG., 4. StrSen. v. 15. Juli 1938, 4 D 259/38.)

Anmerkung: Der Entsch. ist im Ergebnis und in der Begründung beizutreten. Von der Einbeziehung des Waffengebrauchsrechts der Feldhüter ist bei der Schaffung des Gesetzes v. 26. Febr. 1935 aus verschiedenen Erwägungen bewußt abgesehen worden. Zutreffend hat daher das RG. die Anwendung dieses Gesetzes für den Feldschuß verneint. Mit

Rückficht darauf, daß die Ausübung des Jagdschuzes vielfach mit anderen Dienstverrichtungen zusammenhängt und der zum Waffengebrauch Berechtigte möglichst einheitliche Befugnisse haben soll, hat der Gesetzgeber in § 5 Abs. 1 Durchf. v. 7. März 1935 das Waffengebrauchsrecht auch für die Fälle für anwendbar erklärt, in denen der Jagdschuzberechtigte als Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft oder im Grenzaufwachtendienst oder im Bahnschuz tätig ist. Daneben kann der Aufsichtsdienst auch anderer Art sein, wie der vorl. Sachverhalt zeigt. Diese vielseitige und oft untrennbare Betätigung des Jagdschuzberechtigten kann naturgemäß sehr leicht dazu führen, daß er seine „Dienstobliegenheiten“ und damit seine Befugnisse irrtümlich beurteilt. In solchen Fällen muß der Anwendung des § 59 StGB. weiter Raum zugebilligt werden, wie es auch hier geschehen ist. Was das RG. weiter zur Frage des Warnschusses bzw. Anrufs und zur Frage der Zulässigkeit des Schusses ausführt, entspricht dem Sinn und Zweck des Gesetzes. An das Überlegungs- und Entscheidungsvermögen des Jagdschuzberechtigten im Ernstfalle dürfen keine überhöhten Anforderungen gestellt werden.

RGDir. Dr. Mißschke, Berlin.

Sammlungsgefek

**** 18. RG. — §§ 1, 13 SammlungsG.; § 130 a StGB. Kollekten, die von irgendwelchen Stellen der „Bekennenden Kirche“ als kirchlicher Gruppe angeordnet oder empfohlen und als solche durchgeführt werden, sind rechtswirksam verboten. — Die Verletzung der Namen der verhafteten Mitglieder der Bekennenden Kirche kann nach Maßgabe der Umstände gegen § 130 a StGB. verstoßen.**

Der Angekl. kündigte am 15. Aug. und an drei weiteren Sonntagen im Herbst 1937 eine Kollekte ab, die vom Provinzialbruderrat der „Bekennenden Kirche“ angeordnet war, führte die Sammlungen durch und leitete die Erträge dem Bruderrat für Ziele der Bekennenden Kirche zu. Er ist deshalb wegen Vergehen gegen die §§ 1, 13 Nr. 1 SammlungsG. v. 5. Nov. 1934 (RGBl. I, 1086) in zwei Fällen verurteilt worden. Bei dem Gottesdienste v. 15. Aug. 1937 hielt der Angekl. ferner die Fürbitte unter Verlesen einer Liste über Verhaftungen von Angehörigen der Bekennenden Kirche; die Strafkammer hat darin ein selbständiges Vergehen gegen den § 130 a StGB. erblickt. Gegen den Angekl. ist auf eine Gesamtstrafe von fünf Monaten Gefängnis erkannt, zugleich ist die Einziehung der Erträge der vier Sammlungen angeordnet worden. Auf seine Rev. hat der erl. Sen. das Verfahren auf Grund des § 2 Nr. 2 Gef. über die Gewährung von Straffreiheit v. 30. April 1938 eingestellt. Der Angekl. hat gemäß der 2. Durchf. zum StraffreiHG. fristgerecht den Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens gestellt. Er begehrt statt der Einstellung seine Freispredung, da das ihm zur Last gelegte Tun nicht strafbar und er somit unschuldig sei. Diesem Begehren konnte nicht stattgegeben werden.

I. Vergehen gegen das SammlungsG.

1. Die Strafkammer führt rechtlich zutreffend aus, daß die Bekennende Kirche nicht aus den zur Deutschen Evangelischen Kirche zusammengeschlossenen Kirchen ausgeschieden ist, sondern eine Gruppe innerhalb dieser öffentlich-rechtlichen Körperschaft bildet. Sie stellt die Entscheidung im wesentlichen darauf ab, daß die auf Veranlassung der Bruderräte veranstalteten Kollekten nicht von einer christlichen Religionsgesellschaft des öffentlichen Rechts, sondern nur innerhalb einer solchen durchgeführt worden seien; deshalb seien sie nicht durch den § 15 Nr. 4 SammlungsG. von der staatlichen Genehmigungspflicht befreit. Dieser Betrachtungsweise tritt der Senat nicht bei.

Die Kollekten der Kirchen waren von der im SpendenG. v. 24. März 1934 (RGBl. I, 235/236) erlassenen Regelung des Sammlungswezens schlechthin ausgeschlossen. Das SammlungsG. enthält bzgl. der Kollekten gegenüber dem bisherigen Recht insofern eine Abänderung, als von dem Sammlungsverbot außer den Kollekten in Kirchen auch solche in kirchlichen Versammlungsräumen befreit sind, und als andererseits Kollekten nur dann frei sind, wenn sie bei Gottesdiensten durchgeführt werden.

Zur Zeit des Erlasses des SammlungsG. war zwar der evangelische Kirchenstreit bereits in vollem Gange; die Bildung eigener Selbstverwaltungsorgane der Gruppe der Bekennenden Kirche begann jedoch erst nach der Bekenntnisynode vom Oktober 1934. Das rechtfertigt aber noch nicht den Schluß, daß schon bei Abfassung des Gesetzes eine grundlegende Beeinflussung des Kollektenwezens, wie sie durch das Wirken der von der Bekennenden Kirche eingesetzten besonderen Organe eingetreten ist, in den Kreis der Erwägungen gezogen worden ist und zu der von dem Sprachgebrauch der früheren einschlägigen Gesetze abweichenden Fassung Veranlassung gegeben hat. Es muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß das Gesetz es mit der vorerörterten geringfügigen Abweichung grundsätzlich bei dem bisherigen Rechtszustande belassen hat.

Die durch das RGBl. v. 14. Juli 1933 (RGBl. I, 471) anerkannte Deutsche Evangelische Kirche hat auf dem Gebiete des Kollektenrechts keine zwingenden Bestimmungen getroffen; damit waren die landeskirchenrechtlichen Regelungen in Geltung geblieben. Für die Frage der Genehmigungsfreiheit der Kollekten ist es im vorl. Fall indessen unerheblich, ob sich die von dem Angekl. durchgeführten Kollekten im Rahmen der kirchlichen Vorschriften, insbes. der in der Verfassungsurkunde der Evangelischen Kirche der altpreußischen Union v. 29. Sept. 1922 (PrGS. 1924, 226) vorgesehenen Regelung gehalten haben, ob der Angekl. dabei als Repräsentant seiner Gemeinde gehandelt und ob die Sammlung v. 15. Aug. an einem sog. planfreien Sonntag stattgefunden hat. Es kann auch dahingestellt bleiben, ob die von der Strk. vorgenommene Wortauslegung des § 15 Nr. 4 SammlungsG. zutrifft, weil die Kollekten, um die es sich hier handelt, rechtswirksam vom Staate verboten waren.

2. Wie die Strafkammer mit Recht hervorhebt, ist über die Zulässigkeit der Kollekten allerdings durch den gemeinsamen RdErl. des RuPrMdJ. und des RuPrMin. für kirchliche Angelegenheiten v. 9. Juni 1937 über nichtrechtmäßige Kirchenkollekten (RMBlB. 945) nicht bindend entschieden; der Erlaß hat kein neues Recht geschaffen, sondern enthält nur eine Anweisung an die zuständigen Stellen, verbunden mit einer Warnung an die betroffenen Geistlichen und Gemeinden.

Maßgebende Bedeutung hat aber die 5. Durchf. zum Gef. zur Sicherung der Deutschen Evangelischen Kirche v. 2. Dez. 1935 (RGBl. I, 1370). Nach dem § 1 dieser Df. ist, soweit auf Grund der ergangenen staatlichen Bestimmungen bei der Deutschen Evangelischen Kirche und den Landeskirchen Organe der Kirchenleitung gebildet sind, die Ausübung kirchenregimentlicher und kirchenbehördlicher Befugnisse durch kirchliche Vereinigungen oder Gruppen unzulässig. Nach dem § 1 Abs. 2 Df. gehören zu den hiernach unzulässigen Handlungen insbes. die Besetzung von Pfarrstellen, die Berufung von geistlichen Hilfskräften, ... die Anordnung von Kanzelabkündigungen, ... die Ausschreibung von Kollekten und Sammlungen im Zusammenhang mit kirchlichen gemeindlichen Veranstaltungen. Nach den Urteilsfeststellungen handelt es sich vorliegendenfalls um Kollekten, die nur von den Bruderräten der Bekennenden Kirche, also einer kirchlichen Gruppe im vorstehenden Sinne angeordnet waren, und die der Angekl. als solche gemäß den Befehlen oder Wünschen der von ihm als vorgeordnetes Kirchenregiment betrachteten Stelle durchgeführt hat.

Der Beschwerd. zieht die Rechtsgültigkeit der 5. Durchf. in Zweifel und meint, daß sie sich nicht im Rahmen des Gef. zur Sicherung der Deutschen Evangelischen Kirche halte und einen unzulässigen staatlichen Eingriff in die der Kirche auch durch Staatsvertrag gewährleistete Autonomie darstelle. Hierzu muß folgendes klargestellt werden. Der Staat hat durch das Gef. zur Sicherung der Deutschen Evangelischen Kirche die Grundlagen für die Wiederherstellung geordneter Zustände in der Kirche geschaffen. Durch den Kampf der kirchlichen Gruppen untereinander und gegeneinander war ein Zustand eingetreten, der den Bestand der Evangelischen Kirche selbst schwersten Gefahren aussetzte; damit war zugleich eine allgemeine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und eine Schädigung der Volksgemeinschaft zu besorgen. Dieser Zustand war, wie in dem Eingang des Gesetzes ausdrücklich hervorgehoben ist, die Veranlassung für die staatliche Regelung. In diesem Rahmen des Gesetzes und damit innerhalb der gleichfalls im Gesetz betonten Treuhänderschaft der

Reichsregierung für die Kirche halten sich die vom RMin. für die kirchlichen Angelegenheiten erlassenen Verordnungen, die dem Zustande ein Ende bereiten wollen, daß kirchliche Gruppen sich nicht auf rein innerkirchliches glaubenmäßiges Gebiet beschränken, sondern in immer wachsendem Maße mit eigenen Verwaltungseinrichtungen hervortreten und den Anspruch auf Zuständigkeit dieser Organe erheben. Für den Staat hat dabei nur die Kirche in ihrer äußeren Form Bedeutung. Sie ist als Körperschaft des öffentlichen Rechts den Gesetzen des Staates unterworfen, in dem sich ihr Leben abspielt. Gegen die Freiheit der Religionsausübung richtet sich die staatliche Regelung nicht. Der Staat greift mit dem gleichen Recht ein, mit dem er einen Mißbrauch der Kanzel durch einen Geistlichen bei einer an sich rein gottesdienstlichen Handlung, der Predigt, durch den § 130 a StGB. unter Strafe gestellt hat. Wie das RG. schon früher entschieden hat, ist die Freiheit der Religionsausübung immer dahin beschränkt, daß sie nicht gegen die allgemeinen Staatsgesetze verstoßen darf (RGSt. 69, 341, 346 = JW. 1935, 3377⁷). Um einen solchen allgemein geltenden staatsrechtlichen Grundsatz handelt es sich aber bei der jedermann treffenden Verpflichtung, jede irgendwie erhebliche Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Staate zu vermeiden. Auch das Recht der Kirche endet — bei aller religiösen Toleranz — dort, wo es sich damit in Widerspruch setzt. Der Durchführung dieses Grundsatzes für alle geltenden Rechte dienen die gesetzlichen Vorschriften, die aus Anlaß der Gefährdung der Volksgemeinschaft zur Herbeiführung der Ordnung erlassen worden sind. Die Gültigkeit der Bestimmungen der 5. Durchf. VO. kann hiernach nicht in Zweifel gezogen werden, auch nicht mit der Begründung, daß bisherige Rechte der Kirche durch sie betroffen seien (vgl. auch RGArt. v. 3. März 1936, 4 D 58/36: JW. 1936, 2237³⁸ = ZJ. 1936, 689).

Mit dem Hinweis auf die Geltung der gesetzlichen Bestimmungen auch gegenüber bisherigen kirchlichen Rechten erledigen sich zugleich die Einwendungen, die die Rev. aus dem Art. XXVIII der Augsburgischen Konfession, dem PrStaatsG. betr. die Kirchenverfassungen der evangelischen Landeskirchen v. 8. April 1924 (GS. 221) und aus dem Vertrage des Preussischen Staates mit den evangelischen Landeskirchen v. 11. Mai 1931 (PrGS. 107) herleitet. Im übrigen mag hier darauf hingewiesen werden, daß auch nach Art. 1 der Verfassungsurkunde von 1922 die Kirche ihre Angelegenheiten nur „innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“ selbständig ordnen kann, und daß die Voraussetzungen des vom BeschwF. angezogenen Art. 12 des Vertrages v. 11. Mai 1931 schon deswegen nicht vorliegen, weil es sich hier gar nicht um eine Meinungsverschiedenheit über die Auslegung einer Vertragsbestimmung zwischen den Vertragsschließenden handelt; Vertragsschließende waren auf kirchlicher Seite die Evangelischen Landeskirchen in Preußen, vertreten durch ihre verfassungsmäßigen Organe, aber nicht einzelne kirchliche Gruppen. Die Erwägungen, die die Rev. gegenüber den Ausführungen des Urteils zur Frage der Bindung des Reiches durch das Reichskonkordat und weiter zum Grundsatz der Parität anstellt, sind abwegig. Mit dem Hinweis auf den Mißbrauch gottesdienstlicher Handlungen wird auch der weitere Einwand der Rev. gegenstandslos, daß die Kollekten Bestandteil des Gottesdienstes seien und damit rein glaubenmäßiges Gebiet betreffen, und daß deshalb die Anordnung über die Kollekten im Abs. 2 des § 1 der 5. Durchf. VO. die durch seinen Abs. 3 ausdrücklich anerkannte Freiheit der Lehre beschränke.

Im Verfolg der 1. Durchf. VO. zum Ges. zur Sicherung der Deutschen Evangelischen Kirche v. 5. Okt. 1935 (RGBl. I, 1221) hat der Fachminister außer dem Reichskirchenauschuß für die Evangelische Kirche der Altpreußischen Union einen Landeskirchenauschuß und ferner Provinzialkirchenauschüsse, darunter einen solchen auch für die Provinz Sachsen gebildet. Durch die 5. Durchf. VO. sind damit zwar die von der Bekennenden Kirche gebildeten Organe, insbes. die Bruderräte selbst nicht verboten und ohne weiteres aufzulösen oder aufgelöst, ihnen sind aber jegliche kirchenregimentlichen und kirchenbehördlichen Befugnisse untersagt. Dies ist überdies durch die Beschlußstelle, die durch das RGes. über das Beschlußverfahren in Rechtsangelegenheiten der Evangelischen Kirche v. 26. Juni 1935 (RGBl. I, 774) geschaffen worden ist, ausdrücklich ausgespro-

chen worden. Die Beschlußstelle ist unter besonderen Voraussetzungen zur Entscheidung darüber berufen, ob seit dem 1. Mai 1933 in der Deutschen Evangelischen Kirche getroffene Maßnahmen gültig sind oder nicht. Zu dem Aufgabenkreis der Beschlußstelle gehört danach u. a. die Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit von innerhalb der Evangelischen Kirche tätig werdenden Organen. Die Beschlußstelle kann zwar nur auf Anrufung der Gerichte in einem bürgerlichen Rechtsstreit tätig werden. Entscheidet sie dann aber, so ist nach § 2 des Gesetzes der Beschluß „allgemein verbindlich“; er ist deshalb auch im Reichsanzeiger bekanntzumachen. Die Beschlußstelle hat anlässlich der Entscheidung über die ordnungsmäßige Berufung eines Pfarrers durch Beschl. v. 15. April 1937 (veröffentlicht im RAnz. v. 16. April 1937 — Amtl. Teil S. 2) festgestellt, daß Organe wie der sog. „Bruderrat“ oder ein anderer „Rat der Bekennenden Kirche“ in der Verfassung der Evangelischen Kirche der altpreußischen Union nicht vorgesehen, vom Staate nicht anerkannt sind und keinerlei Berechtigung haben, kirchenregimentliche Befugnisse irgendwelcher Art vorzunehmen. Damit ist durch die vom Führer und Reichskanzler berufene Stelle maßgeblich zum Ausdruck gebracht, daß jegliche kirchenregimentliche Tätigkeit der Bruderräte oder entsprechender von der Bekennenden Kirche gebildeter Organe unzulässig ist. Nach Sinn und Zweck des Gesetzes muß sich die Verbindlichkeit des Beschlusses über die Entscheidung der ordnungsmäßigen Berufung des Pfarrers hinaus im Einzelfall auch auf diesen mitveröffentlichten Ausspruch mit erstrecken.

An dieser Rechtslage hat sich auch dadurch nichts geändert, daß die vom Fachminister gebildeten Kirchenauschüsse, denen die Wahrnehmung der kirchenregimentlichen Befugnisse oblag, ihr Amt niedergelegt haben. Mit der Einsetzung solcher Ausschüsse waren anderen Inhabern des Kirchenregiments ihre Befugnisse wenigstens bis zum 30. Sept. 1937 (§ 6 der 1. Durchf. VO.) entzogen. Die Niederlegung des Amtes durch einen dieser Ausschüsse kann nicht die Wirkung haben, daß damit der Rechtsbestand der ergangenen Verordnungen irgendwie beeinflusst wird. Die Einrichtung des Ausschusses als solche blieb bestehen und solange in Kraft, wie die Verordnung, die den Ausschuß ins Leben gerufen hat. Die 5. Durchf. VO. mit ihrem Verbot der Ausübung kirchenregimentlicher Befugnisse durch kirchliche Gruppen, behielt also ihre Wirksamkeit für die Gebiete, in denen Kirchenauschüsse vom Staate eingesetzt waren, auch dann, als diese Ausschüsse zurückgetreten waren. Dem Staate blieb es überlassen, Neuerstellungen vorzunehmen oder eine anderweitige Verwaltungsregelung i. S. des Ges. zur Sicherung der Deutschen Evangelischen Kirche zu treffen. Er hat letzteres mit der 13. Durchf. VO. v. 20. März 1937 (RGBl. I, 333) getan, indem er mit der Bearbeitung der laufenden Verwaltungsangelegenheiten den Leiter der Deutschen Evangelischen Kirchenkanzlei beauftragte und den im Amt befindlichen Kirchenregierungen die Ausübung der kirchenregimentlichen Befugnisse zur Führung der laufenden Geschäfte überließ. Wenn der Fachminister dann nach dem Rücktritt des Landeskirchenauschusses der altpreußischen Union im August 1937 den Präsidenten des Evangelischen Oberkirchenrats mit der Wahrnehmung der Befugnisse des Ausschusses und damit des Kirchenregiments betraut hat, so bestehen dagegen in entsprechender Anwendung des § 1 der 13. Durchf. VO. keine rechtlichen Bedenken, zumal diese Regelung der besonderen Stellung des Oberkirchenrats nach dem Art. 131 Verf. Urk. 1922 entspricht. In gleicher Weise war z. B. auch nach dem Wegfall des Landesherrlichen Kirchenregiments im Jahre 1918 verfahren worden. In welcher Form diese Einzelanordnung bekanntgegeben worden ist, ist rechtlich belanglos. Berufene Organe zur Ausübung laufender Geschäfte waren somit für die im vorl. Fall in Betracht kommende Zeit vorhanden. Daß der Oberkirchenrat auch zur Leitung des Kollektens wens zuständig gewesen ist, wird zu Unrecht von der Rev. in Zweifel gezogen. Zu den laufenden Geschäften gehören solche nicht, die umgestaltende Neuerungen des kirchlichen Lebens enthalten. Das ist hierbei nicht der Fall. Im Hinblick auf die Ausführungen des Urteils, daß es allerdings zweifelhaft sein könnte, ob z. B. die Aufstellung eines Kollektenplanes für 1938 noch als „laufendes Geschäft“ betrachtet werden könne, sei darauf hingewiesen, daß nach dem § 3 VO. v. 25. Febr. 1938 (Bl. der

Deutsch. Ev. Kirche S. 15) nach dem 30. Sept. 1937, dem rechtlichen Ablauf der Amtszeit der Kirchenausschüsse, die Bewilligung und Ausschreibung von Kollekten durch die Konsistorien erfolgt, die vor der Ausschreibung die Genehmigung des Oberkirchenrats einzuholen haben. Diese Darstellung ergibt, daß die Bruderräte für keinen Zeitpunkt ein Recht für sich in Anspruch nehmen können, unter Berufung auf einen angeblichen Notstand, nämlich den Mangel zuständiger Organe, Anordnungen kirchenregimentlicher Natur auf dem Gebiete des Kollektenwesens zu treffen.

Nach allem waren und sind die Kollekten, die von irgendwelchen Stellen der Bekennenden Kirche als kirchlicher Gruppe angeordnet oder empfohlen und als solche durchgeführt werden, rechtswirksam verboten.

3. Die DurchfW. enthält nun allerdings keine Strafbestimmung, sondern sieht nur die Auflösung zuwiderhandelnder Organe und Gruppen vor. Die Strafkammer hat die Bestimmung des § 13 Nr. 1 SammlungsG. zur Anwendung gebracht, wonach bestraft wird, wer ohne die vorgeschriebene Genehmigung eine Sammlung ankündigt, durchführt oder bei ihrer Durchführung mitwirkt. Die Rev. beanstandet dies, weil das SammlungsG. nach seinem § 15 Nr. 4 auf die dort bezeichneten Kirchenkollekten überhaupt keine Anwendung finde und weil es nicht angehe, die im SammlungsG. vorgesehene Strafandrohung an eine Norm anzuknüpfen, die in einer zu einem KirchenG. ergangenen DurchfW. enthalten sei, da Norm und Sanktion zusammengehörten.

Wie oben dargelegt, hatte das SammlungsG. die Regelung des Kollektenwesens im Auge, wie sie seit langem bestand und sich als mit den Belangen des Staates vereinbar erwiesen hatte. Dieser Gesichtspunkt trifft nach den vorangegangenen Darlegungen auf die Sammlungen, wie sie der Angekl. durchgeführt hat, nicht zu. Sie sind geeignet, die Maßnahmen des Staates zur Sicherung des Bestandes der Deutschen Evangelischen Kirche zu durchkreuzen, und stellen damit eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung dar. Der Sachverhalt liegt rechtlich nicht anders, als wenn z. B. ein Pfarrer eine Kollekte veranstalten wollte, bei der er dem Gesez gegen die Neubildung von Parteien oder der W. des RPräs. zum Schutz von Volk und Staat v. 28. Febr. 1933 (RGBl. I, 83) zuwiderhandelt. In diesen Fällen wie im vorl. verstößt er gegen Anordnungen, die der Staat im Interesse des Volksganzen gegenüber Bestrebungen erlassen hat, die mit der Ordnung des Staatswesens nicht vereinbar sind. Es wäre unmöglich anzunehmen, daß solche Sammlungen von der Genehmigungsfreiheit des § 15 Nr. 4 SammlungsG. gedeckt sein könnten. Das staatliche Verbot übert seine Rückwirkung dahin, daß sie als nicht genehmigungsfähige Sammlungen und damit i. S. des SammlungsG. als Sammlungen anzusprechen sind, die ohne die vorgeschriebene Genehmigung durchgeführt werden. Nur diese Auslegung wird dem Sinn des SammlungsG. gerecht. Die Ausführungen der Rev. über eine unzulässige Verknüpfung von Norm und Sanktion aus verschiedenen Gesezen treffen nicht den Kern der Sache. Unerheblich ist es bei dieser Rechtslage auch, daß das SammlungsG. in erster Linie bezweckt, die Gefahr einer übermäßigen Inanspruchnahme der Volksgenossen durch Sammlungen zu beseitigen.

Die Frage, ob trotz des Bestehens der 5. DurchfW. bis zum RdErl. der beiden Minister v. 9. Juni 1937 wegen ähnlich gelagerter Fälle Anklage nicht erhoben worden ist, hat für die Beurteilung der Strafbarkeit des Angekl. im vorl. Fall keinerlei rechtliche Bedeutung.

4. Auch gegen die Annahme des inneren Tatbestandes bestehen keine rechtlichen Bedenken.

Die Strafkammer führt hierzu aus, der Angekl. habe bei der Abkündigung der vier Kollekten die Umstände gekannt, an deren Vorhandensein das Gesez die Strafandrohung knüpfe; er habe den Tatbestand auf die Gefahr hin verwirklicht, daß sein Tun möglicherweise gegen die Rechtsordnung verstoße, diese mögliche Folge aber bewußt in Kauf genommen. Ein außerstrafrechtlicher Irrtum liege nicht vor. Deshalb habe der Angekl. mit bedingtem Vorsatz gehandelt.

Wie das Urteil feststellt, waren dem Angekl. die verschiedenen Auffassungen über die Zulässigkeit der Kollekten bereits

vor dem 15. Aug. 1937, der ersten hier in Betracht kommenden Tat, bekannt. Er kannte auch die 5. und 13. DurchfW. und hat vor dem 15. Aug. gegenüber dem früher in M. tätigen Pfarrer A. zum Ausdruck gebracht, daß er trotz dessen ihm kundgegebener Auffassung über die Befolgung der Anordnungen der „herkömmlichen Stellen“ bei der Durchführung der Kollekten sich im Kirchenstreit ganz auf die Seite der Bruderräte stellen und deren Kollekten durchführen werde. Er hat bei seiner ersten Verhaftung ersehen, daß von der Anklagebehörde des Staates nunmehr sein Tun als strafbar angesehen und also eine von seiner Ansicht abweichende Auffassung vertreten wurde. Dies war ihm nach seinem Eingeständnis auch schon vorher dadurch bekanntgeworden, daß eine Anzahl von Pfarrern, wie er wußte, deswegen in Untersuchungshaft genommen worden waren, weil sie Kollekten der Bruderräte durchgeführt hatten; er hatte es erneut aus der ihm zugegangenen und am 15. Aug. von der Kanzel verlesenen Liste über Verhaftungen ersehen. Das Gericht weist in diesem Zusammenhange mit Recht auch darauf hin, daß er sich bewußt war, dem gesammelten Gelde drohe die Gefahr polizeilicher Beschlagnahme, weil die Kollekte von Staats wegen als verboten angesehen werde. Demgegenüber ist es rechtlich belanglos, daß die zu der hier behandelten Rechtsfrage bis dahin ergangenen gerichtlichen Entscheidungen untereinander widersprechende Auffassungen vertreten haben, und daß insbes. das OLG. Naumburg, in dessen Bereich der Angekl. tätig wurde, einen dem Angekl. günstigen Standpunkt eingenommen hat. Der Angekl. wußte, daß eine andere Auffassung möglich war und von Staatsorganen vertreten wurde. Er kann sich nicht darauf berufen, daß bei ihm ein außerstrafrechtlicher Irrtum i. S. des § 59 StGB. vorgelegen habe. Auch wenn man mit der Rev. die 5. DurchfW. als die Norm ansieht, die außerhalb der Strafandrohung des SammlungsG. und zu anderer Zeit ergangen ist, so trifft den Angekl. eine strafrechtliche Verantwortlichkeit deswegen, weil er nach Vorstehendem das Dasein und die Tragweite dieser Verordnung nachweislich gekannt hat. Ein entschuldbarer Irrtum scheidet damit nach ständiger Rspr. aus (vgl. RGSt. 56, 337, 339; 57, 15 ff.). Verfehlt ist auch das Vorbringen der Rev., daß der BeschwF. durch das von ihm geforderte Unterlassen, selbst wenn er das Verbot nach staatlichem Recht als berechtigt erkannt hätte, gegen seine höher stehenden Pflichten als Geistlicher verstoßen haben würde und sich daher in einer Pflichtenkonfliktsituation befunden habe, die die Strafbarkeit ausschließe. Einen übergesezlichen Notstand begründete das für ihn nicht. Wer auf Grund seiner Überzeugung gegen die staatliche Rechtsordnung verstößt, ist deswegen strafrechtlich nicht schuldlos.

Der Schlußfolgerung des Gerichts, daß der Angekl. auch bei der ersten Kollekte vom 15. August mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat, steht nicht entgegen, daß ihm damals der RdErl. der beiden Minister v. 9. Juni 1937 noch nicht bekannt gewesen ist und dieses Tun vor seiner Verhaftung liegt. Sie wird hinreichend durch die sonstigen Feststellungen über seine Kenntnis der maßgebenden Tatumstände getragen und verstößt entgegen der Annahme der Rev. in keiner Weise gegen die Denkgeseze.

5. Die Strafkammer hat die drei Zuwiderhandlungen des Angekl. gegen das SammlungsG., die er nach seiner zweimaligen Verhaftung im Herbst 1937 begangen hat, zu einer fortgesetzten Straftat zusammengefaßt, aber in der Abkündigung der ersten Kollekte v. 15. August eine selbständige Straftat gefunden. Diese Beurteilung bietet zu Erinnerungen keinen Anlaß.

II. Vergehen gegen den § 130 a StGB.

Der Angekl. kündigte nach Beendigung seiner Predigt die Fürbitte in ungefährr folgender Weise an: „Wir wollen jetzt Fürbitte tun für die Brüder und Schwestern, die im Gefängnis sind. Ich verlese jetzt die Namen.“ Im Anschluß verlas er die ihm von der Leitung der Bekennenden Kirche zugegangene Liste, und zwar bei den beiden ersten Namen mit den dabei befindlichen Zusätzen, also „Rechtsanwalt B.-Glogau, ab 1. Jan. 1937 im Konzentrationslager, Fürsorgerin L.-Berlin, seit 2. Febr. 1937 in Schutzhaft, obwohl das gerichtliche Verfahren eingestellt worden ist.“ Der Verlesung der Liste ließ er das Bittgebet folgen.

Der Strafkammer ist darin beizutreten, daß es sich hier um Angelegenheiten des Staates handelte. Der Begriff ist in weitestem Sinne zu fassen und ergreift auch solche Angelegenheiten, die nicht ausschließlich staatliche sind. Es genügt, daß der Sprecher sie zum Staat in Beziehung bringt, indem er z. B. erkennbar macht, daß der Staat habe gegenüber dieser oder jener Angelegenheit eine bestimmte Stellung oder Wirkungsweise (RGSt. 71, 248 ff. = JW. 1937, 2380³⁷). Zutreffend geht die Strafkammer davon aus, daß staatliche Maßnahmen gegen einen größeren Kreis von Personen, die durch gemeinsame Anschauungen verbunden sind, mehr sein können als eine Häufung von Privatangelegenheiten der einzelnen dadurch Betroffenen. Die Maßnahmen können daher staatliche Angelegenheiten in vorbezeichnetem Sinne sein. Die Strafkammer hat dies hier angenommen, weil für alle Hörer „erkennbar und erkannt und vom Angekl. auch gewollt“ zum Ausdruck gekommen ist, daß sich eine geschlossene Gruppe von Personen im Gegensatz zur Auffassung des Staates befand, und daß der Staat ihr mit seinen Machtmitteln entgegengetreten ist. Das Vorbringen der Rev., der Angekl. habe überhaupt nicht gewußt, worum es sich bei den einzelnen Verhafteten handelte, und habe damit gerechnet, daß sie irgendeine Verfehlung begangen haben könnten, steht ebenso wie die weiteren vorgebrachten Schutzbehauptungen des Angekl. den einwandfreien tatsächlichen Feststellungen des Urteils entgegen und ist damit unbeachtlich. Das Einschreiten des Staates ist im Verlaufe des Kirchenstreits gegen diejenigen geschehen, die den im Rahmen des Gesetzes zur Sicherung der Deutschen Evangelischen Kirche und damit auch zur Sicherung der gefährdeten öffentlichen Ordnung getroffenen Maßnahmen zuwiderhandelten. Wenn das Urteil dann abschließend bemerkt, daß der Angekl. damit das Bestehen des Kirchenstreits in den Vordergrund gerückt habe, so sind mit diesem Ausdruck nach dem Zusammenhalt der Gründe nicht nur die mit dem Ziele der Beendigung des Streites ergangenen staatlichen Gesetze und Verordnungen mitumfaßt, sondern auch die Verhaftungen von Anhängern der Bekennenden Kirche wegen Zuwiderhandlung gegen diese Vorschriften. In diesem Sinne ist der Kirchenstreit keine innerkirchliche Angelegenheit, sondern eine des Staates. Die Betrachtungsweise der Strafkammer ist daher frei von Rechtsirrtum.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Angekl. eine Angelegenheit des Staates „erörtert“ hat. Denn beizutreten ist der Auffassung der Strafkammer jedenfalls darin, daß er sie zum Gegenstand der Verkündung gemacht hat, indem er die Liste der Verhafteten während des Gottesdienstes der Gemeinde mitteilte. Art und Inhalt seiner Rede ergibt dies ohne weiteres. Die Fürbitte für die „bedrängten“ Brüder und Schwestern erforderte keinesfalls die Bekanntgabe der gegen die namentlich bezeichneten Personen vom Staat getroffenen Maßnahme der Verhaftung.

Schließlich ist die Annahme nicht zu beanstanden, daß die Verkündung in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise geschehen ist. Nach Auffassung der Strafkammer ist diese Voraussetzung hier deshalb erfüllt, weil das Tun des Angekl. geeignet war, das Bewußtsein der Rechtsicherheit bei den Hörern und anderen Personen, die davon erfuhr, zu erschüttern. Sie führt zur Begründung an, daß die Verlesung des Namens der Fürsorgerin L. mit dem Zusatz: „in Schutzhaft, obwohl das gerichtliche Verfahren eingestellt ist“ durch die Art der Verbindung der beiden Halbsätze die Kritik enthalte, daß die L. hätte freigelassen werden müssen, trotzdem aber unberechtigtweise noch in Schutzhaft genommen worden sei. Die Strafkammer folgert dies weiter daraus, daß der Angekl. die Liste nicht etwa „trocken verlesen“, sondern durch Betonung zum Ausdruck gebracht hat, daß er die Nennung der verhafteten Personen als Protest gegen derartige staatliche Maßnahmen aufgefaßt wissen wollte, und daß er auch so verstanden worden ist. Daher konnte die Verlesung der Liste, wie die Str. weiter annimmt, die Zuhörer und andere zu der Meinung bringen, der Staat handele nicht nach Recht und Gesetz, sondern nach Willkür, und dies um so mehr, weil Art und Weise des Aufbaus der Liste besonders dazu angetan war, tiefen Eindruck einer ungerechten Verfolgung der Namensträger zu hinterlassen. Diese Beurteilung durch die Strafkammer läßt keinen Rechts-

fehler, insbes. auch keinen Verstoß gegen die Denkgesetze erkennen. Irrig ist auch die Auffassung der Rev., daß der Tatbestand die nahe Möglichkeit der Verletzung des öffentlichen Friedens voraussetze. Bereits das Herbeiführen einer entfernten Gefahr solcher Art kann hinreichen (RGSt. 71, 248, 249 = JW. 1937, 2380³⁷). Durch die Urteilsangaben ist ausreichend dargetan, daß in diesem Sinne die Predigt des Angekl. geeignet war, das öffentliche Vertrauen auf die Rechtssicherheit im Staat in Gefahr zu bringen. Das genügt, um den äußeren Tatbestand des § 130 a StGB. zu erfüllen.

Zum inneren Tatbestand stellt das Urteil fest, daß der Angekl. erkannt hat, sein Handeln sei geeignet gewesen, das Gefühl der Rechtsunsicherheit zu erwecken, und daß er diesen Erfolg, den inneren Anschluß der Gemeindeglieder an seinen Protest gegen die nach seiner Auffassung zu Unrecht ergangenen staatlichen Maßnahmen, sogar gewollt und also mit unbedingtem Vorsatz gehandelt hat. Ein Rechtsfehler kann in dieser Würdigung nicht gefunden werden. Das Vorbringen der Rev. enthält auch hier nur unzulässige Angriffe gegen die Beweiswürdigung.

Die Annahme, daß das Vergehen gegen den § 130 a StGB. eine selbständige Straftat darstelle, begegnet keinem rechtlichen Bedenken.

III. Vergehen gegen den § 110 StGB.

Nicht erörtert hat die Str., ob das Verhalten bei der Abkündigung der Kollekten nicht zugleich eine Zuwiderhandlung gegen den § 110 StGB. enthält. Wie zu II bemerkt, erfolgte die Verlesung der Liste der Verhafteten erkennbar als Protest gegen die Maßnahmen des Staates. In diesem Zusammenhange konnte in der anschließenden Aufforderung zur Sammlung eines Notopfers für die im Gefängnis sitzenden Brüder und Schwestern zugleich die Aufforderung liegen, dem staatlichen Verbot der Sammlung für Kollekten der Bruderräte schledthin und überhaupt Ungehorsam entgegenzusetzen. Daß dabei die in Betracht kommenden Bestimmungen mit keinem Wort bezeichnet waren, würde der Anwendung des § 110 StGB. nicht entgegenstehen, sofern die Rede des Angekl. ihrer Art nach die Zuhörer erkennen ließ, welcher Vorschrift nach dem Willen des Täters zuwidergehandelt werden sollte (RGSt. 24, 189 ff.; 50, 146, 150/151; 65, 260/262). In welcher Weise der Angekl. die Abkündigung bei den weiteren drei Kollekten vorgenommen hat, geht aus dem Urteil nicht hervor. Hier könnte rechtlich von Bedeutung sein, daß er immer wieder Kollekten der Bekennenden Kirche durchgeführt hat, der Gemeinde aber offenbar bekannt geworden ist, daß er inzwischen wegen einer solchen Kollektensammlung in Haft genommen worden war.

Indessen führt dies nicht zu einer auch nur teilweisen Aufhebung des Urteils. Es ist nach Lage der Sache für ausgeschlossen zu erachten, daß die Strafkammer, wenn sie Tateinheit auch mit einem Vergehen gegen den § 110 StGB. festgestellt hätte, eine höhere Einsatzstrafe ausgeworfen und auf eine höhere Gesamtstrafe als bisher erkannt hätte. Mit Rücksicht auf die Ausführungen zu IV erübrigt sich eine weitere Aufklärung.

IV. Die Strafzumessungsgründe kann das RevG. nur darauf nachprüfen, ob sie einen Rechtsfehler enthalten (RGSt. 38, 207). Das ist hier entgegen der Annahme der Rev. nicht der Fall. Die von ihr behaupteten Widersprüche liegen nicht vor. Die Nachprüfung hat andererseits auch keinen Fehler aufgedeckt, der eine dem Angekl. ungünstigere Beurteilung bei der Strafzumessung zur Folge haben könnte.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß der Angekl. mit Recht für schuldig befunden worden ist und daß er in der vorl. Sache eine Freiheitsstrafe unter sechs Monaten verbüßt hat. Dafür, daß noch ein anderes Strafverfahren gegen den Angekl. anhängig wäre und die Bildung einer anderen höheren Gesamtstrafe in Betracht käme, besteht kein Anhalt. Bei dieser Sachlage war das Verfahren auf Grund des § 2 Nr. 2 Straf-
freiG. v. 30. April 1938 einzustellen, wie das bereits durch den gegenstandslos gewordenen Beschl. v. 12. Mai 1938 geschehen war. Nach dem Gesamthalt des angefochtenen Urteils hat der Angekl. teils aus allgemein politischen, teils aus kirchenpolitischen Beweggründen gehandelt. Unter die Straffreiheit fallen auch Handlungen, deren Beweggrund auf dem kirchenpoliti-

schen Gebiet liegt (RGSt. 63, 20). Die Einstellung des Verfahrens erstreckt sich auch auf die von der Strk. ausgesprochene Einziehung.

(RG., 2. StrSen. v. 8. und 22. Sept. 1938, 2 D 415/38.)

Strafprozeßordnung

19. RG. — § 34 StPD. Die Ablehnung eines Beweis-antrages muß begründet werden. Die Begründung eines solchen Beschlusses muß so gehalten sein, daß der Antragsteller über die rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen des Gerichts, die zur Ablehnung geführt haben, aufgeklärt und in die Lage versetzt wird, die weitere Verfolgung seiner Rechte danach einzurichten. Deshalb können auch die Gründe, die der Gerichtsbeschluss selbst vermissen läßt, im Urteil nicht mehr wirksam nachgeholt werden. RWrt. v. 3. Febr. 1938, 3 D 991/37; JW. 1938, 806²⁰.

(RG., 5. StrSen. v. 29. Sept. 1938, 5 D 590/38.)

20. OLG. — § 37 StPD.; §§ 209, 211 ZPD. Die Zustellung eines Urteils in der Weise, daß dem in Haft befindlichen Angekl. in der Geschäftsstelle das Urteil ausgehändigt wird, entspricht nicht den gesetzlichen Vorschriften. Sie ist derart zu bewerten, daß die Geschäftsstelle das zustellende Schriftstück einem Gerichtswachtmeister oder der Post zur Zustellung aushändigt.

Gemäß § 37 StPD. finden auf das Verfahren bei Zustellungen in Straffachen die Vorschriften der ZPD. über Zustellungen entsprechende Anwendung, und gemäß §§ 209, 211 ZPD. hat bei Zustellungen von Amts wegen die Geschäftsstelle für die Bewirkung der Zustellung Sorge zu tragen und diese in der Weise vorzunehmen, daß sie das zu übergebende Schriftstück einem Gerichtswachtmeister oder der Post zur Zustellung aushändigt. Es entspricht daher nicht den gesetzlichen Bestimmungen, wenn das OLG. S., welches vom OLG. D. um die Zustellung des in dieser Sache gegen den in S. in Untersuchungshaft befindlichen Angekl. U. ergangenen Urteils ersucht worden war, die Zustellung in der Weise vornehmen wollte, daß es den U. aus der Untersuchungshaft vorführen ließ und ihm das Urteil aushändigte. Ein Verzicht auf die Zustellung ist, wie auch in dem Beschluss des OLG. S. ausgesprochen wird, unzulässig, und da das Gesetz irgendeine formlose Art der Zustellung nicht kennt, so bedeutet dies, daß die Zustellung stets in der im § 211 ZPD. vorgeschriebenen Form vorzunehmen ist. Auf den gemäß § 159 OStG. gestellten Antrag des OLG. D. war daher der Beschluss des OLG. S. aufzuheben und dieses anzuweisen, die Zustellung des Urteils gemäß dem Ersuchen in der gesetzlich vorgeschriebenen Form vorzunehmen.

(DanfOLG., 1. StrSen., Beschl. v. 2. Sept. 1938, Ws 272/38.)

21. RG. — § 61 Nr. 6 StPD. Der Angekl. hat ein selbständiges Recht, auf Vereidigung eines Zeugen zu bestehen. Ein bei der ersten Vernehmung ausgesprochener Verzicht auf Vereidigung erstreckt sich grundsätzlich nicht auf eine erneute Vereidigung desselben Zeugen.

Das OLG. hat von der Vereidigung des Zeugen nach seiner erneuten Vernehmung in der Hauptverhandlung gemäß § 61 Nr. 6 StPD. Abstand genommen, obwohl ausdrücklich der Sitzungsniederschrift nur die StM. und der Verteidiger erklärt hatten, daß sie auf die Vereidigung des Zeugen verzichten. Allerdings erfordert die Anwendung des § 61 Nr. 6 StPD. nicht, daß ein solcher Verzicht von allen Beteiligten ausdrücklich ausgesprochen wird. Auch jede andere Erklärung würde genügen, wenn sie nur bestimmt und eindeutig ist. In einem bloßen Stillschweigen des Angekl. zu dem von den anderen Beteiligten erklärten Verzicht kann aber ein eigener Verzicht in der Regel nur dann gefunden werden, wenn der Angekl. darüber unterrichtet war, daß ihm selbst ein von deren Entschließung unabhängiges Recht zuzustand, die Vereidigung zu verlangen, und er gewußt hat, daß es außer auf deren Verzicht auch noch auf seinen eigenen für die vom Gericht zu treffende Entscheidung maßgebend ankam (4 D 1444/34 v. 8. Jan. 1935: JW. 1935, 1250¹⁴). Das läßt sich hier nicht mit Sicherheit feststellen.

Auch aus der Tatsache, daß der Angekl. bei der ersten Vernehmung des Zeugen auf die Vereidigung verzichtet hatte, läßt sich nicht ohne weiteres entnehmen, daß er auch bei der erneuten Vernehmung auf die Vereidigung verzichten wollte. Es ist vielmehr grundsätzlich davon auszugehen, daß der frühere Verzicht sich nur auf die damals abgegebene Aussage bezogen

hat (RGSt. 68, 394, 396 = JW. 1935, 541⁴⁴). Dafür daß der Angekl. aus besonderen Gründen auch für alle späteren Vernehmungen dieses Zeugen in diesem Verfahren auf die Vereidigung verzichtet hätte, fehlt jeder Anhalt.

(RG., 2. StrSen. v. 15. Sept. 1938, 2 D 557/38.)

* 22. RG. — § 147 StPD. Umfang des Akteneinsichtsrechts des Verteidigers (Steuerakten, Steuerstrafakten, „vertraulich“ über sandte Akten). †

I. § 147 StPD.

Zutreffend rügt die Rev., der § 147 StPD. sei dadurch verletzt worden, daß das Recht des Verteidigers zur Akteneinsichtnahme geschmälert worden sei.

Aus den Akten, der Sitzungsniederschrift und den Aufzeichnungen des Vorsitzenden hierzu ergibt sich folgendes: Die Hauptverhandlung hat am 17. und 23. Aug. 1937 stattgefunden, mit einer Unterbrechung von 5 Tagen vom 18. bis 22. Aug. Vor dem ersten Verhandlungstage, dem 17. Aug. 1937, ist dem Verteidiger die Einsichtnahme in die Akten der Steuerbehörde, die als Beilagen den Gerichtsakten angeschlossen waren, durch den Vorsitzenden verweigert worden. Der Vorsitzende hat nach seiner Äußerung die Bemerkung am Schlusse des Schreibens des FinA. v. 30. Sept. 1935 als ein Verbot der Einsichtnahme an den Verteidiger seitens der verfügungsberechtigten Finanzbehörde ausgelegt. Das FinA. weist in seiner Bemerkung zunächst darauf hin, daß es unzulässig gewesen sei, dem von dem Angeklagten beauftragten Sachverständigen die Steuerakten auszuhändigen. Daß dies geschehen sei, glaubt das FinA. aus einer Bezugnahme in dem Gutachten folgern zu sollen. Im Anschluß daran erklärt das FinA., daß die Steuerakten „versehentlich“ „bei der Über sendung“ „nicht mit dem farbigen Hinweis“ versehen gewesen seien. Diese formulärmäßig gedruckten farbigen Hinweise haben, wie eine Auskunft des FinA. ergeben hat, folgenden Wortlaut:

„Steuerakten“

„Wegen Wahrung des Steuergeheimnisses sind diese Akten in besondere Verwahrung zu nehmen. Einsichtnahme in Steuerakten durch Steuerpflichtige oder deren Vertreter kann nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Finanzamts gewährt werden.“

Mit Rücksicht auf die Stellungnahme des Vorsitzenden hat der Verteidiger am ersten Verhandlungstage nach der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses den Antrag gestellt, die Verhandlung zu vertagen, u. a. deshalb, „weil er nicht Einsicht in die Steuerakten habe nehmen können“. Dieser Vertagungsantrag ist durch Gerichtsbeschluss abgelehnt worden mit der Begründung: „Eine Beschränkung der Verteidigung durch Nicht Einsicht des Verteidigers in die Steuerakten liegt nicht vor, da das Urteil auf Grund des Ergebnisses der Hauptverhandlung ergeht und der Inhalt der Steuerakten zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht werden wird.“ Der Angekl. ist dann zur Sache vernommen worden. Es sind drei Zeugen, darunter die beiden geladenen Steuerbeamten, gehört worden. Im Anschluß an einen Beweis Antrag des Verteidigers ist die Sitzung am 17. Aug. bis zum 23. Aug. unterbrochen worden. Auf Grund einer vom Vorsitzenden herbeigeführten Erklärung der anwesenden Beamten des FinA., eines Regierungsrates und eines Obersteuerinspektors, die das FinA. als Nebenkläger vertraten, dahingehend, daß sie mit der Aushändigung der Steuerakten mit Ausnahme der Steuerstrafakten und der Akten des UFinA. an den Verteidiger zur Einsicht „einverstanden“ seien, ist dem Verteidiger dann in der Zwischenzeit bis zur Weiterverhandlung am 23. Aug. 1937 der Teil der Steuerakten, mit deren Einsichtnahme die Beamten ihr Einverständnis erklärt hatten, zur Einsicht überlassen worden, nämlich die Umsatzsteuer-, Lohnsteuer- (wohl Einkommensteuer-), Wechselsteuer- und Vermögensteuerakten. Von der Einsichtnahme ausgeschlossen worden sind außer den Akten des UFinA. insbes. zwei Bände Steuerstrafakten, obwohl gerade diese Akten die ganzen grundlegenden Ermittlungen über die Steuerverfahrungen des Angekl. und die Höhe der Hinterziehungen einschließlich der Unterlagen für die Verjährungsunterbrechung durch Einleitung der Untersuchung ent-

hielten, insbes. auch die beiden Berichte, die den Urteilsfeststellungen im wesentlichen zugrunde gelegt worden sind. Die Steuerstrafakten waren auch schon in der Anklageschrift von der StA. als Beweismittel aufgeführt und dem Gericht als Beifakten zu den gerichtlichen Akten mit überfandt worden. Am 23. Aug. 1937 ist die Verhandlung sodann durch Vernehmung der inzwischen geladenen, vom Verteidiger benannten Zeugen und eines Sachverständigen fortgesetzt und durch Erlass des Urteils beendet worden.

Das oben wiedergegebene Verfahren verstieß gegen § 147 StPD.

1. Der Umfang des Akteneinsichtsrechtes des Verteidigers auf Grund des § 147 StPD. ist über die Bestimmung des § 147 StPD. selbst hinaus nicht gesetzlich umgrenzt worden. Zwar ist dem RZM. durch Ges. v. 30. Sept. 1936 (RGBl. 853) die Ermächtigung erteilt worden, durch Verwaltungsanordnung die Einsichtnahme u. a. auch in gerichtliche Akten zu versagen oder zu beschränken, wenn das aus Gründen der öffentlichen Ordnung geboten ist, und zwar auch dann, wenn nach gesetzlicher Vorschrift ein Recht auf die Einsicht besteht. Im Rahmen des § 147 StPD. ist aber eine allgemeine Anordnung dieser Art nicht getroffen worden. Die Bestimmung in Ziff. 126 Abs. 2 der Richtlinien für das Strafverfahren, AB. d. RZM. v. 13. April 1935, nach der in beigezogene Akten einer anderen Verwaltung nur mit deren Zustimmung Einsicht gewährt werden darf, gilt für den § 147 StPD. nicht, wie aus der Ziff. 132 der Richtlinien folgt. Es ist mithin Aufgabe der Rspr., den Umfang des Einsichtsrechtes des Verteidigers auf Grund des § 147 StPD. in Zweifelsfällen im Wege der Auslegung klarzustellen.

a) Der im Schrifttum herrschenden Meinung, daß der Verteidiger ein unabdingbares Recht auf Einsicht aller Akten habe, die einmal durch Beziehung zu den Gerichtsakten „Beifakten“ dieser geworden sind, kann nicht vorbehaltlos zugestimmt werden. Nach dieser Auffassung besteht ein unabdingbares Einsichtsrecht selbst dann, wenn die übersendende Behörde die Akten nur zu „vertraulicher Benutzung“ überfandt hatte (vgl. u. a. Gündel-Hartung-Niehammer-Lingemann, „Kommentar zur StPD.“, 19. Aufl., § 147 Anm. 4 b, demgegenüber allerdings § 96 Anm. 8; Gerland, „Der deutsche Strafprozeß“, 1927, S. 148; Graf zu Dohna, „Strafprozeßrecht“, 3. Aufl., S. 71; Gülland-Pestalozza: JW. 1932, 1712; andererseits Thiele: „Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht“ 1936, 311 ff. und betr. Personalakten im Dienststrafverfahren: Beschluß des Dienststrafsenats beim RG. v. 2. April 1936: DJ. 1936, 1194 mit Anm. von Wittland und BrDWB. v. 17. April 1935: JW. 1935, 2676⁸⁹ und v. 27. Mai 1936: JW. 1936, 2277⁹² mit Anm. von Neuf.).

Das RG. hat demgegenüber für den Fall der Übersendung zu „vertraulicher Benutzung“ in RGSt. 42, 291 ein Einsichtsrecht des Verteidigers verneint. An dieser Rechtsauffassung ist festzuhalten. Aus dem Grundgedanken des § 96 StPD. folgt, daß jeder Behörde das Verfügungsrecht über ihre Akten zusteht, auch gegenüber Übersendungsersuchen des Gerichts (vgl. auch § 54 StPD. und das Gesetz über die Einsicht in gerichtliche öffentliche Bücher und Register v. 30. Sept. 1936 [RGBl. 853]). Wird dem Gericht die Übersendung von Akten verweigert, so kann es sich, falls jene Akten zur Wahrheitsforschung wesentlich sind, zwar beschwerdeführend an die vorgesetzte Dienststelle wenden. Durch eine Entscheidung der obersten Dienstbehörde i. S. des § 96 StPD., das Bekanntwerden des Inhalts der Akten oder Schriftstücke werde dem Wohle des Volkes Nachteile bereiten, werden aber die betreffenden Akten endgültig für das Gericht unverwendbar. Wenn die Behörde glaubt, durch die uneingeschränkte Einsicht der Akten würden gewichtige Belange der Allgemeinheit gefährdet, so entspricht es gerade dem heutigen Rechtsempfinden, daß diese Belange dann den unbedingten Vorrang genießen. Aus diesem Verfügungsrecht der Behörde folgt aber auch, daß sie dem Gericht Akten übersenden kann mit der Bestimmung, daß diese Akten den Prozeßbeteiligten nicht zugänglich gemacht werden dürfen. Auch diese dem Gericht zu treuen Händen mit dem bezeichneten Vorbehalt mittelbar oder unmittelbar

zugeleiteten behördlichen Akten sind zunächst in dem durch die Auflage bezeichneten Rahmen unverwendbar. Es kann dem Gericht nicht angeschlossen werden, bei einer „vertraulichen“ Überfandung der Akten unter Vertrauensbruch und Außerachtlassung jener Gesamtelange einen der Bestimmung der übersendenden Behörde zuwiderlaufenden Gebrauch von den Akten zu machen.

b) Auf der anderen Seite gilt aber im Strafverfahren auch der aus § 147 StPD. zu entnehmende Grundsatz, daß gegen den Angekl. kein Tatsachenstoff verwandt werden darf, der seinem Verteidiger nicht zugänglich gemacht worden ist. Eine Akte, die dem Gericht nur mit der bezeichneten Maßgabe zur Verfügung gestellt wird, darf deshalb auf Grund der genannten Vorschrift in keiner Weise vom Gericht gegen den Angekl. verwandt werden. Dieser Sachlage entsprechend ist die StA. durch Ziff. 134 der Richtlinien für das Strafverfahren, AB. d. RZM. v. 13. April 1935, angewiesen worden, Akten dem Gerichte oder dessen Vorsitzenden nur dann vorzulegen, wenn sie sie gleichzeitig zum Bestandteil der gerichtlichen Akten und damit dem Verteidiger zugänglich macht. Das bedeutet zwar nicht, daß Akten, die von der verfügungsberechtigten Behörde nur vertraulich überfandt worden sind, durch die vorbehaltlose Weitergabe seitens der StA. an das Gericht ihre Vertraulichkeit verlieren und uneingeschränkt benutzbar würden. Es dürfen aber Akten dieser Art dem Gericht von der StA. überhaupt nicht zugeleitet werden. Wenn derartige Akten aber dennoch dem Gerichte mit dem Vorbehalt, daß sie nicht uneingeschränkt benutzt werden, insbes. dem Verteidiger nicht zugänglich gemacht werden sollen, mittelbar oder unmittelbar ausgefolgt werden, bleibt es bei dem Grundsatz, daß sie auch vom Gericht grundsätzlich nicht verwendet werden dürfen.

c) Gegenüber dieser Auffassung kann nicht mit Erfolg eingewandt werden, daß sie die Gefahr mit sich brächte, der Richter könnte bei seiner Entscheidung durch eine Kenntnis des Inhalts von Akten beeinflusst werden, die dem Verteidiger nicht zugänglich gewesen sind. Es muß vielmehr in den deutschen Richter das Vertrauen gesetzt werden, daß er sich von solchen Einflüssen freizumachen versteht. Davon geht auch das Verahrensrecht und die herrschende Rechtsübung als von einer Selbstverständlichkeit aus. Darauf beruht letzten Endes überhaupt der Grundsatz der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit trotz Kenntnis des Akteninhalts (§§ 250, 261 StPD.). Es ist auch allgemein in der Rspr. anerkannt, daß z. B. eine unzulässige Vereidigung oder Verlesung einer Urkunde oder ein zweifelhaftes Zeugnis dadurch als Urteilsgrundlage ausgeschlossen werden kann, daß die eidliche Aussage als unecht gewürdigt (RGSt. 56, 94 und 2 D 232/38 v. 23. Mai 1938: DJ. 1938, 1034), die Urkunde und das zweifelhafte Zeugnis für die Urteilsfindung beiseitegelassen werden. Auch in allen diesen Fällen muß der Richter sich von Einflüssen, die tatsächlich auf ihn eingewirkt haben, freimachen, und es wird das Vertrauen in ihn gesetzt, daß er sich freizumachen weiß.

2. Das im vorl. Falle eingeschlagene Verfahren verstößt in mehrfacher Hinsicht gegen die oben entwickelten Grundsätze: Der Vorsitzende durfte nach Maßgabe seines pflichtgemäßen Ermessens zwar die Bemerkung des FinA. in Verbindung mit dem Inhalt des farbigen Hinweises dahin auslegen, das FinA. stelle die Steuerakten für das gerichtliche Strafverfahren nur mit dem Vorbehalt zur Verfügung, daß auch dem Verteidiger des Angekl. nur nach ausdrücklicher Zustimmung des FinA. Einsicht in die Steuerakten gewährt werde. Wurde dem Verteidiger aber daraufhin die Einsicht in diese Akten verweigert, ergab sich für den Vorsitzenden und das Gericht die zwingende Folgerung, die Akten mit dem in ihnen enthaltenen Tatsachenstoff auch seitens des Gerichts gänzlich unbeachtet zu lassen. Unzulässig und ein Verstoß gegen § 147 StPD. war es, die Akten dem Verteidiger vorzuenthalten, sie aber dann dennoch mit zur Grundlage der Verhandlung am ersten Verhandlungstage, dem 17. Aug. 1937, zu machen, wie aus dem oben erwähnten Gerichtsbeschlusse v. 17. Aug. 1937, der Niederschrift und dem Urteile hervorgeht. Der in jenen Akten enthaltene Tatsachenstoff ist entgegen jenen Grundsätzen bereits an diesem ersten Verhandlungstage in üblicher Weise nach den Grundsätzen der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit durch Vernehmung

der Auskunftspersonen, der Steuerbeamten E. und D., in die Verhandlung eingeführt und dann im Urteil entscheidend herangezogen worden. Der Beschl. v. 17. Aug. 1937 und die Ausführungen des Urteils verkennen die Bedeutung des § 147 StPD. Das Akteneinsichtsrecht ist dem Verteidiger gegeben, damit er seiner Pflicht, die Belange des Angekl. im Rahmen der Gesetze zu wahren, durch Vertrautmachen mit dem gesamten Verfahrensstoff auch nachkommen kann (RGSt. 71, 353, 354 = JW. 1937, 3221¹⁴). Mit der Begründung, die Feststellungen seien nicht auf Grund der Akten, sondern der glaubwürdigen Bekundungen der Zeugen und des Sachverständigen getroffen, könnte dem Verteidiger jedes Akteneinsichtsrecht verwehrt werden. Dieses vom Gericht eingeschlagene Verfahren verlegt mithin den § 147 StPD.

Der Verstoß konnte auch nicht dadurch geheilt werden, daß dem Verteidiger die Steuerveranlagungsakten vor der Fortsetzung der Verhandlung v. 23. Aug. 1937 mit Zustimmung der Vertreter des FinA. zugänglich gemacht worden sind; denn während der Verhandlung v. 17. Aug. bei der Vernehmung des Angekl. und der als Zeugen wichtigen Steuerbeamten fehlte dem Verteidiger die Kenntnis des Inhalts der vom Gericht mit herangezogenen Steuerakten. Die Steuerbeamten sind aber am zweiten Verhandlungstage, dem 23. Aug., nicht mehr vernommen worden. Sie sind bereits am 17. Aug. entlassen worden und waren am 23. Aug. ausweislich der Niederschrift gar nicht mehr zugegen. Auch ist die Vernehmung des Angekl. am 23. Aug. nicht wiederholt worden.

Überdies sind dem Verteidiger auch nach dem 17. Aug. 1937 vor dem zweiten Verhandlungstage v. 23. Aug. 1937 die Steuerstrafakten mit Rücksicht auf die nochmalige ausdrückliche Verweigerung des Einverständnisses der Vertreter des FinA. nicht zugänglich gemacht worden. Diese Stellungnahme der Beamten beruht zwar anscheinend auf einer Verkennung der Sach- und Rechtslage. Das Gericht war aber an diese Erklärung der Vertreter der verfügungsberechtigten Behörde, solange diese Stellungnahme aufrechterhalten wurde, gebunden. Eine eigene Nachprüfung des Verwaltungsverfahrens stand ihm nicht zu (RGSt. 42, 291, 293; 44, 291/92; siehe dazu jedoch auch unter 3).

Auf dem bezeichneten fehlerhaften Verfahren kann das Urteil beruhen, wie nicht weiter dargelegt zu werden braucht. Unter anderem läßt sich nicht ausschließen, daß der Verteidiger noch andere Gesichtspunkte zugunsten des Angekl. mit Erfolg hätte vorbringen können, wenn er den Inhalt der gesamten Steuerakten von Anfang an gekannt hätte.

Daß der Verteidiger auf das Einsichtsrecht nicht verzichtet hat, ergibt sich daraus, daß er es zu Beginn der Hauptverhandlung ausdrücklich geltend gemacht und Vertagung beantragt hat.

Auch wegen dieses Mangels muß das Urteil daher im Falle der Umsatzsteuerhinterziehung aufgehoben werden.

3. Für die neue Verhandlung ist noch auf folgendes hinzuweisen:

Wenn die geordnete Durchführung eines Strafverfahrens von der Benutzung bestimmter Akten einer anderen Behörde abhängig ist oder wenn sonst der Inhalt jener Akten zugunsten oder ungunsten des Angekl. von Bedeutung ist, so wird das Gericht unter Umständen auf Grund seiner Wahrheitsmittlungspflicht (§§ 155 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPD.) durch Vorstellung bei der bezeichneten Behörde oder Beschwerde an die vorgeordnete Dienststelle darauf hinzuwirken haben, daß die Zustimmung zur Einsichtgewährung an den Verteidiger erteilt wird. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Zustimmung bisher offenbar nicht auf der Grundlage des § 96 StPD. versagt worden ist, sondern, wie anscheinend hier, auf einer Verkennung der Sach- und Rechtslage beruht. Insoweit kann der in RGSt. 44, 291/92 für den § 53 StPD. a. F. (§ 54 n. F.) ausgesprochenen Rechtsansicht, es bestehe keine verfahrensrechtliche Pflicht für das Gericht, auf die Erteilung einer zunächst von der Behörde versagten Genehmigung hinzuwirken, jedenfalls für den § 147 StPD. keine uneingeschränkte Geltung eingeräumt werden. Dabei ist insbes. zu beachten, daß der § 147 StPD. nur dem Verteidiger, nicht auch dem

Angeklagten das Recht zur Akteneinsicht gewährt, und daß der Rechtsanwalt als Verteidiger im nationalsozialistischen Staate die Stellung eines Dieners am Recht einnimmt (vgl. den Vorpruch zur RMA. v. 21. Febr. 1936 [RGBl. I, 107]). Er macht sich ehrengerichtlich strafbar, wenn er die ihm zu treuen Händen überlassenen Gerichtsakten auch dem Angekl. selbst zugänglich macht oder ihm aus diesen Akten Mitteilungen macht, die für die Verteidigung des Angekl. nicht geboten sind (vgl. Entsch. des 1. Sen. des OGH. bei der RMA. v. 27. Nov. 1935: JW. 1936, 264 und v. 29. Sept. 1936: JW. 1936, 3549¹⁵). In der weit überwiegenden Zahl der Fälle werden nun Rechtsanwälte oder beamtenrechtlich haftbare Personen Verteidiger sein, andere Personen dürfen nur mit Genehmigung des Gerichtes zugelassen werden (§ 138 StPD.). Bei dieser Sachlage wird nur in Ausnahmefällen die Einwilligung der Behörde in die verfahrensmäßige Benutzung der Akten unerreichbar sein, falls diese Akten für das Verfahren wesentlich sind, insbes. wenn etwa ohne ihre Heranziehung die ordnungsmäßige Durchführung eines Strafverfahrens gefährdet oder gar unmöglich gemacht wird, das gerade von der über die Akten verfügungsberechtigten Behörde in die Wege geleitet worden ist.

Erweist sich jedoch der vorbezeichnete Weg als nicht gangbar, so wird notfalls in der Weise zu verfahren sein, daß die zur Verfügung berechnete Behörde diejenigen Aktenstücke entbehrt, deren Geheimhaltung sie für unabweislich hält, oder daß beglaubigte Abschriften derjenigen Aktenstücke, die für das Verfahren von Bedeutung sind, gefertigt, den Gerichtsakten beigelegt und so auch dem Verteidiger zugänglich gemacht werden.

II. Auch sachlich-rechtlich ist das Urteil fehlerhaft.

1. In der Rspr. des RG. ist schon verschiedentlich ausgesprochen worden, daß zwischen der Schätzung nach steuerrechtlichen Grundsätzen (§ 217 ABG. n. F., § 210 ABG. a. F.) und der Schuldfeststellung unter strafrechtlichen Gesichtspunkten zu unterscheiden ist. Während die Schätzung nach § 217 ABG. auf Grund von bloßen Wahrscheinlichkeitserwägungen und im Zweifel zungunsten des Angekl. vorgenommen werden kann, muß im Strafverfahren die Schuld des Angekl. nachgewiesen sein und im Zweifel zu seinen Gunsten entschieden werden (RGSt. 68, 45, 57 = JW. 1934, 1361²⁵; RGUrt. 4 D 664/36 v. 3. Nov. 1936: JW. 1937, 403¹¹; 4 D 643/37 v. 21. Dez. 1937: DZ. 1938, 379 = JW. 1938, 512²¹). Zwar kann das Gericht auf Grund des § 261 StPD. in freier Beweiswürdigung zu dem Ergebnis kommen, daß die geschätzten Steuergrundlagen der Wirklichkeit entsprechen, wenigstens die feststellbaren Mindestbeträge sind, und es könnte sie daher auch seinem Strafurteil zugrunde legen. Der Richter muß sich dann aber des Unterschiedes der Feststellungsgrundsätze bewußt sein. Die Ausführungen des Urteils legen hier die Vermutung nahe, daß es daran gefehlt hat.

2. Die von der Rev. erhobenen sachlich-rechtlichen Bedenken gegen die Annahme von Tatmehrheit zwischen der fortgesetzten Hinterziehung von Einkommensteuer und der fortgesetzten Umsatzsteuerhinterziehung gehen fehl. Nach ständiger Rspr. des RG. besteht zwischen der Hinterziehung verschiedener Steuern, hier Einkommen- und Umsatzsteuer, Tatmehrheit, sofern nicht etwa die Ausführungshandlungen teilweise zusammenfallen (RGUrt. 6 D 555/35 v. 15. Jan. 1936: JW. 1936, 1677¹⁰; 4 D 425/36 v. 4. Sept. 1936: JW. 1936, 3317¹⁵). Das ist hier den Umständen nach zu verneinen.

(RG., 4. Str.Sen. v. 15. Juli 1938, 4 D 87/38.)

Anmerkung: Das Urteil behandelt eine Reihe von Fragen, die für die Verteidigung im Straf- und Dienststrafverfahren von erheblicher Bedeutung sind. Ein Teil dieser Fragen hat fast zu gleicher Zeit auch den RDienststr. beschäftigt (vgl. RDienststr.: JW. 1938, 2620 mit Anmerkung). Diese Fragen, soweit sie nachstehend erörtert werden sollen, lauten:

1. Sind öffentliche Behörden auf Ersuchen eines Straf- oder Dienststrafgerichts verpflichtet, ihre Akten zur Benutzung im gerichtlichen Verfahren zur Verfügung zu stellen?
2. Erstreckt sich das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers (im

- Dienststrafverfahren auch des Beschuldigten) auf diese behördlichen Akten, wenn die Einsendebehörde eine solche Offenlegung ihrer Akten verboten hat?
3. Wie hat sich das Gericht gegenüber Akten, die ihm mit einem derartigen Offenlegungsverbot eingereicht worden sind, zu verhalten?
 4. Welche verfahrensrechtlichen Folgerungen können im Interesse einer ordnungsmäßigen Verteidigung aus einem unzulässigen Verhalten des Gerichts gegenüber solchen Akten gezogen werden?

