

# Juristische Wochenschrift

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

## Der Fortsetzungszusammenhang im Strafrecht

Von Professor Dr. Edmund Mezger, München

Die Lehre vom Fortsetzungszusammenhang im Strafrecht befindet sich heute fraglos in einer Krise, deren baldige Überwindung im Sinne eines gesicherten Rechtszustandes dringend zu wünschen wäre. Solche Überwindung kann aber nur dann wirklich gelingen, wenn man das Problem in den größeren Rahmen der Lehre von der Einheit und Mehrheit der Straftaten überhaupt stellt. Diesen Weg zur weiteren Klärung der Frage zu gehen, soll im folgenden versucht werden.

Man kann von „Fortsetzungszusammenhang“ im Strafrecht in verschiedenem Sinne sprechen: in einem weiteren (ungebräuchlichen) Sinne als Zusammenfassung verschiedener Geschehnisse zu einer einheitlichen Straftat an Hand des geltenden Gesetzes, oder in einem engeren (gebräuchlichen) Sinne als Zusammenfassung ohne besonderen Rückhalt im Gesetze auf Grund eines unabweisbaren praktischen Bedürfnisses. Die scharfe Abtrennung der zweiten Frage von der ersten hat die maßgebenden Gesichtspunkte allzusehr eingeengt und ist auf die Dauer um so weniger haltbar, als das kommende deutsche Strafrecht auch den Fortsetzungszusammenhang im engeren Sinne, statt ihn wie bisher der „Praxis“ zu überlassen, gesetzlich regeln will.

Wo eine „einfache Tateinheit“ vorliegt, da erübrigt sich jede weitere Zusammenfassung; der Begriff bildet daher die Grundlage zu allem weiteren und bedarf zunächst der Klarstellung (I.). Die gesetzlich „zusammengefaßte Tateinheit“, also der Fortsetzungszusammenhang im weiteren (ungebräuchlichen) Sinne, hat durch die neuere Rechtsprechung und die an sie anschließende Erörterung eine mannigfach veränderte Stellung und Auffassung erfahren (II.). Diese Erwägungen können auch für die Auffassung der „fortgesetzten Straftat“, also des Fortsetzungszusammenhangs im engeren (gebräuchlichen) Sinne, nicht ohne Einfluß sein (III.).

### I. Die einfache Tateinheit

Die Lehre von der Einheit und Mehrheit der Straftaten pflegte früher vom Vorliegen einer „natürlichen Handlungseinheit“ auszugehen („Strafrecht“, 2. Aufl., 1933 S. 457). In Wahrheit ist schon die Bestimmung der einfachsten Tateinheit eine rechtliche Angelegenheit („Grundriß des deutschen Strafrechts“, 1938, S. 124). Denkbar, freilich sehr unangebracht, wäre es, daß das Recht auch die auf einheitlichem Willensakt beruhende einmalige Handlung im Rechtsinne als eine Mehrheit von Straftaten gelten ließe. Die Rspr. hat es früher getan; daß sie diesen verfehlten Standpunkt („Strafrecht“, S. 459) preisgegeben hat, bedeutet einen großen und erfreulichen Fortschritt. Denn eine auf einem einheitlichen Willensakt beruhende einmalige Handlung muß auch im Rechtsinne als eine Straftat gewertet werden.

Unter Preisgabe der abwegigen Entscheidungen RGSt. 4, 95 und 5, 227 hat RGSt. 70, 26 = JW. 1936, 728<sup>11</sup> m. Anm., wie bekannt, auch für das Gebiet der Anstiftung und Beihilfe solche einfache Tateinheit anerkannt. „Die Regelung, die Anstiftung und Beihilfe im geltenden Recht gefunden

haben, bedingt allerdings“ — so heißt es in der Begründung — „eine weitgehende Abhängigkeit der Teilnahmehandlungen von der Haupttat oder den Haupttaten, auf die sie sich beziehen“ (27). Aber es ist „vom Standpunkte der Billigkeit aus nicht einzusehen, weshalb die Handlungseinheit bei der Teilnahme anders bewertet werden soll als bei der Täterschaft“ (29). Ausdrücklich wird dabei auf das kommende „Willensstrafrecht“ und seine Begründung Bezug genommen (29—30). Das besagt sinngemäß: jede an der Straftat beteiligte Person wird nach Maßgabe ihres „Willensaktes“ und seiner äußeren Verwirklichung strafrechtlich beurteilt. Dies gilt auch, trotz der sog. Akzessorietät der Teilnahme, für Anstifter und Gehilfen. Wir möchten dieser Feststellung große Bedeutung auch für das Problem vom Fortsetzungszusammenhang im Strafrecht beimessen. Denn eine schärfere Erfassung dieses Willensaktes mit seiner äußeren Verwirklichung scheint uns auch auf dem Gebiete der fortgesetzten Handlung die noch bestehenden Unklarheiten beseitigen und zugleich eine Angleichung dieser Lehre an die im Strafrecht der deutschen Gegenwart maßgebenden Grundsätze herbeiführen zu können.

Die Grundsätze von RGSt. 70, 26 haben in RGSt. 70, 293 (296) = JW. 1936, 3193<sup>17</sup> m. Anm. und RGSt. 70, 334 (335) = JW. 1937, 699<sup>12</sup> eine weitere Ausgestaltung und in RGSt. 70, 344 (349) = JW. 1937, 174<sup>37</sup> eine ausdrückliche Ausdehnung auf die Beihilfe erfahren.

### II. Die zusammengefaßte Tateinheit (= Fortsetzungszusammenhang im weiteren ungebräuchlichen Sinne)

Daß nicht jede mehrmalige Handlung damit schon mehrere „selbständige“ Handlungen i. S. des § 74 StGB. darstellt, steht außer Zweifel. Schon das Gesetz selbst sagt es, indem es sich nicht mit „mehreren“ Handlungen begnügt, sondern mehrere „selbständige“ Handlungen fordert. Es anerkennt also, daß es auch mehrere „unselbständige“ und deshalb nicht dem § 74 StGB. unterliegende Handlungen geben kann — „unselbständig“ nämlich im Hinblick auf eine einheitliche Gesamttat, als deren Glieder die einzelnen Tätigkeitsakte erscheinen. Wir sprechen im Gegensatz zur einfachen Tateinheit bei der hier gemeinten Tateinheit von einer „zusammengefaßten Tateinheit“.

Es ist schon früher an anderer Stelle hervorgehoben, daß solche Zusammenfassung zur einheitlichen Gesamttat zunächst durch den strafgesetzlichen Tatbestand selbst im einzelnen veranlaßt sein kann („Strafrecht“, S. 461/63; „Grundriß“, S. 125/26). So sagt die Schlägerei des § 227 StGB., die Mißhandlung des § 223 StGB., die unzüchtige Handlung des § 176 StGB., der Zweikampf des § 205 StGB. usw. naturgemäß eine Reihe von Einzelakten zur Einheit zusammen. Auf die außerordentlich verwickelten und schwierigen Probleme, die durch eine Verkopplung mehrerer strafgesetzlicher Tatbestände in dieser Hinsicht entstehen, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, da diese Frage für das Wesen der fortgesetzten Straftat ohne Belang ist.

Auch die sog. mehraktigen Straftaten, wie § 267 StGB. (Urkundenfälschung und Gebrauchmachen), und zusammengesetzten Straftaten, wie § 249 StGB. (Nötigung und Diebstahl), gehören ohne weitere Besonderheiten in diesen Zusammenhang. Weit größere Vorsicht ist aber hinsichtlich der regelmäßig damit zugleich genannten sog. Dauerstraftat, etwa der Freiheitsberaubung des § 239 StGB., geboten (Kohlrausch, „StGB.“, 34. Aufl., 1938, S. 191 mit RGSt. 38, 417 bezüglich unerlaubter Entfernung und RGSt. 57, 193 bezüglich Beleidigung). Genau genommen werden hier, solange die Pflicht und die Möglichkeit der Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes besteht, fortdauernd Unterlassungstaten begangen, deren Zusammenfassung unter sich und mit der vorangegangenen Begehungstat selbstverständlich keinem Bedenken bezeugnet. Dagegen braucht keineswegs jede auf Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustandes gerichtete positive Handlung in diese Einheit zu fallen. Ob sie dies tut oder ob sie eine neue selbständige Tat (§ 74 StGB.) darstellt, hängt vielmehr schon hier ganz von den später zu besprechenden Grundsätzen über die fortgesetzte Straftat ab.

Problematisch geworden und schließlich in der höchst richterlichen Rechtsprechung zu Fall gebracht ist ferner die durchgehende Zusammenfassung der Einzeltaten bei der sog. Sammelstraftat (Kollektivverbrechen). Wir begreifen unter dem Ausdruck Sammelstraftat insbesondere die gewerbmäßige (und die geschäftsmäßige) Straftat, die in der Absicht begangen wird, aus fortgesetzter Begehung eine Quelle des Erwerbs zu machen (RGSt. 54, 184; 58, 19) und die gewohnheitsmäßige Straftat, die einem durch wiederholte Begehung erworbenen Hang entsprungen ist (RGSt. 32, 394; 34, 310; 59, 142). Dabei sind (namentlich bei der ersteren) zu unterscheiden die Fälle, in denen die gewerbmäßige Begehung zur Strafbegründung erforderlich ist (z. B. nichtöffentliches Glücksspiel in § 285 StGB., Sachwucher in § 302e StGB., sich anbieten zur mann männlichen Unzucht in § 175a Nr. 4 StGB., weibliche Unzucht in § 361 Nr. 6a bis c StGB. usw.) und solche Fälle, in denen die gewerbmäßige Begehung zur bloßen Straf härfung dient (z. B. bei der Abtreibung in § 218 Abs. 4 StGB., bei der Hehlerei in § 260 StGB., bei der Wilderei in § 292 Abs. 3 StGB., beim Geldwucher in § 302d StGB., bei der gewerbmäßigen mann männlichen Unzucht mit Ausnahme des „sich anbieten“ in § 175a Nr. 4 StGB. usw.).

Nachdem schon RGSt. 56, 326 und insbesondere RGSt. 58, 19 eine klare Trennung der Frage der Gewerbmäßigkeit und der Frage des Fortsetzungszusammenhangs angebahnt haben, hat in dieser Beziehung gegenüber RGSt. 68, 297 (298) = JW. 1934, 2690<sup>6</sup> m. Anm. die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen v. 21. April 1938 (2/37) in RGSt. 72, 164 = JW. 1938, 1513<sup>1</sup> = AdZ. 1938, 480 eine entscheidende und tiefgreifende Wandlung gebracht. Allerdings unter ausdrücklicher Beschränkung auf die gewerbmäßige Abtreibung i. S. des § 218 Abs. 4 Satz 1 und 2 StGB. (166) hat der Große Senat ausgesprochen, daß eine Abtreibung nicht dadurch, daß sie gewerbmäßig begangen wird, die Eigenschaft einer selbständigen Handlung verliert. Dabei ist es — heißt es weiter — ohne entscheidende Bedeutung, ob das gewerbmäßige Tun ein strafbegründendes Merkmal oder einen straferschöpfenden Umstand bildet. Folgerungen aus diesem Standpunkt ziehen beispielsweise die im „Deutschen Strafrecht“ 1938 S. 393 und 394 genannten Urteile.

Für die gewohnheitsmäßige Straftat hat demgegenüber noch RGSt. 59, 142 (143/44) mit aller Entschiedenheit den gegenteiligen Standpunkt vertreten. „Der das gewohnheitsmäßige Handeln kennzeichnende Hang des Täters bildet keinen Teil des Vorfages, sondern lediglich die allen Einzelhandlungen gemeinsame seelische Grundlage, die immer wieder den Vorfall zur Verübung gleicher Straftaten aus sich hervortreibt. Die Selbständigkeit des Vorfages in jedem einzelnen nachgewiesenen Fall kann daher nicht zur Annahme mehrerer unter sich selbständiger gewohnheitsmäßig begangener Straftaten führen, vielmehr hat die Gewohnheitsmäßigkeit des Handelns zur Folge, daß alle Betätigungen, die dieses

Merkmal tragen, eben dadurch zu einem einzigen Sammelvergehen oder Sammelverbrechen verknüpft werden“. Hier liegt also — im scharfen Gegensatz zu der später zu besprechenden Ansicht des RG. im Gebiete der fortgesetzten Tat — die Anschauung zugrunde, daß nicht der Vorfall, sondern der „Hang des Täters“, also das Motiv, die Zusammenfassung der Tat bewirkt und den Einzelakten die Selbständigkeit i. S. des § 74 StGB. nimmt. Ganz Entsprechendes würde im Gebiete des gewerbmäßigen Handelns für das Motiv gelten, das hier in der Erwerbsabsicht gegeben ist.

Wir sind der Auffassung, daß die Frage allgemeine Bedeutung besitzt und überall gleich gelagert ist — also über das Gebiet der Abtreibung hinaus in allen Fällen der strafbegründenden und der straffschärfenden Gewerbmäßigkeit und in den Fällen der Gewohnheitsmäßigkeit. Und wir sind weiter der Auffassung, daß die Grundsätze, die der Große Senat in seiner Entscheidung v. 21. April 1938 entwickelt hat, grundsätzlich in allen diesen Fällen zutreffen. Den wesentlichen Grund erblicken wir mit Kohlrausch a. a. D. S. 191 darin, daß die „Lebensrichtung“ des Täters allein noch nicht für die „Tateinheit“ entscheidend sein kann. Oder anders ausgedrückt: Ähnlich wie bei der Dauerstraftat bestimmt sich auch in den Fällen gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Handelns die Zusammenfassung zur Tateinheit nicht nach besonderen Gesichtspunkten des Fortsetzungszusammenhangs im weiteren, sondern ausschließlich nach den auch sonst geltenden Gesichtspunkten des Fortsetzungszusammenhangs im engeren Sinne.

Damit ist zwar über die Voraussetzungen des Fortsetzungszusammenhangs im engeren Sinne (III.) noch nichts endgültig Entscheidendes, aber es ist doch auch über ihn schon etwas sehr Wichtiges ausgesprochen, nämlich: daß seine Grundsätze ganz allgemeine Bedeutung besitzen und ausschließlich aus ihm selbst und seinen Erfordernissen entwickelt werden müssen.

### III. Die fortgesetzte Straftat (= Fortsetzungszusammenhang im engeren gebräuchlichen Sinne)

Die Rechtsprechung des RG. macht die Kennzeichnung mehrerer Handlungen als „unselbständig“ i. S. des § 74 StGB. und demgemäß ihre Zusammenfassung zur Tateinheit (RGSt. 68, 297f., 298 = JW. 1934, 2690<sup>6</sup> m. Anm.; Kohlrausch a. a. D. S. 191) außerhalb der gesetzlichen Gründe von einer Reihe von Voraussetzungen abhängig, die teils auf äußerem (objektivem), teils auf innerem (subjektivem) Gebiet liegen sollen („Strafrecht“, S. 463 bis 467; „Grundriß“, S. 126—127; Kohlrausch, S. 188 bis 191). Nachdem durch RGSt. 72, 164 = JW. 1938, 1513<sup>1</sup> und ihre Folgerungen die ganze Frage eine Erweiterung erfahren, damit aber in vielem auch ein anderes Aussehen gewonnen hat, ist eine erneute Nachprüfung dieser Voraussetzungen geboten.

1. Zunächst die äußeren (objektiven) Voraussetzungen des Fortsetzungszusammenhangs. Sie sind schon in RGSt. 51, 305 ff., 308 unter Hinweis auf frühere Urteile klar und übersichtlich zusammengefaßt. Sie gehen, da es sich um äußere (objektive) Merkmale handelt, ihrem Wesen nach vom strafrechtlichen Schutzzgedanken aus. Sie bilden auch in der grundsätzlich „subjektiven“ Theorie des RG. gewisse unentbehrliche äußere Schranken für die Annahme eines Fortsetzungszusammenhangs.

a) Gefordert wird im allgemeinen zur Annahme eines Fortsetzungszusammenhangs Verletzung oder Gefährdung desselben Rechtsguts. Auch neuestens, z. B. in RGSt. 72, 174 (175) = JW. 1938, 1806<sup>9</sup> ist von diesem die Rede. Denn der Begriff des Rechtsguts ist, trotz der gegen ihn in neuester Zeit gerichteten Angriffe, zur strafrechtlichen Klarstellung unentbehrlich („Grundriß“, S. 58—60). Wir verstehen ihn aber hier nicht in dem weiten, mit dem strafrechtlichen Schutz- und Angriffsgegenstand identischen Sinne,

schließen also die Art und Weise der Tatbegehung und die personalen Beziehungen der Tat aus, wie dies terminologisch durchaus möglich ist. Dieses Rechtsgut muß eine stufenweise Verletzung zulassen (RGSt. 17, 103 ff., 113). Daher kann die Verletzung oder Gefährdung „höchstpersönlicher“ Rechtsgüter, wenn sie gegenüber verschiedenen Personen begangen wird, nicht zur fortgesetzten Tat zusammengefaßt werden (RGSt. 57, 352). Von diesem Standpunkt versuchte RGSt. 70, 145 ff., 147/48 = JW. 1936, 1674<sup>1</sup> dann abzugehen, wenn „das Strafgesetz in erster Linie ein Rechtsgut der Gesamtheit schützen will“; dann „können mehrere Handlungen, die gegen das Gesetz verstoßen, eine Einheit in der Form der fortgesetzten Handlung bilden, auch wenn sie sich (zugleich) gegen höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Personen richten“. Demgegenüber aber hat der Große Senat in seiner Entscheidung RGSt. 70, 243 = JW. 1936, 2551<sup>23</sup> daran festgehalten, daß nach „gesundem Rechtsempfinden“ ein Fortsetzungszusammenhang bei wiederholten Verbrechen nach dem § 176 Nr. 3 StGB. rechtlich nicht möglich ist, wenn sich die Handlungen gegen verschiedene Kinder richten. RGSt. 70, 282 = JW. 1936, 2996<sup>21</sup> wendet den Gedanken auf § 175 StGB. bei Verfehlungen an mehreren Männern an, RGSt. 70, 334 = JW. 1937, 699<sup>12</sup> schließt Fortsetzungszusammenhang aus, wenn mehrere Personen einzeln zum Meineid angeklagt werden. Gleichfalls auf Erwägungen über „gesundes Rechtsempfinden“, nicht mehr auf den Gesichtspunkt des „höchstpersönlichen“ Rechtsguts gestützt, schießt RGSt. 72, 174 = JW. 1938, 1806<sup>9</sup> Fortsetzungszusammenhang aus, wenn mehrere Bestechungen sich gegen verschiedene Beamte richten.

Es ist von hier aus kein weiter Schritt mehr zu der richtigen Erkenntnis: daß die Selbständigkeit einer Handlung nach § 74 StGB. in erster Linie durch die Selbständigkeit der Angriffsrichtung gekennzeichnet ist. In dieser Hinsicht widerspricht auch das RG. der Versuchung, in dem „plamäßigen Treiben“ des Täters, also in seinem „Gesamtvorsatz“ einen genügenden Grund zur Zusammenfassung der Einzeltaten zu sehen.

b) Als weiterer objektiver Gesichtspunkt erscheint die Gleichartigkeit der Handlungen. Daß im Falle einfacher Tateinheit (I) von „mehreren“ Handlungen oder gar von mehreren „selbständigen“ Handlungen nicht die Rede sein kann, sollte sicher sein. RGSt. 66, 1 ff. verstößt zwar §. 4 im Anschluß an eine frühere, verfehlte Rechtsprechung gegen diesen Grundsatz (da die dort erwähnte einheitliche Ausgabe eines Schriftstückes in Wahrheit einfache Tateinheit begründet), erkennt aber die Untrennbarkeit im eigenen Fall §. 5 zutreffend an. Neuerdings hat ein Urteil RG. vom 10. März 1938, 3 D 128/38, dies wiederum klar ausgesprochen: eine Beleidigung wird nicht dadurch allein zu einer Beleidigung in vier Fällen, daß vier Personen durch sie betroffen werden. Verfehlt ist es aber (RGSt. 72, 193 ff., 195 = JW. 1938, 1806<sup>10</sup>) in Fällen mehrerer „zeitlich, örtlich und sachlich“ getrennter, wenn auch „aufs engste zusammenhängender“ Vorgänge von einer „natürlichen Handlungseinheit“ zu sprechen.

Auf die weitere Rechtsprechung über Gleichartigkeit und Kontinuität der Einzelakte können wir hier im einzelnen nicht näher eingehen (siehe dazu näher etwa Kohlrausch a. a. D. S. 189). Fest steht jedenfalls so viel: daß die Selbständigkeit einer Handlung nach § 74 StGB., wie durch die Selbständigkeit der Angriffsrichtung, so auch durch die Selbständigkeit der Tatbegehung, z. B. durch zeitliche oder örtliche Trennung, begründet werden kann. Liegt solche von vornherein im Plane des Täters, so ist schlechterdings nicht einzusehen, warum sie durch das Vorliegen eines „Gesamtvorsatzes“ behoben werden soll.

c) Die Rechtsprechung des RG. fordert endlich in der Regel, daß alle Einzelhandlungen den gleichen gesetzlichen Tatbestand erfüllen (so schon zit. RGSt. 51, 308), also im allgemeinen gegen dasselbe Strafgesetz verstoßen.

Dazu lehnt beispielsweise in Übereinstimmung mit frü-

heren Entscheidungen ein Urteil des RG. v. 14. März 1938, 3 D 1009/37, einen Fortsetzungszusammenhang zwischen schwerer Falschbeurkundung im Amte nach §§ 348 Abs. 1, 349 StGB. und schwerer Urkundenunterdrückung im Amte nach §§ 348 Abs. 2, 349 StGB. ab, „weil es sich um Strafschriften handelt, die verschiedene Rechtsgüter schützen und nur zufällig in demselben Paragraphen zusammengefaßt sind“. Fortsetzungszusammenhang zwischen einer Täter- und einer Beihilfshandlung verneint ROLrt. v. 21. März 1938, 2 D 88/38, indem es sich dabei aber nicht so sehr auf die Verschiedenheit der §§ 47, 49 StGB., als auf den „Vorsatz“ beruft, der „bei der Täterschaft auf die Begehung einer Straftat als eigene gerichtet ist, während der Wille des Gehilfen nur auf die Unterstützung der Haupttat eines andern geht“.

Es ist keine Frage, daß die Selbständigkeit einer Handlung nach § 74 StGB. auch durch die Selbständigkeit des gesetzlichen Tatbestandes, dem sie unterfällt, begründet werden kann. Denn in der Trennung der strafgesetlichen Tatbestände kommt die Eigenart und damit die objektive Selbständigkeit der verschiedenen Handlungen zum Ausdruck.

Insmerhin dürfte vor einer Überspannung gerade dieses Gedankens zu warnen sein, seitdem durch den neuen § 2 StGB. die scharfen tatbestandlichen Grenzen gemildert sind. Entscheidend für die Selbständigkeit der Handlung — in der Wirklichkeit wie im Vorstellungsbild des Täters! — bleibt vielmehr die materielle Selbständigkeit der Angriffsrichtung und die Selbständigkeit der Tatbegehung.

2. Sodann die inneren (subjektiven) Voraussetzungen des Fortsetzungszusammenhangs. In fast ermüdenden Wiederholungen kehrt in der Rechtsprechung des RG. der Grundsatz und die Formulierung wieder: ein „allgemeiner Entschluß“, zahlreiche Straftaten zu begehen, deren Ausführung nach Ort, Zeit und Art noch ungewiß ist, rechtfertigt nicht die Annahme einer Fortsetzungstat, dazu bedürfe es vielmehr stets eines „Gesamtvorsatzes“. So drückt sich unter Hinweis auf frühere Urteile der Sache nach schon RGSt. 44, 392 ff., 396 aus und RGSt. 66, 236 ff., 239 stellt wiederum ganz scharf den ungenügenden „allgemeinen Entschluß“ und den allein maßgebenden „auf stoßweise Verwirklichung eines bestimmten Gesamterfolgs gerichteten Gesamtvorsatz“ einander gegenüber. Zu einem Fortsetzungszusammenhang — sagt RGSt. 71, 231 ff., 232 = JW. 1937, 2961<sup>4</sup>, Berichtigung: JW. 1938, 80 — „gehört ein Vorsatz, der von vornherein nicht nur auf die erste, sondern auf mehrere Handlungen gerichtet ist und das Ziel, das durch die verschiedenen Einzelhandlungen erreicht werden soll, in seinem Endergebnis umfaßt“. Und neuestens rügt unter Berufung auf die alte Formel RGSt. 72, 211 ff., 213 = JW. 1937, 2961<sup>1</sup>, „die bei den Tatrichtern wegen der Einfachheit der Feststellung vielfach übliche weite Ausdehnung des Begriffes des Fortsetzungszusammenhangs“. Das Urteil nimmt dabei ausdrücklich und wörtlich auf die Ausführungen bei Gürtner, „Das kommende deutsche Strafrecht“. Allg. Teil. 2. Aufl. (1935), S. 240 Bezug: „Die Rechtsprechung muß dahin erzogen werden, daß die wirklichen Fälle der fortgesetzten Handlung verhältnismäßig selten vorkommen und daß nur für diese Fälle das Privileg (!) der Bestrafung wegen einer einzigen Tat vom Gesetzgeber gewollt ist.“

Und das Ergebnis dieser unermüdlichen Geduld, den Untergerichten den (doch so einleuchtenden!) Unterschied zwischen „allgemeinem Entschluß“ und „Gesamtvorsatz“ klarzumachen und einzuprägen? Das Ergebnis ist die immer und immer wiederkehrende Aufhebung untergerichtlicher Urteile und der Erlaß von Entscheidungen in den Untergerichten wie die, von denen E. Schäfer: D. J. 1938, 666 ff. berichtet: die Verjahung einer „fortgesetzten Handlung“ bei 182 Einbrüchen mit dazwischenliegender mehrmonatiger Pause (!), bei 70 Einbrüchen in einer Zeit von 3¼ Jahren in 20 LG.-Bezirken (!), bei 103 Diebstählen in 3 Monaten, dazu noch mit der recht eigenartigen Begründung, „die Zusammendrängung von mehr denn hundert gleichartigen Diebstahls-handlungen auf den knappen Zeitraum von drei Monaten weise die Einheitlichkeit des Vorsatzes zur Genüge auf“ (!). Gewiß

mag die „Einfachheit der Feststellung“ da und dort für die Stellungnahme der Untergerichte eine Rolle spielen. Aber diese immer wiederkehrenden Verstöße und der Erlaß von Urteilen, die das gesunde Volksempfinden derart verletzen, wie die eben genannte Zubilligung des „Privilegs der Bestrafung wegen einer Tat“ in hierzu völlig ungeeigneten Fällen, legen doch den Verdacht nahe, daß an jener stereotypen Formel vom „allgemeinen Entschluß“ und vom „Gesamtvorsatz“ selbst etwas nicht stimmt. Zumal, wenn es sich um eine Formel handelt, die zu so sinnwidrigen Folgerungen führt wie der: demjenigen, der einem Kinde gegenüber wiederholt der Versuchung nach § 176 Nr. 3 StGB. von neuem unterliegt, jenes „Privileg“ zu versagen, es dagegen demjenigen zuzubilligen, der von vornherein den festen „Gesamtvorsatz“ gefaßt hat, das Kind immer wieder bei den in Aussicht genommenen Gelegenheiten zu mißbrauchen („Strafrecht“ S. 466/67).