Bei Beantwortung der ersten Frage ist (auch für das Dienststrafverfahren, § 20 RDStrD.) an § 96 StPD. anzuknüpfen. In ihm heißt es: „Die Vorlegung oder Auslieferung von Akten oder anderen in amtlicher Verwahrung befindlichen Schriftstücken durch Behörden darf nicht gefordert werden, wenn deren oberste Dienstbehörde erklärt, daß das Bekanntwerden des Inhalts dieser Akten oder Schriftstücke dem Wohle des Reichs oder eines deutschen Landes Nachteil bereiten würde.“ Aus dieser Vorschrift, auf die sowohl das RG. (im oben abgedruckten Urteil) wie auch der RDienststrD. (a. a. D.) Bezug nehmen, ergibt sich durch einfachen Gegen-schluß (per argumentum e contrario), daß die StPD. alle Behörden grundsätzlich für verpflichtet erklärt, einem im Verlauf eines Straf- (oder Dienststraf-) Verfahrens an sie gerichteten Ersuchen um Vorlegung oder Auslieferung von Akten und anderen in amtlicher Verwahrung befindlichen Schriftstücken nachzukommen. Die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die StPD. eine Behörde für befugt erklärt, entgegen einem solchen Ersuchen die Vorlegung oder Auslieferung von Akten und sonstigen Schriftstücken zu verweigern, sind durch die Fassung des § 96 StPD. deutlich zu einem engumgrenzten Ausnahmestatbestand gemacht. Dieses vom Gesetz nur als Ausnahme gewährte Weigerungsrecht wird der ersuchten Behörde in § 96 StPD. nicht einmal zur Ausübung nach ihrer eigenen Entscheidung, sondern nur auf der Grundlage einer besonderen Entsch. der obersten Dienstbehörde eingeräumt, für deren Zulässigkeit das Gesetz zudem noch ganz bestimmte sachliche Erfordernisse aufstellt. Dieselben sich auf Grund des § 96 StPD. ergebenden (mindestens: bisherigen) Rechtszustand kennzeichnet Gerland („Der Deutsche Strafprozeß“, 1927, S. 148 Anm. 104) zutreffend wie folgt: „Die ersuchte Behörde ist zur Vorlage der Akten nach § 96 StPD. verpflichtet. Eine Ausnahme (!) von dieser Verpflichtung besteht nur nach § 96 StPD.“

Trotz unverändertem Fortbestand des § 96 StPD. (in seiner überkommenen Fassung) muß es allerdings als fraglich bezeichnet werden, ob der zuvor erörterte bisherige Rechtszustand auch heute noch gilt. Zu diesem Zweifel veranlaßt folgende Erwägung: § 96 StPD. stimmt in der Formulierung der sachlichen Voraussetzungen, von denen das Gesetz das Recht zur Verweigerung der Aktenvorlegung oder Aktenauslieferung abhängig macht (Besürchtung eines Nachteils für das Wohl des Reichs oder eines deutschen Landes), wörtlich mit § 54 Abs. 2 StPD. überein, in dem bis zum Inkrafttreten des DVBG. die Voraussetzungen für die behördliche Verfassung der Genehmigung zur Zeugenaussage eines Beamten geregelt waren. Das Recht der vorgelegten Dienstbehörde eines für das gerichtliche Verfahren als Zeuge in Betracht kommenden Beamten, die Genehmigung zur Aussage dieses Beamten zu versagen, war also an die gleiche sachliche Voraussetzung geknüpft wie das Recht der obersten Dienstbehörde, einer ihr nachgeordneten Behörde die Vorlegung oder Auslieferung gerichtlich angeforderter Akten oder in amtlicher Verwahrung befindlicher sonstiger Schriftstücke zu versagen. Die §§ 96 und 54 Abs. 2 StPD. waren mithin „aufeinander abgestimmt“. Das war kein Zufall, sondern hatte seine tieferen Gründe: Das Wissen von Behörden und Beamten sollte, wenn seine Mitteilung an das Gericht dem Wohl des Reichs oder eines deutschen Landes Nachteil bereiten konnte, dem innerbehördlichen Bereich weder auf dem Weg der Anforderung behördlicher Akten oder sonstiger in amtlicher Verwahrung befindlicher Schriftstücke noch durch unbeschränkt zulässige Vernehmung von Beamten entführt wer-

den können. Es mußten daher beide Wege zu dem geheimhaltungsbefürchteten behördlichen Wissen in gleicher Weise gesichert werden, weil anderenfalls auf dem einen Weg hätte erreicht werden können, was zufolge besserer Sicherungen auf dem anderen Weg unerreichbar war. Dann hätte aber auch der bessere Schutz auf diesem anderen Weg seinen Zweck verfehlt. Die Rücksicht auf die Erfordernisse einer stets zur Übernahme der letzten Verantwortung fähigen Staatsführung, also Gründe der „Staatsräson“, verboten in dieser Hinsicht jede unterschiedliche Lösung. Seit dem 1. Juli 1937, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des DVBG., ist jedoch die in § 54 Abs. 2 StPD. enthaltene Vorschrift durch § 9 Abs. 1 DVBG. ersetzt worden (Gerland, „Deutsches Beamtengesetz“, S. 188 Anm. 29; Seel, „Das deutsche Beamtengesetz“, § 9 Erläuterung 2, S. 66; Nadler-Wittland-Ruppert, „DVBG.“, Bd. I, § 9 Anm. 2 bis 4, S. 265/66; Wittland: JW. 1937, 349). Danach ist die Genehmigung zur Zeugenaussage eines Beamten bezüglich eines unter die Amtsvorwissenheit fallenden Auslagegegenstandes vom Dienstvorgesetzten des Beamten nicht nur dann zu versagen, wenn die Aussage dem Wohl des Reiches Nachteile bereiten würde — das Wohl der Länder ist jetzt nicht mehr selbständig neben dem Wohl des Reiches zu berücksichtigen, Nadler-Wittland-Ruppert a. a. D. Anm. 4 —, sondern schon dann, „wenn die Aussage ... die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ernstlich gefährden oder erheblich erschweren würde“ (§ 9 Abs. 1 DVBG.). Auch nach der heutigen Rechtslage „ergibt sich als Regel, daß dem Beamten die Genehmigung zur Aussage als Zeuge erteilt werden soll“ (Seel a. a. D., Erläuterung 1, S. 65), dem § 9 Abs. 1 DVBG. „geht davon aus, daß grundsätzlich die Genehmigung zur Aussage oder zur Abgabe von Erklärungen vor Gericht oder sonst in gerichtlichen Verfahren zu erteilen ist“ (Nadler-Wittland-Ruppert a. a. D., Anm. 3). Aber im Rahmen der Ausnahme von diesem Grundsatz sind die öffentlichen Rücksichten jetzt in weitergehendem Umfange anerkannt, als dies zur Zeit der Geltung des § 54 Abs. 2 StPD. der Fall war. § 9 Abs. 1 DVBG. hat also mit der ihm innewohnenden derogatorischen Kraft die bisherige Vorschrift des § 54 Abs. 2 StPD. außer Geltung gesetzt oder ihren Inhalt doch dahin erweitert, daß neben der Gefahr eines Nachteils für das Wohl des Reiches auch die Besorgnis einer ernstlichen Gefährdung oder erheblichen Erschwerung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben als selbständiger Grund für die Veragung der Aussagegenehmigung in Betracht kommt. Daß sich die Voraussetzungen dieser beiden Verfassungsgründe nicht etwa miteinander decken, ihre alternative Aufzählung in § 9 Abs. 1 DVBG. somit keine leerlaufende Tautologie darstellt, ist mit Recht allgemeine Meinung. Zutreffend heißt es bei Nadler-Wittland-Ruppert (a. a. D., Anm. 4, S. 266 oben): „Wenn neben dem Nachteil für das Wohl des Reichs jetzt auch noch die ernstliche Gefährdung oder erhebliche Erschwerung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben angeführt wird, so muß angenommen werden, daß der Kreis der Fälle, in denen die Aussagegenehmigung versagt werden soll, erweitert worden ist. Denn die ernstliche Gefährdung oder erhebliche Erschwerung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben rechtfertigt die Veragung auch dann, wenn durch sie ein Nachteil für das Wohl des Reiches nicht herbeigeführt wird.“

Würde man die Vorschrift des § 96 StPD. noch un-
ändert als geltendes Recht betrachten, so wäre nunmehr im Hinblick auf § 9 Abs. 1 DVBG. die harmonische Abstimmung zwischen den Voraussetzungen für die Veragung der Aussagegenehmigung an einen Beamten und für die Verweigerung der Herausgabe behördlicher Akten gestört. Gerichtlich angeforderte Akten von Behörden, deren Bekanntgabe im gerichtlichen Verfahren dem Wohl des Reichs keinen Nachteil bereiten würde, müßten — abweichend von der Rechtslage hinsichtlich der Veragung der Aussagegenehmigung an einen Beamten — selbst dann ausgeliefert werden, wenn hierdurch „die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ernstlich gefährdet oder erheblich erschwert würde“. Das Gericht könnte dann u. U.

eine von ihm für erwünscht gehaltene Kenntnis, die ihm die zuständige Behörde durch Verjagung der Aussagegenehmigung an einen Beamten gerade vorenthalten will, auf dem Umweg über die Anforderung bestimmter Akten erlangen. Daß dies nicht Rechtens sein kann, liegt auf der Hand. Das ergibt sich auch noch aus folgender Überlegung: Zum Inhalt des bisher geltenden Strafverfahrensrechts gehörten nicht nur die Vorschriften der §§ 96 und 54 Abs. 2 StPD. als solche, d. h. als isoliert zu denkende Einzelnormen, sondern auch das zwischen ihnen bestehende Beziehungsverhältnis, kraft dessen sie, wie oben gezeigt, aus wohlbedachten Gründen in ihren sachlichen Voraussetzungen aufeinander abgestimmt waren. Die Störung dieses Beziehungsverhältnisses durch die Beseitigung des § 54 Abs. 2 StPD. und den Ersatz der bisher darin enthaltenen Regelung durch § 9 Abs. 1 DVBG. kann bei dieser Betrachtung nicht ohne Einfluß auf § 96 StPD. geblieben sein. Da § 96 StPD. nur eine einzelne Beziehungskomponente in einem aufeinander abgestimmten verfahrensrechtlichen System darstellt, muß sich vielmehr jede Einwirkung auf dieses System zugleich auch auf die in § 96 StPD. vorhandene Systemkomponente auswirken, also auch ohne eine Änderung des Wortlauts dieser Vorschrift auf sie übertragen haben. Denn aus den bereits oben erörterten Gründen der „Staatsräson“ können die sachlichen Voraussetzungen der Verjagung einer Aussagegenehmigung für einen Beamten und der Verweigerung der Herausgabe behördlicher Akten sinnvollerweise stets nur die gleichen sein. Die Herausgabe behördlicher Akten zum Zwecke der verfahrensmäßigem Ordnungsgemäßen Verwendung in einem Straf- oder Dienststrafverfahren darf also nur dann verweigert werden, wenn die für die ersuchte Behörde zuständige oberste Dienstbehörde erklärt, daß das Bekanntwerden des Inhalts dieser Akten „dem Wohle des Reichs Nachteile bereiten oder die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ernstlich gefährden oder erheblich erschweren würde“ (§ 96 StPD., § 9 Abs. 1 DVBG.). Das ist der jetzt in Geltung befindliche Inhalt des § 96 StPD.

Entsprechend der Regelung, die § 9 Abs. 1 DVBG. für die Genehmigung zur Zeugenaussage eines Beamten getroffen hat, gilt also auch gegenüber Aktenübersendungsersuchen der Gerichte, daß diesen Ersuchen in der Regel, d. h. grundsätzlich, nachzukommen ist. Die Verweigerung der Aktenübersendung darf nur ausnahmsweise, nämlich nur dann erfolgen, wenn die zuständige oberste Dienstbehörde erklärt hat, daß die Bekanntgabe des Inhalts der Akten dem Wohl des Reichs Nachteile bereiten oder die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ernstlich gefährden oder erheblich erschweren würde. Es rechtfertigt die Verweigerung der Herausgabe der Akten mithin nicht, daß die dienstlichen Belange durch die Aktenüberlassung nur irgendwie berührt werden (vgl. See1 a. a. O. S. 66 oben). Auch bloße „außerdienstliche und persönliche Verhältnisse“, die die Fernhaltung der Akten von dem gerichtlichen Verfahren wünschenswert erscheinen lassen könnten, sind kein zureichender Grund für eine Herausgabeweißerung (vgl. Nadler=Wittland=Ruppert a. a. O., Anm. 4 a. E., S. 266); insbesondere darf die Herausgabe der Akten nicht deshalb verweigert werden, weil durch die Bekanntgabe des Akteninhalts die Belange eines einzelnen Betroffenen werden könnten (Nadler=Wittland=Ruppert a. a. O.). Ist die ersuchte Behörde nicht selbst zugleich oberste Dienstbehörde, so darf sie die Herausgabe von Akten gegenüber einem gerichtlichen Ersuchen aus eigener Entscheidung nur einstweilen, nämlich nur bis zur Herbeiführung einer Erklärung der obersten Dienstbehörde, verweigern; erst wenn diese Erklärung vorliegt, ist für eine endgültige Weigerung Raum. Allerdings darf die ersuchte Behörde einem gerichtlichen Aktenübersendungsantrag selbst dann nicht entsprechen, wenn ihr von der obersten Dienstbehörde die Herausgabe der Akten unter Angabe eines gesetzlich nicht zulässigen Grundes verboten wird. Die nachgeordnete Behörde hat alsdann die in

ihrer Weigerung enthaltene Rechtswidrigkeit nicht zu vertreten, vielmehr läßt die Unzulässigkeit des von der obersten Dienstbehörde ausgesprochenen Aktenherausgabeverbotes die Folgepflicht der nachgeordneten Behörde unberührt (§ 7 DVBG.; vgl. zu dem hier auftauchenden Problem der „Doppelschichtigkeit des Rechts“ Heuß: JW. 1937, 1843).

Wenn es in dem oben abgedruckten Urteil heißt, aus dem Grundgedanken des § 96 StPD. folge, daß „jeder Behörde auch gegenüber Übersendungsersuchen des Gerichts das Verfügungsrecht über ihre Akten“ zustehe, so ist diese Ausdrucksweise wenig sachgemäß. Denn es handelt sich gar nicht um das „Verfügungsrecht“ an den Akten, sondern um die — unbeschadet des Verfügungsrechts — etwa bestehende Herausgabeverpflichtung gegenüber gerichtlichen Ersuchen. Diesem Blickpunkt wird die zurückhaltende Formulierung des RDienststrf. eher gerecht, in der es heißt (a. a. O.), „die Vorlegung von Geheimakten der Behörden könne nicht allgemein verlangt und erzwungen werden“. Auch wenn einer Behörde gegenüber dem Aktenübersendungsersuchen eines Gerichts kein im Gesetz anerkannter Weigerungsgrund zur Seite steht, ist nur sie und nicht das Gericht zur „Verfügung“ über die angeforderten Akten berechtigt. Jedoch hat die ersuchte Behörde von dem nach wie vor nur ihr zustehenden Verfügungsrecht einen gesetzmäßigen Gebrauch zu machen, demzufolge sie insbes. auch mangels eines gesetzlich anerkannten Weigerungsgrundes dem Aktenübersendungsersuchen des Gerichts nachzukommen hat. Macht die ersuchte Behörde von ihrem Verfügungsrecht über ihre Akten keinen gesetzmäßigen Gebrauch, indem sie z. B. ohne zureichenden Grund einem gerichtlichen Aktenübersendungsersuchen nicht nachkommt, so handelt sie rechtswidrig. Allerdings besitzen die Gerichte gegenüber einer zu Unrecht widerstrebenden Behörde weder Zwangs- noch eigentliche Rechtsmittel. Zur Verwirklichung des in § 96 StPD. begründeten Rechts auf Überlassung der angeforderten Akten steht den Gerichten vielmehr lediglich die formlose Dienstaufsichtsbeschwerde zur Verfügung.

Soweit einer Behörde ein gesetzlich zulässiger Grund für eine Herausgabeweißerung nicht zur Seite steht, hat sie die Akten dem Gericht ohne jeden Vorbehalt, d. h. zur unbeschränkten verfahrensmäßigem Benutzung, zu überlassen. Sie ist insbes. nicht berechtigt, die Akten von dem in den Verfahrensgesetzen begründeten Akteneinsichtsrecht des Verteidigers auszunehmen. Zu einer derartigen das geltende Verfahrensrecht durchbrechenden Anordnung ist nur der RM. befugt (vgl. Gesetz über die Einsicht in gerichtliche öffentliche Bücher und Register v. 30. Sept. 1936 [RGBl. I, 853], § 1: „Der RM. wird ermächtigt, durch Verwaltungsanordnung die Einsichtnahme ... in gerichtliche Akten und zu den Akten eingereichte Schriftstücke allgemein oder im Einzelfall zu versagen, wenn dies aus Gründen der öffentlichen Ordnung geboten ist. Dies gilt auch, soweit nach gesetzlicher Vorschrift ein Recht auf die Einsicht besteht.“ — Es ist allerdings fraglich, ob diese Ermächtigung nicht — entsprechend der Überschrift des Gesetzes — ausschließlich auf solche Akten zu beziehen ist, die zu „gerichtlichen öffentlichen Büchern und Registern“ geführt werden, so daß sich eine entsprechende Anordnung für den Bereich des Strafverfahrens nicht auf diese Ermächtigung stützen ließe).

Hat die zuständige oberste Dienstbehörde die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Verweigerung der Aktenauslieferung für gegeben erklärt, so steht dem ersuchenden Gericht keine Nachprüfung darüber zu, ob diese Voraussetzungen auch wirklich vorliegen. Das Gericht kann sich somit nicht — entgegen der Erklärung der zuständigen obersten Dienstbehörde — auf den Standpunkt stellen, die Bekanntgabe des Inhalts der angeforderten Akten werde dem Wohl des Reichs nicht nachteilig sein und auch die Erfüllung öffentlicher Aufgaben weder ernstlich gefährden noch erheblich erschweren (vgl. See1 a. a. O.). Die Ermessensübung der Verwaltungsbehörden unterliegt keiner Nachprüfung seitens der Gerichte. Selbst wenn die Verwaltungsbehörden auf der Grundlage einer solchen Ermessenshandhabung den Gerichten die Akten nicht schlechthin vorenthalten, sondern wegen des angebliehen

Vorliegen eines Herausgabeverweigerungsgrundes nur mit dem Vorbehalt überandt haben, daß die Akten dem Verteidiger nicht zugänglich gemacht werden dürften, können sich die Gerichte, die auf diese Weise in den Besitz der angeforderten Akten gelangt sind, nicht einfach über den genannten Vorbehalt und die ihm zugrunde liegende Ermessensentsch. hinwegsetzen. Das Gericht hat diese Ermessensentsch. und den auf ihr beruhenden Vorbehalt vielmehr zu achten und sich lediglich über die sich daraus ergebenden verfahrensrrechtlichen Folgerungen schlüssig zu werden. Eine eigenmächtige Nichtbeachtung des behördlichen Standpunktes ist unstatthaft.

Damit steht nunmehr die eingangs formulierte zweite Frage zur Beantwortung an. Wie bereits erwähnt, ist die Annahme verfehlt, daß die Unzulässigkeit eines von der Einsendebehörde bei Einreichung der Akten ausgesprochenen Verbotes, die Akten dem Verteidiger offenzulegen, das Gericht in die Lage versetze, das unzulässigerweise ausgesprochene Offenlegungsverbot als nicht vorhanden zu betrachten. Vielmehr muß ein solches Verhalten der Einsendebehörde, solange das Verbot von ihr nicht zurückgezogen worden ist, mit der zutreffenden Rechtsauffassung des oben abgedruckten Urteils ebenso bewertet werden, als hätte die Behörde die Einreichung der Akten überhaupt verweigert (vgl. Reuß: JW. 1938, 2624). Dem Gericht liegen im Sinne der Bestimmungen, die das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers regeln (vgl. § 147 StPD.), nur solche Akten vor, die das Gericht einer unbeschränkten verfahrensordnungsgemäßen Benutzung zuführen kann. Daher müssen Akten, die dem Gericht unter einem die verfahrensordnungsgemäße Benutzung ausschließenden Vorbehalt zugänglich sind, bis zur Beseitigung des Vorbehalts, die erforderlichenfalls mittels Aufsichtsbeschwerde an die zuständige oberste Dienstbehörde nachzusehen ist, als außerhalb jeder Beziehung zu den Verfahrensakten angesehen und behandelt werden. Das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers besteht mithin bezüglich dieser Akten nicht.

Aus diesem Ergebnis folgt ohne weiteres die Beantwortung der oben aufgeworfenen dritten Frage. Akten, die dem Gericht nicht zur unbeschränkten verfahrensordnungsgemäßen Benutzung, d. h. nicht auch zugleich zur Offenlegung für den Verteidiger, zur Verfügung stehen, sind auch für das Gericht selbst kein Bestandteil der ihm vorliegenden Verfahrensakten; auch von ihm dürfen sie mithin nur als außerhalb jeder Beziehung zu den Verfahrensakten angesehen und behandelt werden. Insbes. dürfen solche Akten nicht, wie es im oben abgedruckten Urteil heißt, „als Beakten den Gerichtsakten angeschlossen“ und mit den Gerichtsakten den üblichen „Akteneinsichtsbewegungen“ unterworfen werden. Das Gericht muß diese Akten vielmehr unverzüglich der Einsendebehörde zurückgeben oder sie doch, falls es mit dieser oder ihrer Aufsichtsbehörde zunächst noch wegen der Aufhebung des Offenlegungsverbotes verhandeln will, sofort nach ihrem Eingang so eindeutig von den Gerichtsakten und von der Einsichtnahme durch die Mitglieder des erkennenden Gerichts, insbes. den Vorsitzenden und den Berichterstatter, fernhalten, daß nicht nur eine unkritische Vertrauensseligkeit, sondern auch die der Erfahrung und der Wirklichkeit des Lebens entstammende durchschnittlich-kritische Denkweise zu dem Glauben fähig ist, daß Gericht habe von dem Inhalt der Akten unzweifelhaft keine Kenntnis erlangt. Man wird fordern müssen, daß den Geschäftsstellen der Gerichte möglichst durch allgemeine Weisung aufgegeben wird, dem Vorsitzenden oder dem Berichterstatter Akten, die mit einem solchen Offenlegungsverbot eingegangen sind, gar nicht erst vorzulegen, ihnen vielmehr lediglich das mit den Akten eingegangene Begleitschreiben zu unterbreiten.

Auf die letzte der oben formulierten Fragen habe ich in meinen früheren Ausführungen (JW. 1938, 2624) bereits wie folgt geantwortet: „Wenn die erwähnten Akten die üblichen Akteneinsichtsbewegungen des Geschäftsganges mitmachen, also sowohl dem Vorsitzenden wie auch dem Berichterstatter vorgelegt werden, so setzen sich beide Richter dem Verdachte aus, ihre Kenntnisse und Auffassungen in prozeßordnungswidriger Weise aus verbotenen Quellen zu schöpfen;

sie unterliegen dann der Ablehnung wegen Befangenheit.“ Gegenüber dieser Auffassung wird im oben abgedruckten Urteil ausgeführt, es könne, wenn das Gericht entgegen den hier aufgestellten Forderungen nach Belieben in die Akten Einsicht genommen habe, nicht mit Erfolg eingewandt werden, daß dies die Gefahr mit sich brächte, „der Richter könnte bei seiner Entsch. durch eine Kenntnis des Inhalts von Akten beeinflusst werden, die dem Verteidiger nicht zugänglich gewesen sind“. Einen solchen Einwand tritt das RG. mit der Forderung gegenüber: „Es muß vielmehr in den deutschen Richtern das Vertrauen gesetzt werden, daß er sich von solchen Einflüssen freizumachen versteht. ... Der Richter muß sich von Einflüssen, die tatsächlich auf ihn eingewirkt haben, freimachen, und es wird das Vertrauen in ihn gesetzt, daß er sich freizumachen weiß.“ Gegen diese Auffassung sind erhebliche Bedenken geltend zu machen. Zunächst muß darauf hingewiesen werden, daß bereits eine ganze Reihe von Entsch. vorliegt, in denen höchste Richter bekannt haben, daß ihnen eine solche Distanzierung gegenüber ihrem eigenen Wissen nicht möglich sei. Das neueste Beispiel ist eine wegen der Sorgfalt ihrer Begründung höchst bemerkenswerte Entsch. des OLG. Naumburg (Akabz. 1938, 520f., ausführlicher: M. d. RAA. 1938, 114ff.). Dieser Entsch. lag folgender Sachverhalt zugrunde: In einem Strafverfahren, das sich gegen einen Beamten richtete, waren dem Gericht von der zuständigen Behörde ohne jeden Vorbehalt die Personalakten des Beamten überandt worden. Gleichwohl wies der Vorsitzende des Gerichts den Antrag des Verteidigers, ihm Einsicht in die Personalakten zu gewähren, zurück, weil angeblich Einsicht in die Akten einer fremden Verwaltung nur mit besonderer Zustimmung gewährt werden könne. Diese Auffassung wurde vom OLG. Naumburg u. a. mit folgenden Ausführungen mißbilligt: „Nach § 147 StPD. ist der Verteidiger nach Einreichung der Anklageschrift bei dem Gericht zur Einsicht in die dem Gericht vorliegenden Akten befugt. Damit findet einer der wichtigsten Grundsätze des Strafverfahrens seinen gesetzlichen Ausdruck, daß nämlich alle Quellen der amtlichen Unterrichtung auch dem Verteidiger zugänglich sein müssen. ... Ein Unterschied zwischen eigentlichen Gerichtsakten im engeren Sinne und zu ihnen herangezogenen Beakten kann nicht gemacht werden. Auch solche Beakten sind ‚dem Gericht vorliegende Akten‘ und bilden, wenn auch nur vorübergehend, Bestandteile der Gerichtsakten. Jede andere Meinung müßte zu dem mit obigem Grundgesetz unvereinbaren Ergebnis führen, daß das Gericht in der Lage wäre, bei der Urteilsfindung, wenn auch nur unbewußt (!), Gesichtspunkte zu erwägen, die der Verteidigung fremd sind. Gerade diese Möglichkeit unbewusster Beeinflussung der Urteilsfindung durch Kenntnisaufnahme von Beakteninhalt macht es notwendig, alle dem Gericht vorliegenden Akten und Beakten einheitlich zu behandeln und dem Verteidiger die Einsicht auch dann zu gestatten, wenn das Gericht die Erklärung abgibt, von einzelnen Akten bei der Urteilsfindung keinen Gebrauch zu machen. ... Auch der Schein muß vermieden werden, der Mißtrauen hervorzurufen geeignet ist. ... Selbst wenn das Gericht auf Grund seiner Kenntnis vom Inhalt der Akten in ihnen nichts entscheidend Belastendes oder entscheidend Entlastendes zu finden und sie daher als Erkenntnisquelle überhaupt ausschalten zu können glaubt (!), muß der Verteidigung das Recht eingeräumt werden, diese Erkenntnisquelle vom Standpunkt des Angekl. aus unter eigener Verantwortung auszuschöpfen und nach pflichtmäßigem Ermessen Schlusfolgerungen aus ihr vorzubringen und für günstige Schlusfolgerungen den Boden zu ebnet, solange die Akten eben dem Gericht überhaupt zugänglich sind.“ Auch das PrDVG. (PrDVG. 81, 468 = DZ. 1927, 1627 = PrVerwBl. 48, 403) hat sich zur Frage der Abstandgewinnung vom eigenen Wissen in bemerkenswerter Weise geäußert. Es führt dazu aus (a. a. O.): „Der Verwaltungsrichter darf seine Kenntnis der zu beurteilenden Verhältnisse grundsätzlich nur aus gleichzeitiger Verhandlung mit beiden Parteien schöpfen, damit

jede von beiden unbedingt in die Lage gesetzt ist, die Angaben der Gegenpartei zu prüfen und nach Bedarf richtigzustellen. Wird nur mit einer Partei verhandelt, so ist auch bei strengstem Streben nach objektiver Erfassung und Beurteilung der Sachlage die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß sich im Bewußtsein des Richters Annahmen als zweifellose Tatsachen festsetzen und die Entsch. beeinflussen, die vielleicht gar nicht zur Sprache und zur Kenntnis der Gegenpartei kommen und deshalb nicht von ihr bestritten werden, aber bestritten werden würden, wenn sie zur Sprache kämen, und deren Wegfall zu einer veränderten richterlichen Beurteilung führen würde. Daher kann der Richter, der einseitig mit einer Partei verhandelt, dadurch einer Beeinflussung unterliegen, deren er sich selbst nicht bewußt wird, die aber dennoch besteht und das Urteil beeinflussen kann. Die einseitige Verhandlung mit einer Partei ist daher in der Regel nicht nur subjektiv für das Empfinden der Gegenpartei, sondern auch objektiv geeignet, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters und damit dessen Ablehnung zu rechtfertigen.“ Zu diesem Thema mag noch auf die weiteren bei Friedrichs, „Streitverfahren“, S. 87 Fußnote 12, angeführten Entsch. verwiesen werden. Die Forderung, die das RG. erhebt, verstoßt in Wahrheit gegen die Gesetze der Psychologie. Im Bewußtsein jedes Menschen verbinden sich die nur mehr oder weniger dunkel bewußten („perzipierten“) Bewußtseinsinhalte mit den „apperpzipierten“, d. h. klar bewußten Inhalten unseres Bewußtseins „zu einer Totalauffassung“ (Wilhelm Wundt, „Einführung in die Psychologie“, 1911, S. 24). Daher stehen diese („perzipierten“ und „apperpzipierten“) Elemente unseres Bewußtseins in durchgängiger Verbindung miteinander“ (Wundt a. a. D. S. 53). „Was wir unmittelbar wahrzunehmen glauben, das gehört zu einem nicht geringen Teile unserer Erinnerung an unzählige frühere Eindrücke an, ohne daß wir uns einer Scheidung des direkt Gegebenen und des assoziierten Ergänzten bewußt werden“ (Wundt a. a. D. S. 66). Diese „ergänzende Assoziation“ (a. a. D. S. 67), die sich in einer vielfach unbewußten „Wirksamkeit der Nebenvorstellungen“ (S. 74) durchsetzt und daher oft in der Gestalt „latenter Assoziationen“ (S. 83) unser Denken lenkt, beherrscht mit der Kraft psychologischer Gesetze auch den, der ihrem Einfluß zu enttrinnen strebt. „Eine sorgfame Analyse der elementaren psychischen Vorgänge“ (S. 98) sollte also davor bewahren, die oft überragende Kausalität „sekundärer Einflüsse“ (S. 91) zu unterschätzen. Im Rahmen einer solchen Betrachtung hat ein Appell an das Vertrauen zum Richter überhaupt keinen Raum. Man kann weder mit einem Vertrauensaufruf die Gesetze der Psychologie aus der Welt schaffen noch auch nur im Empfinden eines Betroffenen durch eine „tröstende Ideologie“ psychologisch wohlbegründete Zweifel überbrücken.

Unter den oben erörterten Voraussetzungen muß daher der Ablehnung eines Richters wegen Befangenheit stattgegeben werden. Denn „befangen“ ist nicht nur, wer dem zu beurteilenden Sachverhalt mit einer aus dem Affekt stammenden Trübung seines Erkenntnis- und Urteilsvermögens gegenübertritt, sondern ebenso derjenige, der sich bei der Gewinnung seiner Erkenntnis und der Bildung seines Urteils nicht an die vom Gesetz hierfür allein für maßgeblich erklärte Grundlage zu halten vermag, d. h. dazu neigen muß, eine gesetzliche Verchiebung der Urteilsbasis vorzunehmen. Die Beforgnis einer solchen Befangenheit ist unter den genannten Voraussetzungen begründet.

RA. Neuf, Berlin.

*

23. RG. — § 256 StPD. Auch soweit das Schreiben einer Behörde nur Mitteilungen dritter Personen oder anderer Stellen an die Behörde bezeugt, kann es verlesen werden.

Die Angekl. Friedrich und Richard S. sind der Beihilfe zu dem von ihrem Bruder Georg begangenen Münzverbrechen schuldig gesprochen worden.

Die Angekl. rügen Verlesung des § 256 StPD., weil das

Gericht das Schreiben des amerikanischen Generalkonsulats in Berlin v. 1. Sept. 1937 an das Reichskriminalpolizeiamt in Berlin zur Verlesung gebracht hat, in dem es heißt, daß der Geheimdienst der Vereinigten Staaten durch Vermittlung des Staatsdepartements in Washington folgendes mitgeteilt habe:

„Am 28. Aug. dieses Jahres erhielt das hiesige Generalkonsulat ein Telegramm, aus dem hervorging, daß Henry G. S. im Juni wegen Autodiebstahls verhaftet und zu fünf Jahren Gefängnis verurteilt wurde. Er befindet sich zur Zeit in der staatlichen Leavenworth-Strafanstalt in Leavenworth, Kansas. Es scheint, daß sein persönliches Eigentum, das in Aufbewahrung gegeben worden war, durchsucht worden ist, und daß dabei zwei Klischees gefunden wurden, welche zur Herstellung gefälschter 20-Dollarnoten dienen sollten. Gleichzeitig wurde eine in Deutschland hergestellte Nummernmaschine sowie Grabierwerkzeuge gefunden.“

In dem Schreiben wird dann fortgefahren:

„Am 1. September wurde dem Generalkonsulat durch das Staatsdepartement in Washington mitgeteilt, daß der Geheimdienst eine Geldnote finden konnte, welche nach dem sich in S.s Besitz befindlichen Klischees angefertigt wurde. Es wird jedoch nicht angenommen, daß irgendwelche anderen Noten in Umlauf gebracht worden sind.“

Von den Angekl. wird geltend gemacht, dieses Schriftstück enthalte eigene Wahrnehmungen des amerikanischen Generalkonsulats nur insofern, als darin der Empfang einer Mitteilung des Staatsdepartements in Washington bescheinigt, also bezeugt werde. Es enthalte dagegen keine eigenen Wahrnehmungen des Konsulats hinsichtlich des Inhalts der Mitteilungen des Staatsdepartements in Washington. Da das Gericht in dem angefochtenen Urteil aber gerade den Inhalt der Mitteilungen des Staatsdepartements mit Rücksicht auf die Verlesung der Auskunft des amerikanischen Generalkonsulats seinen Feststellungen zugrunde lege, und offenbar nur zu diesem Zweck das Schriftstück verlesen habe, irre es über die Anwendung des § 256 StPD. Soweit die Auskunft ein Gutachten enthalte, nämlich, daß es sich bei der angeblich aufgefundenen Dollarnote um eine falsche, und zwar eine solche handele, die nach den bei Georg S. aufgefundenen Klischees hergestellt worden sei, handele es sich nicht um ein eigenes Gutachten des amerikanischen Generalkonsulats, sondern um die Mitteilung eines fremden Gutachtens.

Die Rüge kann nicht durchdringen. Das amerikanische Generalkonsulat bezeugt in seinem Schreiben v. 1. Sept. 1937 zwei ihm zugegangene Mitteilungen und gibt deren Inhalt wieder. Somit stellt sich das Schreiben als eine das Zeugnis einer öffentlichen Behörde enthaltende Erklärung dar. Nur soweit der § 256 StPD. selbst hinsichtlich des Gegenstandes, auf den sich die Erklärung der Behörde bezieht, einen Unterschied macht, ist dies für die Frage der Verlesbarkeit von Bedeutung. Soweit danach die Verlesung nicht ausgeschlossen ist, kann sie erfolgen, daher auch dann, wenn das Zeugnis lediglich Mitteilungen wiedergibt, die der Behörde von anderer Seite gemacht worden sind (GoldtArch. 37, 187). In den Fällen des § 256 StPD. wird durch die Verlesung die in § 250 StPD. grundsätzlich vorgeschriebene mündliche Vernehmung ersetzt. Wie es bei dieser durchaus zulässig ist, Zeugen vom Hörensagen ihre Aussagen machen zu lassen (RGSt. 48, 246, 1 D 53/26 v. 5. März 1926; JW. 1926, 2448^a), so steht der Verlesung behördlicher Erklärungen nach § 256 StPD. nicht entgegen, daß in ihnen lediglich Mitteilungen dritter Personen oder anderer Stellen bezeugt werden. Hiernach ergibt sich, daß die Verlesung des Schreibens des amerikanischen Generalkonsulats nicht mit den von den Rev. der Angekl. vorgebrachten Gründen beanstandet werden kann (vgl. auch RGSt. 9, 88). Allerdings ist in den Gründen des angefochtenen Urteils zu Unrecht ausgesprochen, daß das Schreiben nicht nur ein Zeugnis, sondern auch ein Gutachten der Behörde enthalte. Die Verlesbarkeit ist aber dadurch nicht in Frage gestellt, weil Erklärungen Dritter, die der Behörde gegenüber abgegeben worden sind, im Rahmen des § 256 StPD. ohne Rücksicht auf ihre Art und ihren Inhalt in dem behördlichen Zeugnis wiedergegeben werden können.

(RG., 2. StrSen. v. 25. Aug. 1938, 2 D 400/38.)

*

24. RG. — § 344 StPD. Die Verwertung vor Schluß der Hauptverhandlung gemachter schriftlicher Aufzeichnungen bei der mündlichen Urteilsbegründung ist zulässig.

In der RevBegr. wird vorgetragen, der Vorsitzende des SchwG. habe die mündlich verkündeten Urteilsgründe vorgelesen, und zwar sei die Fassung offenbar schriftlich festgelegt gewesen. Die Niederschrift müsse jedenfalls teilweise schon vorgelegen haben, als der Verteidiger der angeklagten Ehefrau gesprochen habe. Der Vorsitzende hat sich hierzu dahin geäußert, daß die mündliche Urteilsbegründung in einzelnen Punkten, allerdings gerade nicht zu der vom Verteidiger der BeschwF. fast ausschließlich behandelten Frage der Anwendung des § 51 Abs. 2 StGB., schriftlich vorbereitet gewesen sei. — Es ist nicht erkennbar, ob die Rev. die Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren rügen will (§ 344 Abs. 2 StPD.). In der Verwertung der schriftlichen Aufzeichnung ist ein Verfahrensverstöß nicht zu finden; es macht dabei keinen Unterschied, ob die Niederschrift erst in der Beratung festgestellt worden ist oder ob ihr auch Vermerke zugrunde gelegt worden sind, die im Laufe der Verhandlung entstanden waren.

Einen Verfahrensverstöß bildet auch nicht die von der Rev. hervorgehobene, schon am Schluß der Sitzungsniederschrift beurkundete und in einer weiteren Äußerung des Vorsitzenden bestätigte Tatsache, daß „die mündliche Mitteilung des wesentlichen Inhalts der Urteilsgründe an Hand eines auf der im Sitzungssaal befindlichen Tafel angebrachten Skizze über biologische und psychologische Voraussetzungen bei Anwendung des § 51 StGB. erfolgt ist“. Der Verwendung derartiger Hilfsmittel zur Unterstützung mündlicher Ausführungen, insbes. auch der verkündeten Urteilsgründe, steht keine Verfahrensvorschrift entgegen. Sie haben neben dem mündlichen Vortrag keine selbstständige Bedeutung, und es kann darauf, daß der Vorsitzende es für angezeigt erachtet hat, sich eines solchen Hilfsmittels zu bedienen, keine Verfahrensrüge gestützt werden.

(RG., 3. StrSen. v. 29. Sept. 1938, 3 D 694/38.)

*

**** 25. RG. — §§ 345, 37, 41 StPD.; §§ 171, 184 ZPO. Die Zustellung an die StA. ist als bewirkt anzusehen, wenn die erkennbar zum Zwecke der Urteilszustellung übersandten Akten mit der Urteilsurschrift bei dem Geschäftsstellenbeamten der StA. eingegangen sind.**

Die StA. bekämpft den ihre Rev. als unzulässig zurückweisenden Beschluß mit der Rüge, das RG. habe zu Unrecht angenommen, daß das Urteil am 20. Juni zugestellt worden sei. Die den Akten einverleibte Urteilsurschrift sei zwar am 20. Juni bei der StA. eingegangen und von dem Geschäftsstellenleiter mit einem Eingangsvermerk abgestempelt, aber dem OStA. erst am 22. Juni vorgelegt und von ihm mit diesem Tagesvermerk gemäß § 41 Satz 2 StPD. versehen worden. Der OStA. habe Mitte Juni 1938 die Anordnung erlassen, daß derartige Eingänge ihm selbst vorzulegen seien. Deshalb habe als Zustellungstag der 22. Juni zu gelten.

Diese Ansicht ist irrig.

Gemäß § 37 StPD. sind auch für die Zustellungen nach § 41 StPD. die Vorschriften der ZPO. über Zustellungen entsprechend anzuwenden. Dort bestimmen die §§ 171 und 184, daß die Zustellungen bei Behörden an deren Vorsteher zu geschehen haben und daß Ersatzzustellungen an einen anderen in dem Geschäftslokal anwesenden Beamten oder Bediensteten dann zulässig sind, wenn der Vorsteher dort nicht angetroffen wird oder zwar anwesend, aber — etwa durch anderweitige Beschäftigung — an der Annahme verhindert ist.

Der tatsächliche Verlauf des Geschäftsgangs bringt es mit sich, daß der Vorstand, wenn er auf der Behörde anwesend ist, fast immer durch andere Arbeiten in Anspruch genommen sein wird, wenn Sendungen eingehen, und daß er sich dann nicht mit ihrer Entgegennahme abgeben kann.

Auch im vorl. Fall muß angenommen werden, daß der Vorstand der Behörde, wenn er beim Eingang der Akten mit der Urteilsurschrift anwesend gewesen sein sollte, in solcher Weise verhindert war. Der Antragsteller hat selbst nicht das Gegenteil und die Unzulässigkeit der Ersatzzustellung aus diesem Grunde geltend gemacht.

Der mit der Vorschrift des § 41 StPD. bezweckte Erfolg den Geschäftsgang zu vereinfachen, wäre in Frage gestellt, wenn jeweils geprüft werden müßte, ob der Behördenvorstand verhindert ist oder nicht. Es war deshalb eine aus dem Gesetz zweck fließende Notwendigkeit des täglichen Lebens, die Annahme einer Verhinderung des Behördenvorstehers zu erleichtern. Die Rspr. hat deshalb die Gültigkeit von Verfügungen der Justizverwaltung des Inhalts anerkannt, daß der Behördenvorsteher allgemein i. S. des § 184 ZPO. verhindert sei.

Nach dieser Rspr. (vgl. RGSt. 57, 55, 56 und 61, 351/352) ist die Zustellung an die StA. nach § 41 StPD. als bewirkt anzusehen, wenn die erkennbar zum Zwecke der Urteilszustellung übersandten Akten mit der Urteilsurschrift bei dem Geschäftsstellenbeamten der StA. eingegangen sind.

Hiervon abzugehen besteht auch nach den zur Zeit geltenden Verwaltungsbestimmungen kein Anlaß.

Die Nr. 250 der „Richtlinien für das Strafverfahren“ — AllgVfg. des RM. v. 13. April 1935 —, die sich mit der Zustellung des Urteils nach der Revisionseinlegung durch die StA. befaßt und auf die Entscheidung des RG.: RGSt. 61, 351/352 Bezug nimmt, ordnet im Abs. 2 an: „Verbleibt die Urschrift des Urteils bei den Strafakten, so wird auf ihr der Tag der Vorlegung von der Geschäftsstelle der StA. bemerkt („zur Zustellung eingegangen am...“), der Vermerk selbst aber dem Behördenleiter oder seinem Vertreter vorgelegt.“ In dieser Bestimmung ist eine AllgVfg. der Justizverwaltung der im RGUrt.: RGSt. 57, 55/56 bezeichneten Art zu erblicken, die den Vorstand der Behörde regelmäßig als verhindert bezeich- net, ein zustellendes Schriftstück entgegenzunehmen, so daß jeweils die Ersatzzustellung nach § 184 ZPO. zulässig ist.

Eine dieser Auslegung der Richtlinien entgegengesetzte Ansicht geht dahin, erst dadurch, daß der Behördenvorstand vom Eingang der Akten Kenntnis nehme und den vorgelegten Vermerk unterzeichne, sei die Zustellung bewirkt. Das würde dazu führen, daß dem Vermerk des Eingangstages durch die Geschäftsstelle keinerlei Bedeutung für die Zustellungszeit zukäme. Das kann nicht gemeint sein und widerspräche auch dem Willen des Gesetzgebers.

Wie bereits bemerkt, bezweckt der § 41 StPD. die Vereinfachung des Geschäftsgangs. In derselben Richtung wirkt auch die Erleichterung der Möglichkeit zur Ersatzzustellung, wie sie die angeführte Richtlinie ergibt. Sie entspricht mithin dem Zweck, den das Gesetz in den § 41 StPD. und § 171 Abs. 2 mit § 184 ZPO. erstrebt.

Entgegengesetzt aber wären die Folgen einer Anordnung, wie sie der OStA. von J. im Juni 1938 erlassen hat, daß Zustellungen auf Grund des § 41 StPD. ihm vorzulegen seien.

Das würde nicht nur eine Erschwerung des Geschäftsgangs, sondern sogar eine Aufhebung der Möglichkeit der Ersatzzustellung bedeuten, widerspräche also nicht nur dem Sinn, sondern auch der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes.

Die Verfügung der Justizverwaltung in der Aktenordnung und in den Zusatzbestimmungen zu ihr v. 28. Nov. 1934 (siehe Nr. 37 der Zusatzbestimmungen: DJ. 632/634), daß der Behördenvorstand die Bestimmungen über die Entgegennahme und die Öffnung der eingehenden Sendungen zu treffen habe, kann nur die Befugnis zu solchen Anordnungen geben, die sich im Rahmen der Gesetze halten. Wenn der OStA. sich über die Bedeutung dieser Verfügung geirrt hat, so ändert das nichts an der Unwirksamkeit seiner Anordnung in dem bezeichneten Umfang.

Diese Anordnung läuft auch insofern dem Gesetz zuwider, als sie dem Gedanken und Zweck der Zustellung: Sicherung des Nachweises von Zeit und Ort der Übergabe, selbst widerspricht. Die Bedeutung der Zustellung liegt insbes. auch darin, daß der Empfänger auch ohne und gegen seinen Willen das ihm vom Absender zugefandte Schriftstück als bei ihm eingegangen gelten lassen muß, wenn die Vorschriften der Zustellung erfüllt sind. Der Empfänger kann dann die Entgegennahme nicht verhindern und verzögern. Dazu gäbe aber die Verfügung des OStA. die Möglichkeit. —

Das Urteil war somit im Zeitpunkt der Entgegennahme durch den Geschäftsstellenleiter, also am 20. Juni 1938, zugestellt und die einwöchige Frist des § 345 Abs. 1 StPD. von da ab zu berechnen. Sie ist demnach mit dem 27. Juni abgelaufen.

Die am 29. Juni bei Gericht eingereichte Schrift mit den Revisionsanträgen und der Begründung zur Rev. ist daher verspätet.

(RG., 3. Str.Sen. v. 12. Sept. 1938, 3 D 596/38.)

Zivilrecht

Bürgerliches Gesetzbuch

26. RG. — § 328 BGB.; PrGes. über die Reinigung öffentlicher Wege v. 1. Juli 1912; PrKommAbgG. v. 14. Juli 1893. Zur Bedeutung eines zwischen einer Gemeinde und sog. Separationsinteressenten abgeschlossenen Vertrages, durch den die Gemeinde die Unterhaltung der Wege usw. übernommen hat, als Vertrag zugunsten Dritter, nämlich zugunsten derjenigen, die bestimmte Grundstücke erwerben.

Der Rechtsweg steht den Kl. offen. Zur Begründung hierfür kann auf RGZ. 132, 225 = JW. 1931, 2289² verwiesen werden, das in einer denselben Vertrag betreffenden Streitfache zwischen der Bekl. und anderen Straßenanliegern ergangen ist.

Das RG. hat die Klage abgewiesen, weil es aus folgenden Gründen die Anspruchsberechtigung der Kl. verneint hat: Die Kl. hätten den Vertrag von 1905 nicht selbst mit abgeschlossen. Vertragsgegner der Landgemeinde L. (deren Rechtsnachfolgerin die beklagte Stadtgemeinde ist) sei die Gesamtheit zur Zeit des Vertragsschlusses an den gemeinschaftlichen Anlagen beteiligten Grundeigentümer, der Separationsinteressenten, gewesen. Zu ihnen gehöre keiner der Kl.; es sei auch keiner von ihnen Gesamtrechtsnachfolger eines Separationsinteressenten. Die Kl. könnten für sich nicht mehr anführen, als daß die heute ihnen gehörenden Grundstücke für die sie zu Anliegerbeiträgen herangezogen würden, beim Vertragsschluß im Eigentum von Separationsinteressenten gestanden hätten. Dies allein gebe ihnen aber noch keine Gestand aus dem Vertrag. Denn der vertraglich etwa begründete Anspruch auf Freihaltung von Anliegerbeiträgen sei mit dem Grundeigentum des einzelnen Interessenten nicht in derselben Weise wie vordem sein Anteil an den gemeinschaftlichen Anlagen verknüpft. Die gemeinschaftlichen Anlagen hätten zur gesamten Hand den Rezipienten und ihren Rechtsnachfolgern im Grundeigentum gehört. Diese Anlagen — Wege, Gräben, Brücken — dienten als Zweckgrundstücke der Bewirtschaftung der berechtigten Grundstücke. Deshalb sei das Anteilsrecht jedes Interessenten mit seinem Hauptgrundstück als dessen Zubehör (§§ 44, 46 I 2 ABG.) oder Bestandteil (§ 96 BGB.) untrennbar verbunden gewesen. Ein solches Anteilsrecht gehe auf den jeweiligen Erwerber des Hauptgrundstückes über und zwar bei der Veräußerung von Teilflächen anteilig. Eine Gemeinschaft der Separationsinteressenten (Interessentengemeinde) bestehe aber nicht mehr. In Verfolg des Vertrages v. 4. Dez. 1905 sei das ganze gemeinschaftliche Vermögen veräußert worden. Zugleich habe die erwerbende Landgemeinde die aus der Zweckbestimmung der Anlagen sich ergebenden Verpflichtungen der Interessentengemeinde übernommen. Damit habe die Interessentengemeinde ihr Ende gefunden. Gemeinschaftliches Vermögen der ehemaligen Separationsinteressenten sei nicht mehr vorhanden. Der etwa bestehende Anspruch auf Freihaltung von Anliegerbeiträgen sei ein rein schuldrechtlicher Anspruch des einzelnen Vertragsgenossen; eine Verknüpfung mit dessen Grundeigentum i. S. des § 96 BGB. fehle. Wer den Freihaltungsanspruch erhebe, ohne ihn durch Mitabschluß des Vertrages v. 4. Dez. 1905 ursprünglich erlangt zu haben, müsse späteren Erwerb kraft Erbrechts oder kraft Abtretung nachweisen. Daran fehle es.

Diese Erwägungen reichen nicht aus, um die Anspruchsberechtigung der Kl. zu verneinen. Die Urteilsbegründung des RG. erschöpft sich in der — zutreffenden, aber die Sache nicht entscheidenden — Betrachtung, daß der Klageanspruch als rein schuldrechtlicher Anspruch nicht i. S. des § 96 BGB. Bestandteil bestimmter Grundstücke sein könne und daß die Kl. abgeleiteten Erwerb aus der Hand eines Vertrags-

genossen nicht zu behaupten vermöchten. Der maßgebende rechtliche Gesichtspunkt — Vertrag zugunsten Dritter — wird in den Entscheidungsgründen des RG. nirgends erwähnt. Das RevG. muß deshalb mit der Möglichkeit rechnen, daß dieser Gesichtspunkt bei der Auslegung des Vertrages nicht die ihm gebührende Beachtung gefunden hat. Das führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

Das RG. muß prüfen, ob in dem Vertrag eine Leistung der Rechtsvorgängerin der Bekl. (Freihaltung, Erstattung) auch an die am Vertragsschluß nicht beteiligt gewesenen Kl. mit der Wirkung bedungen worden ist, daß die Kl. im Falle des Erwerbes bestimmter Grundstücke unmittelbar das Recht erwerben sollten, die Leistung zu fordern (§ 328 Abs. 1 BGB.). Dabei wird von folgenden Erwägungen auszugehen sein: In dem Vertrage hat die Landgemeinde L. für alle Zukunft die Unterhaltung der gemeinschaftlichen Anlagen (Wege, Gräben, Brücken) dergestalt übernommen, daß die Gesamtheit der bis dahin zur Unterhaltung verpflichtet gewesenen Separationsinteressenten für immer von jeder Unterhaltungspflicht befreit wurde. Es bedarf der Erörterung, ob damit nicht alle Personen, die künftig in die Lage kommen konnten, kraft öffentlichen Rechts zu Beiträgen für die Kosten der Straßenreinigung herangezogen zu werden — und das konnten wohl nur die jeweiligen Grundeigentümer als Wegeanlieger sein — unmittelbar ein vertragliches Recht auf Freistellung von derartigen Beiträgen erwerben sollten. In erster Linie kommt es darauf an, ob eine dahingehende besondere Bestimmung in dem Vertrage zu finden ist. Sollte das zu verneinen sein, so wäre zu fragen, ob der von den Kl. beanspruchte Rechtserwerb aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck des Vertrages zu entnehmen ist (§ 328 Abs. 2 BGB.). Ein Vertrag ist so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 157 BGB.). Bei der Prüfung, wie derartige häufiger vorkommende Vertragsbestimmungen im Verkehr gewertet werden, wird zu beachten sein, daß nach der Rspr. des PrVG. eine vertragmäßige Regelung der Anliegerbeitragspflicht, soweit sie überhaupt für zulässig zu erachten ist, allgemein auch den Rechtsnachfolgern der Vertragsschließenden zugute kommt, wobei unter Rechtsnachfolge auch die Sondernachfolge in das Eigentum an dem Grundstück verstanden wird, an das sich die Beitragspflicht knüpft (DVG. 82, 138; 84, 163; PrVBl. 34, 242; 49, 708). Die gleiche Ansicht wird im Schrifttum vertreten (Germershausen-Sehdel, „Wegerecht“, 4. Aufl., S. 647; von Strauß und Torneer-Saß, „Straßen- und Baufluchtengesetz“, 7. Aufl., S. 323; Köll-Freund-Suren, „Kommunalabgabengesetz“, 9. Aufl., U. 6 zu § 10).

Das RG. hat am Schluß der Urteilsgründe in einem Nebenatz beiläufig ausgesprochen, daß für die Kl. nach Lage der Sache die Freistellung von Beiträgen zu den Kosten der Straßenreinigung tatsächlich die Einräumung eines Sonder Vorteils aus Kosten der Allgemeinheit ohne eigene Gegenleistung darstellen würde. Damit ist das Ergebnis einer nach den §§ 157, 328 BGB. vorzunehmenden Vertragsauslegung schon vorweggenommen worden. Denn das RG. hat sich mit der Auslegung des Vertrages an Hand der angezogenen Vorschriften noch gar nicht befaßt. Die wiedergegebene Erwägung zeigt vielmehr, daß das RG. die Sache nicht unter dem maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkt eines Vertrages zugunsten Dritter geprüft hat. Denn es liegt gerade im Wesen des Anspruchs, den der Dritte nach § 328 BGB. unmittelbar erwirbt, daß er ausschließlich in dem Vertrag zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger seinen Grund hat und demgemäß durch Entgeltlichkeit im Verhältnis zwischen dem Dritten und dem Versprechenden keineswegs irgendwie rechtlich oder fiktiv bedingt ist. Gibt der Vertrag von 1905 auch den Kl. ein Recht auf Freihaltung von Beiträgen, so ist dieses Recht von den Vertragsgegnern der Gemeinde durch die von ihnen vertragsgemäß erbrachte Leistung bereits erwirbt und abgegolten worden. Übrigens wäre vom Standpunkt des RG. aus die Frage aufzuwerfen, ob nicht die Bekl. einen im Vertrag nicht vorgesehenen Vorteil erlangt, wenn sie von der Beitragspflicht deshalb frei wird, weil bei der

Veräußerung von Grundstücken, an die sich die Beitragspflicht knüpft, die Abtretung des Rechts auf Freihaltung von Beiträgen unterbleibt, und ob auf dem Boden einer Vertragsabwicklung diese Folge nach Recht und Billigkeit eher hinzunehmen wäre als der dem RG. nicht annehmbar erschienene vermeintliche Sondervorteil für die Kl.

(RG., V. ZivSen., U. v. 18. Aug. 1938, V 52/38.) [Ba.]

*

** 27. RG. — §§ 611 ff., 675, 254 BGB.; §§ 74 Abs. 2, 3, 68, 551 Nr. 7 ZPO.; § 37 Nr. 2 Anwaltshaftung. Die Prüfung des Anspruchs des Auftraggebers durch den Anwalt darf vor der eigenen Person und der etwaigen eigenen Haftung des Rechtsanwalts nicht haltmachen. Unterläßt der Rechtsanwalt diese Prüfung, dann haftet er, falls seinem Auftraggeber daraus ein Schaden erwächst, wegen dieser schuldhaften Unterlassung. — Es ist anerkannt Rechtsens, daß es der ausdrücklichen Erhebung des Einwandes des mitwirkenden Verschuldens durch den Vell. nicht bedarf, sondern daß die Erkennbarkeit der Absicht, das eigene Verschulden des Kl. zur Abwehr seiner Ansprüche zu verwenden, genügt. — Bei dem mitwirkenden Verschulden aus § 254 BGB. ist die vorwiegende Mitverursachung und nicht der Grad des Mitverschuldens entscheidend. †)

(RG., III. ZivSen., U. v. 17. Mai 1938, III 172/38.)

Abgedr. JW. 1938, 2738¹⁵.

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen.

I. Der Sachverhalt — teilweise aus JW. 1936, 2707^o zu entnehmen — ergibt die unerfreuliche, aber häufige Tatsache, daß eine Partei, die durch Versehen von Anwalt oder Gericht zu Schaden gekommen ist, nunmehr das 6. Urteil über ihren Anspruch, aber immer noch keine endgültige Entscheidung, sondern nur neue Zweifel, im vorl. Falle sehr erheblichen Umfangs, vor sich sieht. Wie — das Vertrauen in die Rechtspflege belastende — verschiedenartige Beurteilung gleicher Tatbestände hier auftreten kann, zeigt das Urteil RGZ. 152, 330 = JW. 1937, 533² m. Anm. (Beurteilung der Frage, ob die Wahrung der Verjährungsfrist für einen Teilanspruch gegenüber einer Versicherung auch die Verjährung für den Rest hemmt). Auch das Urteil RGZ. 143, 250 = JW. 1934, 1491^o (Anm. 1968^o) (zweite Aufhebung im Rückgriffsprozeß!) ist ein Zeichen für die Schwierigkeiten, die sich gerade hier besonders häufig ergeben.

Im Vorprozeß waren zwei Versehen des Richters behandelt: Zunächst war der Eintragungsantrag aus nichtzutreffenden Gründen beanstandet, dann dieser noch fehlerhafte, wenn auch nicht wegen dieses Mangels beanstandete Antrag nach mehrtägiger Verzögerung sachlich erledigt worden. Schon die zögerliche Behandlung war Amtspflichtverletzung (vgl. den auch die Verzögerung einer Eintragung im Schiffsregister betr. Fall RG.: SeuffArch. 87 Nr. 94).

Die Beanstandung, daß die Firma nicht eingetragen sei, war dazu unbegründet. Sie aber war, rein nach dem tatsächlichen Ablauf der Ereignisse gesehen, der Grund für die Verzögerung bei der Nichteintragung des Pfandrechts der Kl. Die Zweifel wegen des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Unvollständigkeit der Unterlagen des Antrags und dem Schaden löst das Vorprozessurteil mit dem Hinweis auf die ständige Rspr. (RGZ. 91, 164 = JW. 1917, 102³), daß bei Prüfung der Frage der Ursächlichkeit von richterlichen Versäumnissen für einen eingetretenen Schaden zu prüfen sei, wie das Gericht richtigerweise hätte entscheiden müssen. Die rein logisch möglichen Bedenken gegen diesen Standpunkt werden jedenfalls dadurch ausgeräumt, daß der Grundsatz nicht vertretbar wäre, den Geschädigten besser zu stellen, wenn ein pflichtwidrig oder achtlos handelnder Beamter die Sache behandelte und dann den Nachweis zuzulassen, daß gerade hier mit einem Versäumnis zu rechnen gewesen und dieses dem Kl. zugute kommen müsse. Bei richtiger Behandlung hätte aber der Eintragungsantrag auch zunächst beanstandet und Ergänzung durch Beibringung eines beglaubigten Handelsregisterauszuges aufgegeben werden müssen. Die Klageabweisung im Vorprozeß ist also zutreffend erfolgt.

II. Denn die schuldhaftige Verletzung der Pflichten aus dem Anwaltsdienstvertrag steht fest.

Vor einem berufsmäßigen Sachwalter fremder Interessen mit besonderer, staatlich geschützter Stellung muß besondere Sorgfalt erwartet werden. Er muß Vor Sorge treffen und muß die Möglichkeit eines Schadens zu erkennen und abzuwehren versuchen. Das ist ständige Rspr. Für Fristwahrung bei der Berufung ist RG.: JW. 1936, 3312^o und bei der Begründung RGZ. 145, 228 = JW. 1934, 3197^o m. Anm. anzumerken. Schon RGWarn. 1913 Nr. 413 ist ausgeführt, daß eine Partei gerade von ihrem Anwalt fordern und erwarten darf, daß er etwa der Partei selbst unterlaufene Rechtsversehen aufdeckt und verbessern werde. Dasselbst Nr. 414 ist es als Verschulden des Anwalts angesehen, daß er eine ohne besonderen Auftrag eingelegte Berufung nach Verweigerung des Armenrechts ohne besonderen Auftrag zurückgenommen hatte (vor Geltung der Vorschriften über Abhängigkeit der Zulassung der Berufung von der Zahlung einer Prozeßgebühr!). Das RG. hatte nämlich im Rückgriffsprozeß abweichend von der Beurteilung des BG. im Vorprozeß dessen Aussichten für günstig gehalten und die Verfassung des Armenrechts für bedeutungslos erklärt, weil die Kl. einen Anwalt gefunden hätten, der sie damals zu vertreten bereit gewesen wäre.

Bei Zweifelhastigkeit ist stets nach Möglichkeit der sichere Weg für die Partei zu wählen (vgl. RGZ. 152, 344), mit unrichtigen Auffassungen und deren Erfolgsmöglichkeit muß gerechnet werden (RG.: Recht 1936 Nr. 4239 a).

Wie eingehend die Möglichkeiten der Vertragsgestaltung zur Vermeidung einer Schuldenhaftung, die nach dem Vertrage ausgeschlossen werden sollte, geprüft werden müssen, ergibt RGWarn. 1916 Nr. 198, wonach bei Anmeldung des Haftungsausschlusses zur Eintragung ins Handelsregister Schwierigkeiten zu erwarten waren, die aber wiederum durch besondere Maßnahmen hätten verhindert werden können, wie das RG. eingehend erörtert. Ja, ein Anwalt kann sogar verpflichtet sein, eine Tätigkeit des Gerichts auf ihre Ordnungsmäßigkeit (Zustellung der Klage im amtsgerichtlichen Verfahren und Wahrung der Fristen im Zwangsversteigerungsverfahren!) nachzuprüfen (RG.: JW. 1936, 3312^o und 3313^o).

Die auf den ersten Blick für den Reichsgerichtsanwalt abweichende und etwas befremdlich erscheinende Entsch. RGZ. 142, 394 = JW. 1934, 477^o m. Anm. beruht wohl in erster Linie darauf, daß vermieden werden soll, auf dem Umweg eines Anwaltsrückgriffs auf die Frage der Richtigkeit höchstrichterlicher Entscheidungen zurückzukommen.

Diese gesteigerte Sorgfalt ist schon bei der Behandlung des Eintragungsantrages erheblich vernachlässigt: Die Eilbedürftigkeit des Antrages lag auf der Hand; daß die Beschaffung des Registerauszuges notwendig war, mußte dazu bei einiger Überlegung für den Vell. selbstverständlich erscheinen.

III. Zutreffend ist auch, daß der berufene Sachwalter verpflichtet ist, auch sein eigenes Verhalten kritisch zu betrachten, wenn sich ein Schaden für den Auftraggeber herausstellt. Das BG. hat schon richtig erkannt, daß der Versuch eines prozeßberatenden Anwalts vergeblich bleiben muß, bei der vor ihm nicht angeratenen und dann in der RevJust. erfolgten Streitverkündung den Einwand mangelhafter Prozeßführung — der ihn ja doch mindestens mit treffen würde! — zu erheben. Aber schon der Wortlaut des § 68 ZPO. und die grundsätzliche Stellung des Streitgehilfen schließt die Richtigkeit der Begründung des BG. aus: Denn der Streitgehilfe soll doch selbständig mit Ausführungen und Beweisansätzen, wenn auch auf Seiten einer Partei, in den Prozeß eingreifen können. Der Vell. mußte auch vor Erhebung der Klage und danach wiederholt prüfen, ob nicht dem Erfolg der Klage Bedenken entgegenstanden, die gerade in seinem Verhalten begründet waren. Wie vom Arzt selbstverständlich verlangt wird, daß bei Auftauchen neuer Symptome neu geprüft wird, ob bisherige Diagnose und Behandlung richtig ist oder ob sie geändert werden muß, so gehört diese Selbstüberwachung und — bei Beibehaltung der Beratung der Partei! — auch das offene Eingeständnis der Möglichkeit eines Verschuldens zu den Rechtspflichten eines Rechtswahrsers gegenüber den rechtsuchenden Volksgenossen. Daß einer pflichtgemäßen Beratung die Streit-

verkündung in erster Instanz oder in der Vorinst. des Vorprozesses gefolgt wäre, nimmt das RG. zutreffend an. Man kann das Ergebnis des RG. dahin begründen, daß es Inhalt der Schadensersatzpflicht sei, den Kl. so zu stellen, als ob der Streit bereits in der Tatsacheninstanz verkündet worden sei. Traglich erscheint mir nur, ob der Einwand der gegenwärtigen Arglist nicht zum gleichen Ergebnis führen müßte.

Denn wenn die Einrede „stets dann, aber auch nur dann“ gegeben ist, wenn das gegenwärtige Verhalten des einen Teiles, insbes. sein Vorbringen im Rechtsstreit mit Rücksicht auf sein früheres Verhalten gegen Treu und Glauben verstößt“ — so RGKomm. § 242 Anm. 4 S. 369 unten —, so liegen hier die Voraussetzungen der Einrede mit gleichem Ergebnis vor.

Interessant ist auch die Stellungnahme zur Frage der Verjährung. Mit Rücksicht darauf, daß nach § 37 (früher § 32 a) RW. die Verjährung eines Anspruches gegen den Rechtsanwalt unabhängig von der Kenntnis der Partei beginnt, ist die Gefahr des Rechtsverlustes, insbes. bei schwierigen vorlaufenden Prozessen, groß (vgl. schon den Hinweis in meiner Anm. JW. 1936, 3456¹⁰ und ¹¹). Dieser Gefahr ist gerade in solchen Fällen wiederholt durch die Gewährung der Einrede des Verstoßes gegen Treu und Glauben begegnet worden. So ist in den beiden angezogenen Urteilen RGZ 153, 101 = JW. 1937, 815⁹ ein Verhalten des Anwalts als wider Treu und Glauben verstößend erachtet worden, das nicht im Widerspruch zu seiner Tätigkeit für den Kl. stand, sondern das nur unvereinbar mit einem früher als Gegner des Kl. betätigten Verhalten war. Ob hier dem Kl. mit einem Schadensersatzanspruch zu helfen gewesen wäre, scheint mir sehr zweifelhaft, denn die Parteien standen sich ja als Gegner gegenüber und demgegenüber auf Schädigung des Kl. gerichtetes Verhalten im damaligen Zeitpunkt wäre im dortigen Falle dem Anwalt nicht vorzuwerfen gewesen. Aber die Entsch. (6. Sen.) RGZ. 143, 250 = JW. 1934, 1491⁹ und 1938⁸ scheint mir doch genau gleich zu liegen wie der vorl. Fall. Denn auch dort hatte der Anwalt durch schuldhaftes Verhalten die Unkenntnis der Partei über ihre Schadensersatzansprüche hervorgerufen.

Daß der Einwand der gegenwärtigen Arglist für den vorl. Fall nicht „verwendbar“ sei, scheint mir daher nicht ganz zutreffend, hätte mindestens einer näheren Begründung bedurft. Aber sicherlich ist bei Verwendung dieses Rechtsbehelfs eine gewisse Vorsicht von Räten und die unausgesprochen in der Entscheidung liegende Mahnung, diesen Rechtsbehelf bei der Möglichkeit anderweiter gleichgerichteter Begründung zu meiden, durchaus beherzigenswert.

IV. Trotzdem mußte das BU. aufgehoben werden. Wenn allerdings schon im früheren Prozeß die zumehr erörterten Bedenken aufgetaucht und — sei es auch nur anmerkwürdigerweise — schriftsätzlich gestreift worden sind, wäre es doch erwünscht gewesen, wenn ein kurzer Hinweis im früheren RG-Urteil den Kl. gewarnt hätte. Denn gerade in Staats- und Anwalts-Haftungsprozessen sollte es das vornehmste Bestreben aller Beteiligten sein, jeden unnötigen Rechtszug vermeiden zu helfen.

Die Frage der Entstehung eines Schadens konnte nur nach englischem Recht geklärt werden: Das Schiff lag in einem englischen Hafen und wurde von dessen Vollstreckungsorgan bewertet. Die Rangfolge der Rechte bestimmt sich also nach englischem Recht. Dieses entscheidet wiederum darüber, in welcher Weise es die Bestellung der Schiffshypothek anerkennt (vgl. Frankenstein, „Internationales Privatrecht“ II 483, 487, 494). Welche Schwierigkeiten dabei in der Bewertung des Pfandes entstehen können, zeigt das Auseinanderfallen der Pfandrechtsbegriffe im deutschen und englischen Recht (vgl. Heimert-Heimann, „Das Zivilrecht Englands“, I. Teil, 532). Diese Schwierigkeiten haben in der Praxis zu zwei sehr bekanntgewordenen Streitfällen geführt — sog. Colorado- und sog. Tagus-Fall —. Auf sie einzugehen, würde in diesem Rahmen zu weit führen. Die Darstellung bei Schoch, „Klagbarkeit, Prozeßanspruch und Beweis im Lichte des internationalen Rechts“ (1934) S. 45—49 zeigt jedoch die großen Schwierigkeiten derartiger Fragen. Auch die Frage, ob Anfechtbarkeit der

Bestellung der Sicherheit für die Kl. nach § 3 Ziff. 1 Aufw. möglich war, gewinnt daher m. E. für den vorl. Prozeß nur insoweit Bedeutung, als das englische Recht auf deutsches Recht zurückverweist. Denn es ist eine Frage des englischen Prozeßrechts, inwieweit es bei der gerichtlichen Verteilung im Ausland begründete Rangverhältnisse und — bei Unapplicierbarkeit des ausländischen Rechtes, das der englische Richter niemals von Amts wegen anzuwenden hat (vgl. Heimert-Heimann-Goldschmidt a. a. O. I 190 f.), Einwendungen gegen die Rangfolge berücksichtigen will. Im einzelnen ist für diese Frage der Anknüpfung oder Qualifikation, die wohl die schwierigste des internationalen Privatrechts ist, auf das oben erwähnte Werk von Schoch, auf Walker, „Internationales Privatrecht“ 107 — ohne Eingehen auf die Schwierigkeiten —; Ruffbaum, „Deutsches internationales Privatrecht“ 45 ff.; Frankenstein, „Internationales Privatrecht“ I 278 ff. zu verweisen. In der neueren Rspr. sind einige besonders interessante Fälle RGZ. 145, 74 (76 ff.) und 85 = JW. 1935, 114, Anm. Raape, entschieden.