Um hier Abhilfe zu schaffen, bedarf es unseres Erachtens nicht einmal der von E. Schäfer a. a. O. S. 670 empfohlenen Hinzufügung eines „der Ausweitung vorbeugenden objektiven Begriffsmerkmals“. Wir können vielmehr durchaus im Rahmen des in RGSt. 72, 26 ff., 29 = JWB. 1938, 510<sup>15</sup> in Bezug genommenen „Willensstrafrechts“ verbleiben, wenn nur die darin geforderte Betrachtung des täterischen Willensaktes folgerichtig bis zu Ende durchdacht wird. Dies aber gerade läßt das RG. vermissen, wenn es immer wieder von einem einheitlichen und abstrakten „Gesamtvorsatz“ ausgeht und dabei vollständig übersieht, daß auch ein solcher „Gesamtvorsatz“ von vornherein auf die Begehung mehrerer selbständiger Straftaten im Sinne des § 74 StGB. gerichtet sein kann. Mit dem Vorhandensein eines „Gesamtvorsatzes“ — im Gegensatz zum „allgemeinen Entschluß“ — ist in Wahrheit für unsere Frage gar nichts gewonnen, und es kann daher im Grunde genommen nicht verwundern, daß die Untergerichte mit dieser Formel nichts anzufangen wissen. Deshalb gilt es in erster Linie mit dem reichsgerichtlichen Dogma zu brechen, nach welchem mit dem Nachweis eines „Gesamtvorsatzes“ — von einigen „objektiven“ Einschränkungen abgesehen — der Fortsetzungszusammenhang als solcher schon erwiesen wäre. Demgegenüber ist erforderlich und unerlässlich die Erforschung des „objektiven“ Inhalts des Vorsatzes selbst. Es kommt im Rahmen eines Willensstrafrechts darauf an, was der Täter erstrebt, ob nämlich eine Reihe von „unselbständigen“ Handlungen und damit eine „Tateinheit“ oder eine Reihe von Handlungen, die sich „objektiv“ und nach gesundem Volksempfinden von vornherein als „selbständige“ Handlungen i. S. des § 74 StGB. und damit als Tatmehrheit darstellen. Gewiß wird die Grenze nicht immer mit voller Schärfe und nicht immer nach festliegenden Merkmalen zu ziehen sein, aber die oben erörterten objektiven Kriterien des Fortsetzungszusammenhangs und die Berücksichtigung des gesunden Volksempfindens werden klare Richtlinien geben, um aus ihnen eine richtige Beurteilung des Tätervorsatzes zu gewinnen. Hätte man (entgegen dem RG.) beachtet, daß es bei der Feststellung des Fortsetzungszusammenhangs auf den Inhalt und nicht auf den Umfang des Tätervorsatzes ankommt, so wäre nie jemand auf den Ge-

danken gekommen, wenn sich jemand Hunderte von Einbrüchen an ganz verschiedenen Orten und zu ganz verschiedenen Zeiten vorsetzt, eine „Tateinheit“ anzunehmen wie in den oben erwähnten Einzelfällen.

Auf der andern Seite wird man, wenn es in allen Fragen des Fortsetzungszusammenhangs auf die äußere und innere Gesamtsituation entscheidend ankommt, nicht so ängstlich die Tateinheit dort ablehnen, wo gesundes Volksempfinden sie bejaht, und zwar auch, wenn ein einheitlicher „Vorsatz“ nicht strikte erwiesen ist. In Wahrheit ist ja doch dieser angebliche „Gesamtvorsatz“ in den allermeisten Fällen nichts anderes als eine Fiktion und ein leerer juristischer Begriff. Ein zeitlich nahe zusammengebrängtes Benützen derselben Sachlage, ein wiederholtes Unterliegen in der gleichen Versuchung usw. kann sehr wohl auch ohne jenen Gesamtvorsatz vernünftigerweise als eine Einheit erscheinen, der gegenüber die einzelnen Akte ihre Selbständigkeit verlieren. Nur wird man als grundsätzliche Einstellung festhalten müssen: „mehrere“ Handlungen sind in der Regel als „selbständig“ i. S. des § 74 StGB. anzusehen, sofern nicht triftige Gründe für ihre Unselbständigkeit in die Waagschale fallen. Auch können von vornherein „objektive“ Gründe der Annahme eines Fortsetzungszusammenhangs entgegenstehen.

3. Der Entwurf eines kommenden deutschen Strafrechts will die Frage des Fortsetzungszusammenhangs im engeren Sinne gesetzlich regeln. Er schlägt nach Gürtner, „Das kommende deutsche Strafrecht“. Allg. Teil. 2. Aufl. (1935), S. 240 eine Bestimmung dahin vor: „Die wiederholte Verwirklichung ein und desselben Tatbestandes bildet nur eine Straftat im Sinne des Strafgesetzes, wenn sie aus einem einheitlichen Entschluß heraus geschieht.“ Erklärtermaßen ist damit „eine der reichsgerichtlichen ähnliche Abgrenzung“ vorgenommen worden. Daß „ein und derselbe Tatbestand“ verletzt sein muß, damit die Einzelakte zur Einheit zusammengefaßt werden dürfen, ist nunmehr ausdrücklich bestimmt.

Wir können nicht verschweigen, daß wir gegen die vorgeschlagene Fassung erhebliche Bedenken haben. Sie wird, trotz des ausdrücklich ausgesprochenen Wunsches, „die Rechtsprechung zu erziehen“, vorausichtlich auf diese keinen günstigen Einfluß ausüben. Denn die Bestimmung wird im wesentlichen nur als eine Bestätigung der bisherigen Reichsgerichtsformel mit allen ihren Fehlern und Mängeln aufgefaßt werden. Ja sie wird als förmliche Gesetzesbestimmung noch unbedingter wirken als diese. Und doch kehrt in ihr aus der reichsgerichtlichen Formel all das wieder, was wir als verhängnisvoll und irreführend ansehen mußten. Ausdrücklich soll nämlich ausgesprochen werden: wenn die wiederholte Verwirklichung usw. „aus einem einheitlichen Entschluß heraus geschieht“, so soll sie „nur eine Straftat“ usw. bilden. Dies aber ist in solcher Allgemeinheit gerade unrichtig. Wenn der „einheitliche Entschluß“ selbst darauf gerichtet ist, die wiederholte Verwirklichung in mehreren (ihrer Natur nach und so wie sie geplant sind) selbständigen Akten zu verwirklichen, so ist die Zusammenfassung der mehreren Akten zur Einheit und das „Privileg“ der einmaligen Bestrafung nicht gerechtfertigt.

## Die Begriffe des „Gefährlichen Gewohnheitsverbrechers“ und der „Öffentlichen Sicherheit“ als materielle Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung

Von Assessor Erich Wolff, Berlin

Mit den Bestimmungen über die Anordnung der Sicherungsverwahrung hat der Gesetzgeber in das Strafrecht gemäß §§ 42e, 20a StGB. die neuartigen Begriffe des „gefährlichen Gewohnheitsverbrechers“ und der „öffentlichen Sicherheit“ aufgenommen. Man hat jedoch davon abgesehen, eine nähere Kennzeichnung dieser Begriffe zu geben. Dem Richter wird vielmehr bei seiner Entscheidung ein außerordent-

lich weites Feld gelassen, und es wird somit zur Aufgabe der Strafrechtspflege gemacht, die allgemein gehaltenen Begriffe nach Sinn und Zweck des Gesetzes und den Erkenntnissen der Praxis weiter auszugestalten und so den Personenkreis, der durch die Vorschriften erfaßt werden soll, näher zu umreißen.

Im folgenden ist einmal klarzustellen, was unter einem

„gefährlichen Gewohnheitsverbrecher“ und „öffentlicher Sicherheit“ allgemein zu verstehen ist. Zum anderen werden gleichzeitig die Grundzüge aufzuzeigen sein, nach denen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG. bei der Entscheidung über den Einzelfall zu verfahren ist.

### A. Der „Gewohnheitsverbrecher“

I. Die erste Voraussetzung für die Anordnung der Sicherungsverwahrung ist die Beurteilung des Täters als „gefährlicher Gewohnheitsverbrecher“ gemäß § 20a StGB. Welches sind nun die Merkmale des Gewohnheitsverbrechers, und welche Verbrecher sind unter diesen Tätertypus einzureihen?

Das Strafrecht kennt bereits den Begriff der „Gewohnheitsmäßigkeit“. Diese definiert das RG. als eine „dauernde Eigenschaft, durch welche der Wille in einer bestimmten Richtung stetig beeinflusst wird — als einen durch Übung ausgebildeten, selbsttätig fortwirkenden, bewußten oder unbewußten Hang“<sup>1)</sup>.

Die Feststellung, daß strafbare Handlungen „gewöhnheitsmäßig“ begangen worden sind, ist also dann möglich, wenn bestimmte Delikte wiederholt verübt worden sind und wenn durch diese Verübung der Täter eine dauernde Eigenschaft erworben hat, die ihn zur weiteren Begehung von Straftaten veranlaßt<sup>2)</sup>.

Hieraus ergibt sich, daß der Begriff der „Gewohnheitsmäßigkeit“ an die Tat als solche anknüpft, während man bei dem Begriff des „Gewohnheitsverbrechers“ von den inneren Eigenschaften — also von der Persönlichkeit — des Täters ausgeht und diesen qualifiziert.

Die Begriffsbestimmung der „Gewohnheitsmäßigkeit“ reicht also in diesem Zusammenhang nicht aus<sup>3)</sup>.

Es muß daher eine andere Kennzeichnung gefunden werden.

a) Der „Gewohnheitsverbrecher“ läßt sich zunächst aus der sprachlichen Bedeutung des Wortes „Gewohnheit“ heraus negativ kennzeichnen: Der „Gewohnheitsverbrecher“ bildet den Gegensatz zum „Gelegenheitsverbrecher“.

Dieser wird straffällig, wenn sich ihm eine passende Gelegenheit bietet — also äußere Umstände Anstoß zum strafbaren Tun geben. Das strafbare Handeln ist aber bei ihm kein typisches Merkmal seines Charakters. Anders beim Gewohnheitsverbrecher: Bei ihm ist die Begehung der Tat auf seine inneren Eigenschaften — auf seinen seelischen Zustand — zurückzuführen, während äußere Umstände, die ebenfalls vorhanden sein mögen, nur den Hintergrund des Ursachenbildes ausmachen. Schäfer<sup>4)</sup> weist in diesem Zusammenhang zutreffend auf die Gegenüberstellung der „akuten“ und „chronischen“ Kriminalität hin.

b) Diese innere Verfassung des Täters, die für seine Eigenschaft als „Gewohnheitsverbrecher“ kennzeichnend ist, wird ihrerseits durch einen „Hang zum Verbrechen“ ausgelöst.

Dieser läßt sich wie folgt bestimmen: „Die in der Persönlichkeit des Täters verwurzelte, innere, verbrecherische Einstellung, aus der heraus die Geneigtheit, die Bereitschaft und der Entschluß zu verbrecherischer Betätigung stets von neuem erwachsen, und die den Täter immer wieder straffällig werden läßt“<sup>5)</sup>.

Dem Einfluß des Hanges ist der Wille des Täters ständig in der Weise unterworfen, daß in ihm die Vorstellungen, die ihn vom Verbrechen fernhalten, schwächer als die zum Delikt treibenden sind.

c) Wie der Hang entstanden ist, muß gleichgültig sein. Es macht also keinen Unterschied, ob der Hang auf an-

geborenen, charakterlichen Anlagen beruht oder ob er erst durch spätere wiederholte Verübung von Straftaten erworben ist<sup>6)</sup>.

Entscheidend ist vielmehr ausschließlich die Tatsache, daß der Hang vorhanden ist. Es wäre auch nicht einzusehen, aus welchem Grunde die Fälle des angeborenen, verbrecherischen Hanges, die nach den Erkenntnissen der Vererbungslehre und Kriminalbiologie die anderen zahlenmäßig übersteigen, durch die Vorschriften über die Sicherungsverwahrung nicht erfaßt werden sollten.

Es ist daher unzutreffend, wenn Lobe<sup>7)</sup> unter „Gewohnheitsverbrechern“ solche Täter verstanden wissen will, „bei denen sich ein durch Übung ausgebildeter, selbsttätig fortwirkender Hang als dauernde Eigenschaft der Persönlichkeit entwickelt hat“. Diese Begriffsbestimmung ist offensichtlich in zu enger Anlehnung an die „Gewohnheitsmäßigkeit“ gegeben und hierbei die obenbezeichnete Unterscheidung nicht gemacht worden. Das RG. ist der Auffassung Lobe's ebenfalls nicht gefolgt, sondern hat in ständiger Rechtsprechung zum Ausdruck gebracht, daß es ausschließlich auf das Vorhandensein des Hanges, nicht auf die Art der Entstehung ankomme<sup>8)</sup>.

d) Die weitere Frage ist, ob sich der Hang in einer bestimmten Richtung — im Sinne einer Gleichartigkeit der Straftaten etwa durch Verletzung der gleichen Rechtsgüter — entwickelt haben muß. Im Wortlaut des Gesetzes selbst ist über eine derartige Voraussetzung nichts gesagt. Es muß daher angenommen werden, daß eine Gleichartigkeit der Delikte nicht erforderlich ist. Es können folglich auch solche Straftaten als Grundlage für die Entscheidung über das Vorhandensein der Eigenschaft als eines Gewohnheitsverbrechers herangezogen werden, die in der Art des verletzten Rechtsgutes nicht übereinstimmen. Es sind durchaus Fälle denkbar, in denen festgestellt wird, daß dem Täter ganz allgemein jegliches Empfinden für Recht oder Unrecht abgeht und daß er sich dementsprechend gegen die Normen der Strafrechtsordnung auflehnt<sup>9)</sup>.

Jedoch müssen sämtliche Straftaten dieser Art, die zur Beurteilung verwertet werden, auf einem allgemein gearteten, verbrecherischen Hange beruhen, und es bedarf einer sorgfältigen dahingehenden Prüfung in jedem Einzelfall. Es soll hierbei nicht verkannt werden, daß ein allgemeiner, verbrecherischer Hang verhältnismäßig selten vorkommen wird und daß in Fällen dieser Art die Feststellung des eben genannten Hanges als wesentliche Verbrechensursache ungleich schwieriger ist, als wenn der Täter wiederholt ein bestimmtes Rechtsgut oder mindestens ähnliche Rechtsgüter verletzt hat.

Wie bereits betont, wird die Prüfung der weitaus meisten Fälle eine Gleichartigkeit der Straftaten ergeben. Zu dieser ist folgendes zu bemerken: Die „chronische Kriminalität“ richtet sich in erster Linie gegen drei Rechtsgüter: Vermögen — Leib und Leben — Sittlichkeit. Dem entsprechen die charakterlichen Triebrichtungen des Verbrechers: Eigennutz und Geschlechtstrieb — wobei wiederum Angriffe auf Leib und Leben sowohl auf Eigennutz wie auch auf Geschlechtstrieb zurückgeführt werden können.

Wird im Einzelfall eine häufig wiederholte Straftat nachgewiesen, die sich gegen das gleiche Rechtsgut gerichtet hat, so ist erstens ein zwingendes Indiz für das Vorhandensein eines verbrecherischen Hanges gefunden. Zweitens kann man den Täter — falls die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind — über die Eigenschaft eines „Gewohnheitsverbrechers“ hinaus meist in den speziellen Typ des „Berufsverbrechers“ einreihen. Dies gilt insbesondere für den Fall, daß es sich um Angriffe auf das Rechtsgut des Vermögens handelt und daß sich außerdem eine Übereinstimmung in der Art des verbrecherischen Vorgehens erkennen

<sup>1)</sup> So das RGSt. 32, 396.

<sup>2)</sup> So auch RGSt. 59, 142 und Schäfer-Wagner-Schäfer-Heutle, „Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und Maßregeln der Sicherung und Besserung“, 1934, S. 42.

<sup>3)</sup> So auch Schäfer a. a. O. S. 43 und Otto, „Der Hang zum Ungeheuerlichen im Lichte des Gewohnheitsverbrechergesetzes“, 1935; „Strafrechtliche Abhandlungen“, S. 8, 9.

<sup>4)</sup> Schäfer a. a. O. S. 45.

<sup>5)</sup> So auch RGSt. 68, 154 ff. = JW. 1934, 1662<sup>28</sup> m. Anm.

<sup>6)</sup> So auch RG. v. 23. Juni 1938, 2 D 258/38; JW. 1938, 2129<sup>1</sup>; RG. v. 2. Sept. 1938, 1 D 521/38; JW. 1938, 3101<sup>1</sup>.

<sup>7)</sup> EpzKomm., Nachtrag zu Bd. I, 1934.

<sup>8)</sup> So auch RG. v. 11. Okt. 1938, 4 D 677/38; JW. 1938, 3101<sup>1</sup>; DJ. 1938, 1795<sup>1</sup>.

<sup>9)</sup> RG. v. 31. Jan. 1935, 5 D 507/34; JW. 1935, 932<sup>10</sup>; RG. v. 10. Jan. 1935, 2 D 1506/34; JW. 1935, 932<sup>11</sup>; RGSt. 68, 156 = JW. 1934, 1662<sup>28</sup> m. Anm.; Schäfer a. a. O. S. 49, 50.

läßt. Je deutlicher die Übereinstimmung zutage tritt, um so leichter ist naturgemäß die Feststellung eines Hanges. Man hat hierbei hauptsächlich an bestimmte Typen von „Berufsverbrechern“ zu denken: Hochstapler — Geldschrankräuber — Taschendiebe — Heiratschwindler — Hoteldiebe — Versicherungsschwindler usw.

Die Tatsache, daß die Gleichartigkeit der strafbaren Handlung die Feststellung des „Hanges“ als Voraussetzung für die Eigenschaft des Gewohnheitsverbrechers wesentlich erleichtert, ändert aber nichts daran, daß eine Gleichartigkeit oder Ähnlichkeit kein begriffsmäßiger Bestandteil des Hanges ist.

Anderer Auffassung sind wiederum Lobe a. a. O. und Otto<sup>10)</sup>, deren Ausführungen aus den obigen Gründen nicht geteilt werden können. Besonders gilt dies für die Ansicht Lobes, daß eine „ganz allgemeine, asoziale Einstellung und Bereitschaft für schlechtthin jede Straftat, gleichviel welche, wie man sie etwa bei Anarchisten und berufsmäßigen Verbrechern finde, noch keine Gewohnheit bedeute“. Gerade der „Berufsverbrecher“ handelt aus innerem Hang heraus — also aus Gewohnheit.

e) Es bedarf endlich einer ausdrücklichen Feststellung, daß zwischen jeder der von Gesetz geforderten drei Straftaten und dem Hang ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Das heißt, es muß positiv nachgewiesen werden, daß mindestens drei der Vergehen ihre wesentliche Ursache in dem verbrecherischen Hang des Täters haben — wobei wiederum unerheblich ist, daß auch andere, äußere Umstände den Täter beeinflussen haben. Nur muß das Schwergewicht der Ursachen durch den Hang ausgemacht werden. Stellt sich jedoch heraus, daß eine Tat mehr infolge Einwirkung äußerer Momente entstanden ist, so scheidet sie als Bewertungsgrundlage für die Frage der „Gewohnheit“ aus.

Die Entscheidung ist in jedem Einzelfall Tatfrage. Sie ist schwierig, wenn bei Begehung von Vermögensdelikten oder Vergehen gegen Leib und Leben eine wirtschaftliche Notlage gegeben war. Die tatsächliche Würdigung einer derartigen Sachlage wird besonders sorgfältig anzustellen sein, da sich der Täter fast regelmäßig auf seine schlechten wirtschaftlichen Verhältnisse berufen wird, um auf diese Weise die Verneinung des verbrecherischen Hanges zu erreichen.

Grundsätzlich ist hierzu zu bemerken, daß eine „Notlage“ das Gegebensein eines Hanges unter bestimmten Voraussetzungen zwar ausschließen kann — daß dies aber nur in den wenigsten Fällen tatsächlich zutreffen wird. Denn es genügt nicht, daß wirtschaftliche Not überhaupt vorhanden ist — diese wird nämlich in der Mehrzahl aller Fälle mitgespielt haben. Es muß darüber hinaus ausdrücklich darauf eingegangen werden, ob der Täter alles getan hat, was von ihm unter den gegebenen Umständen verlangt werden konnte, um der Not auch ohne Begehung eines Vergehens Herr zu werden. Zu denken ist hierbei an die Inanspruchnahme von Fürsorgebehörden, der NSB., Arbeitsvermittlung und sonstigen Einrichtungen. Erst wenn festgestellt wird, daß der Täter alle ihm zu Gebote stehenden Möglichkeiten erschöpft und keine geeigneten Schritte unterlassen hat, die zu einer Besserung seiner wirtschaftlichen Notlage hätten führen können, kann die Geeignetheit einer Straftat als Indiz für den verbrecherischen Hang des Täters verneint werden.

Zu betonen ist außerdem, daß die diesbezüglichen Anforderungen in Zeiten eines allgemeinen wirtschaftlichen Aufstiegs — der sich sogar günstig auf die Wiederbeschäftigung von Vorbestraften auswirkt — besonders hohe sein müssen. Oft wird man daher in der Praxis zu dem Ergebnis gelangen, daß sich der Täter schon bei verhältnismäßig geringer äußerer Notlage aus innerer Willensschwäche heraus zur Tat verleiten ließ oder sogar die Not als nicht unwillkommenen Anlaß zur Betätigung des ihm innewohnenden Hanges benutzte, um in die durch das Strafrecht geschützte Sphäre Dritter einzugreifen.

Das RG. hat dann auch in zahlreichen Fällen Urteile der untergeordneten Gerichte mit der Begründung aufgehoben, daß die Bedeutung des Vorhandenseins einer wirtschaftlichen Notlage verkannt und keine ausreichende Prüfung der Frage vorgenommen worden sei, ob der Täter den an ihn zu stellenden Anforderungen genügt habe<sup>11)</sup>. Allerdings hat sich das RG. in der Entscheidung v. 6. Dez. 1937, 2 D 748/37 = JW. 1937, 166 in dieser Beziehung mißverständlich ausgedrückt. Es hat dort eine Formulierung gewählt, aus der geschlossen werden konnte, daß das Gegebensein einer Notlage oder anderer äußerer Umstände den verbrecherischen Hang ohne weiteres begriffsmäßig ausschließt. In diesem Urteil heißt es nämlich: „... weil es sich erst nach weiterer Aufklärung beurteilen läßt, ob das strafbare Tun des Angekl. auf einem festeingewurzelten verbrecherischen Hang beruht oder auf Not, Verführung oder Gelegenheit zurückzuführen ist.“ Diese uneingeschränkte Gegenüberstellung der Begriffe „Not“ und „Hang“ kann Anlaß zu dem eben genannten Mißverständnis geben.

### Der „gefährliche“ Gewohnheitsverbrecher

II. Zur Anordnung der Sicherungsverwahrung reicht nicht allein die Feststellung aus, daß der Täter ein „Gewohnheitsverbrecher“ ist. Es muß vielmehr nach dem Wortlaut des Gesetzes hinzukommen, daß er auch ein „gefährlicher“ Gewohnheitsverbrecher ist.

Das Wort „Gefährlichkeit“ bringt bereits sprachlich zum Ausdruck, daß jemand nur dann „gefährlich“ sein kann, wenn von ihm für die Zukunft eine Schädigung zu befürchtet ist. In diesem Zusammenhang kommen nur solche Schädigungen in Betracht, die von der Persönlichkeit des Täters ausgehen — die also infolge des ihm innewohnenden verbrecherischen Hanges zu erwarten sind. Der Schaden selbst kann wiederum nur darin bestehen, daß der Täter erneut Straftaten begehen und damit Rechtsgüter verletzen wird.

Der Begriff der „Gefährlichkeit“ läßt sich jedoch noch weiter abgrenzen, und zwar nach folgenden drei Merkmalen:

a) Der Eintritt der erneuten Straftat muß mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit in Aussicht stehen.

Es reicht daher nicht die rein tatsächliche „Möglichkeit“ des Schadens aus, sondern diese muß einen solchen Grad erreichen, der sie zur „Wahrscheinlichkeit“ werden läßt. Mit anderen Worten: Die Möglichkeit der künftigen Straffälligkeit muß größer sein als die, daß der Täter straffrei bleiben wird. Nicht erforderlich ist es aber, daß die Wahrscheinlichkeit bereits an eine Sicherheit grenzt. Wollte man nämlich derart weit gehen, so würde dies dazu führen, daß die Feststellung einer erneuten Begehung von Straftaten nur in den seltensten Fällen getroffen und daß auf diese Weise der Zweck des Gesetzes nicht erreicht werden könnte<sup>12)</sup>.

b) Es muß wahrscheinlich sein, daß der Täter sich in Zukunft wieder kriminell betätigen — also neue Straftaten begehen wird. Hierbei muß es wiederum genügen, wenn lediglich eine allgemeine Straffälligkeit zu befürchtet ist. Nicht dagegen ist es Voraussetzung, daß die zu erwartende Gefahr eine bestimmte Richtung erkennen läßt. Es kommt mithin nicht darauf an, welche Person und welche Rechtsgüter der Gefahr einer Verletzung ausgesetzt sind — wenn nur überhaupt Angriffe auf die Rechtssicherheit nicht von der Hand zu weisen sind.

c) Es reicht aber nicht jede Schädigung aus, sondern diese muß zumindestens einen solchen Umfang erreichen, daß man von einer gewissen Erheblichkeit sprechen kann, die den „Schaden“ von einer bloßen „Störung“ unterscheidet<sup>13)</sup>.

<sup>11)</sup> RG. v. 26. April 1938, 4 D 206/38; DJ. 1938, 1157; RG. v. 20. Mai 1938, 4 D 347/38; JW. 1938, 2130<sup>2</sup>; RG. vom 21. Juli 1938, 3 D 416/38; JW. 1938, 2331<sup>1</sup>; RG. v. 26. Juli 1938, 1 D 527/38; JW. 1938, 2890<sup>2</sup>; RG. v. 29. Juli 1938, 1 D 491/38; JW. 1938, 2890<sup>3</sup>.

<sup>12)</sup> So auch RGSt. 68, 155 f. = JW. 1934, 1662<sup>28</sup> m. Anm.

<sup>13)</sup> RG. v. 8. Juli 1937, 2 D 364/37; JW. 1937, 2373<sup>27</sup>; RG. v. 12. Juli 1938, 1 D 461/38; JW. 1938, 2331<sup>2</sup>; RG. vom 23. Juni 1938, 2 D 258/38; JW. 1938, 2129<sup>1</sup>.

<sup>10)</sup> Otto, „Der Hang zum Ungesetzlichen im Lichte des Gewohnheitsverbrechergesetzes unter besonderer Berücksichtigung des Schuld moments“; „Strafrechtliche Abhandlungen“, 1934, S. 31, 41.

Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes, indem § 20 a StGB. verlangt, daß nur „Verbrechen und vorfällliche Vergehen“ bei der Wertung der Gefährlichkeit herangezogen werden. Diese Erheblichkeit ist erstens auf Grund des Umfanges des zu erwartenden materiellen Schadens festzustellen. Man darf aber nicht so weit gehen, daß die Straftaten einen besonders hohen Umfang in ihrer schädigenden Wirkung haben. Maßgebend ist vielmehr, daß die Rechtsicherheit durch zahlreiche, aber im Einzelfall sich geringfügig auswirkende Straftaten erheblich gefährdet werden kann<sup>14)</sup>.

Die Entscheidung dieser Frage hängt daher jeweils von den besonderen Umständen des betreffenden Falles ab.

Zweitens kann die Erheblichkeit des zu erwartenden Schadens auch aus der Art der Begehung der Straftat entnommen werden. Dies gilt insbesondere für den Fall, daß der Täter bei seinem bisher befanntgewordenen Vorgehen eine gewisse Raffiniertheit und Routine an den Tag gelegt hat<sup>15)</sup>.

### Die „Gesamtwürdigung“

III. a) Da die Voraussetzungen dieser sämtlichen Begriffsmarkmale gegeben sind, muß sich aus der Gesamtwürdigung der einzelnen Umstände von mindestens 3 Straftaten entnehmen lassen. Diese Straftaten sind — wie sich aus dem Ausdruck „Gesamtwürdigung“ ergibt — nicht einzeln für sich zu betrachten, sondern sie sind als einheitliches Ganzes zu werten. Mithin braucht nicht jede Tat für sich allein gesehen bereits die Symptome des „gefährlichen Gewohnheitsverbrechens“ erkennen zu lassen. Es genügt vielmehr, wenn dies bei jeder Tat in Verbindung mit den anderen zutrifft.

Wie bereits ausgeführt, ist lediglich Voraussetzung, daß bei jeder Tat der verbrecherische Gang unsäglich für ihre Begehung gewesen ist.

b) Von außerordentlicher Bedeutung ist weiterhin die Frage, auf welchen Zeitpunkt bei dieser Gesamtwürdigung — insbesondere bei der Frage der Gefährlichkeit — abzustellen ist. Hierbei kann es nur auf den Zeitpunkt der Hauptverhandlung ankommen. Es sind also bei der Entscheidung nur die Tatsachen vom Gericht heranzuziehen, die sich bis zur Hauptverhandlung ereignet haben. Die Persönlichkeit des Täters ist demnach ausschließlich im Hinblick auf seine Vergangenheit zu beurteilen. Von dieser Grundlage aus ist die Prognose für die Zukunft dahin zu stellen, ob der Täter ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher im Sinne der obigen Ausführungen ist oder nicht.

Als besonders typische Kennzeichen kommen hierbei — wie bereits zum Ausdruck gebracht worden ist, insbesondere folgende Gesichtspunkte in Betracht: die bisherige zeitliche Aufeinanderfolge der einzelnen Straftaten — die innere Einstellung des Täters zur Tat, z. B. erwiesener verbrecherischer Wille oder Gleichgültigkeit, Willensschwäche — die Wirkung der bisherigen Freiheitsstrafen.

Dagegen haben bei der Entscheidung über die Frage der Eigenschaft als eines „gefährlichen Gewohnheitsverbrechens“ alle Umstände außer Betracht zu bleiben, die zeitlich nach der Hauptverhandlung liegen. Hierbei ist hauptsächlich an die Einwirkung der noch zu verhängenden Freiheitsstrafe und an die seelische Verfassung des Täters zur Zeit der Entlassung aus der Strafhaft zu denken.

Daß die Erörterung dieser Gesichtspunkte in diesem Zusammenhang zu unterbleiben hat, ergibt sich schon daraus, daß zur Zeit der Entscheidung über die Frage der „Gefährlichkeit“ noch gar nicht feststeht, eine wie hohe Freiheitsstrafe der Täter zu verbüßen hat. Denn diese kann erst ihrer Höhe nach festgesetzt werden, nachdem der Täter als „gefährlicher Gewohnheitsverbrecher“ qualifiziert worden ist.

Das RG. hat dann auch in einer Reihe von Fällen Urteile aufgehoben, in denen diese Erwägungen nicht angestellt

worden waren und in denen die unteren Instanzen bereits bei der Frage der Gefährlichkeit auf die voraussichtliche Einwirkung der Haft auf den Täter und seine seelische Verfassung zu dem späteren Zeitpunkt eingegangen waren<sup>16)</sup>.

Das RG. hat allerdings diese Grundsätze in eindeutiger Schärfe erst in letzter Zeit aufgestellt. Das oft zitierte Urteil v. 19. April 1934, 2 D 333/34: RGSt. 68, 150 u. 158 = JW. 1934, 1662<sup>28)</sup> m. Anm. ist in der Praxis offensichtlich mißverstanden worden. Das RG. hatte hervorgehoben, daß es bei Prüfung der Sachlage nicht außer Betracht bleiben könne, ob die „Gefährlichkeit“ des Verurteilten auch noch im Zeitpunkt seiner Entlassung aus der Strafhaft bestehe oder voraussichtlich noch bestehen werde. Es hatte weiterhin in diesem Zusammenhang auf einen möglicherweise zu erwartenden, besondern Einfluß der Strafverbüßung hingewiesen.

Die unteren Gerichte haben nun aber vielfach verkannt, daß sich dieser Grundsatz des RG. ausschließlich auf die Frage des Erfordernisses der öffentlichen Sicherheit bezog und daß Erwägungen in der eben genannten Richtung noch nicht bei der Frage der Eigenschaft als eines „gefährlichen Gewohnheitsverbrechens“ anzustellen sind — die Prüfung beider Fragen also insoweit voneinander unabhängig vorzunehmen ist.

Zusammenfassend kann der Begriff des gefährlichen Gewohnheitsverbrechens wie folgt formuliert werden:

Der Täter ist ein „gefährlicher Gewohnheitsverbrecher“, wenn sich aus der Gesamtwürdigung von mindestens drei Straftaten zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung eine bestimmte Wahrscheinlichkeit dafür ergibt, daß er in Zukunft die Rechtsicherheit durch erneute, seinem Gang zu Verbrechen entspringende Straftaten in erheblichem Umfange stören wird.

### B. Die „öffentliche Sicherheit“

Hat das Gericht die Gefährlichkeit des Täters angenommen und eine entsprechende Strafschärfung ausgesprochen, so ist zu prüfen, ob unter diesen Umständen die „öffentliche Sicherheit“ die Anordnung der Sicherungsverwahrung erfordert.

Dies ist der Fall, wenn nach der Persönlichkeit des Täters die Gefahr besteht, daß er auch in Zukunft erhebliche Angriffe auf strafrechtlich geschützte Rechtsgüter unternehmen wird<sup>17)</sup>.

Die „öffentliche Sicherheit“ ist also begrifflich eng mit der „Gefährlichkeit“ in dem oben erörterten Sinne verbunden. Denn die Frage, ob die öffentliche Sicherheit die Maßnahme der Sicherungsverwahrung erfordert, setzt voraus, daß der Täter erstens „gefährlich“ ist — denn sonst könnte er die „Sicherheit“ nicht bedrohen —, zweitens muß darüber hinaus die Gefährlichkeit einen besonderen Grad erreichen. Und zwar ist dieser Grad dadurch gekennzeichnet, daß eine Prüfung darüber angestellt wird, ob der Täter voraussichtlich auch noch im Zeitpunkt seiner Entlassung aus der Strafhaft als „gefährlich“ anzusprechen sein wird<sup>18)</sup>.

Es muß also — auch unter Berücksichtigung seiner Vergangenheit — untersucht werden, welches wahrscheinlich der charakterliche und seelische Zustand des Verurteilten sowie seine Lebensverhältnisse im eben genannten Zeitpunkt sein werden. Es sind bei dieser Frage eingehende Feststellungen zu treffen, wie sich — wiederum unter Berücksichtigung der früheren mit dem Täter gemachten Erfahrungen — die Strafhaft vermutlich auswirken wird — ob sie einen derart tiefen Einfluß auf den Täter ausüben kann, daß die Intensität des dem

<sup>14)</sup> So auch RG. v. 5. April 1938, 1 D 108/38: DJ. 1938, 1156; RGSt. 68, 98 = JW. 1934, 1496<sup>13)</sup> m. Anm.

<sup>15)</sup> RG. v. 23. Juni 1938, 2 D 258/38: JW. 1938, 2129<sup>1)</sup>; RG. v. 1. Sept. 1938, 2 D 465/38: DJ. 1938, 1795.

<sup>16)</sup> RG. v. 11. Okt. 1938, 4 D 677/38: JW. 1934, 1662<sup>28)</sup> m. Anm. = DJ. 1938, 1795; RG. v. 17. Sept. 1938, 1 D 362/38: JW. 1938, 2269<sup>1)</sup>; RG. v. 2. Sept. 1938, 1 D 521/38: JW. 1938, 3101<sup>1)</sup>.

<sup>17)</sup> So auch RG. v. 11. Okt. 1938, 4 D 677/38: JW. 1938, 3101<sup>2)</sup> = DJ. 1938, 1795; RG. v. 28. Juli 1938, 5 D 387/38: JW. 1938, 2890<sup>1)</sup>.

<sup>18)</sup> Vgl. die zitierten Entscheidungen zu Ziff. 17.

Täter bisher innewohnenden Ganges erheblich gemindert sein wird und er nicht mehr als „gefährlicher“ Gewohnheitsverbrecher betrachtet werden kann. Bei der Entscheidung dieser Frage kann — besonders dann, wenn noch eine lange Freiheitsstrafe zu verbüßen ist — das jeweilige Alter eine erhebliche Rolle spielen, da nach den Erfahrungen des täglichen Lebens mit zunehmendem Alter der Wille zum Verbrechen „abklingen“ wird<sup>19)</sup>.

Auch ist zu prüfen, ob die wirtschaftlichen Verhältnisse zur Zeit der Entlassung aus der Strafhast bessere sein werden, als dies bisher der Fall gewesen ist. Ebenfalls ist der familiäre Lebenskreis des Verurteilten zu berücksichtigen, denn es wäre denkbar, daß ein Verbrecher, den nach seiner Entlassung einigermaßen geordnete wirtschaftliche und persönliche Verhältnisse erwarten, von der Begehung weiterer Straftaten ablassen wird, wenn er dem besseren Einfluß einer geeigneten starken Persönlichkeit ausgesetzt ist.

Zu berücksichtigen ist hierbei aber, daß nach den praktischen Erfahrungen mit langjährig Vorbestraften deren wirtschaftliche Lage nur in den seltensten Fällen nach der Strafentlassung wesentlich besser und so gut sein werden, daß der Täter mit Wahrscheinlichkeit nicht erneut rückfällig wird.

Ähnlich steht es mit den familiären Bindungen eines Gewohnheitsverbrechers. Im allgemeinen wird sich die Familie von dem Verurteilten längst losgesagt haben — dann nämlich, wenn sie selbst einwandfrei ist. Meist wird sie erkannt haben, daß dem Täter nicht mehr zu helfen und er nicht mehr besserungsfähig ist. Wenn die Familie aber die Beziehungen aufrechterhält, wird sie häufig selbst nicht besonders wertvoll sein und daher keinen Grund zur Annahme dafür bieten können, daß durch ihren Einfluß der Verurteilte in Zukunft günstig beeinflusst werden kann. Die geringste Aussicht auf Besserung besteht in dieser Hinsicht bei den sogenannten „Verzweifeltverbrechern“.

Endlich kann von der Anordnung der Sicherungsverwahrung unter Umständen abgesehen werden, wenn bereits andere Sicherungsmaßnahmen den ausreichenden Schutz für die öffentliche Sicherheit gewährleisten, z. B. polizeiliche Über-

<sup>19)</sup> So auch RG. v. 11. Okt. 1938, 4 D 677/38: JZ. 1938, 3101<sup>2</sup> = DZ. 1938, 1795.

wachung, Verbot des Berufes, Untersagung des Verkehrs mit bestimmten Personen usw.<sup>20)</sup>.

In allen Fällen ist jedoch nicht das Interesse des Verurteilten maßgebend. — In erster Linie ist vielmehr auf die Sicherheit der Allgemeinheit Rücksicht zu nehmen.

Die Anordnung der Sicherungsverwahrung kann daher nur dann unterbleiben, wenn ganz schwerwiegende Gründe die Besserung des Täters wahrscheinlich sein lassen. Diese Wahrscheinlichkeit muß aber einen hohen Grad erreichen — den Grad nämlich, der in Fällen dieser Art überhaupt erreicht werden kann<sup>21)</sup>.

Es genügt hiernach nicht, wenn nur eine „Möglichkeit“ oder eine „Vermutung“ für die Besserung besteht<sup>22)</sup>.

Ebensonenig reicht es aus, wenn lediglich die Feststellung getroffen wird, daß das spätere Unterlassen weiterer Straftaten „nicht ausgeschlossen“ ist.

Es müssen im Gegenteil positive und überzeugende Gründe für die Annahme gegeben werden, daß die künftige Besserung des Verurteilten wahrscheinlich ist.

Gerade auf diese Feststellung hat das RG. in einer Reihe erst kürzlich ergangener Entscheidungen außerordentlichen Wert gelegt und Urteile der unteren Instanzen aufgehoben, die diesen Erfordernissen nicht in ausreichendem Umfange entsprochen haben<sup>23)</sup>.

Abschließend darf bemerkt werden, daß der mit den neuen Gesetzesvorschriften beabsichtigte Zweck — Sicherheit der Allgemeinheit — dann erreicht werden dürfte, wenn bei der Entscheidung über die Frage, ob die Sicherungsverwahrung im Einzelfall anzuordnen ist, stets die aufgezeigten Grundsätze zugrunde gelegt werden.

<sup>20)</sup> So RG. v. 11. Okt. 1938, 4 D 694/38: DZ. 1938, 1797; RG. v. 29. Juli 1938, 1 D 491/38: JZ. 1938, 2891<sup>3</sup>.

<sup>21)</sup> RG. v. 26. Sept. 1938, 2 D 606/38: JZ. 1938, 3029<sup>2</sup>; RG. v. 30. Sept. 1938, 1 D 588/38: JZ. 1938, 3029<sup>3</sup>; RG. vom 21. Juli 1938, 3 D 416/38: JZ. 1938, 2331<sup>1</sup>; RG. v. 17. Juni 1938, 1 D 362/38: JZ. 1938, 2269<sup>1</sup>; RG. v. 11. Okt. 1938, 4 D 694/38: DZ. 1938, 1797; RG. v. 11. Okt. 1938, 4 D 677/38: JZ. 1938, 3101<sup>2</sup> = JZ. 1938, 1795.

<sup>22)</sup> So auch RG. v. 28. Juli 1938, 5 D 387/38: JZ. 1938, 2890<sup>1</sup> sowie die unter Ziff. 21 zitierten Entscheidungen.

<sup>23)</sup> Vgl. die unter Ziff. 21 und 22 angeführten Entscheidungen.

## Gewerbsmäßige Hehlerei-Handlungen

Von Anwaltsassessor Dr. Graf von Pestalozza, Berlin

Den Ausführungen von Bellmer: JZ. 1938, 2884 ff. über obiges Thema kann nicht beigetreten werden.

Die Entscheidung des 2. StrSen. v. 8. Juli 1938 (vgl. JZ. 1938, 2338) geht davon aus, daß bei gewerbsmäßiger Hehlerei (§ 260 StGB.) die einzelnen Fehlerhandlungen ihre Selbstständigkeit behielten. Diese Entscheidung des RG. stellt eine folgerichtige Weiterführung des Grundgedankens des § 260 dar. Dieser Grundgedanke des § 260 StGB. ist sicherlich derselbe wie bei allen übrigen Delikten, bei denen die gewerbsmäßige Begehungsart einen Straferhöhungsgrund bildet. Der Täter, der gewisse Vorstrafen gewerbsmäßig verübt, ist in seiner Persönlichkeit anders zu beurteilen als der Gelegenheitsverbrecher. Die Absicht, aus der Begehung solcher Straftaten einen dauernden Erwerb zu erzielen, charakterisiert den Täter als besonderen Typ. (So, sehr mit Recht, Kohlsrausch, „Der Sammelbegriff der Sammelstraftat“: AbtZ. 1938, 473 ff. [S. 474 r.].) Diesem Sinn des § 260, einen besonderen Tätertyp unter eine erhöhte Strafe zu stellen, steht die angeführte Entscheidung des RG. keineswegs entgegen. Darüber wird weiter unten noch einiges zu sagen sein.

Die vom 2. Senat vertretene Rechtsauffassung steht auch in Einklang mit der vom Großen Strafsenat für den Bereich der gewerbsmäßigen Abtreibung getroffenen Entscheidung (vgl. JZ. 1938, 151). Der Große Senat hat bekanntlich die Selbst-

ständigkeit der einzelnen Abtreibungshandlungen bei gewerbsmäßiger Begehung daraus hergeleitet, daß das StGB. in § 218 Abs. 4 Satz 1 die Abtreibung ohne Einwilligung der Schwangeren und die gewerbsmäßig begangene Abtreibung völlig gleichwertig nebeneinander stelle, und daß es daher nicht angehe, Betätigungen dieser Art rechtlich verschieden zu behandeln, wobei es klar sei, daß mehrere Abtreibungen ohne Einwilligung in der Regel als mehrere Handlungen anzusehen seien. Der Senat hat bei seiner Begründung im übrigen auch großes Gewicht auf die Entstehungsgeschichte der Strafbestimmung des § 218 und vor allem auch darauf gelegt, daß die Auffassung, mehrere Fälle gewerbsmäßiger Abtreibung seien einem „Gewerbebetrieb“ gleichzusetzen und deshalb strafrechtlich als Einheit zu behandeln (in diesem Sinne bekanntlich die bisherige Rechtsprechung), im Gesetz keine Stütze finde. Es kann nun allerdings keinem Zweifel unterliegen, daß die Begründung des Großen Senats nicht in vollem Umfange durchschlägt. Dies hat Kohlsrausch in seinem Beitrag „Der Sammelbegriff der Sammelstraftat“ (AbtZ. S. 473 ff.) überzeugend nachgewiesen. Jedoch muß man sich hierbei vor Augen halten, daß der Große Senat mit seiner Entscheidung, vom Standpunkt der ständigen Rechtsprechung des RG. aus gesehen, völligem Neuland betreten hat. Wer die reichsgerichtliche Judikatur auf allen Rechtsgebieten aufmerksam verfolgt, wird



feststellen können, daß das RG. bei Aufgabe einer lang geübten Rechtsprechung gern geneigt ist, formal zu begründen. Es ist ja so, daß das RG. nur in den allerersten Fällen verrät, welche rechtspolitischen Gesichtspunkte mitbestimmend gewesen sind. So verstanden mußte die Abtreibungsentscheidung des Großen Senats nur als ein erster, wenn auch entscheidender Schritt ins rechtliche Neuland angesehen werden. Wie richtig diese Meinung ist, zeigt die erwähnte Entscheidung des 2. Senats. In ihr heißt es, daß der Große Senat nicht habe angerufen werden müssen, „weil bei der erfolgten Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung es sich im wesentlichen um ein Anwenden der auch für die Entscheidung des Großen Strafsenats maßgebend gewesenen richtigen Gesichtspunkte handelte“. Es geht demnach nicht an, die Entscheidung des 2. Senats deshalb abzulehnen, weil sie der (aus oben dargelegten Gründen formalen) Begründung des Großen Senats widerspreche.

Abgesehen von diesem unzutreffenden grundsätzlichen Standpunkt sind m. E. die Darlegungen Bellmers auch im einzelnen abzulehnen. Bellmer sagt: Das Gesetz stelle in § 260 StGB. die gewerbsmäßige und gewohnheitsmäßige Hehlerei völlig gleichwertig nebeneinander und bedrohe beide mit der gleichen Strafe. Dies spreche nicht dafür, daß Betätigungen dieser Art rechtlich verschieden zu behandeln seien. Nun könne aber gewohnheitsmäßige Hehlerei begrifflich immer erst dann vorliegen, wenn der Täter durch mehrere Handlungen seinen unwiderstehlichen Gang zum Verbrechen unter Beweis gestellt habe. Der Rechtsbegriff der gewohnheitsmäßigen Hehlerei fasse also notwendig mehrere Einzelhandlungen zu einer Sammelstrafstat zusammen, die das Gesetz mit einer Strafe bedrohe, und folgere sodann, „in Anwendung der Begründung des Großen Senats“ das gleiche für die Gewerbsmäßigkeit. Hier liegt ein Fehlschluß vor. Es wird davon ausgegangen, daß bei gewohnheitsmäßiger Begehung eine „Sammelstrafstat“ vorliege, bei der also die einzelnen Begehungen zu einer rechtlichen Einheit zusammengefaßt werden. Aber gerade dies ist doch hier die Frage. Es ist gerade zu bestreiten, daß der Begriff der Sammelstrafstat (in dem Sinne des Kollektivdelikts, wie man früher sagte) im Gesetz seine Begründung hat. Vielmehr ist er aus praktischen Gründen erst von der Rechtsprechung geschaffen und ist z. B. in Schrifttum von der überwiegenden Meinung stets abgelehnt worden (vgl. die Nachweise bei Rohlr a. u. s. a. D. S. 474 oben links). Selbstverständlich muß also auch bei der gewohnheitsmäßigen Begehung der Begriff der Sammelstrafstat seine Bedeutung verloren haben. Es ist doch so, daß, wenn das RG. heute einen Fall der gewohnheitsmäßigen Begehung zu entscheiden hätte, sein Urteil hinsichtlich der Frage der Selbständigkeit der einzelnen Begehungsakte ebenso ausfallen würde wie bei der Gewerbsmäßigkeit! Die Entscheidungen des RG., um die es hier geht, haben naturgemäß Gültigkeit für jede Art der sogenannten Kollektivverbrechen, gleichgültig, ob es sich um Gewerbsmäßigkeit, Gewohnheitsmäßigkeit oder Geschäftsmäßigkeit handelt.

Die Entscheidung des 2. Senats ist auch aus praktischen Gesichtspunkten zu billigen. Gewiß begeht der Rechtsbrecher, der aus Fehlerhandlungen ein Verbrechen macht, im Laufe eines einzigen Jahres vielleicht Hunderte von gewerbsmäßigen Fehlerhandlungen, und dieser Gesichtspunkt ist ja denn auch z. B. für die Rechtsprechung über den Fortsetzungszusammenhang richtungweisend geworden. So sagt das RG. in seiner den Fortsetzungszusammenhang betreffenden, hier aber ohne weiteres heranziehbaren Entscheidung 70/243 (244), daß es in solchen Fällen als eine „lästige, überflüssige und wunderlich anmutende Arbeit erscheine, wenn in dem Urteil zunächst für jede dieser Straftaten dann gemäß dem § 74 StGB. eine Gesamtstrafe gebildet werden müßte“. — Jedoch erscheinen diese Bedenken zunächst gegenüber der grundsätzlichen Bedeutung der neuen Rechtsprechung, über die weiter unten noch einiges zu sagen ist, unerheblich. Ferner wird ja doch in der Praxis zweifellos von der Möglichkeit

Gebrauch gemacht werden, die § 154 StGB. gewährt. Auf diese Möglichkeit hat der Große Senat in seiner Entscheidung ausdrücklich hingewiesen<sup>1)</sup>.

Man kann auch nicht sagen, daß die Gewerbsmäßigkeit notwendig den Begriff der fortgesetzten Handlung einschließe, und daß das RG. diesen bei allen übrigen Straftaten geltenden Begriff der fortgesetzten Handlung für die Strafstatbestände der gewerbsmäßigen Abtreibung und der gewerbsmäßigen Hehlerei notwendigerweise ausgeschaltet habe. — Es dürfte genügen, demgegenüber darauf hinzuweisen, daß nach der in Praxis und Theorie nahezu einhellig vertretenen Ansicht gewerbsmäßige Begehungsart und Fortsetzungszusammenhang miteinander nichts zu tun haben (vgl. neuestens zu dieser Frage Rohlr a. u. s. a. D. S. 474 r.).

Es ist doch so, daß beim Fortsetzungszusammenhang der einheitliche Gesamtvorsatz die einzelnen Straftaten als rechtliche Einheit erscheinen läßt (wenn man nicht sogar eine natürliche Einheit annehmen will). Die im Fortsetzungszusammenhang begangenen Taten erscheinen als Teillakte jenes Gesamtplanes. Dagegen geht im Falle der Gewerbsmäßigkeit der Vorsatz gerade auf Wiederholung der einzelnen Handlungen, auf mehrere Erfolge (vgl. statt vieler Lpz. Komm. 1929 zu § 260 unter 2).

Ein weiterer Unterschied zwischen gewerbsmäßiger Begehungsart und Fortsetzungszusammenhang ist der, daß für die Gewerbsmäßigkeit bereits eine einzige Begehungshandlung genügt, während der Fortsetzungszusammenhang begrifflich mehrere Akte voraussetzt. Trotz des erforderlichen Gesamtvorsatzes ist der Gesichtspunkt beim Fortsetzungszusammenhang ein objektiver; der Gesamtvorsatz läßt die mehreren Akte lediglich als Teile einer einheitlichen Handlung erscheinen. Dagegen liegt der Schwerpunkt bei der Gewerbsmäßigkeit im Subjektiven. Die gewerbsmäßige Absicht läßt den Täter als besonderen Typ erscheinen, und gerade dies ist, wie oben angedeutet, der Grund der schwereren Bestrafung. Auf mehrfache Begehung kommt es dann überhaupt nicht mehr an. Auch vom Standpunkt des Willensstrafrechtes aus erscheint diese Lösung richtig.

Das Nebeneinander von Gewerbsmäßigkeit und Gewohnheitsmäßigkeit in § 260 vermag hieran nichts zu ändern. Es ist sicherlich richtig, daß die gewohnheitsmäßige Begehung mehrere Begehungsfälle voraussetzt. Jedoch ist auch hier der innere Grund der schwereren Bestrafung die besondere Charakteristik der Täterpersönlichkeit, nur daß eben schon rein sprachlich von einer Gewohnheitsmäßigkeit erst dann gesprochen werden kann, wenn mehrere Begehungsfälle vorliegen. Der Schwerpunkt liegt daher auch bei der Gewohnheitsmäßigkeit durchaus im Subjektiven.

Nach alledem sind die Entscheidungen des RG. über die Selbständigkeit der gewerbsmäßig begangenen Handlungen zu begrüßen. Sie haben eine geradezu symptomatische, rechtspolitische Bedeutung. Ungerechtigkeiten, wie sie vom bisherigen Standpunkt der Rechtsprechung wegen der materiellen Rechtskraft vorkamen und gerade bei den in Frage stehenden Tätertypen vorkommen mußten, werden vermieden. Ferner ist vor allem § 20a Abs. 2 StGB. anwendbar, d. h. Sicherungsverwahrung möglich, wenn nach Aburteilung von zwei gewerbsmäßigen Fällen sich die Begehung weiterer herausstellen sollte.

Es ist daher abschließend zu sagen, daß die Entscheidungen des RG. einen erfreulichen und beachtlichen Schritt vorwärts in unserer Rechtsentwicklung bedeuten.

<sup>1)</sup> Die Bedenken, die Schwarz, „Sammelstrafstat und fortgesetzte Handlung“ in Abdz. 1938, 559 ff. gegen die Entscheidung des Großen Senats äußert, teile ich nicht. Schwarz mißt dem § 154 zu wenig Bedeutung bei (a. a. D. S. 541). Ferner erscheint mir die Anwendung des § 2 auf § 20a Abs. 2 StGB. äußerst zweifelhaft, da es sich in § 20a um keinen „Tatbestand“ handelt, wie ihn § 2 StGB. voraussetzt.

## Zum Begriff der öffentlichen Gewalt

Von Postrat F r i e d r i c h R i c h t e r, Reichspostministerium

In den Entscheidungen<sup>1)</sup>, in denen das RG. in neuester Zeit seine bisherige Rechtsprechung über die Rechtsnatur der Tätigkeit der Deutschen Reichspost und über ihre staatsrechtliche Stellung verlassen und der bisher<sup>2)</sup> noch als „privatrechtlicher Unternehmerbetrieb des Reiches“ bezeichneten Deutschen Reichspost<sup>3)</sup> die Eigenschaft einer Hoheitsverwaltung uneingeschränkt zuerkannt hat, werden die Zweifelsfragen, die sich hinsichtlich des Begriffs der öffentlichen Gewalt als Grundlage der Haftung des Reiches bei Unfällen von Kraftfahrzeugen — insbesondere für die Wehrmacht — ergeben haben<sup>4)</sup>, nun auch in den Bereich der Deutschen Reichspost und in die Beurteilung der sich aus ihrer Tätigkeit ergebenden Rechtsfragen hineingetragen<sup>5)</sup>.

Aber gerade die Tatsache, daß das RG. seine stark bekämpfte<sup>6)</sup> bisherige Rechtsprechung über die staatsrechtliche Stellung der Deutschen Reichspost und deren Auswirkungen aufgab und die Merkmale untersuchte, die ihren Charakter als Hoheitsverwaltung bestimmen, hätte zu einer kritischen Nachprüfung des mit der Staatshoheit und der Hoheitsverwaltung in innerer Verbindung stehenden Begriffs der öffentlichen Gewalt führen müssen, denn öffentliche Gewalt kann immer nur dort ausgeübt werden, wo Staatshoheit geltend gemacht wird, wo eine Hoheitsverwaltung tätig wird.