V. Die Entsch. zum Mitverschulden der Kl. bringt nichts Neues. Die Frage muß sicherlich im vorl. Falle im Grundverfahren geprüft werden, da ja die ständige Rspr., daß es bei derartigem Mitverschulden auf dessen Anteil an der Verursachung in erster Linie ankommt, gerade deshalb zur Ablehnung jeden Ersatzanspruches führen könnte, weil bei früherer Übermittlung der Eintragungsbewilligung an den Bekl. der Schaden unter allen Umständen hätte vermieden werden können. Bedenken könnten zu diesem Punkte höchstens hinsichtlich der Entscheidung bzgl. der Kosten des Vorprozesses bestehen: Denn die Erhebung zweifelhafter Ansprüche allein ist noch kein Verschulden: Gerade in derartigen Sachen wie der vorl. kann ein Zweifel veranlaßt sein, ist nicht aber ein Verschulden unbedingt darin zu sehen, daß trotz des Zweifels der Prozeß angestrengt worden ist. Zu diesem Punkte wird immerhin sorgfältigste Aufklärung geboten sein, ob die Bedenken gegen den Prozeß vom Bekl. so schwerwiegend dargestellt und so eingehend begründet worden sind, daß die Nichtbeachtung dieser Gesichtspunkte gegenüber der Unterlassung des Hinweises von Bedeutung sind, der jeden vernünftigen Menschen zur Abstandsnahme von einem Prozeß veranlaßt hätte. Bei der Frage, ob Teil- oder voller Anspruch geltend zu machen war, muß auch das Interesse des Kl. an einer Entscheidung über den ganzen Anspruch, auch die Gefahr der Verjährung nach beiden Rechten berücksichtigt werden. Denn nach deutschem Recht gehört die Verjährung dem materiellen Recht, nach angelsächsischem dem Prozeßrecht an: Welche für den Laien erstaunliche Folgerungen sich daraus u. U. ziehen lassen, ergibt die Entscheidung RGZ. 7, 21.

RA. Hermann Carl, Düsseldorf.

*

28. RG. — §§ 906, 1004 BGB. Der Betrieb eines Verschiebe- und Abstellbahnhofes der Deutschen Reichsbahn fällt weder nach seinem inneren Wesen noch nach der ihm gegebenen äußeren Gestalt unter die Ausübung von Staatsgewalt. — Zum Anspruch auf schützende Vorkehrungen gegenüber Einwirkungen des Bahnbetriebes.

Die Kl. sind Eigentümer eines Gartengrundstücks an der Sch.straße in K. Dem Grundstück gegenüber liegt, unmittelbar an die genannte Straße grenzend, ein zum Hauptbahnhof K. gehörender Rangier- und Abstellbahnhof der bekl. Deutschen Reichsbahn. Die Kl. haben behauptet, die Benutzung ihres Grundstücks werde durch gewisse vom Bahnhofsgelände ausgehende Einwirkungen in Gestalt von Rauch und Geräusch beeinträchtigt. Die Lokomotiven, die Leerzüge vom Hauptbahnhof zum Abstellbahnhof und zurück beförderten, hielten oft lange in gleicher Höhe mit dem Garten auf den unmittelbar an der Straße liegenden Gleisen und ließen dabei häufig dicken schwarzen Qualm entweichen. Dieser von Kohlenstaub durchsetzte Qualm werde vom Wind in den Garten der Kl. getragen, mache das Verweilen darin unerträglich, schädige den Pflanzenwuchs und verwehere eine Benutzung des Rasens als Bleichplatz. Eine weitere Beeinträchtigung ergebe sich aus dem starken Lärm, der bei Tag und bei Nacht durch gresle Piffe und lautes Rufen

beim Rangieren und durch Zuschlagen der Wagentüren beim Reinigen der Züge verursacht werde. Diese lästigen Einwirkungen hinderten die sonst mögliche Benutzung des Gartens zur Errichtung eines Wohngebäudes.

Berechtigt sind die Bedenken, welche die Reb. der Kl. gegen den Entscheidungsgrund des BG. vorgebracht hat. Die Klage richtet sich, soweit sie auf Unterlassung geht, nicht gegen die Ausübung von Hoheitsrechten. Nicht jede Betätigung einer mit staatshoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Verwaltung ist ein Hoheitsakt. Von dieser Rechtsauffassung geht auch die zum Abdruck bestimmte — nicht nachbarrechtliche Verhältnisse, sondern einen Amtshaftungsanspruch aus Art. 131 WeimVerf. betreffende — Entsch. des RG. v. 13. Mai 1938, III 167/37: JW. 1938, 2668⁷ aus, in der die Briefbeförderung durch die Reichspost als Ausübung öffentlicher Gewalt beurteilt wird. Auch die Deutsche Reichsbahn hat hoheitliche Befugnisse, von denen hier nur beispielsweise die Ausübung eigener Polizeigewalt durch die Bahnpolizei genannt sein mag. Dagegen fällt der Betrieb eines Verschiebe- und Abstellbahnhofes weder nach seinem inneren Wesen noch nach der ihm gegebenen äußeren Bestaltung unter die Ausübung von Staatsgewalt. Die vom BG. verneinte Zulässigkeit des Rechtsweges für eine Abwehrklage aus § 1004 BGB. (vgl. z. B. Gruch. 60, 859 = RGWarn. 1916 Nr. 248; 1913 Nr. 181; RGKRomm. § 906 Num. 13) wird entscheidend durch die Art des Betriebes bestimmt, von dem die als rechtswidrig bekämpften Einwirkungen ausgehen. Ist die betriebliche Tätigkeit selber, wie im Streitfall, nicht hoheitlicher Natur, so kommt es nicht darauf an, ob der Inhaber des Betriebes mit Hoheitsgewalt ausgestattet ist und sie in anderer Richtung auch betätigt.

Die Abwehrklage verjagt aber nicht nur gegenüber Einwirkungen, die sich aus staatshoheitlicher Benutzung eines Grundstücks ergeben. Sie ist nach gefestigter Rspr. auch dort ausgeschlossen oder beschränkt, wo sie sich gegen Beeinträchtigungen wendet, die durch den Gebrauch eines Grundstücks für einen in öffentlichem Interesse geführten, behördlich genehmigten Betrieb verursacht werden. Dahin gehört das von der Bekl. betriebene Eisenbahnunternehmen als das größte Wirtschaftsunternehmen des Reiches. Bei ihm handelt es sich um keinen gewöhnlichen Gewerbebetrieb, sondern um eine dem Gemeinwohl gewidmete öffentliche Einrichtung, in die zugunsten widerstreitender privater Interessen nicht im Rechtswege hindernd eingegriffen werden darf. Zum Betrieb der Eisenbahn gehört nicht nur die Beförderung von Personen und Gütern, sondern auch die unerlässliche Vorbereitung hierfür durch die Bereitstellung und Reinigung der erforderlichen Wagen. Einer Klage auf Unterlassung derartiger Betriebsabhandlungen wäre der ordentliche Rechtsweg grundsätzlich verschlossen (vgl. RG.: Gruch. 54, 1082 = RGWarn. 1910 Nr. 282, ferner RGZ. 58, 130; 59, 70; 70, 150 = JW. 1909, 111; RGZ. 97, 290; 98, 347; 133, 342; RG.: JW. 1910, 580¹⁵, 619¹⁶; RGWarn. 1910 Nr. 447). Dagegen ist in solchen Fällen bei wesentlicher und nicht als ortstüblich zu duldbender Beeinträchtigung (§ 906 BGB.) dem Betroffenen ein Anspruch auf Vornahme schützender Vorkehrungen mit der Einschränkung offen gehalten worden, daß keine Maßnahmen gefordert werden dürfen, aus denen sich eine wesentliche Änderung oder Beeinträchtigung des Betriebes ergeben würde (RGZ. 62, 131; 73, 270 = JW. 1910, 619¹³; RGWarn. 1909 Nr. 409; 1910 Nr. 282 = Gruch. 54, 1082; RGWarn. 1913 Nr. 181; 1916 Nr. 248 = Gruch. 60, 859; RGWarn. 1917 Nr. 143). In den beiden zuletzt angeführten Urteilen ist ausgesprochen worden, daß über die Vereinbarkeit von Schutzvorkehrungen mit einem unge störten Betrieb im Zweifelsfalle nicht der Richter zu entscheiden habe, sondern daß es insoweit auf den Inhalt der polizeilichen Genehmigung oder auf die kundgegebene Auffassung der dem Betrieb vorstehenden Behörde maßgeblich ankomme; bestreite die Behörde die Vereinbarkeit, so übernehme sie die Verantwortung mit der möglichen Folge der Begründung einer Schadensersatzverpflichtung. Damit wird nicht im Widerspruch zu § 17 BGB. die Befugnis des ordentlichen Gerichts zur Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges verneint, sondern ein sachliches Erfordernis für dessen Zulässigkeit aufgestellt; fehlt es, so ist der Beeinträchtigte auf einen etwa bestehenden Schadensersatzanspruch angewiesen.

Vom Boden dieser Rspr. aus, an der festzuhalten ist, war das Klagevorbringen zu prüfen. Die Kl. haben nicht etwa, was unstatthaft gewesen wäre, Einstellung des Rangierbetriebes und der Reinigungsarbeiten auf dem ihrem Garten gegenüberliegenden Teil der Bahnanlagen gefordert. Sie haben auch nicht schlechthin die Verhinderung der beim Rangieren mit Dampflokotiven unvermeidlichen Rauchentwicklung und die Abstellung des beim Verschieben und bei der Reinigung der Wagen nicht auszuschließenden Geräusches verlangt. Gerichtet ist die Klage vielmehr auf das Unterlassen des Qualmens der Lokomotiven beim Halten gegenüber dem Garten der Kl. sowie auf Unterbindung desjenigen Lärmes, der über das betrieblich unvermeidliche Maß hinausgeht. Der Sache nach ist dies nichts anderes als der Anspruch auf schützende Vorkehrungen, über dessen Bestand nach den vorangeführten Ausführungen auch gegenüber einem öffentlichen Eisenbahnunternehmen im ordentlichen Rechtsweg gestritten werden darf. Wenn auch die Kl. — und ihrem Antrag folgend der erste Richter — die aus der Notwendigkeit des Bahnbetriebes sich ergebende Beschränkung des Anspruchs nur bei dem Verlangen nach Abstellung unnötigen Lärmes zum Ausdruck gebracht haben, so ist doch auch ihr Anspruch auf Unterlassung des Qualmens stillschweigend in derselben Weise beschränkt.

Die dem Klageanspruch gegebene Begründung stellt seine Verfolgbarkeit im Rechtsweg vollends klar. Der Rangierbetrieb der Bekl. wird nicht beeinträchtigt, wenn das Qualmen der haltenden Lokomotiven vor dem Gartengrundstück der Kl. unterbleibt. Ebensovienig ist es ordnungsgemäßer Reinigung der abgestellten Wagen abträglich, daß die Türen durch Betätigung des Drückers geschlossen statt zugeschlagen werden. Auch lassen sich beim Rangieren überlautes Rufen und grelles Pfeifen wenigstens dort vermeiden, wo Zeichen, die auf die Schreie wirken, sicher wahrgenommen werden können. Das allgemeine Interesse an unbehinderter Abwicklung des Eisenbahnbetriebes würde mithin durch die von den Kl. geforderten Schutzmaßnahmen nirgends berührt werden. Die Bekl. hat, wie sie selber vorträgt, das Qualmen der Lokomotiven gegenüber dem Grundstück der Kl. verboten und das Zuschlagen der Wagentüren untersagt; sie ist auch bei Übertretung ihrer Anordnungen zeitweilig mit Dienststrafen gegen die schuldigen Bahnbediensteten vorgegangen. Daß ohne überlautes Rufen und grelles Pfeifen beim Rangieren nicht auszukommen wäre, hat die Bekl. nicht behauptet. Nach dem eigenen Urteil der Bekl. sind somit die Einwirkungen des Bahnbetriebes, gegen die allein die Kl. sich wehren, mit einem geordneten Betriebe keineswegs unvermeidlich verbunden. Dies gilt unbeschadet der Beurteilung einzelner, etwa aus einer unerwartet aufgetretenen Betriebsstörung oder aus menschlicher Unzulänglichkeit zu erklärender Vorgänge, mit denen sich die Kl. möglicherweise — die Entscheidung hierüber hatte der VerSt. zu treffen — unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Ortsüblichkeit werden abfinden müssen (RG.: JW. 1938, 1952⁸). Davon abgesehen, sind die bezeichneten Einwirkungen unnötig, wenn nicht gar, wie das zu unnützem Kohlenverbrauch führende Qualmen der Lokomotiven, geradezu betriebsschädlich. Daß das beanstandete Qualmen der Lokomotiven sowie das laute Zuschlagen der Wagentüren und übermäßiger Lärm beim Rangieren vermieden werden können, ergibt sich ferner aus der unstrittigen Tatsache, daß frühere Vorstellungen der Kl. bei der zuständigen Dienststelle der Bekl. jedesmal auf geraume Zeit zur Abhilfe führten. Demgemäß hat auch die Bekl., soweit ein Unterlassungsanspruch erhoben ist, mit den Kl. nicht über dessen Verfolgbarkeit im Rechtsweg, sondern darüber gestritten, ob die Kl. durch die bekämpften Einwirkungen in der Benutzung ihres Gartengrundstücks wesentlich beeinträchtigt werden und bejahendenfalls, ob eine solche Beeinträchtigung als ortstüblich von den Kl. hingenommen werden muß.

Hiernach muß das BU. aufgehoben und die Sache an das OBG. zurückverwiesen werden, damit sie unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Zulässigkeit eines, wie angegeben, beschränkten privatrechtlichen Abwehranspruchs geprüft wird.

29. RG. — §§ 1624, 2050 BGB. Zur Frage, wann die Aufnahme des Sohnes in das Geschäft des Vaters als stiller Teilhaber sowie die Aufwertung des Guthabens, das sich für den Sohn aus der Teilhaberschaft ergibt, als ausgleichungspflichtige Ausstattung anzusehen sind.

Nach den Feststellungen des BG. war der Bekl. seit 1909 von seinem Vater als stiller Teilhaber in sein Geschäft aufgenommen mit der Maßgabe, daß er diesem seine volle Arbeitskraft zu widmen hatte und dafür zunächst neben einer festen Vergütung von anfänglich 150 M., nachher 250 M. monatlich, später ohne eine solche zu einem allmählich ansteigenden Hundertsatz, der mit 10 % begann und 1920 auf 50 % angewachsen war, an Gewinn und Verlust beteiligt wurde, wozu noch eine angemessene Verzinsung seines jeweiligen Guthabens sowie Unterhalt und Wohnung hinzutrat. Das BG. ist der Ansicht, daß das, was dem Bekl. auf Grund dieser Abmachungen im Laufe der Jahre aus dem Vermögen seines Vaters zugeflossen sei, seiner Stellung im Geschäft und seiner Mitarbeit darin entsprochen habe, jedenfalls aber nicht nachweislich darüber hinausgegangen sei. Wenn es unter solchen Umständen abgelehnt hat, in diesen Zahlungen und Gutschriften eine Ausstattung i. S. des § 2050 Abs. 1 oder Zuschüsse i. S. des § 2050 Abs. 2 oder eine sonstige Zuwendung i. S. des § 2050 Abs. 3 BGB. zu erblicken, so kann das rechtlich nicht beanstandet werden. Denn alle diese Leistungen flossen dem Bekl. dann auf Grund der ihm einmal eingeräumten Mitbeteiligung zu, also auf Grund ihm zustehender Rechte, und stellten selber keine Freigebigkeiten des Vaters dar.

Damit ist jedoch die zwischen den Parteien streitige Frage noch nicht entschieden. Es ist nämlich entgegen der Ansicht des BG. durchaus möglich, daß schon die Einräumung der stillen Teilhaberschaft selbst mit allen daraus fließenden Rechten und Pflichten, die den Bekl. in den Mitgenuß auch der Früchte der Arbeit und des Kapitalaufwands der Geschäftsinhaber in der vorausgegangenen Zeit setzte, als eine vom Erblasser dem Bekl. gewährte Ausstattung i. S. des § 2050 Abs. 1 BGB. aufgefaßt werden muß. Denn eine solche kann in jedem Vermögensvorteil liegen, den ein Abkömmling auf Kosten des Nachlasses von dem Erblasser zur Begründung einer selbständigen Lebensstellung zugewandt erhält. Das BG. hat geglaubt, auch das verneinen zu müssen, weil das, was dem Bekl. in den Jahren seiner stillen Beteiligung an dem väterlichen Geschäfte aus dessen Erträgen zugeflossen sei, seiner Stellung und seiner Mitarbeit entsprochen habe. Das ist jedoch hierfür nicht ausschlaggebend. Es kommt darauf an, ob der Kl. auf Grund derselben Leistungen außerhalb des väterlichen Geschäfts das gleiche hätte verdienen können, oder aus anderem Gesichtspunkt betrachtet, ob der Vater bei Aufnahme eines Fremden als stillen Teilhabers diesem die nämlichen Bedingungen hätte zugestehen müssen und nicht etwa für die Gewährung gleicher Rechte gegen die Übernahme der gleichen Pflichten von ihm hätte für sich persönlich eine Kapitalabfindung erlangen können. Nur wenn das zu bejahen sein sollte, würde in der Aufnahme des Bekl. in das Geschäft nicht die Zuwendung eines Sondervorteils gelegen haben. Der Geldwert der im anderen Falle darin zu erblickenden Zuwendung an den Bekl. würde sich freilich nicht nach dem Betrag der Zahlungen, Gutschriften und sonstigen Leistungen bestimmen, die ihm in der Folgezeit auf Grund seiner Teilhaberschaft zugeflossen sind, sondern nach den Aussichten, die ihm die stille Beteiligung an dem Geschäft zur Zeit ihrer Einräumung bot. Es kommt also einerseits darauf an, was der Bekl. damals voraussichtlich durch Verwertung seiner Arbeitskraft und seines Kapitals außerhalb des väterlichen Geschäftes hätte erwerben können, andererseits auf den damaligen Stand und die damaligen Erträgnisse dieses Geschäftes und die sich daraus ergebenden Zukunftsaussichten. In diesem Zusammenhange können auch die Behauptungen der Kl. über den Umfang und die Art der Betätigung des Bekl. in dem väterlichen Geschäft und die dem anderen Prokuristen gewährte Entlohnung erheblich sein. Zu berücksichtigen ist hierbei auch, daß der Bekl. an den Geschäftsverlusten nur mit seinen Gewinnanteilen aus guten Jahren mitzutragen hatte und seine Beteiligung daran auch noch durch die ihm vorweg zustehenden Guthabenzinsen herabgemindert wurde, da von dem Geschäfts-

kapital selbst Zinsen nicht berechnet wurden, und daß er weiter noch durch die ihm in den ersten Jahren zugesagten festen Zahlungen sowie durch die Gewährung von Unterhalt und Wohnung begünstigt war, andererseits aber, daß der Erblasser sich die entscheidende Stimme und anscheinend auch das Recht zu Kapitalentnahmen vorbehalten hatte. Sollte es sich ergeben, daß die Aufnahme des Bekl. als stillen Teilhabers unter den vereinbarten Bedingungen einen gelbten Vorteil für ihn bedeutete, so würde es naheliegen, anzunehmen, daß der Vater diesen ihm als künftigem Erben und Geschäftsnachfolger zur Begründung einer selbständigen Lebensstellung zugewandt hat, und infolgedessen würde der Bekl. der Kl. gegenüber zu dessen Ausgleichung bei der Erbteilung verpflichtet sein.

Entsprechendes müßte, wenn der Erblasser 1924 bei Aufstellung der Goldmarkeröffnungsbilanz dem Bekl. eine größere Aufwertung für sein Guthaben gewährt haben sollte, als den Umständen nach gerechtfertigt war, wie die Kl. es behauptet hat, für den ihm hierbei zuviel zuerkannten Betrag gelten. Das BG. hat geglaubt, entgegen dem von der Kl. vorgelegten Gutachten des A., eine freigebige Zuwendung hierbei nicht feststellen zu können. Seinen Ausführungen ist insoweit beizutreten, als es die Ansicht des Sachverständigen zurückweist, daß der Bekl. die Minderung des Geschäftskapitals durch die Geldentwertung nach Verhältnis seiner Beteiligung am Geschäftsverlust mittragen müsse. Denn dabei hat der Sachverständige nicht beachtet, daß gemäß seinen eignen vorausgegangenen Darlegungen ein „typischer“ stiller Gesellschafter, als welchen er ebenso wie der Erblasser bei seinen Steuererklärungen den Bekl. hat gelten lassen, „nur an den Geschäftsergebnissen der einzelnen Wirtschaftsjahre beteiligt ist“, nicht aber „an der Wertsteigerung der Sachwerte des Betriebsvermögens, besonders des Anlagevermögens, und an einem etwaigen Geschäftswert (Goodwill)“, also doch auch nicht an entsprechenden Verlusten. Damit ist indes nicht ausgeschlossen, daß solche Verluste bei der Aufwertung des Guthabens des stillen Gesellschafters zu berücksichtigen sind. Soweit nicht besondere Gründe für seine Bevorzugung gegenüber dem Geschäftsinhaber vorliegen, wird er sich vielmehr aus diesem Gesichtspunkt nach dem Verhältnis seines Guthabens zu dem Geschäftsvermögen an dem Geldentwertungsverluste beteiligen müssen. Dabei können aber nicht die Papiermarkzahlen der Inflationsjahre für beide zugrunde gelegt werden, die das BG. allein berücksichtigt hat, sondern nur die Goldmarkwerte. Gemäß dem Gutachten des A. würde der Bekl. hiernach etwa doppelt soviel zuerkannt bekommen haben, als sich bei gleichmäßiger Behandlung ergäbe. Das BG. hat diese Angaben nicht nachgeprüft, sondern sich mit der Erwägung begnügt, die Tatsache, daß das Verhältnis des Guthabens des Bekl. zu dem Geschäftsvermögen in der Goldmarkeröffnungsbilanz ungefähr dem in der letzten Papiermarkbilanz v. 1. Jan. 1922 gleich sei, spreche, zumal da jeder Anhalt dafür fehle, daß der Erblasser damals seinem Sohne aus Freigebigkeit etwas habe zuwenden wollen, dafür, daß jener, der von beiden Parteien als ein umsichtiger Kaufmann geschildert worden sei, die Geschäftseinlage des Bekl. auf Grund vernünftiger und billiger Erwägungen aufgewertet, seinem Sohne also nur das als Aufwertung zugebilligt habe, wozu er nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen sei und was er auch vor seinen anderen Familienangehörigen verantworten zu können geglaubt habe. Das kann rechtlich nicht gebilligt werden. Zudem kann der Erblasser zu einer sonst nicht gerechtfertigten Besserstellung des Bekl. recht wohl durch den Wunsch benogen worden sein, auf solche Weise die Lebensstellung des Sohnes zu sichern, und das hatte die Kl. behauptet. Gründe, die gegen eine solche Absicht des Erblassers sprechen könnten, wenn er tatsächlich dem Bekl. eine höhere Aufwertung gewährt haben sollte, als er verpflichtet war, hat das BG. nicht festgestellt.

(RG., IV. Zivilsen., U. v. 29. Aug. 1938, IV 27/38.) [N.]

30. RG. — §§ 2066, 2067 BGB.

1. Den §§ 2066, 2067 BGB. liegt ein gemeinsamer Rechts-gedanke zugrunde, der einer entsprechenden Anwendung auch auf andere Fälle fähig ist.

2. Eine im Rahmen seiner Befugnisse vom Testamentsvollstrecker vorgenommene Erbteilung ist für alle Beteiligten bindend.

Der am 5. Nov. 1904 verstorbene Bankier Josef G. in B., dessen Testamentsvollstrecker zur Zeit die Bekl. sind, hat durch Testament v. 30. Sept. 1893 seine fünf Kinder und seine Ehefrau zu seinen Erben eingesetzt mit der Maßgabe, daß den Kindern ihre Erbteile erst bei Großjährigkeit oder Verehelichung ausgehändigt werden sollten, daß seine Ehefrau nur über einen Kapitalbetrag bis zu 300 000 M. von ihrer Hälfte sollte frei verfügen dürfen, sonst aber auf den Zinsgenuß bis zu 80 000 M. jährlich auf Lebenszeit beschränkt sein sollte, und daß die Verwaltung des Nachlasses im übrigen den bestellten Testamentsvollstreckern zustehen sollte. In einem Nachtrag v. 6. Mai 1904 hat er ferner bestimmt:

„Das Vermögen, soweit es nach dem Tode für meine Frau verwaltet wird, so wie es im Testament festgesetzt ist, wird erst fünf Jahre nach dem Tode meiner Frau verteilt; die Zinsen bis dahin aber jährlich meinen Kindern ausgezahlt. Sollten aber Enkel vorhanden sein, so wird es zugunsten der Enkel bis zu deren Großjährigkeit verwaltet und dann dem einzelnen Enkel ausgehändigt, das Zinserträgnis dieser Gelder nicht zum Kapital geschlagen, sondern meinen Kindern ausgehändigt. Sind dringende Gründe vorhanden, so kann auch bis zu 200 000 M. Kapital für je ein Kind auf einstimmigen Beschluß der Testamentsexekutoren flüssig gemacht und den Kindern ausgezahlt werden.“

Die Witwe des Erblassers verstarb am 7. Dez. 1923. Damals befanden sich in der Verwaltung der Testamentsvollstrecker nur noch die ihrem Hälfteanteil zugewiesenen Nachlassstücke. Bei ihrem Tode waren schon vierzehn Enkel vorhanden, die sich, wünschön in ungleicher Zahl, auf sämtliche Kinder verteilten; bis zum 7. Dez. 1928 wurde ein weiterer Enkel geboren und ein sechzehnter erst nach diesem Zeitpunkt. Die am 19. Juni 1916 geborene Kl. ist eine Tochter des Sohnes Dr. Kurt G.; sie hat noch vier, sämtlich vor dem 7. Dez. 1928 geborene Geschwister. Das in der Verwaltung der Testamentsvollstrecker verbliebene aus Wertpapieren, Hypotheken und Bankguthaben bestehende Vermögen verteilten diese gemäß einem von ihnen am 2. März 1929 aufgestellten Plan auf die fünfzehn bis zum 7. Dez. 1928 geborenen Enkel nach Köpfen und händigten in der Folge an die zehn volljährig Gewordenen von ihnen, soweit nicht bei zweien die deutschen DevG. im Wege standen, die ihnen hierbei zugewiesenen Werte aus. Nur bei der Kl. beschränkten sie, als diese am 27. Nov. 1935 für volljährig erklärt worden war, die Aushändigung auf so viel, als ihr bei einer Verteilung nach Stämmen zufallen würde, weil inzwischen streitig geworden war, welche der beiden Verteilungsweisen richtig ist.

Mit der Klage, soweit sie für das Revisionsverfahren in Betracht kommt, verlangt die Kl. die Einwilligung der Bekl. in die Aushändigung weiterer bei der Reichskreditattikengesellschaft in B. liegender Wertpapiere aus dem noch von jener verwalteten Nachlaß, nämlich von Aktien der Cher Wasser- und Industrierwerke im Nennbetrage von 76 000 R.M. und der Fer Eisenbahn im Nennbetrage von 6000 R.M., die ihr durch den Plan v. 2. März 1929 zugeteilt waren, an sie; und zwar hatte sie im ersten Rechtszuge die Bekl. persönlich darauf in Anspruch genommen und sofortige Aushändigung begehrt, während sie im zweiten Rechtszuge ihre Forderung gegen die Bekl. als Testamentsvollstrecker richtete und hilfsweise Leistung erst am 19. Juni 1937 beehrte. Die Bekl. haben um Klageabweisung gebeten, weil die Volljährigerklärung der Kl. nicht ihrem Großjährigwerden i. S. des Testaments gleichzusetzen sei und weil die Verteilung unter die Enkel nach Stämmen und nicht nach Köpfen vorzunehmen sei und dementsgegen der von der Kl. vertretenen Auffassung auch der Teilungsplan v. 2. März 1929 nicht im Wege stehe. Das BG. hat die Klage abgewiesen. Berufung und Rev. waren erfolglos.

Gewiß sind die Vorschriften der §§ 2066, 2067 BGB. unmittelbar nur auf die darin bezeichneten besonderen Tat-

bestände anwendbar. Auch unterscheiden sich die beiden Bestimmungen in der Tat dadurch, daß § 2066 einen ergänzenden Rechtsatz, § 2067 aber eine bloße Auslegungsregel aufstellt. Von einer unmittelbaren Anwendung dieser Vorschriften ist aber in dem angefochtenen Urteil nirgends die Rede und jener Unterschied schließt keineswegs aus, daß beiden ein gemeinsamer Rechtsgedanke zugrunde liegt, der einer entsprechenden Anwendung auch auf andere ähnliche Fälle fähig ist. Das BG. hält für einen solchen gemeinsamen Grundgedanken, daß dann, wenn der Erblasser eine geschlossene Gruppe der zu seinen gesetzlichen Erben gehörenden Personen ohne Angabe ihres Beteiligungsverhältnisses zu Erben berufen habe, die Vermutung dafür spreche, daß diese abweichend von der sonst bei der Einsetzung mehrerer Erben geltenden Regel des § 2091 BGB. nach Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile erben sollen. Das Gemeinsame der §§ 2066, 2067 BGB. liegt in der Tat nicht in der Bestimmung, wer beim Fehlen näherer Angaben als zum Erben berufen anzusehen ist, sondern darin, in welchem Verhältnis dann, wenn dies eine Mehrheit von Personen ist, diese als berufen gelten sollen, und dem BG. kann darin nur beigetreten werden, daß das Gesetz bei der Beantwortung dieser Frage ersichtlich von dem in dem angefochtenen Urteil ausgesprochenen, übrigens auch sonst recht naheliegenden Gedanken ausgegangen ist. Dessen entsprechende Anwendung auf ähnliche, an sich nicht unter die §§ 2066, 2067 BGB. fallende Tatbestände kann entgegen der Ansicht der Rev. nicht für rechtlich fehlsam erachtet werden.

Zudem beruht die angefochtene Entscheidung gar nicht auf der Annahme eines solchen Rechtsatzes. Das BG. ist vielmehr zur Feststellung des ihr zugrunde gelegten Sinnes der streitigen Testamentsbestimmung unabhängig von jener Annahme durch Auslegung der testamentarischen Anordnungen in ihrem Zusammenhang unter Berücksichtigung ihrer Auswirkungen und der gesamten sonstigen Umstände gelangt und hat nur zur Festätigung der Richtigkeit des so gewonnenen Ergebnisses auf dessen Übereinstimmung mit dem gemeinsamen Grundgedanken der §§ 2066, 2067 BGB. hingewiesen. Diese seine sorgfältig und eingehend begründete Testamentsausdeutung aber ist sicherlich nach dem Wortlaut des Testaments nicht unmöglich, sie verstößt auch weder gegen Denkgesetze noch gegen allgemeine Erbschaftsregeln noch gegen gesetzliche Auslegungsvorschriften; daher ist sie für das RevG. bindend.

Dem BG. ist schließlich auch darin beizupflichten, daß den Bekl. nicht verwehrt werden kann, unter Berufung auf den so festgestellten wirklichen Sinn des Testaments die Aushändigung der Kl. über ihren daraus sich ergebenden Erbteil hinaus in dem Teilungsplan v. 2. März 1929 zugewiesenen Werte an sie zu verweigern. Denn die Auslegung des Testaments ist nicht Sache der Testamentsvollstrecker; die Vorgänger der Bekl. sind daher über ihre Befugnisse hinausgegangen, als sie trotz der Zweifelhaftigkeit der Rechtslage, ohne sich der Zustimmung der Erben zu vergewissern, eine Auseinandersetzung zwischen ihnen nach Köpfen vornahmen. Der Rechtsatz, daß eine im Rahmen seiner Befugnisse vom Testamentsvollstrecker vorgenommene Erbteilung für alle Beteiligten bindend ist und deshalb auch von ihm selber nicht nachträglich wieder rückgängig gemacht werden kann, steht nicht im Wege, zumal da hier das Amt der Testamentsvollstrecker nicht etwa mit der Aufstellung des Teilungsplans geendet hat, sondern der bezüglichliche Teil des Nachlasses trotzdem weiter in ihrer Verwaltung geblieben ist und sich in erheblichem Umfange und insbes. auch hinsichtlich der mit der Klage geforderten Werte heute noch darin befindet.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 12. Sept. 1933, IV 198/37.)

*

31. RG. — § 2227 BGB. Der Rassenunterschied zwischen einem Erben, der Halbjude ist, und einem jüdischen Testamentsvollstrecker bildet für sich keinen wichtigen Grund zur Entlassung des Vollstreckers.

Der im Jahre 1937 verstorbene jüdische Erblasser, der mit einer deutschblütigen Frau verheiratet war, hat in einem eingehenden Testament vom 31. Dez. 1936 den der Ehe entstammenden, jetzt fünfzehnjährigen Sohn zum Erben eingesetzt, der Ehefrau, mit der er in Scheidung stand, den Pflichtteil entzogen und den Erbteil des Sohnes bis zu dessen 25. Lebensjahr der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers mit der Bestimmung unterstellt,

daß die Einkünfte zur Unterhaltung, Erziehung und Fortbildung des Sohnes zu verwenden seien und, wenn dieser zur Errichtung einer eigenen Existenz Geldmittel benötige, ihm solche bis zur Hälfte des Erbsitzes zur Verfügung gestellt werden sollten. Zum Testamentvollstrecker hat er einen jüdischen Rechtsanwalt ernannt, dem das Nachlassgericht ein Testamentvollstreckerzeugnis erteilt hat. Dem von der Witwe des Erblassers als geschäftlicher Vertreterin des minderjährigen Erben gestellten Antrage auf Entlassung des Testamentvollstreckers wegen dessen jüdischer Rasse gaben die Vorinst. statt. Das wurde vom RG. mißbilligt.

Dem RG. ist zunächst darin beizutreten, daß bei der hier zu treffenden Entsch. nicht die Person, die Wünsche und Interessen der Mutter des Minderjährigen maßgebend sind, sondern daß es allein auf die Verhältnisse des Erben selbst ankommt. Nur wenn die Entlassung auf die Unzumutbarkeit eines notwendigen geschäftlichen Verkehrs mit dem Testamentvollstrecker gestützt werden könnte, wären, solange dieser Verkehr wegen Minderjährigkeit des Erben mit dessen geschäftlichem Vertreter stattfinden müßte, die Verhältnisse des Vertreters zu berücksichtigen. Im vorl. Falle sind aber als Entlassungsgrund überhaupt keine Tatsachen dafür vorgebracht worden oder sonst hervorgetreten, daß der Mutter des Erben ein geschäftlicher Verkehr mit dem Testamentvollstrecker nicht zuzumuten ist; vielmehr wird das Entlassungsbegehren lediglich auf die jüdische Abstammung des Testamentvollstreckers und die damit für den Erben angeblich verbundenen Anzuträglichkeiten gestützt. Unter diesen Umständen muß auch der Rassenunterschied zwischen dem Testamentvollstrecker und der arischen Mutter des Erben bei der Entsch. außer Betracht bleiben.

Das RG. begründet seine Entsch. im wesentlichen damit, daß die Beibehaltung des Testamentvollstreckers wegen dessen jüdischer Abstammung für den Erben selbst nicht tragbar sei, und beruft sich dafür auf den Beschluß des Senats in JZG. 15, 42 = JZ. 1937, 547¹⁵. Das erscheint jedoch nicht berechtigt. In dem dort erörterten Fall war die Entlassung des von einer arischen Erbin ernannten jüdischen Testamentvollstreckers von einem ariarischen Erben beantragt worden, der zudem der NSDAP. als politischer Leiter angehörte. Der Senat hat dort ausgeführt, bei der Stellung, die der Gesetzgeber den Juden im Verhältnis zur deutschen Volksgemeinschaft zugewiesen habe, bedeute es für einen deutschen Volksgenossen eine schwere Belastung, wenn er die Verwaltung des ihm zugefallenen Erbsitzes durch einen jüdischen Testamentvollstrecker hinnehmen und sich die Durchführung jüdischer dem völkischen Denken wesenfremder Gedankengänge und Geschäftsauffassungen, die der Gesetzgeber sonst bewußt auszuscheiden suche, an seinem eigenen Vermögen gefallen lassen müsse; dadurch würden auch die Belange der deutschen Allgemeinheit bedroht, die den Volksgenossen eine Abhängigkeit von jüdischen Einflüssen erziparen und diese nach Möglichkeit unschädlich machen wolle; es sei deshalb davon auszugehen, daß für einen arischen Erben die ihm aufgezwungene Verwaltung seines Erbsitzes durch einen jüdischen Testamentvollstrecker grundsätzlich nicht tragbar sei, und daß ein solches Verhältnis ohne weiteres einen wichtigen Entlassungsgrund i. S. des § 2227 BGB. darstelle.

Diese Grundsätze beziehen sich zunächst nur auf einen durch die Ernennung eines jüdischen Testamentvollstreckers beschränkten ariarischen Erben; sie sind auf das Verhältnis jüdischer Mischlinge zu einem jüdischen Testamentvollstrecker nicht ohne weiteres anwendbar, insbes. dann nicht, wenn es sich, wie hier, um einen Mischling handelt, der von zwei volljüdischen Großeltern abstammt, also um einen Halbjuden. Einem solchen steht zwar nach der 1. WD. zum RWürgerG. v. 14. Nov. 1935 (RGBl. I, 1333) das vorläufige Reichsbürgerrecht zu, es sei denn, daß er der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört oder ihr beiträgt oder daß er mit einem Juden verheiratet ist oder einen solchen heiratet. Er wird aber keineswegs in allen Beziehungen den deutschblütigen Volksgenossen gleich behandelt. Abgesehen davon, daß er zur Eheabschließung mit solchen oder mit Vierteljuden einer doppelten Genehmigung, nämlich der staatlichen Behörde und der zuständigen Parteistelle, bedarf (§ 3 der 1. WD. z. BlutschutzG. v. 14. Nov. 1935 (RGBl. I, 1334)) ist ihm die Mitgliedschaft in der NSDAP. und ihren Gliederungen, aber auch in der Regel der Staatsdienst und zahlreiche andere Berufe und Betätigungen im deutschen politischen, Kultur- und Wirtschaftsleben verschlossen (vgl. § 6 der 1. WD. z. RWürgerG.). Er ist also, auch wenn er nicht durch die Zugehörigkeit zur jüdischen Religionsgemeinschaft oder durch eine jüdische Heirat Jude wird, keineswegs ein vollberechtigtes Mitglied der deutschen Volksgemeinschaft. Seiner völligen Eingliederung in die völkische Gemeinschaft steht als Hindernis die Tatsache entgegen, daß er auf Grund seiner Abstammung zur Hälfte jüdisches Blut und Erbgut in sich trägt, worüber aus rassistischen Gründen nicht hinweggesehen werden kann.

Dieser Umstand muß aber auch bei der Prüfung, ob für einen solchen Mischling — ebenso wie für einen arischen Erben — die

Verwaltung des ihm zugefallenen Erbsitzes durch einen jüdischen Testamentvollstrecker nicht tragbar ist, entscheidend ins Gewicht fallen. Wenn der Erbe selbst zur Hälfte jüdischen Blutes ist, kann von einem eigentlichen Rassen Gegensatz zu dem jüdischen Testamentvollstrecker und von einer dem Erben völlig fremden Wesensart nicht mehr gesprochen werden. Allein aus dem Judentum des Testamentvollstreckers läßt sich deshalb hier ein wichtiger Entlassungsgrund nicht herleiten.

Er kann auch nicht aus den weiteren vom RG. hierzu angestellten Erwägungen entnommen werden, die in der Hauptsache dahin gehen, daß ein Verbleiben des Beschw. in seinem Amt als Testamentvollstrecker der künftigen, unter dem natürlichen Einflusse der arischen Mutter stehenden Entwicklung des Erben in der Richtung eines Anschlusses an die deutsche Volksgemeinschaft hinderlich sein könnte und daß eine solche mögliche Störung dieser Entwicklung verhütet werden müsse.

Dem RG. ist allerdings darin beizutreten, daß die jüdischen Mischlinge nach dem Sinn der Nürnberger Gesetze nicht für immer als besonderer Bestandteil des Volkes in ihrer Eigenart erhalten bleiben, sondern im Laufe weniger Generationen entweder in deutschen Volkstum oder im Judentum aufgehen sollten. Selbst wenn zuzugeben wäre, daß es Aufgabe der Rspr. sei, soweit es an ihr liegt, eine bereits nach der arischen Seite hin eingeleitete Entwicklung zu unterstützen, hatte aber im vorl. Falle der Beschw. trotz eingehender Erörterung ohne Widerspruch der Gegenseite vortragen, daß der jetzt fünfzehnjährige, geistig ungewöhnlich entwickelte Erbe, der an seinem verstorbenen Vater mit ganz besonderer Liebe gegangen habe, sich bisher mehr zu der nichtarischen Verwandtschaft des Vaters als zu der Mutter und zu dem arischen Großvater hingezogen fühle. Demgegenüber ist die einem allgemeinen Erfahrungssatz entnommene Feststellung des RG. einer bereits nach der arischen Seite eingeleiteten Entwicklung nicht haltbar. In eine natürliche Entwicklung eingzugreifen, deren Richtung noch nicht mit Sicherheit zu übersehen und völlig offen ist, kann aber nicht Aufgabe der Rspr. sein. Es besteht auch kein Interesse des Volkes daran, jüdische Mischlinge unter allen Umständen zum Anschluß an die deutsche Volksgemeinschaft zu bringen. Wenn die jüdischen Erbanlagen in einem Mischling überwiegen, so wird dieser nicht in der Volksgemeinschaft aufgehen, sondern als Fremdkörper in ihr wirken und ihren Zusammenklang stören. Es sind hier also — im Gegensatz zu dem vom Senat in JZG. 15, 42 = JZ. 1937, 547¹⁵ entschiedenen Falle — keine völkischen Notwendigkeiten vorhanden, den im allgemeinen für die Beurteilung des wichtigen Entlassungsgrundes maßgebenden Willen des Erblassers, der sich vorliegend in voller Kenntnis der Bedeutung der Rassenfrage zur Ernennung des jüdischen Testamentvollstreckers entschlossen hat, zu übergehen.

Wenn das RG. in diesem Zusammenhange weiter auf den bei der Durchführung der Vermögensverwaltung unvermeidlichen Verkehr des Testamentvollstreckers mit dem Erben und die damit verbundene Möglichkeit eines weitgehenden Einflusses des Vollstreckers auf den Erben hinweist, so ist dabei nicht beachtet, daß während der Minderjährigkeit des Erben ein solcher geschäftlicher Verkehr nur mit der Mutter als geschäftlicher Vertreterin stattfindet. Im übrigen fehlt es an einer Feststellung dahin, daß hier der Beschw. überhaupt einen über die reine Vermögensverwaltung hinausgehenden persönlichen Einfluß auf den Erben ausübt oder jemals auszuüben versucht hat. Für eine solche Feststellung bietet auch das Vorbringen der Antragstellerin keine hinreichende Unterlage. Die allgemeine Betrachtung, daß der Beschw. in dem Kampfe zwischen der Mutter und der väterlichen Familie um die Seele des Kindes gewissermaßen die Verbindung zwischen dem Erben und der nichtarischen Verwandtschaft darstelle, reicht dazu nicht aus. Die bloße Möglichkeit aber, daß der Testamentvollstrecker die ihm zustehenden Verwaltungsbefugnisse später einmal, insbes. wenn er dem Erben zur Gründung einer eigenen Existenz die Hälfte des Nachlasses aushändigen soll, die Gelegenheit zu einer dem Erben abträglichen persönlichen Beeinflussung ausnützen könnte, vermag allein jedenfalls zur Zeit die Entlassung gemäß § 2227 BGB. nicht zu rechtfertigen.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 22. Sept. 1938, 1 Wx 319/38.) [5.]

Ehegesetz

32. DRG. — § 55 EheG. Die häusliche Gemeinschaft ist i. S. des § 55 EheG. nicht aufgehoben, wenn die Ehegatten zwar nicht mehr in einer gemeinsamen Wohnung leben, aber einen freundschaftlich gehaltenen Briefwechsel führen und sich, soweit es die Umstände erlauben, sehen.

Das Gericht hält die Voraussetzungen des § 55 Ges. vom 6. Juli 1938 nicht für gegeben. Zwar ist es richtig, daß die Ehe

der Parteien nach ihren Erklärungen, welche sie dem BG. abgegeben haben, jetzt als tiefgreifend und unheilbar zerrüttet anzusehen ist, so daß die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann. Doch fehlt es an der weiteren Voraussetzung für die Anwendung der genannten gesetzlichen Bestimmung.

Wie sich bereits aus dem vorher Gesagten ergibt, haben die Parteien bis zum 30. Dez. 1936, wenn auch mit Unterbrechungen, die durch den verschiedenen Wohnort bedingt gewesen sind, miteinander geschlechtlich verkehrt, und es haben auch, während sie getrennt lebten und nur ihre Urlaubszeiten gemeinsam verbrachten, noch keine tiefgehenden Zerwürfisse zwischen ihnen bestanden.

Unter diesen Umständen kann die Voraussetzung des § 55 des Gef. v. 6. Juli 1938 nicht als gegeben angesehen werden. Eine fortdauernde Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten hat noch nicht seit drei Jahren stattgefunden. Die Ehegatten haben sich, soweit es ihre Zeit und die Umstände erlaubten, jedenfalls noch im Jahre 1936 wiederholt gesehen, und der freundschaftlich gehaltene Briefwechsel ist auch noch bis Mitte November 1937 fortgeführt worden. Die Voraussetzung für die Anwendung der genannten Bestimmung würde sein, daß nicht nur die häusliche Gemeinschaft von den Ehegatten in der Weise aufgehoben ist, daß sie nicht mehr in der gemeinsamen Wohnung leben und nicht mehr zu einem gemeinsamen Haushalt gehören, sondern auch, daß die geistige und körperliche Gemeinschaft aufgehoben ist, so daß alle Bindungen, die das Wesen der Ehe ausmachen, zerstört sind. An diesen Voraussetzungen fehlt es („Komm. zum neuen Eherecht“ von Kilt, 1938, S. 236 und 245). Die Berufungen der Parteien waren daher als unbegründet zurückzuweisen.

(OLG. Hamburg, 2. ZivSen., Ur. v. 20. Sept. 1938, 2 U 189/38.)

Gesetz gegen Mißbräuche bei der Eheschließung und Annahme an Kindes Statt

33. RG. — Art. V §§ 1, 3 Gef. v. 23. Nov. 1933 gegen Mißbräuche bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes Statt. Die Entscheidung des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit, durch die dieser den von der höheren Verwaltungsbehörde gemäß Art. V § 1 Gef. v. 23. Nov. 1933 gestellten Antrag auf Feststellung der Richtigkeit des Kindesannahmevertrages ablehnt, hat — im Gegensatz zu einer Entscheidung, die die Richtigkeit feststellt — nach Sinn und Zweck des Gesetzes keine bindende Wirkung für den Prozeßrichter.

Durch notariellen Vertrag v. 9. Nov. 1918 hat sich der damals 50jährige Rentner Franz K. von dem damals 69 Jahre alten Freiherrn Axel von M. an Kindes Statt annehmen lassen. Durch Vertrag v. 23. Nov. 1918 ist die Wirkung der Annahme an Kindes Statt auf die beiden Kinder Franz Carl K., damals 19 Jahre alt, und Ruth K., damals 15 Jahre alt, erstreckt worden. Im Jahre 1926 haben einige Mitglieder der Familie von M. Klage auf Unterlassung der Führung des Namens von M. erhoben, aber nur gegen den Sohn Franz Carl K. Das LG. hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, daß zwar Franz K. sen. den Adoptionsvertrag aus sittenwidrigen Motiven abgeschlossen habe, daß aber auf Seiten des Adoptivvaters von M. keine unlauteren Beweggründe vorhanden gewesen seien. Die Kl. haben Berufung eingelegt, dann aber, nachdem der Vekl. Franz Carl K. jun. während des Prozeßverfahrens verstorben war, die Klage zurückgenommen.

Im Januar 1934 hat das Reichl. JustMin. auf Grund des Art. V § 1 Gef. gegen Mißbräuche bei der Eheschließung und bei der Annahme an Kindes Statt v. 23. Nov. 1933 beim OLG. den Antrag gestellt, die Richtigkeit der Adoptionsverträge festzustellen. Das OLG. hat diesem Antrag stattgegeben. Auf die Beschw. des Franz K. sen. und der Ruth K. hat das LG. den Beschluß des OLG. aufgehoben und den Antrag des Reichl. JustMin. auf Feststellung der Richtigkeit der Adoptionsverträge zurückgewiesen. Dieser Beschluß wurde vom BG. damit begründet, daß es dem Freiherrn von M. ernstlich auf die Begründung eines Eltern- und Kindesverhältnisses angekommen sei und daß auch K., dem es anfänglich nur um den Erwerb des Adels zu tun gewesen sei, sich im Laufe der Verhandlungen umgestellt und ebenfalls die Herstellung eines dem Eltern- und Kindesverhältnis

entsprechenden Familienbandes gewollt habe. Gegen den Beschluß ist weitere Beschw. durch das Reichl. JustMin. nicht eingelegt worden.

Im Jan. 1937 haben drei Angehörige der Familie von M. — andere als die im Jahre 1926 geklagt hatten — gegen Franz K. sen. und Ruth K. die gegenwärtige Klage auf Unterlassung der Führung des Namens „Freiherr von M.“ oder „von M.“ erhoben. Auch gegen die Witwe des verstorbenen Sohnes Franz Carl K. jun. und gegen dessen minderjährigen Sohn war die Klage erhoben; sie ist aber in Richtung gegen diese beiden Vekl. von den Kl. nicht weiter verfolgt worden.

LG. und RG. haben der Klage stattgegeben.

Die Rev. war erfolglos.

1. Vom BG. wird zunächst die Frage einer Prüfung unterzogen, ob es an den die Richtigkeit der beiden Adoptionsverträge verneinenden Beschluß des LG. gebunden sei. Das BG. verneint diese Frage.

Die Rev. bekämpft die Auffassung des BG. Sie macht geltend, daß der Beschluß des LG. im Officialverfahren ergangen sei und daß in diesem Verfahren die Frage der Sittenwidrigkeit und Richtigkeit des Adoptionsvertrags vom Standpunkt der höheren Interessen des States und der Volksgemeinschaft an der Reinerhaltung von Familie und Sippe geprüft worden sei; diese im Officialverfahren ergangene Entscheidung lasse eine nochmalige Prüfung der gleichen Frage in einem bürgerlichen Rechtsstreit, in dem nur die privaten Interessen der betr. Namensträger in Rede stünden, nicht zu.

Diesem Revisionsangriff muß der Erfolg versagt bleiben. Der Auffassung des BG., daß es an den ablehnenden Beschluß des LG. nicht gebunden war, muß aus den folgenden Erwägungen beigepröft werden.

Es handelt sich bei dem Beschluß des LG. um eine im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergangene Entscheidung (Art. V § 3 Gef. v. 23. Nov. 1933). Bei Entscheidungen des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit — das FGG. spricht zu meist von „Verfügungen“ — handelt es sich in der Mehrzahl der Fälle um rechtserzeugende (konstitutive) Entscheidungen. Solche Entscheidungen des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind nach h. A. regelmäßig bindend für den Prozeßrichter. Für den Prozeßrichter nicht bindend sind anerkanntermaßen die Entscheidungen des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit, mit denen er einen Antrag, eine solche konstitutive Verfügung zu erlassen, ablehnt.

In gewissen Fällen ist dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit jedoch die Entscheidung über ein streitiges Rechtsverhältnis übertragen. Im Schrifttum werden die hierher gehörigen Entscheidungen häufig als Fälle des sog. „echten Streitverfahrens“ bezeichnet. Die Frage, ob solchen feststellenden (deklaratorischen) Entscheidungen des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine dem Prozeßrichter bindende Wirkung zukommt, läßt sich nicht einheitlich beantworten. Denn der Grund, weshalb der Gesetzgeber in diesen Fällen vorsieht, daß über ein streitiges Rechtsverhältnis im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entscheiden ist, beruht, wie in der Denkschrift zum FGG. gesagt wird, auf Zweckmäßigkeitsgründen, und diese Zweckmäßigkeitsgründe können von der verschiedensten Art sein. Die Frage der Bindung des Prozeßrichters an die in solchen Fällen vom Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit getroffenen Entscheidungen hängt daher von der Prüfung ab, aus welchem Grund und zu welchem Zweck das Gesetz im einzelnen Fall die Entscheidung dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen hat.

Bei der dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch Art. V §§ 1, 3 Gef. v. 23. Nov. 1933 übertragenen Feststellung der Richtigkeit der seit dem 9. Nov. 1918 geschlossenen Kindesannahmeverträge handelt es sich, wie sich aus dem Wortlaut des Gesetzes und aus der amtlichen Begründung (DZ. 1933, 765 f.) zweifelsfrei ergibt, um eine solche feststellende (deklaratorische) Entscheidung. Diese Entscheidung des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche die Richtigkeit des Adoptionsvertrages feststellt, soll, wie die amtliche Begründung ausdrücklich erklärt, Wirkung für und gegen alle haben. Die Absicht des Gesetzgebers bei Schaffung des Art. V § 1 ging dahin, die Ehre des bürgerlichen Namens wiederherzustellen (M a ß f e l l e r: DZ. 1934,

701). Der öffentlich-rechtliche Charakter des ganzen Verfahrens sowie auch die Vorschrift des Art. V § 6 des Gesetzes, daß auf Ersuchen der höheren Verwaltungsbehörden die Feststellung der Nichtigkeit des Annahmevertrags in der Geburtsurkunde des Angenommenen am Hande zu vermerken ist, ergeben, daß das Gesetz nach dem Eintritt der formellen Rechtskraft eines die Nichtigkeit feststellenden Gerichtsbeschlusses künftig die Möglichkeit einer nochmaligen Erörterung der gleichen Streitfrage abzuschneiden wollte. Die Frage, ob der die Nichtigkeit des Kindesannahmevertrags feststellenden Entscheidung des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit bindende Wirkung für den Prozeßrichter zukommt, ebenso wie die damit nicht zu identifizierende Frage, ob die getroffene, die Nichtigkeit der Kindesannahme feststellende Entscheidung für den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit selbst bindend und unabhängig ist, ist daher nach dem Sinn und Zweck des Ges. v. 23. Nov. 1933 unzweifelhaft zu bejahen (vgl. auch die Entsch. des RG. v. 13. Sept. 1935: JW. 1936, 1017).

Die Entscheidung des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit dagegen, durch die dieser den von der höheren Verwaltungsbehörde gemäß Art. V § 1 Ges. v. 23. Nov. 1933 gestellten Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit des Kindesannahmevertrages abgelehnt, kann nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes keinen Anspruch darauf erheben, eine den Prozeßrichter bindende Wirkung auszuüben. Es heißt in der amtlichen Begründung des Gesetzes (DS. 1933, 765 Abs. 2): „Die Vorschriften des geltenden Rechtes reichen zur Bekämpfung dieser Mißstände (nämlich des vorher geschilberten Mißbrauchs der Adoption zwecks Erlangung des Adels) nicht aus ... Vereinbarungen, die in der äußeren Form eines Kindesannahmeverfahrens lediglich die Übertragung eines Namens bezwecken, sind zwar als sittenwidrig und daher nach § 133 BGB. nichtig anzusehen; es fehlt aber an einem Verfahren, in dem die Nichtigkeit des Vertrags gegen den Willen der Vertragsschließenden mit Wirkung für und gegen alle festgestellt werden kann.“ Damit ist die Tragweite des Gesetzes klar herausgestellt. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes geben und geben die Möglichkeit, auf private Initiative ein Unterlassungsurteil zu erwirken. Wenn aber die am Vertrag Beteiligten kein Interesse an der Feststellung der Unfittlichkeit und Nichtigkeit hatten und wenn auch die am Vertrage nicht beteiligten Träger des gleichen Namens aus Bequemlichkeit oder Gleichgültigkeit von einer solchen Unterlassungsklage abließen, dann gab es nach dem bisherigen Rechtszustand keine Möglichkeit, einen Kindesannahmevertrag, durch den kein wirkliches Eltern- und Kindesverhältnis geschaffen werden sollte, als unfittlich und nichtig zu brandmarken. Der Staat hat aber ein Interesse daran, nötigenfalls auch gegen den Willen der Beteiligten die Nichtigkeit solcher Verträge festgestellt zu sehen. Deshalb hat das Ges. v. 23. Nov. 1933 in Art. V § 1 ein zuzusetzendes Verfahren geschaffen. Durch dieses zusätzliche Verfahren sollte die private Initiative, im Wege der Klage vor den ordentlichen Gerichten eine Unterlassungsentscheidung herbeizuführen, nicht beseitigt werden. Führt daher das von der höheren Verwaltungsbehörde eingeleitete Beschlußverfahren nicht zu der positiven Feststellung der Nichtigkeit des Kindesannahmevertrages — weil das der höheren Verwaltungsbehörde zur Verfügung stehende Beweismaterial nicht ausreicht oder weil sie den Antrag zu spät gestellt hat oder weil der Fall des Art. V § 1 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes vorliegt —, so ist zwar das Recht des Staates, mit Wirkung für und gegen alle die Nichtigkeit feststellen zu lassen, erloschen. Dadurch ist aber den interessierenden Namensträgern — die als solche in dem Beschlußverfahren weder als „Beteiligte“ mitgewirkt haben, noch gehört zu werden brauchten (§ 4), noch beschwerdeberechtigt sind (§ 5) — nicht das Recht genommen, von sich aus den Anspruch geltend zu machen, daß der durch den unfittlichen Vertrag an Kindes Statt Angenommene die Führung des angenommenen Namens zu unterlassen hat.

Die vorstehenden Erwägungen lassen sich noch vervollständigen durch den Hinweis auf das völlig anders geordnete Verfahren, das in demselben Ges. v. 23. Nov. 1933 gegen den Mißbrauch der Eheschließung zwecks Erlangung des Adelsnamens vorgesehen ist. Die Wahrung des staatlichen Interesses an der Beseitigung einer solchen Ehe ist in die Hände des Staatsan-

walts gelegt; die Feststellung der Nichtigkeit erfolgt hier auf Klage des Staatsanwalts gegen die beiden Ehegatten durch Entscheidung des Prozeßgerichts; die Entscheidung des Prozeßgerichts hat hier materielle Rechtskraftwirkung auch dann, wenn die Entscheidung die Klage des Staatsanwalts abweist; die Gültigkeit der Ehe kann dann in einem neuen Rechtsstreit nicht mehr angezweifelt werden; das ergibt sich daraus, daß es sich hier um eine Entscheidung des Prozeßrichters handelt, und aus den für die Rechtskraft von Entscheidungen des Prozeßrichters maßgebenden §§ 322 und 629 ZPO. Die Wahrung des staatlichen Interesses an der Beseitigung mißbräuchlicher Adoptionen hat das Gesetz dagegen nicht in die Hand des Staatsanwalts gelegt, sondern in die der höheren Verwaltungsbehörde, und die Feststellung der Nichtigkeit erfolgt bei ihnen nicht auf Klage gegen die Vertragspartei durch Entscheidung des Prozeßgerichts, sondern im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Diese Verschiedenheit der Verfahren deutet gleichfalls auf eine Verschiedenheit der damit beabsichtigten Wirkung hin. Auch aus diesem Grund kann daher im Gegensatz zu der vollen Rechtskraftwirkung, die im Falle der Eheschließung der Entscheidung des Prozeßrichters über Nichtigkeit oder Gültigkeit der Ehe nach der Prozeßordnung zukommt, im Falle der Kindesannahme, bei der nach dem Gesetz die Entscheidung über das Vorliegen eines Mißbrauchs im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu erfolgen hat, der in diesem formloseren Verfahren ergehenden Entscheidung eine materielle Rechtskraftwirkung nur insoweit zugestanden werden, als sich das aus der amtlichen Begründung und dem erkennbaren Zweck des Gesetzes mit Sicherheit ergibt, nämlich nur hinsichtlich der die Nichtigkeit feststellenden Entscheidung.

2. Die Rev. macht sodann geltend, daraus, daß die Verträge v. 9. und 23. Nov. 1918 seinerzeit vom Gericht genehmigt worden seien und daß der vom Mecl. JustMin. im Jahre 1934 gestellte Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit der Kindesannahme vom BG. formell rechtskräftig zurückgewiesen worden sei, ergebe sich die öffentlich-rechtliche Pflicht der Bekl., sich „von M.“ zu nennen; die Bekl. würden sich strafbar machen, wenn sie sich einer Behörde gegenüber nicht „von M.“, sondern „R.“ nennen würden; das würde, so meint die Rev., ein Verstoß gegen § 360 Nr. 8 StGB. sein.

Dieser Revisionsangriff kann ebenfalls keinen Erfolg haben. Sicherlich gibt es eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Führung des einer Person zukommenden Namens. Hat aber der Beschluß des BG., der den Antrag des Mecl. JustMin. auf Feststellung der Nichtigkeit des Kindesannahmevertrages abgelehnt hat, keine materielle Rechtskraft und keine bindende Wirkung für andere Personen oder Behörden, so begründet er auch keine öffentlich-rechtliche Verpflichtung der Bekl. zur Führung des Namens „von M.“. Dieser Revisionseinwand erledigt sich also ohne weiteres mit der Verneinung der unter 1 erörterten Frage nach der bindenden Kraft des landgerichtlichen Beschl. v. 11. Okt. 1934.

3. Das BG. tritt in seinen weiteren Ausführungen dann in eine neue selbständige Würdigung des Sachverhalts ein und stellt mit ausführlicher Begründung fest, daß sowohl auf seiten des Adoptivsohnes R. als auf seiten des Adoptivvaters von M. sittlich nicht zu billigende Beweggründe bestanden haben und sittlich nicht zu billigende Zwecke mit der Kindesannahme verfolgt worden sind. Das BG. kommt daher zu dem Ergebnis, daß die Verträge v. 9. und 23. Nov. 1918 nichtig sind, und es untersagt deshalb den beiden Bekl. die Führung des Namens „von M.“.

(RG., IV. Zivilsen., U. v. 19. Sept. 1938, IV 66/38.)

Mieterschutzgesetz

34. Abg. — § 2 MietSchG. Lehnen die Mieter arischer Abstammung eine Hausgemeinschaft mit einem jüdischen Mieter ab, leistet dieser jedoch dem Räumungsverlangen des Vermieters keine Folge, so macht er sich durch Störung der Hausgemeinschaft einer erheblichen Belästigung i. S. des § 2 MietSchG. schuldig.

Der Begriff der Hausgemeinschaft, wie sie in jedem Hause zwischen dem Vermieter und den Mietern und unter den Mietern bestehen soll und zu erstreben ist, erfordert, daß alle von dem-

selben Geiste und denselben Zielen durchdrungen sind, wie sie von dem nationalsozialistischen Staate vertreten werden. Auch in der Hausgemeinschaft können eigennützige Interessen der einzelnen keinen Bestand haben. Eine wahre Hausgemeinschaft im Sinne dieses Denkens kann aber nur von gleichgesinnten, deutschdenkenden Personen und Hausbewohnern arischer Abstammung gebildet und gepflegt werden; sie ist mit Personen jüdischer Herkunft wegen des bestehenden Rassenunterschiedes schlechterdings unmöglich. Da der nationalsozialistische Staat aber auf das Bestehen und die Pflege einer wahren Hausgemeinschaft einen besonderen Wert legt und von jedem Volksgenossen diese Einstellung im Sinne der Hausgemeinschaft fordert, so kann dem Vermieter und den Mietern arischer Abstammung im Interesse der Erhaltung dieser Hausgemeinschaft nicht zugemutet werden, diese mit Mietern jüdischer Abstammung zu bilden und zu pflegen und mit diesen in derselben Hausgemeinschaft zu leben. Dem Vermieter muß deshalb das Recht zugesprochen werden, Mieter jüdischer Abstammung aus dieser Hausgemeinschaft auszuschließen und von diesen Räumung ihrer Wohnung zu fordern. Leistet ein solcher Mieter jüdischer Abstammung dem Räumungsverlangen des Vermieters keine Folge, und lehnen die Mieter arischer Abstammung eine Hausgemeinschaft mit ihm ab, so stört er damit die zwischen dem Vermieter und den anderen Mietern arischer Abstammung bestehende Hausgemeinschaft und macht sich durch sein weiteres Wohnenbleiben diesen gegenüber einer erheblichen Belästigung i. S. des § 2 MietSchG. schuldig. Unerörtert konnte hiernach die Frage bleiben, ob auch die Voraussetzungen des § 4 MietSchG. (Dringender Eigenbedarf) als vorliegend anzunehmen waren.

(W. G. Halle, Ur. v. 18. Aug. 1938, 27 C 247/38.)

Versicherungsrecht

35. RG. — § 898 RVD.; §§ 618, 282 BGB. An der in RGZ. 157, 282 niedergelegten Rechtsauffassung wird entgegen gewissen im Schrifttum dagegen erhobenen Bedenken festgehalten. An der vom Senat wiederholt ausgesprochenen Verteilung der Beweislast für den Fall, daß bei einem Beförderungs-, Dienst-, Werk-, Gastaufnahmevertrag die Sachlage zunächst den Schluß rechtfertigt, daß der Bell. (Beförderungs- oder Werkunternehmer, Dienstverpflichtete oder Gastgeber) seine Sorgfaltspflicht verletzt habe, wird festgehalten.

Der verstorbene, von den Bell. zu 1, 3 und 5 beerbte Tiefbauunternehmer S. hatte im Jahre 1931 die Ausführung von Geleisarbeiten für den Eisenbahnbetrieb des klagenden Kreises übernommen. Nach § 6 der für das Vertragsverhältnis maßgeblichen „Sicherheitsvorschriften für die Arbeiten in der Nähe von Betriebsgeleisen“ hatte der Kreis auf Anfordern der Baufirma eine Zugmaschine mit Fahrbesatzung zur Bewegung von Lasten zur Verfügung zu stellen, sofern hierfür ein Bedürfnis bestand.

Am 18. Dez. 1931 hatte S. im Rahmen der Vertragsarbeiten eine doppelte Kreuzungsweiche aus dem Hauptgeleise des Bahnhofes M. zu lösen und an anderer Stelle, etwa 80 m von ihrer bisherigen Stelle entfernt, wieder einzubauen. Zu diesem Zweck wurde das Hauptgeleise gesperrt und der Fahrverkehr über ein Nebengeleise geleitet.

Zunächst war beabsichtigt, die Weiche in einem Stück über den Schienenstrang an die neue Liegestelle zu schleifen; die vorhandenen Arbeitskräfte reichten hierzu jedoch nicht aus. Die Baufirma forderte deshalb vom Kl. eine Zugmaschine an, mit deren Hilfe die Weiche, durch ein Zugseil mit der Maschine verbunden, über die Schienen gezogen wurde. Nach etwa 15 m mußte diese Arbeit unterbrochen werden, weil man befürchtete, daß die Weiche oder eine der Bockschwellen, auf denen sie befestigt war, an einem rechts vom Schienenstrang stehenden Lichtmast nicht vorbeikommen würde. Die Entfernung bis zum Lichtmast betrug noch etwa 5 m. Die Weiche wurde etwas nach links gerückt, so daß sie nunmehr nach der Annahme des die Arbeiten leitenden Vorarbeiters der Baufirma, B., an dem Lichtmast vorbeigezogen werden konnte. Als die Maschine sich dann auf Anordnung B.s wieder in Bewegung setzte, rutschte die Weiche etwa 1—2 m nach dem Anziehen plötzlich wieder nach rechts und stieß, bevor die Maschine auf das Haltezeichen des B. hin wieder zum Stehen gebracht werden konnte, mit einer Bockschwelle gegen den Lichtmast. Dieser stürzte um und traf

den Arbeiter E. so unglücklich, daß er am nächsten Tage an den Folgen seiner schweren Verletzung starb.

Gegen den Vorarbeiter der Baufirma, B., und deren Schichtmeister G. wurde von der Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren wegen fahrlässiger Tötung eingeleitet, aber mangels Nachweises einer strafbaren Fahrlässigkeit eingestellt.

Die Tiefbauberufsgenossenschaft gewährte den Hinterbliebenen des Getöteten nach den Vorschriften der RVD. Rente und weiteren Schadensersatz. Im Vorprozeß nahm die Tiefbauberufsgenossenschaft den Landkreis M. (den jetzigen Kl.) auf Grund des § 1542 RVD. und des § 1 HaftpfVG. auf Ersatz der entstandenen und in Zukunft noch zu leistenden Aufwendungen für die Hinterbliebenen des verunglückten Arbeiters E. in Anspruch. Der Kreis bestritt seine Pflicht zur Ersatzleistung, weil nicht er, sondern die Baufirma S. Eisenbahnunternehmer i. S. des HaftpfVG. gewesen sei und weil ihm auch kein Verschulden zur Last falle. Indessen wurde der Landkreis klagegemäß rechtskräftig zur Ersatzleistung verurteilt. Im Urteile des OLG. Düsseldorf v. 25. Mai 1935 ist ausgeführt, daß sich der Unfall im Eisenbahnbetriebe des Landkreises zugetragen habe und dieser daher nach § 1 HaftpfVG. haftbar sei. Das Vorliegen eines mitwirkenden Verschuldens der Baufirma hat das OLG. verneint. Den Landkreis hat es ferner deshalb für haftbar erklärt, weil er ebenfalls auf Grund der Vertragsbedingungen die Verantwortung für die Art der Durchführung der Arbeiten gehabt und deshalb auch etwaige hierbei vorgekommene Fehler zu vertreten habe.

Der Kl. hat auf Grund dieses rechtskräftigen Urteils bis zum 30. Nov. 1936 an die Tiefbauberufsgenossenschaft insgesamt 4844,15 RM gezahlt. Weiterhin sind ihm für die Wiederrichtung des Lichtmastes und die Erneuerung der dabei zerstörten Fernspreitleitung Unkosten in Höhe von 26,40 RM entstanden. Der Kl. nimmt aus dem Werkvertrag und unter Berufung auf § 426 BGB. die Bell. als die Erben des Tiefbauunternehmers S. auf Ersatz der Leistungen in Anspruch, die er auf Grund des rechtskräftigen Urteils im Vorprozeß gemacht hat und in Zukunft noch vornehmen muß. Er hat im ersten Rechtszuge beantragt, die Bell. zu 1, 3 und 5 als Gesamtschuldner zur Zahlung von 4870,55 RM nebst Prozeßzinsen zu verurteilen und festzustellen, daß die genannten Bell. zur Erstattung seiner weiteren Aufwendungen verpflichtet seien, ferner die anderen Bell. zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut ihrer Frauen zu verurteilen.