Der Charakter der Deutschen Reichspost als Reichshoheitsverwaltung ergibt sich nach der Begriffsbestimmung des RG. (RGZ. 158, 88 = JW. 1938, 2668<sup>7)</sup>) allein aus Organisation, staatsrechtlicher Stellung und verwaltungsmäßiger Gliederung der Deutschen Reichspost. Die Art der Tätigkeit der Deutschen Reichspost und ihr Zweck — also die Ausübung der Post- und Fernmeldehoheit und die von der Deutschen Reichspost bewirkte staatliche Führung und Fürsorge auf dem Gebiete des Post-, Fernmelde- und Postcheckdienstes<sup>8)</sup>, mit dem Ziel, dem Staat ein gut funktionierendes Nachrichtenwesen bereitzustellen, und zwar ohne als Einnahmequelle zu dienen und ohne Rücksicht auf Gewinn<sup>9)</sup> — sind also hiernach nicht Tatbestandsmerkmale des Begriffs: Hoheitsverwaltung Deutsche Reichspost.

Damit aber sagt umgekehrt der Charakter einer Verwaltung als Hoheitsverwaltung nichts über die rechtliche Natur der Tätigkeit dieser Verwaltung, die in jedem Einzelfall untersucht werden muß. Zwar kann öffentliche Gewalt nur von einer Hoheitsverwaltung ausgeübt werden, aber eine Hoheitsverwaltung kann auch außerhalb des Bereichs der öffentlichen Gewalt, z. B. bürgerlich-rechtlich, tätig werden (Abschluß privatrechtlicher Geschäfte). Die Ausübung öffentlicher Gewalt bestimmt das RG. ohne eingehende Untersuchung im Anschluß

an die bisher stets vertretene Auffassung<sup>9)</sup> als jede Tätigkeit, die nicht der Wahrnehmung bürgerlich-rechtlicher Belange des Reiches dient.

Es bedarf einer eingehenden Untersuchung, ob diese Begriffsbestimmung: Wahrnehmung nicht bürgerlich-rechtlicher Belange ist Ausübung öffentlicher Gewalt — insbesondere noch heute — Geltung hat. Sie beruht auf der Grundlage, daß Wahrnehmung bürgerlich-rechtlicher Belange bürgerlich-rechtliche Betätigung ist. Die Folgerung aus dieser Erkenntnis kann aber nur lauten: Wahrnehmung nicht bürgerlich-rechtlicher, d. h. also öffentlich-rechtlicher Belange ist öffentlich-rechtliche Betätigung — und nicht in jedem Fall schon Ausübung öffentlicher Gewalt, die ja wieder nur eine bestimmte Form der öffentlich-rechtlichen Betätigung ist. Das RG. geht bei seiner Begriffsbestimmung zwar zutreffend von den mit einer bestimmten Betätigung verfolgten Belangen — Wahrnehmung bürgerlicher oder öffentlich-rechtlicher Belange — also vom Ziel und Zweck der Maßnahmen aus, bestimmt aber die rechtliche Eigenschaft des Tätigwerdens bei der Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Belange unrichtig als Ausübung öffentlicher Gewalt, also nach den Mitteln, mit denen Zweck und Ziel erreicht werden können. Denn Gewaltausübung kann immer nur Mittel zur Erreichung des Zweckes und Weg zum Ziel sein, und das Wahrnehmen öffentlich-rechtlicher Belange kann nicht schon Ausübung von Gewalt sein, weil diese Belange wahrgenommen werden sollen, sondern erst, wenn mit Mitteln des Zwanges vorgegangen wird.

Die Bestimmung der Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Belange dagegen als öffentlich-rechtliche Betätigung befreit diese Definition von dem Merkmal des nicht zu ihr gehörenden Mittels und bringt sie mit den tatsächlichen Verhältnissen in Übereinstimmung. Denn das Reich wird heute, um öffentlich-rechtliche Belange zu verwirklichen, auch ohne Zwangsanwendung tätig. Dann kann aber von öffentlicher Gewalt nur sprechen, wer bei überholten Rechtsauffassungen stehen geblieben ist. Als man — auch noch im Geltungsbereich der Weimarer Verfassung — dem Reich das Recht zum Tätigwerden nur dort zubilligte, wo es ihm ausdrücklich eingeräumt war, da konnte es sich nur als Privatmann — bürgerlich-rechtlich — betätigen oder es mußte, weil die Vermutung gegen seine Befugnisse sprach, Zwangsmittel anwenden können, um sich und die öffentlich-rechtlichen Belange durchzusetzen. Deshalb war hier von öffentlicher Gewalt die Rede. Heute aber, wo die Vermutung stets für die Zuständigkeit des Reiches spricht, kann das Reich seine öffentlich-rechtlichen Aufgaben auch ohne Zwang verwirklichen. Die Volksgemeinschaft fühlt sich heute nicht mehr dem Zwang einer über ihr stehenden öffentlichen Gewalt unterworfen, sondern in das Reich, das ihr Reich ist, eingeordnet — betrachtet die Aufgaben des Reiches als ihre Aufgaben und empfindet die Wahrnehmung der öffentlich-rechtlichen Belange des Reiches als staatliche Fürsorge für das ganze Volk, die nur dort mit Gewalt auftritt, wo einer wider seinen Willen gezwungen werden muß, sich ihr zu unterwerfen.

Aber die Auffassung des RG., jede Tätigkeit, die nicht der Wahrnehmung bürgerlich-rechtlicher Belange des Reiches diene, sei öffentliche Gewalt, gleichgültig, ob es sich um zwangsmäßige oder fürsorgliche dienstliche Betätigung handle<sup>10)</sup>, ist nicht nur aus diesen weltanschaulichen Gründen überholt, sondern auch unzutreffend, weil bei dieser Aufgliederung der öffentlichen Gewalt in zwangsmäßige und fürsorgliche Betätigung nicht vergleichbare Merkmale gegenübergestellt werden. Fürsorge ist immer Zweck und Ziel einer Betätigung; Gewaltanwendung ist immer die Art einer Tätigkeit. Zweck und Ziel des staatlichen Tätigwerdens ist nie die

<sup>1)</sup> Urt. v. 31. Aug. 1937, III 9/37: RGZ. 155, 333 = JW. 1937, 3036 = „Archiv für Post und Telegraphie“ (Postarchiv) 1937, 291 (m. Anm.); Urt. v. 13. Mai 1938, III 167/37: RGZ. 158, 83 ff. = JW. 1938, 2668<sup>7)</sup> = Postarchiv 1938, 328 ff. m. Anm. von Schuster und Kniepmeier.

<sup>2)</sup> Urt. v. 19. Dez. 1932: RGZ. 139, 151 = JW. 1933, 1189<sup>11)</sup> = Postarchiv 1933, 77.

<sup>3)</sup> So nannte sie auch Thob. noch in JW. 1937, 662.

<sup>4)</sup> Thob., „Die Haftung des Reichs- (Wehrmachts-) Fiskus bei Unfällen von Heereskraftfahrzeugen“: JW. 1937, 662; Wagner: JW. 1938, 867 u. 1823.

<sup>5)</sup> Schuster, „Die Anwendbarkeit des Art. 131 der Weimarer Verfassung bei Verkehrsunfällen durch Fahrzeuge im öffentlichen Dienst unter besonderer Berücksichtigung der Deutschen Reichspost“: Jahrb. d. Postwesens 1937, herausgegeben von Körner, Berlin 1938, S. 323 ff.

<sup>6)</sup> Ohnesorge, „Zur Rechtsstellung der Deutschen Reichspost“: AbtZ. 1937, 385 ff.; Körner, „Die organisatorischen Entwicklungslinien der Deutschen Reichspost“: Jahrb. d. Postwesens 1937, 1 ff.

<sup>7)</sup> Ohnesorge: AbtZ. 1937, 385.

<sup>8)</sup> Ohnesorge, „Deutsche Verwaltung“ 1937, 257; so auch Körner, „Die Deutsche Reichspost — eine Hoheitsverwaltung“: „Deutsche Verwaltung“ 1937, 233/35 u. im Jahrb. d. Postwesens 1937, 12 ff.

<sup>9)</sup> RGZ. 155, 186 ff. = JW. 1937, 2516<sup>14)</sup>.

<sup>10)</sup> Urt. v. 19. März 1935: RGZ. 147, 278 = JW. 1935, 1930.

Anwendung von Gewalt, denn dann wären Eingriff und Zwang Selbstzweck und nicht Mittel zum Zweck. Auch wenn der Staat mittels Zwanges eingreift, übt er Fürsorge für das Volk. Die Fürsorge ist damit der Oberbegriff für die staatliche Tätigkeit<sup>11)</sup>, die sich nur in ihren Mitteln unterscheidet.

Wir gewinnen also folgende Begriffsbestimmung: Wahrnehmung nicht bürgerlich-rechtlicher, d. h. öffentlich-rechtlicher Belange ist öffentlich-rechtliche Betätigung, d. h. staatliche Fürsorge. Diese wird nun teils ohne Anwendung von Gewalt, teils mit Anwendung von Gewalt verwirklicht. Sie ist immer öffentlicher Dienst und hoheitliche Tätigkeit, aber nur dort, wo sich jemand einem Zwang unterwirft oder unterwerfen muß, öffentliche Gewalt i. S. des Art. 131 WeimVerf.

Die öffentlich-rechtliche Betätigung zerfällt also in zwei Formen, die sich durch die Art der Ausübung unterscheiden, während die bürgerlich-rechtliche Betätigung nur eine Form kennt. Das ist verständlich, weil nur der Staat auch Gewalt anwenden kann. Aber er braucht es nicht, und zwar auch dann nicht, wenn er öffentlich-rechtliche Belange wahrnimmt, also keinen Erwerb treibt, sondern eine typische Staatsaufgabe erfüllt, wie Postsendungen mittels Kraftwagens vom Postamt zum Bahnhof befördert.

Wenn nun in neuester Zeit die Durchf. d. des GrStG. für den ersten Hauptveranlagungszeitraum vom 1. Juli 1937 (RGBl. I, 733) in § 4 die Begriffe öffentlicher Dienst, öffentliche Gewalt, hoheitliche Tätigkeit einander gleichsetzt, so zeigen die in den Grundsteuerrichtlinien zu § 4 GrStG-Durchf. d. unter Ziff. 11 aufgeführten Beispiele, daß diese Gleichsetzung nicht zutreffen kann, denn es werden als dem öffentlichen Dienst dienend — und damit als öffentliche Gewalt ausübend —, um nur ein Beispiel herauszugreifen, Theater und Anstalten der öffentlichen Fürsorgeerziehung bezeichnet, obwohl zwar, wer der Fürsorgeerziehung unterworfen wird, sich einem Zwang beugen muß, während der Besuch eines Theaters freiwillig ist und dem Staat als Unternehmer eines Theaters staatliche, d. h. öffentlich-rechtliche Zwangsmittel gegen den Besucher nicht zur Verfügung stehen.

Es ist notwendig, diesen Tatsachen Rechnung zu tragen

<sup>11)</sup> Richter, „Postregal — Postmonopol — Posthoheit“: Dtsch. Verwaltung 1938, 563.

und die Staatsstätigkeit, die auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts bei der Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Belange staatliche Fürsorge, d. h. öffentlicher Dienst und hoheitliche Tätigkeit ist, danach zu unterscheiden, ob eine Zwangscharakter tragende obrigkeitliche Gewalt unmittelbar ausgeübt wird — oder nicht. Und nur wenn diese Gewalt unmittelbar angewendet wird oder unmittelbar angewendet werden kann, liegt öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 131 WeimVerf. vor. Wenn die Deutsche Reichspost einem Volksgenossen gegenüber, der verschlossene Briefsendungen gegen Entgelt von einem Dritten nach einem anderen Orte befördern läßt, sich auf die Posthoheit beruft und ihn vielleicht sogar zwingt, sich der Einrichtungen der Post zu bedienen, so liegt Ausübung der öffentlichen Gewalt vor. Wenn dagegen in Postkraftwagen Briefsendungen vom Postamt zum Bahnhof befördert werden, so handelt es sich zwar um Ausübung öffentlichen Dienstes, so liegt zwar eine hoheitliche Tätigkeit vor, so wird zwar staatliche Fürsorge auf dem Gebiete des Postwesens betätigt, aber dem gegenüber, der durch den Postkraftwagen auf der Straße verlegt wird, äußert sich — entgegen der Auffassung des RG. — keine Staatsgewalt. Das Fahren eines Postkraftwagens, der postzwangspflichtige Sendungen befördert, auf der Straße unterscheidet sich in nichts von dem Fahren des Kraftwagens eines Privatunternehmers. Die Merkmale, die die Tätigkeit der Deutschen Reichspost von der der Privatunternehmer unterscheiden, liegen auf anderem Gebiete, nämlich in dem Zweck, der von beiden verfolgt wird — Erwerb bei den Privaten; staatliche, allgemeine Fürsorge für alle Teile des Reiches und alle Schichten des Volkes beim Reich (bei der Deutschen Reichspost).

Das Ergebnis ist also: Die Wahrnehmung nicht bürgerlich-rechtlicher, d. h. öffentlich-rechtlicher Belange ist öffentlich-rechtlich Betätigung = staatliche Fürsorge = öffentlicher Dienst = hoheitliche Tätigkeit. Sie erfolgt entweder ohne daß Zwangsmittel zur Verfügung stehen oder mittels Zwangs. Nur im letzten Falle ist der Tatbestand der Ausübung öffentlicher Gewalt gegeben. Die Begriffe Hoheitsverwaltung, hoheitliche Tätigkeit, staatliche Fürsorge und öffentlicher Dienst decken sich nicht mit dem Begriff der öffentlichen Gewalt und erstrecken sich nicht nur auf sie, die nur ein Teilbereich und eine mögliche Art der erstgenannten Betätigungen ist.

## Zur Entziehung der Kraftfahrerlaubnis

Von Rechtsanwalt Hermann Reuß, Dozent der Verwaltungs-Akademie Berlin

Rechtsgrundlage. Die maßgebliche Rechtsgrundlage für die Entziehung der Kraftfahrerlaubnis ist § 4 KraftfG. (vgl. Hiller: JW. 1937, 363; PrDVBG.: JW. 1937, 2488; PrDVBG.: JW. 1938, 1357<sup>61)</sup>). An dieser Rechtslage hat sich auch durch Erlass der StraßVerfZulD. v. 13. Nov. 1937 (RGBl. I, 1215) nichts geändert. Zwar befaßt sich auch § 3 dieser ZD. mit den Voraussetzungen der Entziehung der Fahrerlaubnis, aber für diese Vorschrift muß das gleiche gelten, was das PrDVBG. früher zur RStraßVerfD. gesagt hat, die nach der Rechtsprechung „hinichtlich der Entziehung der Fahrerlaubnis keine Rechtsquelle, sondern nur die Ausf. Anw. zum KraftfG.“ dargestellt hat (PrDVBG.: JW. 1938, 1357<sup>61)</sup>). „Die StraßVerfZulD. ist Ausf. d. zum KraftfG.“ (Müller, „Straßenverkehrsrecht“, 12. Aufl., 1938 S. 561 Fußnote 1). „Die Anwendung des KraftfG. ... soll mit der Regelung der StraßVerfZulD. nicht ausgeschlossen werden“ (Müller a. a. D. S. 562 Fußnote 2). Zutreffend heißt es auch bei Cremer (Weigelt, „Kraftverkehrsrecht von A bis Z“), der in der früheren Rechtsprechung zur RStraßVerfD. entwickelte Gedanke treffe auch für die Vorschrift des § 3 StraßVerfZulD. in gleicher Weise zu, „so daß der § 4 KraftfG. bei der Entziehung der Fahrerlaubnis auch künftig anzuwenden ist... § 3 StraßVerfZulD. bildet dagegen eine selbständige Rechtsgrundlage, wenn es sich um die Untersagung der Führung von Kleinkraftträdern handelt“ (Cremer a. a. D.).

„Ungeeignetheit“ — kein Ermessens-, sondern ein unbestimmter Rechtsbegriff. § 4 KraftfG. verlangt als Gültigkeitserfordernis der Entziehung der Kraftfahrerlaubnis, daß „Tatsachen“ festgestellt werden, „welche die Annahme rechtfertigen, daß eine Person zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet ist“. Der hier in das Kraftfahrrecht eingeführte Begriff „Ungeeignetheit“ ist kein bloßer Ermessens-, sondern ein sog. „unbestimmter Rechtsbegriff“ (vgl. Schule bei RMin. Dr. Frank, „Deutsches Verwaltungsrecht“ S. 341 ff., bes. S. 345/46). Die Bestimmung dessen, was „Ungeeignetheit“ ist, ist also nicht eine nur bei Ermessensmißbrauch richterlich nachprüfbare Angelegenheit des Ermessens der zuständigen Verwaltungsbehörden, sondern untersteht in vollem Umfang der Rechtsprechung der Gerichte. Allerdings bietet die Rechtsprechung der Gerichte Anlaß zu der Bemerkung, daß ihr der Begriff „Ungeeignetheit“ nur zur Auslegung, nicht aber dazu überantwortet worden ist, ihn entgegen seiner vom Gesetzgeber gewollten Eigenart durch von der Rechtsprechung aufgestellte „Rechtsätze“ in eine starre Größe zu verwandeln und die ihm zugedachte Schmieglamkeit und Anpassungsfähigkeit an die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles mehr und mehr zu beseitigen. Auch hier gilt das Wort Mezgers (JW. 1938, 1515): „Es ist ersichtlich der Wille des Gesetzes, der in der Verwendung biegsamer Begriffe zum unmißverständlichen Ausdruck kommt, die Prü-

fung dem Einzelfall vorzubehalten. Diesem klaren Willen des Gesetzes widerspricht eine Formalisierung durch höchstgerichtliche Rechtsprechung, wie sie in dem „immer“ zutage tritt.“

Erhöhte Verantwortung — erhöhte Anforderungen. Bei der Strenge, mit der die Verwaltungsgerichte in der Frage der Entziehung der Fahrerlaubnis urteilen, konnte es nicht ausbleiben, daß sie sich wiederholt in grundsätzlichen Ausführungen gegen die Anzweiflung der Richtigkeit ihrer Rechtsprechung zur Wehr setzen mußten. Hierbei haben die Gerichte stets — unbeirrt um alle Kritik — an dem Ausgangspunkt festgehalten, daß der Kraftfahrer im Hinblick auf die Gefahren, die die Verfügung über einen Kraftwagen mit sich bringe, dem Ergebnis nach eine gesteigerte Gemeinschaftsstellung besitze, die ihm eine erhöhte Verantwortung auferlege und nur durch erhöhte Anforderungen an seine Person zu rechtfertigen sei. Dieser Gedanke kehrt in fast gleichbleibender Formulierung in zahlreichen Urteilen des PrOVG. wieder. „Es ist davon auszugehen, daß ein Kraftfahrer ganz allgemein in erhöhtem Grade die Möglichkeit hat, seine Mitmenschen zu schädigen, und daß deshalb von ihm ein besonderes Maß an Verantwortungsbewußtsein und an Achtung vor den Rechten der Mitmenschen gefordert werden muß. Ein Kraftfahrer, der diese Charakterfestigkeit nicht besitzt, bildet eine Gefahr für die Allgemeinheit. Denn gerade der Führer eines Kraftfahrzeugs wird stets vor neue Lagen gestellt, die die Versuchung zu unrechtmäßigem Verhalten in sich tragen“ (PrOVG.: JW. 1938, 2312<sup>55</sup>). Diese Auffassung beherrscht die gesamte Rechtsprechung. Sie ist gewissermaßen der Grundton, auf den die zahlreichen, in ihren Einzelheiten vielfältig voneinander abweichenden Urteile der Gerichte abgestimmt sind. Immer wieder heißt es mit gleichen oder ähnlichen Worten: „Kraftfahrer tragen der Allgemeinheit gegenüber eine erhöhte Verantwortung. Wer sich dieser Verantwortung nicht gewachsen zeigt, muß durch Entziehung der Fahrerlaubnis aus dem Kraftverkehr entfernt werden“ (PrOVG.: JW. 1938, 1855<sup>72</sup> = NVermBl. 1938, 774 Nr. 2).

Die Verfehlung als bloßes Symptom. Würdigung der gesamten Persönlichkeit. Nach § 4 KraftfG. setzt die Einleitung des Entziehungsverfahrens die Feststellung von „Tatsachen“ voraus, welche die Annahme rechtfertigen, daß der Betroffene zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet sei. Die hier geforderten Tatsachen müssen nicht schon für sich allein eine ausreichende Rechtfertigung für die Entziehung der Fahrerlaubnis darstellen, vielmehr verlangt das Gesetz nur, daß sie einen Schluß auf die Ungeeignetheit des Kraftfahrers zulassen. Dem konkreten Geschehnis, das den Anlaß zu der Entziehung der Fahrerlaubnis gebildet hat, kommt also für die Feststellung der Ungeeignetheit des Führers nur die Bedeutung eines Symptoms zu. Da sich aber die symptomatische Bedeutung eines Geschehnisses meist nicht allein aus einer isolierten Betrachtung dieses Geschehnisses selbst erkennen läßt, ordnet die Rechtsprechung das konkrete Vorkommnis in das gesamte Persönlichkeitsbild des Betroffenen ein. Sie prüft also die Frage, ob das Ereignis, das zur Entziehung der Fahrerlaubnis geführt hat, auf dem Hintergrunde der gesamten Persönlichkeit des Kraftfahrers den Schluß rechtfertigt, daß dieser zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet sei. „Der Verwaltungsrichter hat bei der Prüfung der Geeignetheit eines Kraftwagenführers alle für und gegen die Eignung sprechenden Umstände zu berücksichtigen“ (PrOVG.: JW. 1938, 1550<sup>56</sup> = NVermBl. 1938, 576 links oben). Es findet mithin eine umfassende „Beurteilung der gesamten Persönlichkeit“ statt (PrOVG. a. a. O.). Das ist jedenfalls die programmatische Haltung der Gerichte, die sie, soweit sie sich gegen den Kraftfahrer wendet, auch folgerichtig durchführen (vgl. z. B. PrOVG.: JW. 1937, 3127<sup>56</sup> = NVermBl. 1937, 907 Nr. 4 und JW. 1938, 2861<sup>52</sup> = NVermBl. 1938, 966 Nr. 4). Zugunsten des Kraftfahrers, d. h. zwecks Relativierung der Bedeutung einzelner Geschehnisse durch Berücksichtigung seiner gesamten Persönlichkeit, besinnen sich die Gerichte jedoch augenscheinlich weniger oft auf diese grundsätzliche Haltung; insoweit läßt die

Rechtsprechung hinsichtlich der folgerichtigen Durchführung des genannten Grundsatzes zu wünschen übrig. Auch bei einer umfassenden Durchsicht der zahlreichen veröffentlichten Verwaltungsgerichtlichen Urteile findet man kaum je — oder doch außer allem Verhältnis selten — einen Versuch der Gerichte, die Persönlichkeit des Kraftfahrers gegen das ihm in jeweiligen Fall zum Vorwurf gemachte Verhalten zur Geltung zu bringen und so zu verhindern, daß dieses Verhalten über die ihm zukommende temporäre und situationsbedingte Bedeutung hinaus als Symptom der Ungeeignetheit gewertet wird. Und doch verlangt es die rechtlich zutreffende Auslegung des Merkmals „Ungeeignetheit“, daß auch zugunsten des Betroffenen ein Geschehnis, dem letzten Endes nur ein momentanes, nach menschlichem Ermessen keine Wiederholungsgefahr in sich bergendes Versagen zugrunde liegt, im Rahmen des gesamten Bildes der Persönlichkeit betrachtet und hierdurch auf die ihm zukommende wirkliche Bedeutung reduziert wird. Daß dieser Forderung in folgendem Urteil des BadVermVerf. Genüge geschehen sei, wird man kaum behaupten können: „Als dem Kläger, der mit mäßiger Geschwindigkeit fuhr, eine Wespe ins Gesicht flog, durfte er nicht — wie er es getan — nur an das Nächstliegende, die Abwehr der Wespe, denken. Denn in kürzester Entfernung vor ihm gingen, wie er sah, zwei Frauen, deren Leben gefährdet war, falls er die Herrschaft über den Wagen verlor. Wenn der Kläger die notwendige Geistesgegenwart besaß, so mußte er diese Situation auf der Stelle erfassen; es mußte ihm zugleich, wenn er kaltblütig und besonnen war, sofort klar sein, daß er die Herrschaft über den Wagen behalten müsse, wollte er nicht großes Unheil anrichten. Er durfte deshalb keinesfalls, um die Wespe abzuwehren, die rechte Hand vom Steuer nehmen, wodurch der Wagen aus der Bahn kam und die beiden Frauen überfuhr. Für sein Verhalten, das zum Unfall führte, ist der Kläger verantwortlich zu machen, d. h. es ist ihm, ohne Rücksicht auf die strafrechtliche Bewertung, als ein in seiner Persönlichkeit begründetes (!) zuzurechnen. Die Abwehr der Wespe war nicht etwa eine reine Reflexhandlung und damit ein unabwendbares, von außen her bestimmtes Ereignis; sein Vorgehen war vielmehr durch — allerdings sich rasch aufdrängende — Motive bestimmt, und zwar durch fehlerhafte. Daß der Kläger hier verjagt hat, läßt auf einen Mangel in der geistigen Struktur (!) des Klägers schließen, der ihn — jedenfalls zur Zeit — als zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet erscheinen läßt“ (BadVermVerf.: BadVermVerf. 1937, 127 = NVermBl. 1937, 483 Nr. 261).

„Zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet.“ Die Ungeeignetheit, die § 4 KraftfG. als Voraussetzung der Entziehung der Fahrerlaubnis fordert, muß nach dem Wortlaut und dem Willen des Gesetzes eine Ungeeignetheit „zum Führen von Kraftfahrzeugen“ sein. Die nächstliegende Bedeutung dieses Erfordernisses geht offensichtlich dahin, daß zumindest derjenige „zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet“ ist, von dem, wenn er weiter im Besitz der Fahrerlaubnis belassen würde, in Zukunft eine Verkehrszugfährdung zu befürchten ist. Diese Befürchtung läßt sich am schlüssigsten aus solchen Verfehlungen und Vorkommnissen herleiten, die auch ihrerseits eine Beziehung zum Gebiet des öffentlichen Verkehrs aufweisen. Daher bilden die Zuwiderhandlungen gegen Verkehrsvorschriften das Hauptkontingent der „Tatsachen“, aus denen die Verwaltungsbehörden und -gerichte die Ungeeignetheit des Kraftfahrers herleiten. Hierher gehört vor allem jede „rücksichts- und gewissenlose Fahrweise“ (NermVermVerf.: NVermBl. 1937, 870 Nr. 3), die besonders häufig als „rücksichtslose Ausnutzung des Vorfahrtrechts“ den Anlaß zur Entziehung der Fahrerlaubnis bildet (PrOVG.: JW. 1937, 421<sup>58</sup>; PrOVG.: JW. 1937, 1366<sup>56</sup> [m. Anm.] = NVermBl. 1937, 504 Nr. 5). Auch eine nur „unvorsichtige Fahrweise“ kann u. U. den Schluß auf die Ungeeignetheit des Kraftfahrers rechtfertigen (PrOVG.: JW. 1937, 2487<sup>52</sup> = NVermBl. 1937, 843 Nr. 5). Es kommt also sozusagen immer darauf an, welche „Perspektive“ das Verhalten des Kraftfahrers im einzelnen Falle eröffnet.