In der Verzinst. hat der Kl. den Zahlungsanspruch auf 11 531,47 RM nebst entsprechenden Zinsen erhöht, weil er nunmehr auch die Kosten des Vorprozesses mit 6690,92 RM ersetzt verlangt.

Die Bell. haben den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache, mangelndes Verschulden ihres Erblassers S. und weiter geltend gemacht, § 898 RVD. schließe jede Art von Ausgleichspflicht des Unternehmers gegenüber dem Kl. aus.

Das OLG. hat die Klage abgewiesen.

Durch ein Teilverurteil v. 22. Juli 1937 hat das OLG., soweit es sich um die Bell. zu 2 und 4 handelt, den Kl. der Berufung für verlustig erklärt. Im übrigen hat es die Berufung des Kl. durch Urteil v. 30. Dez. 1937 zurückgewiesen.

RG. hob auf.

1. Das OLG. hat gegenüber dem aus § 898 RVD. hergeleiteten Einwand der Bell. ausgeführt, diese Vorschrift stehe dem auf Werkvertrag gestützten Schadensersatzanspruch des Kl. nicht entgegen. Durch § 898 RVD. würden nur unmittelbare Ansprüche des Versicherten und seiner Hinterbliebenen gegen ihren Arbeitgeber ausgeschlossen, es sei denn, daß dieser den Unfall vorsätzlich herbeigeführt habe. Eine Inanspruchnahme des Unternehmers durch die Berufsgenossenschaft für die Leistungen, die diese kraft Gesetzes dem Versicherten oder seinen Hinterbliebenen gewährt hat, sei aber keineswegs ausgeschlossen. Nach § 903 Abs. 4 RVD. könne die Berufsgenossenschaft den Unternehmer auf Ersatz ihrer Aufwendungen in Anspruch nehmen, wenn der Unternehmer den Unfall durch strafbare Fahrlässigkeit verschuldet habe. Sei hiernach schon eine Inanspruchnahme des Unternehmers durch die Berufsgenossenschaft auf Ersatz sehr wohl möglich, so könnten die Vorschriften der RVD. um so weniger dem entgegenstehen, daß ein Dritter, der für die

Folgen des Unfalls ohne Verschulden habe auskommen müssen, wegen schuldhafter Verletzung vertraglich übernommener Pflichten Erfordernisse gegen den Unternehmer geltend mache. Es sei nicht Sinn und Zweck der Vorschriften der RVO., mit Rücksicht auf die von dem Unternehmer zur Berufsgenossenschaft geleisteten Beiträge Ansprüche des Geschäftsherrn gegen den Unternehmer auf Grund schuldhafter Verletzung der Pflichten aus dem Wertvertrag zu beschränken.

Dieser Auffassung ist im Ergebnis beizutreten. Der hier zu entscheidende Fall liegt in dieser Hinsicht ebenso wie der vom 1. Sen. in RGZ. 157, 282 = JW. 1938, 1956¹⁰ m. Ann. erl. Sen. in entchiedene. Auf die Ausführungen dieses Urteils kann daher Bezug genommen werden. Der Senat hält nach nochmaliger Prüfung an dieser Auffassung auch gegenüber den Bedenken fest, die im Schrifttum (vgl. JW. 1938, 1957¹⁰ [1958 f.]) bagegen erhoben worden sind; sie vermögen den Gedankengang jener Ausführungen nicht zu entkräften.

2. Der VerR. geht davon aus, die Beweislast dafür, daß dem Bauunternehmer S. oder einem seiner Leute, insbes. dem Vorarbeiter B., der von ihm mit der Leitung der Arbeiten beauftragt war, ein Verschulden an dem schadensstiftenden Unfall zur Last falle, treffe den Kl. Er begnügt sich hierbei nicht mit der Feststellung, daß ein solches Verschulden nicht bewiesen sei, sondern stellt darüber hinaus fest, nach seiner Überzeugung sei der Tod des verunglückten Arbeiters auf einen unglücklichen Zufall zurückzuführen.

Diese grundsätzliche Stellungnahme des VerR. wird von der Rev. beanstandet.

Wiederholt hat das RG. angenommen, bei Klagen auf Schadensersatz aus Beförderungs-, Dienst- oder Wertverträgen müsse sich der Bell. entlasten, wenn die Sachlage zunächst den Schluß rechtfertigt, daß er die ihm nach dem Vertrage obliegende Sorgfaltspflicht verletzt habe (RGZ. 148, 148 = JW. 1935, 2885⁷; RGEntsch. v. 6. Nov. 1934, VII 155/34; RGWarn. 1935 Nr. 4 und RGEntsch. v. 23. Okt. 1936, VII 96/36). Auch beim Gastaufnahmevertrag obliegt dem Unternehmer (Gastwirt) die volle Beweislast dafür, daß eine im Rahmen der Vertrags-erfüllung eingetretene Verletzung des Gastes ohne Verschulden des Unternehmers eingetreten sei, mindestens dann, wenn sich aus der Sachlage, insbes. aus der Tatsache der Verletzung eines Gastes durch die Beschaffenheit der vom Gastwirt nach dem Inhalt des Gastaufnahmevertrages zur Verfügung zu stellenden Räume und Gegenstände zunächst der Schluß auf ursächliches Verschulden des Gastwirts rechtfertigt (RGEntsch. v. 9. Okt. 1934, VII 138/34, abgedr. in JW. 1935, 122¹⁴).

Nach denselben Grundsätzen ist auch im vorl. Falle von der Beweislast des Unternehmers auszugehen, gegen den zunächst die Tatsache spricht, daß durch die Art der Durchführung der von ihm vertragsmäßig zu leistenden Werkleistung ein Menschenleben vernichtet worden ist, und daß für die schadensrechtlichen Folgen der tödlichen Verletzung sein Vertragsgegner, der Besteller, kraft der ihn treffenden gesetzlichen Haftpflicht auch ohne eigenes Verschulden einzutreten hatte. Selbst wenn gegen die an der Durchführung der Arbeiten im einzelnen beteiligten Leute des Unternehmers nicht der Vorwurf einer Sorgfaltverletzung zu erheben ist, so begründet doch die Tatsache der bei der Arbeit eingetretenen schweren Verletzung eines daran beteiligten Arbeiters erfahrungsgemäß in der Regel die Annahme, daß bei der Anordnung der Arbeiten im einzelnen oder bei ihrer Leitung oder Überwachung ein Fehler vorgekommen sein muß, ohne dessen Eintreten der Unfall hätte vermieden werden können und müssen. In solchen Fällen muß der Unternehmer den Entlastungsbeweis dafür führen, daß seinerseits alles nur mögliche geschehen ist, um einen derartigen lebensgefährdenden Zwischenfall mit größter Sicherheit auszuschließen.

Im vorl. Falle kommt aber noch ein anderer rechtlicher Gesichtspunkt in Frage, der bei der Beurteilung der Beweisfrage nicht außer acht gelassen werden darf. Nach den dem Wertvertrage zugrunde gelegten „Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen oder Lieferungen“ müssen die Leistungen und Lieferungen den besten Regeln der Technik entsprechen (§ 7 Abs. 1). Die gleichfalls einen Bestandteil des Wertvertrags bildenden „Besonderen Bedingungen für die Ausführung von Oberbauarbeiten“ legen (in § 13) dem Un-

ternehmer besondere Verpflichtungen hinsichtlich der Aufsichtsführung auf; insbes. muß während der Arbeiten auf der Baustelle der Unternehmer oder ein sachkundiger Bevollmächtigter anwesend sein (§ 13 Abs. 1). Nach § 10 Abs. 3 der letztbezeichneten Bedingungen hat der Unternehmer für die eigentlichen Oberbauarbeiten besonders darauf eingeeübte Leute unter geschulten Vorarbeitern zu stellen. Bei der auch vom Vorderrichter angenommenen besonderen Gefährlichkeit des Arbeitswerks im vorl. Falle ist die Annahme gerechtfertigt, daß gerade auch deswegen die bezeichneten Vorschriften in den Wertvertrag aufgenommen worden sind, um den Besteller weitgehend vor einer Forderung aus der ihn als Eisenbahnunternehmer gesetzlich treffenden erhöhten Haftpflicht aus Unfällen zu schützen, die sich bei der Ausführung derartiger Arbeiten ereignen können. Unter diesem Gesichtswinkel betrachtet kommt mindestens der bezeichneten, die Aufsichtsführung auf der Baustelle regelnden Bestimmung die Bedeutung einer vertraglichen Nebenverpflichtung zu, deren Verletzung eine (teilweise) Unmöglichkeit der Vertragsleistung und in Fällen der vorl. Art über die Anwendung der schon erwähnten Grundsätze hinaus die mindestens entsprechende Anwendung der Rechtsregel des § 282 BGB. rechtfertigt. Auch unter diesen Gesichtspunkten hat der Unternehmer die Beweislast dafür zu tragen, daß der bei der Ausführung eingetretene Unfall, für dessen Schadensfolgen der Besteller unmittelbar haftet, und demgemäß die Belastung des Bestellers mit den darauf beruhenden Schadensersatzansprüchen nicht die Folge eines vom Unternehmer zu vertretenden Umstandes ist.

Diese Rechtslage hat der Vorderrichter verkannt. Seine Entscheidung ist offensichtlich von Rechtsirrtum in der Beweislastfrage beeinflusst. Denn er sagt ganz allgemein und grundsätzlich, die Beweislast dafür, daß dem Bauunternehmer S. oder einem seiner Leute, insbes. dem mit der Leitung der Arbeiten beauftragten Vorarbeiter B. ein Verschulden zur Last falle, treffe den Kl. Durch die weitere Feststellung, der Senat habe auf Grund des Beweisergebnisses die Überzeugung gewonnen, daß der Tod des Arbeiters E. auf einen unglücklichen Zufall zurückzuführen sei, wird dieser Rechtsirrtum und seine Ursächlichkeit für die Sachentscheidung nicht oder wenigstens nicht vollständig ausgeräumt. Einmal erfaßt diese — vielleicht unabhängig von der Beweislastregelung getroffene — Feststellung nach dem Zusammenhang, in dem sie getroffen ist, nicht alle rechtlichen Gesichtspunkte, unter denen die Schuldfrage zu betrachten war. Sie bezieht sich zunächst nur auf den tatsächlichen Hergang, die Ausführung der Arbeit selbst und die Frage, ob dem dafür in erster Linie verantwortlichen Vorarbeiter B. ein Verschulden zur Last liege. Dies wird vom Vorderrichter mit eingehender tatsächlicher Begründung verneint. Soweit es sich um die Würdigung des eigenen Verhaltens des Bauunternehmers S. handelt, hat der Vorderrichter jene — von der Beweislastfrage unabhängige — Feststellung schließlich auch nicht wiederholt, sondern nur ausgeführt, der Umstand allein, daß sich bei den Arbeiten ein Unfall ereignet habe, beweise nicht, daß nicht nach den besten Regeln der Technik verfahren worden sei, und daß durch einen Verstoß gegen die besten Regeln der Technik der Unfall verursacht worden sei. Hierbei geht es also offenbar wiederum um der grundsätzlichen Beweislast des Kl. aus. Das gleiche gilt, soweit es sich darum handelt, ob der Bauunternehmer S. seine besondere Pflicht zur Aufsichtsführung (Besondere Bedingungen § 13) im vollen Umfange erfüllt hat. Denn insoweit beschränkt sich das BU. auf die kurze Bemerkung, es sei nicht dargetan, daß B. nicht die nötigen technischen und mechanischen Kenntnisse und Erfahrungen für die Leitung einer derartigen Arbeit gehabt habe, und nach dem Gutachten des Sachverständigen lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß B. irgendwie unsachgemäß verfahren sei.

In diesem letzten Punkte ist die Begründung des BU. aber auch abgesehen von der Beweislastfrage nicht bedenkenfrei. Nach den dem Vertrage zugrunde liegenden, allgemeinen und besonderen Bedingungen erschlöpft sich die Vertragspflicht des Bauunternehmers S. nicht darin, daß er die Leistungen und Lieferungen den besten Regeln der Technik entsprechend ausführen ließ und daß er für die eigentlichen Oberbauarbeiten beson-

ders darauf eingewöhnte Leute unter geschulten Vorarbeitern zu stellen hatte. Darüber hinaus hatte er die Arbeiten auf der Baustelle persönlich oder durch einen sachkundigen Bevollmächtigten zu überwachen. Der Vorberrichter scheint anzunehmen, daß diese besondere Aufsichtspflicht (Besondere Bedingungen § 13) schon dadurch erfüllt worden sei, daß der Unternehmer zur Leitung der Arbeiten einen geschulten „Vorarbeiter“, eben den Vorarbeiter B., gegen dessen Eignung zu dieser Aufgabe eines Bauleiters an sich nichts einzuwenden gewesen sein mag, bestellt habe. Neben der Verpflichtung zur Stellung eines geeigneten Bauleiters (Besondere Bedingungen § 10 Abs. 3) steht aber die offenbar selbständige Pflicht zur Aufsichtsführung auf der Baustelle, die nach § 13 der Besonderen Bedingungen nur von dem Unternehmer persönlich oder einem sachkundigen Bevollmächtigten ausgeübt werden kann, und es fehlt an Anhaltspunkten für die Annahme, daß diese besondere Aufsichtsführung zumal bei einer außergewöhnlichen, gefährlichen und besondere Erfahrung und Umsicht erfordernden Arbeit von der hier fraglichen Art vertragsmäßig dem bauleitenden Vorarbeiter übertragen und durch ihn (neben seiner eigentlichen Aufgabe) mit ausgeübt werden dürfe. Jedenfalls hat der Vorberrichter diese Frage nicht erörtert. Es ist insbes. nicht geprüft, ob der Bauunternehmer S. oder sein etwaiger Bevollmächtigter Kenntnis von der Vornahme der (außergewöhnlichen) Weichenverstellung gehabt hat — wenn es nicht der Fall war, wie sich dies erklärt — wenn es der Fall war, warum er es unterlassen hat, sich selbst um die Sache zu kümmern oder einen besonderen „sachkundigen Bevollmächtigten“ zur Baustelle zu senden, und ob es bei der besonderen Schwierigkeit und Gefährlichkeit des Arbeitsvorganges nicht sachgemäß war, wenigstens bei dieser aus dem Rahmen des Gewöhnlichen offenbar erheblich herausfallenden Einzelleistung bestimmte Überwachungs- und Vorsichtsmaßnahmen zu treffen, um einen Unfall bei der Ausführung mit größtmöglicher Sicherheit auszuschließen, notfalls auch dafür zu sorgen, daß behufs Vermeidung der bestehenden Schwierigkeit und Gefahr die Weiche nicht in einem Stück, sondern in mehreren Teilen zerlegt, fortbewegt wurde (was nach dem Gutachten ohne weiteres möglich gewesen sein soll). Die Aufklärung dieser Fragen ist im Rahmen des dem Bauunternehmer obliegenden Entlastungsbeweises aber um so weniger zu entbehren, wenn es zutrifft, daß B. allein nicht in der Lage war, sein Augenmerk auf alle Einzelheiten des Arbeitsvorganges so hinzulenken, wie es dessen Gefährlichkeit erforderte.

(RG., VII. Zivilsen., II. v. 6. Sept. 1938, VII 35/38.)

*

36. DRG. — VVG.; AllgAllgVersBed.

I. Wird der Versicherer nach den Versicherungsbedingungen von der Verpflichtung zur Leistung unter der Voraussetzung frei, daß der Verletzte vorzüglich oder infolge grober Fahrlässigkeit die Anzeigepflicht über den Eintritt des Versicherungsfalles verlegt, so dürfen nicht allzu geringe Anforderungen an die Erfüllung der Anzeigepflicht gestellt werden.

II. Durch die Unterlassung der Anzeige erwächst kein Rechtsnachteil bei einem nach menschlichem Ermessen unbedeutenden Unfall, während für alle Unfälle, bei denen ernsthaft mit schweren Folgen zu rechnen ist, eine Anzeigepflicht besteht, durch deren schuldhaftige Verletzung der Versicherer frei wird.

Der Kl. ist als Bezieher einer Zeitschrift bei der Bekl. für den Fall des Todes und des Eintritts von Invalidität versichert.

Am 23. Dez. 1936 hat der Kl. bei einem Brand in Ausübung seines Berufes als Feuerwehrmann einen Unfall erlitten, auf Grund dessen er bis zum 2. März 1937 krank und vom Dienst befreit war. Nachdem er hierauf seinen Dienst einige Wochen hindurch wieder versehen hatte, brach er am 3. April 1937 infolge eines Schwindelanfalls im Dienst zusammen und wurde erneut krank geschrieben. In der Folgezeit stellte sich dann heraus, daß der Kl. für seinen Beruf dauernd unfähig war. Er wurde infolgedessen am 28. Sept. 1937 wegen dauernder Dienstunfähigkeit als Feuerwehrmann zum 1. Dez. 1937 in den Ruhestand versetzt.

Der Kl. erhebt Anspruch auf die nach den Versicherungsbedingungen von der Bekl. bei Ganzinvalidität zu zahlende Summe von 5000 RM.

Der Kl. hat schon deshalb keinen Anspruch gegen die Bekl., weil er den Unfall vom 23. Dez. 1936, sowie, wenn man mit ihm den Schwindelanfall vom 3. April 1937 als einen weiteren Unfall ansieht, auch diesen der Bekl. nicht rechtzeitig angezeigt hat.

Nach § 5 Abs. 1 der dem Versicherungsvertrage zugrunde liegenden Versicherungsbedingungen ist jeder Unfall von dem Geschädigten unverzüglich nach Eintritt der Bekl. anzuzeigen. Verlegt der Versicherungsnehmer diese von ihm nach Eintritt des Versicherungsfalles zu erfüllende Obliegenheit, so ist der Versicherer nach § 5 Abs. 6 der Versicherungsbedingungen von der Verpflichtung zur Leistung frei, es sei denn, daß die Verletzung weder auf Vorsatz noch auf grober Fahrlässigkeit beruht.

Der Kl. hat erst am 2. Okt. 1937, also mehr als neun Monate nach dem Unfall vom 23. Dez. 1936 und nahezu sechs Monate nach dem erlittenen Schwindelanfall der Bekl. Anzeige erstattet. Er hat damit grobfahrlässig gehandelt, da ein langes Warten auch unter den vorliegend gegebenen Umständen jedweder im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und den Anforderungen, die an jeden Versicherten gestellt werden müssen, widerspricht.

Dem Kl. waren nach seinem eigenen Vortrag die Versicherungsbedingungen bekannt. Nach diesen ist (§ 5) jeder Unfall und nicht erst seine Folgen, also insbes. der Eintritt der Invalidität, anzuzeigen. Wenn daher der Kl. auch der Meinung war, daß nur bei Ganzinvalidität der Versicherungsfall gegeben sei, so wird seine grobe Fahrlässigkeit doch nicht dadurch ausgeräumt, daß er erst im September 1937 von seiner dauernden Dienstunfähigkeit sichere Kenntnis erhielt. Mag auch nach vernünftiger Auslegung der Versicherungsbedingungen nicht die Pflicht bestehen, auch von dem geringsten, nach menschlichem Ermessen ganz unbedeutenden Unfall unverzüglich Mitteilung zu machen, so besteht doch jedenfalls dann diese Anzeigepflicht, wenn ernsthaft mit schweren Folgen aus dem Unfälle zu rechnen ist.

Vorliegend handelt es sich nach der eigenen Darstellung des Kl. um einen recht schweren Unfall, in dem er bei einem Großfeuer durch eine Explosion fortgeschleudert wurde und fünf Meter weit gegen eine Bretterwand flog. Wenn nun auch dem Kl. von den behandelnden Ärzten nicht gesagt worden ist, es sei möglich, daß er unheilbare Schäden erlitten habe, so mußte er doch bei der Schwere des Unfalls auch ohnedem mit solchen Folgen rechnen. Dieses war insbes. der Fall, als sich seine Genesung erkennbar lange hinzog und trotz der erfolgten ärztlichen Behandlung eine wesentliche Besserung seines Gesundheitszustandes nicht eintrat. Es war daher auf jeden Fall grobfahrlässig, wenn der Kl. mehr als neun Monate gewartet hat, ehe er die Unfallmeldung erstattete. Daran ändert nichts, daß der Kl. hoffte, wieder gesund zu werden. Allein wegen der für ihn erkennbaren Unsicherheit wird ein auch nur in etwa sorgfältiger und gewissenhafter Mensch alsbald eine Meldung vornehmen.

Es wäre auch der Bekl. gegenüber unbillig, allzu geringe Anforderungen an die Erfüllung der Anzeigepflicht zu stellen. Die Bestimmung, daß Unfälle unverzüglich zu melden sind, entspricht einem berechtigten Interesse der Bekl., die sich auf diese Weise die Möglichkeit verschaffen will, die versicherungspflichtigen Unfälle in ihren Folgen zu beobachten, damit die Gefahr, daß unberechtigte Forderungen gestellt werden, vermindert wird.

(DRG. Düsseldorf, Urte. v. 12. Sept. 1938, 6 U 72/38.)

Wettbewerbsrecht

** 37. RG. — 1. § 1 ZugabeVD.; § 1 UnlVG. Die unentgeltliche Abgabe von Warenproben, die dem Verbraucher nur ermöglichen sollen, sich von der Güte der Ware zu überzeugen, verstößt nicht gegen die ZugabeVD. Das gilt auch dann, wenn die werbende Firma die Proben durch Beauftragte verteilte läßt, die diese Tätigkeit im Rahmen eigener Verkaufstätigkeit ausüben; sie dürfen nur die Abgabe der Proben an die Kunden nicht vom Zustandekommen eines Kaufvertrages über ihre eigenen Waren abhängig machen. — Umfang der Warenprobe. Nicht erforderlich ist, daß die Probemenge jeweils dem Bedarf der einzelnen Abnehmer angepaßt wird.

2. § 1 UnlVG.; §§ 16, 17 der 1. WirtschaftsaufbVD. v. 27. Nov. 1934. Unlauterer Wettbewerb liegt vor, wenn ein Mitglied einer Wirtschaftsgruppe den Anordnungen ihres Leiters wissenschaftlich zuwiderhandelt und sich dadurch im Wettbewerb mit anderen Mitgliedern der gleichen Gruppe oder einer anderen Gruppe, für die im Einverständnis der Gruppenleiter das gleiche Verbot erlassen worden ist, einen wirtschaftlichen Vorsprung verschafft unter Ausnutzung des pflichtgemäßen Verhaltens der Wettbewerber.

3. §§ 1, 5 Gef. über Wirtschaftswerbung v. 12. Sept. 1933; Bestimmung des Werberats der Deutschen Wirtschaft über die Werbung auf dem Gebiete der Elektrizität, des Gases wie der Brenn- und Kraftstoffe aller Art v. 15. Febr. 1937; 1. Wirt-

Wirtschaftsaufbau **W. v. 27. Nov. 1934; Gemeinsame Anordnung der Leiter der Wirtschaftsgruppen Bergbau, Einzelhandel, Elektrizitätsversorgung, Gas- und Wasserversorgung sowie Groß-, Ein- und Ausführhandel (RNz. v. 12. Dez. 1936 Nr. 290). Anordnungen einer Wirtschaftsgruppe können nicht durch den Werberat der Deutschen Wirtschaft aufgehoben werden.**

Die Kl. ist die Verkaufsstelle eines Kohlenhändlers für Ruhrkohle in dem Wirtschaftsgebiet M. In demselben Gebiet ist die Bekl. die Vertreterin des Braunkohlenbergbaus. Die Kl. gehört zur Wirtschaftsgruppe Groß-, Ein- und Ausführhandel, die Bekl. zur Wirtschaftsgruppe Bergbau. Die Kl. suchte in dem vornehmlich Braunkohlenbriketts verbrauchenden Gebiet M. den Absatz ihrer aus Ruhrkohle hergestellten Anthrazit-Eisformbriketts zu fördern. Sie gab zunächst in diesem Gebiet Gutscheine über je 25 Pfund Eisformbriketts aus, die sie durch den Ofenhandel und das Ofensezergewerbe an die Verbraucher verteilen ließ. Die Bekl. sah darin unlauteren Wettbewerb und wandte sich an die Brikettzentrale GmbH. in Berlin. Auf deren Einbruch stellte die Kl. die Ausgabe von Gutscheinen zunächst ein, gab sie aber später in anderer Form heraus. Sie ließ durch Werbelosung bei öffentlichen Werberveranstaltungen und durch den Ofenhandel an Käufer von Dauerbrandöfen und Kauflustige Werbekarten abgeben, denen eine Bestellkarte mit Postfreimarke auf einen Gutschein über 25 Pfund Anthrazit-Eisformbriketts beigelegt war. Sandte der Empfänger einer Werbung die Bestellkarte an die Kl. ein, so erhielt er einen Gutschein; die Gutscheine wurden von den Kohlenhändlern mit 25 Pfund Anthrazit-Eisformbriketts eingelöst, deren Wert die Kl. den Händlern vergütete. Nach der gemeinsamen Anordnung der Leiter der Wirtschaftsgruppen Bergbau, Einzelhandel, Elektrizitätsversorgung, Gas- und Wasserversorgung sowie Groß-, Ein- und Ausführhandel (RNz. v. 12. Dez. 1936 Nr. 290) zur vorläufigen Regelung des Wettbewerbs zwischen Elektrizität, Gas- und festen Brennstoffen stellte die Kl. auch diese Form der Gutscheinwerbung zunächst ein, nahm sie aber im Sommer 1937 wieder auf. Die Bekl. erwirkte daraufhin eine einstweilige Verfügung, in der der Kl. die Verbreitung der Werbekarten und das Verschicken der Eisformbriketts zu Werbezwecken untersagt wurde. Die Kl. hat daraufhin Klage gegen die Bekl. erhoben, mit der sie u. a. Ersatz des Schadens verlangt, der ihr durch den Erlaß der einstweiligen Verfügung entstanden sei. Die Bekl. hat Widerklage erhoben und beantragt, der Kl. die Verteilung der Gutscheine und die kostenlose Abgabe der Briketts zu verbieten. Sie ist in den Vorinstanzen unterlegen. Auf ihre Rev. wurde die Sache an das BG. zurückverwiesen.

1. Allerdings kann der Rev. darin nicht beigelegt werden, daß das Verhalten der Kl. gegen die Zugabe **W. d. verhöft.** Der erkl. Sen. hat in der Entsch. v. 19. Okt. 1937 zu II 156/37, auf die das **W. U.** verweist, die Auffassung gebilligt, die unentgeltliche Abgabe von bloßen Warenproben, die dem Verbraucher nur er möglichen sollen, sich von der Güte der Ware der so werbenden Firma zu überzeugen, verschloß nicht gegen das Verbot der Zugabe. Es ist richtig, daß sich der Tatbestand jenes Streitfalles von dem vorl. insofern unterscheidet, als dort die für ihre Waschmittel werbende Firma sich besonderer, von ihr selbst beauftragter Werberinnen bediente, die die Hausfrauen besuchten und denen, die sich zur Vornahme einer Waschprobe bereit zeigten, den für eine Probewäsche erforderlichen Waschmittelbedarf, eine große oder eine kleine Packung des Waschmittels kostenlos abgaben. Vom Standpunkt der mit Warenproben für ihre Ware werbenden Firma aus ist es aber gleichgültig, ob der beauftragte Werber diese Tätigkeit im Hauptberuf ausübt oder etwa nur nebenher im Rahmen anderer geschäftlicher Tätigkeit; denn für die werbende Firma und die Verteilung ihrer Werbegabe wird dadurch nichts geändert. Für ihren eigenen Geschäftsbetrieb ist es deshalb auch kein Unterschied, ob sie die Warenproben auf dem einen oder dem anderen Wege ausgibt oder ihre Ausgabe, wie hier, vorbereitet. Ist der nur nebenher für sie tätige Beauftragte selbst im Hauptberuf Warenverkäufer (für eigene Rechnung), so wäre denkbar, daß die Werbegabe, die der selbständige Händler beim Verkauf seiner Ware unentgeltlich mit abgibt, als Zugabe zu seiner Ware betrachtet werden könnte und daß

der Dritte sich der Anstiftung oder der Beteiligung schuldig machte, wenn die unentgeltliche Abgabe einen Verstoß gegen die Zugabegesetzgebung enthält. Denn § 1 Zugabe **W. d. v. 9. März 1932 (RGBl. I, 121)** verbietet schlechthin, im geschäftlichen Verkehr neben einer Ware oder einer Leistung eine Zugabe (Ware oder Leistung) anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren, und es kommt nicht darauf an, ob die Zugabe aus eigenen Mitteln des Anbietenden oder Gewährenden geleistet werden soll oder geleistet wird. Das hat das BG. nicht ungeprüft gelassen. Es kommt aber zur Ablehnung auch eines Verstoßes des Ofenhändlers gegen das Zugabeverbot mit folgenden Erwägungen: Die Kl. sei an dem Ofengeschäft nicht beteiligt. Sie habe die Ofenhändler auch nicht angewiesen, die Abgabe der Gutscheinbestellkarte vom Erwerbe eines Ofens abhängig zu machen; nach ihrer unwidersprochenen Behauptung verlangten es die Ofenhändler auch nicht. Schon deshalb lasse sich auch nicht feststellen, daß die angebotene Kohlenprobe der Kl. den Kauflustigen in seiner Entscheidung beeinflussen solle. Dazu sei sie auch nicht geeignet, weil der hohe Preis eines Dauerbrenners außer jedem Verhältnis zu dem geringen Werte von 25 Pfund Eisformbriketts stehe. Ein vernünftig handelnder Käufer werde sich dadurch niemals zum Ofenkauf bestimmen lassen. Es fehle auch an jeder Täuschung des Käufers, der den Ofen zum gleichen Preis kaufe, ob er den Gutschein erwerbe oder nicht. Der Preis der Brikettlieferung sei in den Ofenpreis nicht eingerechnet.

Diese Darlegungen tragen die Auffassung des BG. Die Möglichkeit der Anwendung der Bestimmungen der Zugabe **W. d.** entfällt schon damit, daß die Abgabe der Gutscheinbestellkarte ohne Rücksicht auf den Abschluß eines Ofenkaufs erfolgt, um so mehr, wenn, wie die Kl. unwidersprochen behauptet hat, das BG. allerdings nicht erwähnt, jedem Ofenhändler des in Frage stehenden Werbebezirks auf Verlangen die Werbungen der Kl. mit den Gutscheinbestellkarten zur Abgabe in seinem Geschäftsbetrieb überlassen werden.

Ist zudem die Möglichkeit, sich durch die Einfindung der Bestellkarte einen Gutschein zu verschaffen, völlig bedeutungslos für den Entschluß zur Tötigung eines Ofenkaufes, dann läge, selbst wenn die übrigen Voraussetzungen der Zugabe an sich zu bejahen wären, die Ausnahme des § 1 Abs. 2 a Zugabe **W. d.** vor, nach der das Verbot des Abs. 1 nicht gilt, wenn lediglich, wie hier, geringwertige Kleinigkeiten gewährt werden.

Gerade dadurch unterscheidet sich der vorl. Fall von dem in **RGZ. 154, 28 = JW. 1937, 1882** m. Anm. entschiedenen Freigas-Fall, auf den die Rev. Bezug nimmt. Denn nach den tatsächlichen Feststellungen jenes Urteils war den Erwerbenden von Gas verbrauchenden Geräten eine nicht unerhebliche, jedenfalls den Wert der hier fraglichen Briketts weit übersteigenden Menge Freigas zugesagt, und die Käufer sollten gerade durch diese anscheinend unentgeltlich gewährte zusätzliche Leistung zur Anschaffung eines Gasgerätes (an Stelle eines elektrischen Strom verbrauchenden Gerätes) bestimmt werden.

Auch auf das Urteil des Senats in **RGZ. 149, 243 = JW. 1936, 713** (Zahnarzttagbuch) kann sich die Rev. nicht stützen. Dort war für die Entscheidung maßgebend, daß es sich bei der Werbegabe nicht um einen Reklamegegenstand von geringem Werte handelte, der unter § 1 Abs. 2 a Zugabe **W. d.** fiel, sondern um einen wertvollen Gegenstand, dessen der Zahnarzt für seinen Beruf bedurfte und den er sich sonst kaufen müßte, der schon wegen seines Wertes einen starken Anreiz auf den Empfänger übte, von dem Lieferer auch den Warenbedarf für die Praxis zu beziehen.

Es ist deshalb, zunächst vom Standpunkte des Zugabeverbots aus gesehen, nicht möglich, mit der Rev. von einem vom Gesetz mißbilligten Wege der Warenanpreisung zu sprechen, wenn die Kl. die Gutscheinbestellkarten durch den Ofenhandel abgeben läßt, und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Auffassung des BG. unzutreffend sein sollte, daß die Kl. die Ofenhändler gewissermaßen nur als Werkzeug für die Zustellung (als Briefträger, wie die Kl. behauptet hatte) benutze. Durch die Verteilung durch eine „Organisation“ und die Benutzung der Dienste Dritter an sich wurde die Verteilung nicht rechtswidrig. Daß, ähnlich wie in der Entsch. **RGZ. 154, 28 = JW. 1937, 1882** m. Anm. die Ofenhändler die Geräte für die

Kohlen besonders zum Verbrauche von Anthrazit-Briketts der Kl. verkaufen, trifft nach den Feststellungen des BG. nicht zu, wenn die Dauerbrandöfen auch mit den Briketts der Befl. oder mit anderen Brennstoffen geheizt werden können.

Auch die Rüge, das BG. verkenne den Begriff der Warenprobe, ist nicht begründet. Das BG. geht bei seiner Prüfung von den Ausführungen des erwähnten Urteils des Senats v. 19. Okt. 1937 zur Warenprobe aus und kommt zu dem Ergebnis, eine Brikettmenge von 25 Pfund überschreite nicht die Menge, die für die einmalige Füllung eines großen Dauerbrenners nötig sei. Es hat nicht verkannt, daß die Heizung kleinerer Öfen die gleiche Menge erst in entsprechend längerer Zeit erfordere. Wenn das BG. dabei vom tatsächlichen Bedarf ausgegangen ist und unberücksichtigt gelassen hat, daß in den ersten Gutachtenbestellarten von einem mehrtägigen Versuch die Rede war, der dann nur auf kleine Öfen bezogen werden kann, so ist ihm beizustimmen; denn wenn die Warenprobe die Aufgabe hat, dem Umworbener die Prüfung der Ware auf ihren Gebrauchswert zu ermöglichen, so kann die Menge nicht so knapp bemessen werden, daß sie nur unter besonders günstigen Umständen (kleiner Öfen, günstige Witterungsverhältnisse) zur Feststellung der Eigenschaften ausreicht, auf die es dem Käufer ankommt. Wie groß die Warenprobe im Einzelfall sein darf, ist wesentlich Tatsachenfrage. Das BU. läßt nicht erkennen, daß insoweit seine Erwägungen von Rechtsirrtum beeinflusst seien. Die Rev. will anscheinend als Verfahrensverstöß des BG. rügen, daß die von der Befl. in der mündlichen Verhandlung des zweiten Rechtsgangs überreichte Schrift „Technische Richtlinien für eiserne Dauerbrandöfen“ (Teil II Heizleistungsangaben) nicht ausreichend berücksichtigt worden sei. Dieser Angriff wäre nicht berechtigt; denn das BG. ist davon ausgegangen, daß die Brikettmenge von 25 Pfund für die einmalige Füllung und damit zur Vornahme einer ordnungsmäßigen Heizprobe nur von einem großen Dauerbrenner erfordert wird und daß die gleiche Menge Heizstoff für einen Öfen mit kleinerer Heizfläche (und entsprechend geringerer Heizleistung) einige Tage länger ausreicht. Wenn es darin kein Hindernis für seine Auffassung sieht, die unentgeltlich abgegebene Brikettmenge in allen Fällen als Warenprobe zu betrachten, so ist ihm darin beizustimmen. Denn wenn man verlangen wollte, daß die Probemengen immer nach dem Bedarf im Einzelfall begrenzt werden müßten, so würde die Werbung mit Warenproben offensichtlich in einer Weise erschwert, daß sie nicht mehr durchführbar wäre. Bei dem geringen Werte der Probemenge von 25 Pfund Eisformbriketts = etwa 50 Pfg. wäre diese Forderung auch nicht verständlich, wenn, wie das BG. zutreffend annimmt, auch für kleinere Öfen eine Menge von 25 Pfund noch nicht als Bedarfsdeckung zu betrachten ist. Damit wird auch das erste Bedenken der Rev. gegen die Betrachtungsweise des BU. aus dem Gesichtspunkte des UnlWG. hinfällig. Kann die abgegebene Menge als Warenprobe betrachtet werden und ist die Warenprobe an sich als Werbemittel nicht zu beanstanden, solange sie nicht zu einem nach allgemeinen Wirtschaftsgrundsätzen unzulässigen Verschonen der Ware selbst wird, so sind die allgemeinen Bedenken der Rev. nicht berechtigt.

2. Es kommt dann aber auch darauf an, ob nicht etwa, wie die Befl. und Widerklägerin behauptet hat, der Werbung der Kl. besondere Anordnungen für den Handel mit Heizstoffen entgegenstanden. Hierzu führt das BG. folgendes aus:

Die vorläufige gemeinsame Anordnung der Leiter der fünf Wirtschaftsgruppen Einzelhandel, Bergbau, Elektrizitätsversorgung, Gas- und Wasserversorgung und Groß-, Ein- und Ausfuhrhandel vom Herbst 1936 stehe der Auffassung, daß das Verhalten der Kl. mit den Grundsätzen des lautereren Wettbewerbs zu vereinigen sei, nicht entgegen. Sie enthalte kein gesetzliches Verbot, sei vielmehr eine innere Anordnung, zu deren Befolgung die Mitglieder der Wirtschaftsgruppen durch Ordnungsstrafen angehalten werden könnten. Das Gericht könne die Anordnung nur insoweit verwerten, als sich daraus Schlüsse auf die in den Wirtschaftsgruppen herrschende Auffassung über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Werbemaßnahmen ziehen ließen. Es könne unentschieden bleiben, ob die „zur vorläufigen Regelung des Wettbewerbs“ erlassene Anordnung nicht nach dem

Erlaß der Bestimmung des Verberaters der Deutschen Wirtschaft „zur endgültigen Befriedung der Werbung für Elektrizität, Gas, Brenn- und Kraftstoffe v. 15. Febr. 1937 (RAnz. 1937 Nr. 38)“ gegenstandslos geworden sei. Es könne ebenso offenbleiben, ob die gemeinsame Anordnung der Leiter der Wirtschaftsgruppen nur Wettbewerbsauswüchse zwischen den Wirtschaftsgruppen unterbinden wolle oder auch den Wettbewerb der Mitglieder einer einzelnen Gruppe selbst regelle. Denn aus dem Anlaß, dem Sinn und Zweck der Anordnung sei zu schließen, daß sie Warenproben nicht habe treffen wollen. Die Anordnung erwähne die Ausgabe von Strom- und Gasgutheften, die nicht zum Bezug von Warenproben hätten dienen sollen.

Die Einwände der Rev. gegenüber diesen Ausführungen greifen durch. Richtig ist zwar, daß den Anordnungen wirtschaftlicher Verbände keine Gesetzeskraft zukommt, daß sich ihre Wirksamkeit vielmehr auf die Mitglieder des Verbandes beschränkt. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß das Gericht sie bei der Prüfung, ob den Zuwiderhandelnden der Vorwurf einer wettbewerbswidrigen Handlung trifft, ausschließlich und allein nur in der Richtung verwerten kann, als sich daraus Schlüsse auf die Auffassung des Leiters der Wirtschaftsgruppe über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Werbemaßnahmen ziehen lassen, daß das Gericht aber unabhängig davon die Wettbewerbswidrigkeit einer streitigen Werbemaßnahme zu prüfen habe und deshalb nicht gehindert sei, die Maßnahme für unbedenklich vom Standpunkt des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb zu erklären, trotz einem ihr entgegenstehenden ausdrücklichen Verbot des Leiters der zuständigen Wirtschaftsgruppe, an das die anderen Mitglieder der Wirtschaftsgruppe sich pflichtgemäß gebunden halten. Wäre das BG. dieser Auffassung, so könnte ihm nicht gefolgt werden. Auch eine sonst nicht zu beanstandende wirtschaftliche Maßnahme kann aus Rücksichten auf die Gesamtwirtschaft durch Anordnung der zuständigen Wirtschaftsgruppe für ihren Bereich verboten werden. Durch Erlaß des RWiM. v. 12. Nov. 1936 (MinBl. f. Wirtschaft. 1936, 269) ist als weitere Aufgabe aller Gruppen und Kammern der deutschen Wirtschaft die Erziehung ihrer Mitglieder „zu größtmöglicher Wirtschaftlichkeit und höchster Leistung zum Nutzen von Volk und Staat“ bestimmt worden. Der gleiche Erlaß unterstellt die marktregulierenden Verbände den Gruppen der gewerblichen Wirtschaft. Damit ist die Stellung der Wirtschaftsgruppen als Organe der Gesamtwirtschaft hervorgehoben, die weit hinausgeht über die Aufgabe, die Belange ihrer Mitglieder zu wahren. Die Befugnis des RWiM. zu dieser Anordnung ergibt sich aus § 1 Ges. zur Vorbereitung des organischen Aufbaus der deutschen Wirtschaft v. 27. Febr. 1934 (RGBl. I, 185).

Können die Leiter der Wirtschaftsgruppen für ihre Mitglieder aus Rücksicht auf die gesamte Wirtschaft bindende Anordnungen erlassen, so kann daran auch die Würdigung einer Zuwiderhandlung vom Standpunkt der Grundsätze des lautereren Wettbewerbs nicht vorübergehen. Denn ganz abgesehen von der Befugnis der Leiter der Wirtschaftsgruppen, ihren Anordnungen durch Ordnungsstrafen Beachtung zu sichern (§ 17 der 1. W.D. zur Durchführung des Wirtschaftsaufbaues, Ges. v. 27. Nov. 1934 [RGBl. I, 1194]), die auch das BU. erwähnt, ist es selbstverständlich, in § 16 Abs. 3 der genannten W.D. noch ausdrücklich ausgesprochene Pflicht der Mitglieder einer Wirtschaftsgruppe, den Anordnungen ihres Leiters zu folgen. Jedenfalls kann kein Mitglied einer Wirtschaftsgruppe, ohne gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs zu verstoßen, solchen Anordnungen wissentlich zuwiderhandeln, um sich dadurch im Wettbewerb mit anderen Mitgliedern der gleichen Gruppe oder einer anderen Gruppe, für die im Einverständnis der Gruppenleiter das gleiche Verbot erlassen worden ist, einen wirtschaftlichen Vorsprung zu verschaffen unter Ausnutzung des pflichtmäßigen Verhaltens der Mitbewerber zum eigenen Vorteil.

Für den Fall der freiwilligen Bindung einer Anzahl von Wettbewerbern in einem Preis- oder Absatzartell ist in der Rspr. anerkannt, daß die bewußte Ausnutzung der Vertrags-treue der anderen am Verträge Beteiligten zum eigenen geschäftlichen Vorteil nicht nur gegen die Vertragspflichten verstößt, sondern zugleich den Tatbestand des § 1 UnlWG. erfüllt;

denn ein solches Verfahren stünde mit den Anschauungen anständig denkender Kaufleute in Widerspruch (vgl. Ur. des Sen. vom 16. Juni 1936 zu II 295/35: GRUR. 1937, 731). Um so mehr muß von der anständigen Geschäftswelt die bewußte Übertretung von Beschränkungen abgelehnt werden, die der verantwortliche Leiter einer Wirtschaftsgruppe in Wahrung der ihm mit anvertrauten Gesamtbelange der gewerblichen Wirtschaft im Staatsinteresse getroffen hat.

3. Die Begründung, mit der das BU. die Fortgeltung der „vorläufigen“ Anordnung der fünf Wirtschaftsgruppen im Hinblick auf die Bestimmung des Werberats der Deutschen Wirtschaft v. 15. Febr. 1937 (RNz. Nr. 38 v. 16. Febr. 1937) bezweifelt, verkennt anscheinend die Stellung des Werberats der Deutschen Wirtschaft gegenüber den Wirtschaftsgruppen. Dem als Körperchaft des öffentlichen Rechts gestalteten, dem RM. für Volksaufklärung und Propaganda unterstehenden Werberat der Deutschen Wirtschaft ist durch das Ges. über Wirtschaftswerbung v. 12. Sept. 1933 (RGBl. I, 625) die Aufsicht über das gesamte Werbewesen anvertraut. Er hat die Befugnis, durch allgemeine Richtlinien die Ausführung und Gestaltung der gesamten öffentlichen und privaten Wirtschaftswerbung zu regeln; ihm ist besonders die Aufgabe zugewiesen, die Mißstände, die sich auf dem Gebiet der Wirtschaftswerbung entwickelt hatten, zu beseitigen. Seine Rundgebungen sind Richtlinien, an die sich die Werbungtreibenden allgemein halten sollen, denen sie besonders dann genügen müssen, wenn die Werbung einer Genehmigung bedarf (vgl. Ziff. III 9 der 2. Bek. des Werberats der Deutschen Wirtschaft v. 1. Nov. 1933: RNz. Nr. 256). Die Wirtschaftsgruppen und ihre selbständigen Fachgruppen haben die Stellung von rechtsfähigen Vereinen (§ 5 der 1. Wirtschaftsaufb. v. 27. Nov. 1934 [RGBl. I, 1194]). Sie unterstehen dem mit der Vorbereitung des organischen Aufbaus der deutschen Wirtschaft beauftragten RW. (§ 1 Wirtschaftsaufb. v. 27. Febr. 1934 [RGBl. I, 185]). Auf ihre Aufgaben ist schon oben hingewiesen worden. Schon daraus ergibt sich, daß Anordnungen einer Wirtschaftsgruppe nicht durch den Werberat der Deutschen Wirtschaft aufgehoben werden können. So selbstverständlich es ist, daß eine Wirtschaftsgruppe sich mit ihren Anordnungen nicht mit Bestimmungen des Werberats der Deutschen Wirtschaft in Widerspruch setzen wird, so besteht doch bei der Verschiedenheit der Aufgaben die Möglichkeit, daß eine Wirtschaftsgruppe ihren Mitgliedern Beschränkungen auferlegt, die vom Standpunkt der Werbung allein nicht geboten wären. Entgegen der Meinung der Kl., der anscheinend auch das BG. zu folgen geneigt war, kann deshalb daraus, daß die Bestimmung des Werberats v. 15. Febr. 1937 das Verbot der kostenlosen Abgabe von Elektrizität, Gas oder Kohle nicht enthält, nicht ohne weiteres geschlossen werden, damit sei das Verbot der fünf Wirtschaftsgruppen gegenstandslos geworden. Die Berechtigung zu dieser Annahme läßt sich auch nicht etwa daraus ableiten, daß die vorläufige Anordnung der fünf Wirtschaftsgruppen in ihrem Eingang darauf hinweist, daß sie auf Grund einer im Einvernehmen mit dem Präsidenten des Werberats erteilten Ermächtigung des RW. getroffen wird. Denn es liegt wohl nahe, daß die für wirtschaftliche Maßnahmen zuständige Stelle sich des Einverständnisses der für die Wirtschaftswerbung maßgebenden Stelle versichert, wenn eine beabsichtigte wirtschaftliche Maßnahme auch für die Wirtschaftswerbung von Bedeutung sein kann.

Die Erwägung, mit der das BG. die Erheblichkeit der Anordnung der fünf Wirtschaftsgruppen austräumen will, daß sich nämlich aus ihrem Anlaß, Sinn und Zweck ergebe, die Leiter der Wirtschaftsgruppen hätten dabei nicht an die Abgabe von Warenproben gedacht und unentgeltliche Abgabe von Proben nicht verbieten wollen, kann die Entscheidung nicht tragen; denn das BG. geht auf die Veranlassung und den Zweck, der mit der Anordnung verfolgt worden ist, nicht ein. Wenn die Kl. die Gutscheine, wie das BG. feststellt, schon seit 1931 (mit Unterbrechungen) hat abgeben lassen und ihr Verfahren wiederholt beanstandet worden ist, dann ist wenig wahrscheinlich, daß ihr Verfahren beim Erlaß der gemeinschaftlichen Anordnung der Leiter der Wirtschaftsgruppen nicht bekannt war, jedenfalls bedürfte bei der ganz allgemeinen Fassung der An-

ordnung, daß die Gewährung von Elektrizität, Gas oder Kohle ohne Berechnung zu Werbezwecken unzulässig sei, die Annahme, daß Probemengen von dem Verbot nicht betroffen worden seien, einer besonderen Begründung. Wenn die Kl., wie das BG. feststellt, auf die Anordnung der fünf Wirtschaftsgruppen hin die Abgabe von Gutscheinen auf Eisformbrikettproben eingestellt hat, so zwingt das zu dem Schluß, daß sie auch selbst der Meinung war, die Abgabe von Proben werde von dem Verbote erfaßt. Wenn ferner unter den Parteien unbestritten ist, daß die für die Kl. zuständige Wirtschaftsgruppe Groß-, Ein- und Ausfuhrhandel der Kl. eine Ordnungsstrafe angedroht hat für den Fall weiterer Abgabe von Gutscheinen, so ergibt sich daraus, daß auch sie die Probenabgabe der Kl. als Verletzung der gemeinschaftlichen Anordnung betrachtet. Die Bekl. hatte zudem noch Beweis dafür angetreten, daß das Verbot der Anordnung sich auch auf Probemengen habe erstrecken sollen und daß gerade deshalb die allgemeine Fassung der Anordnung gewählt worden sei, durch den Antrag auf Erholung einer Auskunft des RW. Darauf hätte das BG. eingehen müssen. Es konnte nicht ohne weitere Grundlage und entgegen der in der Strafandrohung (an die Kl.) zum Ausdruck gebrachten Auffassung der für die Kl. zuständigen Wirtschaftsgruppe, deren Leiter die am 12. Dez. 1936 veröffentlichte gemeinsame Anordnung mit erlassen hat, diese einschränkend dahin verstehen, die unentgeltliche Abgabe von Warenproben falle nicht unter das Verbot, und damit die weitere Prüfung der Vereinbarkeit der Werbemaßnahme der Kl. mit den Grundsätzen des lautereren Wettbewerbs ablehnen.

(RG., II. ZivSen., U. v. 24. Aug. 1938, II 26/38.) [N.]

Zivilprozessordnung

38. RG. — Es verstößt gegen die §§ 128, 286, 285 ZPO., wenn das BG. den persönlichen Eindruck, den die Zeugen auf den Berichtstatter gemacht haben, bei der Beweiswürdigung und Urteilsfindung verwertet, ohne daß der die Zeugen vernehmende Berichtstatter seine persönlichen Eindrücke über die Zeugen im Vernehmungsprotokoll niedergelegt hat. Ein solches Verfahren verletzt den Grundsatz der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Verhandlung (vgl. auch RM. v. 29. Mai 1933, IV 81/33: ZB. 1933, 2215).

(RG., VI. ZivSen., U. v. 7. Sept. 1938, VI 68/38.)

39. RG. — § 233 ZPO. Ein Rechtsanwalt, der seinen 22jährigen Sohn mit der Ablieferung der Berufungsschrift beim Gericht beauftragt hat, hat keine Veranlassung, die Ausführung seines Auftrages besonders zu überwachen, wenn ihm der Sohn als zuverlässig bekannt ist und über die Folgen der Fristversäumnis unterrichtet ist. Liefert dieser die Berufungsschrift nicht rechtzeitig ab, dann ist der Partei daher die Wiedereinsetzung zu gewähren.

Die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat das BG. dem Bekl. versagt, da die Versäumung der Berufungsschrift nicht auf einem unabhängigen Zufall (§ 233 ZPO.) beruhe. Bekl. hatte dazu vorgetragen, das Büro seines Prozeßbevollmächtigten sei am 16. Juni geschlossen gewesen, da an diesem Tage, wenn er auch kein gesetzlicher Feiertag sei, in K. Gerichtsruhe herrsche. Der Prozeßbevollmächtigte habe seinen 22jährigen Sohn beauftragt, die am Vortage fertiggestellte Berufung am Vormittag des Fronleichnamstages zum Gericht zu bringen. Der Sohn sei über die Bedeutung und Wichtigkeit des Auftrags unterrichtet gewesen, habe auch schon seit Jahren im Anwaltsbüro seines Vaters gelegentlich geholfen und insbes. solche Gänge besorgt. Trotzdem habe er die Ausführung des Auftrags vergessen. Der Vater habe am 16. Juni 1938 infolge der Teilnahme an den kirchlichen Veranstaltungen und einer sich anschließenden Unpäßlichkeit nicht nach der Erledigung des Auftrags gefragt und deshalb davon erst zu spät erfahren.

Der Beschw. ist stattzugeben. Entgegen der Ansicht des BG. kann es nicht darauf ankommen, ob der Sohn des Anwalts zu dem ständig überwachten Büropersonal gehörte. Auch wenn er solche Hilfsdienste überhaupt nicht geleistet hätte, wäre die Wiedereinsetzung zu erteilen. Der Auftrag, einen Schriftsatz an einem bestimmten Tage auf das Gericht zu tragen, ist so einfach,

daß er keine besonderen Fähigkeiten erfordert. Wenn der Sohn über die Bedeutung des Auftrags, insbes. über die schweren Folgen unterrichtet war, die eine Verfümmung der rechtzeitigen Abgabe der VerBegr. haben würde, so konnte der Vater, der seinen Sohn als zuverlässig kannte, sich unbedingt darauf verlassen, daß der Auftrag rechtzeitig ausgeführt werde. Bei einem zuverlässigen Familienangehörigen von 22 Jahren konnte er nicht auf den Gedanken kommen, daß die Erledigung des Auftrags trotz der großen Bedeutung, die sie hatte, in Vergessenheit geraten würde. Unter diesen Umständen bestand für den Anwalt auch keine Veranlassung, sich noch besonders nach der Ausföhrung bei dem Sohne zu erkundigen. Er hat jede Sorgfalt aufgewendet, die von ihm unter den Umständen irgendwie gefordert werden konnte; deshalb beruht die Fristverfümmung auf einem unabwendbaren Zufall.

(RG., IV. ZivSen., Beschl. v. 29. Aug. 1938, IV B 24/38.)
[N.]

*

40. RG. — §§ 516, 618 Abs. 3 ZPO. Die Rechtsmittelfrist des § 516 ZPO. wird nicht in Lauf gesetzt, wenn das Urteil in einem nicht ordnungsmäßig anberaumten Termin verkündet worden ist.

Die Parteien haben am 24. Juni 1926 die Ehe miteinander geschlossen. Mit der am 10. Dez. 1936 bei Gericht eingereichten Klage begehrt die Kl. die Scheidung ihrer Ehe wegen Verschuldens des Bekl. Die Klage nebst Terminsbestimmung auf den 8. Febr. 1937 zur Verhandlung vor dem Einzelrichter ist dem Bekl. laut Zustellungsurkunde des Gerichtsvollziehers vom 20. Jan. 1937 im Wege der Niederlegung bei der Geschäftsstelle des OLG. unter Hinterlassung einer Benachrichtigung an ihn zugestellt worden. Der Termin v. 8. Februar, in dem der Bekl. nicht vertreten war, endete mit dem verkündeten Beschluß, daß die Sache der Kammer vorgelegt und zum Termin vor der Kammer das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden solle. Darauf beräumt der Vorsitzende der Kammer Termin zur mündlichen Verhandlung auf den 26. Febr. 1937 an. In diesem erschienen jedoch nur die Kl. und ihr Prozeßbevollmächtigter; eine Feststellung, daß die Ladung des Bekl. dazu geprüft worden wäre, enthält die Verhandlungsniederschrift nicht. Ihr gemäß wurde, nachdem der Prozeßbevollmächtigte der Kl. den Klageantrag verlesen hatte und diese selbst zur Sache gehört worden war, ohne weitere Verhandlung ein auf Scheidung der Ehe lautendes Urteil verkündet. Dieses wurde nachher laut Zustellungsurkunde v. 6. März 1937 dem Bekl. durch die Post im Wege der Ersatzstellung an die Ehefrau zugestellt, obwohl der Vordruck den Stempelvermerk trug: „Ersatzstellung an Ehemann oder Ehefrau unzulässig.“ Darauf ging am 20. März 1937 beim OLG. ein Schreiben des Bekl. ein, worin dieser „gegen die ihm am 6. März 1937 zugestellte Verkündung v. 26. Febr. 1937“ Einspruch erhob, weil ihm doch vor einer Urteilsverkündung die Klage hätte zugestellt werden müssen, er auch gar nicht wisse, was gegen ihn vorgebracht sei, um Beiordnung eines Rechtsanwalts vor dem OLG. hat und erklärte, daß er am 26. Febr. 1937 mangels eines Vertreters in seiner Arbeitsstelle, den er von seinem Wochenlohn zu stellen außerstande sei, nicht habe erscheinen können, und daß der Sachverhalt in dem ihm zugegangenen Urteil vollkommen unrichtig sei und von der Kl. erst bewiesen werden müsse. Durch Beschluß des OLG. v. 22. März 1937 darüber befehrt, daß er beim OLG. die Bewilligung des Armenrechts beantragen müsse, suchte der Bekl. am 25. März 1937 bei diesem das Armenrecht für die Berufung gegen das landgerichtliche Urteil nach, indem er hervorhob, daß weder am 20. Jan. 1937 noch bis jetzt die Klage in seinen Besitz gelangt sei, sondern nur eine Terminsladung und das Urteil, und daß er bei Empfang der Klageschrift nicht verfümmert haben würde, irgendwelche Schritte zur Rechtswahrung zu unternehmen. In einem weiteren Schreiben beantragte der Bekl. gemäß einem zwischenzeitlichen Anheimgenben des OLG. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; dabei gab er an, die Klageschrift erst Ende März 1937 von der Verteilungsstelle des Gerichtsvollzieheramts ausgehändigt erhalten zu haben. Das Armenrechtsgesuch des Bekl. wurde jedoch durch Beschluß des OLG. v. 15. April 1937 abgelehnt und dieser dem Bekl. laut

Zustellungsurkunde v. 20. des Monats im Wege der Niederlegung bei der Post zugestellt. Am 13. Jan. 1938 legte der Bekl. gegen das Urteil des OLG. v. 26. Febr. 1937 beim OLG. Berufung ein mit dem Antrag auf dessen Aufhebung und auf Zurückverweisung der Sache an das OLG., hilfsweise auf Abweisung der Klage, und bat gleichzeitig um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Verfümmung der Berufungsfrist. Zur Begründung trug er insbes. vor, daß er das landgerichtliche Urteil nebst Zustellungsurkunde erst Mitte März 1937 von der Kl. ausgehändigt erhalten und erst am 26. Nov. 1937, als er aus der bis dahin gemeinsamen Wohnung ausgezogen sei, unter den Papieren der Kl. die ihm bis dahin von dieser vorenthaltenen anderen Zuschriften, insbes. die Anzeigen der Post über die Niederlegung von Briefen mit Zustellungsurkunden aufgefunden und daher auch erst jetzt von dem Beschlusse vom 15. April 1937 Kenntnis erlangt habe. Das OLG. hat dem Hauptantrage des Bekl. gemäß erkannt. Die Rev. war erfolglos.

Zu dem Termine v. 26. Febr. 1937 hätte der Bekl., da er nicht in seiner Gegenwart anberaumt worden war, förmlich geladen werden müssen (§ 618 Abs. 3 ZPO.). Das ist offenbar nicht geschehen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob diese Ladung im Parteibetriebe zu geschehen hatte oder, weil das persönliche Erscheinen des Bekl. angeordnet war, von Amts wegen erfolgen mußte (§§ 214, 141 Abs. 2 ZPO.). Denn eine Ladung im Parteibetrieb ist nicht behauptet; von Amts wegen aber ist dem Bekl., wie einem Attenvermerk und den Erklärungen des Bekl. selbst in Verbindung mit dem Fehlen einer Zustellungsurkunde in den Akten zu entnehmen ist, nur eine unförmliche briefliche Aufforderung zum persönlichen Erscheinen gemäß § 329 Abs. 3 ZPO. zugegangen. Das ganze Verfahren in dem Termin v. 26. Febr. 1937 leidet daher an einem unheilbaren Mangel. Das gilt nicht nur von der Verhandlung zur Sache, sondern insbesondere auch von der in dem Termin erfolgten Urteilsverkündung. Die Fünfmontatsfrist des § 516 ZPO. ist deshalb durch sie nicht in Lauf gesetzt worden. Das muß auch dann gelten, wenn der in den Urteilen des 1. und 2. ZivSen. des RG.: ZW. 1936, 3313¹¹ und 1937, 1665¹² vertretenen Rechtsauffassung nicht beizutreten sein sollte, daß in einem solchen Falle nur ein nicht über einen bloßen Entwurf hinausgekommenes, der Rechtswirklichkeit entbehrendes Nichturteil vorliegt. Denn die Verkündung in einem nicht ordnungsmäßig anberaumten Termine bietet zu geringe Aussicht darauf, daß das Urteil unter gewöhnlichen Umständen auch bei Nichtzustellung zur Kenntnis der nicht erschienenen Partei gelangen werde, als daß sich zumal in einer Ehesache der unbedingte Verlust des Ansehungsrechts für sie nach Ablauf von sechs Monaten rechtfertigen ließe.

An einem unheilbaren Mangel leidet aber auch die Urteilszustellung v. 6. März 1937. Denn eine Ersatzstellung an die Ehefrau hatte gemäß § 185 ZPO., weil diese als Gegnerin des Bekl. an dem Rechtsstreit beteiligt war, zu unterbleiben. Allerdings hat der Bekl. das zugestellte Schriftstück gemäß seiner eigenen Erklärung trotzdem erhalten, wenn auch nicht am 6. März 1937, sondern erst Mitte dieses Monats. Die Vorschrift des § 187 ZPO., nach der in einem solchen Falle die Zustellung als mit dem Zeitpunkt bewirkt anzusehen ist, in dem das Schriftstück nach den Erklärungen der Partei in deren Hände gelangt ist, gilt indes nur für Ladungen und kann auf Zustellungen anderer Art auch nicht entsprechend angewandt werden. Auch durch diese Urteilszustellung ist demnach die Berufungsfrist nicht in Lauf gesetzt worden.

Die Tatsache der wennschon nicht ordnungsmäßigen Verkündung und Zustellung jenes Urteils reicht aber hin, dem Bekl. das Rechtsmittel gegen es zu geben, das bei ordnungsmäßiger Verlautbarung statthast wäre, selbst wenn es als bloßer Entwurf einer Entscheidung anzusehen sein sollte. Denn er muß eine Möglichkeit haben, den auf solche Weise immerhin nach außen hin in Erscheinung getretenen Richterpruch zu befeitigen und damit die Gefahr eines Mißbrauchs zu bannen (vgl. RGZ. 135, 118 = ZW. 1932, 2287¹² m. Anm.). Das OLG. hat daher seine Berufung mit Recht zugelassen. Einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedurfte es dazu nicht, weil die Berufungsfrist noch gar nicht zu laufen begonnen hat.

Der dargelegte Mangel des Verfahrens im Termine vom 26. Febr. 1937 rechtfertigt die vom BG. ausgesprochene Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das LG.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 19. Sept. 1938, IV 106/38.)

*

41. RG. — § 519 Abs. 3 ZPO. Eine Berufungsbegründung, die eine zu anderen Akten eingereichte Berufungsbegründung eines anderen Berufungsklägers in Bezug nimmt, genügt nicht den Erfordernissen des § 519 Abs. 3 ZPO.

Durch den angefochtenen Beschluß ist die Berufung der Bekl. gegen das Urteil der 2. Zivilkammer des LG. als unzulässig verworfen worden, weil die Berufung nicht in der durch § 519 Abs. 3 ZPO. vorgeschriebenen Weise begründet worden sei. Die dagegen erhobene sofortige Beschw. ist nicht gerechtfertigt.

Der Bekl. hat am letzten Tage der Begründungsfrist als BerBegr. einen Schriftsatz eingereicht, der zur Begründung nur auf die Ausführungen einer BerBegr. Bezug nimmt, die ihr auf die Ausführungen einer anderen Rechtsstreit als Prozeßbevollmächtigter einer anderen Partei angefertigt habe, und dazu die Erklärung enthält, in dem anderen Rechtsstreit sei derselbe Anspruch gegen einen anderen Teilhaber geltend gemacht worden. Das hat das BG. mit Recht unter Bezugnahme auf die Rspr. des RG. (RGZ. 145, 266 ff. = JW. 1934, 3200¹³; RGZ. 145, 269 ff. = JW. 1935, 121¹² m. Anm.) als nicht der Vorschrift des § 519 Abs. 3 Ziff. 2 ZPO. genügend angesehen. Denn die eingereichte BerBegr. enthält nichts von dem, was sie nach dieser Vorschrift hätte enthalten müssen. Wenn auch die Rspr. des RG. eine Bezugnahme auf gewisse von demselben Prozeßbevollmächtigten unterzeichnete und bei denselben Gerichtsakten befindliche Schriftstücke zugelassen hat, so muß doch daran festgehalten werden, daß eine Bezugnahme auf irgendwelche Schriftstücke, die sich in anderen Akten befinden, auch dann nicht zugelassen werden kann, wenn die anderen Akten dem Gericht vorliegen. Wie die Beschw. selbst mit Recht unter Anführung von Entscheidungen des RG. ausführt, bezweckt die Vorschrift des § 519 ZPO. u. a., das BG. in die Lage zu versetzen, sich möglichst schnell und sicher darüber zu unterrichten, welche Gründe im einzelnen gegen die im angefochtenen Urteil enthaltene tatsächliche und rechtliche Würdigung des Streitstoffes geltend gemacht werden. Dies Ziel wird aber nicht erreicht, wenn bei der Bearbeitung der Sache nicht gerade die anderen Akten gleichzeitig demselben Bearbeiter vorliegen, eine Möglichkeit, die stets eintreten kann, zumal da dem Gericht die Bearbeitung der mehreren Sachen durch denselben Bearbeiter nicht vorgeschrieben werden kann.

Wäre eine beglaubigte Abschrift der in der anderen Sache eingereichten BerBegr. miteingereicht und durch Bezugnahme zum Bestandteil des in der vorl. Sache eingereichten Schriftsatzes gemacht worden, dann wäre den Anforderungen des Gesetzes wohl genügt gewesen. Aber durch die bloße Bezugnahme auf eine zu anderen Akten eingereichte BerBegr. eines anderen Berkl. konnte diese nicht zu einem Bestandteil des hier eingereichten Schriftsatzes werden (vgl. RGZ. 145, 267 bis 268 = JW. 1934, 3200¹⁴).

Die Erwägung der Beschwerdeschrift, daß das Gericht von dem Prozeßbevollmächtigten nach § 519 a Satz 3 ZPO. eine fehlende beglaubigte Abschrift hätte einfordern sollen (RG. a. a. D. S. 267), kann der Beschw. auch nicht zum Erfolg verhelfen, da die Voraussetzung für die Einforderung — daß nämlich jenes Schriftstück durch die Bezugnahme zu einem Bestandteil des eingereichten Schriftsatzes geworden wäre — nach dem eben Gesagten nicht gegeben war, das Gericht also jener beglaubigten Abschrift für die Zustellung der eingereichten BerBegr. nicht bedurfte.

Durch den in der anderen Sache gestellten bloßen Antrag auf Verbindung der Sachen konnte der Prozeßbevollmächtigte sich und seine Partei nicht von der Notwendigkeit befreien, in jeder Sache die Berufung durch einen der Schriftsatz des § 519 Abs. 3 Ziff. 2 ZPO. genügenden Schriftsatz zu begründen.

(RG., VI. ZivSen., Beschl. v. 14. Sept. 1938, VI B 12/38.)

*

42. RG. — § 900 ZPO. Es ist nicht notwendig, daß der den Offenbarungseidstermin wahrnehmende Richter auch den Beschluß über den Widerspruch des Schuldners erläßt.

Auf Antrag der Gläubigerin war gegen den Schuldner Termin zur Ableistung des Offenbarungseides anberaumt worden. Diesen Termin hat als Richter tr. U. der Gerichtsreferendar A. abgehalten. In demselben ist für den Gläubiger niemand erschienen. Für den Schuldner ist durch seinen Prozeßbevollmächtigten Widerspruch gegen die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides erhoben worden. Der Richter tr. U. hat darauf den Beschluß verkündet, daß die Entsch. über den Widerspruch vorbehalten bleibe. Nach schriftlicher Anhörung der Gläubigerin hat das BG. (RGZ. B.) durch Beschluß den Widerspruch des Schuldners zurückgewiesen.

Auf die sofortige Beschw. des Schuldners hat das BG. durch den angefochtenen Beschluß den amtsgerichtlichen Beschluß aufgehoben und die Sache zur anderweiten Entsch. an das AG. zurückverwiesen.

Das BG. ist der Auffassung, daß der Widerspruch nur in der mündlichen Verhandlung erhoben werden könne und daß über ihn der Richter zu entscheiden habe, der den Termin abgehalten hatte.

Die weitere sofortige Beschw. der Gläubigerin muß zur Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses führen.

Die Entsch. über die prozessuale Ordnungsmäßigkeit des amtsgerichtlichen Beschlusses hängt davon ab, ob die Bestimmungen der §§ 309/329 Abs. 2 ZPO. über das Verfahren in den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, wonach Urteile und Beschlüsse nur von denjenigen Richtern gefällt werden können, welche der dem Urteil (Beschl. u. a.) zugrunde liegenden Verhandlung beigewohnt haben, auf den Eidestermin gemäß § 900 ZPO. Anwendung zu finden hat.

Das BG. begründet seine bejahende Auffassung, die nicht so sehr aus dem angefochtenen Beschlusse selbst als aus den in ihm angeführten Beschlüssen der 57. ZR. des LG. Berlin v. 25. Febr. 1935, 257 T 14342/35 zu entnehmen ist, darauf, daß mit Rücksicht auf die für den Schuldner bestehende Notwendigkeit, seinen Widerspruch im Termin vorzutragen und zu begründen, für den Schuldner jedenfalls eine mündliche Verhandlung bestehe. Dies um so mehr, weil (nach dem angefochtenen Beschlusse) die mündliche Verhandlung nicht unter den Parteien, sondern seitens der Partei — eventuell nur einer Partei — mit dem Gericht stattfindet. So ergehe, auch wenn der Gläubiger ausbleibe, der Beschluß auf Grund dieser mündlichen Verhandlung. Nur diese Auffassung entspreche dem praktischen Bedürfnis, da der mündliche Vortrag des Schuldners in der Regel nicht oder nicht vollständig in das Protokoll aufgenommen werde, ein anderer Richter daher das Vorbringen des Schuldners nicht in dem ausreichenden Maße oder unvollständig bzw. unter Mißverständnis des Protokolls berücksichtigen könnte.

Nachdem durch das Ges. v. 27. Okt. 1933 (RGBl. I, 700) der Grundsatz der vollen Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Verhandlung wieder zum Grundprinzip des Verfahrens erhoben sei, gehe es nicht an, die Bestimmung für die mündliche Verhandlung hier nicht zur Anwendung zu bringen, „obwohl keine Bestimmung vorhanden sei, die die Nichtanwendung rechtfertigen könne“. Dieser Auffassung kann nicht beigegeben werden.

Sie deckt sich zunächst nicht mit der Stellung, die dem Offenbarungseidsverfahren nach der ZPO. gegeben ist Ausgangspunkt ihrer Regelung ist der bürgerliche Rechtsstreit, für den der Grundsatz des § 128 ZPO. vorangestellt ist, daß die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor Gericht eine mündliche ist. Um diese mündliche Verhandlung gruppieren sich die Vorschriften der §§ 128 ff., 300 ff. Für sie gilt der weitere Grundsatz der Anwesenheit beider Parteien im Termin, des vollständigen und wahrheitsgemäßen Vortrages, der Erklärungspflicht bzgl. der vom Gegner behaupteten Tatsachen und die unmittelbare Einwirkung des Gerichts zur Aufklärung des Rechtsstreits (§§ 138, 139 ZPO.). Weniger wichtige Vorgänge bei der Erledigung des bürgerlichen Rechtsstreits werden ausdrücklich in ein Beschlußverfahren, „ohne mündliche Verhandlung“ verwiesen (z. B. Entsch. über öffentliche Zustellung: § 204 Abs. 1 C. 2 ZPO., Aussetzung des Verfahrens im Falle des § 246 ZPO. gemäß § 248 Abs. 2 ZPO.), für andere, bei denen ihrer Natur nach immerhin im formloseren Beschlußverfahren die Entsch. denkbar wäre, sind für den Rechtsstreit ausdrücklich der mündlichen Verhandlung vorbehalten (Zeugniserweigerung nach §§ 386 ff.: § 389 Abs. 2 ZPO.). Die mündliche Verhandlung ist so ein ausgesprochen technischer Begriff der ZPO. Außerhalb des Prozeßverfahrens wird die mündliche Verhandlung — dann aber mit allen Erfordernissen und Folgen — ausdrücklich mit der Bezeichnung als „mündliche Verhandlung“ der Initiative des Gerichts in zahlreichen Vorschriften vorbehalten. Dies gilt praktisch in erster Linie für Arrest und EinstwBfg., für

welche die Möglichkeit der mündlichen Verhandlung ausdrücklich vorbehalten und im Falle der mündlichen Verhandlung für die Entscheidungsdarstellung das Urteil vorgegeben ist (§§ 921, 922 ZPO.). Die Anordnung der mündlichen Verhandlung bedingt in jedem Falle die ordnungsgemäße Ladung durch Zustellung und die Anwesenheit beider Parteien und ihre Erklärungsspflicht nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 138, 139 ZPO. Andere Fälle gibt es, in denen das Gericht auf Grund fakultativer mündlicher Verhandlung durch Beschluß entscheidet. Hierfür gilt dann das gleiche.

Gerade in diesem wesentlichen Punkte weicht die Regelung des Offenbarungseidsverfahrens von den Grundsätzen der mündlichen Verhandlung ab. Die Nachricht vom Eidestermin ist dem Gläubiger nicht, wie dies bei der mündlichen Verhandlung schon zwecks Auslösung ihrer besonderen Verschärfungsfolgen unerlässlich ist, im förmlichen Verfahren zuzustellen (s. §§ 261 Abs. 3, 335 Abs. 2, 190 ZPO.), sondern ist ihm, wie die Nachricht von einem Beweistermin vor dem beauftragten oder ersuchten Richter gem. § 357 Abs. 2 ZPO. formlos zu überbringen. Es ist nicht, wie bei der mündlichen Verhandlung die Anwesenheit beider Parteien gesetzliche Notwendigkeit, sondern es ist ausdrücklich vorgegeben, daß die Anwesenheit des Gläubigers nicht erforderlich ist (§ 900 Abs. 2 C. 3). Es ist also auch hier die Erledigung des Eidestermins auf die Regelung abgestellt, welche das Gesetz dem Termin vor dem beauftragten und ersuchten Richter hat angezeihen lassen, für welchen den Parteien die Anwesenheit lediglich „gestattet“ ist (§ 357 Abs. 1 ZPO.). Damit hat das Gesetz für den Offenbarungseidsverfahren klar und deutlich die wesentlichen Grundsätze der mündlichen Verhandlung verlassen. Es hat den Offenbarungseidstermin damit offensichtlich in voller Absicht dem bloßen Vernehmungstermin vor dem beauftragten oder ersuchten Richter gleichgestellt. Nimmt man dazu, daß nach der ZPO. in allen Fällen, in denen die „mündliche Verhandlung“ in ihrer technisch-juristischen Bedeutung angeordnet oder freigegeben ist, dies ausdrücklich erfolgt, daß dies aber für das Offenbarungseidsverfahren nicht geschehen ist, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Eidestermin von der ZPO. nicht als Verhandlungstermin, sondern als gewissermaßen einseitiger Vernehmungstermin des Schuldners gewollt ist, in dem der Schuldner entweder den Eid zu leisten oder seinen Widerspruch zu erklären hat.

Damit entfällt die Anwendung der allgemeinen Bestimmung über die mündliche Verhandlung, somit die Anwendbarkeit der §§ 309, 329 Abs. 2 ZPO. und die Notwendigkeit, daß der den Offenbarungseidsverfahren wahrnehmende Richter auch den Beschluß über den Widerspruch des Schuldners zu erlassen hat.

Es kann im übrigen auch nicht anerkannt werden, daß diese Regelung dem praktischen Bedürfnis widerspricht. Schon die Richtigkeit der Würdigung des Vorbringens des Schuldners durch denselben Richter, welche nach der landgerichtlichen Auffassung für seine Auffassung entscheidend mitsprechen soll, ist bei der Entsch. durch denselben Richter bei Abwesenheit des Gläubigers und der etwaigen Notwendigkeit, ihm den Widerspruch des Schuldners vor Beschlußfassung zuzuleiten, doch nur dann gegeben, wenn der Widerspruch im einzelnen schriftlich festgelegt und in seinen Einzelheiten zu Protokoll festgelegt wird. Geschieht dies nicht sachgemäß, so wird, besonders bei großen Gerichten mit starker Belastung sich auch der Terminsrichter schon nach einigen Tagen nicht mehr der einzelnen Sache so genau erinnern, wie dies das O.G. theoretisch glaubt voraussetzen zu dürfen. Die sachgemäße Protokollierung des Widerspruchs, falls dieser nicht vollständig in einem Schriftsatz enthalten ist, ist außerdem für den Terminsrichter eine Selbstverständlichkeit, die keineswegs die Anforderung an den Richter im Beweistermin hinsichtlich von Zeugenausagen, die doch der Entsch. zugrunde zu legen sind, übersteigt. Es kann also auch den Schuldner bei der Entsch. durch einen anderen Richter als den Terminsrichter irgendein Nachteil nicht treffen.

(RG., 8. Zivilsen., Beschl. v. 5. Aug. 1938, 8 W 3189/38.)

*

43. RG. — §§ 935, 938 ZPO.

1. Ein durch eine EinstwVfg. gegen einen im Grundbuch Nichteingetragenen ausgesprochenes Erwerbsverbot begründet ein vom O.G. zu beachtendes Eintragungshindernis.

2. Dieses Erwerbsverbot ist jedoch nicht der Eintragung im Grundbuch fähig.

Die eingetragene Eigentümerin des Grundstücks, Frau Anna F., schenkte in notariischer Verhandlung vom 17. Sept. 1936 das Grundstück ihrem Ehemann und ließ es an ihn auf. Demnächst erlangte die Ehefrau gegen den Ehemann eine EinstwVfg., durch welche dem Antragsgegner aufgegeben wurde, seinen Antrag auf Eintragung als Eigentümer zurückzunehmen und es zu unterlassen, bis zur Entsch. des Rechtsstreits der Parteien in der Hauptsache den Antrag erneut zu stellen. Zugleich wurde in dieser

EinstwVfg. das O.G. angewiesen, „diese Verfügung im Grundbuche von M. Bl. 1762 zu vermerken“.

Das O.G. wies den Antrag der Ehefrau auf Eintragung des gegen den Ehemann gerichteten Erwerbsverbotes zurück. Beschw. und weitere Beschw. hatten keinen Erfolg.

Das O.G. geht zutreffend davon aus, daß die Anweisung des Prozeßgerichts an das O.G., die Verfügung im Grundbuche zu vermerken, das O.G. nicht zur Vornahme der Eintragung verpflichtet. Allerdings ist nach § 941 ZPO. das Prozeßgericht befugt, das O.G. um die Eintragung zu ersuchen, wenn auf Grund der EinstwVfg. eine Eintragung in das Grundbuche zu erfolgen hat. Ist aber das vom Prozeßgericht ausgesprochene Gebot oder Verbot nach den gesetzlichen Vorschriften nicht eintragungsfähig, so fehlt dem Prozeßgericht insoweit die Erfahrensbefugnis.

Die Auffassung des O.G., daß das gegen einen Nichteingetragenen ausgesprochene Erwerbsverbot nicht eintragungsfähig ist, unterliegt keinen rechtlichen Bedenken. Allerdings enthält ein solches Verbot nicht nur das gerichtliche Gebot an den Erwerber, keine verfahrensrechtlichen Anträge bei dem O.G. zu stellen und hierdurch die Rechtsfolgen aus der Auflassung zu vollenden, sondern es enthält zugleich auch ein in die Erwerbsmöglichkeit des Betreffenden eingreifendes sachliches Verbot. Solche EinstwVfg., die ein Verbot sachlich-rechtlichen Inhalts aussprechen, beschränken die Befugnis des Erwerbers, sich das Eigentum zu verschaffen, begründen also, wenn die Wirksamkeit des Verbotes durch Zustellung innerhalb der Vollziehungsfrist nach den §§ 929 und 932 ZPO. eingetreten ist, ein vom Grundbuchrichter zu beachtendes Eintragungshindernis (vgl. RG.: JWB. 1, 379; RGZ. 117, 290 = JWB. 1927, 2454 und das dort angeführte Schrifttum).

Diese Rechtsnatur des Erwerbsverbotes führt aber nicht zur Bejahung seiner Eintragungsfähigkeit. Das O.G. erkennt richtig, daß zwischen dem Veräußerungsverbot und dem gegen den Nichteingetragenen ergangenen Erwerbsverbot der wesentliche Unterschied besteht, daß sich das Veräußerungsverbot gegen die Person richtet, welche, wie ihre Eintragung im Grundbuche zeigt, in dinglichen Beziehungen zum Grundstück stehen, mag es auch nur die Stellung eines Buchberechtigten sein, während das Erwerbsverbot in der hier gemeinten Bedeutung Personen betrifft, denen keine dinglichen Rechte am Grundstück zuzuehen. Das Grundbuche ist seinem Wesen nach und demzufolge in seinem äußeren Aufbau nicht dazu bestimmt, Auskunft zu geben über die Erwerbsbeschränkungen von Personen, welche noch kein dingliches Recht an dem Grundstück erworben haben.

Auch die Möglichkeit der Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs spricht nicht für die Eintragungsfähigkeit des Erwerbsverbotes; denn beide sichernden Maßnahmen richten sich, in Übereinstimmung mit den oben entwickelten Grundsätzen, gegen eine im Grundbuche eingetragene Person als Betroffene.

Die Beschw. beruft sich auf eine angeblich abweichende Auffassung des RG. In der Entsch. RGZ. 120, 118 = JWB. 1926, 2462 spricht das RG. aber nur aus, daß ein Erwerbsverbot in seiner bürgerlich-rechtlichen Wirkung einem Veräußerungsverbot gleichzustellen ist, d. h. daß die Befugnis des Erwerbers, sich das Eigentum zu verschaffen, hierdurch beschränkt und zugleich ein vom Grundbuchrichter zu beachtendes Hindernis für die Eintragung begründet wird; daß ferner eine dem Verbot zuwider getroffene Verfügung nach den entsprechend anwendbaren §§ 135 und 136 BGB. demjenigen gegenüber unwirksam ist, zu dessen Gunsten das Verbot erlassen ist. Das RG. erwähnt in dieser Entsch. die Eintragung und die später von Amts wegen erfolgte Löschung des Erwerbsverbotes nur in dem Tatbestand und nimmt sie als gegeben hin, ohne zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit der Eintragung Stellung zu nehmen.

Die von der Beschw. weiter angeführte Entsch. RGZ. 117, 294 = JWB. 1927, 2454 gibt zu keiner abweichenden Beurteilung Anlaß. Das RG. führt in diesem Falle aus, daß eine trotz rechtswirksamer Zustellung der EinstwVfg. erfolgte Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuche das durch die EinstwVfg. gesicherte Recht nicht hätte beseitigen können. Dann wird weiter erörtert, daß, wenn der Grundbuchrichter trotz des wirksam zugestellten Erwerbsverbotes die Umschreibung auf den Käufer vorgenommen haben würde, der Verkäufer in der Lage gewesen wäre, gegen den Käufer vorzugehen und dadurch den Eintritt des ihm entstandenen Schadens abzuwenden; er hätte mit dem Bereicherungsanspruch die Rückgängigmachung der Eintragung verlangen und durch die Herbeiführung der Eintragung des Erwerbsverbotes seinem Bereicherungsanspruch die Durchführung auch gegen Dritte sichern können. — Mit dieser nachträglich in die Eintragung des Verbotes wurde aber in Wahrheit ein nach den obigen Ausführungen zulässiges Veräußerungsverbot gegen den ordnungswidrig eingetragenen Erwerber eingetragen werden.

Wenn das RG. weiter ausführt, der Rechtsatz, daß der Kreis der dinglichen Rechte ein geschlossener sei, hindere die Eintragung

des Erwerbsverbotes nicht, denn durch diese Eintragung werde kein dingliches Recht erzeugt, sondern es werde das Verbot nur Dritten gegenüber dergestalt wirksam gemacht, daß ihnen die Benutzung auf den Grundbesitz des gutgläubigen Erwerbers abgeschnitten werde, so bezieht sich das öffentlichlich nur auf den der Entsch. des RG. unterliegenden Fall der vorherigen Eintragung des Erwerbers.

Es mag noch darauf hingewiesen werden, daß auch vom praktischen Gesichtspunkt aus entgegen der Meinung der Beschw. kein Bedürfnis für die Eintragung des Erwerbsverbotes im Grundbuche spricht. Durch Befestigung der Ausfertigung der Eintr.Bfg. auf dem Handblatt der Grundakten läßt sich leicht eine praktische Beachtung durch den Grundbuchrichter erzielen (vgl. für eine ähnliche Rumbarmachung — polizeiliche Beschlagnahme — die AB. des R. v. 30. Aug. 1938: DJ. 1938, 1408). Auf diese Weise braucht durch ein Anwachsen der Grundakten der Vorgang nicht, wie die Beschw. meint, in Vergessenheit zu geraten.

(RG., 1. Ziv. Sen., Beschl. v. 22. Sept. 1938, 1 Wx 421/38.)

[H.]

Preussisches Allgemeines Landrecht

44. RG. — §§ 197 ff. II 22, § 80 I 7 PrALR. Holznutzungsrecht als private Grundgerechtigkeit. Strenger Beweis für das Entstehen eines solchen Nutzungsrechts ist erforderlich.

Die Kl. sind Eigentümer von Hausgrundstücken in der preuß. Stadt L. Dieser gehört der vor dem T. er gelegene Stadtforst, die „Bürgerheide“. Die beklagte Stadtgemeinde L. war als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen, hat dann aber diesen Grundbesitz aus dem Grundbuch ausgeschieden. Aus dem Walde wurde von alters her Bau- und Reparaturholz, Brennholz sowie Raff- und Leseholz an Einwohner der Stadt gegeben. Durch Gemeindebeschluss aus Oktober 1924 wurde der Forst zum Kämmerervermögen erklärt, während er bis dahin Bürgervermögen gewesen sein soll. Die daran bestehenden Holznutzungen wurden als vom 31. März 1925 ab aufgehoben erklärt. Dagegen gingen eine Anzahl Hausbesitzer, darunter auch einige der jetzigen Kl., im Verwaltungsstreitverfahren an. Sie erzielten eine Entscheidung dahin, daß ihnen die bisher gewährte Gerechtigkeit am Stadtforst, insoweit es sich um den Bezug von Bau- und Reparaturholz handelte, auch ferner zu gewähren sei. Dagegen wurde die Klage abgewiesen, soweit sie sich auf Brennholz sowie Raff- und Leseholz erstreckte. Jetzt machen die Kl. ihr vermeintliches Recht auf Holznutzung im ordentlichen Rechtswege geltend.

Die hier in Rede stehenden Holznutzungsrechte wurden eingehend behandelt im Verwaltungsstreitverfahren, über das der Tatbestand des BU. berichtet. Dort wurde als erwiesen angenommen, daß das Recht auf Bezug von Bau- und Reparaturholz den damaligen Kl., Hauseigentümer innerhalb der Stadt, kraft observanzmäßigen Ortsrechts als Klassengerechtigame — Bürgerklassenvermögen — zustehe. Der Beweis der dies subjektive Recht ergebenden Observanz wurde entnommen aus den Forstregulativen von 1823, 1871 und 1896 sowie aus anderen Urkunden (Anerkenntnis v. 12. Jan. 1785, Bescheid des Generalkommisariats v. 13./24. Juli 1822). Abgewiesen wurden damals die auf Lieferung von Brennholz und Raff- und Leseholz erhobenen Ansprüche, weil insoweit keine ein Klassenverrecht der Kl. ergebende Observanz ersichtlich sei, vielmehr erwiegenermaßen in alten Zeiten der Bezug solchen Holzes nicht auf den Kreis der Hausbesitzer beschränkt gewesen sei.

Im gegenwärtigen Zivilprozeß ist unstrittig, daß die darin als Kl. aufgetretenen Personen, Hauseigentümer in L., oder ihre Rechtsvorgänger bis zum Jahre 1924 die in Anspruch genommenen Holznutzungen empfangen haben. Das RG. hält den Beweis einer Erziehung von Grunddienstbarkeiten auf Bezug von Bau- und Reparaturholz sowie Brennholz für erbracht; während es dies für Raff- und Leseholz verneint. Dies letztere ist nicht mehr im Streit. Zur Erziehung wird ausgeführt: Der Umstand, daß eine Gerechtigkeit aus öffentlich-rechtlichem Gesichtspunkte bestehe, schließt doch nicht das Vorhandensein des „animus“, ein privates Recht auszuüben, aus. Wenn auch die Entstehung des Rechts im

einzelnen nicht mehr festzustellen sei, so müsse doch der den Kl. hinsichtlich des Erziehungswillens obliegende Beweis ohne weiteres aus rechtshistorischen Erwägungen als geführt erachtet werden. Möge auch die Gerechtigkeit auf dem Boden des öffentlichen Rechts entstanden sein, so könne die Klage doch nicht daran scheitern, daß es den Berechtigten am erforderlichen „animus“, ein Privatrecht auszuüben, gefehlt habe. Nicht nur bei der Lieferung von Bau- und Reparaturholz, sondern auch bei der von Brennholz seien die Althausbesitzer in besonderer Weise berücksichtigt worden. Mehrfach seien sie als Berechtigte genannt, auch seien später nicht mehr die Personennamen, sondern die berechtigten Grundstücke aufgeführt worden. Die Regulative seien Forstordnungen im Sinne des § 213 I 22 ALR. In allem zeige sich die vorherrschende Auffassung vom Charakter der Gerechtigkeit als einer Grunddienstbarkeit.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Nach dem Ergebnis des Verwaltungsstreitverfahrens ist vom Bestehen einer Observanz, also eines örtlich begrenzten Gewohnheitsrechts als objektiver Rechtsnorm auszugehen, kraft deren den Eigentümern der innerhalb der Stadt L. gelegenen alten Bürgerhäuser der Bezug von Bau- und Reparaturholz aus der Bürgerheide zusteht. Inwieweit ist dieses „Bürgerklassenvermögen“, an dessen Nutzungen die hausbesitzenden Bürger teilhaben. Dies sich aus der Bürgergemeinschaft in Umgrenzung auf den alten Hausbesitz ergebende Recht ist öffentlich-rechtlicher Natur. Das Vorhandensein solchen Rechts schließt jedoch nicht aus, daß, wie die Kl. geltend machen, das Recht aus Holzbezug für die jeweiligen Eigentümer der einzelnen Stadthäuser als Holzgerechtigkeit i. S. der §§ 197 f. II 22 ALR. — also als Grundgerechtigkeit — gegenüber der Bkl. als der Eigentümerin des Stadtforstes bestehen könnte. Die Kl. wollen derartige Privatrechte durch Erziehung erworben haben. Sie suchen die Voraussetzung einer solchen nach den Vorschriften der §§ 14 f. I 22 und § 80 I 7 ALR. darzulegen. Die Rspr. des PrObTrib. und, ihr folgend, die des RG. hierzu geht dahin, daß die Entstehung einer solchen Servitut, eines im Gebiete des Privatrechts liegenden Nutzungsrechts besonders nachgewiesen werden müsse, daß dazu insbesondere die Darlegung einer Erzeugung und Fortsetzung des Rechtsbesitzes (§ 80 I 7 ALR.) als eines besonderen Rechts für das einzelne herrschende Grundstück, also der Absicht (animus) auf Ausübung einer privatrechtlichen Grundgerechtigkeit gehöre (ObTrib. 53, 193; 55, 109; StriethArch. 36, 356; 57, 198; DWG. 24, 95; RG.: PrVerwBl. 9, 234). An diesen Erfordernissen strengen Beweises, namentlich auch des Bewußtseins einer Rechtsausübung außerhalb oder neben der Berechtigung, die sich aus der Eigenschaft als hausbesitzender Bürger ergibt, und eines dieses Bewußtseins nach außen hin kundtunenden Akts ist festzuhalten. Das ist durch die geschichtliche Entwicklung gerechtfertigt, weil solche Waldrechte für gewöhnlich Überbleibsel der ehemaligen genossenschaftlichen Eigentumsordnung, somit aus dem Gemeindeverbande abzuleiten sind (Gierke, „Deutsches Privatrecht“ Bd. 2 S. 671) und daraus den Bürgergenossen als solchen zukommen. Gleiches ergibt sich aus der teils wirtschaftlichen, teils rechtlichen Überlegung heraus, daß die Belastung des Gemeindevermögens mit privaten Sonderrechten nicht zu begünstigen und nicht zu vermuten ist. Die Sachlage ist ähnlich wie bei der Erziehung einer Wegegerechtigkeit an einem öffentlichen Wege, die zwar möglich war, aber den für gewöhnlich schwierigen Nachweis einer Wegebenutzung mit dem Bewußtsein eines besonderen Rechts erfordert (StriethArch. 53, 4).

Diese Rechtslage hat das RG. verkannt, wenn es den den Kl. obliegenden Erziehungsbeweis „ohne weiteres aus rechtshistorischen Erwägungen als geführt erachtet“. Richtig ist im Gegenteil, daß die geschichtliche Entwicklung eher gegen eine privatrechtliche Erziehung spricht und daß es eines genauen Eingehens auf die Einzelheiten des Falls bedarf, wenn Erwerb eines Sonderprivatrechts eines hausbesitzenden Bürgers außerhalb der aus der Zugehörigkeit zum Gemeindeverbande abzuleitenden Befugnisse angenommen werden soll. Der Wille, ein solches Recht auszuüben, muß sich in bestimmten Hand-

lungen betätigen, wenn er zur Erziehung führen soll (RGZ. 7, 146). Davon ist bisher nichts ersichtlich. Deswegen war der Rev. der Befl. stattzugeben und das BU. aufzuheben.

Erwogen ist, ob das die Klage abweisende Ur. des LG. schon jetzt bestätigt werden könne, weil die Kl. auch behauptungsweise nichts Stichhaltiges über Äußerungen des Bewußtseins, ein den einzelnen Hauseigentümern als solchen zustehendes, mit dem Eigentum verbundenes privates Holznutzungsrecht auszuüben, vorgebracht haben. Insbesondere ist der rechtliche Gehalt der Behauptung, es sei das Holz auch an solche Hausbesitzer geliefert worden, die nicht in L. wohnen, nicht ohne weiteres im Sinne der Kl. zu würdigen. Auch diese Eigentümer waren durch ihren Hausbesitz mit dem städtischen Gemeinwesen verbunden und konnten das Holz sehr wohl in Erfüllung eines aus dem Bürgerrecht und der Gemeindezugehörigkeit übriggebliebenen Restrechts geliefert bekommen. Die Gleichmäßigkeit des Bezugs aller Eigentümer alter Bürgerhäuser spricht eher dafür, daß das Recht nur aus der Observanz als Ausfluß alten Bürgerrechts herzuleiten sei, als daß aus einer Betätigung des Willens, ein an das einzelne Haus geknüpft Privatrecht auszuüben, die Erziehung von Grundgerechtigkeiten entnommen werden möchte. Trotz dieser gegen die Stichhaltigkeit der Klagebegründung bestehenden Bedenken erschien es doch angebracht, die Sache erneuter Verhandlung in der Tatsacheninstanz zuzuführen, schon damit die Kl. Gelegenheit haben, ihr Vorbringen nach Erkenntnis der Rechtslage zu ergänzen.

(RG., V. ZivSen., U. v. 11. Aug. 1938, V 6/38.) [Ba.]

Reichserbhofgericht

**** 45. § 7 Abs. 1 RGZ.** Die Tatsache einer auch seit Jahren betriebenen gemeinsamen Bewirtschaftung von zwei ehemals selbständigen Höfen kann für sich allein noch keine Wirtschaftseinheit schaffen, die die Anerkennung des Grundbesitzes als eines Erbhofs rechtfertigt. Dies ist jedoch dann der Fall, wenn die Beteiligten die Absicht gehabt haben, für alle Zeiten die beiden Höfe zu einem zu verschmelzen und sie diese Absicht in eindeutiger Weise betätigt haben.

Die Ehefrau des Viertelspanners Julius B. in B., Henriette geb. C., war Eigentümerin des rund 120 Morgen großen Halbspännerhofes Nr. 39 in L., den sie im Jahre 1899 von ihrem Vater geerbt hatte. Der Hof wurde von der Hofstelle des Ehemannes, B. Nr. 65, aus bewirtschaftet. Die Eheleute B. hatten drei Söhne. Julius B. kaufte für seinen Sohn Alfred im Jahre 1908 den etwa 125 Morgen großen Halbspännerhof Nr. 36 in L. und teilte damals seinen und seiner Ehefrau gesamten Besitz unter die Söhne Alfred und Willi B. in der Weise, daß Alfred außer dem genannten Halbspännerhof Nr. 36 von dem Hof Nr. 39 der Mutter etwa 45 Morgen und Willi den väterlichen Hof nebst etwa 70 Morgen des mütterlichen Hofes erhielt. Bei dieser Teilung wurde die Scheune des Hofes Nr. 39 abgerissen und auf dem Hof Nr. 65 neu aufgebaut. Alfred B. bewirtschaftete den von den Eltern erworbenen Gesamtbesitz von der neu erworbenen Hofstelle Nr. 36 aus. Die alte Hofstelle Nr. 39 richtete er für 3—4 Tagelöhnerfamilien in der Weise ein, daß er in dem Wohnhaus durch Einbau von Küchen und Umwandlung eines Teils des Vorplatzes in Wohnzimmer mehrere Wohnungen schuf. Aus den Ställen entfernte er die Krippen und Düngergruben und überließ die Schweine- und Pferdeställe den Tagelöhnern als Kleinviehstallung, während er den früheren Kuhstall als Geräte- und Düngerschuppen von seiner Hofstelle Nr. 36 aus in Mitbenutzung nahm.

Der älteste Sohn der Eheleute Julius B., der bei der Teilung des Grundbesitzes nicht mitberücksichtigt worden war, wurde von den Eltern in anderer Weise ausgestattet; er ist Domänenpächter.

Alfred B. ist verheiratet mit Elise geb. S. Seine Frau hat ihm das etwa 50 Morgen große Grundstück L. Blatt 15, zu dem keine Hofstelle mehr gehörte, in die Ehe eingebracht. Er ist Eigentümer desselben geworden und bewirtschaftet es — abgesehen von zehn Morgen, die zur Zeit verpachtet sind — von der Hofstelle Nr. 36 aus. Die Gebäude dieser Hofstelle waren schon bei dem Erwerb durch die Familie B. für die zugehörigen 125 Morgen reichlich groß; sie wurden nach der Angabe des Eigentümers für

die Verhältnisse der größeren Wirtschaft teilweise umgestaltet und ergänzt.

In dem gerichtlichen Verzeichnis der Erbhöfe wurden der Hof Nr. 36 mit dem Grundstück Bl. 15 und der Hof Nr. 39 als je ein Erbhof aufgeführt. Der Eigentümer erhob Einspruch mit dem Antrage, seinen gesamten Besitz als einen Erbhof einzutragen. Er führte aus, daß er von seinen Eltern einen geschlossenen Besitz mit einem einzigen Wirtschaftshof übernommen habe und sich gegen willkürliche Zersplitterung seines Besitzes wehren müsse. Wollte man von den früheren Eigentumsverhältnissen ausgehen, dann dürfte man auch das von seiner Frau eingebrachte Land nicht dem Hofe 36 zuschlagen, sondern müßte es als „flüchtiges“ Land ohne Hofstelle und damit auch ohne Erbhofeigenschaft ansehen.

Das AGZ wies den Einspruch des Eigentümers zurück. Es sieht in der Mitbewirtschaftung des Hofes Nr. 39 von der Hofstelle Nr. 36 aus keinen regelmäßigen auf Dauer berechneten Zustand und vermißt eine deutlich erkennbare Absicht des Eigentümers, einen solchen Dauerzustand zu schaffen. Der Eigentümer könne ohne übermäßige Schwierigkeiten wieder zur Einzelbewirtschaftung übergehen. Allerdings fehle dem Hofe eine Scheune; diese könne aber — nötigenfalls durch Beschaffung der erforderlichen Mittel auf Kredit — neu errichtet werden.

Die Beschw. des Eigentümers gegen diesen Beschluß wurde vom OLG zurückgewiesen. Dieses nimmt zwar an, daß der Beschw. den gesamten Grundbesitz dauernd zu einer wirtschaftlichen Einheit habe zusammenschließen wollen; dafür spreche die Verlegung der Scheune des Hofes Nr. 39 nach B. und die Unterbringung von drei, zeitweise vier Tagelöhnerfamilien im Wohnhaus des Hofes Nr. 39 nach entsprechender baulicher Veränderung und die Überlassung der Stallung an die Tagelöhner. Diese Maßnahmen seien jedoch nicht so erheblich, daß darum der Betrieb der Hofstelle Nr. 39 nicht jederzeit unsicher wieder aufgenommen werden könnte. Das Wohnhaus lasse sich wieder als Wohnung eines Bauern herrichten, das Stallgebäude brauche nur aufgeräumt und zweckentsprechend eingerichtet zu werden, die fehlende Scheune lasse sich gegebenenfalls in angemessenem Umfang neu aufbauen, und das fehlende Inventar werde zum Teil vom Hof Nr. 36 an den Hof Nr. 39 abgegeben werden können und müssen. Die Hofstelle Nr. 36 habe zwar für eine Größe von 125 Morgen reichliche Gebäude, sei aber nicht wesentlich verändert worden. Wenn der Eigentümer, wie er angebe, die Kornböden zeitgemäß hergerichtet, einen Fohlenstall und einen Laufstall für Jungvieh eingerichtet habe, so komme ihm diese Gebäudeverbesserung auch bei getrennter Bewirtschaftung der beiden Höfe nach zufluten. Erweiterungsbauten habe er auf dem Hofe Nr. 36 nicht vorgenommen.

Die sofortige weitere Beschw. war erfolgreich.

Die Zulässigkeit der weiteren Beschw. des Eigentümers hängt nach § 49 Abs. 4 RGZ grundsätzlich davon ab, daß in der angefochtenen Entsch. ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist. Dies trifft nicht zu; denn die bisherigen Entsch. stimmen im Ergebnis und in den wesentlichen Punkten der Begründung überein, sind nach ausreichender Sachaufklärung (Hofbesichtigung) ergangen und beruhen, soweit ersichtlich, nicht auf einem Verfahrensverstöß. Ein Rechtsirrtum bei der Auslegung des § 7 RGZ könnte nicht als neuer selbständiger Beschwerdegrund angesehen werden.

Wegen die sachliche Richtigkeit des angefochtenen Beschlusses bestehen jedoch so erhebliche Bedenken, daß der Senat die weitere Beschw. nach § 24 Abs. 2 GGZD ausnahmsweise zugelassen hat. Die Nachprüfung führte denn auch zu ihrer Abänderung i. S. der Anträge des Beschw. Z.

Nach ständiger Rpr. des Senats ist davon auszugehen, daß die Tatsache einer — wenn auch längere Jahre hindurch geschehenen — gemeinsamen Bewirtschaftung von zwei ehemals selbständigen Höfen für sich allein noch keine Wirtschaftseinheit schaffen kann, die die Anerkennung des Grundbesitzes als eines Erbhofs zu rechtfertigen vermag. Die Beteiligten müssen die Absicht gehabt haben, für alle Zeiten die beiden Höfe zu einem zu verschmelzen, und sie müssen diese Absicht auch in eindeutiger Weise, wofür insbes. wirtschaftliche und bauliche Maßnahmen in Frage kommen, betätigt haben.

Diese Voraussetzungen müssen aber im vorl. Fall als gegeben anerkannt werden. Seine Besonderheit besteht darin, daß schon die Eltern des Eigentümers den Hof Nr. 39, der bereits vorher jahrelang von der Hofstelle des Vaters in B. mitbewirtschaftet worden war, aufgeteilt und damit seine Selbständigkeit aufgehoben haben, um den Hof Nr. 65 sowie den Hof Nr. 36 zu

stärken. Dem letzteren wurde weniger als die Hälfte der Ländereien zugeteilt, der heutige „Hof“ Nr. 39 ist nur noch ein Rest des Besitzes, der im übrigen dem Bruder gehört. Auch die Hofstelle blieb nicht von der Teilung verschont. Unter den getroffenen Maßnahmen kommt dem Abbruch der Scheune zum Zwecke des Wiederaufbaus in B. eine besondere Bedeutung zu. Mit Recht weist der Beschw. darauf hin, daß der Abbruch sicherlich unterblieben wäre, wenn man mit der Notwendigkeit gerechnet hätte, die für eine Einzelbewirtschaftung unentbehrliche Scheune — wenn auch vielleicht in etwas kleinerem Umfange — auf dem Hof Nr. 39 später wieder neu erbauen zu müssen. Wichtig ist auch der Umstand, daß die Eltern, obwohl sie drei Söhne hatten und obwohl alle drei Söhne Landwirte waren, aus ihrem gesamten Grundbesitz mit drei Hofstellen nur zwei Teile für die beiden jüngeren Söhne gebildet haben. Der Beschw. hat so den Hof Nr. 36 mit dem Teil von Nr. 39 von seinen Eltern als eine Einheit erhalten. Er selbst hat diese Einheit dann noch weiter festigt durch die Umgestaltung des Wohnhauses für die Bedürfnisse von 3—4 Tagelöhnerfamilien, die Entfernung der Einrichtungen aus den Viehställen und nach seiner Angabe auch den Abriß des Waschhauses.

Unter diesen Umständen hält es der Senat nicht für entscheidend, daß größere bauliche Veränderungen auf der Hofstelle Nr. 36 nicht stattgefunden haben. Sie waren offenbar für die Gesamtbewirtschaftung nicht erforderlich, da die Gebäude für den zugehörigen Besitz von 125 Morgen von vornherein reichlich groß errichtet waren und bei einer zweckentsprechenden Änderung der inneren Einrichtung, die der Beschw. vorgenommen hat, auch für einen größeren Besitz verwendet werden konnten. Zwar wird auch der ehemalige Kuhstall des Hofes Nr. 39 als Dünger- und Geräteschuppen von Nr. 36 aus mitbenutzt. Diese Verwendung eines einzelnen Gebäudes der alten Hofstelle zu einem veränderten Zweck spricht aber nicht für, sondern gegen die Annahme, daß die Hofstelle Nr. 39 noch einen Rest ihrer alten Selbständigkeit behalten hätte.

Der gesamte Grundbesitz des Beschw. ist demnach als ein Erbhof anzusehen.

(REOG, 2. Sen., Beschl. v. 15. Juni 1938, 2 RB 53/37.)

(= REOG 5, 351.)

*

** 46. § 17 Abs. 1, 4 EGNB.

1. Die Stellung eines Antrages auf Befreiung von dem Erfordernis der Bauernfähigkeit beider Eheleute bei einem Ehegattenbesitz gemäß § 17 Abs. 4 EGNB ist während eines anhängigen Feststellungsverfahrens auch im Beschwerdeverfahren möglich.

2. Ein Ehegattenerbhof kann — wenn seine Anerkennung auf der alleinigen Bauernfähigkeit eines Ehegatten beruht — nur ausnahmsweise als solcher festgestellt werden, auch wenn die gesetzlich vorgesehenen Mindestanforderungen (§ 17 Abs. 4 EGNB) vorliegen.

Die Eheleute Alois H. und Rosina geborene B. in W. sind auf Grund allgemeiner Gütergemeinschaft Eigentümer des landwirtschaftlichen Anwesens Nr. 12 in W. mit einer Grundfläche von 28,379 ha und einem Einheitswert von 16 200 *RM*.

H. ist verheiratet und hat vier Kinder. Seine Ehefrau ist schwerkrank und arbeitsunfähig. Von den vier Kindern sind drei erwachsen, sie arbeiten in der Wirtschaft mit.

H. ist vielfach wegen Diebstahls und Schmuggels vorbestraft. Er verbüßt zur Zeit eine Gefängnisstrafe von zwei Jahren.

Im April 1935 hat der Kreisbauernführer beantragt, über die Erbhofeigenschaft der Besitzung der Eheleute H. zu entscheiden.

Das OEG hat die Erbhofeigenschaft des Grundbesitzes der Eheleute H. verneint. Es hat trotz verschiedener Mängel der Bewirtschaftung des Anwesens diese noch als „ortsüblich“ bezeichnet und bedenken gegen die Bauernfähigkeit der Eigentümer daraus nicht hergeleitet. Es hat aber aus den zahlreichen Vorstrafen des H. den Mangel seiner Ehrbarkeit entnommen und deshalb die Erbhofeigenschaft des Ehegattenhofes, der die Bauernfähigkeit beider Teile voraussetze, verneint.

Das OEG hat die sofortige Beschw. des H. als unbegründet zurückgewiesen. Es hat in Übereinstimmung mit dem OEG aus den Vorstrafen des H. seine Unehrlbarkeit festgestellt und ihm dabei zum besonderen Vorwurf gemacht, daß er trotz der schweren Krankheit seiner Ehefrau und ungeachtet der Notwendigkeit des Einkasses seiner ganzen Kraft für die Erhaltung der Wirtschaft sich dem Schmuggelhandwerk gewidmet habe. — Das OEG hat danach ohne Rücksicht auf die Ehrbarkeit der Ehefrau die Erbhof-

eigenschaft verneint. Die Frage, ob etwa nach den neuen Vorschriften der EGNB (§ 17 Abs. 1 und 4) von dem Erfordernis der Bauernfähigkeit beider Teile ausnahmsweise abgesehen werden könnte, hat das Gericht dahingestellt sein lassen, indem es für eine solche Prüfung ein besonderes anerbengerichtliches Verfahren für nötig erklärte.

Die sofortige weitere Beschw. war erfolglos. Für die Zulässigkeit des Rechtsmittels ist nach § 49 Abs. 4 REO Voraussetzung, daß in der Entscheidung des OEG ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist. Da das OEG die sofortige Beschw. gegen den Beschluß des REO als unbegründet zurückgewiesen hat, liegen zwei gleichlautende Entscheidungen vor. Beide Beschlüsse sind auch in gleicher Weise begründet worden, nämlich mit der aus den Strafaten des Chemannes H. hergeleiteten Unehrlbarkeit und der darauf gestützten Feststellung der Nichterbhofeigenschaft der Ehegattenbesitzung. Bei dieser Sachlage enthält der Beschluß des OEG einen neuen selbständigen Beschwerdegrund i. S. des § 49 Abs. 4 REO nur dann, wenn er unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften zustande gekommen ist. Dies ist nicht der Fall, solche Verstöße sind weder behauptet noch von Amts wegen festgestellt worden. Das Vorbringen des Beschw. bezieht sich lediglich auf die sachliche und rechtliche Würdigung des Falles, indem er seine Bauernfähigkeit verteidigt, falls die Entstehung der Erbhofeigenschaft der Besitzung auf der Grundlage der alleinigen Bauernfähigkeit seiner Ehefrau gemäß § 17 Abs. 4 EGNB behauptet. Eine solche Nachprüfung der sachlichen Entscheidung ist aber in der Regel dem REO entzogen, wenn es an einem neuen selbständigen Beschwerdegrund fehlt. Nur ausnahmsweise kann ohne diese Feststellung eine erneute Prüfung und Entscheidung vorgenommen werden, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen (§ 24 Abs. 2 EGV). Der Senat hat bereits mehrfach ausgesprochen, daß ein Absehen von dem Erfordernis eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes gerechtfertigt sein kann, wenn die Vorentscheidungen gegen Vorschriften oder Grundsätze des REO verstoßen haben (vgl. REOG 4, 429 und 298). Der Beschw. hat es als eine Verletzung des Gesetzes bezeichnet, daß das OEG von dem Erfordernis der Bauernfähigkeit beider Eheleute ausgegangen sei und eine Nachprüfung der Erbhofeigenschaft auf der Grundlage der alleinigen Bauernfähigkeit der Ehefrau (gemäß § 17 Abs. 4 EGNB) in diesem Verfahren abgelehnt habe. Diese Rüge erscheint begründet, sie rechtfertigt die Zulässigkeit der weiteren Beschw. ohne Feststellung eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes. Wie früher bei Ehegattenerbhöfen von Amts wegen in jeder Lage des Erbhoffeststellungsverfahrens zu prüfen war, ob ausnahmsweise die Bauernfähigkeit eines Ehegatten für die Befreiung der Erbhofeigenschaft der Besitzung genügt, so ist in gleicher Weise nunmehr auf Grund der neuen Vorschrift des § 17 Abs. 4 EGNB auf Antrag diese Frage zu erörtern und zu entscheiden. Weder der Wortlaut noch der Zweck der Vorschriften rechtfertigt die Auffassung des OEG, daß dieser Antrag nur beim REO gestellt werden kann und darüber in einem besonderen Verfahren entschieden werden muß. Es wird allerdings die Regel sein, daß im Erbhoffeststellungsverfahren schon im ersten Rechtszug die Voraussetzungen des § 17 Abs. 4 Streitig werden und deshalb ein entsprechender Antrag beim REO gestellt wird. So erklärt sich auch, ebenso wie in allen sonstigen der Zuständigkeit der Auerbenbehörden unterliegenden Verfahren (vgl. §§ 27, 37 REO, §§ 9, 11 Abs. 2, 27 EGNB u. a.), daß das OEG im Gesetz als die zu entscheidende Behörde genannt ist. Diese Zuständigkeit ist aber keine ausschließliche. Es steht nichts im Wege, in geeigneten Fällen, beispielsweise im Laufe eines Hofübergabeverfahrens, einen Antrag auf Genehmigung einer Belastung nach § 37 REO oder auf Abtrennung eines Grundstückes gemäß § 27 EGNB noch im zweiten oder dritten Rechtszug entgegenzunehmen und darüber zu befinden. Bei gegenteiliger Auffassung würde das Gericht im vorl. Fall dem Streben des Gesetzgebers nach einer Vereinfachung und Beschleunigung des Feststellungsverfahrens (vgl. die deswegen ergangenen Bestimmungen in §§ 40 Abs. 1, 55, 56 EGV) nicht gerecht werden. Es mag wohl gelegentlich angebracht sein, das anhängige Verfahren mit dem neuen Antrag an eine Vorinstanz zurückzuweisen. Auf jeden Fall erfordert aber der Streit um die Erbhofeigenschaft ein einheitliches Verfahren und eine abschließende Entscheidung. Es rechtfertigt sich wegen des insoweit unrichtigen Beschlusses des OEG die Zulassung der weiteren Beschw. trotz Fehlens eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes.

Die danach notwendige Nachprüfung der Erbhofvoraussetzungen ergibt die Unbegründetheit der weiteren Beschw. An der Bauernunfähigkeit des Chemannes ist nicht zu rütteln. Mag ihm zugegeben werden, daß die von ihm begangenen Diebstähle weniger bedeutungsvoll sind und auch schon längere Zeit zurückliegen, so ergeben doch die vielfachen schweren Bestrafungen wegen Schmug-

gels, daß es sich bei H. um einen gemeingefährlichen und gemein-schädlichen Menschen handelt, der nicht als bäuerlich ehrbar angesehen werden kann.

Die weitere Frage, ob allein auf Grund der Bauernfähigkeit der Ehefrau die Erbhofeigenschaft der Besizung angenommen werden kann, muß ebenfalls verneint werden. In der Regel ist für einen Ehegattenerbhof die Bauernfähigkeit eines Teiles nur dann als genügend erachtet worden, wenn ein Mangel oder eine Minderung der Wirtschaftsfähigkeit des anderen Ehegatten gegeben war, und diese Untüchtigkeit des einen Teils durch die besondere Befähigung des anderen Eigentümers ausgeglichen wurde. Mangelnde Ehrbarkeit eines Ehegatten ist in der Regel als ein dem Hof anhaltender Mafel angesehen worden, der nicht durch die Ehrbarkeit des anderen Teils ausgeglichen werden kann (vgl. 1 RB 1357/35). Dieser Grundfaz muß ausnahmslos dann gelten, wenn gerade dem Ehemann als tatsächlichen Betriebsinhaber und Repräsentanten des Hofes die Ehrbarkeit fehlt und die Bauernfähigkeit lediglich in der Person der Kranken, nach außen hin gar nicht in die Erscheinung tretenden Ehefrau gegeben ist.

(RGSt, 1. Sen., Beschl. v. 14. Juni 1938, 1 RB 198/37.)
(= RGSt 5, 290.)

*

** 47. § 30 EHRB.

1. Zur Genehmigung eines Pachtvertrages gemäß § 30 EHRB ist — für den Fall, daß ein zwingender Grund zum Verpachten vorliegt — außerdem erforderlich, daß die Bestimmungen des Vertrages dem allgemeinen Wohl nicht zuwiderlaufen, insbes. nicht zu den von der Ernährungswirtschaft angestrebten Zielen im Gegensatz stehen.

2. Die Vereinbarung einer Naturalpachtklausel oder einer Naturalwertpachtklausel hindert die Genehmigung des Pachtvertrages gemäß § 30 EHRB.

Der 72 Jahre alte Herrmann L. ist Eigentümer eines Erbhofes. Der Grundbesitz ist 79 ha groß und unbefastet. Der Einheitswert beträgt 79 300 RM. Der Eigentümer, dessen Ehefrau 64 Jahre alt ist, hat zwei Kinder, einen Sohn und eine Tochter. Beide sind verheiratet und haben je zwei Söhne und eine Tochter.

Der Bauer L. hat durch Vertrag v. 14. Juni 1935 die Hofstelle, 90 Morgen Acker und 84 Morgen Grünland (Wiesen und Weiden) an den Landwirt Adolf W. verpachtet. Der Vertrag ist auf 15 1/4 Jahre, beginnend am 1. Okt. 1935 und endigend am 31. Dez. 1950, abgeschlossen worden. Der Pachtpreis beträgt 14,50 RM jährlich je Morgen Kulturland, also für 174 Morgen 2523 RM. In § 3e des Vertrages ist vorgesehen, daß im Falle der Entwertung der gesetzlichen Zahlungsmittel der Verpächter berechtigt ist, an Stelle der Zahlung in gesetzlichen Zahlungsmitteln für je 10 RM Pachtpreis einen Zentner Roggen in Natur (auswuchsfreie, marktfähige Ware) oder im Tageswerte zu fordern. Eine Entwertung der gesetzlichen Zahlungsmittel gilt als eingetreten, wenn die Preise für einen Zentner Roggen auf über 15 RM und einen Zentner Kartoffeln auf über 5 RM und einen Zentner Rindfleisch (Lebendgewicht) auf über 60 RM gestiegen sind.

Der Verpächter hat gebeten, den Pachtvertrag zu genehmigen, und trägt vor, daß er wegen seines hohen Alters gezwungen sei, den Hof zu verpachten.

Das UEG hat den Pachtvertrag v. 14. Juni 1935 genehmigt.

Das UEG hat die sofortige Beschwerde des ArBz zurückgewiesen. Das UEG führt aus, der Pachtvertrag verleihe in keiner Weise die Rechte der Auerben. Die Kinder des Eigentümers wollten den Hof nicht übernehmen, die Enkelkinder seien erst 4—7 Jahre alt. Eines von ihnen solle später einmal den Hof übernehmen. Die Dauer des Pachtvertrages sei darum nicht zu beanstanden. Die von dem ArBz. angegriffenen Vertragsbestimmungen schädigten weder den Staat noch die Volksgemeinschaft noch den Erbhof. Die Auerbenbehörden könnten also nicht in der vom ArBz. gewünschten Weise in den Vertrag eingreifen. Durch die Entwertungsklausel werde insbes. auch die Marktregelung des Reichsnährstandes nicht gefährdet.

Auf die sofortige weitere Beschwerde des Bz hat das UEG die ergangenen Entsch. dahin geändert, daß der Pachtvertrag unter der Auflage des Wegfalls der Geldentwertungsklausel geändert wird.

Der Bauer Herrmann L. hat durch Vertrag v. 14. Juni

1935 die Hofstelle und einen großen Teil der zum Hofe gehörigen Grundstücke v. 1. Okt. 1935 bis zum 31. Dez. 1950, also auf die Dauer von 15 1/4 Jahren, an einen Familienfremden verpachtet. Nach § 30 EHRB bedarf ein Vertrag, durch den der Erbhof im ganzen oder zum Teile für einen längeren Zeitraum als ein Jahr oder auf unbestimmte Zeit verpachtet wird, der Zustimmung des UEG. Diese Vorschrift will vor allem verhindern, daß der Erbhof seiner Bestimmung entzogen wird, der angestammten Bauernfamilie als Heim- und Arbeitsstätte zu dienen. Wenn ein Hof längere Zeit nur durch Verpachten genutzt würde, so würden dadurch der Eigentümer und seine Angehörigen dem Bauerntum entfremdet werden, und die auf dem Hof ansässige bäuerliche Familie würde zur Blutquelle des deutschen Volkes ungeeignet. Das UEG erstrebt deshalb als Regelform der Bodennutzung die Eigenbewirtschaftung der Erbhöfe. Ein Pachtvertrag der in § 30 EHRB bezeichneten Art ist nur noch in Ausnahmefällen zu genehmigen, wenn besondere Gründe die Verpachtung rechtfertigen (vgl. RGSt 2, 227 = JW. 1936, 1853²²). Ein Verpachten des Hofes für längere Zeit an einen anderen als den gesetzlichen Auerben darf auch nicht dazu führen, daß die Auerbenfolge des UEG tatsächlich ausgeschaltet wird. Das UEG muß daher vor Erteilung der Genehmigung stets prüfen, ob nicht der Auerbe durch den Abschluß des Pachtvertrages benachteiligt wird. Die Genehmigung eines Pachtvertrages nach § 30 EHRB fehlt, wenn an sich ein zwingender Grund zum Verpachten gegeben ist, weiterhin voraus, daß die einzelnen Bestimmungen des Pachtvertrages mit dem allgemeinen Wohl, insbes. mit den Zielen der Ernährungswirtschaft, vereinbar sind, die Grundgedanken des Erbhofrechts nicht verletzen sowie die ordnungsmäßige Bewirtschaftung des Hofes nicht gefährden.

Im vorl. Falle stehen der Hofeigentümer und seine Ehefrau in hohem Alter. Ihre Kinder sind nicht bereit, den Hof zu bewirtschaften, da sie eigene Lebensstellungen haben. Die Enkelkinder, die später für die Übernahme des Hofes in Betracht kommen, sind erst 6—9 Jahre alt. Bei dieser Sachlage ist ein wichtiger Grund zur Verpachtung anzuerkennen. Gegen die Person des Pächters sind von keiner Seite Bedenken geltend gemacht worden.

Die hier von den Vertragsschließenden für den Fall einer Geldentwertung vereinbarte Natural- oder Naturalwertpacht soll dazu dienen, einen wertbeständigen Pachtzins zu gewährleisten. Abreden zur Erhaltung der Wertbeständigkeit einer dem Gläubiger zustehenden Leistung waren in der Zeit des Verfalls der früheren Marktwährung vielfach im Wirtschaftsleben gebräuchlich. In der heutigen Zeit besteht aber, wie das UEG bereits in dem Beschlusse v. 7. März 1936: RGSt 2, 341 = JW. 1936, 2725²⁷ hervorgehoben hat, kein Bedürfnis mehr, Abreden zur Sicherung gegen einen etwaigen Währungsverfall zu treffen. Denn die gesetzliche Reichsmarkwährung ist durch die Maßnahmen der Reichsregierung geschützt. Das UEG hat es auch wiederholt gemißbilligt, daß in Übergabeverträgen nach § 37 Abs. 3 EHRB, die zugunsten der Miteigentümer berechtigten festgesetzten Geldleistungen mit Wertversicherungsabreden verknüpft werden (Beschl. v. 18. Aug. 1937: RGSt 4, 340 = JW. 1937, 3264⁶² = Nachz. 1938, 31; Beschl. v. 15. Okt. 1937: Rspr. in Erbhof. RGSt § 37c Nr. 112; vgl. ferner den Beschl. v. 2. Juli 1937: RGSt 4, 338 = JW. 1938, 197⁶³). Daß der Gesetzgeber den Wegfall der früher üblichen Abmachungen zum Schutze des Gläubigers gegen Entwertung erstrebt, zeigt das RoggenschuldenG. v. 16. Mai 1934 (RGBl. I, 391), das die Umwandlung von Forderungen und Grundpfandrechten, bei denen die Leistung oder Belastung in einer bestimmten Menge von Roggen oder Weizen ausgedrückt ist (wertbeständige Rechte), in Reichsmark angeordnet hat. Von diesem Gesetze werden auch Pachtverträge mit Roggenwertpacht betroffen, die beim Inkrafttreten des Ges. (20. Mai 1934) in Geltung waren. Es sei ferner auf die Vorschrift des Art. 5 der 9. Durchf. V. z. Landw.-SchulRegG. v. 24. Nov. 1937 (RGBl. I, 1305) hingewiesen, die eine Umwandlung gewisser, auf Goldmark oder auf eine bestimmte Menge von Feingold lautenden Forderungen in Reichsmarkforderungen vorsieht. Die Zulassung von Wertbeständigkeitsabreden im Bereiche des Erbhofrechts wird von dem Verpächter unter anderem damit gerechtfertigt, daß größere Geldverkehrsanklagen, namentlich Hypothekenbanken, selbst öffentlich-rechtliche Kreditanstalten, an Vereinbarungen zur Sicherung der Wertbeständigkeit ihrer Ansprüche, insbes. an der Goldmarkklausel, festhalten. Hierbei ist aber zu beachten, daß diese Geldgeber infolge des Grundfahes der Gleichheit der ausgegebenen Pfandbriefe oder Schuldverschreibungen und der dafür bestimmten Deckung bei Neubeleihungen von Grundstücken so lange die Goldmarkklausel beibehalten müssen, als die Goldpfandbriefe (oder Schuldverschreibungen), zu deren Deckung die

Hypotheken bestellt werden, noch im Umlaufe sind (vgl. § 9 des Gef. über wertbeständige Hypotheken v. 23. Juni 1923 (RGBl. I, 407) und § 8 des Gef. über die Pfandbriefe und verwandten Schuldverschreibungen öffentlich-rechtlicher Kreditanstalten vom 21. Dez. 1927 (RGBl. I, 492)). Wenn im übrigen auf dem Kapitalmarkte noch Versicherungsbrechen in Geltung sind, die nach der Befestigung der deutschen Währung an sich einer inneren Berechtigung entbehren, so können Folgerungen für bäuerliche Verträge daraus schon deshalb nicht gezogen werden, weil das bäuerliche Recht durch das RG eine grundsätzlich andere Gestaltung erfahren hat. Der Sinn der Erbhofgesetzgebung ist, den Bauern so weitgehend als möglich von der Kapitalwirtschaft zu lösen und vor den Gefahren des Marktes zu schützen. Wertmindernde Abreden, die Gelbleistungen irgendwie von der Höhe des Preises gewisser Waren abhängig machen, würden den Bauern aber wiederum mit den Preisverhältnissen des Warenmarktes verflechten. Solche Abreden verstößen daher gegen die Grundgedanken des RG.

Gegen die Genehmigung einer Naturalpacht- oder Naturalwertpachtabrede spricht noch folgendes: Nach der WD. über das Verbot von Preiserhöhungen v. 26. Nov. 1936 (RGBl. I, 955) sind rückwirkend v. 18. Okt. 1936 an Preiserhöhungen für Güter und Leistungen jeder Art, insbes. für alle Bedürfnisse des täglichen Lebens, für die gesamte landwirtschaftliche, gewerbliche und industrielle Erzeugung und für den Verkehr mit Gütern und Waren jeder Art sowie für sonstige Entgelte grundsätzlich untersagt. Das Verbot der Preiserhöhung erstreckt sich nach dem Erlaß Nr. 95/37 des Reichskommissars für die Preisbildung v. 22. Mai 1937 (DZ. 1937, 800 = RdM. 1937, 452) auch auf den Pachtzins für landwirtschaftlich genutzte Grundstücke; jede unmittelbare oder mittelbare Erhöhung des Pachtzinses gegenüber dem Stande v. 17. Okt. 1936 ist verboten. Dies gilt, wie der Reichskommissar für die Preisbildung in dem Erlaß an die deutsche Pachtbank v. 16. Nov. 1937 entschieden hat (vgl. den Aufsatz „Noch einmal Roggenpachten“ in der Nat.-soz. Landpost v. 11. März 1938, Folge 10), nicht nur für Reichsmarkpachten und Naturalwertpachten, sondern auch für Naturalpachten. Auch wenn der Verpächter eine bestimmte Menge von Roggen als Pachtzins verlangen kann, darf der Geldwert der Pachtzinsleistung den Stand v. 17. Okt. 1936 nicht überschreiten, so daß die an den Verpächter zu liefernde Roggenmenge im Fall einer Erhöhung des Roggenpreises entsprechend zu kürzen ist. Die von den Vertragsschließenden hier vereinbarte Roggenpacht oder Roggenwertpacht würde danach eine Erhöhung des Pachtpreises über den am 17. Okt. 1936 maßgebenden Geldbetrag hinaus regelmäßig nicht ermöglichen (vgl. RdM. 1937, 452, 619). Eine Erhöhung des Pachtzinses kann allerdings nach § 3 WD. v. 26. Nov. 1936 ausnahmsweise gestattet werden, wenn sie aus volkswirtschaftlichen Gründen oder zur Vermeidung besonderer Härten dringend erforderlich erscheint. Ob aber im einzelnen Fall eine Ausnahme von dem Preiserhöhungsverbot bewilligt werden würde, ist ungewiß. Der Preisabrede der Vertragsparteien würde infolgedessen die nötige Klarheit fehlen, und es könnten sich hieraus sehr leicht künftig Streitigkeiten zwischen den Beteiligten entwickeln, die für den Hof schädlich sind.

Soweit von den Vertragsschließenden eine Naturalpacht in Roggen vorgesehen ist, würde der Durchführung dieser Abrede außerdem die inzwischen am 22. Juli 1937 erlassene WD. zur Sicherstellung des Brotgetreidebedarfs (RGBl. I, 829) entgegenstehen, die jeden Erzeuger inländischen Brotgetreides (Roggen, Weizen usw.) verpflichtet, alles geerntete Brotgetreide abzuliefern. Ausgenommen von der Ablieferungspflicht sind lediglich die Mengen, die für die Brotbackung und für Saatwecke des Getreideerzeugers mit samt Familien- und Betriebsangehörigen, der Deputatberechtigten und Empfänger eines Leibgebüges erforderlich sind. Der Pächter würde hiernach gar nicht befugt sein, die Pacht in Brotgetreide zu leisten, weil er dadurch seine Ablieferungspflicht verletzen würde.

Aus den vorstehenden Darlegungen ergibt sich, daß gegen die in dem Pachtvertrage vereinbarte Geldentwertungsabrede aus Gründen des allgemeinen Wohles wie vom Standpunkte des Erbhofrechts und vom Standpunkte des Wohles des Hofes aus Bedenken bestehen. Die Roggennaturalpachtabrede widerspricht zudem den Vorschriften zur Sicherung der Volksernährung. Die Verbeibehaltung der vereinbarten Geldentwertungsklausel kann daher nicht gebilligt werden. Es ist demgemäß im Wege der Auflage, deren Anordnung zulässig ist (RGSt. 2, 227 = JW. 1936, 1853²²), zu bestimmen, daß in einem Pachtvertrage der Wegfall der in § 3e enthaltenen Geldentwertungsklausel vereinbart wird.

(RGSt. 3. Sen. Weichl. v. 22. März 1938, 3 RB 2414/35.)

(= RGSt. 5, 232.)

**** 48. § 30 EHRB.** Die erneute Genehmigung eines anerben-gerichtlich genehmigten Pachtvertrages der die Bestimmung enthält, die Erben könnten beim Tode des Pächters den Vertrag kündigen, ist — wenn die Erben ihr Kündigungsrecht nicht ausüben, sondern das Pachtverhältnis fortsetzen — nach § 30 EHRB. auch nicht deswegen notwendig, weil an der Stelle des Einzelpächters jetzt die Erbengemeinschaft steht.

Der in den Grundbüchern von L. Blatt 3 und Stadt A. Blatt 378 eingetragene, 17,6190 ha große Erbhof steht auf den Namen des Kraftwagenführers Rudolf P. eingetragen. In der Zeit von 1930 bis Ende 1934 wurde er von dem älteren Bruder des Eigentümers, dem Landwirt Albert P., auf Grund einer besonders ausgestellten Vollmacht bewirtschaftet.

Am 20. Dez. 1934 wurde zwischen den beiden Brüdern Albert und Rudolf P. ein schriftlicher Pachtvertrag geschlossen. Die Pacht begann mit dem Tage der Vollziehung des Vertrages und sollte am 31. März 1941 enden. Der Pächter Albert P. verpflichtete sich in dem Pachtvertrag, an Stelle eines Pachtzinses sämtliche Zinsen der auf dem Grundstücke nach durchgeführtem Pfändungsverfahren stehenden Hypotheken und Grundschulden zu zahlen und die auf dem Erbhof vorhandenen und noch darauf zu legenden Lasten und Abgaben zu übernehmen. In den folgenden Bestimmungen sind im einzelnen die Pflichten, die der Pächter bei der Bewirtschaftung des Hofes und bezüglich des Inventars zu erfüllen hat, aufgeführt. In § 15 Abs. 2 heißt es, daß das Pachtverhältnis ohne Einhaltung einer Frist als sofort gekündigt gelte, wenn der Pächter unter anderem in gröblichster Weise gegen die ihm vertraglich auferlegten Pflichten verstoße. Der § 16 des Pachtvertrages lautet: „Eine Kündigung des Pachtvertrages seitens des Verpächters kann nur in den nach diesem Pachtvertrage zulässigen Fällen eintreten. Der Tod des Verpächters ist ohne Einfluß auf den Pachtvertrag, vielmehr treten die Rechtsnachfolger in denselben ein. Stirbt der Pächter, so steht seinen Erben das Recht zu, mit Ende des laufenden Pachtjahres die Pacht aufzugeben, falls zwischen Todestag und Ablauf des Pachtjahres ein Zeitraum von mindestens sechs Monaten liegt. Ist die Zwischenzeit eine kürzere, so erlischt auf Antrag der Erben der Pachtvertrag nach Ablauf des nächsten Pachtjahres. Den Erben steht das Recht zu, sich jederzeit einen geeigneten Gutsverwalter zu bestellen. Im Streitfall entscheidet über dessen Qualifikation der zuständige KrBz.“

Auf Antrag des Rudolf P. hat das AG. diesen Pachtvertrag genehmigt. In den Gründen heißt es: Der Vertrag berücksichtigte die Belange der Gläubiger und des Verpächters, der infolge eines Berufes sich nicht um die Bewirtschaftung des Erbhofes kümmern könne, außerdem aber auch die des Pächters, der jetzt mit viel größerem Interesse den Hof bewirtschaften könne als bisher. Der Beschluß ist rechtskräftig geworden.

Am 4. Aug. 1935 starb Albert P. Seine gesetzlichen Erben sind seine Witwe und der aus der Ehe stammende, am 10. Okt. 1929 geborene Sohn Horst P., zu dessen Pfleger der RA. Erwin T. bestellt worden ist.

Am 17. Dez. 1935 haben diese Erben bei dem AG. beantragt, vorzorglich den Pachtvertrag auch in bezug auf die Rechtsnachfolge zu genehmigen. Rudolf P. hat den Antrag gestellt, den Eintritt der Erben in den Pachtvertrag zu genehmigen.

Das AG. hat den Antrag des Rudolf P. abgelehnt und die erbetene Genehmigung nicht erteilt. Es geht davon aus, daß man die Bestimmungen der §§ 569, 581 Abs. 2, 596 Abs. 2 EHRB., an die sich der § 16 des Pachtvertrages anlehne, nicht auf Pachtverhältnisse über Erbhöfe anwenden könne, weil dies mit dem Gedanken des Erbhofrechts unvereinbar sei. Da die Person des Pächters eine entscheidende Rolle spiele — denn nur dann, wenn seine Person die Gewähr für eine ordnungsmäßige Bewirtschaftung gebe, liege ein wichtiger Grund i. S. des § 64 Abs. 2 DB I z. RG für die Genehmigung der Verpachtung vor —, könnten die Erben des Pächters nicht ohne weiteres Rechtsnachfolger des Pächters im Pachtverhältnis sein. Der § 16 des Pachtvertrages habe nur Bedeutung für die Auseinandersetzung mit den Erben des Pächters nach Beendigung des Pachtvertrages. Eine Fortsetzung des Pachtvertrages mit diesen Erben komme nicht in Frage, ebensowenig eine neue Verpachtung, da der minderjährige Horst zu jung, die Witwe P. aber eine ungeeignete Pächterin sei.

Das EGH hat den Beschluß des AG. aufgehoben und den Antrag des Rudolf P. als „unstatthaft“ zurückgewiesen. Nach Ansicht des EGH ist für eine erneute Genehmigung kein Raum, da der frühere rechtskräftige Beschluß des AG. auch die Bestimmung des § 16 des Vertrages mit genehmigt habe, der die

Rechtswirkungen für den Fall des Todes des Pächters genau regeln.

Die sofortige weitere Beschwerde des Verpächters war erfolglos.

Das Rechtsmittel ist zulässig. Da das OGH im Gegensatz zu dem UGH, das die Genehmigung für erforderlich erachtet, aber nicht erteilt hat, ohne sachliche Nachprüfung den Antrag auf Genehmigung als „unstatthaft“ zurückgewiesen hat, liegt in der Entsch. des OGH ein neuer selbständiger Beschwerdegund (§ 49 Abs. 4 RGG).

Gegenstand des Verfahrens ist der Antrag, den Eintritt der Erben des verstorbenen Pächters Albert P. in den Pachtvertrag v. 20. Dez. 1934 zu genehmigen. Nach § 30 EGNB bedarf ein Vertrag, durch den ein Erbhof für einen Zeitraum von mehr als einem Jahre verpachtet wird, der Genehmigung des UGH. Dieser Antrag kann von jedem Vertragssteile gestellt werden. Beide Vorentsche sind, wie die Gründe ihrer Beschlüsse ergeben, lediglich auf den Antrag des Verpächters eingegangen und haben den Antrag der Erben des verstorbenen Pächters unberücksichtigt gelassen. Allerdings ist dieser nur „vorsorglich“ gestellt, da die Erben der Ansicht sind, daß die erteilte Genehmigung des Pachtvertrages sich auch auf den Fall des Eintritts der Erben beziehe, eine besondere Genehmigung daher nicht erforderlich sei.

Der Verpächter hat nach seiner Darstellung die Genehmigung nachgefordert, weil ihm von den Erben des Pächters mit der Klagerhebung gedroht worden sei.

Rudolf P. hat aber, wie seine Ausführungen in den beiden Rechtszügen ergeben, sich gegen den Eintritt der Erben seines Bruders ausgesprochen, da die Weiterbewirtschaftung des Hofes durch diese nicht den Belangen der Wirtschaft entspreche, und somit seinen ursprünglichen Genehmigungsantrag in Wirklichkeit nicht mehr aufrechterhalten. Dieser ist daher als zurückgenommen anzusehen und das auf Antrag des Rudolf P. betriebene Verfahren insoweit gegenstandslos geworden.