Regelmäßig kann sich ein Kraftfahrer, der sich einer Zu-

widerhandlung gegen die Verkehrsvorschriften schuldig gemacht hat, nicht darauf berufen, daß er die verletzten Vorschriften nicht gekannt habe. Unkenntnis der Gesetze — und der sonstigen Verkehrsvorschriften — schützt also auch vor der Entziehung des Führerscheins nicht. Denn „Pflicht jedes verantwortungsbewußten Kraftfahrers ist es, sich über alle einschlägigen Bestimmungen und insbesondere über die zur Regelung des Verkehrs erlassenen Vorschriften genau zu unterrichten. Wer dies nicht tut, ist als Kraftfahrer ungeeignet“ (PrDVG.: JW. 1937, 421 Nr. 38). Ob die unvorrichtsmäßige Fahrweise im Einzelfall einen Unfall herbeigeführt hat und wie schwer dieser gegebenenfalls gewesen ist, ist für die Bejahung oder Verneinung der Ungeeignetheit des Kraftfahrers nicht entscheidend (vgl. Hiller: JW. 1937, 364 rechts unten). Die Eignung oder die Ungeeignetheit ist eine persönliche Eigenschaft des Kraftfahrers, die in schlüssiger Weise nur aus seinem Verhalten, nicht aber aus den Folgen des Verhaltens hergeleitet werden kann (PrDVG.: JW. 1937, 2487<sup>52</sup> = RWerwBl. 1937, 843 Nr. 5). Der Schluß auf die Ungeeignetheit des Kraftfahrers, der durch eine festgestellte symptomatische Bedeutung seines Verhaltens hinreichend gestützt wird, entfällt also nicht deshalb, weil dieses Verhalten — vielleicht nur dank einem glücklichen Zufall — keine schädlichen Folgen nach sich gezogen hat. Ebensonenig können dann aber auch unvorhersehbare unglückliche Folgen eines in keiner Weise als Symptom der Ungeeignetheit anzusprechenden fehlerhaften Verhaltens die Annahme der Ungeeignetheit des Kraftfahrers rechtfertigen (PrDVG.: JW. 1938, 1358/59<sup>62</sup>).

In einem engen Zusammenhang mit den eigentlichen Verkehrsdelikten stehen die leider oft unterlaufenden Ausfälle von Kraftfahrern gegenüber polizeilichen Überwachungsbeamten. So hatte einmal ein Gendarmeriebeamter einen Kraftfahrer, der unter der Einwirkung von Alkohol stand, daran gehindert, sich in diesem Zustand an das Steuer zu setzen. Der Kraftfahrer quittierte dieses pflichtmäßige Einschreiten des Beamten damit, daß er sich gegen ihn zu groben Beleidigungen hinreißen ließ. Diesem Kraftfahrer, der auch schon früher gegen mehrere Polizeibeamte ausfallend geworden war, schrieb das Gericht, das die gegen ihn ausgesprochene Entziehung der Fahrerlaubnis bestätigte, folgende Zurechtweisung ins Urteil: „Im übrigen hat das BezVerwGer. den Kläger zum Führen von Kraftfahrzeugen nicht nur deshalb für ungeeignet erachtet, weil er unter Einwirkung von Alkohol ein Kraftfahrzeug gesteuert hat, sondern auch, weil der Kläger durch sein unangebrachtes Verhalten gegenüber dem Gendarmeriebeamten gezeigt hat, daß ihm die sittliche Reife und der sittliche Ernst fehlt, deren er bedarf, um die verantwortungsvollen Aufgaben eines Kraftfahrers zu erfüllen. Er hat es an der Achtung, die der Volksgenosse den Beamten als ausführenden Organen der Staatsgewalt schuldet, durchaus fehlen lassen. Es mangelt ihm der Sinn für die Notwendigkeit der Einfügung des einzelnen in das Gemeinschaftsleben.“ Diese Feststellungen lassen einen Rechtsirrtum oder Verfahrensmangel nicht erkennen“ (PrDVG.: JW. 1937, 420<sup>37</sup> = RWerwBl. 1937, 243 Nr. 1). Auf der gleichen Linie liegt es, wenn ein Kraftfahrer den Anordnungen der Polizeibeamten Widerstand leistet und sich weigert, seinen Namen zu nennen. Auch ein solcher Kraftfahrer muß damit rechnen, für ungeeignet befunden zu werden und die Fahrerlaubnis zu verlieren, „denn er bietet nicht die Gewähr dafür, daß er den im Interesse der öffentlichen Sicherheit ergangenen Vorschriften und den Anordnungen der zuständigen Polizeibeamten jederzeit Folge leisten werde“ (PrDVG.: JW. 1938, 2861<sup>62</sup> = RWerwBl. 1938, 966 Nr. 4). Auch die Täuschung der Behörden (z. B. durch Anbringung des Kennzeichens eines zugelassenen Wagens an einem nicht zugelassenen, Änderung des Typenschildes usw.) ist zutreffend als Ausdruck der Ungeeignetheit eines Kraftfahrers bewertet worden. „Gegen die Forderung der Offenheit und Wahrhaftigkeit gegenüber maßgeblichen Behörden hat der Kläger so schwer verstoßen, daß er mit Recht als unzuverlässig angesehen worden ist“ (BremVerwGer.: RWerwBl. 1937, 870 Nr. 6). Die Entziehung der Fahrerlaubnis

kann sich auch auf die Feststellung einer Ungeeignetheit stützen, die nicht in der Verletzung von Kraftwagenführer-, sondern von Kraftwagenhalterpflichten in Erscheinung getreten ist. „Die Beachtung der im Interesse der Verkehrssicherheit ergangenen Vorschriften ist eine der ersten Pflichten jedes Kraftwagenführers und Kraftwagenhalters. Der Kraftwagenhalter ist insbesondere für den polizeimäßigen Zustand seiner Fahrzeuge in erster Linie verantwortlich. Die Verletzung dieser Sorgfaltspflicht kann unter Umständen allein schon als Beweis dafür ausreichen, daß der Kraftwagenhalter als ungeeignet i. S. des § 4 KraftfG., also auch zum Führen von Kraftfahrzeugen, anzusehen ist“ (PrDVG.: JW. 1937, 2487<sup>62</sup>). — Die Fälle der Fahrerflucht, der Führung eines Kraftfahrzeugs im Zustande der Ermüdung sowie unter Einwirkung von Alkohol werden in diesem Aufsatz gesondert erörtert.

Daß auch unverschuldet eingetretene oder erst nachträglich entdeckte körperliche oder geistige Mängel die Ungeeignetheit eines Kraftfahrers begründen und mithin die Entziehung der Fahrerlaubnis rechtfertigen können, soll hier nicht weiter behandelt werden (vgl. z. B. PrDVG.: JW. 1938, 2374/75<sup>64</sup> und 3002<sup>66</sup> mit Anm. Boß).

Der Schluß aus der Begehung einer Verkehrswidrigkeit oder einer sonstigen verkehrsnahen Verfehlung auf die Verkehrsuntauglichkeit des Kraftfahrers hat den Vorteil der Unmittelbarkeit und damit — im allgemeinen — auch den Vorteil der besonderen Überzeugungskraft für sich. Hierin unterscheidet sich die Gruppe der Verkehrsdelikte und anderer verkehrsnaher Verfehlungen von der großen, in sich vielfältigen und unterschiedlichen Gruppe sonstiger Gemeinschaftswidrigkeiten, insbesondere Straftaten, die von der Rechtsprechung als Offenbarung einer allgemeinen charakteristischen Unzuverlässigkeit gewertet werden und ihr daher als mittelbarer Nachweis der Ungeeignetheit dienen. Bei diesen Handlungen wird die Beziehung zum Verkehrswesen ausschließlich durch die Annahme vermittelt, daß eine im Charakter des Täters verwurzelte allgemeine Unzuverlässigkeit die Befürchtung rechtfertigt, der Täter werde gegebenenfalls auch als Kraftfahrer unzuverlässig sein. Das konkrete Delikt selbst braucht nicht einmal mittelbar mit dem Verkehrswesen in Beziehung zu stehen (vgl. die kritischen Worte gegen diese Rechtsprechung bei Peters: BeamtJahrb. 1938, 458). Diese Entscheidungspraxis entbehrt in vielen Fällen vor allem deshalb einer ausreichenden Überzeugungskraft, weil sie nicht etwa auf einer exakten und differenzierenden Typologie der kriminellen Übeltäter, sondern auf einer unkritischen Verallgemeinerung des Unwertgehaltes beruht, der den verschiedenen kriminellen Delikten und auch den verschiedenen Delinquenten innewohnt. Es müßte auf jeden Fall eine differenzierende Berücksichtigung des straffällig gewordenen Tätertyps stattfinden, und es kann, soweit und solange dies nicht geschieht, nicht als eine hinreichend fundierte Auffassung anerkannt werden, daß der in der Begehung einer strafbaren Handlung zutage getretenen charakterlichen Minderwertigkeit und Gemeinschaftswidrigkeit gewissermaßen das „Prinzip der Universalität“ innewohne, so daß die Befürchtung einer allseitigen Auswirkung der gesetzwidrigen Gesinnung begründet und der Täter deshalb auch als Kraftfahrer ungeeignet sei. Es kommt vielmehr auf die Art des Delikts, auf die Art der Begehung des Delikts und auf den diesem Delikt und der gewählten Begehungsart zugeordneten „Tätertyp“ an, sofern die Verfehlung überhaupt eine typisierende Betrachtung und Bewertung zuläßt, also nicht etwa nur ein unter Ausnahmeständen erfolgtes, einmaliges und die Befürchtung einer Wiederholungsgefahr nicht rechtfertigendes „Ausgleiten“ war. Im letzteren Fall trägt die Tat überhaupt keine Zukunftsperspektive in sich; ihr mangelt die symptomatische Bedeutung, und es muß daher richtigerweise auch die auf diese Tat gestützte Annahme der Ungeeignetheit des Täters als unbegründet erscheinen. Im ersteren Falle aber bedarf es, wie schon erwähnt, einer an der kriminellen Tätertypologie ausgerichteten differenzierenden Betrachtung, da es nicht als ein grundsätzlich zutreffender Ausgangspunkt anerkannt werden kann, daß der kriminelle Delinquent, d. h. der Vorbestrafte, regelmäßig ohne Rücksicht auf seine kriminelle Einordnung entweder Zuwiderhandlungen

gegen die Verkehrs Vorschriften oder aber einen künftigen Mißbrauch der Fahrerlaubnis zu sonstigen Straftaten befürchten lasse. Es gibt sicher nicht nur vereinzelt, sondern ganze Gruppen von Vorbestraften, die einem kriminellen Tatertypus zuordnen sind, gegenüber dem sich weder die eine noch die andere Befürchtung auch nur mit dem Maßstab einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit rechtfertigen läßt. Die Verfehlung dieser Delinquenten kann daher bei irrtumsfreier Auslegung des Merkmals „Ungeeignetheit“ nicht als eine „Tatsache“ angesehen werden, „welche die Annahme rechtfertigt, daß der Betroffene zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet ist“ (§ 4 KraftfG.). Wenn das Gesetz ausdrücklich fordert, daß der Schluß auf die Ungeeignetheit aus „Tatsachen“ herzu-leiten ist, so dürfte damit dem legislativen Gedanken Ausdruck gegeben worden sein, daß die festzustellende Ungeeignetheit gerade in diesen „Tatsachen“, aus denen sie gefolgert wird, eine ausreichende Konkretisierung erfahren hat. Das Erfordernis einer in konkreten Unhaltspunkten fundierten, nicht aber im wesentlichen in Vermutungen und Konstruktionen ermittelten Ungeeignetheit. Es müssen nach dem Willen des Gesetzes immer die „Tatsachen“ selbst sein, auf die letztlich die Annahme der Ungeeignetheit gestützt wird, mögen auch Hilfsbewägungen und Erfahrungssätze mit in die Betrachtung einbezogen worden sein. Auch andere Umstände, die jenseits der für die Entziehung maßgeblich gewesenen „Tatsachen“ liegen, dürfen bei gesetzestreuer Rechtsanwendung nur zur Unterstützung des Symptomwertes der erwähnten „Tatsachen“ herangezogen werden, dagegen darf nicht die eigentliche Kausalität für die Bestätigung der Fahrerlaubnisentziehung der Sache nach auf sie verlagert werden.

Den Schluß aus einer angenommenen allgemeinen charakterlichen Unzuverlässigkeit auch auf die konkrete Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen haben die Gerichte besonders oft aus der Begehung von Vermögensdelikten hergeleitet. So war z. B. einem Kraftfahrer der Führerschein entzogen worden, weil er sich als Lohnbuchhalter fortgesetzter schwerer Urkundenfälschungen und des fortgesetzten Betruges schuldig gemacht hatte. Das BezVerwGer., das von dem Kraftfahrer mit dem Antrag auf Aufhebung der Entziehungsverfügung angegangen worden war, hatte dem Antrag entsprochen, „weil aus dem Tatbestande der Urkundenfälschung und des Betruges im allgemeinen nicht auf Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen geschlossen werden könne und besondere Umstände, welche diesen Schluß zulieken, beim Kläger nicht vorhanden seien“. Diese Auffassung wurde vom RevG. wie folgt mißbilligt: „Die Rev. des beklagten Regierungspräsidenten hat zutreffend darauf hingewiesen, daß nach der Rechtsprechung des PrDVG. die Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen grundsätzlich auch aus Eigentumsvergehen gefolgert werden kann. Es bedarf dazu nicht erst des Nachweises besonderer Umstände, wie das BezVerwGer. angenommen hat, insbesondere ist es nicht erforderlich, daß die Eigentumsvergehen unter Benützung eines Kraftfahrzeugs begangen sind oder daß die Fahrerlaubnis etwa eine Wiederholung der gleichen Taten erleichtern könnte. Vielmehr ist davon auszugehen, daß ein Kraftfahrer ganz allgemein in erhöhtem Grade die Möglichkeit hat, seine Mitmenschen zu schädigen, und daß deshalb von ihm ein besonderes Maß an Verantwortungsbewußtsein gegenüber der Allgemeinheit und an Achtung vor den Rechten der Mitmenschen gefordert werden muß. Ein Kraftfahrer, der diese Charakterfestigkeit nicht besitzt, bildet eine Gefahr für die Allgemeinheit. Denn gerade der Führer eines Kraftfahrzeugs wird stets vor neue Lagen gestellt, die die Verletzung zu unrechtmäßigem Verhalten in sich tragen. Wer die nötige Widerstandskraft gegen solche Versuchungen schon wiederholt hat vermissen lassen, der bietet auch keine Gewähr für stets einwandfreies Verhalten in der Zukunft. Er ist deshalb ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Verletzungen, denen er bisher erlegen ist, mit dem Straßenverkehr in irgendwelchem Zusammenhang stehen oder nicht“ (PrDVG.: JW. 1933, 2312<sup>26</sup> — diesem Urteil

gilt die Kritik von Peters a. a. D. —; vgl. schon PrDVG.: JW. 1935, 2312<sup>78</sup>).

Fast ebensooft hat die Rechtsprechung die Begehung von Sittlichkeitsdelikten als Offenbarung einer allgemeinen charakterlichen Minderwertigkeit betrachtet und aus ihr auch auf die Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen geschlossen. So war ein Kraftfahrer wegen Beleidigung und versuchten Sittlichkeitsverbrechens nach § 176 Ziff. 3 StGB. zu Gefängnisstrafe verurteilt worden, weil er sich in seiner Wohnung einem zehnjährigen Mädchen in schamverletzender Weise — einmal nach, ein anderes Mal mit entblößtem Geschlechtsteil — gezeigt hatte. Als ihm wegen dieser Vorfälle die Fahrerlaubnis entzogen worden war, setzte das von dem Kraftfahrer hiergegen angerufene erstinstanzliche Gericht die Entziehungsverfügung außer Kraft, „weil sittliche Verfehlungen zum Nachweise der Ungeeignetheit nicht ausreichen. Allerdings könne auch aus Vergehen, die nicht auf dem Gebiete des öffentlichen Verkehrs lägen, der Schluß auf Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen gezogen werden. Man könne z. B. aus einem Roheitsdelikt den Schluß ziehen, daß der Täter auch bei der Führung von Kraftfahrzeugen nicht die erforderliche Rücksicht auf Leib und Leben seiner Mitmenschen nehmen werde. Man könne auch einen Dieb deshalb als ungeeignet zum Führen eines Kraftfahrzeugs ansehen, weil er dadurch eine besonders leichte Möglichkeit erhalte, das Diebesgut in Sicherheit zu bringen und schnell zu entkommen. Dagegen bestehe zwischen einem Sittlichkeitsvergehen und der Führung eines Kraftfahrzeugs keine derartige schlüssige Gedankenverbindung, so daß die Handlungsweise des Klägers, so verurteilungswürdig sie als solche auch sei, keine Tatsache i. S. des § 4 KraftfG. darstelle“ (Wiedergabe der erstinstanzlichen Urteilsgründe nach dem Revisionsurteil des PrDVG.: JW. 1938, 992<sup>57</sup> = VerwBl. 1938, 362 Nr. 5b). Diese Auffassung hat das PrDVG. mißbilligt. Es hat zu ihr bemerkt, es „bedürfe keiner weiteren Erörterung“, daß ein Mann, „der Frauen und Kindern gegenüber seine sinnlichen Gelüste nicht beherrschen kann“, nicht jenes erhöhte Verantwortungsbewußtsein besitze, das als Voraussetzung zum Führen von Kraftfahrzeugen gefordert werden müsse. „Das PrDVG. hat deshalb auch bereits wiederholt Entziehungsverfügungen bestätigt, die gegen derartige auf geschlechtlichem Gebiete hemmungslose Kraftfahrer ergangen waren. . . Die Möglichkeit, Ausschreitungen geschlechtlicher Art zu verüben und sich dann der Feststellung durch schnelle Flucht zu entziehen, ist, wie die Erfahrung lehrt, bei Berufsfahrern ebenso wie bei Vergnügungsfahrern vorhanden“ (PrDVG. a. a. D.). Diese Entscheidung zeigt, daß das PrDVG. auf die konkrete Art der Begehung der Tat kein entscheidendes Gewicht gelegt, sondern an die Stelle ihrer Berücksichtigung allgemeine Erwägungen gesetzt hat, deren Berechtigung gegenüber dem gegebenen Fall recht fragwürdig erscheint. Die Ansatzpunkte, die diese allgemeinen Erwägungen in der konkreten Beschaffenheit des zugrunde liegenden Delikts haben, dürften wohl so wenig bedeutsam sein, daß das Revisionsurteil mehr auf diesen allgemeinen Erwägungen als auf der Tatsache des Delikts selbst beruht. Die „Tatsachen“, die § 4 KraftfG. fordert, dürfen aber nicht nur als äußerer Anlaß für die Auslösung allgemeiner Erwägungen dienen, sondern müssen letztlich in sich selbst eine hinreichend konkrete Nähe zur Annahme der Ungeeignetheit besitzen. Sie selber müssen ja, wie es im Gesetz heißt, „die Annahme rechtfertigen, daß der Kraftfahrer zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet ist“. Allgemeine Erwägungen dürfen nur zur Klarstellung und zur Auswertung der symptomatischen Bedeutung der letztlich allein entscheidenden „Tatsachen“ herangezogen werden, und ihre unterstützende Bewertung ist nur insoweit gerechtfertigt, als sie sich in adäquater Weise aus den „Tatsachen“ entwickeln oder ihnen in adäquater Weise zwanglos zuordnen lassen. — Aus den im besprochenen Revisionsurteil ersichtlichen Gründen hat das PrDVG. auch erhibitorische Handlungen als ausreichende Ursache der Fahrerlaubnisentziehung anerkannt (PrDVG.: JW. 1938, 206<sup>79</sup> und 992<sup>57</sup>).

Eine bemerkenswerte dritte Gruppe der Entziehungstatfachen bilden die politischen Verfehlungen. Soweit eine auf solche Verfehlungen gestützte Erlaubnisentziehung eine materiell-staatspolizeiliche Zielsetzung verfolgt, also eine „Verfügung in Angelegenheiten der Geheimen Staatspolizei“ ist, kann sie — jedenfalls in Preußen — überhaupt nicht mit der Klage vor den Verwaltungsgerichten angefochten werden (vgl. Neufß: *JW.* 1937, 422/23; derselbe: *VerwArch.* 41, 252 ff., bej. 253 Fußnote 72 a. — Zur Frage, ob dieser preußische Rechtszustand etwa als gemeindeutsches Recht gelten kann, vgl. die beachtliche Entsch. d. *BadOVG.*: *RVewBl.* 1938, 1047 ff., bej. 1048/49). Soweit die Erlaubnisentziehung jedoch nicht aus materiell-staatspolizeilichen Motiven erfolgt ist, hat es auch hier in der Frage der Anfechtbarkeit der Entziehungsverfügung bei der grundsätzlichen Rechtslage sein Bewenden. So war einem Manne, der wegen Verstoßes gegen die Notverordnung zur Abwehr heimtückischer Angriffe gegen die Regierung sechs Monate in einem Konzentrationslager untergebracht worden war, mit Rücksicht auf diese Verfehlung die Fahrerlaubnis entzogen worden. Seine Klage wurde bereits in erster Instanz abgewiesen, weil zu befürchten sei, „daß der Träger einer solchen Gesinnung sich den im Interesse der Volksgemeinschaft bestehenden Gesetzen und Anordnungen nicht fügen werde, und zwar auch nicht auf dem Gebiete des Straßenverkehrsrechts“. Das *PrOVG.* hat diese Entscheidung in seinem Revisionsurteil gebilligt (*PrOVG.*: *JW.* 1937, 2168<sup>70</sup>). In einem anderen Fall hatte ein Kraftfahrer fortgesetzt abträgliche Behauptungen über zwei Reichsminister aufgestellt und auch wegwerfend über den deutschen Gruß gesprochen. Das zuständige Verwaltungsgericht billigte die auf dieser Grundlage gegen den Kraftfahrer ausgesprochene Entziehung der Fahrerlaubnis mit folgender Begründung: „Der Kläger ist wohl ein nationalgesinnter Mann, hat aber geglaubt, sich überall hegend gegen das heutige Regierungssystem betätigen zu dürfen. Er ist kein aktiver Staatsfeind, aber ein ewig unzufriedener nörgelnder Schwächer, der sich für besonders wichtig hält. Obwohl er noch nicht einmal unbescholten ist, ist er von seiner Bedeutung gewaltig überzeugt und ist von dieser Einstellung aus zu seinen Redensarten gekommen. Damit hat er sich als ein haltloser Mensch gezeigt, dem die nötige Selbstzucht fehlt. Als Kraftwagenführer ist er somit nicht zuverlässig genug“ (*BremVerwGer.*: *RVewBl.* 1937, 870 Nr. 2).

**Führerflucht.** Mit berechtigter Strenge beurteilen die Gerichte solche Kraftfahrer, die sich der Führerflucht schuldig gemacht haben. Hierzu geht die ständige Rechtsprechung des *PrOVG.* dahin, „daß ein Kraftfahrer, der sich der Führerflucht schuldig macht, grundsätzlich als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen anzusehen ist“ (*PrOVG.*: *JW.* 1938, 208<sup>76</sup>). Das *PrOVG.* betont dazu stets mit besonderem Nachdruck: „Ausnahmen von diesem Grundsatz können nur beim Vorliegen außergewöhnlicher Umstände in Frage kommen“ (a. a. D.). Daß angeblich nur „ein besonders leichter Fall von Führerflucht“ vorliege, der auch vom Strafrichter milde angesehen worden ist, reicht nicht aus, um dem Ausnahmeerfordernis des Vorliegens „außergewöhnlicher Umstände“ zu genügen (a. a. D.). Ein Kraftfahrer, der Führerflucht begangen hatte, suchte sein Verhalten damit zu entschuldigen, daß er durch den Unfall und die dabei erlittene eigene Verletzung „völlig benommen gewesen sei und den Kopf verloren habe“. Das Gericht ließ diese Entschuldigung nicht gelten, sondern führte hierzu folgendes aus: „Die Verletzungen des Klägers sind geringfügig gewesen. Sie entschuldigen ihn nicht. Wenn er etwa wegen besonders empfindlicher Nerven wirklich so benommen gewesen sein sollte, daß er den nächstliegenden Gedanken, dem Verletzten zu helfen, nicht fassen konnte, so muß eben darin die Tatsache gesehen werden, die ihn ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen macht. Der Kraftfahrer muß auch in schwierigen Lagen, insbesondere bei Schreck und geringfügigen eigenen Verletzungen die Besonnenheit bewahren können“ (*BremVerwGer.*: *RVewBl.* 1937, 870 Nr. 4). Auch ein Führerflucht ähnliches Verhalten wird von der Rechtsprechung mit der gleichen entschiedenen

Strenge beurteilt. So hatte ein Kraftfahrer, der einen Lastkraftwagen führte, einen Radfahrer, der ihn angeblich mutwillig in seiner Bahn gehindert hatte, als der Radfahrer schließlich neben das Führerhaus des Lastkraftwagens kam, dadurch verletzt, daß er in diesem Augenblick absichtlich die Tür aufstieß und den Radfahrer durch den erlittenen Stoß zu Fall brachte; er ließ dann das weitere Schicksal des Radfahrers einfach außer acht und fuhr unbekümmert weiter. Dieses Verhalten brachte ihm den Verlust des Führerheims ein, was das *PrOVG.* wie folgt gebilligt hat: „Wesentlich ist, daß der Kläger nach dem von ihm selbst herbeigeführten Sturz des Radfahrers weitergefahren ist, ohne sich um den Verletzten zu kümmern, und daß er versucht hat, sich seiner Feststellung durch die Flucht zu entziehen. Ein derartiges Verhalten verurteilt, wie das *OVG.* wiederholt ausgesprochen hat, stets einen so erheblichen Mangel an Verantwortungsgesühl, daß daraus grundsätzlich auf die Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen geschlossen werden muß. Ob der Kläger den Sturz des Radfahrers unmittelbar gesehen hat oder nicht, spielt dabei keine Rolle; es genügt, daß er nach dem von ihm selbst geführten Stoß mit der Möglichkeit eines Sturzes rechnen mußte und daß er trotzdem weitergefahren ist“ (*PrOVG.*: *JW.* 1938, 1216<sup>87</sup>). — Die besondere Strenge, mit der die Rechtsprechung die Führerflucht beurteilt, ist vor allem daraus ersichtlich, daß „nach der Rechtsprechung des *PrOVG.* grundsätzlich zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet ist, wer auch nur einmal Führerflucht begeht“ (*PrOVG.*: *JW.* 1938, 1358/59<sup>82</sup>).