Was den Antrag der Erben des Albert P. anbetrifft, so ist die zur Nachprüfung von diesen gestellte Vorfrage, ob es im vorl. Fall überhaupt einer Genehmigung bedarf, in Übereinstimmung mit dem OGH zu verneinen. Die Erben des Pächters haben von dem nach § 16 des Pachtvertrages zustehenden Rechte, vor Ablauf der Pachtzeit den Pachtvertrag zu kündigen oder einen geeigneten Verwalter zu bestellen, keinen Gebrauch gemacht, vielmehr das Pachtverhältnis fortgesetzt. Es ist zu prüfen, ob hierzu gem. § 30 EGNB die anerbengerichtliche Genehmigung erforderlich ist oder ob die frühere Genehmigung des Pachtvertrages ohne weiteres auch diesen Fall des Eintritts der Erben mit umfaßt. Dem UGH haben damals bei der Prüfung, ob ein wichtiger Grund zur Verpachtung gegeben ist, sämtliche im einzelnen schriftlich niedergelegten Vertragsbestimmungen vorgelegen. Es hat, wie die Gründe des früheren Beschlusses ergeben, den Vertrag genehmigt, weil seine Bestimmungen den Interessen des Verpächters, des Pächters und der Gläubiger dienen und das Wohl des Hofes nicht gefährdet werde. Zu diesen Bestimmungen gehört auch der § 16. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß das UGH die beim Tode des Pächters eintretende Änderung der tatsächlichen Verhältnisse bei dem Genehmigungsbeschlusse mitberücksichtigt und etwaige Bedenken zurückgestellt hat, die daraus hergeleitet werden könnten, daß an Stelle des Pächters unter Umständen eine Erbengemeinschaft tritt. Das UGH konnte dies um so eher tun, als in dem Pachtvertrage Vorkehrungen getroffen worden sind, daß bei schlechter Wirtschaftsführung durch den Rechtsnachfolger des Pächters der Vertrag sofort aufgelöst werden kann. Die frühere Genehmigung erstreckte sich also auch auf den Fall, daß die Erben des Pächters das Pachtverhältnis fortsetzen und somit der alte Pachtvertrag weiterkies. Bei dieser Sachlage ist daher für einen Antrag, den Eintritt der Erben des Pächters in den Pachtvertrag zu genehmigen, kein Raum. Dieser Antrag setzt das Bestehen eines neuen, wenn auch stillschweigend geschlossenen Vertragsverhältnisses voraus. Das UGH war an den früheren Genehmigungsbeschuß gebunden. Es durfte daher nicht erst in eine nähere Prüfung eintreten, ob die Witwe P. und der minderjährige Horst P. als geeignete Pächter in Frage kommen, ob insbes. gegen die Wirtschaftsführung der Witwe erhebliche Bedenken geltend zu machen sind.

Das OGH hat daher mit Recht die Entsch. des UGH aufgehoben und eine neue Genehmigung nicht für erforderlich erachtet. Da der Antrag der Erben des Pächters nur „vorsorglich“ gestellt war, bedurfte es nicht einer Zurückweisung des Antrages.

(RGSt, 3. Sen., Beschl. v. 29. April 1938, 3 RB 111/37.)

(← RGSt 5, 276.)

**** 49. § 36 Abs. 1, 5 EGNB. Gegen Beschlüsse der OGH, durch die Versorgungskreistigkeiten gemäß § 36 EGNB sachlich entschieden worden sind, hat der Vfz kein Beschwerderecht.**

Eigentümer des landwirtschaftlichen Anwesens Haus Nr. 8 in M. waren Johann B. und seine 1935 verstorbene Ehefrau Franziska, die im Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft gelebt haben. Sie haben das Anwesen in einer Größe von noch 32,634 ha durch notariellen Übergabevertrag vom 16. Mai 1930 an ihren damals noch ledigen Neffen Josef L. und jetzt in allgemeiner Gütergemeinschaft verheiratet ist und vier Kinder besitzt, übergeben. Nach dem Übergabevertrage haben sich die Übergeber das lebenslängliche Nießbrauchsrecht an einem Waldstück von 9,987 ha Größe vorbehalten; ferner sollte der Übernehmer ihnen ein Gutsabstandsgeld von 15 000 RM zahlen und ein im einzelnen bestimmtes Anteilel gewähren. Das Gutsabstandsgeld ist gezahlt. Zu gerichtlichem Protokoll vom 6. Dez. 1933 haben sich der Ehemann Johann B. und der Übernehmer Josef L. vergleichsweise u. a. über die Viefierung des Anteilels dahin geeinigt, daß statt der Naturalleistung der jeweilige Marktpreis gewährt werden solle. Die Viefierungen sollen nach Angabe des Übernehmers etwa 320 RM jährlich ausmachen. Der Einheitswert des Anwesens beträgt 27 900 RM.

Der Bauer Josef L. hat im März 1937 beim UGH den Antrag gestellt, die Versorgungsleistungen anderweit festzusetzen, da sie für den Erbhof nicht tragbar seien. Das UGH hat „die dem Austragsbauer Johann B. zustehende jährliche Prümde von 320 RM auf 200 RM ermäßigt“. Gegen diesen Beschluß hat Josef L. sofortige Beschw. eingelegt, die jedoch durch Beschluß des OGH zurückgewiesen worden ist. Beide Gerichte haben unter Berücksichtigung aller Umstände, namentlich des dem Anteileler zustehenden Nießbrauchsrechts an dem Waldstück, die beschlossene Herabsetzung der Anteilelsansprüche als der Billigkeit entsprechend erachtet.

Die Eingeklagt vom Vfz eingelegte sofortige weitere Beschw. war als unzulässig zu verwerfen.

Zur Rechtfertigung seiner Beschwerdebefugnis stützt sich der Vfz auf folgende Erwägungen: Die anderweite Festsetzung von Versorgungsleistungen durch die Auerbenbehörden sei eine Maßnahme, die ähnlich wie die Übergabe von Erbhöfen die Beziehungen der beteiligten Sippenangehörigen, insbes. deren Versorgungsansprüche aus dem Hofe, näher ausgestalten solle. Eine solche Anordnung der Auerbenbehörden enthalte zugleich einen Eingriff in die wirtschaftlichen Verhältnisse des Erbhofes, der in seiner Auswirkung dessen Leistungsfähigkeit für die Zukunft erheblich beeinflusse. Es liege im öffentlichen Interesse, die Leistungsfähigkeit der Erbhöfe zu erhalten. Aus diesem Grunde müsse, obwohl die §§ 48, 49 RGG nur für den Fall des § 37 Abs. 2 RGG das Beschwerderecht des KrVfz und des Vfz ausdrücklich erwähnten, auch im Falle der Hofübergabe ein Beschwerderecht der genannten Bauernführer bejaht werden. Wenn aber für den Fall der Genehmigung der Hofübergabe selbst ein Mitwirkungsrecht von Dienststellen des Reichsnährstandes beim Verfahren gegeben sei, dann bestehe kein Grund, dieses Mitwirkungsrecht bei der etwa notwendig gewordenen Abänderung solcher Übergabeverträge durch die Auerbenbehörden zu verneinen.

Diesen Ausführungen des Vfz kann nicht gefolgt werden. Die Fälle, in denen dem KrVfz und dem Vfz eine Beschwerdebefugnis eingeräumt ist, sind im § 48 Abs. 2 und § 49 Abs. 2 RGG genau abgegrenzt. Insoweit darüber hinaus die Durchführungsvorordnungen oder nunmehr die EGNB und EGVfD den genannten Vertretern des Reichsnährstandes eine Beschwerdebefugnis eingeräumt haben, ist dies ausdrücklich bei den betreffenden Gesetzesbestimmungen gesagt worden (vgl. beispielsweise § 21 Abs. 3, 6, 7 EGNB; §§ 63, 74 Abs. 5, 76 Abs. 3, 78 Abs. 4, 83 Abs. 4 EGVfD u. a.). Eine Beschwerdebefugnis ist indessen in § 36 EGNB den Vertretern des Reichsnährstandes nicht zugebilligt worden, ebensowenig wie sie eine solche gegen die — allerdings überhaupt unanfechtbaren — Entscheidungen über Streitigkeiten wegen der gesetzlichen Versorgungsansprüche (§ 32 RGG) vom Gesetzgeber eingeräumt erhalten haben, obwohl ohne Frage auch durch die Auswirkung dieser Entscheidungen die Leistungsfähigkeit eines Erbhofes für die Zukunft erheblich beeinflusst werden kann. Bei diesen Streitigkeiten ist es offenbar nicht für erforderlich erachtet worden, dem KrVfz und dem Vfz ein selbständiges Antrags- und Beschwerderecht zu gewähren, weil es sich insoweit weniger um Fragen des öffentlichen Interesses als vielmehr um Angelegenheiten des engeren Kreises der bäuerlichen Familie handelt (so Hopp, Anm. 6 zu § 36 EGNB, S. 101). Daraus, daß in dem Verfahren wegen Genehmigung einer Veräußerung und entsprechend wegen Genehmigung einer Übergabe, die nur ein Unterfall der Veräußerung ist (RGSt 1, 20 = JW. 1934, 3155), die Vertreter des Reichsnährstandes (KrVfz und Vfz) ein Be-

schwerderecht haben, kann nicht geschlossen werden, daß dasselbe auch für Entscheidungen von Streitigkeiten über vertragliche Versorgungsansprüche nach § 36 EHRB zu gelten habe. Bei der Regelung dieser Ansprüche und der Verteilung solcher Streitigkeiten ist der eigenen Entschiedenheit der Beteiligten ein erheblich weitergehender Spielraum gelassen als bei der Veräußerung (Übergabe) eines Erbhofes. Während bei letzterer trotz der Einigkeit der Vertragsbeteiligten der gesamte Inhalt des Veräußerungsvertrages einer Nachprüfung im Genehmigungsverfahren zu unterziehen ist, soll nach § 15 Abs. 1 EHRB in dem Verfahren nach § 32 AEG, § 36 EHRB in allen geeigneten Fällen zunächst der Versuch einer gültigen Einigung gemacht werden, die zu einer Vergleichs- oder Erbteilung führen kann, ohne daß es einer anerbenrechtlichen Genehmigung bedürfte oder dem KrBz und Vbz ein Widerspruchsrecht oder eine Beschwerdebefugnis hiergegen eingeräumt worden wäre. Dem entspricht es, daß bei Streitigkeiten über Versorgungsansprüche dem KrBz oder Vbz auch kein selbständiges Antragsrecht, also eine Befugnis, die Anerbenbehörden anzurufen, eingeräumt worden ist. Daß dem Vbz in den Fällen des § 36 EHRB kein Beschwerderecht zusteht, ist, soweit ersichtlich, auch einhellige Ansicht in der Rspr. und im Schrifttum (vgl. Vogel, 4. Aufl., Anm. 9 zu § 36 EHRB, S. 707; Hopp a. a. D.; Joha, Anm. zu Nr. in Erbhofachen § 36 EHRB Nr. 8, S. 36 zu der den gleichen Standpunkt verretenden Entsch. des OLG in Celle v. 13. Jan. 1938, 2 We 745/37.)

(OLG, 1. Sen., Beschl. v. 27. Juli 1938, 1 RB 66/38.)

(= OLG 5, 371)

*

**** 50. § 36 EHRB.** Das OLG ist auch dann für die Entscheidung von Streitigkeiten über Versorgungsansprüche zuständig, die dem Übergeber eines Erbhofes oder seines Angehörigen auf Grund des Übergabevertrages oder eines aus Anlaß der Übergabe geschlossenen Rechtsgeschäfts zustehen, wenn ein sippfremder Erwerber den Hof inzwischen vom Übernehmer gekauft und die Erfüllung der Versorgungsansprüche in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat.

Eigentümer des im Grundbuch von N. eingetragenen landwirtschaftlichen Anwesens sind die Eheleute Johann P. (Beschw.) und Albina P. je zur Hälfte. Der Besitz ist 9,02 ha groß, hat einen Einheitswert von 7190 RM und einen Grundsteuerreinertrag von 50,27 Talern. Er ist seit dem 17. Dez. 1934 in die Erbhoferolle eingetragen. Über die Erbhofeigenschaft des Anwesens und die Bauernfähigkeit der Eigentümer hat auf Antrag der Witwe C. als Gläubigerin des auf dem Grundstück eingetragenen Auszuges ein Verfahren geschwebt, in welchem das OLG rechtskräftig festgestellt hat, daß die Eigentümer bauernfähig seien und ihr Anwesen ein Erbhof sei.

Die Witwe C. hatte das Anwesen 1912 von einem Familienfremden gekauft und bis 1926 bewirtschaftet. Durch die Verträge vom 16. und 19. Jan. 1926 überließ sie den Besitz ihrem Sohn Otto für einen Überlassungspreis von 9000 RM; ferner hatte der Sohn Otto weitere 400 RM zur Ausrichtung des Begräbnisses für die Witwe C. zu zahlen; schließlich war ein für die Größe des Grundstücks erhebliches Ausgedinge im Jahreswerte von etwa 850 RM vereinbart worden, das zunächst in der Hauptsache in Naturalleistungen bestand, nach dem freien Willen der Überlasserin jedoch jederseit in eine dem Werte der Naturalien entsprechende Geldrente zuzüglich einer Mietentschädigung umgewandelt werden konnte. Von diesem Rechte hat die Witwe C. später Gebrauch gemacht, so daß die Versorgungsleistungen heute in Geld gewährt werden müssen. Von dem Kaufpreis von 9000 RM und dem Begräbnisgeld von 400 RM sind 3000 RM bar gezahlt worden; für den weiteren Betrag von 6400 RM ist eine Hypothek bestellt worden. Der Sohn Otto C. bewirtschaftete das Anwesen nur bis zum Jahre 1929. Durch Vertrag vom 19. Dez. des selben Jahres veräußerte er den Hof für 21250 RM und gegen Übernahme der dinglich gesicherten Auszugsverpflichtungen an den Landwirt Adolf D. Letzterer verkaufte das Anwesen schon nach kurzer Zeit durch Vertrag vom 19. Juli 1930 für 21000 RM und gegen Übernahme der dinglich gesicherten Auszugsverpflichtungen gegenüber der Witwe C. an die jetzigen Eigentümer, die Eheleute P., welche am 2. Sept. 1930 als Miteigentümer je zur Hälfte im Grundbuch eingetragen worden sind. Weder der Voreigentümer D. noch die Eheleute P. sind mit der Witwe C. verwandt.

Der Eheleut P. hat beim OLG unter Berufung auf § 36 EHRB beantragt, den für die Witwe C. eingetragenen Auszug, der für den Hof untragbar sei, angemessen herabzusetzen. Das OLG hat den Auszug in näher bestimmter Weise herabgesetzt.

In der Begründung hat es dargelegt, daß der Antrag nach § 36 EHRB zulässig sei, da der Auszug ursprünglich in einem Übergabevertrag festgesetzt worden sei.

Das OLG hat den angefochtenen Beschluß abgeändert und den Antrag des Johann P. auf Kürzung der von ihm und seiner Ehefrau an die Auszüglerin C. zu entrichtenden Auszugsleistungen als unzulässig zurückgewiesen. Das OLG ist davon ausgegangen, daß die Anwendung des § 36 EHRB voraussetze, daß die Versorgungsberechtigungen auf einem Übergabevertrag oder wenigstens auf einer ununterbrochenen Kette von Übergabeverträgen beruhen, daß also Berechtigte und Verpflichtete unmittelbar ihre Rechte und Pflichten aus diesem Übergabevertrage oder wenigstens aus einem Vertrage herleiteten, der aus Anlaß der Übergabe abgeschlossen worden sei. Diese Voraussetzung hat das OLG für nicht gegeben erachtet und deshalb die Zuständigkeit des OLG zu einer anderweitigen Festsetzung der Versorgungsleistungen verneint. Eine andere Beurteilung hat es auch nicht aus dem Grunde für möglich gehalten, weil die Versorgungsberechtigung ursprünglich in einem reinen Übergabevertrag begründet worden sei, und hierzu ausgeführt: Es handele sich bei dem Antrag der gegenwärtigen Eigentümer nicht um einen Antrag des Übernehmers gegen den Übergeber, sondern, wenn die Eheleute P. auch in das ursprüngliche Schuldverhältnis eingetreten seien, stets nur um den Antrag des Käufers gegen die Witwe C., mit der sonst keine Beziehungen, insbesondere keine erbrechtlichen oder sipprechtlichen Beziehungen, bestünden. Nach der Auffassung des Beschw. hat der Gesetzgeber die Zuständigkeit des OLG bewußt nur für Überlassungsverträge zulassen wollen, weil die Versorgungsleistungen in solchen Fällen den Charakter sipprechtlicher Unterhaltsansprüche hätten.

Die sofortige weitere Beschw. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Zur Entsch. steht die grundsätzliche Frage, ob die Vorschrift des § 36 Abs. 1 EHRB, nach der das OLG zuständig ist für die Entscheidung von Streitigkeiten über Versorgungsansprüche, die dem Übergeber eines Erbhofes oder seinen Familienangehörigen auf Grund des Übergabevertrages oder auf Grund eines aus Anlaß der Übergabe geschlossenen Rechtsgeschäfts gegenüber dem Übernehmer zustehen, gleichviel ob der Vertrag vor oder nach Entstehung der Erbhofeigenschaft des Anwesens abgeschlossen worden ist, auch Anwendung findet, wenn infolge Kaufes und Eigentumsübertragung an die Stelle des ursprünglichen Hofübernehmers ein familienfremder Rechtsnachfolger getreten ist. Die Anwendbarkeit der Bestimmung des § 36 a. a. D. ist auch bereits von dem 1. Senat des OLG in Celle durch einen Beschluß vom 24. Nov. 1937, 1 We 561/37 (JW. 1938, 65²) für Fälle, in denen der Bauer das Anwesen nicht als Anerbe durch Übergabevertrag oder von Todes wegen, sondern durch Kauf oder Zuschlag in der Zwangsversteigerung unter Übernahme von Versorgungsleistungen erworben hat, verneint worden. Diese Entscheidung hat im Schrifttum (Vogel, Anm. zu JW. 1938, 65²) Widerspruch erfahren, und zwar mit folgender Begründung: Es erscheine bedenklich, von den Vorteilen des § 36 EHRB denjenigen auszuschließen, der als Nachfolger des ursprünglichen Übernehmers die Verpflichtungen aus dem Übergabe- und Altenteilvertrag übernommen habe; der Sinn des Schuldbeitritts sei doch wohl der, daß der neue Eigentümer gegenüber dem Altenteiler dieselbe Rechtsstellung erlangen solle wie der ursprünglich Verpflichtete; der Schuldübernehmer solle nicht besser, aber auch nicht schlechter gestellt sein als der Voreigentümer und dürfe daher dem ursprünglichen Hofübernehmer i. S. des § 36 EHRB gleichstehen. Diese Gleichstellung entspreche auch den Belangen des Hofes; sie ließen es wünschenswert erscheinen, daß die Beziehungen zwischen Bauer und Altenteiler in vernünftiger und schonender Weise unter Berücksichtigung des bäuerlichen Brauchtums an die etwa veränderten Kräfte des Hofes angepaßt würden. — Der 4. Senat des OLG in Celle hat ebenfalls aus ähnlichen Gründen wie der 1. und 2. Senat die Anwendbarkeit des § 36 Abs. 1 EHRB verneint, sofern der ursprüngliche Übernehmer nicht mehr Eigentümer des Erbhofes ist, diesen vielmehr an einen sippfremden Erwerber verkauft hat, von dem das Altenteil in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen worden ist (Beschluß v. 29. Okt. 1937, 4 We 592/37; Rspr. in Erbhofachen, § 36 EHRB Nr. 6 S. 23 ff.). Auch dieser Beschluß hat im Schrifttum Widerspruch gefunden (Hopp, Anm. zu dem Beschl. v. 29. Okt. 1937 a. a. D.). Es ist insbes. darauf hingewiesen worden, daß die Wortfassung „gegenüber dem Übernehmer“ in § 36 Abs. 1 EHRB vom Gesetzgeber nicht etwa in der erkennbar gewordenen Absicht gewählt worden sei, die Fälle der Rechtsnachfolge allgemein auszuschließen, daß mit dieser vom OLG in Celle für ausschlaggebend erachteten Wortfassung vielmehr „weiter nichts als

ein Teilstück einer natürlichen Umschreibung des Grundfalles, auf dem die ganze Regelung aufbaue, getroffen werden sollte", und daß nach der Auslegung des UES die fragliche Bestimmung ihren Zweck, nämlich durch die Zusammenziehung der Zuständigkeiten eine Vereinfachung des Verfahrens zu erreichen, für alle Fälle einer Rechtsnachfolge verfehlt hätte. — Auch das RGS vermag sich der vom UES in Cella vertretenen Rechtsansicht nicht anzuschließen, da die hiergegen angeführten Erwägungen als durchgreifend zu erachten sind.

Es mag zugegeben werden, daß die Fassung des § 36 Abs. 1 der EHRW: "... gegenüber dem Übernehmer" (ähnlich in Abs. 2 a. a. D.: "... gegen einen Auerben des Bauern geltend gemacht werden, auf den der Erbhof nicht durch Übergabevertrag, sondern von Todes wegen übergegangen ist") zu der vom UES vertretenen Auffassung verleiten könnte, und daß es denkbar gewesen wäre, die Zuständigkeit der Auerbenbehörden nach § 36 EHRW auf Streitigkeiten zwischen Sippenangehörigen oder ihnen Gleichgestellten (so Beschluß des 4. Senats des UES in Cella) zu beschränken. Die Fassung des § 36 Abs. 1 und 2 EHRW ist jedoch nicht derart, daß sie zu dieser engen Auslegung zwingen würde.

Wenn man die Worte „gegenüber dem Übernehmer“ in Abs. 1 des § 36 EHRW (ebenso „gegen den Auerben“ in Abs. 2) dahin versteht, daß hiermit der Gegner (passiv Legitimierte) in dem Streit über den vertraglichen Versorgungsanspruch gemeint sein sollte, so würde allerdings die Schlussfolgerung nahe liegen, daß irgendein dritter sippefremder Rechtsnachfolger nicht darunter fallen könnte. Mit den angeführten Worten ist jedoch lediglich der sachlich-rechtlich (materiellrechtlich) bei der Entstehung des Anspruchs ursprünglich Beteiligte, also der Anspruchsgegner, gemeint. Durch die Zuständigkeitsbestimmung in § 36 Abs. 1 und Abs. 2 EHRW sind nicht Streitigkeiten zwischen Übergeber oder seinen Familienangehörigen und Übernehmer bzw. Auerben, sondern Streitigkeiten über Versorgungsansprüche der umschriebenen Art geregelt worden, mithin über vertraglich oder letztwillig geregelte Versorgungsansprüche, die zugunsten des Versorgungsberechtigten gegenüber dem Übernehmer des Hofes oder einem Auerben des Bauern entstanden sind. Das Kennzeichen für die Zuständigkeitsregelung ist also nicht die Persönlichkeit oder die rechtliche Eigenschaft der an dem Streit Beteiligten, sondern die Rechtsnatur des Anspruchs, der Gegenstand der Streitigkeit ist. Dadurch, daß an die Stelle des ursprünglich verpflichteten Übernehmers ein Rechtsnachfolger getreten ist, ändert sich nicht die Natur des Versorgungsanspruchs, der im Streitfalle der Zuständigkeit der Auerbenbehörden unterstellt ist, mag auch, vom Standpunkt eines sippefremden Käufers des Hofes aus betrachtet, gegenüber dem Veräußerer — nicht gegen über dem Versorgungsberechtigten — die in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommene Erfüllung eines Versorgungsanspruchs lediglich einen Teil des von ihm in dem Kaufvertrage vereinbarten Entgelts darstellen. Das gleiche gilt, wenn auf der Seite des Anspruchsberechtigten eine Rechtsnachfolge eingetreten ist. Der Übernehmer einer aus einer Versorgungsvereinbarung i. S. des § 36 Abs. 1 EHRW herrührenden Schuld übernimmt sie in der gleichen Art, wie sie vorher bestanden hat, also auch mit der für diese Schuld geltenden besonderen Zuständigkeitsregelung und Wandlungsfähigkeit gemäß § 36 EHRW. Zu dieser Auffassung führen auch folgende Erwägungen: Würde man die Zuständigkeit der Auerbenbehörden nach § 36 EHRW im Falle einer reinen Veräußerung des Hofes (Erbhofes) an einen sippefremden Erwerber ausschließen, so würde damit auch ein Eingriff in die Rechte des Anspruchsberechtigten erfolgen, für den es an einer gesetzlichen Grundlage fehlt. Der Anspruchsberechtigte aus dem Übergabevertrage oder aus dem anlässlich der Übergabe geschlossenen Rechtsgeschäft hätte in der Regel keine Möglichkeit, einen Verkauf des Erbhofes an einen sippefremden Dritten zu verhindern. Gleichwohl würde ihm bei der vom UES angenommenen Auslegung des § 36 Abs. 1 EHRW das ihm nach der Natur seines Versorgungsanspruchs zustehende Recht, die Auerbenbehörden bei Streitigkeiten anzurufen, genommen werden. Es ist nicht angängig, die Zuständigkeitsfrage nach § 36 EHRW nur unter dem Gesichtspunkt zu erörtern und zu entscheiden, ob hiernach eine von einem Käufer des Hofes erstrebte Kürzung einer Versorgungsleistung möglich und gerechtfertigt wäre, und ob darüber die Auerbenbehörden zu entscheiden hätten. Vielmehr müssen auch alle sonstigen Streitigkeiten über Versorgungsansprüche in den Kreis der Erwägungen gezogen werden, beispielsweise Streitigkeiten über Lieferung des Allenteils oder über ein Wegzugsrecht oder einen etwa notwendig werdenben Wegzug eines Allenteilers vom Hofe, ein Fall, der gerade bei Veräußerung des Hofes an einen sippefremden Dritten besonders leicht eintreten kann. Es ist nicht anzunehmen, daß nach dem Willen des Gesetzgebers und auch nach der Fassung des Gesetzes der Versorgungsberechtigte

des ihm nach § 36 EHRW zustehenden Rechtes, für die Regelung einer solchen Streitigkeit die Auerbenbehörden anzurufen, durch die ohne sein Zutun geschehene Veräußerung des Hofes verlustig gehen sollte. Die gleiche Erwägung wäre auch bei einem Wechsel in der Person des Berechtigten — bei etwaiger Abtretung eines Versorgungsanspruchs — zugunsten des Übernehmers anzustellen. Jedenfalls entspricht die weitere Auslegung des § 36 EHRW auch durchaus dem Interesse des Versorgungsberechtigten. Daß sie dem Interesse des Erbhofes mehr gerecht wird als die Auslegung, die das UES dem § 36 Abs. 1 a. a. D. gibt, bedarf keiner näheren Begründung. Nur bei der weiten Auslegung dieser Vorschrift ist für derartige Fälle des Verkaufes an einen Sippefremden wenigstens die Möglichkeit gegeben, ohne Rücksicht auf die Art der Versorgungsleistungen bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse überhöhte Ansprüche angemessen herabzusetzen, und zwar durch eine Entscheidung der Auerbenbehörden, die zu einer solchen Regelung besonders berufen und geeignet erscheinen. Daß gewichtige Gründe, nicht zuletzt der Schutz des Erbhofes, für eine weite Auslegung des § 36 EHRW sprechen, ist auch der oben wiedergegebene Standpunkt der zwei Sachbearbeiter im RGM. Daraus kann geschlossen werden, daß auch die beteiligten Ministerien mit der Vorschrift, so wie sie gefaßt ist, nicht die vom UES gegebene enge Auslegung haben festlegen wollen.

Wenn sich das UES darauf stützt, daß es nicht verständlich wäre, warum die sippefremden Erwerber des Hofes, Eheleute z., eine günstigere Rechtsstellung dadurch haben sollten, daß sie die Befriedigung der Versorgungsansprüche der Witwe C. wie geschehen im Kaufvertrage zur Erfüllung übernommen hätten, als wenn sie den Hof unmittelbar von der Witwe C. unter Vereinbarung der Versorgungsleistungen erworben hätten, so muß demgegenüber berücksichtigt werden, daß im letzteren Fall ein Versorgungsanspruch i. S. des RGS und der Durchbest. gar nicht begründet wird, da ein wirklicher Versorgungsanspruch nur durch Vereinbarung zwischen dem Übergeber eines Hofes oder seinen Familienangehörigen und dem Übernehmer begründet werden kann. Ein sippefremder Käufer, der mit dem Verkäufer in dem Kaufvertrage erst eine Vereinbarung über ein Allenteil des Verkäufers trifft, will damit nicht einen Versorgungsanspruch begründen oder befriedigen, sondern er trifft allein eine Regelung über seine Gegenleistung, also das Entgelt für den von ihm erworbenen Hof. Der Charakter des hierauf beruhenden Anspruchs ist der eines Anspruchs auf den Kaufpreis. Daraus, daß der Gesetzgeber Streitigkeiten über solche Ansprüche aus einem reinen Kaufvertrage nicht der besonderen Zuständigkeit der Auerbenbehörden unterstellt hat, kann jedoch nicht entnommen werden, daß die Zuständigkeit der Auerbenbehörden zur Regelung von Streitigkeiten über vertragliche Versorgungsansprüche i. S. des § 36 Abs. 1 EHRW, die von einem Käufer zur Erfüllung übernommen worden sind, nicht gegeben wäre.

Zusammenfassend ist hiernach festzustellen, daß es für die Zuständigkeit der Auerbenbehörden zur Regelung von Streitigkeiten nach § 36 Abs. 1 EHRW genügt, wenn die vertraglichen Versorgungsansprüche ihre Grundlage in einem Übergabevertrage oder in einem aus Anlaß der Übergabe geschlossenen Rechtsgeschäft haben, wenn also die Grundlage der Ansprüche sippenrechtlicher (anerbenrechtlicher) Natur ist, daß die Zuständigkeit der Auerbenbehörden aber unberührt davon bleibt, ob in das Schuldverhältnis später ein sippefremder Käufer des Hofes eingetreten ist. Anders liegt es naturgemäß — worauf bereits Sopp a. a. D. hingewiesen hat —, wenn das ursprüngliche in Übergabevertrage begründete Schuldverhältnis anlässlich des Kaufes umgewandelt (noviert) worden ist, weil damit der ursprüngliche Charakter des Anspruchs geändert wird. In diesem Falle liegt es genau so, als ob der Anspruch erst in dem Kaufvertrage begründet wäre.

Eine von der Frage der Zuständigkeit nach § 36 Abs. 1 und 2 EHRW verschiedene Frage ist es, inwieweit bei einer Veräußerung des Hofes an einen sippefremden Dritten eine anderweitige Festlegung der zur Erfüllung übernommenen Versorgungsleistungen der Billigkeit entspricht (§ 36 Abs. 3 EHRW). Dies richtet sich nach den besonderen Umständen des Falles. Im Allgemeinen wird in derartigen Fällen ein sehr strenger Maßstab an die Billigkeitsgründe zu legen sein. Auch hier ist aber stets zu berücksichtigen, daß im Vordergrund das Interesse des Hofes und das Ziel, ihn bei Kräften zu erhalten, steht.

(RGS, 1. Sen., Beschl. v. 31. Mai 1938, 1 RB 804/37.)

(= RGS 5, 327.)

**** 51. § 3 Abs. 5 GVBfD. Ein Auerbenrichter, der — ohne in einem formellen Beweisverfahren als Sachverständiger gehört zu sein — auf Grund eigener Sachkunde eine gutachtliche Auskunft über die Frage der Adernahrung erteilt hat, ist auch für diesen Fall gemäß § 41 Ziff. 5 ZPO. und § 3 Abs. 5 GVBfD. von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen.**

Der im Grundbuch von G. Bd. 8 Blatt 252 verzeichnete Grundbesitz steht im Alleineigentum des Wilhelm R. Die Besitzung umfaßt 15,4596 ha, wovon 7,9969 ha Acker, 0,25 ha Wiese, 0,135 ha Hofraum und 7,045 ha Wald sind.

Die Besitzung ist in die Erbhöferrolle eingetragen. Der Bfz hat im April 1937 bei dem AEG beantragt, den Hof in der Erbhöferrolle zu streichen, und vorgebracht: Die Nutzfläche von 31 Morgen bestehe aus leichtem Sandboden und leide stark unter der Wasserentziehung durch die nur 2 km entfernte Grube Heje III. Auch fehle eine Auszugsmohung.

Das AEG hat eine Auskunft des Bürgermeisters Sch. in G. eingeholt. Dieser hat geäußert: Die Beschaffenheit des Ackers sei schlecht; die Ernteerträge betrügen höchstens das Vierfache der Ausfaat. An Roggen würden bei 18 Zentnern Ausfaat etwa 70 Zentner geerntet, an Hafer, der wegen der geringen Bodengüte nicht alljährlich angebaut werde, etwa 4 Zentner, an Buchweizen etwa 2—3 Zentner, an Roggen rund 30 Zentner und an Kartoffeln etwa 40 Zentner je Morgen. Die Wiesen brächten je Morgen höchstens 20 Zentner Heu und Grummet zusammen. Die Gebäude seien gut und reichten aus. Wenn auch der Hof die Mindestgröße übersteige, so sei er doch wegen seiner geringen Ertragsfähigkeit nicht als Erbhof zu bezeichnen.

Das AEG hat festgestellt, daß die Besitzung kein Erbhof sei. Es hat die in der Auskunft des Bürgermeisters geschilderten Verhältnisse wiedergegeben und danach die Adernahrung verneint. Bei diesem Beschluß hat der Bürgermeister Sch. als Auerbenrichter mitgewirkt.

Das AEG hat die sofortige Beschw. des Eigentümers zurückgewiesen und ausgeführt: Der Umfang des Kulturlandes, die Bodenklassen und der Grundsteuerreintrag sprächen für die Adernahrung, der Einheitswert spreche nicht dagegen. Der Grundsteuerreintrag entspreche aber nicht mehr den wirklichen Verhältnissen. Vor der Einwirkung der Grube möge der Besitz eine Adernahrung dargestellt haben. Jetzt reiche er aber nicht mehr dazu aus. Der Grundwasserstand sei auf 7—8 m unter der Erdoberfläche gesunken. Die Erträge seien kläglich und bewiesen schon allein, daß die Adernahrung fehle. Auch der Viehbestand sei dürrig, obwohl der Eigentümer noch die ihm von der Grube überlassenen und die gepachteten Wiesen mitbewirtschaftete. Gegen eine Adernahrung sprächen auch die hohen Schulden sowie der Umstand, daß in dem Nitilfenschulungsverfahren die Zinsleistungsgrenze für die Landwirtschaft auf nur 320 RM und die Gesamteinnahmen des Betriebes auf nur 1270 RM geschätzt worden seien.

Die sofortige weitere Beschw. war zwar zulässig, aber als unbegründet zurückzuweisen.

Ein neuer selbständiger Beschwerdebegrund liegt vor. Die Entscheidungen des AEG und des AEGS stimmen zwar im Ergebnis und in den Grundzügen der Begründungen überein. Es liegt aber ein Verfahrensverstoß des AEGS vor. Das AEG hatte den Bürgermeister Sch. als Auskunftsperson über zahlreiche Fragen, welche die Adernahrung betrafen, gehört. Der Bürgermeister hat die Fragen unter dem 10. Mai 1937 eingehend beantwortet und zum Schluß erklärt: Obwohl der Hof die Mindestgröße um rund 3 Morgen übersteige, sei er wegen seiner geringen Ertragsfähigkeit nicht als Erbhof zu bezeichnen; die für einen Erbhof nötigen Leistungen könnten nicht herausgewirtschaftet werden; er könne deshalb den Hof als Erbhof nicht anerkennen, bitte, ihn in der Erbhöferrolle zu streichen, und schreibe sich dem Antrage des Bfz an. Der Bürgermeister Sch. hat dann als Auerbenrichter bei dem Beschluß des AEG mitgewirkt. Das rügt der Eigentümer, der dies erst in der dritten Instanz erfahren hat, mit Recht. Nach § 41 Ziff. 5 ZPO. i. Verb. m. § 3 Abs. 5 GVBfD ist ein Auerbenrichter von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes in der Sache ausgeschlossen, in der er als Sachverständiger vernommen war. Im Erbhofverfahren, bei dem das Gericht die Art der Beweisaufnahme nach freiem Ermessen bestimmt und die Stellungnahme dritter Personen, die auf Grund ihrer Sachkunde gehört werden sollen, sehr oft in Form von Auskünften eingeholt wird, kann ein formelles Beweisverfahren nicht unbedingt als Voraussetzung für einen Ausschluß der Auskunftsperson vom Richteramt verlangt werden. Der Bürgermeister war zwar Auerbenrichter. Er

ist aber nicht etwa als Auerbenrichter mit der Befichtigung oder sonstigen Feststellungen betraut worden, sondern er ist in der üblichen Weise formularmäßig als Bürgermeister um die Auskunft ersucht worden und hat auch nur als solcher jene Auskunft erteilt. Das stellen der Inhalt des Erforschenschriftens und das Schriftstück, in dem die Auskunft erteilt wurde, außer Zweifel. Auch ein Sachverständiger muß zwar sein Gutachten unparteiisch erstatten. Trotzdem kann aber der Beurteilungsstandpunkt, von dem aus eine Person als Sachverständiger an die Beurteilung herangeht, ein anderer sein als der, von dem aus die Person als Richter die Sache beurteilen würde. Vor allem aber soll der Richter zur Zeit der Entscheidung völlig frei sein, und das kann fehlen, wenn er sich vorher als Sachverständiger in einem Gutachten oder einer gutachtlichen Auskunft festgelegt hatte. Diese Ermäßigungen liegen auch der Vorschrift, wonach als sachverständig Vernommene nicht als Richter mitwirken können, zugrunde. Nun bedeutet zwar nicht jede Einholung und Erteilung einer Auskunft die Einholung und Erstattung eines Gutachtens. Auch dem Bürgermeister wird oft die zur Beurteilung der landwirtschaftlichen Fragen nötige Sachkunde fehlen; und er wird oft nur über tatsächliche Verhältnisse Auskunft geben sollen und können, die er etwa auf Grund der amtlichen Unterlagen, durch Befragung dritter Personen oder selbst auf Grund der Vertrautheit mit den Verhältnissen der Ortseingesessenen feststellen kann. Hier besaß der Bürgermeister aber als Bauer selbst die nötige Sachkunde. Die Verantwortung der an ihn gestellten Fragen, z. B. wie der Acker beschaffen sei und wie hoch die durchschnittlichen jährlichen Ernteerträge seien, setzte auch Sachkunde voraus. Er hat, wie seine Auskunft ergibt, nicht nur Tatsachen berichtet, sondern sich gutachtlich geäußert und sogar selbst einen Antrag gestellt. Nach allem muß in diesem Falle die Einholung und Erteilung der Auskunft einer Vernehmung als Sachverständiger gleichgestellt werden. Wenn das AEG die Auskunft dem Eigentümer zur Stellungnahme mitgeteilt hätte, was die Sachlage nach § 12 Abs. 2 GVBfD verlangte, so würde der Eigentümer die Auskunft in einzelnen Punkten und jedenfalls im Ergebnis angegriffen haben. Er würde es dann sogleich bei Empfang des Beschlusses mit Recht als unerträglich empfunden haben, daß eine Person, deren gutachtliche Auskunft er beanstandet hatte, nun als Richter bei der Entscheidung mitgewirkt hatte. Der Umstand, daß dies dem Eigentümer zunächst unbekannt geblieben ist, kann die Beurteilung nicht ändern. Der Bürgermeister Sch. durfte also nicht bei dem Beschluß des AEG mitwirken. Die Mitwirkung eines Richters, der in der zu entscheidenden Sache von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen ist, führt zwar nicht zur Nichtigkeit des Beschlusses. Das AEGS hätte aber prüfen müssen, ob es nicht den Beschluß des AEG aufheben und die Sache zur Erzielung eines einwandfreien Beschlusses an das AEG zurückverweisen sollte. Diese Prüfung hat das AEGS unterlassen. Darin liegt ein wesentlicher Verfahrensverstoß und ein neuer selbständiger Beschwerdebegrund. Übrigens war es auch zwar nicht unzulässig, aber jedenfalls bei jener Sachlage nicht zweckmäßig, daß das AEGS wiederum den Bürgermeister, der als Auerbenrichter mitgewirkt hatte, als Ermittlungsperson zuzog.

Die hiernach zulässige weitere Beschw. führt zunächst zu der Prüfung, ob nicht jetzt noch die Sache an das AEG zurückzuverweisen ist, damit zunächst ein ordnungsmäßiger Beschluß des AEG herbeigeführt wird. Ein Zwang dazu besteht nicht, und es erscheint auch aus praktischen Gründen nicht geboten oder auch nur zweckmäßig, weil auch das AEGS die Erbhofeigenschaft sachlich geprüft, der Eigentümer die für die Entscheidung wesentlichen Angaben des Bürgermeisters als richtig bestätigt hat und seine jetzigen Angaben, soweit sie davon abweichen, als richtig unterstellt werden können. Die Zurückverweisung würde hiernach nur zu einer unnötigen Verlängerung und Verteuerung des Verfahrens führen. Dadurch, daß die weitere Beschw. aus jenem Grunde für zulässig erachtet und so eine sachliche Prüfung auch durch die dritte Instanz herbeigeführt wird, ist eine ausreichende Gewähr für eine sachlich richtige Entscheidung gewährleistet.

(Die sofortige weitere Beschw. ist dann aus sachlichen Gründen zurückgewiesen worden.)

(AEGS, 2. Sen., Beschl. v. 30. April 1938, 2 RB 891/37.)
(= AEGS 5, 313.)

Reichsarbeitsgericht

** 52. § 276 BGB. Schadensersatz wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen.

Die Kl. bewarb sich im März 1937 um eine Stelle beim Bekl. Unter dem 12. März wurde sie aufgefordert, ihr Bild einzuschicken. Dies tat sie mit Schreiben vom 15. März. Darauf erhielt sie unter dem 18. März 1937 vom Bekl. folgende Antwort: „Antwortlich Ihres Schreibens vom 15. ds. Mts. wären wir gewillt, Ihnen den Posten als Zimmermädchen für die kommende Saison zu übertragen.“

Sie hätten eine Etage mit 30 Betten allein zu versorgen. . .

Die Bezahlung ist durch Tarif geregelt und kommen wie allgemein üblich die Prozente Anfang jeden Monats zur Verteilung. . .

Der Eintritt wäre am 1. Juni, vielleicht auch schon kurz vor Pfingsten. Dies wäre noch zu vereinbaren. Im Interesse anderer Bewerberinnen wollen Sie mir möglichst bald Bescheid zukommen lassen.“

Die Kl. teilte mit, sie sei bereit, ihren Dienst am 1. Juni 1937, erforderlichenfalls schon vor Pfingsten, anzutreten. Unter dem 21. April 1937 erwiderte der Bekl., er könne besonderer Umstände wegen der Kl. den Posten nicht übertragen.

Mit der Klage verlangt die Kl. Zahlung von 105 *R.M.* als Schadensersatz in Höhe des Monateinkommens eines Zimmermädchens.

Zu der Frage, ob ein Vertragsangebot vorliegt, führt der Berufsungsrichter aus:

Das Schreiben des Bekl. vom 18. März 1937 habe nur bezweckt, die Kl. zur Ergänzung ihrer Bewerbung in dem noch offenen Punkte des möglichen Zeitpunktes des Dienstantritts zu veranlassen; es enthalte danach noch nicht eine eingeschränkte Annahme der Bewerbung der Kl., d. h. nach § 150 Abs. 2 BGB. deren Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrage, sondern lediglich eine Rückfrage rein tatsächlicher Art, ohne daß sich der Bekl. dadurch habe rechtlich festlegen wollen. Dies sei auch durch die „offenbar bewußt gewählte“ bedingte Ausdrucksweise des Schreibens: „Wir wären gewillt, Ihnen den Posten zu übertragen“, „Sie hätten zu versorgen“, „der Eintritt wäre am 1. Juni“, „dies wäre noch zu vereinbaren“ angedeutet. Insbes. die erste Wendung weise darauf hin, daß die Entsch. über das Zustandekommen einer Anstellung nicht von der Kl., sondern von einer ausdrücklichen (weiteren) Entschliekung des Bekl. habe abhängen sollen.

Diese Ausführungen enthalten zwar im wesentlichen eine tatsächliche Würdigung dessen, was der Bekl. in seinem Schreiben erklären wollte und erklärt hat. Diese Würdigung beruht aber auf einer unzutreffenden rechtlichen Grundlage. Der Vorderrichter verwertet zu Unrecht für seine Ansicht das vom ArbG. eingeholte Sachverständigen Gutachten. Nach diesem Gutachten pflegt der Hotelinhaber jedem der Bewerber, die ihm für die engere Wahl geeignet erscheinen, mitzuteilen, er sei eventuell bereit, ihn einzustellen, und um Angabe etwa noch fehlender Einzelheiten und gleichzeitig um Mitteilung zu bitten, ob er unter den maßgebenden Anstellungsbedingungen zum Eintritt bereit sei und wann er gegebenenfalls eintreten könne; die Antwort des Bewerbers sei dadurch Vertragsangebot, nicht schon die Rückfrage des Hotelinhabers, der nur seine grundsätzliche Einstellung erkläre mit dem stillen Vorbehalt, daß er von den eingehenden Angeboten von demjenigen Gebrauch machen werde, das am geeignetsten erscheine.

Wenn der Bekl. so verfahren wäre, wäre die Sache allerdings klar gewesen. Sein Schreiben vom 18. März 1937 ist aber nicht so vorsichtig abgefaßt, wie es der Sachverständige als die Regel aufstellt. Das verkennet der Berufsungsrichter. Bei der durch § 157 BGB. gebotenen Auslegung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte kann das Schreiben nicht eindeutig i. S. des Bekl. ausgelegt werden. Der Hinweis, daß die genaue Zeit des Eintritts (1. Juni oder kurz vor Pfingsten) noch zu vereinbaren sei, und die Bitte um baldigen Bescheid im Interesse anderer Bewerberinnen spricht mehr für ein festes Angebot als für das Gegenteil. Das Schreiben war jedenfalls mißverständlich, und die Kl. hat es in der Tat mißverstanden und als endgültiges Angebot der Stellung aufgefaßt.

Ein Vertrag zwischen den Parteien ist allerdings auch hier nach nicht zustande gekommen (§ 155 BGB.). Die Kl. kann aber von dem Bekl. Ersatz des ihr entstandenen Schadens verlangen, wenn ihn ein Verschulden bei den Vertragsverhandlungen trifft (RGZ. 104, 267 = JW. 1922, 1313). Nicht richtig ist es, wenn der Berufsungsrichter ein Verschulden des Bekl. bei der Abfassung des Schreibens verneint. Bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte ihm die Mehrdeutigkeit seines Schreibens

nicht entgehen können. Schulhaft handelte der Bekl. aber vor allem dadurch, daß er die durch sein Schreiben irreführende Kl. nach Empfang ihres das vermeintliche Angebot annehmenden Schreibens nicht sofort darauf aufmerksam machte, daß der Vertrag noch nicht zustande gekommen sei, sie vielmehr bis zum 21. April 1937 über seinen Standpunkt im Unklaren ließ. Sein Verhalten macht ihn der Kl. verantwortlich, er ist deshalb verpflichtet, ihr den Schaden zu ersetzen, der ihr durch sein Verhalten entstanden ist.

(NArbG., Art. v. 13. Juli 1938, RAG 34/38. — Freiburg i. Br.)

53. § 2 Abs. 2 ArbDG.; § 276 BGB. Schulhaftes Verhalten beim Vertragschluß liegt vor, wenn der eine Vertragspartei es vorzätzlich oder fahrlässig unterläßt, den anderen auf Umstände hinzuweisen, die für die Durchführung eines Vertrages wesentlich sind. Eine solche Verpflichtung zur Offenbarung wesentlicher Umstände besteht auch beim Abschluß eines Arbeitsvertrages. Hier ergibt sie sich abgesehen von den allgemeinen aus dem bürgerlichen Recht sich ergebenden Gedankengängen auch aus dem Gedanken der das ganze Arbeitsverhältnis beherrschenden Fürsorgepflicht (§ 2 Abs. 2 ArbDG.; § 2 Abs. 2 SffArbDG.), die im Hinblick auf das einzugehende Arbeitsverhältnis sich bereits auf die zum Eintritt in das Arbeitsverhältnis führenden Verhandlungen auswirkt. Der Unternehmer ist verpflichtet, den künftigen Gesellschaftern auf für ihn wesentliche Voraussetzungen der Zusammenarbeit, sofern sich diese nicht, wie z. B. das Erfordernis fachlicher Vorbildung, aus der Sachlage von selbst ergeben, hinzuweisen, wenn er sich für berechtigt halten will, demnächst beim Fehlen dieser Voraussetzung das Vertragsverhältnis wieder aufzulösen.)

(NArbG., Art. v. 13. April 1938, RAG 270/37. — Oldenburg.)

**** 54. Akkordsystem auf der Grundlage des Stundenlohns. Die Garantie eines Mindestlohns gehört nicht zum Wesen des Akkordsystems, steht aber bei gegebenen sonstigen Merkmalen nicht damit in Widerspruch.**

Nach § 2 Abs. 4 TarD. zur Urlaubsregelung für die Holzindustrie und das Holzgewerbe im Wirtschaftsgebiet Westfalen v. 13. April 1937 (NArbBl. VI, 356) erhalten als Urlaubsvergütung die im Stundenlohn beschäftigten Gesellschaftermitglieder den Stundenlohn, die Akkordarbeiter den DurchschnittsStundenverdienst der letzten drei Monate.

Die Regelung der Urlaubsvergütung in der Tarifordnung beruht auf dem Grundgedanken, daß einem Gesellschaftermitglied während seines der Erholung dienenden Urlaubs derjenige Lohn weiterzuzahlen ist, den es verdienen würde, wenn es während der in Frage kommenden Zeit gearbeitet hätte. Eine solche Regelung entspricht allein dem Grundsatz, daß das Gesellschaftermitglied Anspruch auf die Gewährung von Urlaub unter Fortzahlung seines Lohnes haben soll, und sichert den Urlaubszweck. Daß dieser Lohn beim Stundenlöhner nur der Stundenlohn sein kann, ist klar. Beim Akkordlöhner steht der Lohn seiner Höhe nach nicht fest; er verändert sich in der Regel von Lohnabschnitt zu Lohnabschnitt. Aus diesem Grunde muß für die Bestimmung der Urlaubsvergütung beim Akkordlöhner durch Ermittlung des Durchschnittslohns geholfen werden, und demgemäß ist die Höhe der dem Akkordlöhner nach der Tarifordnung zukommenden Urlaubsvergütung bestimmt nach dem Lohn, den das einzelne Gesellschaftermitglied in den letzten drei Monaten vor Urlaubsbeginn durchschnittlich erzielt hat.

Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils ergibt sich, daß im Betriebe der Bekl. zwar an sich Zahlung nach Stundenlohn vereinbart worden ist. Um aber den leistungsfähigen Gesellschaftermitgliedern die Möglichkeit eines höheren Verdienstes zu geben, ist dabei insofern abgewichen, als für die Bestimmung eines jeden Mindeststückes je eine bestimmte Stundenzahl als Nicht-(Durchschnitts-) Zeit festgesetzt worden ist und das Gesellschaftermitglied, wenn es diese Durchschnittszeit bei der Herstellung unterschreitet, das Stück also in einer kürzeren Zeit herstellt, dennoch den vollen Stundenlohn für die festgesetzte Durchschnittszeit ausgezahlt erhält. Je kürzer demnach die Herstellungszeit ist, desto höher stellt sich der bei der Herstellung des einzelnen Stückes erzielte Arbeitslohn. Benötigt der Arbeiter aber bei der Herstellung die festgesetzte Durchschnittszeit oder braucht er länger, so erhält er den sich nach der angewendeten Zeit ergebenden Stundenlohn.

Geht man von den in NArbG. 5, 355 = JW. 1932, 1287²⁹ für die Unterscheidung zwischen dem Zeilohnsystem und dem Akkordlohnsystem aufgestellten Grundfäden aus, an denen festzuhalten ist, so ergibt sich folgendes:

¹⁾ Vgl. JW. 1938, 2240⁵⁵ (dort muß es in der Überschrift heißen „§ 276 BGB.“ anstatt § 267).

Unzweifelhaft ist das bei der Best. bestehende Lohnsystem kein reines Akkordlohnssystem. Allein das dem Akkordlohnssystem gerade wesenseigene und es bestimmende Merkmal, daß der eigenen Arbeitsleistung des Akkordarbeiters für die Bemessung der Lohnhöhe ein entscheidender Einfluß zukommen muß, gibt dem bei der Best. bestehenden Lohnsystem sein besonderes Gepräge. Der einzelne Arbeiter kann nämlich einen um so höheren Arbeitslohn erzielen, je kürzer die von ihm für die Herstellung des einzelnen Stückes benötigte Arbeitszeit ist. Der Höhe des von ihm zu erzielenden Arbeitslohnes ist praktisch nach oben eine Grenze nur durch seine eigene Leistungsfähigkeit gesetzt. An diesem Ergebnis ändert nichts, daß die von der Best. festgesetzte Durchschnittszeit für die Herstellung eines Stückes so bemessen ist, daß das Stück bei regelrechter Arbeit gerade fertiggestellt werden kann. Denn dadurch tritt zutage, daß ein höherer Arbeitslohn nur erzielt werden kann von einem Arbeiter, den sein Eifer, seine Geschicklichkeit und sonstige die Arbeit fördernde Gaben und Eigenschaften dazu befähigen.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, daß das auf solche Weise gekennzeichnete Erfolgslohnssystem nach einer doppelten Richtung hin auf dem Stundenlohn aufgebaut ist, inwiefern nämlich, als an sich der Stundenlohn gezahlt und ferner der Erfolgslohn unter Zugrundelegung des Stundenlohnes errechnet wird. Wenn „an sich der Stundenlohn bezahlt wird“, so wirkt sich das für einen den Erfolgslohn anstrebenden Arbeiter als eine den Mindestlohn sichernde Garantie aus, die wesensmäßig zwar dem Akkordlohnssystem nicht eigen ist (vgl. *RRArbG* 17, 219 = *JW* 1937, 190⁶⁵ und *Urt. v. 20. Jan. 1937, RAG* 174/36: *RRArbSamml.* 29, 20 = *JW* 1937, 1176⁶⁶), als solche aber bei gegebenen sonstigen Merkmalen dem Wesen des Akkordsystems auch nicht Abbruch tut. Ebensonenig beseitigt die Heranziehung des Stundenlohnes als Berechnungsgrundlage des Erfolgslohnes dessen hervorgehobene Eigenart, ganz abgesehen davon, daß diese Berechnung bei Unterschreitung der für die Herstellung des Stückes bestimmten Durchschnittszeit durch ihre Verbindung mit dem Stundenlohn zu einem festen Stücklohn führt, der sich bei fortlaufender Zuteilung von Arbeit infolge der dadurch gesicherten Ausnutzung der ersparten Arbeitszeit als ein die Lohnhöhe bestimmender Umstand erweist. Es steht endlich außer Zweifel, daß das bei der Best. eingeführte Lohnsystem, auch wenn es auf dem Stundenlohn aufgebaut ist und dieser die Grundlage der Entlohnung bildet, dazu bestimmt ist, den einzelnen Arbeiter zu einer höheren Leistung anzuspornen, um sich selbst einen höheren Arbeitslohn zu sichern und zugleich den Arbeitserfolg im Interesse des Betriebs zu steigern.

(*RRArbG*, *Urt. v. 29. Juni 1938, RAG* 31/38. — Bielefeld.)

*

**** 55. §§ 91 Abs. 4, 177 Abs. 2 ArbZermG.**

1. Die dem unterstützten Erwerbslosen gemäß § 91 Abs. 4 bei Pflichtarbeit gewährte Mehraufwandsentschädigung ist nicht Arbeitsentgelt, sondern eine Erhöhung der Unterstützung.

2. Ein Arbeitsloser, der nach Eintritt in ein neues Arbeitsverhältnis die Unterstützung weiter bezogen hat, muß die zu Unrecht gezahlten Unterstützungsbeträge, das Arbeitsamt zurückzahlen. Nur soweit dies geschieht ist, hat er gegen den Arbeitnehmer Anspruch auf Zahlung der entsprechenden Beträge zur Erfüllung des Tariflohnes, im übrigen kann er nur ihre Zahlung an das Arbeitsamt verlangen. Das folgt aus dem Gedanken der Volksgemeinschaft und der Rechtsstellung der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung mit ihren dem allgemeinen Wohl des schaffenden Volkes dienenden Aufgaben.

Unentgeltliche Mitarbeit der Siedler bei der Errichtung vorstädtischer Kleinfiedlerstellen begründet kein privatrechtliches Arbeitsverhältnis (Art. 2 § 1 Abs. 1, § 2 B.D. des *RRArbM.* und des *RRArbZ.* zur vorstädtischen Kleinfiedlung und Bereitstellung von Kleingärten für Erwerbslose v. 23. Dez. 1931 [*RSBl.* I, 790]). Ein bürgerlich-rechtliches Arbeitsverhältnis wird auch nicht für solche Arbeitslose begründet, die auf Grund des § 91 ArbZermG. oder des § 19 *FürsPflB.D.* bei der Errichtung der Stellen an Stelle der Siedler unentgeltliche Pflichtarbeit leisten. Solchen, gemeinnützigen Mitarbeitenden Arbeitslosen ist nach § 91 Abs. 4 ArbZermG. für Mehraufwendungen, die ihnen bei ordnungsmäßiger Ausführung der zugewiesenen Arbeiten entstehen, durch den Träger der Arbeit angemessene Entschädigung zu gewähren. Diese Mehraufwandsentschädigung ist also kein Arbeitsentgelt, sondern eine Entschädigung, die lediglich wegen des durch die Pflichtarbeit bedingten Mehraufwands gewährt wird. Ihre Gewährung beruht auf einer Vereinbarung, die von der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung mit dem Träger der Arbeit getroffen wird. Sie ist also nicht Ausfluß eines Arbeitsvertrages, sondern des öffentlichen Pflichtarbeitsverhältnisses, mithin eine Erhöhung der Arbeitslosenunterstützung.

Die Mehraufwandsentschädigung unterliegt daher auch nicht der Arbeitslosenversicherung (§§ 75 d, 91 Abs. 4 ArbZermG.). Wohlfahrtserwerbslose oder andere Fürsorgearbeiter sind daher, solange eine solche Beschäftigung dauert, von der Meldepflicht beim Arbeitsamt (§ 173 ArbZermG.) befreit (§ 2 Abs. 3 der erwähnten B.D. v. 23. Dez. 1931).

Der Kl. ist aber von dem Inhaber der Best. nicht mit Erd- und Planierungsarbeiten, wie es nach dem Schreiben der Trägerin des Siedlungsverfahrens geschehen sollte, beschäftigt worden, sondern als Facharbeiter am Bau selbst. Er hat für seine Arbeit eine Vergütung erhalten in Höhe des vollen Unterschiedes zwischen seinem tariflichen Facharbeiterlohn und der bezogenen Krisenunterstützung. Daß darin keine Mehraufwandsentschädigung gefunden werden kann, der Kl. also nicht unentgeltliche, sondern entgeltliche Arbeit geleistet hat, kann hiernach einem Zweifel nicht unterliegen. Der Kl. hätte daher nach § 176 Abs. 1 Nr. 2 ArbZermG. unverzüglich dem Arbeitsamt anzeigen müssen, daß er entlohnte Arbeit übernommen hatte. Die Best. aber hätte nach §§ 84, 85 ArbZermG. den Kläger zur Kranken- und Angestelltenversicherung anmelden müssen. Weil beides nicht geschehen war, ist gegen den Kl. wegen des unberechtigten Unterstützungsbezuges Anklage aus § 263 StGB. erhoben worden. Er ist jedoch freigesprochen worden, weil ihm die Absicht des Betruges nicht nachzuweisen sei. Die Freisprechung des Kl. hat zur Folge gehabt, daß auch der Inhaber der Best. von der Anklage wegen Beihilfe zum Betrug freigesprochen wurde. Ohne Rechtsverstoß aber hat das BG. auf Grund der erhobenen Beweise angenommen, daß der Kl. nach der Absicht beider Parteien für den Inhaber der Best. entgeltliche Arbeit geleistet hat, mithin ein bürgerlich-rechtliches Arbeitsverhältnis zustande gekommen war. Diese tatrichterliche Würdigung bindet das RevG. Der Kl. kann daher an sich von der Best. als Entgelt für seine Arbeitsleistung den vollen tariflichen Lohn beanspruchen, mithin noch den daran fehlenden Betrag, der der empfangenen Krisenunterstützung gleichkommt.

Dieser Anspruch ist auch nicht etwa ohne weiteres auf die Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung übergegangen. Denn § 113 Abs. 2 ArbZermG. kann hier nicht angewandt werden. Die dort gegebenen Bestimmungen beziehen sich auf solche Fälle, in denen in der irrigen Annahme, ein Arbeitsverhältnis, das bestanden hatte, sei bereits beendet und es bestünden auch keine Ansprüche mehr auf Arbeitsentgelt, Abfindung oder Entschädigung, bereits Arbeitslosenunterstützung gewährt worden ist. In solchen Fällen hat der Arbeitgeber nach § 113 Abs. 2 die von dem Arbeitsamt dem Arbeitnehmer zu Unrecht als Arbeitslosenunterstützung bezahlten Beträge von dem noch geschuldeten weiteren Arbeitsentgelt abzuziehen und an das Arbeitsamt abzuführen. Er kann sie nach Satz 2 der angeführten Gesetzesstelle dem Arbeitnehmer gegenüber verrechnen, denn in Höhe der gewährten Unterstützung geht kraft Gesetzes der Anspruch auf das Arbeitsentgelt auf die Reichsanstalt über (*RRArbG* 3, 55; *RAG* 530/32 v. 1. März 1933: *RRArbSamml.* 18, 126 = *JW* 1933, 1355⁶⁷). Das gilt auch dann, wenn in einem Kündigungs widerspruchsfrei dem entlassenen Arbeitnehmer als Abföhrentschädigung das Gehalt für mehrere Monate zugesprochen wird und die Reichsanstalt für diese Zeit schon Unterstützung gezahlt hatte. Der Reichsanstalt steht dann gegen den Beschäftigten ein Rückforderungsanspruch zu und in Höhe dieses Anspruches geht der Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Unternehmer auf die Abföhrentschädigung nach § 113 Abs. 2 auf die Reichsanstalt über (*RRArbG* 17, 296 = *JW* 1937, 1179⁶⁸ m. Anm.). Im vorl. Falle handelt es sich aber nicht um eine in der irrigen Annahme, daß aus einem bestandenem bürgerlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis keine Arbeitsentgeltansprüche mehr bestünden, gewährte Krisenunterstützung, vielmehr ist umgekehrt nach eingetretener Arbeitslosigkeit Krisenunterstützung auch dann noch gewährt worden, als ein neues Arbeitsverhältnis bürgerlich-rechtlicher Art begründet worden war. Das ist geschehen, weil Arbeitnehmer und Arbeitgeber die ihnen obliegenden, oben genannten Anzeigen und Anmeldungen unterlassen haben. Für solche Fälle hat das Gesetz eine Erstattungspflicht des Arbeitgebers gegenüber der Reichsanstalt nicht festgelegt; aber das Arbeitsamt kann auch dann nach § 177 Abs. 1 ArbZermG. von dem Arbeitnehmer die zu Unrecht gezahlten Unterstützungsbeträge unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern und in dem durch die §§ 178 ff., 185 ArbZermG. geordneten Verfahren die Erstattung der Beträge betreiben, bei vorsätzlicher Überhebung sie auch von späteren Unterstützungen zurückbehalten. Es ist aber nach *Treu und Glauben* im Verkehr davon auszugehen, daß der Kl. den restlichen Tariflohn nur erhalten darf, wenn und soweit er die Krisenunterstützung an das Arbeitsamt zurückzahlt. Es läßt sich dagegen auch nicht einwenden, daß in jedem Falle der unabdingbare Anspruch auf den vollen Tariflohn bestehe und die Best. selbst sich nicht mit dem Anspruch, den die Reichsanstalt gegen den

Kl. hat, verteidigen könne, es vielmehr dieser überlassen bleiben müsse, nötigenfalls wegen ihrer Ansprüche den restlichen Lohnanspruch des Kl. pfänden und sich überweisen zu lassen. Der Gedanke der Volksgemeinschaft, das Wohl von Volk und Staat (§ 1 ArbDG.) und die Rechtsstellung der Reichsanstalt als einer Körperschaft des öffentlichen Rechts mit ihrem dem allgemeinen Wohl des schaffenden Volkes dienenden Aufgaben (§ 1 ArbVermG.) nötigen zu einer anderen Auffassung, nämlich der, daß die Verhältnisse der Reichsanstalt überall Beachtung verdienen. An die Reichsanstalt sollen, damit sie ihre öffentlich-rechtlichen sozialen Aufgaben erfüllen kann, die zu Unrecht gezahlten Unterstützungen zurückgelangen. Dieser, in den §§ 113, 177, 185 ArbVermG. zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke muß dazu führen, daß der Kl. in Höhe der verbrauchten Krisenunterstützung von der Befl. Zahlung des Arbeitsentgelts an sich selbst nur verlangen kann, soweit er die empfangenen Beiträge dem Arbeitsamt bereits erstattet hat, im übrigen aber nur ihre Zahlung an das Arbeitsamt. Einem weitergehenden Klagebegehren kann von der Befl. der Einwand unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB.) entgegengehalten werden.

(RArbG., Ur. v. 25. Mai 1938, RAG 289/37. — Krefeld.)

*

** 56. § 9 PrSparKassenVO. v. 4. Aug. 1932; §§ 40 ff. BRAndG. v. 30. Juni 1933.

1. Die Angestellten der preuß. Sparkassen stehen im Dienstverhältnis zum Gewährverband (Gemeinde oder Gemeindeverband), haben aber die Vergütung von der Sparkasse zu beanspruchen.

2. Ein Rechtsanspruch auf Weihnachtsgewährung kann durch stillschweigende Vereinbarung auch gegen Körperschaften des öffentlichen Rechts entstehen, wenn es sich um ein privatrechtliches Dienstverhältnis handelt; doch ist bei der Würdigung der Rechtslage die Eigenschaft des Dienstherrn als öffentliche Körperschaft zu berücksichtigen.

3. Weihnachtsgewährungen unterliegen der Angleichung nach §§ 40 ff. BRAndG. Die Angleichung bedarf keiner allgemeinen Verwaltungsanordnung, sondern sie kann unmittelbar durch Einzelanordnung der zuständigen Stellen vorgenommen werden.

Der Kl. ist Angestellter der Befl., einer der staatlichen Aufsicht unterliegenden Körperschaft des öffentlichen Rechts. Die Befl. hat ihren Angestellten in den Jahren 1933—1936 jährlich eine Weihnachtsgewährung ausbezahlt. Die im Jahre 1936 gezahlte Gewährung sollte auf Grund einer Anweisung des RvPrWMin. v. 16. Dez. 1936 nachträglich mit Überstundenvergütungen verrechnet werden. Der Kl. widersprach und erhob Klage mit dem Antrage, diese Verrechnung für unzulässig zu erklären. Die Befl. verzichtete daraufhin auf die Verrechnung, bestritt aber, zur Gewährung von Weihnachtsgewährungen rechtlich verpflichtet zu sein. Der Kl. ging daraufhin zur Feststellungsfrage über und beantragte festzustellen, daß sich aus dem Arbeitsverhältnis der Parteien für die Befl. die Verpflichtung ergebe, dem Kl. alljährlich eine Weihnachtsgewährung zu zahlen, soweit die Mittel hierzu betrieblich vorhanden seien.

Das RArbG. hat der Klage stattgegeben. Das RArbG. hat aufgehoben und zurückverwiesen.

1. In der Frage der Sachbefugnis der bef. Sparkasse wird an der in RArbG. 18, 176 = JW. 1937, 2613⁶⁰) vertretenen, diese Sachbefugnis behaftenden Rechtsauffassung festgehalten. Der Tatsache, daß nach § 9 Abs. 1 PrSparKassenVO. v. 4. Aug. 1932 (GS. 241, 275) die bei der bef. Sparkasse beschäftigten Beamten und Angestellten Beamte und Angestellte des Gewährverbandes sind, dieser also der „Dienstherr“ der Angestellten ist, wird dadurch kein Abbruch getan. Ebenso wenig wird aber der von der Rev. erhobene Grundsatz der Wahrung der Einheit der Verwaltung beeinträchtigt. Denn „die Verwaltung“ des Gewährverbandes wird dadurch, daß die Befl. zur Zahlung der dem Kl. zustehenden Bezüge verurteilt wird, nicht mehr beeinträchtigt als dadurch, daß die Befl. auch sonst die Bezüge des Kl. zur Auszahlung bringt. Wesentlich ist in beiden Beziehungen allein, daß der Anspruch des Kl. auch wenn er gegen die Befl. geltend gemacht werden kann, sachlich nur insoweit begründet sein kann, als er in seinem nach § 9 Abs. 1 PrSparKassenVO. mit dem Gewährverband bestehenden Dienstverhältnis eine rechtliche Grundlage hat. Wenn und soweit daher ein Sparkassenangestellter gegen die Sparkasse einen außer- oder übertariflichen Anspruch einflagt, kann es nicht genügen, daß der Sparkassenvorstand darüber beschloffen hat, sondern muß der Gewährverband zugestimmt haben, damit der Anspruch rechtswirksam geworden ist (vgl. das auch in RArbG. 18, 176 angeführte Urteil RArbG. 16, 330 = JW. 1936, 2428⁶⁰).

Daß aber der Rechtsauffassung des RArbG. sonst irgendwelche zwingenden Vorschriften im Wege stünden, trifft nicht zu. Sie findet vielmehr in dem tatsächlichen und rechtlichen Verhältnis zwischen den Angestellten und der Sparkasse einerseits und in

dem rechtlichen Verhältnis zwischen Sparkasse und Gewährverband andererseits, also in der Gesamtheit der tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen der Beteiligten, ihre Rechtfertigung.

2. Das rechtliche Interesse des Kl. an der alsbaldigen Feststellung seines Anspruchs hat das BG. ohne Rechtsirrtum bejaht. Inzwischen sind zwar die Ansprüche der Angestellten im öffentlichen Dienst aus ihrem Dienstverhältnis durch die TarD. v. 1. April 1938 mit Wirkung von diesem Tag an neu geregelt worden. Der Nachprüfung des angefochtenen Urteils in der Rev.Jnst. kann jedoch nur die Tatsachen- und Rechtslage zugrunde gelegt werden, die am Schlusse der mündlichen Verhandlung vor dem BG. bestanden hat.

3. Sachlich hat das BG. dem Feststellungsbegehren des Kl. stattgegeben, indem es im Anschluß an die ständige und festzusetzende Rspr. des RArbG. (vgl. RArbG. 15, 38 = JW. 1935, 2226⁶⁰; RArbG. 18, 62/63 = JW. 1937, 1174⁶⁰ m. Anm.; RArbG. 18, 158) angenommen hat, es sei durch die in den Jahren 1933—1936 ohne Hinweis auf die Freiwilligkeit erfolgte Zahlung einer Weihnachtsgewährung die stillschweigende Vereinbarung einer Leistungspflicht zustande gekommen.

Daß ein solcher Rechtsanspruch auf Weihnachtsgewährungen auch gegen Körperschaften des öffentlichen Rechts entstehen kann, insbes. auch gegen Sparkassen, ist in der Rspr. anerkannt. Die Eigenschaft des Dienstherrn als einer Körperschaft des öffentlichen Rechts steht der Entstehung eines solchen Anspruchs nicht entgegen, solange es sich um ein privatrechtliches Dienstverhältnis handelt. Das trifft hier zu. Der Rev. ist aber insoweit nicht entgegenzutreten, als sie die Eigenschaft der Befl. als Körperschaft des öffentlichen Rechts bei der Würdigung der Rechtslage berücksichtigt wissen will. Daß eine solche Berücksichtigung geboten ist, folgt daraus, daß es nach der bisherigen Rspr. auf den aus dem Verhalten der beiden Parteien sich ergebenden Willen ankommt. Es muß daher von Bedeutung sein, ob und inwieweit die Befl. zur Kundgabe eines eigenen Willens rechtlich befugt ist. Auf der anderen Seite muß bei einem Angestellten, der in die Dienste einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft tritt, ohne weiteres vorausgesetzt werden, daß er über die Befugnisse der Dienstherrin in dieser Hinsicht unterrichtet ist. Dem ist das BG. nicht gerecht geworden. Das BG. hätte prüfen müssen, ob nicht die Angestellten der Befl., wenn sie die Weisungen der Ministerien kannten, die Leistungen der Befl., auch wenn sie keine ausdrücklichen Vorbehalte gemacht hat, weil des Verpflichtungswillens ermangelnd, als freiwillige und widerwärtig gemeinte hätten erkennen können und müssen. Dabei hätte das BG. weiter zu berücksichtigen gehabt, daß die in Rede stehenden Anweisungen immer nur das jeweils laufende Jahr betrafen. Bei dieser Regelung hätte immerhin auch für die Angestellten die Folgerung nahegelegen, daß auch die Befl. selbst eine Leistungsverpflichtung für die Zukunft nicht eingehen wolle, zumal die Regelung der Gratifikationsfrage durch TarD. bevorstand. Nach den angegebenen Richtungen bedarf daher die Sache noch weiterer Aufklärung.

Sollte sich danach ergeben, daß dem Verhalten der Befl. dennoch der Wille zu entnehmen war, sich rechtsverbindlich zur Gewährung der Weihnachtsgewährungen zu verpflichten, so wird das BG. neuerdings auch zu dem Einwand der Befl. wieder Stellung nehmen müssen, der Feststellungsanspruch sei schon deswegen unbegründet, weil sie die Gewährungen für die Zukunft im Angleichungswege gestrichen habe.

Daß Weihnachtsgewährungen als übertarifliche Leistungen der Angleichung unterliegen, ist vom RArbG. bereits ausgesprochen worden (Ur. v. 6. Okt. 1937, RAG 100/37; ArbRSamml. 31, 156 und v. 10. Nov. 1937, RAG 147/37; ArbRSamml. 32, 333).

Das BG. vernimmt bisher eine solche Angleichungsmaßnahme seitens der maßgeblichen Dienststellen. Ob eine solche vorlag, durfte das BG. ohne weiteres nachprüfen.

Die Rev. ist der Ansicht, die den Anspruch des Kl. vernichtende Angleichungsmaßnahme sei von der Befl. im Laufe des Rechtsstreits durch ihre Erklärungen gegenüber der Feststellungsfrage vorgenommen worden. Die Angleichung selbst bedarf keiner besonderen Form. Die Verweigerung der Leistung und die Ablehnung des geltend gemachten Anspruchs unter Berufung auf die Angleichungsbestimmungen können die Angleichung selbst darstellen. Es genügt, daß die maßgebende Stelle den Willen bekundet hat, den Anspruch des Kl. im Wege einer Angleichungsmaßnahme auf Grund des BRAndG. zu vernichten. In der Rspr. ist auch anerkannt, daß es zur Durchführung der Angleichung nach dem BRAndG. nicht erst allgemeiner Verwaltungsanordnungen bedarf, die Angleichung vielmehr unmittelbar durch Einzelanordnung der zuständigen Stelle auf Grund des Gesetzes selbst vorgenommen werden kann.

Das BG. wird daher zu prüfen haben, ob die Befl. die „zuständige Stelle“ zur Durchführung von Kürzungsmaßnahmen nach § 49 Abs. 2 BRAndG. gewesen ist. Daß insoweit Angleichungs-

Maßnahmen der Nachprüfung durch die ordentlichen Gerichte und die ArbG. unterliegen, ist feststehende Rpr. (RArbG. 19, 132 = JW. 1938, 1132²⁰). Dabei wird insbes. aufzuklären sein, ob die behauptete Kürzungsmaßnahme nicht etwa vom Gewährverband ausgesprochen worden ist und ob und welche Anordnungen insoweit etwa von den Aufsichtsbehörden ergangen sind. Ferner wird das BG. aber im Hinblick auf die Darlegungen in RArbG. 19, 129 (136 ff.) = JW. 1938, 1132²⁰ zu untersuchen haben, ob nicht auch Kürzungsmaßnahmen gegen Sparkassenangestellte, soweit sie sich auf außertarifliche Leistungen beziehen, etwa in entsprechender Anwendung der in der Entscheidung angeführten Vorschriften, der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde bedürfen, und beziehendfalls, ob eine solche Genehmigung für die von der Befl. behauptete Kürzungsmaßnahme erteilt worden ist.

(RArbG., U. v. 13. Juli 1938, RAG 231/37. — Hamburg.)

*

** 57. § 72 ArbDG.; **Anordnung des RArbM. v. 28. März 1934** (RArbBl. I, 85). Der sachliche Geltungsbereich und die Allgemeinverbindlichkeit von weitergeltenden Tarifverträgen der privaten Wirtschaft wird grundsätzlich nicht davon berührt, daß ein Betrieb im Laufe der Zeit zu einem öffentlichen Betrieb i. S. des § 72 ArbDG. geworden ist.

Die Kl. war v. 1. Juli 1934 bis zum 30. April 1937 von der bezkl. Reichsrundfunkgesellschaft beim Reichssender Frankfurt a. M. als Stenotypistin angestellt. Sie ist der Meinung, für ihr Dienstverhältnis sei der für allgemeinverbindlich erklärte, als Tarifordnung weitergeltende Tarifvertrag (Manteltarif) für kaufmännische und technische Angestellte des Stadtgebietes Frankfurt a. M. v. 3. Febr. 1928 nebst dem am 1. Nov. 1932 in Kraft getretenen, gleichfalls für allgemeinverbindlich erklärten und als Tarifordnung weitergeltenden Gehaltsabkommen maßgebend gewesen. Die Frage, ob auf das Dienstverhältnis der Kl. die Frankfurter Tarifordnungen anzuwenden waren, ist von den Vorinstanzen mit Recht bejaht worden.

Unstreitig hat weder die Kl. noch die Befl. oder ihre Rechtsvorgängerin, die Süd-Westdeutsche Rundfunk AG., einem der an den Frankfurter Tarifverträge beteiligten Verbände angehört. Mangels einer solchen Tarifbeteiligung der Parteien kann sich deshalb nur fragen, ob der Betrieb des Frankfurter Senders von der Allgemeinverbindlicherklärung der in Rede stehenden Tarifverträge erfaßt worden ist und ob diese Erfassung zur Zeit des Dienstverhältnisses der Kl. noch fortbestand.

In Betracht zu ziehen ist zunächst die Zeit der Allgemeinverbindlicherklärung des Manteltarifs (21. Aug. 1928). Damals war der Betrieb des Senders Eigentum der Rechtsvorgängerin der Befl., der Süd-Westdeutschen Rundfunk AG., einer handelsrechtlichen Gesellschaft, die ausschließlich mit privatem Kapital privatwirtschaftlich arbeitete. Die damals im Betriebe beschäftigten Stenotypistinnen waren danach zweifellos kaufmännische Angestellte, auf die sich der Manteltarif nach seinen Geltungsvorschriften beziehen konnte.

Aber die Art der Betriebe, für die der Tarifvertrag gelten soll, ist in der Geltungsvorschrift weiter nichts gesagt. In der Allgemeinverbindlicherklärung des Manteltarifs ist dann über den beruflichen Geltungsbereich der Allgemeinverbindlichkeit bestimmt, daß erfaßt werden sollen alle kaufmännischen und technischen Angestellten, soweit nicht besondere Fachtarifverträge in Geltung sind. Zur Frage, ob danach der damalige Betrieb des Frankfurter Senders von der Allgemeinverbindlichkeit erfaßt wurde, ist nun der Vorderrichter mit Recht davon ausgegangen, daß es für den Wirkungsbereich der Allgemeinverbindlichkeit nach § 2 Abs. 1 S. 2 TarifvertrD. v. 23. Dez. 1918 (RWBl. 1456) nicht nur auf die geleistete Arbeit als solche, sondern auch auf die Art des Betriebes angekommen sei (vgl. RArbG. 1, 204; 2, 222 = JW. 1929, 2641). Es ist also auch das Wirtschaftsziel des Betriebes zur Beurteilung mit heranzuziehen. Wenn danach die Vorinstanzen zu dem Ergebnis gekommen sind, daß das damals rein privatwirtschaftliche Handelsunternehmen der Süd-Westdeutschen Rundfunk AG. von der Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung grundsätzlich mitberührt worden sei, so kann dem nur zugestimmt werden.

Nicht wesentlich anders lagen die Dinge, als das in Frage kommende Gehaltsabkommen für allgemeinverbindlich erklärt wurde (8. Febr. 1933). Nach dem eigenen Vortrag der Befl. war zwar schon im Jahre 1932 die Überführung der örtlichen Sendegesellschaften in die Rechtsform der GmbH. und die Beseitigung des beteiligten Privatkapitals vorgesehen. Die Entwicklung wurde aber erst nach der Machübernahme durch die D. des Führers v. 30. Juni 1933 (RWBl. I, 449) beendet, durch die der Rundfunk dem RMin. für Volksaufklärung und Propaganda unterstellt wurde, der dann als Vertreter des Reiches sämtliche Geschäftsanteile der gegründeten Reichsrundfunkgesellschaft übernahm. Danach erstreckte sich auch die Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung des Gehaltsabkommens auf den damaligen Betrieb des

Frankfurter Senders, sofern nur kein besonderer Fachtarifvertrag für den Betrieb abgeschlossen war. Denn nach der Allgemeinverbindlicherklärung des Gehaltsabkommens sollte sich die Allgemeinverbindlichkeit wiederum nicht erstrecken auf Arbeitsverhältnisse, „für die besondere Fachtarifverträge in Geltung sind oder künftig abgeschlossen werden“.

War danach der Frankfurter Sendebetrieb grundsätzlich als Außenseiter von den genannten Tarifverträgen erfaßt, so änderte sich daran nichts dadurch, daß der Betrieb von der jetzigen Befl. als Rechtsnachfolgerin der Süd-Westdeutschen Rundfunk AG. übernommen und weitergeführt, daß das bisher beteiligte Privatkapital im Laufe der Zeit beseitigt wurde und daß der Befl. dann vorwiegend öffentlich-rechtliche Aufgaben übertragen wurden. Der Betrieb wird jetzt von der Befl. als einer handelsrechtlichen GmbH., die gemeinnützige Zwecke verfolgt (Satzung § 1) weitergeführt. Nach § 13 Abs. 3 GmbHG. gilt die Befl. trotz ihrer besonderen Aufgaben, die sie zu erfüllen hat, als eine Handelsgesellschaft i. S. des HGB. Das Entscheidende jedoch ist, daß der Betrieb als solcher im ganzen unverändert weitergeführt wird. Es ist danach anzunehmen, daß die Art der Tätigkeit der in dem Betriebe beschäftigten kaufmännischen und technischen Angestellten im wesentlichen dieselbe geblieben ist. Ein hinreichender Grund, die Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärungen nicht auf den Betrieb nicht mehr gelten zu lassen, ist danach nicht gegeben. Die in Rede stehenden Tarifverträge, die zunächst durch § 72 ArbDG. bis zum 30. April 1934 in Kraft gehalten waren, sind als Tarifordnungen i. S. des ArbDG. aufrechterhalten durch die Anordnung über die Weitergeltung von Tarifverträgen als TarD. v. 28. März 1934 (RArbBl. I, 85). Nach I Abs. 2 dieser Anordnung gelten die als Tarifordnungen verlängerten Tarifverträge, wenn sie für allgemeinverbindlich erklärt waren, im Umfang der bisherigen Allgemeinverbindlichkeit weiter. An dem vorherigen Rechtszustand bzgl. des sachlichen Geltungsbereiches der Tarifverträge im Rahmen der Allgemeinverbindlichkeit ist durch die Weitergeltungsanordnung nichts geändert (RArbG. 16, 297/298).

Daß die Sendebetriebe der Befl. im Laufe der Zeit zu öffentlichen Betrieben i. S. des § 72 ArbDG. geworden sind (§ 1 Abs. 1 e), haben die Vorinstanzen mit Recht angenommen, ebenso auch, daß dadurch die Weiterwirkung der Allgemeinverbindlichkeit der in Rede stehenden Tarifverträge für den Frankfurter Sendebetrieb nicht grundsätzlich aufgehoben worden ist. Weder die Tarifverträge selbst noch der Inhalt der jeweiligen Allgemeinverbindlicherklärung ergeben einen Anhalt dafür, daß die Angestelltenverhältnisse in solchen Betrieben nicht hätten erfaßt werden sollen. Der § 72 ArbDG., enthaltend die Übergangsregelung für Tarifverträge, gilt, wie der ganze Abschn. VII des Gesetzes, auch für öffentliche Betriebe.

Es fragt sich noch, ob etwa die oben erwähnte Einschränkung der Allgemeinverbindlichkeit, nämlich das Bestehen eines besonderen Fachtarifs, für den Frankfurter Sendebetrieb gegeben ist. Das haben die Vorinstanzen mit Recht verneint. (Wird ausgeführt.)

(RArbG., Urf. v. 13. Juli 1938, RAG 8/38. — Frankfurt a. M.)

*

** 58. **Urlaubsfragen. Der letzte Tag der für den Betrieb festgelegten Ferienzeit kann als Stichtag gemeint sein, an dem neu eingetretene Gesolgsmitglieder die Parteizeit vollendet haben müssen, um noch einen Urlaubsanspruch für das laufende Jahr zu erwerben.**

Der Kl. stand seit 1. Sept. 1936 im Dienst der Befl. Ein von ihm im Dez. 1936 angemeldeter Urlaubsanspruch wurde von der Befl. abgelehnt. Im Juli 1937 erhielt er den ihm für das Kalenderjahr 1937 zustehenden sechstägigen Urlaub.

Der Arbeitsvertrag der Parteien unterlag bzgl. der Urlaubsregelung im Jahre 1936 zunächst der Tarifordnung zur Regelung des Urlaubs der gewerblichen Gesolgschaftsmitglieder in der Metallindustrie des Wirtschaftsgebietes Westfalen v. 23. Juni 1936 (RArbBl. VI, 624).

Gleichzeitig enthielt die Betriebsordnung der Befl. v. 15. Sept. 1934 in § 6 folgende Bestimmung: „Für die Gesolgschaft werden alljährlich Ferien gewährt. Die Dauer der Ferien findet ihre Regelung in einer Ferienordnung, welche mit den Tarifen verbunden ist.“ Die Ferienordnung bestimmte:

„1. Alle Gesolgschaftsmitglieder erhalten unter Fortzahlung des Stundenlohnes laut Tarif jährlich Ferien, sofern der einzelne mindestens 3 Monate ununterbrochen in unserem Betriebe tätig ist.“

2. Die Ferien betragen für jedes Gesolgschaftsmitglied 6 Arbeitstage, welche zwischen zwei Sonntage gelegt werden. Als Ferienzeit gilt die Zeit v. 1. Mai bis 30. Sept. jeden Jahres.“

Am 25. Juni 1937 trat die Tarifordnung für die Eisen-, Metall- und Elektroindustrie des Wirtschaftsgebietes Westfalen v.

28. Mai 1937 (RArbBl. VI, 589) in Kraft. Diese Tarifordnung enthält bzgl. der Ferienregelung ebenfalls Bestimmungen.

Der Kl. macht geltend, die Veff. habe ihm zu Unrecht den für das Jahr 1936 begehrten Urlaub verweigert. Er sei im Jahre 1936 über 3 Monate im Betriebe gewesen. Es sei unerheblich, daß er die 3 Monate erst nach dem Ablauf der in der Betriebsordnung vorgesehenen Ferienzeit (Mai bis September) vollendet habe. Die Veff. sei auf Grund der Betriebsordnung verpflichtet, ihm den Urlaub später zu erteilen. Die Festlegung der Ferienzeit habe mit dem Entstehen und Bestehen des Urlaubsanspruches nichts zu tun.

Das BG. hat die Klage abgewiesen. Die Rev. blieb ohne Erfolg.

Die am 25. Juni 1937 in Kraft getretene Tarifordnung muß als Grundlage für den Klageanspruch entfallen. Der Kl. macht Urlaubsansprüche nur aus einer Beschäftigung im Jahre 1936 geltend. Damals galt diese Tarifordnung noch nicht.

Beizupflichten ist dem BG. darin, daß der Kl. die Voraussetzungen der TarD. v. 23. Juni 1936 für die Erlangung eines Urlaubsanspruches nicht erfüllte. Diese Tarifordnung gab grundsätzlich erst im zweiten Beschäftigungsjahr den Urlaubsanspruch, im ersten Jahre nur unter der Voraussetzung eines vorzeitigen Ausscheidens.

Als mögliche Grundlage für den Klageanspruch verbleibt demnach nur die Betriebsordnung der Veff. Die dieser vom BG. gegebene Auslegung ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Daß unter „alljährlich“ i. S. des § 6 der Betriebsordnung nicht das Beschäftigungsjahr, sondern das Kalenderjahr zu verstehen ist, nimmt das BG. ohne Rechtsirrtum an. Bestritten ist, ob der Urlaub auch dann noch zuzubilligen ist, wenn die dreimonatige Wartezeit nicht mehr bis zum Ende der in der Ferienordnung festgesetzten Ferienzeit (30. Sept. eines jeden Jahres) erfüllt ist. Die Veff. erblickt in dem letzten Tage der Ferienzeit den Stichtag, an dem neueingetretene Gefolgschaftsmitglieder die dreimonatige Wartezeit vollendet haben müssen, um im laufenden Kalenderjahr noch einen Urlaubsanspruch zu erwerben. Hier hat sich das BG. zu Recht dem Standpunkt der Veff. angeschlossen.

Zunächst konnte das BG. sehr wohl den zur Zeit des Erlasses der Betriebsordnung in Kraft gewesen früheren Tarifvertrag vom Jahre 1922 zur Auslegung der Betriebsordnung heranziehen. Eine Betriebsordnung wird sich in aller Regel auf die übergeordneten tariflichen Bestimmungen aufbauen und sich nicht mit diesen in Widerspruch setzen. Daß der alte Tarifvertrag aber den Urlaubsanspruch für neu in den Betrieb eingetretene Gefolgschaftsmitglieder nur gewähren wollte, wenn sie die dreimonatige Wartezeit noch innerhalb der für den einzelnen Betrieb festgesetzten Urlaubszeit vollendeten, kann nach dessen Wortlaut keinem Zweifel unterliegen. Wenn das BG. dann die Ferienordnung in der Betriebsordnung der Veff. ebenfalls dahin auslegt, daß das Ende der Ferienzeit als Stichtag für die Erfüllung der dreimonatigen Wartezeit und für den Erwerb des Urlaubsanspruches anzusehen sei, so kann das nicht beanstandet werden.

Für die vom BG. vorgenommene Auslegung der Betriebsordnung sprechen aber weiter folgende sachliche Gesichtspunkte:

Die Gewährung eines Urlaubsanspruches bereits nach dreimonatiger Betriebszugehörigkeit ist an sich ungewöhnlich. In der Regel muß eine wesentliche längere Wartezeit zurückgelegt werden, bevor ein Gefolgschaftsmitglied einen Urlaubsanspruch erwirbt. Die einschränkende Auslegung dieser Bestimmung entspricht deshalb schon aus allgemeinen wirtschaftlichen Erwägungen dem wahrscheinlichen Willen der Betriebsordnung. Eine Regelung, daß nach dreimonatiger Betriebszugehörigkeit ein Ferienanspruch nur dann entsteht, wenn die Vollendung dieser Wartezeit noch in die betriebliche Ferienzeit fällt, hat zudem auch durchaus ihren Sinn. Ein Beschäftigter, der noch während der Ferienzeit die dreimonatige Wartezeit vollendet, müßte, wenn dadurch der Ferienanspruch nicht erworben würde, sonst bis zur nächstjährigen Ferienzeit, also durchschnittlich annähernd ein Jahr warten, ehe er einen Urlaubsanspruch erwirbt. Dies würde dem Erholungsbedürfnis widersprechen, das im heutigen sozialen Recht zur Erhaltung der Arbeitskraft des schaffenden Menschen im Interesse des Volksganzen nicht weniger als im Interesse des einzelnen durchweg anerkannt ist (RAG 254/37: ArbRSamml. 32, 316 [319] = JW. 1938, 2054⁴⁸), zumal das Gefolgschaftsmitglied in demselben Kalenderjahre in einem anderen Betriebe vielleicht noch keinen Urlaub erhalten hatte. Anders liegt es aber dann, wenn das Gefolgschaftsmitglied die dreimonatige Wartezeit erst nach Beendigung der normalen Ferienzeit vollendet. Er muß dann auf den nächsten Urlaub etwa ebensovlang warten, wie jedes Mitglied der Gefolgschaft, und es besteht kein Anlaß, ihm außerhalb der Ferienzeit Urlaub zu gewähren.

(RArbG., Ur. v. 15. Juni 1938, RAG 22/38. — Wuppertal.)

** 59. §§ 351, 352, 354 RVD.; § 286 ZPO.

1. Fristlose Kündigung und strafweise Dienstentlassung eines Krankenlassengeestellten in ihrem Verhältnis zueinander.

2. Der Zivilrichter darf Feststellungen eines strafrichterlichen Urteils nicht ohne eigene Beweiswürdigung übernehmen.

Dem Kl. (Direktor bei einer Ortskrankenkasse) wurde am 29. Jan. 1935 fristlos gekündigt, weil er strafbare Handlungen anderer Angestellten der Kasse, die ihm bekannt gewesen seien, unter schwerer Verletzung seiner Treupflicht nicht gemeldet, sondern gebilligt habe. Beigefügt war, daß auf die Geltendmachung anderer Kündigungsgründe im Augenblick verzichtet werde. Durch Strafurteil v. 16. Nov. 1935 wurde der Kl. wegen im Jahre 1934 begangener Untreue zu einer Zuchthausstrafe verurteilt.

Nachdem das VerfA. und das OVerfA. seine Beschw. gegen seine Entlassung zurückgewiesen hatten, klagte er auf Gehaltszahlung bis 30. Juni 1935 und auf Ersatz des durch die unberechtigte Entlassung erwachsenen Schadens.

Die Klage wurde in zwei Rechtszügen abgewiesen. Das RArbG. hat aufgehoben und zurückerwiesen.

Nach § 8 Abs. 2 der maßgebenden Dienstordnung kann aus wichtigem Grunde fristlos gekündigt werden. § 10 bestimmt:

„Gegen Angestellte, welche die ihnen obliegenden Pflichten verletzen, können nach den folgenden Bestimmungen Dienstentlassung oder Ordnungsstrafen verhängt werden. Den Angestellten ist vorher Gelegenheit zur Äußerung zu geben.“

§ 11 verfügt weiter:

„Bei groben Dienstvergehen, die einen wichtigen Grund darstellen, hat Dienstentlassung zu erfolgen; sie ist an keine Kündigungsfrist gebunden.“

Als grobe Dienstvergehen gelten insbes.:

2. Untreue im Dienst,

5. sonstige schwere Verletzungen der Pflichten, die ihm sein Amt auferlegt, ... so daß eine Weiterbeschäftigung im Hinblick auf seine Dienstpflichten mit dem Interesse der Kasse unvereinbar ist.“

Die Dienstordnung der Veff. unterscheidet also zwischen den Gründen, aus denen „Dienstentlassung zu erfolgen hat“ und den Gründen, auf die die fristlose Kündigung gestützt werden kann. Es kann nicht i. S. der Dienstordnung gelegen sein, der Krankenkasse bei Dienstvergehen, die zur Dienstentlassung führen müssen, die Wahl zwischen fristloser Kündigung und Dienstentlassung zu geben. Die Entfernung aus dem Dienst wegen grober Dienstvergehen berührt die Ehre des Angestellten und ist unter den besonderen Schutz der vorherigen Anhörung des Beschuldigten und des nachfolgenden Verfahrens vor den Versicherungsbehörden gestellt. Nicht nur der Angestellte hat ein Recht auf den in der Dienstordnung gewährten Schutz, sondern es besteht ebenso ein öffentliches Interesse an der Beachtung der Vorschriften, deren Einhaltung unter die Aufsicht der Versicherungsbehörden gestellt ist (RArbG. 15, 25).

Nach § 10 „können“ wegen Pflichtverletzung Dienstentlassung oder Ordnungsstrafen verhängt werden, nach § 11 „hat“ bei groben Dienstvergehen Dienstentlassung zu erfolgen. Der Zusammenhang ergibt, daß § 10 nicht eine Kannvorschrift zur wahlweisen Handhabung neben der fristlosen Kündigung aufgestellt, sondern nur einen Ermessensspielraum zwischen der Verhängung der Entlassung und der Verhängung von Ordnungsstrafen, beides aber im Wege des Dienststrafverfahrens, je nach der Schwere der Verletzung gegeben hat.

Schon RArbG. 15, 25 räumt aber die Möglichkeit ein, dem Ausspruch der strafweisen Entlassung wegen Untreue vorsorglich für den Fall, daß sie nicht begründet ist, die fristlose Kündigung aus einem anderen wichtigen Grunde anzufügen. Damit ist nun zwar nicht die behelfsweise fristlose Kündigung aus einem Grunde zugelassen, der seinerseits wieder die Dienstentlassung zur Folge haben müßte. Aber es ist die Kündigung doch dann nicht verwehrt, wenn die Anstellungsbehörde glaubt, zwar ein die Dienstentlassung rechtfertigendes Dienstvergehen, also insbes. eine bewußt rechtswidrige grobe Pflichtverletzung des Angestellten nicht nachweisen, aber doch aus einem in der Person des Angestellten gelegenen wichtigen Grunde den Angestellten nicht mehr beschäftigen zu können. Auch die Dienstordnung der Veff. führt in §§ 8 und 9 die wichtigen Kündigungsgründe nicht erschöpfend an, sondern erklärt nur beispielsweise, daß „auch“ wegen dauernder Dienstunfähigkeit oder wegen Verringerung der Kassengeschäfte fristlos gekündigt werden könne. Solche andere Gründe in der Person des Angestellten können namentlich Unzuverlässigkeit im Dienst, Unfähigkeit zur ordentlichen Geschäftsführung oder Mißgriffe in der Geschäftsführung sein, die das notwendige Vertrauen zu dem Angestellten untergraben, ohne daß ihm im Dienststraf-

verfahren zu ahndende grobe Pflichtverletzungen zum Vorwurf zu machen sind.

Die Begründung des BG., daß die Dienstordnung der Befl. wahlweise die fristlose Kündigung oder die Dienstentlassung an die Hand gebe, vermag demnach die Klageabweisung nicht zu tragen. Es war aber zu prüfen, ob die Befl. nicht bewußt von der Dienstentlassung abgesehen hat, weil nicht eindeutig zu klären war, daß der Kl. sich eine schwere Pflichtverletzung i. S. des § 11 Nr. 5 Dienstordnung oder gar Untreue im Dienst nach § 11 Nr. 2 Dienstordnung hätte zuschulden kommen lassen, und deshalb die fristlose Kündigung vorgezogen hat, weil der Kl. immerhin eine Nachlässigkeit bei der Führung der Kassengeschäfte gezeigt hatte, die die Befl. empfindlich geschädigt hatte und die ihn deshalb für die Fortführung der Geschäfte untragbar erscheinen ließ. Unter diesen Umständen würde es der Befl. nicht verdacht werden können, wenn sie nicht zu dem schärfsten Mittel der Dienstentlassung griff und nur die Kündigung aus einem zwar wichtigen, aber nicht zur äußersten Maßnahme ausreichenden Grunde aussprach, dies vor allem, wenn wegen der nach außen hervorgetretenen Mißstände die Rücksicht auf die Öffentlichkeit ein sofortiges Einschreiten geboten erscheinen ließ.

Daß sich das Verhalten des Kl. nachträglich durch das strafgerichtliche Verfahren noch als viel ernster herausstellte und wirklich zur Dienstentlassung berechtigt hätte, kann die Kündigung aus dem Grunde der Ungeeignetheit wegen allzu sorgloser Handhabung der Geschäfte nicht entkräften.

Die Befl. war nach feststehender Rspr. nicht gehindert, nachträglich die Kündigung auf die im Jahr 1934 begangenen Verfehlungen des Kl. im Dienst zu stützen, die zum Teil durch seine strafrechtliche Verurteilung festgestellt wurden, also die Kündigung auf den Zeitpunkt ihrer Erklärung dadurch rechtswirksam zu machen. Das war ihr auch nicht deshalb verwehrt, weil diese Verfehlungen nicht Gegenstand des Verfahrens vor den Versicherungsbehörden waren. Denn diese Behörden hatten schon die in der Kündigung geltend gemachten Gründe als ausreichend anerkannt, so daß dort das Nachschieben anderer Gründe nicht veranlaßt war. Das war auch nicht deshalb unzulässig, weil im Kündigungs schreiben „im Augenblick auf die Geltendmachung anderer Kündigungsgründe verzichtet“ wurde. Vielmehr deutete diese Fassung auf den Vorbehalt der Nachschiebung weiterer Gründe.

Mit Recht rügt die Rev. aber die mangelnde Aufklärung. Das angefochtene Urteil stellt nur im Tatbestande fest, daß die Kündigung auf die Handlungen gestützt worden sei, die zur Verurteilung wegen Untreue geführt hätten, und daß die Straffakten Gegenstand der Verhandlung gewesen seien, nicht aber, auf welche Handlungen im einzelnen sich die Befl. bezog und wie der Kl. sich darauf eingelassen hat. Es ging nicht an, Feststellungen aus dem Strafurteil ohne jede Beweiswürdigung, sei es auch nur durch den Hinweis auf die Überzeugungskraft der Gründe des Strafurteils, zu übernehmen. Der Kl. bestreitet, die sofortige Rückertattung der Überzahlungen pflichtwidrig unterlassen zu haben, und macht dagegen im einzelnen Einwendungen geltend. Daraus konnte für die Bedeutung des Kündigungsgrundes nicht vorübergegangen werden.

Aus diesen Gründen ist aufzuheben und zurückzuverweisen, damit festgestellt wird, ob ein Grund vorgebracht worden ist, der vom Standpunkt der Befl. aus zwar als wichtig genug angesehen werden konnte, um die sofortige Kündigung zu rechtfertigen, aber ihr doch nicht auszureichen schien, die Dienstentlassung gegen ihn auszusprechen.

Dabei wird schließlich auch der von der Befl. vorgetragene Einwand der Arglist zu erwägen sein, der Kl. könne sich, wenn durch seine rechtskräftige Verurteilung zu einer Zuchthausstrafe oder sonst nach der Kündigung ein Verhalten herausgestellt hätte, das im Dienststrafverfahren zweifelsfrei zur Dienstentlassung geführt hätte, nicht darauf berufen, er hätte sich so schwer verfehlt, daß er nur im Wege des Dienststrafverfahrens hätte entlassen werden können, ein Vorbringen, das dem gesunden Rechtsempfinden widersprechen würde.

Erst wenn die Rechtswirksamkeit der sofortigen Kündigung nach jeder Richtung zu verneinen wäre, blieben weiter die Einwendungen der Befl. aus Aufrechnung und Leistungsverzug des Kl. und die Höhe des Klageanspruchs zu prüfen.

(RArbG., Ur. v. 27. Juli 1938, RAG 19/38. — Berlin.)

*

60. § 13 BGB. Für die vermögensrechtlichen Ansprüche der öffentlichen Angestellten und Beamten aus ihrem Dienstverhältnis kehrt der Rechtsweg offen; insbes. kann der arbeitsgerichtliche Rechtsweg auch durch Tarifordnungen nicht ausgeschlossen werden.

Der Kl. war auf Privatdienstvertrag als Wehrsportleiter bei einem Luftkreismando angestellt. Seine Gehaltsansprüche sind daher bürgerlich-rechtlicher Natur. Für derartige Ansprüche ist

nach § 13 BGB. der Rechtsweg grundsätzlich gewährleistet. Für den arbeitsrechtlichen Lohnanspruch spiegelt sich dies noch besonders in § 2 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG. wieder. Die Angestellten des Reichs, des Staates oder anderer öffentlich-rechtlichen Körperschaften unterliegen insoweit keiner Ausnahme. Denn auch sie stehen zu ihren Dienstherren in einem bürgerlich-rechtlichen Dienstverhältnis und der Streit über die ihnen zukommenden geldlichen Bezüge ist eine bürgerlich-rechtliche Rechtsstreitigkeit. Es kann auch keine Rede davon sein, daß die Rechtsentwicklung seit dem Umbruch die Richtung eingeschlagen habe, den Bediensteten des Reichs oder des Staates für vermögensrechtliche Ansprüche aus ihrem Dienstverhältnis die Anrufung der Gerichte allgemein abzuschneiden. Das ist noch nicht einmal bei den im öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis Stehenden geschehen, obwohl gerade sie in besonderer Maße der autoritären Führung und Fürsorge ihrer Behörden unterliegen. So ist es hinsichtlich der Beamten bei der Bestimmung in Art. 129 Abs. 1 Satz 4 WeimVerf. verblieben. Ebenso ist der Rechtsweg für vermögensrechtliche Ansprüche aus der Zugehörigkeit zur Wehrmacht noch vor nicht langer Zeit durch das WehrG. v. 24. Mai 1935 (RGBl. I, 609) § 31 zugelassen worden. Zwischen der Anrufung der ordentlichen Gerichte und der ArbG. besteht insoweit aber kein grundsätzlicher Unterschied. Insbes. kann der arbeitsgerichtliche Rechtsweg auch durch Tarifordnungen nicht im eigentlichen Sinn ausgeschlossen werden, wie aus § 32 Abs. 2 Satz 4 ArbGG. und § 18 Abs. 3 SffArbGG. i. Verb. m. §§ 91, 101, 106 und 92 ArbGG. klar hervorgeht (vgl. RArbG. 19, 186 und 205 = JW. 1938, 2058⁹² m. Anm. und 1206⁷¹).

(RArbG., Ur. v. 10. Aug. 1938, RAG 56/38. — Darmstadt.)

Landesarbeitsgerichte

61. Sorgfaltspflicht beim Überholen. Der angestellte Kraftdrockführer haftet dem Unternehmer für schuldhaft verursachten Schaden an der Kraftdrock, wenn beide in ganz einfachen Verhältnissen leben, und der Fahrer gegen Haftpflicht Versicherungschutz genießt, für welchen zu sorgen ihm der Unternehmer bei Eintritt in das Arbeitsverhältnis nahegelegt hat.

Der Befl. war als Kraftdrockführer bei dem Kl. beschäftigt und fuhr mit der dem Kl. gehörigen Kraftdrock von A. Stadt her über die A. Brücke nach B. Stadt. Auf dem nach B. Stadt zu abfallenden Teil der A. Brücke überholte der Befl. einen Privatkraftwagen, kam kurz danach auf der regennassen Straße ins Schleudern, überquerte den Gehsteig und legte sich in voller Längsseite vor den Hauseingang eines Grundstücks. An der Kraftdrock entstand Materialschaden in beträchtlichem Umfang.

Mit der Klage hat der Kl. einen Teilbetrag des Schadens geltend gemacht.

Das ArbG. hat die Klage abgewiesen. Es hat angenommen, daß dem Befl. keine Schuld an dem Unfall beigemessen werden könne.

Der Kl. hat Berufung eingelegt.

Das ArbG. ist zu der Überzeugung gelangt, daß dem Befl. der Vorwurf der Fahrlässigkeit nicht erspart werden kann. Der Unfall kann nach der gesamten Sachlage seine Ursache nur in unvorsichtigem Fahren des Befl. haben. Für eine mangelhafte Beschaffenheit der Drock, insbes. der Bremsen, fehlt jeder Anhalt. Zeuge J., der den Wagen bis 1. Aug. 1937 gefahren hat, bezeichnet ihn im allgemeinen als betriebsfester und insbes. die Bremsen als einwandfrei. Der Befl. muß bei dem Überholen mit einer Geschwindigkeit von etwa 50 km gefahren sein. Ein Überholen mit dieser Geschwindigkeit muß mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des Falles als gewagt und unvorsichtig bezeichnet werden, wie auch der Erfolg gelehrt hat. Denn die Straße war infolge des Regens, der kurz vorher erst eingelekt hatte, naß und schlüpfrig. Sie fällt außerdem an der Überholungsstelle ziemlich stark ab. Die Entfernung zwischen der Überholungsstelle und der nächsten Straßentrennung auf der B. Städter Seite beträgt nur etwa 65 m. Auf der Straße liegen Straßenbahngleise, wodurch erfahrungsgemäß bei nassem Wetter die Gefahr des Rutschens und Schleuderns noch gesteigert wird. Der Befl. kann auch keine Umstände anführen, daß ihm erhebliche Eile geboten gewesen wäre, in welchem Fall sein Verhalten vielleicht eher entschuldigbar erscheinen könnte.

Ist hiernach die Fahrlässigkeit des Befl. festgestellt, so muß auch seine Schadensersatzpflicht beachtet werden. Denn im allgemeinen hat jeder Schuldner seine Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 276 BGB.). Von diesem Grundsatz abzugehen, liegt im vorl. Fall kein Grund vor, da sowohl der Kl. wie der Befl. sich in ganz einfachen Lebensverhältnissen befinden, da der Befl. neben seinem

tariflichen Arbeitslohn noch eine kleine Gewinnbeteiligung hatte, da die Eingehung einer Haftpflichtversicherung dem Vekl. vom K. bei Eingehung des Arbeitsverhältnisses unstrittig nahe gelegt worden war, und da schließlich, wie die Verhandlung ergeben hat, die Versicherung des Vekl. für den Schaden aufkommt (vgl. hierzu die Entscheidung des RArbG.: ArbRSammI. 30, 3 f.).

Gegen dieses Urteil ist kein Rechtsmittel zulässig (§ 8 Abs. 4 ArbGG.).

(RArbG. Dresden, UrI. v. 6. Mai 1938, Sa 17/38.)

Reichsfinanzhof

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

X 62. § 249 RAbgD. Durch Fernsprecher kann ein Rechtsmittel nicht eingelegt werden.

Zunächst ist zu prüfen, ob die RBeschw. zulässig ist. Das Urteil des FinGer. ist am 11. Juni 1938 dem Beschw. zugestellt worden. Am 11. Juli 1938 ist beim FinGer. folgender Vermerk aufgenommen worden:

„Münster i. W., 11. Juli 1938.

Der Steuerberater Dr. L. in D. rief heute um 17.44 Uhr telephonisch an und bat einen Aktenvermerk dahingehend aufzunehmen, daß er im Auftrage des StPfl. Kaufmann Paul R. in D. gegen das Urteil der II. Kammer des FinGer. FG. II A 645/37 v. 25. Mai 1938 betr. Einkommensteuer 1933 RBeschw. einlege.

Die Rechtsbeschwerdeschrift würde morgen nachgereicht.
gez. A., Steuersekretär.“

Am 12. Juli ist beim FinA. ein Schreiben des Steuerberaters eingegangen, daß er die am 11. Juli telephonisch beim FinGer. eingelegte RBeschw. bestätige. Der RFS. erachtet die RBeschw. für verspätet eingelegt.

Nach § 249 RAbgD. muß das Rechtsmittel schriftlich eingelegt oder zu Protokoll erklärt werden. Einlegung durch Telegramm ist zulässig. Schon hieraus geht hervor, daß Einlegung durch Fernsprecher unzulässig ist; sonst würde das Gesetz den Fernsprecher erwähnt haben. Nun hat allerdings Becker in seinem Erläuterungsbuch zur RAbgD., 7. Aufl., zu § 234 E. 731 folgendes ausgeführt: „Nicht genügt Einlegung durch Fernsprecher, es sei denn, daß sich die Behörde dazu versteht, auf Grund des Ferngesprächs eine entsprechende Niederschrift aufzunehmen; ein Recht hierauf hat der Beteiligte nicht.“ Der RFS. tritt dieser Auffassung von Becker nicht bei. Würde man dieser Auffassung grundsätzlich beitreten, so müßte in allen Fällen die Einlegung durch Fernsprecher genügen; denn wenn der StPfl. auf diese Weise das Rechtsmittel einlegen könnte, könnte es nicht vom Ermessen oder Belieben der Behörde abhängig sein, ob sie durch Aufnahme einer Niederschrift das zulassen wolle. Wenn die Behörde das Recht hätte, durch Niederschrift des Ferngesprächs die Rechtsmittelinlegung gültig zu machen, so würde sie auch die Pflicht dazu haben. Sonst würden die StPfl. ungleichmäßig behandelt.

Der RFS. hält aber die Einlegung durch Fernsprecher auch aus sachlichen Gründen für nicht zulässig. Das Gesetz will durch die Bestimmung des § 249 RAbgD. erreichen, daß bei der Einlegung des Rechtsmittels darüber Klarheit geschaffen wird, ob und von wem ein Rechtsmittel eingelegt worden ist. Solche Klarheit zu schaffen, wird beim Einlegen durch Fernsprecher nicht möglich sein. In der Regel kann der aufnehmende Beamte nicht einmal feststellen, wer am Fernsprecher ist und ob er berechtigt ist, das Rechtsmittel einzulegen. Es wäre in einzelnen Fällen möglich, daß der StPfl. durch einen anderen das Ferngespräch führen läßt und, wenn er sich die Sache reiflich überlegt hat, erklärt, er habe ein Rechtsmittel nicht eingelegt. Würde man die Rechtsmittelinlegung durch Fernsprecher zulassen, so würde damit der Behörde auch eine erhebliche Mehrbelastung in der Richtung auferlegt werden, daß sie beim Ferngespräch prüfen müßte, wer am Fernsprecher ist, und daß sie eine Niederschrift aufnehmen müßte, die dem Anrufenden vorgelesen und von ihm genehmigt werden müßte. Mit einer solchen Arbeit darf aber die Behörde nicht belastet werden. Der StPfl. muß auf dem in § 249 bestimmten Weg das Rechtsmittel einlegen.

Der RFS. gewährt aber Nachsicht, da er annimmt, daß der Steuerberater im Vertrauen auf die Becker'schen Ausführungen den Weg der telephonischen Einlegung gewählt hat. Ein Verschulden nimmt der RFS. bei dieser Sachlage nicht an.

Dieses Urteil wird amtlich veröffentlicht werden. Sobald es im RStBl. oder im RFS. veröffentlicht worden ist, dürfte

allerdings eine Nachsichtgewährung in Zukunft nicht mehr in Frage kommen.

(RFS., 6. Sen., UrI. v. 24. Aug. 1938, VI 527/38.)

*

63. § 6 EinStG. Rückstellung für Reserveanlagen, die für den Mobilmachungsfall schon jetzt zu schaffen sind, und für Verluste, die von der Mobilmachung zu befürchten sind.

Die Beschw. hat 75 000 RM für Disposition und Umstellung im Mobilmachungsfall zurückgestellt. Sie bringt vor, sie habe diese Rückstellung machen müssen, weil sie vom R KriegsM. zum Rüstungsbetrieb bestimmt und verpflichtet worden sei:

1. für die Fabriken in ... einen Etat erstklassiger qualifizierter Spezialarbeiter und Ingenieure dauernd zu unterhalten und mindestens tarifmäßig zu entlohnen, einerlei ob Staats- oder Privataufträge vorlägen oder nicht,
2. die Betriebe in K. und G. auf dem Stand der jeweils neuesten Technik zu erhalten, zu diesem Zweck bestehende Einrichtungen zu verbessern, Neuanschaffungen vorzunehmen, teure Lehrgeräte herzustellen usw.,
3. für den Mobilisierungsfall die beiden Fabriken fertig zur Großfabrikation bereitzubehalten, so daß am ersten Tag in die Großfabrikation eingetreten werden könne,
4. für den Mobilisierungsfall in beiden Fabriken Reservekraftquellen zu erstellen, Reservebrücken zu bauen, eine Anzahl großer und kleiner Antriebsmaschinen und Motore sowie schwere Lastwagen zum An- und Abtransport von Roh- und Fertigmaterial greifbar zu halten,
5. beim Mobilisierungsfall den gesamten Betrieb auf reines Kriegsmaterial umzustellen. Noch rückständige Privatbestellungen dürften nicht ausgeführt werden. Das bereits hierfür vorbereitete Material habe in solchen Fällen nur noch Schrottwert; aufgewandte Löhne und Betriebsunkosten verursachten einen großen nie wiederzubringenden Verlust.

Diese Verpflichtungen stellten hohe wirtschaftliche Anforderungen und verlangten die Bereitstellung entsprechender Mittel, zumal der Auftraggeber jederzeit die Erfüllung der Vertragsbedingungen verlangen könne. Es sei daher auch gleich, ob die ihr auferlegten Verpflichtungen die Gegenwart oder die Zukunft betrafen. Denn der Vertrag sei bereits im Jahre 1935 zustande gekommen und im Jahre 1936 mit der Erteilung größerer Rüstungsaufträge zum erstenmal zur Auswirkung gekommen. Spätestens im Jahre 1936 habe sie daher mit der Bildung der erforderlichen Rückstellung beginnen müssen. Ohne die Rüstungsaufträge wäre auch der Gewinn des Jahres 1936 geringer gewesen, da sie bei Nichterhaltung der Verpflichtungen die in Frage stehenden Aufträge nicht erhalten und zwei Fabriken nicht hätte beschäftigen können. Sie sei daher berechtigt, den Gewinn 1936, der wirtschaftlich betrachtet durch die übernommenen Verpflichtungen erheblich belastet sei, durch Ansatz eines entsprechenden Schuldpostens geringer auszuweisen.

FinA. und FinGer. haben die Rückstellung nicht zugelassen. Die RBeschw. ist nicht begründet.

Soweit es sich um die Punkte 1—3 handelt, kann eine Rückstellung nicht in Frage kommen, weil das, was hier der Beschw. auferlegt ist, nach Lage der Sache für eine erstklassige Firma selbstverständlich ist. Insbes. scheint auch der Punkt 1 keine besondere Belastung darzustellen, einmal weil diese Verpflichtung zu allgemein gehalten ist und weil ihr wahrscheinlich in der Regel entsprechende Rüstungsaufträge gegenüberstehen.

Die Beschw. begründet ihren Antrag auf Zulassung der Rückstellung in der RBeschw. dann auch in erster Linie mit dem Punkt 5. Danach würde im Mobilmachungsfall ein großer Teil der Arbeiten, die sie bereits für Private angefangen hätte, wertlos werden, so daß die noch nicht fertiggestellten Waren nur noch Schrottwert hätten. Auch hiermit kann die Beschw. nicht durchdringen. Im Fall eines Kriegsausbruches würde eine große Zahl Betriebe aufs schwerste beeinträchtigt werden, es würde insbes. eine Unmenge Aufträge zurückgezogen werden, ohne daß Erfolg hierfür erlangt werden könnte usw. Gleichwohl kann für alle diese Fälle eine Rückstellung nicht verlangt werden, weil es sich um eine zukünftige Gefahr handelt, für die heute eine Rückstellung noch nicht in Frage kommen kann. Mit dem gleichen Recht könnte jemand für Gebäude, die nicht versichert sind, Rückstellungen machen, um den Schaden auszugleichen, der ihm durch einen Brand erwachsen könnte usw.

Bei der Beschw. liegt es nicht anders. Im Gegenteil liegen bei ihr die Verhältnisse günstiger, weil die Beschw. für die Schäden, die ihr unter Umständen durch eine Mobilmachung hinsichtlich ihrer Privataufträge erwachsen könnten, durch die erhöhten Rüstungsaufträge einen gewissen Ausgleich erzielen würde.

In Frage käme nach Punkt 4, wonach für den Mobilmachungsfall gewisse Reserveanlagen zur Verfügung gehalten wer-

den müssen, die sonst nicht notwendig wären. Auch die Verpflichtung, derartige Anlagen zu erstellen, kann eine Rückstellung nicht rechtfertigen.

Bei der Erörterung wird zunächst von dem Zustand ausgegangen, der eintritt, wenn die Reserveanlagen hergestellt sind. Ein Fabrikunternehmer hat z. B., um für den Mobilmachungsfall gerüstet zu sein, eine Anzahl Reservemaschinen bereits jetzt beschafft. Die Anschaffungskosten betragen beispielsweise 200 000 R.M. Hier wird man unter Umständen annehmen können, daß der Wert des Gesamtbetriebs nicht um die 200 000 R.M. erhöht ist, da das Kapital der 200 000 R.M. für längere Zeit brach liegt und brach liegendes Kapital im allgemeinen vom Verkehr nicht voll bewertet wird. Zu berücksichtigen wäre aber hierbei auch, daß die Bereitstellung von Reserveanlagen für den Mobilmachungsfall für den Betrieb von Vorteil sein kann, weil er dann bei der Mobilmachung sofort voll in Arbeit käme. Auch diese Gewinnaussicht würde bei der Bewertung der Reserveanlagen mitberücksichtigt werden müssen.

Daß die 200 000 R.M. auf jeden Fall zunächst aktiviert werden müßten, darüber kann kein Zweifel bestehen. In Frage käme lediglich die Abschreibung auf den Teilwert. Für die angeschafften Reservemaschinen selber wird aber eine solche Abschreibung nicht in Frage kommen, weil jeder, der den Betrieb erwerben wollte, die gleichen Reservemaschinen für denselben Preis erwerben müßte. Denkbar wäre lediglich, daß der Wert des anderen Betriebsvermögens entsprechend zurückginge. Dieser Rückgang würde sich aber verschieden auswirken, je nachdem ein Geschäftswert vorhanden ist oder nicht. Unterstellt: Der Betrieb, dessen einzelne Anlagegegenstände insgesamt einen Teilwert von 1 000 000 R.M. haben, würde wegen der sehr günstigen Ertragsaussichten usw. einen Gesamtwert von 1 500 000 R.M. haben, also einen Geschäftswert von 500 000 R.M. Hier leuchtet ein, daß der Teilwert der Anlagegegenstände von 1 000 000 R.M. durch die Beschaffung der Reserveanlagen nicht beeinflusst werden könnte, da jedermann für die Anlagegegenstände beim Erwerb 1 000 000 R.M. bezahlen würde. Nur der Geschäftswert würde in diesem Fall zurückgehen können. Der Geschäftswert würde also, wenn sich durch die Anschaffung der Reserveanlagen im Preise von 200 000 R.M. der Gesamtwert des Betriebsvermögens nur um 150 000 R.M. erhöhte, um 50 000 R.M. zurückgehen. Wenn aber ein Geschäftswert nicht vorhanden ist, der ganze Betrieb also nur dem Teilwert der Anlagegegenstände entspricht, würde die Anschaffung der Reserveanlagen sich dahin auswirken, daß der Teilwert der anderen Anlagegegenstände insgesamt um 50 000 R.M. zurückginge.

Hierfür käme folgendes Beispiel in Betracht: Das Fortbestehen des nur zur Hälfte beschäftigten Betriebs A. hängt in der Hauptsache von staatlichen Aufträgen ab. Der Staat verlangt nun vom Betriebsinhaber, er solle für gewisse Fälle Reserveanlagen herstellen, sonst würde der Staat die Aufträge einer anderen Firma übertragen, die derartige Reserveanlagen zur Verfügung hätte. Der Wiederbeschaffungswert der Anlagen des Betriebs beträgt 600 000 R.M., der Teilwert nur 300 000 R.M. Wird nun der Betriebsinhaber gezwungen, Reserveanlagen zum Preis von 100 000 R.M. herzustellen, wodurch sich der Wert des Betriebsvermögens von 300 000 R.M. nur um 40 000 R.M. erhöhen würde, so wird das im Ergebnis dazu führen, daß die Reserveanlagen zwar mit 100 000 R.M. angelegt würden, daß aber der Teilwert der anderen Anlagegegenstände auf 240 000 R.M. zurückginge.

Nach der tatsächlichen Würdigung des FinGer. muß nun hier davon ausgegangen werden, daß ein erheblicher Geschäftswert vorhanden ist, so daß eine etwaige Beeinflussung des Wertes des Betriebsvermögens durch die Erstellung der Reserveanlagen sich lediglich beim Geschäftswert auswirken würde.

Wenn aber bei Erstellung der Anlagen ein steuerlicher Verlust nicht in Frage komme, kann vor Ausführung der Reserveanlagen eine Rückstellung auch nicht erfolgen.

(RFS., 6. Sen., Ur. v. 24. Aug. 1938, VI 535/38.)

*

× 64. §§ 18 und 19 EinStG. Wird ein Rechtsanwalt als Mitglied des Juristischen Prüfungsamts berufen, so handelt es sich um eine Nebenbetätigung der Berufsausübung und bei Vergütungen dafür um solche aus selbständiger Arbeit.

(RFS., 6. Sen., Ur. v. 7. Sept. 1938, IV 115/38.)

*

× 65. § 6 Satz 2, § 17 Abs. 1 Ziff. 1 KörperStG.

1. Gesellschafterdarlehen als verdecktes Stammkapital.
2. Gesellschafterdarlehen, die steuerlich als verdecktes Stammkapital zu behandeln sind, müssen bei der Mindestbesteuerung als eingezahltes Stammkapital i. S. des § 17 Abs. 1 Ziff. 1 KörperStG. betrachtet werden.

Die Einwendungen gegen die Feststellung des FinGer., daß

es sich bei den erwähnten Darlehen der Gesellschafter um verdecktes Stammkapital handle, können allerdings keinen Erfolg haben. Es ist richtig, daß der StPfl. in der Wahl der Mittel, mit denen er den Betrieb führen will, grundsätzlich nicht beschränkt ist. Er soll bei der Auswahl der Finanzierungsmöglichkeiten nicht bevormundet werden. Demnach kann es ihm auch nicht verwehrt werden, bei mehreren Wegen den steuerlich günstigeren einzuschlagen. Daraus folgt, daß nur bei besonderen Umständen eine in die äußere Form des Darlehens gekleidete Gesellschafterzahlung als Stammeinlage angesehen werden kann. In diesen Grundfällen, die eingehend im Urteil I A 231/31: RFS. 34, 194 = RStBl. 1933, 1228 = StW. 1934 Nr. 65 dargelegt sind, kann auch nach Inkrafttreten des § 1 StAnpG. festgehalten werden. Mit diesen Grundfällen würde es nicht im Einklang stehen, die Darlehen allein deshalb als verdecktes Stammkapital anzusehen, weil sie zur Führung des Betriebs erforderlich sind, was übrigens die Beschwz. im Hinblick auf die Art und den Zweck der Gesellschaft bestritt. Es kann auch dahingestellt bleiben, ob den Ausführungen des FinGer. ohne weiteres gefolgt werden könnte, es verstoße gegen die guten Sitten, wenn das Vermögen der Beschwz. durch Darlehnsforderungen der Gesellschafter in der gegebenen Höhe vorbelastet sei. Denn das Urteil des FinGer. ist nicht ausschließlich oder vorzugsweise auf diese Erwägungen gestützt. Für die Entsch. des FinGer. war wesentlich die Feststellung, daß jegliche Vereinbarungen über Fälligkeit, Sicherheiten und Verzinslichkeit fehlten und vor allem die Art der sogenannten Verzinsung, die sich den jährlichen Betriebsergebnissen anpaßt und zwischen 1,6—4,6% schwankte. Aus diesen Feststellungen, die einen Aktiverstoß oder Irrtum nicht erkennen lassen, konnte das FinGer. im Rahmen seiner freien Beweiswürdigung zur Überzeugung kommen, daß die Gesellschafter ersichtlich keine Darlehen geben, sondern Gesellschaftereinlagen machen wollten. Die Folge dieser möglichen Feststellung des FinGer. ist, daß die für die Darlehen gezahlten Zinsen verdeckte Gewinnausschüttungen sind.

Verdeckte Gewinnausschüttungen dürfen das nach § 6 KörperStG. zu ermittelnde Einkommen nicht mindern. Haben sie es gemindert, dann sind sie dem sonst errechneten Gewinn zuzuschlagen. Sie unterliegen auch der Mindestbesteuerung nach § 17 Abs. 1 Ziff. 1 KörperStG. Als Mindesteinkommen ist der Betrag zugrunde zu legen, der 4% des eingezahlten Stammkapitals übersteigt. Als Stammkapital hat das FinV. nur das nach dem Gesellschaftsvertrag eingezahlte Stammkapital von 3000 R.M. anerkannt. Das FinGer. hat diese Auffassung gebilligt. Der Begriff „Stammkapital“ i. S. des § 17 Abs. 1 Ziff. 1 KörperStG. 1934 sei eng auszulegen. Es könne darunter nur die in der Bilanz als „Stammkapital“ ausgewiesene Summe verstanden werden. Der Senat kann den Rechtsstandpunkt der Vorbehörde nicht teilen. Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 17 Abs. 1 Ziff. 1 gehören zu den Ausschüttungen auch die verdeckten Gewinnausschüttungen. Diese sind wie die offenen zu behandeln, nicht besser und nicht schlechter. Sie unterliegen daher nur insoweit der Mindestbesteuerung, als sie 4% des eingezahlten Stammkapitals übersteigen. Unter Stammkapital i. S. der Vorschrift des § 17 Abs. 1 Ziff. 1 ist an sich das Stammkapital im handelsrechtlichen Sinne zu verstehen. Das schließt aber nicht aus, auch solche Beteiligungen, die für das Körperschaftsteuerrecht dem Grund- oder Stammkapital gleichzustellen sind, steuerlich als Stammkapital zu betrachten. So hat bereits das Urteil I A 19/36: RFS. 39, 219 = RStBl. 1936, 770 = StW. 1936 Nr. 298, auf dessen Ausführungen verwiesen werden kann, ausgesprochen, daß bei Ausschüttungen auf Genussscheine, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös einer Kapitalgesellschaft verbunden ist (§ 7 Satz 2 KörperStG. 1934), bei der Mindestbesteuerung das Genussscheinkapital zu berücksichtigen sei (vgl. auch I A 21/37: RFS. 41, 148 = RStBl. 1937, 682 = StW. 1937 Nr. 268). Gebieten die Steuergesetze und deren Auslegung nach § 1 StAnpG., in einem besonderen Falle über die das Wesen und die Struktur des Steuerobjekts betreffenden bürgerlich-rechtlichen Vereinbarungen, Formen und Rechtsauffassungen hinwegzusehen (vgl. z. B. RFS. 34, 194 und Gelder, die einer Gesellschaft von ihren Gesellschaftern in Form von Darlehen gewährt worden sind, als Stammkapital anzusehen, dann müssen die Darlehen steuerlich auch als eingezahltes Stammkapital i. S. des § 17 Abs. 1 Ziff. 1 KörperStG. betrachtet werden. Solchen Darlehen die Berücksichtigung bei Anwendung des § 17 Abs. 1 Ziff. 1 KörperStG. 1934 verjagen, würde gegen den Sinn und Zweck dieser Vorschrift (vgl. I 354/37 v. 8. Febr. 1938: JWB. 1938, 982 47 = RFS. 43, 120 = RStBl. 1938, 492 = StW. 1938 Nr. 194) und den Grundgedanken verstoßen, daß offene und verdeckte Gewinnausschüttungen steuerlich gleich zu behandeln sind.

(RFS., 1. Sen., Ur. v. 30. Aug. 1938, I 271/38.)

Preussisches Oberverwaltungsgericht

66. §§ 2, 4 KraftfG.; § 1 RStraßVerfD. v. 28. Mai 1934; § 3 StraßVerfZulassD. v. 13. Nov. 1937; § 41 Abs. 2 PolVerwG. Kraftfahrzeugführer. Schfähigkeit. Schwerhörigkeit. Beschränkte Fahrerlaubnis bei körperlichen Mängeln des Antragstellers. Ansgelot eines anderen Mittels (vgl. JW. 1938, 2374). †)

Der zuständige Amtsarzt erklärte den Kl. wegen Schwerhörigkeit nicht für fähig zum Führen eines Kraftfahrzeuges. Der PolPräs. entzog darauf dem Kl. durch Vfz. v. 27. Febr. 1936 die Kraftfahrerlaubnis. Zugleich unterjagte er ihm das Führen von führerscheinfreien Kraftfahrzeugen. Der Kl. erhob Klage im Verwaltungsgstreitverfahren mit dem Antrage, die Verfügung aufzuheben: Sein Ohrleiden habe sich seit 16 Jahren nicht verändert. Er fahre seit 12 Jahren ein Krafttrad und habe während dieser Zeit niemals einen Unfall gehabt oder eine Ordnungstrafe erhalten. Seit 1929 trage er mit gutem Hörerfolge einen Hörapparat.

Das BezVerwGer. forderte ein Gutachten der Charité ein. In diesem Gutachten ist u. a. festgestellt: „Umgangssprache wird beiderseits dicht an der Ohrmuschel gehört. Flüstersprache wird nicht vernommen. ...“ In der zusammenfassenden Beurteilung ist gesagt, daß es sich bei dem Kl. um eine sehr erhebliche Schwerhörigkeit handle, die vielleicht als Folge seines früheren Berufes (Reffelschmied) aufgetreten sei. Das Gutachten sagt weiter: „Wir halten es für wahrscheinlich, daß bei der langsamen Entwicklung der Schwerhörigkeit eine Gewöhnung des Unterjuchten an seinen Zustand eingetreten ist und daß er sein mangelndes Gehör durch größere Umsicht ersetzen kann. Demgegenüber verlangt die KraftfVerfD. v. 10. Mai 1932 ein Hörvermögen für Umgangssprache von 5 m für jedes Ohr. Außerdem ist durch dieses Gesetz eine Prüfung der Wahrnehmung der Schallrichtung vorgejehen. Durch die Unterjuchungen von R. Perwizschky und S. Bitterauf (Ztschr. f. Hals-, Nasen-, Ohrenheilkunde 1934 Bd. 3) ist inzwischen nachgewiesen, daß von Normalhörenden im Großstadtverkehr nur 50,2% aller Signale richtig, 23,2% falsch und 26,6% unbestimmt angegeben werden, wenn die Versuchsperson von einem festen Platz aus beobachtete. Das Richtingshören wird nach Ansicht von R. Perwizschky und Bitterauf durch Reflektionsmöglichkeiten für den Schall erschwert, wie sie gerade auf Straßen und Plätzen durch das Vorhandensein von Gebäuden gegeben sind. Sie kommen auf Grund ihrer Unterjuchungen zu der Überzeugung, daß eine Änderung dieses Gesetzes notwendig sei. Zusammenfassend ist zu sagen, daß es Herrn W. wahrscheinlich möglich sein wird, sein Kraftfahrzeug mit Sicherheit zu steuern, zumal da nach dem Verbot, Signal zu geben, ja ohnehin die Bedeutung des Gehörs für die Fahrersicherheit herabgesetzt ist. Etwaige Anordnungen eines Polizeibeamten im Straßendienst wird Herr W. jedoch kaum verstehen und ausführen können. Den Vorschriften der KraftfVerfD. v. 10. Mai 1932 wird W. in keiner Weise gerecht.“

Das BezVerwGer. hob die Entziehungsverfügung auf.

Die Rev. des PolPräs. hatte Erfolg.

Das BezVerwGer. hat ausgeführt, daß zwar ein tauber Kraftfahrer zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet sei, daß der Kl. aber nach seinem Eindruck in der mündlichen Verhandlung „eine gewisse Hörfähigkeit, noch dazu unter Zuhilfenahme seines Hörapparates“, besitze und daß er unter diesen Umständen geeignet sei, ein Kraftfahrzeug zu führen.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

Bei der Prüfung der Frage, ob jemand körperlich geeignet ist, ein Kraftfahrzeug zu führen, ist grundsätzlich davon auszugehen, daß der Bewerber den zu stellenden Anforderungen ohne künstliche Hilfsmittel gerecht werden muß. Ist das der Fall, so hat er insoweit Anspruch auf Erteilung einer unbeschränkten Fahrerlaubnis. Ist das nicht der Fall, kann der körperliche Mangel aber durch künstliche Hilfsmittel ausgeglichen werden, so liegt nur eine bedingte Tauglichkeit vor, und es besteht deshalb nur ein Anspruch auf die Erteilung einer beschränkten Fahrerlaubnis; bei dieser jchränkt die Polizeibehörde die Fahrerlaubnis durch die Auflage ein, das entsprechende Hilfsmittel beim Fahren zu benutzen (vgl. JW. 1938, 2374).

Die Polizei hat allerdings von dieser Einschränkungsbefugnis besonders in früheren Zeiten vielfach keinen Gebrauch gemacht, namentlich gegenüber Fahrern mit unzureichender Sehschärfe, bei denen in der Regel auch ohne besonderen Hinweis vorausgesetzt werden kann, daß sie sich bei der Führung ihres Kraftfahrzeuges passender Augengläser bedienen. In diesem Sinne hat das OVG. bereits früher ausgesprochen, daß vorhandene geringere Mängel der Schfähigkeit, die durch das Tragen von Augengläsern ausgeglichen werden können, der Erteilung der Fahrerlaubnis nicht entgegenstehen (OVG. 60, 299 ff.). Soweit aus diesen Entsch. jedoch zu entnehmen ist, daß ein mit derartigen

Schwängeln behafteter Kraftfahrer einen Anspruch auf die Erteilung einer unbeschränkten Fahrerlaubnis hätte, kann an ihnen nicht festgehalten werden. Vielmehr besteht auch in solchen Fällen nur ein Anspruch auf beschränkte Fahrerlaubnis, bei der die Polizeibehörde dem Kraftfahrer das Tragen der passenden Augengläser durch eine entsprechende Auflage ausdrücklich zur Pflicht macht.

Soll einem Kraftfahrer, der von der Polizei nur für bedingt tauglich erachtet wird, die unbeschränkt erteilte Fahrerlaubnis entzogen werden, so ist hiernach zunächst zu prüfen, ob er die unbeschränkte Tauglichkeit tatsächlich nicht (oder nicht mehr) besitzt.

Das BezVerwGer. hat diese Frage bei dem Kl. zwar geprüft und bejaht, es ist aber dabei von der rechtsirrtümlichen Ansicht ausgegangen, daß ein Schwerhöriger, der seinen Körperfehler durch einen Hörapparat ausgleichen könne, in jeder Beziehung wie ein von Natur voll Tauglicher zu behandeln sei, und es hat deshalb die Entziehungsverfügung in vollem Umfange aufgehoben. Ein derartiger beschränkt Tauglicher hat aber, wie oben dargelegt, nicht den Anspruch auf Erteilung oder Befassung einer unbeschränkten Fahrerlaubnis.

Dieser Rechtsirrtum führte dazu, daß das OVG. die Sache ohne die sonst für die Revisionsstufe geltenden Beschränkungen frei zu prüfen hatte. Dabei ergab sich, daß die Sache nicht spruchreif ist.

Nach dem Vorbergesagten war in erster Linie zu prüfen, ob der Kl. ohne Hörapparat über das zum Führen von Kraftfahrzeugen erforderliche Hörvermögen verfügt. Nach dem sachärztlichen Gutachten der Charité ist diese Frage „schwer zu beantworten“. Damit hat das Gutachten zutreffend zum Ausdruck gebracht, daß es sich hierbei nicht um reines ohrenärztliches Fachwissen handelt, sondern daß vor allem verkehrstechnische, insbes. kraftverkehrsrechtliche Gesichtspunkte berücksichtigt werden müssen, deren Kenntnis bei einem Ohrenfacharzt nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden kann. Der Gerichtshof hat dem Gutachten auch nur in seinem fachwissenschaftlichen Teil folgen können, wonach der Kl. Umgangssprache auf beiden Ohren nur dicht an der Ohrmuschel hören kann. Er ist demnach nahezu als taub zu bezeichnen. Ein tauber Kraftfahrer ist aber nach der Rpr. des OVG. zum Führen von Kraftfahrzeugen grundsätzlich ungeeignet (R. = u. PrVerwBl. 51, 566; RVerwBl. 54, 493 = JW. 1933, 1432). An dieser Rpr. ist festzuhalten.

Wenn das Gutachten der Charité die Auffassung vertritt, daß es dem Kl. möglich sein müsse, einen Kraftwagen im Stadt- und Landverkehr sicher zu führen, da er sich bei der langsamen Entwicklung der Schwerhörigkeit an seinen Zustand gewöhnt habe, sein mangelndes Gehör durch größere Umsicht ersetzen könne, zumal da nach dem Verbot, Signal zu geben, die Bedeutung des Gehörs für die Fahrersicherheit ohnehin herabgesetzt sei, so kann diesen Ausführungen eine überzeugende Kraft nicht beigemessen werden. Es mag zutreffen, daß die Wahrnehmung solcher Warnsignale durch größere Umsicht ersetzt werden kann, die an unübersichtlichen Straßenecken zu dem Zweck abgegeben werden, um ein rücksichtsloses Durchfahren zu ermöglichen; hier kann vorsichtiges Heranfahren an die Querstraße ein gleichwertiger Ersatz des fehlenden Gehörs sein. Allein ein Signalgeben zum Zwecke einer solchen unzulässigen Fahrweise ist durch Ziff. II, 3 Ausf. Anw. zu § 25 RStraßVerfD. (jetzt § 12 Abs. 1 StraßVerfD. vom 13. Nov. 1937) ohnehin verboten. Insoweit, d. h. unter dem Gesichtspunkt der Tauglichkeit, trifft also die Bemerkung zu, daß die Bedeutung des Gehörs für die Fahrersicherheit durch die neueren Bestimmungen herabgesetzt worden ist. Gerade umgekehrt ist aber die Bedeutung derjenigen Warnsignale zu beurteilen, die nach der allgemeinen Einschränkung des Suspens überhaupt noch gegeben werden dürfen und gegeben werden müssen, nämlich bei Gefahr im Verzuge, zur Ankündigung einer Überholung und vor allem zur Geltendmachung des unbedingten Vorfahrtsrechts der Wehrmacht, der Polizei, der Feuerwehr usw. (§ 32 Abs. 1 und 3 RStraßVerfD.; jetzt § 48 StraßVerfD.). Hier kann aus der Nichtwahrnehmung eines Signals bereits in jedem einzelnen Falle ein schwerer Unfall entstehen, und die gleiche Gefahr besteht, wenn der Kraftfahrer seine eigenen Warnsignale nicht überwachen kann, sich vielmehr auf die Betriebsfähigkeit seines Signalhorns blindlings verlassen muß. Unter diesen Umständen muß an der Forderung einer entsprechenden Hörfähigkeit auch unter den heutigen Verhältnissen festgehalten werden.