**„Trunkenheit am Steuer.“** Das Thema „Trunkenheit am Steuer“ ist in den letzten Jahren in Fachzeitschriften und in der Tagespresse besonders oft behandelt worden. In dieser Bezeichnung, die gewiß schlagkräftig und einprägnant ist, liegt jedoch für die beteiligten Kreise eine erhebliche Gefahr. Denn das Thema „Alkohol und Führerheim“ wird für den Kraftfahrer nicht erst bei „Trunkenheit am Steuer“, sondern bereits in einem erheblich früheren Stadium der Alkoholwirkung akut. Nach ständiger Rechtsprechung des *PrOVG.* ist davon auszugehen, „daß der Kraftfahrer vor und während der Fahrt unbedingt verpflichtet ist, geistige Getränke entweder überhaupt nicht oder doch nur in ganz geringem, unzweifelhaft nicht schädlichem Maße zu sich zu nehmen und, falls er dieses Maß überschritten hat, unter allen Umständen auf die Führung des Kraftfahrzeugs zu verzichten. Wer diese Verpflichtung auch nur einmal verletzt, muß grundsätzlich als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen angesehen werden“ (*PrOVG.*: *JW.* 1938, 1855<sup>72</sup>; vgl. auch *PrOVG.*: *JW.* 1938, 206<sup>71</sup>). Auch das *HambOVG.* geht davon aus, „daß die Anforderungen an die Nüchternheit des Kraftfahrers hoch zu bemessen sind“ (*JW.* 1937, 1847<sup>140</sup>). Zur Begründung hierfür führt es aus: „Die Gefahr setzt nicht erst ein, wenn der Fahrer selbst merkt, daß der Alkohol ihn behindert. Gefährlich ist auch schon das Vorstadium, weil es, ohne daß der Fahrer es merkt, Ermüdungserscheinungen mit sich bringt oder auch eine Steigerung des Wagemutes, die den Fahrer Dinge unternehmen läßt, die er bei ruhiger Überlegung nicht wagt“ (*HambOVG.*, a. a. D.). Im gleichen Sinne hat z. B. des *SchöffG.* Cottbus (*JW.* 1938, 2664<sup>4</sup>) in einem bemerkenswerten Urteil ausgeführt: „Die besondere Gefährlichkeit des Alkoholgenusses gerade für den Kraftfahrer beruht auf der Erfahrungstatsache, daß hier auch schon verhältnismäßig geringe Grade der Alkoholbeeinflussung, die im sonstigen Leben kaum auffallen oder schädlich wirken mögen, einen verhängnisvollen Einfluß gerade auf die körperlichen und geistigen Funktionen ausüben, die für den Fahrer eines schnellen und feinnerbigen Kraftfahrzeuges von ausschlaggebender Bedeutung sind. Zahlreiche grundlegende praktische Versuche haben gezeigt, daß auch schon geringe Mengen von Alkohol die Reaktionszeit (und damit u. a. den Bremsweg) verlängern, die Sinnesstätigkeit (Auffassung von Gesicht- und Gehörseindrücken) verschlechtern, nach anfänglicher kurzer Anregung Ermüdungserscheinungen hervorrufen, auf der anderen Seite aber auch wieder in ebenso nachteiliger Art die motorischen Reaktionen leichter auslösen und hierdurch das bekannte Gefühl erhöhter Unternehmungslust und ge-

steigerten Tatendranges hervorrufen, das den Kraftfahrer so leicht zu einer allzu gewagten und leichtsinnigen Fahrweise verführt. Das notwendige Gleichgewicht zwischen Fahrweise einerseits sowie Fahrkunst und Fahrbeherrschung andererseits wird also durch den Alkoholgenuss gestört und ungünstig beeinflusst. Hierbei sind es sogar gerade die verhältnismäßig kleinen Alkoholmengen, die dem Kraftfahrer verderblich werden können. Während den Kraftfahrer die ohne weiteres merk- und fühlbaren Grade erheblicher Trunkenheit vielfach, wenn nicht zum gänzlichen Verzicht auf das Fahren, so doch wenigstens zur besonderen Vorsicht veranlassen, äußert sich die anfängliche Wirkung eines geringen Alkoholgenusses oft zunächst darin, daß sie subjektiv das Gefühl einer erhöhten Leistungsfähigkeit vortäuscht, während die in Wahrheit bereits vorliegende Verminderung des Fahrkönnens dem Fahrer nicht zum Bewußtsein kommt, so daß er schneller und „schneidiger“ fährt, während er richtigerweise bereits langsamer und vorsichtiger fahren müßte.“ Wie eingangs bereits erwähnt, ist es im Hinblick auf das Schlagwort „Trunkenheit am Steuer“ besonders wichtig, daß der Kraftfahrer, um ihn ungeeignet erscheinen zu lassen, weder „betrunken“ noch auch nur „angetrunken“ gewesen zu sein braucht, vielmehr reicht es für die Annahme seiner Ungeeignetheit aus, daß er — auch nur einmal — ein Kraftfahrzeug gesteuert hat, obwohl er durch Genuß geistiger Getränke „in der Fahrsicherheit beeinträchtigt“ war (PrDWB.: JW. 1938, 1216<sup>88</sup> und 1359<sup>62</sup>; vgl. auch Hiller: JW. 1937, 364). Es genügt, „daß der Kraftfahrer infolge der Alkoholeinwirkung nicht mehr in der Lage war, den Wagen ruhig und sicher zu steuern“ (PrDWB.: JW. 1938, 614<sup>58</sup>). „Zur Feststellung der Ungeeignetheit eines Kraftfahrers wegen Fahrens unter Alkoholeinwirkung genügt es nach der Rechtsprechung des OBG. schon, wenn durch den Alkoholgenuss seine geistigen und körperlichen Fähigkeiten und damit seine Fahrsicherheit überhaupt beeinträchtigt ist, ohne daß dabei schon die Anzeichen einer „Angetrunkenheit“ vorzuliegen brauchen“ (PrDWB. a. a. D.). Die Enthaltensamkeit oder doch die weitestgehende Mäßigung im Alkoholgenuss muß nicht erst unmittelbar vor oder während der Fahrt, sondern auch schon längere Zeit vor der Fahrt erfolgen. „Da die Alkoholeinwirkung bekanntlich längere Zeit andauern kann, so beschränkt sich die Verpflichtung nicht auf die Zeit unmittelbar vor Antritt der Fahrt“ (PrDWB.: JW. 1938, 207<sup>74</sup>). Die Strenge dieser Anforderungen wird verständlich, wenn man sich folgendes vergegenwärtigt: „Unter den Ursachen, die für das unheimliche Anwachsen der Verkehrsunfallziffern und besonders für die schwersten Einzelfälle bestimmend sind, steht der Alkohol nach einwandfreien statistischen Feststellungen an maßgeblicher Stelle, wobei wohl noch zu berücksichtigen ist, daß hier die Statistik sicher noch weit hinter der Wirklichkeit zurückbleibt. Jedenfalls genügt aber die in der amtlichen Reichsstatistik für Straßenverkehrsunfälle für die Zeit v. 1. Okt. 1935 bis 30. Sept. 1936 festgestellte Zahl von 8679 bei Unfällen unter Alkoholeinfluss betroffenen Kraftfahrern schon hinreichend, um die verderbliche Wirkung des Alkohols für den Mann am Steuer zu erweisen“ (Kallfelz: JW. 1937, 2336). Im Hinblick auf diese statistisch erhärteten Zahlen kommt Kallfelz (a. a. D. 2342) zu dem Ergebnis, „daß das Prinzip absoluter Rükhternheit, das jeder verantwortungsbewußte Kraftfahrer schon immer befolgte, heute mehr denn je einzig richtig erscheint.“

Im Hinblick auf die Unterschiedlichkeit der Alkoholeinwirkung — von Person zu Person und auch bei derselben Person — hat die Rechtsprechung bisher davon abgesehen, absolute Maßstäbe für den noch angemessenen und für den keinesfalls mehr zulässigen Alkoholgehalt im Blut festzusetzen (vgl. HambDWB.: JW. 1937, 1847<sup>140</sup>; Kallfelz a. a. D. 2336, Fußnote 7). Grundsätzliche Ausführungen über den Alkoholgehalt im Blut, seine Feststellung und seine Wirkungen finden sich in den Urteilen des HambDWB. (a. a. D.), des SchöffG. Cottbus (a. a. D.) sowie vor allem in den wichtigen Aufsätzen von Kallfelz (a. a. D.) und von Mueller (Df. 1938, 630 ff.). Auf diese Fundstellen muß hier zur Raumersparnis verwiesen werden.

Die Rechtsprechung geht dahin, daß zwar eine gewisse Berücksichtigung der individuellen Alkoholverträglichkeit stattfinden darf (HambDWB. a. a. D.), daß aber diese Berücksichtigung ihre Grenzen hat. Diese Grenzziehung hat das HambDWB. (a. a. D.) mit folgenden Worten begründet: „Das öffentliche Verkehrsleben verlangt Disziplin, d. h. Unterordnung unter einheitliche Regeln. Niemand hat ein Recht darauf, sich einer besonderen Befähigung wegen über diese Regeln hinwegzusetzen; denn damit untergräbt er durch böses Beispiel die Disziplin. Es entspricht deshalb dem Rechte, wenn auch von demjenigen, der zufällig ganz besonders unempfindlich gegen Alkohol ist, die allgemein erforderliche Zurückhaltung im Alkoholgenuss beim Kraftfahren verlangt wird.“ Kallfelz sagt zu dieser Entscheidung: „Das ist beste neue deutsche Rechtsprechung!“ (Kallfelz a. a. D. 2342), gleichwohl muß es fraglich erscheinen, ob es grundsätzlich richtig ist und vor allem mit dem Gesetz im Einklang ist, die Frage der Eignung oder der Ungeeignetheit, die auf die Feststellung einer persönlichen Eigenschaft zielt, auch nur in Ausnahmefällen unter Mißachtung der individuellen Besonderheiten des Kraftfahrers durch entscheidende Berücksichtigung allgemeiner Durchschnittserfahrungen zu beantworten. Es dürfte wohl dem Gesetz eher entsprechen, wenn verlangt wird, daß die Ungeeignetheit, die zur Entziehung der Fahrerlaubnis festgestellt werden muß, im gleichen Sinne „konkret“ zu sein hat wie die „konkrete Gefahr“ im Falle des Erlasses einer sonstigen Polizeiverfügung. Bei einer üblichen Polizeiverfügung muß die polizeilich zu bekämpfende Gefahr — im Gegensatz zur Polizeiverordnung — „im einzelnen Falle“ bevorstehen; es muß, wie man sagt, eine „konkrete“ — nicht nur eine „abstrakte“ — Gefahr bestehen. Die Gefahr muß in dem mit der polizeilichen Verfügung geordneten Lebenskreis in greifbaren Anhaltspunkten hervortreten. Daß sich bei einer gegebenen Sachlage „in der Mehrzahl der Fälle“, „der Regel nach“, „erfahrungsgemäß“ (vgl. Froelich bei Scholz, „Handbuch des ges. öffentl. Grundstücksrechts“, S. 62 Text und Anm. 38) Schäden verwirklichen, kennzeichnet die abstrakte Gefahr, ist also für eine Polizeiverordnung, nicht für eine Polizei-Verfügung ausreichend. Bei letzterer darf nicht einfach — unter Außerachtlassung der individuellen Besonderheiten — vom Normalfall, von der „Regel“, der „Erfahrung“, ausgegangen werden, es muß vielmehr eine „situationsgebundene“ Prüfung des einzelnen Falles stattfinden und an Hand seiner individuellen Beschaffenheit die Frage nach dem Vorliegen einer „im einzelnen Falle“ drohenden Gefahr aufgeworfen werden (vgl. Reuß: JW. 1937, 1845). Auch die Feststellung der Ungeeignetheit eines Kraftfahrers dürfte richtigerweise diesen Grundsätzen unterworfen sein.

Zutreffend ist jedoch, daß ein Kraftfahrer, der unter Alkoholeinwirkung seinen Wagen gesteuert hat, hierbei nicht unbedingt „fahrtechnische Fehler“ gemacht zu haben braucht, um die Annahme seiner Ungeeignetheit zu rechtfertigen (HambDWB. a. a. D.). Es ist sogar nicht einmal nötig, daß der Kraftfahrer ein Kraftfahrzeug unter Alkoholeinwirkung tatsächlich gesteuert hat, vielmehr genügt es, um seine Ungeeignetheit anzunehmen, „daß er in diesem Zustand den ernstlichen Willen zum Fahren gehabt und diesen Willen in irgendeiner Form betätigt hat“ (PrDWB.: JW. 1938, 1856<sup>72</sup>; a. A. Peters a. a. D.).

Wer der Trunksucht verfallen, also ein sog. „Trinker“ ist, gehört nach ständiger Rechtsprechung unter keinen Umständen an das Steuer eines Kraftwagens. Trunksucht, d. h. ein eingewurzelter Hang zu übermäßigem Alkoholgenuss, macht stets zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet, ohne daß diese Eigenschaft etwa bereits beim Führen eines Kraftfahrzeugs in Erscheinung getreten zu sein braucht. „Trunksucht ist eine Eigenschaft, die in jedem Falle die Entziehung oder Versagung der Kraftfahrerlaubnis rechtfertigt“ (PrDWB.: JW. 1938, 2861/62; vgl. auch PrDWB.: JW. 1938, 1216<sup>88</sup> = RVerwBl. 1938, 577 Nr. 3).

Die Frage, ob jemand zum Führen von Kraftfahrzeugen geeignet ist, hat das PrDWB. grundsätzlich schon stets dann



verneint, „wenn der Fahrer auch nur einmal unter Alkoholverwirkung den Kraftwagen geführt hat“ (PrDVG.: JW. 1938, 1216<sup>58</sup> = RVerwBl. 1938, 577 Nr. 3; vgl. auch PrDVG.: JW. 1938, 1358/59<sup>62</sup> und 1216<sup>58</sup>). Krug (DZ. 1936, 1200) nennt diese Rechtsprechung „übertrieben“. Wenn sich der Kraftfahrer nicht als solcher, d. h. nicht am Steuer oder in bezug auf den Betrieb seines Kraftwagens, sondern bei anderer Gelegenheit, z. B. als Radfahrer oder als Führer von Pferdefuhrwerken oder Tieren, unter Alkoholverwirkung im Verkehr bewegt hat, so genügt ein solcher einmaliger Vorfall nach der Rechtsprechung nicht, um die Entziehung der Fahrerlaubnis zu rechtfertigen (vgl. PrDVG.: JW. 1938, 2861/62<sup>62</sup>).

Die gleiche Beurteilung wie das Fahren unter Alkoholverwirkung erfährt in der Rechtsprechung auch der Fall des Morphinzismus (BadVGH.: Deutsche Verwaltungsblätter 1937, 140 Nr. 88).

**Übermüdung.** Zum Fall der Übermüdung hat das PrDVG. in einer vielbeachteten grundsätzlichen Entscheidung folgendes ausgeführt: „Es muß davon ausgegangen werden, daß regelmäßig nicht nur der Genuß von oft nur geringen Mengen Alkohols, sondern ebenfalls der Zustand der Übermüdung die geistigen Kräfte, insbesondere die Fähigkeit, auf Einflüsse der Außenwelt als Kraftfahrer genügend schnell zu reagieren, auf ein für die Steuerung eines Wagens nicht mehr ausreichendes Maß herabsetzt. Regelmäßig erweist sich daher nicht nur ein unter Alkoholverwirkung stehender, sondern auch ein übermüdeter Kraftfahrer als eine das Wohl seiner Volksgenossen nicht genügend achtende und daher zum Führen eines Kraftfahrzeuges ungeeignete Persönlichkeit, wenn er trotz seiner herabgeminderten Reaktionsfähigkeit die Lenkung eines Kraftwagens übernimmt. ... Ebenso wie bei der Lenkung eines Kraftwagens, die ein unter Alkoholverwirkung stehender Fahrer unternimmt, grundsätzlich schon ein Fall der Polizei Anlaß geben kann, daraus auf die Ungeeignetheit des betreffenden Fahrers zu schließen, war auch hier (bei einmaliger Fahrt im Zustand der Übermüdung) die Annahme der Polizei, daß der Kläger ungeeignet sei, als gerechtfertigt anzusehen“ (PrDVG.: JW. 1936, 479/80<sup>50</sup>; vgl. auch PrDVG.: JW. 1938, 1358<sup>62</sup>). Diese Entscheidung hat sowohl in der Tagespresse wie auch in Fachzeitschriften Widerspruch gefunden. Insbesondere hat sich DStV. Dr. Krug (a. a. O.) mit folgenden Worten dagegen gewandt: „Die Schlussfolgerung, daß jemand, der sich einmal in übermüdetem Zustande an das Steuer eines Wagens gesetzt hat, ohne weiteres für immer zum Lenken eines Kraftfahrzeuges ungeeignet sei, dürfte noch viel mehr übertrieben sein als die schon an eine einmalige Trunkenheit angeknüpfte Schlussfolgerung.“ Krug tritt dafür ein, in den Fällen der Übermüdung nur nach strengster Prüfung aller Umstände und bei einer begründeten Wiederholungsgefahr die Ungeeignetheit des Kraftfahrers anzunehmen. In der gemeinsamen Dienstanzweisung des RVerwBl. und des RMdZ. zur StraßVerfZulD. und StraßVerfD. wird (zu §§ 2 und 3) als Indiz der Ungeeignetheit u. a. „grobfahrlässige Übermüdung des Kraftfahrers“ genannt. Allerdings bindet diese Dienstanzweisung nur die Verwaltungsbehörden, nicht die Gerichte (so Müller, „Straßenverkehrsrecht“, 12. Aufl., 1938, S. 560). Beachtlich sind auch die Ausführungen, die Cremer (bei Weigelt, „Kraftverkehrsrecht von A—Z“) zu diesem Thema macht: „Nach dem objektiven Gefahrengrad nähern sich die beiden Entziehungsgründe (Alkoholverwirkung und Übermüdung). Aber die subjektive Seite — der Mangel an Verantwortungsgefühl — kann in beiden Fällen häufig verschieden sein, so daß der Schluß auf die künftige Wiederholung, welcher für die Entziehung als polizeiliche Sicherheitsmaßnahme unerlässlich ist, bei bloßer Übermüdung nicht immer gezogen werden kann.“ Mit Recht stellen es Krug und Cremer in den angeführten Äußerungen auf die Befürchtung einer Wiederholungsgefahr ab. Dieses Erfordernis ergibt sich aus einer zutreffenden Auslegung des Begriffs „Ungeeignetheit“, denn das Merkmal „ungeeignet“ ist auf die Zukunft bezogen.

Zur Frage der Herleitung der Ungeeignetheit daraus, daß

der Kraftfahrer ein Fahrzeug führt, ohne gegen Haftpflicht versichert zu sein, sei auf die Entscheidungen des PrDVG.: JW. 1938, 1550<sup>56</sup> mit Anmerkung Boock und 2375/76<sup>65</sup> verwiesen.

**Ungeeignetheit wegen Befürchtung des Mißbrauchs der Fahrerlaubnis zu an sich verkehrsfremden Straftaten.** — Wie aus den vorangeschickten Darlegungen ersichtlich, ist der typische Fall der Ungeeignetheit der, daß gegenüber einem Kraftfahrer die auf „Tatsachen“ gestützte Befürchtung einer Verkehrsgefährdung begründet ist. Die „Tatsachen“, aus denen dieser Schluß am einleuchtendsten herzuleiten ist, sind Verkehrsdelikte oder sonstige verkehrsnaher Verfehlungen. Ferner ist, wie gleichfalls bereits erörtert, die Entziehung der Fahrerlaubnis aus dem Gesichtspunkt der Befürchtung einer Verkehrsgefährdung „auch zulässig bei Verfehlungen gegen die allgemeinen Strafgesetze, wenn aus diesen auf eine allgemeine sittliche Unzuverlässigkeit zu schließen ist, die sich auch beim Führen von Kraftfahrzeugen auswirken kann“ (BadVGH.: Deutsche Verwaltungsblätter 1937, 483 Nr. 260). Darüber hinaus ist aber die Verjagung oder Entziehung der Fahrerlaubnis auch dann gerechtfertigt, wenn die Gefahr eines Mißbrauchs der Fahrerlaubnis zu anderen an sich verkehrsfremden Straftaten begründet ist (PrDVG.: JW. 1936, 2832<sup>75</sup> = RVerwBl. 1936, 968; JW. 1937, 2168<sup>70</sup> = RVerwBl. 1937, 786 Nr. 8; JW. 1938, 992<sup>57</sup> = RVerwBl. 1938, 362 Nr. 5b; BadVGH.: Deutsche Verwaltungsblätter 1937, 483 Nr. 260). Hierher gehören die Fälle, daß von dem Kraftfahrer der Mißbrauch der Fahrerlaubnis zur Ausführung von Raub- und Diebstahls, zur Begehung politischer Verfehlungen oder zur Verübung von Sittlichkeitsdelikten zu befürchten ist.

Keine Rücksicht auf wirtschaftliche Nachteile des Betroffenen. Ein von den Kraftfahrern gegen die Entziehung der Fahrerlaubnis immer wieder vorgebrachter Einwand geht dahin, daß der Verlust der Fahrerlaubnis für sie mit schweren wirtschaftlichen Nachteilen, vielleicht sogar mit der Vernichtung ihrer Existenz, verbunden sei. Diesen Einwand haben die Verwaltungsgerichte stets zurückgewiesen. So heißt es z. B. in einer Entscheidung des PrDVG.: JW. 1938, 1855<sup>72</sup> = RVerwBl. 1938, 775 Nr. 2: „Die wirtschaftlichen Nachteile, die mit der Entziehung der Fahrerlaubnis für den Kläger verbunden sein mögen, können bei der Entscheidung nicht berücksichtigt werden. Die öffentliche Sicherheit geht vor; private Rücksichten können ihr gegenüber nicht ausschlaggebend ins Gewicht fallen.“ Die gleiche Grundauffassung hat das PrDVG. (JW. 1938, 614<sup>58</sup>) noch mit folgenden Worten ausgesprochen: „Der Rücksicht auf die öffentliche Sicherheit gebührt in jeder Hinsicht der Vorrang vor dem wirtschaftlichen Nutzen des einzelnen.“ Dieser Rechtsprechung haben die Betroffenen wiederholt den Vorwurf gemacht, daß es der auch für die Auslegung der Gesetze maßgeblichen nationalsozialistischen Weltanschauung widerspreche, wenn ihnen dem Ergebnis nach zugleich mit der Fahrerlaubnis auch ihre Arbeitsmöglichkeit genommen würde und sie vielleicht sogar der öffentlichen Wohlfahrt zur Last fielen. Hierauf hat das PrDVG. (JW. 1938, 1216<sup>57</sup>) erwidert: „Das Entcheidende ist nach nationalsozialistischer Auffassung nicht, daß dem einzelnen eine in seinem Privatinteresse liegende Arbeitsmöglichkeit erhalten bleibt, sondern daß die Volksgemeinschaft geschützt wird vor solchen Verkehrsteilnehmern, die durch mangelndes Verantwortungsgefühl oder mangelnde Selbstbeherrschung eine Gefahr für die allgemeine Verkehrssicherheit bilden.“ Als ein Kraftfahrer gegenüber dieser Rechtsprechung einwandte, daß in ihr zu Unrecht von einem bloßen „Privat“-Interesse des Betroffenen gesprochen werde, da es doch gerade im Interesse der Allgemeinheit liege, daß der Kraftfahrer nicht infolge der Erlaubnisentziehung seine Stellung verliere und womöglich der Wohlfahrtspflege zur Last falle, entgegnete ihm das PrDVG. (JW. 1938, 208<sup>76</sup>): „Allerdings ist jeder ein Glied der Allgemeinheit und insofern sein Wohlergehen

mit dem der Allgemeinheit verknüpft. Aber nicht dieses mitteilbare Interesse der Allgemeinheit, dessen Anerkennung jeden Unterschied zwischen allgemeinen und privaten Belangen verwischen würde, ist maßgebend, sondern das unmittelbare Interesse, das die Allgemeinheit und andererseits der einzelne an den Dingen hat. So gesehen ergibt sich, daß für die Allgemeinheit ein unmittelbares Interesse an der Ausschaltung ungeeigneter Kraftfahrer besteht, während das entgegenstehende Interesse des Betroffenen an der Belassung der Fahrerlaubnis als sein privates Interesse hinter das der Allgemeinheit zurücktreten muß. Zu dem Zweck, die Allgemeinheit vor Schädigungen durch ungeeignete Kraftfahrer zu schützen und zu bewahren, ist im Gesetz die Entziehung der Fahrerlaubnis vorgesehen. Die Entziehung ist auch dann auszusprechen, wenn dem Betroffenen — wie es in der Regel der Fall ist — dadurch wirtschaftliche oder sonstige Nachteile erwachsen.“

Diese Rechtsprechung des PrOVG. befindet sich im Einklang mit der nationalsozialistischen Rechtsauffassung, auf die sich die Betroffenen zu Unrecht ihr gegenüber glaubten berufen zu können. Denn in der nationalsozialistischen Weltanschauung ist für eine Anerkennung gemeinschaftswidriger Einzelinteressen kein Raum. Schon in Punkt 10 des Parteiprogramms heißt es: „Die Tätigkeit des einzelnen darf nicht gegen die Interessen der Allgemeinheit verstoßen, sondern muß im Rahmen des Gesamten und zum Nutzen aller erfolgen.“ In Übereinstimmung hiermit erklärt es z. B. der Vorpruch zur Deutschen Gemeindeordnung ausdrücklich als Staatsziel des Dritten

Reiches, „die Gemeinschaft wieder vor das Einzelschicksal zu stellen und Gemeinnutz vor Eigennutz zu setzen“. Mit Recht sagt daher Ipsen („Politik und Justiz“, S. 202): „Die Bewirtlichung jeden Individualschutzes hat ihre absolute Grenze an der Erhaltung des Staates und der ihn tragenden Gemeinschaft.“ Auch auf dem Gebiet des Kraftfahrrechts gibt es keine schutzwürdigen gemeinschaftswidrigen Rechte oder Interessen. Vielmehr gilt auch hier der Satz: „Alles Dürfen des einzelnen findet seine Grenzen an der Rücksicht auf die Allgemeinheit“ (L. v. Köhler, „Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts“, S. 377), auch hier ist „jedes Recht schon in sich durch die übergeordneten Bindungen der Gemeinschaft begrenzt“ (Laforet, „Deutsches Verwaltungsrecht“, S. 3). Die hier erörterte Rechtsprechung des PrOVG. liegt daher völlig in der Linie der nationalsozialistischen Rechts- und Weltanschauung.

Soweit im übrigen trotz pflichtmäßiger Beachtung der Gemeinschaftsbelange im Einzelfall eine Rücksichtnahme auf die dem Betroffenen entstehenden wirtschaftlichen Nachteile angebracht erscheinen mag, ist hierzu lediglich die für die Entziehung zuständige Verwaltungsbehörde, nicht aber der Verwaltungsrichter befugt. Denn die Verwaltungsbehörde kann bei der Handhabung ihres Ermessens nicht nur nach Recht, sondern auch nach Billigkeit verfahren, während der Verwaltungsrichter nur die Rechtmäßigkeit der Entziehungsverfügung zu prüfen hat, die durch den Eintritt wirtschaftlicher oder sonstiger Nachteile des Betroffenen nicht beeinflusst wird (vgl. Hiller: JW. 1937, 365).

## Verdeckte Gewinnausschüttung

Von Oberregierungsrat E. Kaemmel, Berlin

### 1. Die Merkmale der verdeckten Gewinnausschüttung

Der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung ist im Anschluß an die Körperschaftsteuergesetzgebung allmählich durch eine sehr umfangreiche Rechtsprechung und Verwaltungsübung entwickelt worden. In das KörperStG. ist der Fachausdruck „Verdeckte Gewinnausschüttung“ erst bei der Steuerreform 1934 aufgenommen worden: § 6 S. 2 KörperStG. bestimmt, daß bei der Ermittlung des Einkommens auch „verdeckte Gewinnausschüttungen“ zu berücksichtigen sind; eine ähnliche Vorschrift fehlt bei der Mindestbesteuerung nach § 17 Abs. 1 Ziff. 1 KörperStG. wieder, wonach unter bestimmten Voraussetzungen zum sogenannten Mindesteinkommen auch „verdeckte Gewinnausschüttungen“ zu rechnen sind. Das EinkStG. kennt den Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung nicht, doch hat die Rechtsprechung und die Verwaltungsübung klargestellt, daß zu den „Gewinnanteilen, Vorteilen u. dgl. aus Gesellschaftsrechten“ i. S. des § 20 EinkStG. in der Regel auch verdeckte Gewinnausschüttungen zu rechnen sind. Das Schweigen des Gesetzgebers über die verdeckte Gewinnausschüttung im EinkStG. hat übrigens zur Folge gehabt, daß unter verdeckten Gewinnausschüttungen im allgemeinen nur bestimmte Arten von Entnahmen bei Körperschaftsteuerepflichtigen Unternehmen verstanden werden.

Eine Erläuterung des Begriffes „verdeckte Gewinnausschüttung“ findet sich im KörperStG. nicht, der Gesetzgeber hat sich vielmehr damit begnügt, im § 20 der 1. DurchfVd. zum KörperStG. in Form einer Beispielsammlung die wichtigsten Fälle der verdeckten Gewinnausschüttung zu beschreiben, und zwar nicht in der Rechtssprache, sondern in der Sprache der Betriebswirtschaft. Er hat im übrigen die Weiterentwicklung dieses Begriffes bewußt der Rechtsprechung, der Verwaltungsübung und, wie man wohl hinzufügen darf, der Selbsterziehung der beteiligten Kreise überlassen.

Die Rechtsprechung und die Verwaltungsübung haben nun im letzten Jahrzehnt eine ganze Reihe grundsätzlicher Merkmale herausgearbeitet, die die verdeckte Gewinnausschüttung von anderen Ausschüttungen unterscheiden. Der Grundgedanke ist dabei, daß es sich bei der verdeckten Gewinnausschüttung um eine Wegnahme von Gewinn in Form von Betriebsausgaben handelt und daß da-

durch eine Gewinnverlagerung herbeigeführt wird. Diese Gewinnverlagerung zu korrigieren und den zutreffend festgestellten Gewinn der Besteuerung zu unterwerfen, ist die Aufgabe der Gesetzgebung und der Rechtsprechung. Von diesen Annahmen ausgehend, wird man unter „Ausschüttung“ — der Ausdruck kommt in § 17 KörperStG. vor — jede Hingabe von Geld oder geldwerten Sachen zu verstehen haben, die eine Gesellschaft einem Gesellschafter im Hinblick auf sein Gesellschafterverhältnis ohne gleichwertige Gegenleistung zukommen läßt, wobei es auf die Herkunft der Mittel nicht ankommt. Unter „Gewinnausschüttung“ würden dann solche Ausschüttungen zu verstehen sein, die aus dem Gewinn des Wirtschaftsjahres herrühren, für den das Einkommen zu ermitteln ist. Offen ist eine solche Gewinnausschüttung dann, wenn sie nach Feststellung des ordnungsmäßig ermittelten Gewinns erfolgt, verdeckt eine Gewinnausschüttung, die sich hinter der Form einer Betriebsausgabe verbirgt. Diese vier Merkmale der verdeckten Gewinnausschüttung — Hingabe von Geld oder geldwerten Sachen, Auszahlung im Hinblick auf das Gesellschaftsverhältnis, Mangel einer gleichwertigen Gegenleistung, Einkleidung in die Form einer Betriebsausgabe — hat die Rechtsprechung des RFG. an Hand einer ungewöhnlich großen Fülle von Urteilen entwickelt; dieses reichhaltige Material gibt nicht nur einen überraschenden Einblick in die einzelnen Phasen der Rechtsentwicklung, sondern auch in die von dem obersten Gericht angewandte Arbeitsmethode. Ein großer Teil der Urteile des RFG. ist freilich praktisch dadurch überholt, daß die aus ihnen entwickelten Rechtsätze in die Beispielsammlung des § 20 der 1. DurchfVd. z. KörperStG. übernommen worden sind. Die Fülle und Mannigfaltigkeit der Rechtsprechung ist aber so groß, daß es sich doch empfiehlt, vor der Behandlung der einzelnen Formen der verdeckten Gewinnausschüttung, die Rechtsprechung in ihrem Verhältnis zu den oben entwickelten Grundsätzen kurz darzustellen.

#### a) Geber und Empfänger

Die verdeckte Gewinnausschüttung ist ein Vorgang, der im Gesellschafterverhältnis seine Grundlage hat.

Er setzt einen Geber und einen Empfänger voraus. Als Geber kommen alle körperschaftsteuerpflichtigen Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen in Frage, sofern bei ihnen nach den gesetzlichen Vorschriften ein Gewinn zu ermitteln ist. Geber der verdeckten Gewinnausschüttung sind daher nicht nur Kapitalgesellschaften, wie Aktiengesellschaften, GmbH., bergrechtliche Gewerkschaften, sondern auch Betriebe gewerblicher Art von Körperschaften des öffentlichen Rechts, ferner Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Versicherungsver-eine a. G. usw. Der Empfänger der verdeckten Gewinnausschüttung muß, da diese ja auf dem Gesellschafterverhältnis beruht, ein Gesellschafter sein; der RFG. hat in dieser Beziehung den Gesellschaftern auch „nahestehende Personen“ gleichgestellt (RStBl. 1932, 145; 1935, 616). Der Begriff des „Nahestehens“ erfordert keine Blutsverwandtschaft oder Schwägerschaft, sondern es ist hier an wirtschaftliche Bindungen und Zusammenhänge zu denken. Im übrigen brauchen die Gesellschafter selbst nicht etwa natürliche Personen zu sein, sie können vielmehr juristische Personen, Konzerngesellschaften, Interessengemeinschaften, Vereine u. dgl. sein. So erklärt es sich, daß der RFG. in einem Urteil RStBl. 1937, 750 als verdeckte Gewinnausschüttung auch Zahlungen einer Untergesellschaft an die Vorstandsmitglieder einer Obergesellschaft behandelt hat. Das Gesellschafterverhältnis ist von besonderer Bedeutung, wenn es sich um Aufwendungen der Gesellschaft handelt, die den Vorstandsmitgliedern zugute kommen. Ob ein Leiter der Angestellter mit Aktienbesitz stets als Gesellschafter anzusehen ist, kann im Rahmen der verdeckten Gewinnausschüttung zweifelhaft sein. Der RFG. hat in einem neuerlichen Urteil RStBl. 1938, 963 die Entscheidung davon abhängig gemacht, daß der Einfluß des Gesellschafters groß genug gewesen sein mußte, um ihm auf Grund seines Gesellschafterverhältnisses besondere Vorteile einzubringen. Das Urteil, das der VI. Senat (Einkommensteuer Senat) des RFG. gefällt hat, ist wegen des darin für die Praxis liegenden Unsicherheitsmoments (Erschwerung für die Feststellung der steuerlich erheblichen Tatbestände) auf Widerspruch gestoßen (vgl. z. B. die Besprechung des Urteils durch Carius: Steuerwarte 1938, 810). — Im übrigen ist es nicht notwendig, daß die verdeckte Gewinnausschüttung allen Gesellschaftern oder mehreren Gesellschaftern zugute kommt, wie auch die Höhe der verdeckten Gewinnausschüttung zu dem Anteilbesitz des einzelnen Gesellschafters, zum Gewinn oder zum Umsatz der Gesellschaft steuerlich unerheblich ist (so RFG.: RStBl. 1934, 668 sowie RFG. 26, 69).

#### b) Zuwendung und Gewinnentnahme

Inhaltlich muß es sich um Gewinnentnahmen zugunsten der Gesellschafter handeln, also um Zuwendungen an diese, wobei es zunächst gleichgültig ist, ob ihnen aus dieser Zuwendung ein wirtschaftlicher Vorteil erwächst. Mirre hat in DStZ. 1936, 332 bei der Behandlung des Spendenproblems mit Recht darauf hingewiesen, daß Spenden verdeckte Gewinnausschüttungen seien und bei der Gesellschaft der Körperschaftsteuer unterlägen. Er läßt es aber offen, ob bei den Gesellschaftern steuerpflichtiges Kapitaleinkommen anzunehmen ist. Man wird mit Gehhardt: DStZ. 1937, 818 in der Regel annehmen können, daß steuerpflichtiges Kapitaleinkommen beim Gesellschafter nur dann anzunehmen ist, wenn die Spende für ihn eine wirtschaftliche Entlastung bedeutet. — Verdeckte Gewinnausschüttung liegt nicht vor, wenn eine Gesellschaft Aufwendungen für eigene Zwecke macht. Beim Zusammentreffen von Aufwendungen für Zwecke der Gesellschaft und für Zwecke der Gesellschafter in einem Tatbestand muß eine Aufgliederung stattfinden.

#### c) Realisierung der verdeckten Gewinnausschüttung

Die Frage, wann die verdeckte Gewinnausschüttung realisiert wird und für welchen Zeitraum sie erfasst werden kann, ist für die Praxis von erheblicher Bedeutung. Der RFG. hat sich mit diesen Fragen in den Urteilen v. 26. März 1935: StBl. 1935 Nr. 431, v. 28. Mai 1935: StBl. 1935 Nr. 432

und v. 21. Juni 1938: RStBl. 1938, 941 auseinandergesetzt. Der Grundgedanke dieser Rechtsprechung ist, daß in der Regel die verdeckte Gewinnausschüttung den Bilanzgewinn eines bestimmten Wirtschaftsjahres mindert und daher zunächst der Schluß gerechtfertigt ist, daß sie für diesen Zeitraum gewährt worden ist. Ist aber der Bilanzgewinn durch die verdeckte Gewinnausschüttung nicht berührt worden, so gilt sie in der Regel für den Zeitabschnitt als gewährt, in dem der Vorgang verbucht ist. Das gilt aber wieder nicht, wenn sich aus den Umständen des Falles, etwa aus Art oder Gegenstand der verdeckten Gewinnausschüttung, eine bestimmte zeitliche Beziehung ergibt. Dann ist dieser Zeitraum maßgebend. Gesetzlich geregelt sind diese Fragen für die verdeckte Gewinnausschüttung nicht, nur hinsichtlich der Ausschüttungen (insoweit auch für verdeckte Gewinnausschüttungen) für die Mindestbesteuerung (vgl. § 30 der 1. DurchfVd. z. KorpStG., wonach sie als Mindesteinkommen dem Zeitabschnitt hinzuzurechnen sind, für den sie gewährt worden sind).

#### 2. Die Formen der verdeckten Gewinnausschüttung

##### a) Verdeckte Gewinnausschüttung durch Veränderung des Stamm- oder Grundkapitals

Folgt man der vorhin gegebenen Begriffsbestimmung der verdeckten Gewinnausschüttung, nämlich daß diese sich als Gewinnverwendung in Form von Betriebsausgaben darstellt, so ist man zunächst geneigt, die Möglichkeit einer Verminderung des Gewinns durch Veränderung des Stamm- oder Grundkapitals nicht allzu hoch einzuschätzen, und doch ist die verdeckte Gewinnausschüttung durch Veränderung des Stamm- oder Grundkapitals, wenn auch nicht eine der häufigsten, so doch eine nicht selten gewählte Form der Gewinnbeeinflussung. Sie kommt vor als Erhöhung des Stamm- oder Grundkapitals, als Kapitalherabsetzung und als Verstärkung des Kapitals durch Darlehen der Gesellschafter.

Was den ersten Fall, nämlich die Erhöhung des Stamm- oder Grundkapitals, betrifft, so ist der einfachste hier vorkommende Tatbestand der der Kapitalerhöhung unter Ausgabe der neuen Aktien oder Anteile als Freiaktien oder Gratisanteile (RStBl. 1929, 221; RFG. 24, 294). Der RFG. hat in dem Urteil RStBl. 1934, 370 die Konstruktion der verdeckten Gewinnausschüttung in derartigen Fällen mit der Annahme begründet, daß ein solcher Fall so angesehen werden müsse, „als ob“ die Gesellschaft eine Barauschüttung vorgenommen hätte und die Gesellschafter den Betrag zur Erhöhung des Grund oder Stammkapitals wieder verwendet hätten. Komplizierter lag der auch vom RFG. entschiedene Fall einer Gesellschaft, die den Gewinn nicht ausschüttete, sondern zur Auffüllung der noch offenstehenden Einzahlungsbeträge auf die Aktien verwendete, ein Vorgang, der häufiger ist, als man denkt, und bei dem Berechnung und Abführung der Kapitalertragsteuer schwierig werden, besonders, wenn die Gesellschaft diese übernimmt. Der RFG. hat hier in RFG. 38, 154 das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung bejaht. Aus der reichhaltigen Mpr. sei nur noch der Erwerb der jungen Aktien bei der Kapitalerhöhung durch die Gesellschaft zu Lasten des Gewinnes (RStBl. 1935, 1447) sowie die Wiederauffüllung der Stammanteile eines ausgeschiedenen Gesellschafters aus Mitteln der Gesellschaft (RStBl. 1936, 266) erwähnt.

Bei der verdeckten Gewinnausschüttung durch Kapitalherabsetzung ist grundsätzlich zu beachten, daß Kapitalrückzahlungen in der Regel keine verdeckte Gewinnausschüttung sind. Trotzdem kommt es vor, daß Kapitalrückzahlungen bei Kapitalherabsetzungen zu Lasten des Gewinnes geleistet werden, wobei das wirtschaftliche Motiv nicht immer der Wunsch nach steuerlicher Entlastung zu sein braucht, es können da mancherlei Gründe, z. B. Vermeidung einer Pflichtrevision, Umgehung von Bestimmungen des AulStoG. mitsprechen. Von grundsätzlicher Bedeutung sind hier eine Reihe von Urteilen des VI. Senats (Einkommensteuer Senat), der z. B. im Ur. v. 26. Aug. 1936, VI A 934/35: RStBl. 1936, 998 das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung bei einer

Kapitalherabsetzung bejaht hat, die nur zu dem Zweck erfolgen sollte, bisher unterlassene Gewinnausschüttungen steuerfrei nachzuholen. In dem grundlegenden Urtr. v. 27. Jan. 1937, VI A 617/35: RStBl. 1937, 434 hat der RFH. ausgeführt, daß eine Kapitalherabsetzung in der Regel steuerlich anzuerkennen ist, wenn sie den Zweck hat, ein für das Unternehmen zu hohes Grundkapital auf eine den Bedürfnissen und der wirtschaftlichen Lage des Betriebs angemessene Größe zurückzuführen oder das Unternehmen zu sanieren; ja, darüber hinaus will der RFH. Kapitalherabsetzungen steuerlich anerkannt wissen, wenn sie aus wirtschaftlich beachtlichen Gründen vorgenommen werden, es sei denn, daß eine Gewinnausschüttung bezweckt und die Form der Kapitalrückzahlung aus Gründen steuerlicher Ersparnis gewählt worden ist.

Nur unter besonderen Umständen sind Darlehen, die die Gesellschafter an die Gesellschaft geben, für Zwecke der Körperschaftsteuer als verdecktes Stammkapital und die Zinsen daraus als verdeckte Gewinnausschüttung zu behandeln. Zwei neuerliche Urteile des I. Senats des RFH. v. 30. Aug. 1938: RStBl. 1938, 901/902 geben einen guten Einblick in die hier in Betracht kommenden Tatbestände. Eine GmbH. mit einem eingeschalteten Stammkapital von insgesamt 3000 RM, das zu je einem Drittel in den Händen der drei Gesellschafter war, hatte von jedem Gesellschafter ein Darlehen von 50 000 RM, also insgesamt von 150 000 RM erhalten, die mit 3% zu Lasten des Gewinnes verzinst wurden. Der RFH. hat die Darlehen als verdecktes Stammkapital angesehen und die Zinsen nicht als Betriebsausgaben, sondern als verdeckte Gewinnausschüttungen behandelt. In dem Fall RStBl. 1938, 902, in dem einem eingeschalteten Stammkapital von 60 000 RM Darlehen der Gesellschafter an die Gesellschaft in Höhe von 45 000 RM gegenüberstanden, hat der RFH. das Vorliegen eines verdeckten Stammkapitals verneint und den Hinweis, daß betriebsfremde Personen dieser GmbH. nie Darlehen in solcher Höhe gewähren würden, damit beantwortet, daß Gesellschafter mit den Auszichten und Betriebsmöglichkeiten besser vertraut als Dritte und daher mehr als diese darlehenswillig seien. Man kann dahingestellt sein lassen, ob dieser Gedankengang völlig überzeugend ist, sicher aber wird man der Auffassung des RFH. beipflichten können, daß derartige Entsch. mit besonderer Sorgfalt getroffen werden müssen, weil sie Organisation, Kapitalaufbau und unter Umständen die Kreditfähigkeit der Gesellschaft weitgehend beeinflussen.

#### b) Verdeckte Gewinnausschüttung durch Darlehen der Gesellschaft an die Gesellschafter

Eine Gesellschaft soll bei Rechtsgeschäften mit ihren Gesellschaftern nach einer grundlegenden Entsch. des RFH.: RStBl. 1937, 167 nicht schlechter gestellt sein als eine unbeteiligte dritte Person, aber auch nicht besser. Darlehensgeschäfte zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern sind zulässig, eine Beanstandung in der Richtung der verdeckten Gewinnausschüttung setzt voraus, daß besondere Tatbestandsmerkmale gegeben sind. Der RFH. hat ein solches für die verdeckte Gewinnausschüttung sprechendes Tatbestandsmerkmal in ganzlichem oder teilweisem Ausfall der Forderung gesehen. Mußte sich die Gesellschaft schon bei Hingabe darüber klar sein, daß mit einer Rückzahlung nicht oder nur teilweise gerechnet werden konnte, so liegt in Höhe des Ausfalls oder des Verlustes des Darlehens verdeckte Gewinnausschüttung vor (vgl. RFH. v. 10. Nov. 1935, abgedr. in Mrozek Kartei Rechtspruch 22 zu § 6 Satz 2 KorpStG.). Wenn Darlehen unverzinslich, in erheblicher Höhe oder ohne Vereinbarung über Tilgung, Kündigung und Rückzahlung gemährt werden, so wird man ebenfalls nach dem RFH. verdeckte Gewinnausschüttung anzunehmen haben (vgl. z. B. StWB. 1935 Nr. 657), hingegen wird ein Darlehen als echtes Darlehen anerkannt werden können, wenn der Gesellschafter bestrebt ist, die erhaltenen Beträge in absehbarer Zeit zurückzahlen. Auch hinsichtlich der Zinsen von Darlehen kann verdeckte Gewinnausschüttung vorliegen, z. B. wenn übermäßig hohe Zinsen gezahlt werden; so z. B. RFH.: RStBl. 1931, 203; 1932, 713.

#### c) Verdeckte Gewinnausschüttung in Form von Gehalt, Tantieme, Provision u. dgl.

Auch im Lohn- oder Dienstverhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft sollen beide Teile nicht besser und nicht schlechter behandelt werden als Dritte in ihren Rechtsbeziehungen zueinander. Gesellschafter können also für ihre Leistung an die Gesellschaft mit steuerrechtlicher Wirkung aus einem Lohn- oder Dienstverhältnis nur das beanspruchen, was die Gesellschaft Dritten hätte zahlen müssen. Bei unmäßig hoher Bezahlung ist insoweit verdeckte Gewinnausschüttung anzunehmen (so RFH. in dem grundlegenden Urteil RStBl. 1932, 1065). Die Rechtsprechung ist im Anschluß an dieses Urteil insbesondere der Frage nachgegangen, bei welchen Tatbeständen eine übermäßig hohe Vergütung anzunehmen ist, und hat dabei den Satz geprägt, daß eine Gesellschaft niemals dritten Personen so hohe Gewinne gewähren würde, daß für sie — die Gesellschaft — selbst auf die Dauer kein Gewinn mehr übrigbleibt. Der Satz ist richtig, aber er gestattet keinesfalls den GegenSchluß, daß eine Vergütung so lange nicht übermäßig hoch ist, als das Gesellschaftskapital sich reichlich verzinst. Hier hat der RFH. vielmehr in RStBl. 1932, 519 den Gedanken in den Vordergrund gestellt, daß eine unmäßige Höhe insoweit vorliegt, als die Angemessenheit überschritten wird. Neben Lohn, Gehalt, Tantieme und Provision kommen als verdeckte Gewinnausschüttungen Umsatzvergütungen, Reisefkosten, Ersatz für Repräsentation, Lizenzgebühren, Einräumung von Wohnrechten, Bau von Villen, Gewährung von Pensionen, Nachzahlung für zeitlich zurückliegende Dienste u. dgl. in Frage.

#### d) Verdeckte Gewinnausschüttung durch Kauf, Tausch, Pacht und Miete

Kauf und Tauschgeschäfte sind ebenso wie Pacht und Mietgeschäfte zwischen Gesellschafter und Gesellschaft grundsätzlich zulässig, wie ja überhaupt immer wieder betont werden muß, daß das Gesellschafterverhältnis die Herstellung von normalen Rechtsbeziehungen nicht hindert. Gerade deswegen kommt es bei Kauf und Tausch, bei Pacht und Miete auf die Angemessenheit der Gegenleistung an. Verdeckte Gewinnausschüttung wird grundsätzlich dann anzunehmen sein, wenn eine für den Gesellschafter unangemessen gute Preisgestaltung vorliegt, z. B. Verkauf an die Gesellschaft zu Überpreisen (RStBl. 1933, 1201; vgl. auch das Rübenzuckerfabrikenurteil bei Mrozek Rechtspruch 38 zu § 6 S. 2 KorpStG.). Bei Miet- und Pachtverträgen baut sich die Frage der verdeckten Gewinnausschüttung meist auf der Tatsache auf, daß die zum Betrieb der Gesellschaft erforderlichen Wirtschaftsgüter von den Gesellschaftern an die Gesellschaft vermietet oder verpachtet werden. Eine solche Konstruktion mindert durch die als Betriebsausgabe anzuerkennende Pacht oder Mietzahlung den steuerlichen Gewinn der Körperschaft. Verdeckte Gewinnausschüttung ist anzunehmen, soweit der Miet- oder Pachtzins über eine angemessene Gegenleistung hinausgeht (vgl. RStBl. 1934, 724).

### 3. Einzelnes und Besonderes

Neben den im Vorstehenden geschilderten Fällen hat sich die Rechtsprechung in weitem Umfang noch mit Einzelfragen der verdeckten Gewinnausschüttung beschäftigt, deren Darstellung bei allem Interesse, das diesen Fragen, wie z. B. Gewinnpoolungsverträge, Organshaft, Erwerb und Veräußerung eigener Aktien, Finanzzuschläge bei Betrieben gewerblicher Art, von öffentlichen Körperschaften, Behandlung der Spenden usw. in ihrer Beziehung zur verdeckten Gewinnausschüttung zukommt, an dieser Stelle zu weit führen würde. Zusammenfassend aber kann nur eine Anregung wiederholt werden, die der RFH. immer wieder ausgesprochen hat, nämlich die Anregung nach möglicher Klarheit in den Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschafter und Gesellschaft. Läßt sich eine solche Klarheit nicht erreichen, so müssen die Beteiligten es sich gefallen lassen, daß aus diesem Mangel an Klarheit ungünstige Schlüsse gezogen werden (so RFH.: RStBl. 1936, 157).

# Der Mitverpflichtete nach dem Gesetz über eine Bereinigung alter Schulden vom 17. August 1938

Von Assessor Friedrich Fischer, Hamm

Nach § 3 des Ges. über die Bereinigung alter Schulden v. 17. Aug. 1938 werden die Rechte der Gläubiger gegenüber den Mitverpflichteten durch eine Schuldenbereinigung grundsätzlich nicht berührt. Nur zur Vermeidung einer unbilligen Härte kann hiervon zugunsten der Mitverpflichteten eine Ausnahme gemacht werden. Läßt man die letztere Möglichkeit unberücksichtigt, so entspricht die Vorschrift der in § 193 RD. für den Zwangsvergleich getroffenen Regelung. Auf sie ist auch in der dem Gesetz gegebenen amtlichen Erläuterung hingewiesen (DZ. 1938, 1336). Sie ist deshalb auch zur Auslegung des § 3 a. a. D. heranzuziehen. Ebenso wie bei einem Zwangsvergleich die unverminderte Forthaftung der Mitverpflichteten bestehen bleibt, soll es auch bei einer durch Richterspruch angeordneten Schuldenbereinigung sein. Die allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts, nach denen das Mitverpflichtetenverhältnis abhängig ist von dem Inhalt und Bestand der Hauptverpflichtung, treten insoweit außer Kraft. Bedeutend ist diese Regelung insbesondere für die Bürgschaft, da der Bürge sich entgegen den §§ 767, 768 BGB. nicht auf eine Änderung der Hauptverpflichtung berufen kann und auch nicht dem Hauptschuldner zustehende Einreden geltend machen kann. Stundung und eine etwaige Herabsetzung der Schuld sind also im Verhältnis von Gläubiger zum Bürgen ohne Wirkung. Für das Gesamtschuldverhältnis ist die getroffene Regelung von minderer Bedeutung, da eine so weitgehende und der Bürgschaft entsprechende Akzessorietät fehlt.

Bei folgerichtiger Durchführung des in § 193 RD. enthaltenen und für die Anwendung des § 3 a. a. D. heranzuziehenden Grundsatzes kommt die unverminderte Forthaftung des Mitverpflichteten nur bei einer durch Richterspruch angeordneten Schuldenbereinigung in Frage. Bei einer durch gütliche Einigung zwischen Gläubiger und Hauptschuldner zustande gekommenen Regelung wird entsprechend der Rechtslage in § 193 RD., dessen Anwendbarkeit bei einem außergerichtlichen Konkursabwendungsvergleich ausscheidet, die Vorschrift des § 3 a. a. D. keine Geltung beanspruchen können. Es gelten alsdann die allgemeinen Vorschriften.

Sind in der Person des Hauptschuldners die Voraussetzungen für eine Schuldenbereinigung nicht erfüllt, so ist gleichfalls kein Raum für die Anwendbarkeit des § 3 a. a. D. vorhanden. Das AG. Berlin hat hieraus in einem in der JW. 1938, 2843 veröffentlichten Beschluß v. 14. Sept. 1938 gefolgert, daß alsdann auch auf den Mitverpflichteten das SchuldenbereinigungsG. keine Anwendung finden kann. Eine so weitgehende Bedeutung dem § 3 a. a. D. zu geben, erscheint mir indes nicht angängig. Handelt es sich bei dem Hauptschuldner um eine Gesellschaft oder um eine juristische Person — wie in dem vom AG. Berlin entschiedenen Fall — und kommt nur mangels der persönlichen Voraussetzungen für den Hauptschuldner eine Schuldenbereinigung durch richterliche Vertragshilfe nicht in Frage, so besteht m. E. kein Grund, automatisch auch dem Mitverpflichteten die Schuldenbereinigung zu versagen. Es kommt allein darauf an, ob in der Person des Mitverpflichteten die allgemeinen Voraussetzungen des § 1 des Ges. erfüllt sind. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so würde es unbillig sein, den Mitverpflichteten von einer Schuldenbereinigung auszuschließen, zumal dann, wenn die Gesellschaft oder die juristische Person inzwischen erloschen ist und der Mitverpflichtete allein noch haftet. Für den vom AG. Berlin aus § 3 a. a. D. gezogenen Schluß findet sich im Gesetz keinerlei Anhaltspunkt. Die Vorschrift besagt lediglich, daß, wenn in der Person des Hauptschuldners die Voraussetzungen für eine Schuldenbereinigung erfüllt sind, die Rechte der Gläubiger gegen etwaige Mitverpflichtete grundsätzlich unberührt bleiben. Wie indessen die rechtlichen Beziehungen von Gläubiger zum Mitverpflichteten sind, wenn auf den Hauptschuldner das Gesetz keine Anwendung findet, darüber hat das Gesetz keine Regelung getroffen. Es ist deshalb auch nicht einzusehen, warum in diesem Fall der Mitverpflichtete nicht auch die richterliche Vertragshilfe für sich in Anspruch nehmen kann. Dies um so mehr, als eine engherzige Auslegung des Gesetzes kaum der Absicht des Gesetzgebers entsprochen haben dürfte.

## Aus der Deutschen Rechtsfront

### Rechtswahrer als Hausverwalter

Auf Grund der neueren Judengesetzgebung und des damit verbundenen Ausscheidens der jüdischen Hausverwalter zum 1. Jan. 1939 mehren sich die Anfragen insbesondere von Seiten der Haus- und Grundstücksbesitzer, ob auch Rechtswahrer, also insbesondere Rechtsanwälte und Rechtsbeistände Hausverwaltungen übernehmen dürfen. Gegenüber den hier und da in der Tagespresse auftauchenden Zweifeln wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Haus- und Grundstücksverwaltung von jeher zum Aufgabengebiet der Rechtsanwälte und Rechtsbeistände gehört hat. Diese Berufe sind für Hausverwaltungen schon deshalb besonders geeignet, weil sie auch die damit im Zusammenhang stehende Rechtsberatung des Grundeigentümers selbst erledigen können. Es bestehen demgemäß weder rechtliche noch tatsächliche Hinderungsgründe für die Übernahme von Haus- und Grundstücksverwaltungen, denn diese sind nur ein besonderer Fall der Vermögensverwaltung, die immer zum selbstverständlichen Aufgabengebiet der Rechtsanwälte und Rechtsbeistände gehört hat.