Für das Maß der in dieser Beziehung zu stellenden Anforderungen gewährt die frühere Führerprüfungsanweisung (Anf. 1 KraftfVerfD. v. 10. Mai 1932 [RVerwBl. I, 201, 229]) einen Anhalt, wonach ein Hörvermögen von 5 m für die laute Umgangssprache als Mindestforderung vorgeschrieben war (vgl. auch den Erlaß des R. = u. PrVerwMin. v. 15. Febr. 1938 [RVerwBl. B, 34]). Wie weit diese Forderung im einzelnen Falle erfüllt sein muß, kann hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls genügt der Kl. den zu stellenden Anforderungen unter keinen Umständen.

Die unbeschränkte Fahrerlaubnis ist ihm daher zu Recht entzogen worden.

Nun hat der Kl. jedoch bereits in der Klageschrift vorgebracht, man könne ihm notfalls jetzt noch die Auflage machen, daß er beim Fahren einen das Gehör verstärkenden Apparat trage. Dieses Vorbringen stellt sich als das Anerbieten dar, die verkehrspolizeilichen Gefahren, die durch die Entziehung der Fahrerlaubnis vermieden werden sollen, durch ein anderes, den Kl. weniger belastendes Mittel abzuwehren. Ein solches Anerbieten muß gemäß § 41 Abs. 2 PolVerwG. in dem über eine polizeiliche Verfügung schwebenden Verwaltungsstreitverfahren unter den dort näher geregelten Voraussetzungen berücksichtigt werden. Die Vorschrift ist jedoch nicht nur bei einer auf Grund des RPOLVerwG. ergangenen Verfügung anwendbar, sondern sie gilt auch für eine auf Grund des RVerf. über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen erlassene Entziehungsverfügung, die nach der Nspr. des OVG. ebenfalls eine polizeiliche Verfügung darstellt (OVG. 58, 275, 276). Das ergibt sich hinsichtlich der in § 41 Abs. 2 PolVerwG. getroffenen materiellen Regelung schon aus der Natur der Sache. Denn welche Möglichkeiten dem einzelnen zur Gefahrenabwehr zu Gebote stehen, kann in der Regel nicht die Polizeibehörde, sondern nur der Betroffene selbst übersehen. Es ist daher grundsätzlich nicht Aufgabe der Polizeibehörde, über diese Möglichkeiten erst ihrerseits Ermittlungen anzustellen.

Maßgebend ist aber auch die in § 41 Abs. 2 Satz 3 und 4 PolVerwG. getroffene formale Sonderregelung, wonach über das Angebot eines anderen Mittels in dem über die ursprüngliche Polizeiverfügung anhängigen Verwaltungsstreitverfahren mitzuzuschneiden ist, wenn der Betroffene dies bis zum Ablauf der Klagefrist beantragt hat. Denn es handelt sich insoweit um eine verfahrensrechtliche Bestimmung (OVG. 97, 133 = JW. 1935, 1404); für das Verfahren bei der Entziehung der Kraftfahrerlaubnis sind aber nach § 5 Abs. 2 KraftfG. ebenso wie für die Zuständigkeit der Behörden die Landesgesetzlichen Vorschriften maßgebend.

Hierzu muß noch geprüft werden, ob der Kl. bei Benutzung seines Hörapparates die zum Führen von Kraftfahrzeugen erforderliche Hörfähigkeit besitzt oder nicht. Der in dieser Richtung vom BezVerwGer. in der mündlichen Verhandlung ohne Zuziehung von Sachverständigen angestellte Versuch reicht zur Beantwortung der Frage nicht aus. Abgesehen davon, daß die Feststellung eines objektiven Befundes gewisse Vorsichtsmaßnahmen voraussetzt, z. B. die Ausschließung einer Möglichkeit des Lippenlesens, ist auch nicht ersichtlich, daß das BezVerwGer. im vorl. Fall die für eine ordnungsmäßige Auswertung der Versuchsergebnisse erforderliche Sachkenntnis besessen hat.

Der Kraftfahrer braucht das Gehör weniger dazu, um gesprochene Worte zu verstehen, als vielmehr um Warnsignale anderer Kraftfahrzeuge aufzunehmen, insbes. auch solche der Polizei und der Feuerwehr, die der Geltendmachung unbedingter Vorfahrtsrechte dienen, und er muß auch die Betriebsfähigkeit seiner eigenen akustischen Warnvorrichtungen laufend überwachen können, alles dies nicht in der ruhigen Umgebung eines geschlossenen Raumes, sondern inmitten der Geräusche des Straßenverkehrs und unter Einwirkung der Erschütterungen des eigenen Kraftzeugs. Deshalb kann die Hörfähigkeit für Umgangssprache nicht unmittelbar, sondern nur unter Berücksichtigung der veränderten Umweltverhältnisse zur Beantwortung der Beweisfrage (Eignung zum Kraftfahren) verwertet werden. Über alle diese Fragen kann nur unter Zuziehung eines Sachverständigen ein zutreffendes Urteil gewonnen werden. Das vom BezVerwGer. eingeholte Gutachten der Charité hat aber die Wirkung eines Hörapparats bei dem Kl. bisher nicht erörtert. Da die Entsch. insolge dessen auf Grund des bisherigen Alteinhalts nicht getroffen werden kann, so mußte die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur weiteren Aufklärung an das BezVerwGer. zurückverwiesen werden. Über das Hörvermögen des Kl. unter Benutzung seines Hörapparats wird das BezVerwGer. das Gutachten eines anerkannten ohrenärztlichen Sachverständigen einzuholen haben. Als Maßstab wird dabei eine Hörfähigkeit von 5 m für die laute Umgangssprache zugrunde zu legen sein, wobei jedoch die besonderen Verhältnisse des Kraftverkehrs gemäß den oben gemachten Ausführungen berücksichtigt werden müssen, insbes. z. B. auch, ob die Hörempfindlichkeit des Kl. für alle Tonbereiche gleichmäßig oder ob sie etwa für den gerade im Kraftverkehr wichtigen Tonbereich besonders erhöht oder herabgesetzt ist. Je nach dem Ergebnis dieser Feststellungen wird das BezVerwGer. zu entscheiden haben, ob die Klage abgewiesen oder ob die angefochtene Entziehungsverfügung dahin abgeändert werden muß, daß dem Kl. die Ausübung der Fahrerlaubnis unter Benutzung seines Hörapparats zu gestatten ist. In dem letzteren Falle wird der Führerschein zur Eintragung dieser Maßgabe nach Rechtskraft des Urteils zunächst dem berr. PolPräf. zu übersenden sein.

(PrOVG., Ur. v. 16. Juni 1938, IV C 44/37.)

Anmerkung: Das Urteil deckt sich inhaltlich im wesentlichen mit dem des gleichen Senats v. 5. Mai 1938 (JW. 1938, 2374) und trägt mit diesem in erfreulicher Weise zur Klärung des in manchen Punkten noch nicht restlos erörterten Rechtes der Zulassung von Personen zum Straßenverkehr bei.

1. Zutreffend geht das OVG. davon aus, daß einen Anspruch auf unbedingte Erteilung der Fahrerlaubnis nur derjenige hat, dessen Eignung zum Kraftfahrzeugführer allein in seiner Person, d. h. ohne Inanspruchnahme einer anderen Person oder Benutzung künstlicher Hilfsmittel, gegeben ist. Wer erst bei Benutzung von Hilfsmitteln voll geeignet ist, hat nur einen durch Anwendung dieser Hilfsmittel bedingten Anspruch auf Erteilung der Fahrerlaubnis. Insbes. ist auch die Auffassung des OVG. richtig, daß bei mangelhaftem Sehervermögen ein Anspruch auf die Fahrerlaubnis nur unter der ausdrücklichen Auflage des Tragens wirksamer Augengläser besteht.

Ein Anspruch auf bedingte Erteilung der Fahrerlaubnis kann nach § 5 Abs. 2 KraftfG., § 41 Abs. 2 PolVerwG. durch Angebot eines geeigneten Mittels in dem über die Entziehungs-(Verfügungs-) Verfügung anhängigen Verwaltungsstreitverfahren geltend gemacht werden. Wenn das OVG. hierzu ausführt, es sei grundsätzlich nicht Aufgabe der Polizei, über die Möglichkeit der Anwendung eines tauglichen Mittels zum Ausgleich der Mängel Ermittlungen anzustellen, sondern das Angebot eines solchen Mittels sei grundsätzlich dem Betroffenen überlassen, so entspricht das zweifellos der Rechtslage. Doch wird der hiermit verfolgte prozökonomische Zweck oft nur erreicht werden, wenn die Polizeibehörde die Aufklärung des Betroffenen über die Möglichkeit, ein geeignetes Mittel anzubieten, als ihre vornehmste Pflicht betrachtet.

2. Die Frage, wie das Hörvermögen des Kraftfahrers, sei es ohne, sei es mit Hilfsmitteln irgendwelcher Art, beschaffen sein muß, beantwortet die StrafVerfZulassD. nicht; sie erhebt lediglich die Forderung, daß der Kraftfahrzeugführer körperlich und geistig (auch charakterlich) geeignet sein müsse. Ein so weitgesteckter Rahmen könnte einer willkürlichen Verwaltungspraxis den Boden bereiten. Insolge dessen hat der RVerwVl. durch RVerf. v. 15. Febr. 1938 (RVerfVl. B, 34) die Richtlinie gegeben, daß das Hörvermögen ausreicht, wenn die gebräuchliche Umgangssprache auf jedem Ohr ohne Hilfsvorrichtung auf 5 m bei abgewandtem Gesicht des zu Untersuchenden sicher verstanden wird. Damit sind Gedanken der früheren Führerprüfungsanweisung von 1932 wieder aufgenommen worden. Ist diese Bedingung erfüllt, so werden zur Entsch. über die körperliche Eignung hinsichtlich des Hörvermögens weitere Erwägungen unter Berücksichtigung der veränderten Umweltverhältnisse in der Regel entbehrlich sein. Ein Hörvermögen, das in der Stille des ärztlichen Untersuchungsraumes die Bedingungen des MinErl. vom 15. Febr. 1938 erfüllt, gilt auch unter den veränderten Umweltverhältnissen eines Kraftfahrzeugführers in der Regel als ausreichend. Irrtümlich ist wohl die Auffassung des OVG., „über alle diese Fragen könne nur unter Zuziehung eines Sachverständigen ein zutreffendes Urteil gewonnen werden“. Die Rolle des (ärztlichen) Sachverständigen ist eng umgrenzt: er hat lediglich festzustellen, in welcher Entfernung die gebräuchliche Umgangssprache auf jedem Ohr sicher verstanden wird. Insbes. ist es nicht seine Sache, zu begutachten, welche Anforderungen an das Hörvermögen eines Kraftfahrers zu stellen sind; dazu fehlt ihm das erforderliche kraftfahrtechnische Verständnis.

3. Erfüllt das Hörvermögen nach dem Gutachten des ärztlichen Sachverständigen nicht die Bedingungen des erwähnten Ministerialerlasses, so hat die Verwaltungsbehörde (nicht der ärztliche Sachverständige) zu prüfen, ob der Betroffene von der Führung von Kraftfahrzeugen auszuschließen ist, oder ob der Mangel ausgeglichen werden kann. Dem OVG. ist zuzustimmen, wenn es dabei die veränderten Umweltverhältnisse eines Kraftfahrzeugführers berücksichtigt („alles dies nicht in der ruhigen Umgebung eines geschlossenen Raumes, sondern inmitten der Geräusche des Straßenverkehrs und unter Einwirkung der Erschütterungen des eigenen Kraftzeugs“). Für die Möglichkeit eines Ausgleichs gibt der erwähnte Ministerialerlass einige Beispiele (Begleitung einer Person mit ausreichendem Hörvermögen, Benutzung geeigneter Hilfsvorrichtung, Beschränkung des Verkehrsbereichs oder der Verkehrszeit). Auf eine weitere Möglichkeit des Ausgleichs mangelnden Hörvermögens möchte ich hinweisen, nämlich auf die Gewöhnung. Man nehme an, der Kl. habe nicht durch seinen Beruf als Kesselschmied, sondern infolge langjähriger Fahrten auf einem schweren Diesellaftzuge allmählich sein Gehör verloren (des im Bereiche der Möglichkeit liegen dürfte). Es wäre sicher kaum gerechtfertigt, ihn lediglich wegen seines immer schwächer werdenden und schließlich ganz verblöhdenden Hörvermögens von der Führung seines Lastzuges auszuschließen; theoretische Erwägungen und praktische Erfahrungen sprechen dafür, daß er vermöge der Gewöhnung an das mangelnde

Hörvermögen nicht schlechter fahren wird als ein normal hörender Fahrer (vgl. hierzu die Ausführungen von Dr. med. Laible, „Automobilztg. 1938, 1135 f.). Solche Erwägungen scheinen auch die Instanzgerichte geleitet zu haben, die sich sowohl im vorl. Falle als auch in JW. 1938, 2374 zur Entziehung (Verfagung) der Fahrerlaubnis nicht entschließen konnten.

Dr. G. Boß, Rahnstr. im RVerM., Berlin.

67. § 14 PolVerwG. Polizeiliche Verfügung. Gefahr, Belästigung. Abwässer. Der Kreis der von der Polizei zum Schutze der Volksgemeinschaft im Interesse der öffentlichen Ordnung zu wahren öffentlichen Belange hat sich nach nationalsozialistischer Auffassung gegen früher erheblich erweitert.

Der Kl. ist Eigentümer einer Bäckerei in S. Der Bürgermeister als Ortspolizeibehörde in S. forderte ihn auf, entweder auf dem Hofe des Bäckereigrundstücks eine undurchlässige Grube zur Aufnahme der Abwässer oder eine unterirdische Entwässerungsanlage herzustellen.

Die Beschw., Klage im Verwaltungsstreitverfahren und Rev. hatten keinen Erfolg.

Das BezVerwGer. hat seiner Entsch. mit Recht den § 22 der Bauordnung für die Städte des Regierungsbezirks K. zugrunde gelegt, nach dessen Ziff. 1 gesundheitschädliche Flüssigkeiten so abzuleiten oder zu sammeln sind, daß keine Schädigung oder Belästigung von Menschen eintritt. Es kann zweifelhaft sein, ob diese Vorschrift insoweit rechtmäßig ist, als sie schon die bloße Belästigung von Menschen verbietet. Der Gerichtshof hat ein derartiges Verbot früher für rechtswidrig erachtet, da es sich nicht auf die Abwehr von Gefahren beschränkte und daher den Rahmen des § 14 PolVerwG. überschreite (vgl. DW. 95, 141, 143). Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß der Tätigkeitsbereich der Polizei gemäß § 14 PolVerwG. nicht auf die Abwehr von Gefahren für Leib und Leben beschränkt ist, sondern auch die Bekämpfung von Gefahren für die öffentliche Ordnung mitumfaßt. Das ist von besonderer Bedeutung, da sich nach nationalsozialistischer Auffassung der Kreis der von der Polizei zum Schutze der Volksgemeinschaft zu wahren öffentlichen Interessen erheblich erweitert hat, so daß heute vieles als eine Störung der öffentlichen Ordnung aufzufassen ist und von der Polizei verboten werden kann, was früher nicht so aufgefaßt oder nur als eine polizeilich nicht zu beachtende Belästigung bezeichnet wurde. Ob § 22 Ziff. 1 der hier maßgebenden Bauordnung derartige als Störung der öffentlichen Ordnung anzusehende Belästigungen betrifft und deshalb in vollem Umfange als rechtmäßig erachtet werden kann, bedarf jedoch im vorliegenden Fall keiner Entsch. Denn die Bestimmung entspricht jedenfalls insoweit dem bestehenden Recht, als sie das Verbot enthält, Menschen zu schädigen, d. h. gesundheitlich zu gefährden, und nur insoweit ist sie für das angefochtene Urteil von Bedeutung.

Das BezVerwGer. hat es mit Recht als erwiesen angesehen, daß die jegliche Abführung der Schmutzwässer auf dem Grundstück des Kl. eine Gefahr für die Gesundheit von Menschen mit sich bringt. Es ist bekannt, daß zahlreiche ansteckende Krankheiten durch Insekten übertragen werden, die die Krankheitserreger aus den menschlichen Abgängen in sich aufnehmen. Die oberirdische Ableitung ungeklärter Fäkalien leistet daher der Ausbreitung von Seuchen Vorschub und enthält somit die Gefahr einer Schädigung von Menschen. Ein solcher Zustand entspricht nicht den in der Bauordnung gestellten Anforderungen. Die Baupolizeibehörde war daher berechtigt, von dem Kl. die Herstellung einer ordnungsmäßigen Anlage zu verlangen.

Der Kl. kann mit der Behauptung nicht durchdringen, daß er bei Anlegung einer Sammelgrube die regelmäßige Abfuhr der Schmutzwässer nicht durchführen könne. Wenn der Hof durch den Brennholzvorrat für die Bäckerei zu stark eingengt wird, so muß der Vorrat entsprechend verkleinert oder der verfügbare Raum durch Hinzunahme anderen Geländes vergrößert werden, und wenn der Kl. vorträgt, aus finanziellen Gründen zu einer regelmäßigen Entleerung der Sammelgrube nicht instande zu sein, so entbindet ihn dieser Einwand nicht von der Verpflichtung, sein Grundstück in polizeimäßigem Zustande zu erhalten. Geldmangel ist, wie das DW. wiederholt ausgesprochen hat, kein Grund, eine sonst gerechtfertigte polizeiliche Forderung für unrechtmäßig zu erklären (vgl. RVerwBl. 59, 556, 557 = JW. 1938, 1359, 1360).

Wenn der Kl. meint, die Baupolizeibehörde habe die Verpflichtung gehabt, ihn vor Umbau seiner Bäckerei auf die Notwendigkeit einer andersartigen Entwässerungsanlage hinzuweisen, so überieht er, daß er als Bauherr und als Eigentümer seines Grundstücks selbst für die Zustände auf seinem Grundstück die Verantwortung trägt und daß ihm diese Verantwortung auch durch die baupolizeiliche Genehmigung nicht abgenommen wird (DW. 100, 261, 264 = JW. 1938, 414). Im übrigen konnte sich die

dem Kl. erteilte Baugenehmigung schon aus dem Grunde nicht auf die Entwässerungsanlage mit beziehen, weil diese Anlage in der von ihm eingereichten Bauzeichnungen nicht enthalten war. Andererseits ist in der Genehmigungsurkunde (Bauschein) auf die Beachtung der Bauordnungsvorschriften, die sich auch auf die Entwässerung beziehen, ausdrücklich hingewiesen.

Mit Recht ist das BezVerwGer. auch auf die Behauptung des Kl. nicht näher eingegangen, sein Nachbar Z. sei grundbuchlich verpflichtet, für die ordnungsmäßige Abführung der freitragenden Abwässer seinerseits Sorge zu tragen. Ein solcher Anspruch gegen den Nachbar ist rein privatrechtlicher Natur und könnte nur vor den bürgerlichen Gerichten geltend gemacht werden, selbst wenn er tatfächlich — was nach dem vom Kl. vorgelegten Grundbuchauszug jedoch nicht der Fall zu sein scheint — die Ableitung ungeklärter und gesundheitschädlicher Abwässer über das Nachbargrundstück zum Gegenstand hätte.

Ebenso ist es für das vorl. Verfahren unerheblich, ob die Zustände auf dem Z.schen Grundstück hinsichtlich der Entwässerung ihrerseits mangelhaft sind, wie der Kl. behauptet, oder nicht. Es ist anerkanntes Recht, daß ein von der Polizei in Anspruch Genommener keinen Anspruch darauf hat, von der Polizei aus dem Grunde unbehelligt gelassen zu werden, weil sie in ähnlichen Fällen gegen andere nicht eingeschritten sei. Denn dadurch wird die Polizeiwidrigkeit, die der in Anspruch genommene Polizeipflichtige, hier der Kl., zu vertreten hat, nicht beseitigt oder auch nur berührt. Lediglich auf diese Polizeiwidrigkeit aber kommt es an, weil nur sie Gegenstand des Verfahrens ist (JW. 1938, 621, 622). Die Frage, ob auch in anderen Fällen Anlaß zum Einschreiten besteht, kann nur im Wege der Beschw. bei der Dienstaufsichtsbehörde zur Sprache gebracht werden.

(PrDW., Art. v. 9. Juni 1938, IV C 34/37.)

68. § 56 Abs. 1 ZustG. Wegerecht. Znanpruchnahme für den öffentlichen Verkehr. Die Znanpruchnahme eines Weges für den öffentlichen Verkehr besteht in der — ohne Verbindung mit einem bestimmten Ge- oder Verbot ausgesprochenen — ausdrücklichen, an eine bestimmte Person gerichteten Erklärung der zuständigen Wegepolizeibehörde, daß sie den Weg für den öffentlichen Verkehr anfordere. Ist eine solche Erklärung mit einer wegpolizeilichen Ge- oder Verbotsverfügung verbunden, so finden auf ihre Aussetzung nur die für diese Verfügungen geltenden Vorschriften Anwendung.

Im Jahre 1921 beschloß der Gemeindevorstand in D. gemäß § 60 ZustG. i. Verb. m. § 11 HannovWegeG. i. d. Fass. vom 24. Mai 1894, den „Privatweg P. N.“ Parzelle 206 zum öffentlichen Weg zu erklären. Gegen diesen Beschluß erhob der Kl. Einspruch mit der Begründung, der Weg Parzelle 206 sei in Wirklichkeit nicht vorhanden. Der Beschluß richte sich vielmehr gegen einen Weg, der über die daneben liegende, im Eigentum des Kl. befindliche Parzelle 317/130 führe. Der Einspruch wurde durch Beschluß des Kreisauausschusses v. 27. Aug. 1921 zurückgewiesen, weil die Umwandlung des Weges Parzelle 317/130 usw. in einen öffentlichen Weg nicht erfolgt sei. Gegen den Beschluß sind Rechtsmittel damals nicht eingelegt worden.

Im Jahre 1932 wandte sich der Kl. erneut an den Kreisauausschuss und eruchte um Aufklärung, welche örtliche Strecke mit der Parzelle 206 gemeint sei. Der Landrat als Vorsitzender des Kreisauausschusses antwortete am 22. Okt. 1932, daß die Gemeinde auch heute noch den Standpunkt vertrete, daß diese Wegeparzelle sich mit dem in der Wirklichkeit vorhandenen Wege decke. Nachdem der durch § 9 AnpassG. v. 15. Dez. 1933 inzwischen zuständig gewordene Landrat der von dem Kl. nunmehr erneut eingelegten Einspruch als verpatet zurückgewiesen hatte, erhob der Kl. Klage im Verwaltungsstreitverfahren mit dem Antrage anzuerkennen, daß die Parzelle 317/130 usw. kein öffentlicher Weg sei. Zur Begründung trug er vor: In dem Beschluß vom 27. Aug. 1921 habe der Kreisauausschuss entschieden, daß eine Umwandlung der Parzelle 317/130 usw. in einen öffentlichen Weg nicht erfolgt sei. Das zuständige Katasteramt habe aber durch Schreiben vom 3. April 1922 mitgeteilt, daß der örtlich vorhandene Weg die Parzelle 317/130 usw. bilde und daß die daneben liegende Parzelle 206 als Weg örtlich nicht vorhanden sei.

Das BezVerwGer. wies die Klage ab.

Die Rev. des Kl. hatte keinen Erfolg. Zutreffend hat das BezVerwGer. ausgeführt, daß eine Klage im Verwaltungsstreitverfahren nicht darauf gerichtet werden kann, die Nichtöffentlichkeit eines Weges festzustellen. Wenn der Schlußsatz des § 56 Abs. 4 ZustG. bestimmt, daß im Verwaltungsstreitverfahren entschiedenfalls auch darüber zu entscheiden ist, ob der Weg für einen öffentlichen zu erachten ist, so bedeutet das nur, daß in dem Verwaltungsstreitverfahren über die einen öffentlichen Weg betreffende Verfügung einer Wegepolizeibehörde die Vorfrage, ob der Weg öffentlich ist, im Zweifel in den Gründen des Urteils zur

Klärung gebracht und insofern dort mitentschieden werden muß. Ein ausdrücklicher Urteilspruch dieses Inhalts kommt aber auch in solchen Fällen nicht in Betracht. An dieser von jeher in der Rspr. des Gerichtshofs vertretenen Auffassung ist festzuhalten (vgl. *Germerhausen-Seydel*, „Wegeerecht und Wegeverwaltung in Preußen“, Bd. 1, 4. Aufl., S. 427; von *Braun-Gitsch*, „Preussische Verwaltungsgesetze“, Bd. 1, 24. Aufl., S. 364 und die dort angeführten Entsch.).

Eine Verfügung der Wegepolizeibehörde, auf deren Anfechtung die Klage gerichtet sein könnte, liegt nicht vor. Als solche konnte, da dem Kl. ein polizeiliches Ge- oder Verbot nicht zugestellt worden ist, nur eine sogenannte Inanspruchnahmeverfügung gemäß § 56 Abs. 1 ZustG. in Betracht kommen, wie sie der Kl. offenbar in dem Schreiben des Landrats vom 22. Okt. 1932 ersichtlich hat. Eine Inanspruchnahme in diesem Sinne wurde nach der früheren Rspr. des Gerichtshofs immer nur dann als vorliegend angesehen, wenn eine wegepolizeiliche Forderung einem Polizeipflichtigen gegenüber erhoben wurde, der seinerseits an dem Wege ein privates Recht geltend machte (vgl. *Germerhausen a. a. O.*, S. 509/10; *Reuß*; JW. 1937, 2165). Es kam nach dieser Rspr. weniger auf den Inhalt der Verfügung an als vielmehr auf die Rechtsnatur der Einwendungen, die der Betroffene gegen die Verfügung seinerseits geltend machte. Diese Rspr. ersetzte dem Betroffenen die Möglichkeit, erst im Rechtsmittelverfahren, unter Umständen sogar erst in letzter Instanz, Einwendungen privatrechtlicher Natur zu erheben und dadurch das ganze bisherige Verfahren umzuwerfen, weil die Verfügung nunmehr nachträglich den Charakter einer Inanspruchnahmeverfügung erhielt und daher auch hinsichtlich der zulässigen Rechtsmittel nach den für diese Verfügungen geltenden besonderen, von den sonstigen abweichenden Vorschriften zu beurteilen war (vgl. *Hiller*, „Inanspruchnahme von Wegen usw.“; JW. 1938, 92). Um diesem Zustand ein Ende zu machen, hat sich das OVG. schon in einer früheren Entsch. entschlossen, den § 56 Abs. 1 ZustG. dahin ausulegen, daß eine Inanspruchnahmeverfügung nicht mehr aus jeder wegepolizeilichen Verfügung durch die Art der dagegen erhobenen Einwendungen entstehen kann, sondern daß sie eine Verfügung eigener Art ist und daß ihr Rechtscharakter sich allein aus ihrem Inhalt ergibt (OVG. 99, 190; *VerwBl.* 58, 905, 906). Eine Inanspruchnahmeverfügung ist hiernach die — ohne Verbindung mit einem bestimmten Ge- oder Verbot ausgesprochene — ausdrückliche, an eine bestimmte Person gerichtete Erklärung der zuständigen Wegepolizeibehörde, daß sie den Weg für den öffentlichen Verkehr anfordere. Wegen eine solche keine bestimmte Leistung fordernde Erklärungsverfügung sind gemäß § 56 Abs. 1 ZustG. ebenso wie gegen wegebaupolizeiliche Verfügungen die Rechtsmittel des § 56 ZustG. (Einspruch und Klage im Verwaltungsstreitverfahren) gegeben. Die auf ein Tun oder Lassen gerichteten wegeverkehrs-polizeilichen Verfügungen (§ 55 ZustG.) unterliegen hingegen auch dann, wenn mit ihnen eine Inanspruchnahmeerklärung verbunden ist, einschließlich dieser Erklärung den allgemeinen für polizeiliche Verfügungen nach §§ 45 ff. *PolwVermG.* gegebenen Rechtsmittelvorschriften.

Eine solche selbständig anfechtbare Inanspruchnahmeerklärung kann jedoch nicht aus jeder beliebigen Erklärung, insbes. nicht aus jeder auf eine Anfrage erteilten Auskunft oder einer sonstigen Meinungsäußerung der Wegepolizeibehörde herausgelesen werden; der grundsätzliche Charakter der Anforderung für den öffentlichen Verkehr muß vielmehr einwandfrei erkennbar sein. In dem Schreiben des Landrats vom 22. Okt. 1932 fehlt es hieran in jeder Beziehung, ganz abgesehen davon, daß es nicht einmal die eigene Meinung des Landrats, sondern diejenige der Gemeinde wiedergibt, und daß es, worauf das *BezVerwGer.* zutreffend hingewiesen hat, nicht von dem Landrat als Wegepolizeibehörde, sondern von dem Landrat als Vorsitzenden des Kreisaußschusses abgefaßt worden ist. Außerdem ist aber auch in dem Schreiben lediglich von der Wegeparzelle 206 und nicht von der Parzelle 317/130 usw. die Rede. Auf die letztere kann das Schreiben daher unter keinen Umständen bezogen werden.

(*PrOVG.*, Art. v. 5. Mai 1938, IV C 191/36.)

*

69. §§ 70, 74 Abs. 2 *VBG.*; §§ 1—3 *BerunstaltG.* v. 15. Juli 1907; § 24 *EinheitsbauD.*; § 1 *Gef. über Wirtschaftswerbung* v. 12. Sept. 1933; Art. 4 § 1 *Riff. 4 Wohnungsg.* v. 28. März 1918; § 1 *VD.* über Baueigentum v. 10. Nov. 1936. *Verwaltungsstreitverfahren*, Beiladung, Kommissar zur Wahrnehmung des öffentlichen Interesses für die mündliche Verhandlung, Verurteilung, Reklame, Werberat. In dem gegen den polizeilichen Beschwerdebescheid eines Landrats angestregten Verwaltungsstreitverfahren ist die Beiladung des RegPräs. als Polizeiaufsichtsbehörde ebenso unzulässig wie die Beiladung der unteren Polizeibehörde, die die streitige polizeiliche Verfügung erlassen hatte. Der RegPräs. kann aber durch einen Kommissar zur Wahr-

nehmung des öffentlichen Interesses gemäß § 74 Abs. 2 *VBG.* an der mündlichen Verhandlung teilnehmen. Der praktische Unterschied zeigt sich insbes. in der Kostenfolge. Die Zuständigkeit der Baupolizeibehörden zur Bekämpfung von Verunstaltungen ist durch das *Gef. über Wirtschaftswerbung* und die zu seiner Durchführung erlassenen Verordnungen und Bekanntmachungen nicht eingeschränkt worden (vgl. auch *OVG.* 100, 132, 135 = *JW.* 1937, 2677). Auch die zum Schutze des Heimatbildes vor Verunstaltungen erlassenen materiellen Reichs- und Landesgesetze sowie die auf Grund dieser Gesetze erlassenen örtlichen Vorschriften sind durch das *Gef. über Wirtschaftswerbung* nicht berührt worden. *Baupolizeiverordnungen* gemäß Art. 4 § 1 *Riff. 4 Wohnungsg.* und *Ortsatzungen* gemäß § 2 *BerunstaltG.* von 1907 können nebeneinander bestehen. Enthalten sie verschiedenen scharfe Anforderungen, so sind die betroffenen Polizeipflichtigen in jedem Falle verpflichtet, auch die schärferen zu erfüllen. Widersprechen sie sich, so gilt diejenige Vorschrift, welche in höherem Grade den Interessen der Volksgemeinschaft und dem Willen der zugrunde liegenden Gesetze entspricht (Abweichung von *VBG.* 81, 425, 429).

Der Amtsvorsteher ließ zwei an Gebäuden in S. angebrachte Werbeschilder der Kl. entfernen. Die *Beschw.* der Kl. wurde von dem Landrat zurückgewiesen, da die Schilder das Ortsbild gröblich verunstalteten und daher auf Grund der Ortsatzung der Gemeinde S. zum Schutze gegen die Verunstaltung von Straßen, Plätzen und Flächen v. 14. Juni und 31. Okt. 1934 mit Recht entfernt worden seien. Dagegen erhob die Kl. Klage im Verwaltungsstreitverfahren. Sie erklärte, sie habe die Plakate, die aus Fute beständen und mit einer Holzleiste eingefaßt seien, im April 1933 anbringen lassen und im September 1934, da sie durch die Verwitterung unansehnlich geworden seien, erneuern lassen. Die Ortsatzung könne auf sie keine Anwendung finden, da sie erst nach der Anbringung erlassen sei. Abgesehen davon seien die Plakate nicht verunstaltend. Sie entsprächen den vom Werberat der deutschen Wirtschaft erlassenen Bestimmungen, die durch Ortsatzungen nicht verschärft werden könnten.

Das *BezVerwGer.* hob die streitige Verfügung aus folgenden Gründen auf: Bei den beanstandeten Schildern handele es sich nicht um selbständige Bauwerke i. S. des § 1 *BerunstaltG.* und auch nicht um den äußeren Anstrich von Baulichkeiten i. S. des § 24 *BauD.* für die Städte des *RegBez.* P. v. 12. Nov. 1925 i. Verb. m. Art. 4 § 1 *Riff. 4 Wohnungsg.* Vielmehr stellten die Schilder Reklameinschriften auf besonderen Tafeln dar, die jederzeit von der Wand abgenommen werden könnten. Voraussetzung für ein Vorgehen gegen derartige Schilder sei nach § 3 *BerunstaltG.* eine von der Gemeinde erlassene Ortsatzung, welche die Anbringung von Reklameschildern genehmigungspflichtig mache. Eine solche Satzung sei in S. aber erst nach der Anbringung der Schilder ergangen. Da sie rückwirkende Kraft nicht haben könne, so könne auf sie das Vorgehen der Ortspolizeibehörde nicht gestützt werden. An dieser Sachlage ändere auch die Tatsache nichts, daß die Schilder nach Erlass der Ortsatzung im Anstrich erneuert worden seien. Denn nach den Erklärungen der Kl. in der mündlichen Verhandlung handele es sich dabei lediglich um eine Auffrischung der Farben, nicht um eine Abänderung des Inhalts der Reklame, und eine solche könne durch Ortsatzung mangels einer entsprechenden Vorschrift des *BerunstaltG.* nicht einer erneuten Genehmigung unterworfen werden.

Die *Rev.* des beklagten Landrats ist begründet.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist vorweg zu bemerken, daß das *BezVerwGer.* unzulässigerweise den *RegPräs.* in P. beige-laden hat. Die Beiladung ist nach § 70 *VBG.* dazu bestimmt, die im Verwaltungsstreitverfahren ergebende Entsch. Dritten gegenüber gültig werden zu lassen. Die Polizei bildet aber, wie jeder staatliche Dienstzweig, eine Einheit. Es kann daher weder die unter- noch die übergeordnete Polizeidienststelle desselben Zweiges der Polizei als „Dritter“ i. S. des § 70 *VBG.* aufreten.

Die Möglichkeit, den Gang des Verfahrens zu verfolgen und seine Auffassung zur Geltung zu bringen, hat der *RegPräs.* auch ohne Beiladung, da er den Landrat zur Berichterstattung anhalten und auch hinsichtlich der schriftlichen Prozessführung mit *Beiladung* versehen kann (vgl. § 11 *PolwVermG.*), ebenso wie es ihm nach § 74 Abs. 2 *VBG.* freisteht, durch einen besonderen Kommissar an der mündlichen Verhandlung teilzunehmen und dort zu Wort zu kommen. Durch die Bestellung eines solchen Kommissars erhält aber weder der *RegPräs.* noch der Kommissar selbst die Rechtsstellung einer Partei (*OVG.* 73, 83) und auch nicht diejenige eines Beigeladenen. Die Unterscheidung zwischen der Beiladung und der bloßen Teilnahme am Verfahren gemäß § 74 Abs. 2 *VBG.* ist von praktischer Bedeutung insbes. für die durch die Teilnahme entstehenden Kosten. Diese gehören im Falle der Bestellung eines Kommissars nicht zu den Kosten des Verfahrens, sondern sind ohne weiteres von dem *RegPräs.* allein zu tragen. Die Kosten einer Beiladung bilden aber einen Teil der

Kosten des Verfahrens, über die nach §§ 103 ff. ZPO. Entscheidung zu treffen ist und die, wenn die Beiladung rechtmäßig war, gegebenenfalls der unterliegenden Partei auferlegt werden können (RVerwBl. 58, 781 = JW. 1937, 2539). War die Beiladung unzulässig, so sind, wie das OVG. bereits entschieden hat, die durch die Beiladung entstandenen Kosten dem Beigeladenen aufzuerlegen (RVerwBl. 56, 557). Diese Rechtsfolge war auch hier auszusprechen.

Die Ausführungen des BezVerwGer. sind insofern zutreffend, als § 1 VerunstaltG. — Verbot gröblicher Verunstaltung — in der Tat nur für genehmigungspflichtige Anlagen gilt und die streitigen Schilder zur Zeit ihrer ersten Anbringung einer Baugenehmigung gemäß § 1 der Bauordnung nicht bedurften. Rechtsirrtümlich ist es jedoch, wenn das BezVerwGer. auch den § 24 der Bauordnung für nicht anwendbar erklärt hat. Zwar hat der Senat früher zeitweise diese Auffassung vertreten; er hat sie aber seit einiger Zeit wieder aufgegeben und ist damit zu seiner ursprünglichen Rspr. zurückgekehrt. Danach ist die Anbringung von Werbeschildern an Gebäudewänden grundsätzlich ebenso wie der „Verputz und Anstrich“ dieser Wände i. S. des Art. 4 § 1 Ziff. 4 WohnungsG. zu beurteilen, sofern die einzelne Bauordnung nicht ausdrücklich ihren Geltungsbereich einschränkt (OVG. 96, 190, 194 = RVerwBl. 57, 21 und 22 = JW. 1935, 3677, 3678). Das ist in der hier maßgebenden Bauordnung v. 12. Nov. 1925 nicht geschehen.

Wegen dieses Rechtsirrtums hatte das OVG. die Sache ohne die sonst für die Revisionsstufe geltenden Beschränkungen frei zu prüfen (§§ 98, 99 ZPO.). Dabei konnte dem BezVerwGer. auch insoweit nicht gefolgt werden, als es die Ortsatzung der Gemeinde S. zum Schutze gegen die Verunstaltung von Straßen, Plätzen und Flächen v. 14. Juni und 31. Okt. 1934 auf die streitigen Schilder für nicht anwendbar erklärt hat, weil die vor dem Inkrafttreten dieser Ortsatzung angebrachten Schilder nachher lediglich aufgeschriftet worden seien. Allerdings kann die Einführung einer Genehmigungspflicht nicht bewirken, daß eine einmal rechtmäßig errichtete (formell und materiell legale) Anlage diese Eigenschaft nachträglich wieder verliert. Der Meinung des Bekl., daß einer derartigen Neuregelung alle bestehenden Werbeschilder ohne Ausnahme unterworfen werden könnten, wird nicht beigegeben (RVerwBl. 52, 319; v. Brauchitsch, „Verwaltungs-Gesetze für Preußen“, Bd. 2, 2. Halbbd., S. 510, Anm. 2; Scholz, „Handbuch des gesamten öffentlichen Grundstücksrechts“, Bd. 1, S. 157). Das öffentliche Baurecht, wozu auch die Vorschriften über die Verunstaltung gehören, hat für Werbeschilder grundsätzlich keinen anderen Rechtscharakter als für Bauten. Es kann daher bei rechtmäßig errichteten Werbeschildern ebensowenig wie bei rechtmäßig errichteten und genehmigten Bauwerken ohne weiteres jede Neuerung im öffentlichen Baurecht zwangsweise durchgesetzt werden (vgl. § 35 EinheitsbauD.).

Im vorl. Falle hat jedoch die Kl. selbst vorgebracht, daß die Schilder nach dem Inkrafttreten der Ortsatzung von ihr „erneuert“ worden sind. Das BezVerwGer. hat auf Grund von Parteierklärungen in der mündlichen Verhandlung angenommen, daß hierunter lediglich eine Auffrischung des Farbanstrichs zu verstehen sei. Diese Annahme stand mit dem sonstigen Inhalt der Akten insofern in Widerspruch, als es sich nach dem Wortlaut der Klageschrift um Schilder aus Jute in Holzrahmen handelte, die erfahrungsgemäß nicht an Ort und Stelle neu bemalt, sondern ausgewechselt zu werden pflegen. Der Senat hat denn auch durch Rückfrage festgestellt, daß die Schilder entweder mit samt ihrem Rahmen durch neue Schilder von gleicher Form und Farbe ersetzt oder daß in die alten Rahmen an Ort und Stelle neue Schilder eingepaßt worden sind. Eine derartige vollständige Erneuerung steht, wie in der Rspr. anerkannt ist, der „Anbringung“ eines Schildes gleich (RVerwBl. 49, 735, 736; v. Brauchitsch, Bd. 2, 2. Halbbd., S. 510, Anm. 2; Scholz a. a. O., S. 157); die im vorl. Fall vorgenommene Erneuerung der Schilder unterlag daher ebenso wie die erstmalige Anbringung der Genehmigungspflicht gemäß § 2 der Ortsatzung. Da eine Genehmigung unstreitig weder nachgesucht noch erteilt worden ist, so war die Rechtmäßigkeit des polizeilichen Einschreitens nach den zur Zeit der angefochtenen Verfügung geltenden Vorschriften des formellen und materiellen Baurechts zu beurteilen (OVG. 98, 222 = JW. 1936, 3419; RVerwBl. 59, 473, 474 = JW. 1938, 1615).

Dabei war zunächst festzustellen, daß der Amtsvorsteher zum Erlaß der angefochtenen Verfügung zuständig war. Die Behauptung der Kl., daß die Verfügung nur vom Landrat habe erlassen werden dürfen, beruht auf irrtümlicher Auslegung des Ges. über baupolizeiliche Zuständigkeiten v. 15. Dez. 1933 (GS. 491). Durch dieses Gesetz ist die frühere Zuständigkeit der Ortspolizeibehörden in Landkreisen nur für die Baugenehmigung, die baupolizeilichen Abnahmen und die Befreiungen auf den Landrat übertragen worden. Im übrigen, insbes. hinsichtlich des Ein-

schreitens gegen baupolizeiwidrige Zustände, sind die Ortspolizeibehörden nach wie vor zuständig geblieben (vgl. OVG. 100, 265, 260 = RVerwBl. 58, 498, 500 = JW. 1938, 614, 616; RVerwBl. 59, 185, 186 = JW. 1938, 1071, 1072).

Die Zuständigkeit der Baupolizeibehörden zur Bekämpfung der Verunstaltungen ist auch durch das Ges. über Wirtschaftswerbung v. 12. Sept. 1933 (RGBl. I, 625) und die zu seiner Durchführung erlassenen Verordnungen und Bekanntmachungen nicht aufgehoben worden. Dies hat das OVG. bereits mehrfach teils ausgesprochen (RVerwBl. 56, 579; 58, 122¹; OVG. 100, 132, 135 = RVerwBl. 58, 759/760 = JW. 1937, 2677, 2678), teils stillschweigend als selbstverständlich erachtet (OVG. 96, 190; 98, 234—241; 99, 200, 207; 100, 247 = RVerwBl. 58, 783, 785 = JW. 1938, 270, 272). Die Ausführungen der Kl. bieten keinen Anlaß, von dieser Rspr. abzugehen.

Das Reichsgesetz über Wirtschaftswerbung hat in seinem § 1 das Werbungswesen zwecks einheitlicher und wirksamer Gestaltung der Aufsicht des Reiches unterstellt und diese Aufsicht dem Werberat der deutschen Wirtschaft übertragen. Weder aus diesem Gesetz noch aus den dazu ergangenen Durchführungsverordnungen noch aus den Bekanntmachungen des Werberats selbst kann aber entnommen werden, daß durch diese Vorschriften objektives Reichsrecht mit der Wirkung geschaffen worden sei, daß dadurch bestehende Gesetze materiellen Inhalts, wie z. B. die VerunstaltG., und das PrWohnungsG., außer Kraft getreten wären. Es muß vielmehr angenommen werden, daß die Aufsicht im Rahmen der bestehenden Gesetze geführt werden soll, auf deren Innehaltung übrigens durch Ziff. 6 Abs. 1 der 2. Bef. des Werberats ausdrücklich hingewiesen worden ist (vgl. auch die zutreffenden Ausführungen von Grunewald: RVerwBl. 58, 737).

Wenn die Kl. meint, daß nach Abs. 2 der Einleitung zur 9. Bef. des Werberats alle bestehenden Verunstaltungsvorschriften für Werbeschilder ungültig geworden seien, die sich nicht auf bestimmte Gebiete und auf bestimmte Fälle bezögen, so trifft diese Auffassung schon nach dem Inhalt der Bestimmung selbst nicht zu. Die Bestimmung lautet wörtlich:

„Bestehende Reichs- und Landesgesetze sowie auf Grund solcher Gesetze erlassene Polizeiverordnungen und ortsgesetzliche Regelungen, nach denen in bestimmten Gebieten und an bestimmten Stellen Außenanschlag allgemein oder bestimmte Arten von Außenanschlag nicht oder nur beschränkt ausgeführt werden dürfen, bleiben unberührt.“

Es steht außer Zweifel, daß der Werberat nicht befugt ist, durch seine Bekanntmachungen bestehende Reichsgesetze außer Kraft zu setzen und von ihnen nur diejenigen aufrechtzuerhalten, „nach denen in bestimmten Gebieten ... Außenanschlag ... ausgeführt werden darf“. Eine so weitgehende Befugnis hätte dem Werberat in dem Reichsgesetz über Wirtschaftswerbung ausdrücklich übertragen werden müssen, was nicht geschehen ist. Soweit sich die Bestimmung also auf Reichsgesetze bezieht, kann sie nur dahin verstanden werden: „Bestehende Reichsgesetze bleiben — und zwar sämtlich und in vollem Umfange — unberührt.“ Das gleiche muß aber bei dem unmittelbaren Zusammenhang, in dem sie neben den Reichsgesetzen aufgeführt sind, auch für die Landesgesetze gelten. Auch diese bleiben also schlechthin völlig unberührt. Der mit den Worten „nach denen“ eingeleitete Relativsatz bezieht sich daher lediglich auf die weiterhin erwähnten Polizeiverordnungen und Ortsatzungen. Diese haben aber ohnehin nur einen auf bestimmte Gebiete beschränkten Geltungsbereich. Der angeführte Satz der 9. Bekanntmachung gibt daher nur die bereits bestehende Rechtslage zutreffend wieder. Er besagt aber nichts darüber, daß die Art der Außenwerbung, insbes. ihre einwandfreie Einfügung in die Umgebung, der Überwachtung durch die Baupolizei entzogen werden sollte. Im übrigen hat der Gerichtshof bereits in anderem Zusammenhange darauf hingewiesen, daß es in den Bestrebungen des nationalsozialistischen Staates liegt, nicht nur Pracht- und Wohnbauten, sondern auch den weniger bedeutenden baulichen Anlagen die künstlerische Aufmerksamkeit zu widmen, deren sie in früherer Zeit meist nicht für würdig erachtet wurden (OVG. 98, 225). In dem gleichen Sinne hat der R. u. PrArbMin. in seinem AusfErl. v. 17. Dez. 1936 zur WD. über Baugestaltung ausgesprochen, daß nicht nur bestimmte Teile des Heimatraumes, sondern jede Landschaft, jede Stadt und jedes Dorf Schutz verdiene (Abs. 2 zu § 1 der Verordnung; RVerwBl. 1937, I, 4; ZBlBauVerw. 1937, 70). Dabei ist es nach der WD. über Baugestaltung nicht nur Sache der Baupolizei, das bestehende Heimatbild zu erhalten, sondern auch seine zukünftige Gestaltung in gutem Sinne zu beeinflussen (vgl. auch OVG. 99, 200). Es können also solche Gestaltungsvorschriften jetzt nicht mehr nur für landschaftlich hervorragende Gegenden (VerunstaltG. von 1902) oder für bestimmte Straßen und Plätze und für Einzelbauwerke von geschichtlicher oder künstlerischer Bedeutung, auch nicht mehr nur für „Sandhausviertel, Badeorte, Prachtstraßen

„ho.“ (§§ 2, 4 VerunstaltG. von 1907) erlassen werden, sondern für jedes Gebiet in Deutschland überhaupt. Andererseits hat die allgemeine Vorschrift des § 1 W. über Baugestaltung für jedes Gebiet in Deutschland eine seinem Charakter entsprechende bestimmte und in jedem Einzelfalle verschiedene Bedeutung. Ästhetische Anforderungen allgemeiner Art, wie z. B. solche des Inhalts, daß eine Werbeeinrichtung Ausdruck anständiger Baueignung und werfgerechter Durchbildung sein muß, haben daher immer nur innerhalb bestimmter Gebiete einen bestimmten eindeutigen Sinn.

Abgesehen hiervon weist Ziff. 67 der 9. Bekanntmachung ausdrücklich darauf hin, daß eine vom Werberat erteilte Genehmigung zur Wirtschaftswerbung durch Daueranschlag weitergehende behördliche Vorschriften, insbes. bau- und verkehrspolizeilicher Art, nicht berührt. Diese Bestimmung, nicht die von der Kl. mißverständliche und oben erdörte Einleitung der 9. Bekanntmachung, enthält die dem Zweck und dem Inhalt dieser Bekanntmachung entsprechende Regelung. Denn es trifft nicht zu, daß die 9. Bekanntmachung das Schildanschlagwesen, wie die Kl. behauptet, erschöpfend geregelt hätte. Rieger (RVerwBl. 58, 861) hat schon darauf hingewiesen, daß die Werbung an der Stätte der eigenen Leistung überhaupt ungeregelt geblieben ist (Ziff. 69 und der 9. Bekanntmachung). Aber auch die sogenannte Hinweisreflexion oder Fremdwerbung ist nicht erschöpfend erfaßt. Nach Ziff. 74 Abs. 3 i. Verb. m. Ziff. 5 der 9. Bekanntmachung ist z. B. die Genehmigung zur Bemalung fensterloser Wände und Giebel innerhalb geschlossener Ortschaften allgemein, d. h. unbeschränkt und ohne besondere Prüfung der ästhetischen Wirkung erteilt worden. Ähnliche allgemeine Genehmigungen sind in Ziff. 75 und 77 a. a. D. für den Schildanschlag an besetzten Flächen und für den Leuchtschlag innerhalb geschlossener Ortschaften enthalten. In allen diesen Fällen würde der Außenanschlag, wenn die Zuständigkeit der Baupolizei aufgehoben wäre, überhaupt keiner Überwachung in bezug auf Verunstaltung unterliegen. Es ist auch keine Bestimmung erlassen, wonach der Werberat die allgemein erteilte Genehmigung etwa wegen Verunstaltung im Einzelfalle wieder zurückziehen könnte. Von einer erschöpfenden, die Tätigkeit der Baupolizei ausschließenden Regelung kann daher schon aus den vorstehenden Gründen keine Rede sein, ganz abgesehen davon, daß eine die polizeiliche Zuständigkeit einschränkende Wirkung der Regelung schon wegen der grundsätzlich verschiedenen Aufgaben des Werberats und der Polizei nicht in Frage kommt.

Denn die Baupolizei hat nicht die in der 9. Bekanntmachung des Werberats behandelte Aufgabe des Werberats, die Außenwerbung positiv zu regeln, sondern lediglich zu verhindern, daß diejenigen Werbeeinrichtungen, die überhaupt angebracht werden, herunfallend wirken, insbes. das Heimatbild tören.

Auf dem Gebiete des Heimatbildschutzes geht aber die Überwachungspflicht der Baupolizeibehörde über den Umfang des Werbewesens weit hinaus. Sie umfaßt die Bekämpfung aller Verunstaltungen des Heimatbildes ohne Rücksicht darauf, ob sie durch Werbeeinrichtungen oder durch sonstige Maßnahmen, insbes. durch bauliche Anlagen, hervorgerufen werden. Mit dieser Aufgabe steht es nicht in Widerspruch, wenn der Werberat dafür sorgt, daß die an der Werbung interessierten Firmen eine verunstaltende Außenwerbung an bestimmten Stellen von vornherein nicht mehr treiben können. Durch die darauf hingzielenden, an die Firmen gerichteten Anordnungen des Werberats wird die Aufgabe der Baupolizei lediglich erleichtert, ebenso wie dies auf architektonischem Gebiete durch §§ 1 und 5 der Verordnung des Präsidiums der Reichskammer der bildenden Künste über den Beruf des Architekten vom 28. Juli 1936 (RVerwBl. I, 230; BVerwBl. 1936, 877) geschehen ist, wonach bauliche Anlagen, die im Ortsbilde oder in der Landschaft sichtbar in Erscheinung treten, nur noch von Mitgliedern dieser Kammer entworfen werden dürfen. Keine der beiden Anordnungen macht aber die überwachende Tätigkeit der Baupolizei entbehrlich. Sie tragen vielmehr nur der Erkenntnis Rechnung, daß eine Besserung unserer baukulturellen Verhältnisse nicht durch polizeiliche Maßnahmen allein erreicht werden kann, sondern daß es dazu in erster Linie der Aufklärung und Erziehung der beteiligten Volksgenossen selbst bedarf. Diesem Gedanken entspricht es, wenn der Werberat der deutschen Wirtschaft in Ziff. 6 seiner 2. Bekanntmachung die Werbungtreibenden darauf hingewiesen hat, daß die Werbung geschmackvoll und ansprechend gestaltet sein soll, und daß Verunstaltungen von Bauwerken, Ortschaften und Landschaften unterbleiben müssen. In dieser Beziehung nehmen aber Werbeschilder im übrigen keine andere Stellung ein als bauliche Anlagen jeder Art, an denen sie angebracht sind oder deren Bestandteil sie bilden. Sie müssen daher ebenso wie diese der baupolizeilichen Überwachung unterworfen sein. Diese Überwachung kann, da es sich um den Schutz des ganzen deutschen Heimatbildes handelt, nur nach dem Kulturbedürfnis des deutschen Volkes, nicht nach den wirtschaftlichen Interessen einzelner Berufsgruppen ausübt

werden. Das würde aber die Folge sein, wenn die Entscheidungen des Werberats auch in positiver Beziehung für die Entscheidungen der Baupolizeibehörden bindend wären. Denn die Baupolizei kann an die ästhetische Gestaltung von Bauwerken selbstverständlicher Weise keine höheren Anforderungen stellen als an Werbeeinrichtungen, die durch Größe, Form und Farbe unter Umständen die ästhetische Wirkung jedes Gebäudes in ihr Gegenteil verkehren können. Nachdem die ästhetischen Anforderungen an die Gebäudegestaltung, die sich bisher — abgesehen von Sondergebieten — im wesentlichen auf das Verbot grober Verunstaltung und der Störung des Orts- und Straßenbildes beschränkten, durch § 1 W. über Baugestaltung v. 10. Nov. 1936 (RVerwBl. I, 938) mit Wirkung für das ganze Reichsgebiet eine erhebliche Steigerung erfahren haben, kann es nicht als der Sinn und Zweck des Gesetzes über Wirtschaftswerbung erachtet werden, der Baupolizei die pflichtmäßige Überwachung des Heimatbildes und seinen Schutz gegen Verunstaltung praktisch aus der Hand zu nehmen.

Eine solche Einschränkung der baupolizeilichen Zuständigkeit war auch zur Erreichung der Ziele des Gesetzes über Wirtschaftswerbung nicht erforderlich. Auch ohne sie ist eine gegen früher erheblich gesteigerte Einheitlichkeit und Wirksamkeit im Werbewesen erreichbar gewesen und tatsächlich erreicht worden. Die von Seiten der Wirtschaft vielfach vertretene Auffassung, daß es darauf ankomme, einheitliche „Werbeschilder“ über das ganze Reichsgebiet durchzuführen zu können, und daß dieses Ziel die Entsch. einer einzigen Stelle mit bindender Wirkung für alle übrigen Behörden und nötigenfalls auch die Durchbrechung aller bestehenden Verunstaltungsvorschriften erforderlich mache, kann nicht gebilligt werden. Heimatbildschutz kann immer nur an Ort und Stelle getrieben werden. Das Deutsche Reich ist nach seiner geschichtlichen Entstehung kein gleichförmiges Gebilde, sondern es ist aus seinen einzelnen Stämmen zusammengewachsen, und diese haben in den verschiedensten Landschaften ihre Eigenart entwickelt. Diesem geschichtlichen Werdegang entspricht die Mannigfaltigkeit der örtlichen Baukulturen, die durch die Bautätigkeit der letzten Jahrzehnte zwar vielfach verdeckt, in ihren Grundlagen aber noch erkennbar ist. Ob eine bauliche Anlage und ebenso ein Werbeschild sich in das Bild eines einzelnen Ortes oder einer Landschaft einwandfrei einfügt oder nicht (vgl. § 1 W. über Baugestaltung), kann daher nicht ein für allemal, sondern immer nur an Ort und Stelle entschieden werden. Dabei kann die Entsch. für die gleichen baulichen Anlagen oder Werbeschilder in verschiedenen Umgebungen völlig verschieden ausfallen. Aus diesem Grunde haben es die obersten Baupolizeibehörden auch bisher grundsätzlich vermieden, etwa bestimmte Bauformen oder Baumaterialien als Muster für das ganze Reich hinzustellen. Es kann nicht angenommen werden, daß dieser Grundsatz zugunsten der Wirtschaftswerbung aufgegeben werden sollte.

Selbstverständlich ist es, daß mehrere Behörden, die auf demselben Gebiete, aber mit verschiedener Zuständigkeit, gleiche Ziele verfolgen, über die dabei zu beachtenden Grundzüge miteinander Fühlung nehmen und jedes Segeneinanderarbeiten vermeiden. Mit Recht hat daher der Ministerialerlaß v. 21. Juli 1936 (RVerwBl. Sp. 1003) den Polizeibehörden zur Pflicht gemacht, den Werberat vorkommendenfalls nach den üblichen Verwaltungsgesetzgrundsätzen zu beteiligen (vgl. hierzu auch Rieger a. a. D., S. 862). Auf die im Verwaltungsstreitverfahren allein nachzuprüfende Rechtmäßigkeit der von einer Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Verfügungen ist jedoch die Beachtung oder Nichtbeachtung derartiger innerdienstlicher Anordnungen ohne Einfluß. Die Kl. kann daher aus diesem Erlaß ihrerseits keine Rechte herleiten.

Ob die angefochtene Verfügung sachlich berechtigt war, kann jedoch auf Grund des bisherigen Akteninhalts nicht beurteilt werden. Es genügt dazu nicht die Feststellung, daß die Schilder ohne die zu ihrer Erneuerung erforderliche Genehmigung angebracht waren; ihre Beseitigung dürfte vielmehr nur verfügt werden, wenn sie gegen das geltende materielle Verunstaltungsrecht verstießen (D r e w s, „Preuß. Polizeirecht“, Bd. 2, S. 255; v o n B r a u c h t i t z, Bd. 2, 2. Halbbd., S. 500; S c h o l z a. a. D., S. 203, 204).

Als solches kommt in erster Linie der bereits erwähnte § 24 der Bauordnung in Betracht. Danach muß das Äußere der baulichen Anlage (einschließlich der daran angebrachten Werbeschilder) in bezug auf die Bauart, Bauform, Baustoff und Baufarbe so beschaffen sein, daß es die einheitliche Gestaltung des Straßensbildes nicht stört (vgl. DWG. 96, 190, 194 = JW. 1935, 3677). Für die Anwendung dieser Vorschrift ist es unerheblich, ob sie bereits in der streitigen (mündlichen) Verfügung oder in dem Beschwerdebescheid angeführt worden ist oder nicht. Entgegen der Ansicht der Kl. kommt es bei einer polizeilichen Verfügung nicht darauf an, wie sie begründet ist, sondern nur darauf, ob ihr Inhalt objektiv dem bestehenden öffentlichen Rechte entspricht (vgl. DWG. 76, 385).

Die Anwendung des § 24 der Bauordnung wird auch durch das Bestehen der Ortsatzung vom 14. Juni und 31. Okt. 1934 nicht ausgeschlossen. Wenn bestimmte Vorschriften einer Baupolizeiverordnung mit bestimmten Vorschriften einer Ortsatzung nicht übereinstimmen und schärfere oder weniger scharfe Anforderungen an den polizeimäßigen Zustand eines Grundstücks oder Gebäudes stellen, so ist dieser Umstand dem Weiterbestehen beider Vorschriften nebeneinander an sich nicht hinderlich. Der Grundeigentümer oder der sonstige Polizeipflichtige muß sich aber darüber klar sein, daß er in jedem Falle verpflichtet ist, auch die schärferen Anforderungen zu erfüllen. Sollten einzelne Vorschriften beider Rechtsquellen sich als unvereinbar miteinander erweisen, etwa derart, daß die gleiche Handlung oder Unterlassung in der einen Vorschrift ausdrücklich verboten, in der anderen dagegen ausdrücklich geboten ist, so ist ebenso wie bei einem Widerspruch zwischen verschiedenen Vorschriften in einer und derselben Rechtsquelle (Ortsatzung, Polizeiverordnung) zu verfahren und diejenige Vorschrift als allein gültig zu erachten, welche in höherem Grade den Interessen der Volksgemeinschaft und dem Willen des zugrunde liegenden Gesetzes entspricht. Insofern etwa aus der Entsch. des OVG. 81, 425, 429 etwas anderes zu entnehmen sein sollte, kann an ihr nicht festgehalten werden.

Im vorl. Falle sind die an die einheitliche Gestaltung des Straßenbildes nach § 24 Abs. 1 der Bauordnung gestellten Anforderungen (darf nicht „gestört“ werden) höher als die in § 1 der Ortsatzung vorgesehenen („Straßen oder Plätze der Ortschaft“ dürfen nicht „gröblich verunstaltet werden“). Es muß daher in erster Linie geprüft werden, ob die streitigen Werbeschilder gegen § 24 der Bauordnung verstoßen. Nur wenn eine „Störung des Straßenbildes“ nicht in Betracht kommt, ist auf Grund des § 1 der Ortsatzung weiter zu prüfen, ob etwa das (in der Bauordnung nicht erwähnte) Ortsbild gröblich verunstaltet wird. Zur Vornahme dieser Prüfung und zur Entsch. des Rechtsstreits auf Grund ihrer Ergebnisse war die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das BezVermGer. zurückzuverweisen.

(PrOVG., Ur. v. 12. Mai 1938, IV C 154/36.)

*

70. § 12 KommAbgG. Werden in einer Kurtagordnung die Besucher des Bade- oder Kurortes zur Zahlung einer Kurtaxe, die einheimischen Wohnungsgeber aber zur Erhebung derselben verpflichtet, so können die Wohnungsgeber nicht unmittelbar als Abgabenschuldner herangezogen werden. Zum Begriff der zur Erhebung einer Kurtaxe berechtigenden Veranstaltungen. †)

Die Stadtgemeinde Bad D., in der die Heilquellen sowie sämtliche den eigentlichen Trink- und Badekurzwecken dienenden Einrichtungen und Anlagen, wie Trinkhallen, Bädhäuser, Kurpark usw., im Eigentum einer Stiftung stehen und von dieser betrieben werden, hat eine Kurtagordnung erlassen, wonach jeder Fremde, der sich länger als drei Tage in D. aufhält, für die Herstellung und Unterhaltung der von der Stadt Bad D. zu Kurzwecken getroffenen und noch zu treffenden Veranstaltungen eine „Kurgebühr“ zu zahlen hat. Nach § 2 wird die Kurtaxe durch die Wohnungsgeber erhoben. Auf Grund dieser Satzung wurde die R.-Knappschaft, welche in ihrem Hause in D. eine Anzahl Pflegerlinge beherbergt hat, für diese Pflegerlinge zur Kurtaxe herangezogen, im Streitverfahren aber von der Abgabe freigestellt. Das OVG. führte aus:

Eine Verpflichtung zur Zahlung von Kurtaxen konnte nur für natürliche Personen, nicht aber für eine juristische Person, wie es die Kl. als Körperschaft des öffentlichen Rechtes ist, entstehen; denn nur natürliche Personen sind begrifflich in der Lage, als „Fremde“ den Badeort D. aufzusuchen und durch einen länger als drei Tage währenden Aufenthalt einen Anspruch für die Gemeinde zu begründen. Die Gemeinde hätte also die im Hause der Kl. befindlichen „Fremden“ (Pflegerlinge) heranzuziehen müssen. An deren Stelle, wie das vorliegend geschehen ist, die Kl., weil sie Wohnungsgeberin war, als zahlungspflichtig für die von den „Fremden“ (Pflegerlingen) geschuldeten Abgaben zu behandeln, dazu war der Gemeinde durch § 2 der Ordnung keine Handhabe geboten. Zwar bestimmt § 2, daß die Wohnungsgeber, was zulässig erscheint, die Gebühren zu „erheben“, d. h. für die Gemeinde einzuziehen haben. Mit der Übertragung dieser Aufgabe werden aber die Wohnungsgeber noch nicht selbst zu Abgabenschuldnern gemacht, an die sich die Gemeinde zur Verwirklichung der ihr etwa zustehenden Kurtaxansprüche im Wege der Heranziehung wenden könnte. Kurtaxpflichtig bleiben nur die Fremden gemäß der Kurtagordnung. Für die von der Gemeinde vorgenommene Heranziehung der Kl. fehlte es infolgedessen an der nötigen Rechtsgrundlage.

Zur eine abschließende Stellungnahme zu der von den Parteien vornehmlich erörterten Frage, ob die Stadt Bad D. überhaupt berechtigt ist, eine Kurtaxe zu erheben, war hiernach im Rahmen des vorl. Verfahrens kein Raum. Immerhin sei zu dieser Frage mit Rücksicht auf das Vorbringen der Parteien noch kurz folgendes bemerkt: Nach § 12 KommAbgG. können die Gemeinden für die Herstellung und Unterhaltung ihrer zu Kurzwecken getroffenen Veranstaltungen Vergütungen (Kurtaxen) erheben. Daß die Gemeinden von dieser Vergütungs Gebrauch machen, unterliegt bei der Fassung des Gesetzes auch dann keinen Bedenken, wenn zwar, wie im vorl. Falle, die eigentlichen Kuranlagen nicht von den Gemeinden selbst hergestellt und unterhalten werden, nur müssen die von den Gemeinden ihrerseits geschaffenen Einrichtungen als zu Kurzwecken getroffene Veranstaltungen anzuerkennen sein, sei es, daß sie die Wirkung der nicht in ihrer Hand befindlichen Kuranlagen zu heben geeignet sind, sei es, daß der Ort unabhängig von dem Vorhandensein von Heilquellen auf Anerkennung als klimatischer oder sonstiger Kurort Anspruch machen kann; die Eigenschaft einer bloßen Sommerfrische würde hierzu allerdings nicht ausreichen. Auch würden Einrichtungen, die im wesentlichen lediglich der Erholung gesunder Besucher des Ortes dienen, nicht als zu Kurzwecken getroffene Veranstaltungen anzusehen sein; solche müssen vielmehr der Behandlung und Heilung bestimmter körperlicher Leiden förderlich sein, für die der Besuch gerade dieses Kurortes angezeigt ist. Es kann weiter auch in einer als Bade- oder Kurort anerkannten Gemeinde nicht alles, was die Gemeinde über das Bedürfnis der Eingewohnten hinaus an kommunalen Einrichtungen schafft, als zu Kurzwecken getroffene Veranstaltung gelten; vielmehr ist erforderlich, daß derartige Einrichtungen mit dem durch den Aufenthalt gerade in dieser Gemeinde verfolgten Kurzwecke in einem unmittelbaren Zusammenhange stehen. Schließlich dürfen Kurtaxen auch nur zur Deckung von Kosten erhoben werden, die durch Kurveranstaltungen bereits entstanden sind, nicht aber zum Ausgleich solcher Ausgaben, die erst in Zukunft erwachsen werden. Denn die Kurtaxe ist ihrem Wesen nach ein Entgelt für Leistungen und Einrichtungen einer Gemeinde, die den Kurbedürftigen dargeboten werden und von diesen zu Kurzwecken benutzt werden können; die Veranstaltungen müssen also bereits vorhanden und dürfen nicht erst in der Ausführung begriffen oder für die Zukunft geplant sein.

(PrOVG., Ur. v. 21. Juni 1938, II C 15/38.)

Anmerkung: Nach § 12 KommAbgG. können die Gemeinden „in Badeorten, klimatischen und sonstigen Kurorten für die Herstellung und Unterhaltung ihrer zu Kurzwecken getroffenen Veranstaltungen Vergütungen (Kurtaxen) erheben“. Die rechtliche Natur dieser eigenartigen Gemeindeabgabe ist im Schrifttum (vgl. die Zusammenstellung in OVG. 88, 102) wiederholt erörtert worden. Unzweifelhaft können die Gemeinden für die Benutzung von Kurmitteln bürgerlich-rechtliche Entgelte verlangen, die dann nur im ordentlichen Rechtswege einlagbar sind. Streitig blieb aber, welcher Rechtsbehelf gegeben sei, wenn die Gemeinden die Kurtaxe auf Grund einer Ortsatzung nach § 12 KommAbgG. als öffentlich-rechtliche Abgabe erheben; die Gemeinden sind hierzu berechtigt, da das KommAbgG., welches die Kurtaxe als Gemeindeabgabe aufgenommen hat, nur öffentlich-rechtliche Abgaben regelt (OVG. 34, 196). Noch in der Entsch. v. 20. Okt. 1937, II C 68/31 (OVG. 88, 98) hat das OVG. es abgelehnt, die Rechtsmittel des KommAbgG. (§§ 69, 70) für Streitigkeiten über Kurtaxen zuzulassen. In diesem Urteil hat aber das OVG., was bisher noch nicht geschehen war, ausgesprochen, daß die Kurtaxe als öffentlich-rechtliche Gemeindeabgabe i. S. d. § 88, 34 Z u f t G. zu behandeln und das Verwaltungsstreitverfahren (Einspruch und Klage) auf der Grundlage dieser Vorschriften gegeben sei; die praktische Bedeutung ist die, daß die Einspruchsfrist nicht vier Wochen, sondern drei Monate (§ 18 a. a. D. i. Verb. m. §§ 1, 14 Gef. v. 18. Juni 1840 [GS. 140]) beträgt.

Wie das vorstehende Urteil feststellt, sind abgabepflichtig die den Kurort besuchenden Fremden, nicht auch die einheimischen Wohnungsgeber. Diese können auch nicht im Rahmen einer Kurtagordnung zu einer besonderen Abgabe herangezogen werden (OVG. 91, 49). Bemerkenswert ist noch, daß im Bayerischen Recht die „Kurabgabe“ im Gegensatz zur preussischen Regelung als örtliche Zwangssteuer ausgebildet worden ist (Art. 4 BayGemAbgG.).

PrOVG. a. D. Dr. v. O l b e, Berlin.