Was die Verwaltung jüdischen Grundbesitzes betrifft, ist festzustellen, daß mit Wirkung vom 1. Jan. 1939 insoweit nur noch Verwalter deutschen und artverwandten Blutes in Frage kommen. Es ergibt sich hieraus, daß auch derartige Verwaltungen grundsätzlich für die freiberuflichen Rechtswahrergruppen durchaus in Frage kommen. Selbstverständlich müssen hierbei die Vorschriften der Partei über die Vertretung von Juden durch Rechtswahrer genau beachtet werden. Dies gilt aber auch für alle übrigen Hausverwalter, die keine freiberuflichen Rechtswahrer sind.

Demgemäß sind alle Bemühungen, den freiberuflichen Rechtswahrer von der Hausverwaltertätigkeit auszuschalten, mit Nachdruck zurückzuweisen unter Hinweis darauf, daß dies ein Aufgabengebiet ist, das ebenso wie die Konkurs- oder Zwangsverwaltung und ähnliches von jeher als Teilgebiet der Berufstätigkeit des Rechtsanwalts und des Rechtsbeistandes anerkannt worden ist und daß eine Änderung dieses Zustandes in irgendeiner Richtung nicht in Frage kommen kann.

Rechtsgruppenwalter-Rechtsanwälte Dr. Droegge.

# Schrifttum

Prof. Edmund Mezger, München: Deutsches Strafrecht. Ein Grundriß. (Rechtswissenschaftliche Grundriße.) Berlin 1938. Junker u. Dünhaupt Verlag. 234 S. Preis brosch. 6 RM., geb. 8 RM.

Durch die Novellengefetzgebung zum StGB. seit 1933 sind die bisherigen Lehrbücher und Kommentare zum deutschen Strafrecht zum großen Teil überholt. Insbesondere für den Studierenden macht sich der Mangel einer zusammenfassenden Darstellung auf dem Gebiet des Strafrechts besonders bemerkbar. Die Ergänzungsbände, die zu den geläufigen Erläuterungsbüchern seit 1933 erschienen sind, können nur als Nothelfer angesehen werden, da sie die Darstellung notwendigerweise zersplittern. Eine derartige Unsystematik erschwert sowohl in hohem Maße das Studium, sie ist aber auch für den praktischen Juristen mit erheblichen Nachteilen verbunden.

Mezger hat in dem vorliegenden, 234 Seiten umfassenden Werk durch eine zusammenfassende Darstellung des deutschen Strafrechts den Versuch gemacht, diese fühlbare Lücke zu schließen. Das Buch ist als Grundriß angelegt. Der Verf. geht aber bei seiner Darstellung der einzelnen Rechtsfragen zumeist so weit ins Einzelne, daß das vorliegende Werk praktisch einem Lehrbuch gleichkommt. Es ist dabei allerdings hervorzuheben, daß dies in erster Linie für den Allgemeinen Teil gilt, während der Besondere Teil verhältnismäßig kürzer behandelt wird. Dies zeigt sich schon rein äußerlich darin, daß der Allgemeine Teil die Seiten 9—152 umfaßt, dagegen der Besondere Teil nur die Seiten 153—231.

Innerhalb der Darstellung des Allgemeinen Teils hat der Verf. besonders diejenigen Rechtsprobleme eingehend wissenschaftlich behandelt, die durch die Gesetzgebung des Dritten Reiches neu geschaffen oder mit einem neuen Inhalt versehen worden sind. So ist die geschichtliche Grundlage und die Rechtsprechungsentwicklung zu §§ 2 und 2b StGB. eingehend und kritisch auf S. 24 ff. behandelt. Das gleiche gilt für die Darstellung des sog. unechten Unterlassungsdelikts auf S. 52 ff. Besonders eingehend ist auch die Lehre vom Irrtum innerhalb der Schuldlehre auf S. 88 ff. behandelt worden. Dagegen fällt es mir auf, daß die Darstellung des sog. normativen Schuld-elementes im Gegensatz zu der Darstellung im Lehrbuch des Verf. einen verhältnismäßig kurzen Raum einnimmt (S. 102).

Bei der Darstellung des Allgemeinen Teils des Strafrechts ist es besonders zu begrüßen, daß der Verf. die Rechtsprechung des RG. bis zum 72. Band im großen Umfang und kritisch verwertet hat. In denjenigen Teilen des Buches, wo die Darstellung kürzer ist, hat der Verf. auf die jeweilige eingehende Behandlung in seinem Lehrbuch verwiesen.

Der Verf. hat auch die Literatur zu den einzelnen Gebieten in großem Umfang verwertet und genau zitiert. Der Aufbau des Buches ist klar, der Gedankengang und die Sprache sind überzeugend. Es ist anzunehmen, daß wegen der bevorstehenden Neuschaffung des gesamten deutschen Strafrechts mit Wahrscheinlichkeit keine Neuauflagen der bisherigen geläufigen Kommentare und Lehrbücher unter Einarbeitung des neuen Gesetzesstoffes erscheinen werden. Das vorliegende Werk wird daher wegen seiner geschilderten Vorzüge bis zur Schaffung des neuen Strafrechts für den Studierenden und den praktischen Strafrechtjuristen ein Standardwerk sein.

RM. Dr. Otto Rilk, Berlin.

Dr. jur. R. Frhr. von Dunder, Berlin: Haus- und Grundbesitzer-Handbuch. 3., nach dem neuesten Stande der Gesetzgebung und Rechtsprechung neubearb. und ergänzte Aufl. Band A: Mietrecht, Nachbarrecht, Hypothekrecht, Vollstreckungsrecht, Devisenrecht usw. 312 S. Preis kart. 6 RM. Band B: Die Steuern vom Haus- und Grundbesitz. 144 S. Preis kart. 4, 20 RM. Berlin 1938. Verlag „Die Grundstücksware“.

Das bekannte und bewährte Haus- und Grundbesitzer-Handbuch erscheint nunmehr in dritter Auflage. Die Aufgabe, die sich der Verf. mit diesem Werk gestellt hat, dem städtischen Haus- und Grundbesitzer, als dem Treuhänder der Volksgemeinschaft in der Fürsorge für die Behausung der deutschen Familien, die Erfüllung seiner treuhänderischen Pflichten gegenüber dem Volksganzen zu erleichtern und ihm wichtige Fingerzeige für die Verwaltung des anvertrauten Pfandes zu geben, diese Aufgabe erfüllt das Werk in vollem Umfang. Schon die Tatsache, daß bereits eine dritte Auflage notwendig geworden ist,

bestätigt dieses zur Genüge. Daß in der neuen Auflage auch alle neuen Gesetze, Verordnungen, Verfügungen und Erlasse, die den Haus- und Grundbesitz betreffen, mitverwertet sind, ist eine Selbstverständlichkeit. In der äußeren Form weicht die neue Auflage von den früheren nicht unerheblich ab: Die neue Auflage ist in zwei Bände geteilt, von denen der zweite Band allein die Steuern vom Haus- und Grundbesitz enthält, ein ganz besonders wichtiges Thema für jeden Grundeigentümer und alle diejenigen, die mit Grundstücksangelegenheiten beschäftigt sind.

Die Einteilung des Werkes ist übersichtlich und allgemeinverständlich. In Band A behandelt der erste Teil das Thema „Eigentümer und Grundstückserwerb“, der zweite „Hausbesitzer und Hausbewohner“. Es folgen im dritten Teil die Rechtsverhältnisse des Nachbarrechts, im vierten die Enteignung und in Teil fünf und sechs die privaten und öffentlichen Belastungen des Grundstücks. Es folgt dann in weiteren Teilen die Darstellung des Pachtrechts, des Rechts der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung und schließlich des den Hausbesitzer betreffenden Devisenrechts. Als sehr wichtiger und für die Praxis unentbehrlicher Anhang ist die Zusammenstellung aller für den Hausbesitzer wesentlichen Vorschriften des Judenrechts angefügt. In Band B gibt der Verf. eine eingehende Darstellung aller Steuern, die den Haus- und Grundbesitzer betreffen. Dieser ist gegenüber den früheren Auflagen insbesondere dadurch erweitert, daß die Gesetzesstellen, die Ausführungs- und Durchführungsverordnungen und Erlasse jeweils angegeben sind und auch die Rechtsprechung eingehend berücksichtigt ist. Drei Nachträge zu diesem Steuerband sind bereits erforderlich geworden, darunter ein Band, der die Hauszinssteuer, und ein weiterer Band, der die Reichsgrundsteuer jeweils mit den Richtlinien für Billigkeitsmaßnahmen enthält.

Die Darstellung des Verf. ist von einer anschaulichen Lebendigkeit, die es auch dem Nichtfachmann ermöglicht, in die äußerst schwierigen Rechtsgebiete einzudringen und einen Überblick zu gewinnen. Dabei beschränkt sich der Verf. nicht darauf, den Leser zu belehren, sondern ist auch mit bestem Erfolg bemüht, ihn zu beraten. Dieses zeigt sich schon auf den ersten Seiten des Buches. Dort gibt er praktische Winke für diejenigen, die ein Grundstück zu erwerben beabsichtigen, aber auf diesem Gebiete noch keine Erfahrungen haben. Alle Schwierigkeiten, die sich aus dem Grundstückskauf ergeben können, deren Auftreten einem Notar und Anwalt aus der Praxis überdeutlich bekannt ist und deren nachteilige Auswirkungen auf die Beteiligten durch Wertverluste, Substanzschädigungen, Prozeßkostenbelastungen usw. oft genug miterleben muß, findet er hier in die Form von eindringlichen Mahnungen und Warnungen gekleidet, die den Kauflustigen vor Erwerb eines Grundstücks aufmerken lassen sollen. Das Mietrecht ist vollständig unter Berücksichtigung aller neuen Verordnungen und Erlasse dargestellt, wie es der Hausbesitzer, sein Hausverwalter, der Syndikus und der Rechtswahrer zum eigenen Gebrauch benötigt. Dabei ist es ein besonderer Vorzug, daß alle Auswirkungen des Mietrechts bis in die kleinsten Kleinigkeiten der täglichen Praxis hinein erörtert werden, die vielfach Gegenstand des Streits der Mieter unter sich oder mit dem Vermieter sind, z. B. die Duldungspflicht des Mieters bei Instandsetzungen, die Benutzung der Waschküche usw. Auch Treppen und Treppenläufer, Gaswarmwasserbereiter, Fahrstuhl, Hausbeleuchtung, Hausgarten, Feuerlöschrichtungen, Schaukästen, Automaten, Schilder der Mieter, ja sogar Blumenbretter werden besonders erwähnt, nicht zu vergessen die Luftschutzeinrichtungen. Bei der Erörterung der Auf Lösungsmöglichkeiten der Miete und der Rechtsfolgen nach Auflösung der Miete wird die Frage des Wohnungsrechts nach Ehescheidung behandelt, ein Thema, das in der Praxis wieder sehr erhebliche Bedeutung erlangt hat. Die von dem Verf. dargestellte Rechtslage entspricht wohl dem Stand der Rechtsprechung. Sie ist aber im Schrifttum sehr bestritten, insbesondere die Frage, wie weit der Schuldanspruch im Scheidungsurteil auf die Zuteilung der Wohnung an einen der Ehegatten von Bedeutung ist. Es ist indessen im Rahmen eines Handbuchs für die Praxis richtig gewesen, die Erörterung des Streits der Meinungen im Schrifttum wegzulassen.

Das Handbuch erfüllt in vollem Umfang den Zweck, für jedermann, der mit Grundstücksfragen befaßt ist, eine sofortige Orientierung über alle einschlägigen Rechts- und Steuerfragen zu bieten. Man kann auch dieser neuen Auflage des Werkes nur die gleiche Verbreitung und den gleichen Erfolg wünschen, wie die beiden früheren sie gehabt haben.

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

Dr. Frhr. von Ulfenstein, Referent bei der Reichsstelle für Sippenforschung: Der Abstammungsnachweis 4., neubearb. u. erw. Aufl. Berlin 1938. Verlag für Standesamtswesen GmbH. 218 S. Preis geb. 3 RM.

Von dem in JZB. 1936, 1432 ausführlich besprochenen Buch ist nunmehr die 4., neubearb. und erw. Aufl. erschienen. Um 79 Seiten vermehrt, hat sie eine vertiefte, den neuerlassenen gesetzlichen Bestimmungen angepaßte Bearbeitung erfahren.

Aus dem Abschnitt „Die Arten des geltenden Abstammungsnachweises“ ist der Unterabschnitt „Der große Abstammungsnachweis“ erheblich erweitert worden. Es wird zunächst der parteiamtliche Nachweis ausführlicher als bisher behandelt. Anschließend sind Ausführungen über die Bestimmungen der angegliederten Verbände der NSDAP. und sonstiger Verbände neu eingefügt. Die Erläuterungen über den „Abstammungsnachweis auf urkundlichem Wege“ bedürften einer erneuten Bearbeitung mit Rücksicht auf das am 1. Juli 1938 in Kraft getretene Personenstandsgesetz v. 3. Nov. 1937. Der Abschnitt „Abstammungsnachweis auf biologischem Wege“ erscheint jetzt unter der Überschrift „Der erb- und rassenkundliche Abstammungsnachweis“ in vertiefter Bearbeitung. Er behandelt nacheinander Anwendung und Verfahren.

Die auszugsweise abgedruckten Texte der gesetzlichen Bestimmungen, die einen Abstammungsnachweis erfordern, sind um alle wichtigen neuerlassenen Bestimmungen vermehrt worden. Unter ihnen sind besonders hervorzuheben: Die Reichsnotarordnung v. 13. Jan. 1937, das deutsche Beamtengesetz v. 26. Jan. 1937, die Verordnung über das Erfassungswesen v. 15. Febr. 1937, das Gesetz über erbrechtliche Beschränkungen wegen gemeinschaftswidrigen Verhaltens v. 5. Nov. 1937, das Waffengesetz v. 18. März 1938, die Verordnung gegen die Unterstützung der Tarnung jüdischer Gewerbebetriebe v. 22. April 1938, die Verordnung über die Anmeldung des Vermögens von Juden v. 26. April 1938 und die Verordnung zum Reichsbürgergesetz v. 14. Juni 1936 nebst DurchfW.

Als Anhang sind Ausführungen über den Abstammungsnachweis im Lande Österreich neu angefügt worden.

Der gut und übersichtlich geordnete Stoff des Buches wird jedem, der sich über den Abstammungsnachweis unterrichten will, die erwünschte Aufklärung geben und ihm die auf diesem Gebiet liegenden Schwierigkeiten überwinden helfen. D. S.

ORegR. Konrad Bindemald: Neues Patent-, Gebrauchsmuster- und Warenzeichenrecht. Wiesbaden 1938. Betriebswirtschaftlicher Verlag Dr. Th. Gabler. 52 S. Preis kart. 1,80 RM.

Das Buch bezeichnet sich als Leitfaden mit praktischen Beispielen und Musteranträgen. Es ist nicht zum Gebrauch für den Richter, Rechtsanwalt oder Patentanwalt bestimmt, der beruflich mit Fragen des gewerblichen Rechtsschutzes befaßt ist. Es verfolgt ausschließlich den Zweck, in klarer und gemeinverständlicher Sprache den Volksgenossen in das schwierige Rechtsgebiet einzuführen, der sich zum erstenmal damit befassen will oder muß. Die recht überblickliche Aufteilung des Stoffs, die Anwendung der Frage- und Antwortform, geschickt gewählte Druckarten erleichtern diese Aufgabe, die der Verfasser sich gestellt hat. Der strebsame Kaufmann, der sich weiterbilden will, der Geschäftsmann, der sich zur Führung seines Betriebes über Fragen des gewerblichen Rechtsschutzes unterrichten will, wird auch ohne juristische Vorkenntnisse den Leitfaden mit Erfolg benutzen. Auch den jungen Juristen, die sich zu den Staatsprüfungen vorbereiten, vermag das kleine Werk einen wertvollen Anschauungsunterricht zu vermitteln. Es kann diesen und auch den Leitern von Arbeitsgemeinschaften angelegentlich empfohlen werden.

UGDir. G. Rudloff, Berlin.

Der Rechtspfleger, Leitfaden zur Einführung und Fortbildung. Herausgegeben von Dr. Alexander Bergmann, UGPräf. in Abl. Teil I: Bürgerliches Recht. Heft 1 = 180 S. Preis kart. 3,30 RM.; Heft 2 = 135 S. Preis kart. 2,70 RM.; Heft 3 = 152 S. Preis kart. 3 RM.; Heft 4 = 72 S. Preis kart. 2 RM. Teil II: Gerichte und Zivilgerichtsverfahren. Heft 1 = 88 S. Preis kart. 2,10 RM.; Heft 2 = 127 S. Preis kart. 2,60 RM. Berlin 1938. Alfred Metzner Verlag.

Bei der Bedeutung, die die Rechtspflegertätigkeit im letzten Jahrzehnt gewonnen hat, erfüllt das vorliegende Werk eine sehr wichtige Aufgabe. Seiner Hauptbestimmung nach soll es für die neben praktischer Ausbildung unentbehrliche theoretische Unterweisung des angehenden Rechtspflegers das Studien-

material zusammenfassen. Die Eigenartigkeit der Rechtspflegertätigkeit, die nicht unerhebliche Rechtskenntnisse voraussetzt, aber doch nicht die langjährige Ausbildung eines Volljuristen erfordert, bringt für ein Unternehmen, wie das vorliegende, zwei Gefahren mit sich: nämlich entweder ein zu ausführliches Eingehen auf die zu bewältigenden Rechtsstoffe oder ein oberflächliches Hintweggleiten über die ein tieferes Eindringen erfordernden Probleme und damit die Übermittlung von Halbwissen. Beide Gefahren sind in dem vorliegenden Werk mit Geschick vermieden. Die Rechtsätze sind überall knapp und scharf entwickelt, die theoretischen Zusammenhänge nicht außer acht gelassen und die seit dem nationalen Umschwung hervorgetretenen neuen Rechtsgedanken gebührend hervorgehoben. Namentlich auf dem im ersten Teil behandelten großen Rechtsgebiet des bürgerlichen Rechts bedeutet das eine höchst anerkanntswürdige Leistung. Bei der Auswahl des behandelten Stoffes vermisse ich das Handelsrecht, das doch sicherlich für den Rechtspfleger in mancherlei Beziehung von Bedeutung ist. Der Herausgeber betont zwar in der Vorrede, es sei vorgesehen, einzelne Rechtsgebiete später in die Heftreihe einzugliedern; das Handelsrecht ist aber dabei nicht aufgeführt, obgleich es doch wohl für den Rechtspfleger wesentlich wichtiger ist, als z. B. das Strafrecht. Auch die freiwillige Gerichtsbarkeit, deren Besonderheiten bei der Darstellung des Zivilprozesses nur hier und da hervorgehoben sind, scheint mir zu stiefmütterlich behandelt zu sein.

Wenn ich einige Bemerkungen über die Art der Behandlung der verschiedenen Rechtsgebiete anfüge, so geschieht dies nicht, um die volle Anerkennung des Geleisteten einzuschränken, sondern um für den weiteren Ausbau und die zweifellos bald erforderliche neue Auflage vielleicht nützliche Anregungen zu geben. Die sicherlich besonders schwierige Darstellung des allgemeinen Teils des BGB. und des allgemeinen Teils des Schuldrechts ist im allgemeinen gut gelungen. Aufgefallen ist mir die wiederholte Benutzung schematischer Übergründe; so finde ich eine schematische Darstellung der Rechtsgrundlagen der Schadensersatzpflicht bei Schuldverhältnissen (§. 76), eine weitere über die Wirkung der Unmöglichkeit der Leistung bei einem „einfachen“ Schuldverhältnis (§. 83) — der Begriff wird erst auf S. 93 erläutert — und schließlich zwei über die allgemeinen Rechtsfolgen bei nachträglichen Einwirkungen auf einfache Schuldverhältnisse und auf gegenseitige Verträge (§. 93). Schemata können zur kurzen und klaren Darstellung sehr geeignet sein (z. B. bei Darstellung von Erbfolgeordnungen und ähnlichem), zur Veranschaulichung der logisch gegliederten allgemeinen — leider recht verwickelten — Rechtsätze des BGB. erscheinen sie mir wenig brauchbar. Gegen die zuerst angeführte Übersicht über Schadensersatzansprüche habe ich auch systematische Bedenken. Bei der Behandlung des Familienrechts dürfte dem Recht der Ehescheidung ein übermäßig breiter Raum zugestanden sein; lediglich der Umstand, daß diese Materie gerade in letzter Zeit eine Neuregelung erfahren hat, legt ihr noch keine besondere Bedeutung für die Ausbildung eines Rechtspflegers bei. Die Darstellung des Zivilprozesses beschränkt sich im allgemeinen mit Recht auf die knappe Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen. Hier und da finden sich aber auch Ausführungen über schwierigere Fragen des Zivilprozessrechts, die naturgemäß nicht erschöpfend sein, dadurch zu Mißverständnissen Anlaß bieten können und deshalb besser weggeblieben wären. So befaßt sich der Satz (§. 30): „Im übrigen beschränkt sich die Wirkung des Armenrechts auf die Zeit nach seiner Bewilligung, beziehungsweise nach seiner Antragstellung“ mit der Frage der Rückwirkung der Armenrechtsbewilligung, über die eine ziemlich umfangreiche Judikatur vorliegt, die dem mit Kostenberechnungen befaßten Rechtspfleger keinesfalls unbekannt sein darf, mit der aber der Anfänger besser noch nicht belastet wird, zumal der mit „beziehungsweise“ beginnende Satzteil nicht ohne weiteres verständlich ist. Bei der Darstellung der Beweismittel würde ich den kurzen Satz über den primacie-Beweis gern vermischen, da er für den Lernenden nichts bedeuten kann. Die Behauptung (§. 52): „Ein taugliches Beweismittel kann auch statt zu Beweis Zwecken zur Aufklärung verwandt werden, so z. B. die informativische Zeugen- und Parteibernehmung oder Aktenbeziehung“ ist in seiner Bedeutung und Tragweite nicht klar; in ein Lehrbuch für Anfänger gehört sie kaum. Als Leitfaden für künftige Bearbeitungen möchte ich empfehlen: über Fragen, zu deren befriedigender Beantwortung eine weitgreifende Erörterung unerlässlich ist, ist es besser zu schweigen, denn es ist immer mißlich, einem Lernenden Lehrsätze zu übermitteln, die nur halb richtig oder mißverständlich sind.

MinDir. a. D. Lindemann, Berlin.

Juzizinspektor Hans Schröter: Steuer und Kostenfreiheit im Rechtsverkehr. Die Befreiungsvorschriften des Reichsrechts. Alphabetisch zusammengestellt und erläutert. Berlin 1938. Carl Heymanns Verlag. XVI, 244 S. Preis brosch. 6,80 RM.

Wie der Hinweis im Untertitel erkennen läßt, handelt es sich nicht um eine systematische Darstellung der einschlägigen Vorschriften. Eine solche würde auch wegen der Vielgestaltigkeit der Einzelfragen weder möglich noch für den Gebrauch zweckmäßig sein. Es handelt sich vielmehr lediglich um eine Aufzählung der einzelnen Vorschriften, die zur besseren Übersichtlichkeit in 147 Stichworten in alphabetischer Folge zusammengefaßt sind. Zum Beispiel sind unter dem Stichwort Rechtsanwältin behandelt die Vorschriften der §§ 6, 16, 44, 77 NWGOb. und §§ 63, 102 NW. Diese Zusammenfassung bringt es mit sich, daß der Leser nicht immer ohne weiteres in der Lage ist, unter dem gewählten Stichwort die gewünschte Vorschrift zu finden. Eine Unterteilung in weitere Stichworte wäre für eine Neuaufgabe zu empfehlen, sie würde kaum zur Vergrößerung des Umfangs führen. Erleichtert wird allerdings die Auffindung durch ein sehr ausführliches Sachregister von 20 Seiten. Die Unterlassung von Verweisungen im Register ist als sehr dankenswert zu begrüßen.

Der Inhalt des Buches gibt mehr, als man nach dem Titel anzunehmen geneigt ist. Der Verf. behandelt nicht nur solche Vorschriften, die die Befreiung von bereits entstandenen Steuern und Kosten aussprechen, sondern auch Fälle, in denen eine gerichtliche Tätigkeit durch die Gebühr für eine andere Tätigkeit mit abgegolten ist und sonstige Vorschriften, die sich praktisch für den Rechtsuchenden als Gebührenbefreiung auswirken. Die Ausnahme derartiger Bestimmungen ist zweckmäßig namentlich für den Rechtsuchenden, für den das Buch ebenso wie für den Rechtswahrer bestimmt ist. Aber auch der Rechtswahrer wird, wenn er mit dieser Eigenart vertraut ist, oft mit Nutzen zu diesem Werk greifen, um den Fundort der von ihm gesuchten Gesetzesbestimmung zu ermitteln.

Das Buch ist eine sehr dankenswerte Arbeit und entspricht einem wirklichen Bedürfnis des Rechtslebens. Namentlich auch für die Tätigkeit der Rechtsanwältin und Notare bedeutet es ein wesentliches Hilfsmittel, sich schnell über die behandelten Fragen zu unterrichten, die sonst über das ganze Rechts- und Steuergebiet verstreut sind.

Durch Stichproben habe ich mich davon überzeugt, daß eine nahezu vollständige Aufnahme der einschlägigen Vorschriften erfolgt ist. Kleine Unterlassungen werden sich bei einer Neuaufgabe beheben lassen. Streitfragen sind kurz gestreift, so daß die Möglichkeit besteht, sich an Hand von Erläuterungsbüchern die notwendige eingehende Kenntnis zu verschaffen.

RM. Dr. Bertermann, Essen.

Heinrich Wilhelm Kornmann, Gerichtsreferendar in Regensburg: Die Rechtsbeistände. Lehr- u. Dinglingen (Baden) 1938. St.-Johannis-Druckerei C. Schweichardt. 140 S. Preis kart. 3,50 RM. einschl. Porto. Auslieferungsv. Paul Meißner, Schönningen.

Durch die Vereinigung des Verhältnisses der Rechtsbeistände zu den Rechtsanwälten sowie durch die W. des RM. v. 16. Sept. 1938: ZB. 1938, 2607 ist auch nach außen hin ein Wandel in der Stellung des Rechtsbeistandes im Rechtsleben eingetreten. Der berufliche Verkehr zwischen Rechtsanwälten und Rechtsbeiständen ist nach den neu gefaßten Richtlinien zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufs entsprechend geregelt. Die Kostenersatzungsfrage hat insofern eine Angleichung an die Vergütung der Rechtsanwälte gefunden, als Rechtsbeiständen bei Gegenständen im Werte bis zu 300 RM die vollen und darüber hinaus die halben Anwaltsgebühren zuzutehen. Beide Maßnahmen verfolgen dabei in gewissen Anknüpfungspunkten das Ziel einer Annäherung der Stellung des Rechtsbeistandes an die des Anwaltes. Deshalb dürfte endlich die Zeit gekommen sein, daß sich jeder Rechtswahrer einmal über die Institution des Rechtsbeistandes als solche nicht nur Gedanken macht, sondern sich darüber hinaus eingehend mit der berufspolitischen Seite des Rechtsbeistandes befaßt. Wesentlich erleichtert wird ihm eine solche Tätigkeit durch diese Dissertation.

Verf. hat nämlich in wissenschaftlicher Betrachtungsweise zunächst eine geschichtliche Grundlegung des nicht anwaltlichen Rechtsberaters gegeben, insbes. schildert er eingehend den früher herrschenden Kampf der Rechtsanwälte gegen die Rechtsberater. Ein Kampf, der durch die damalige Tätigkeit verschiedener Rechtsberater in manchen Fällen auch angebracht war. Er gibt dann eine geschichtliche Darlegung der wichtigsten gesetzlichen Bestimmungen für die damaligen Rechtsberater, um dann über

das Grundgesetz des Rechtsbeistandes, nämlich das Gesetz zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung die heutige Stellung des Rechtsbeistandes darzustellen, indem er die durch das Gesetz erfolgende Ausmerzung des Winkelkonsulententums behandelt. Dabei dürften für jeden Anwalt und Richter schon allein aus rein beruflichem Interesse die zum Teil kommentarmäßigen Ausführungen zu den einzelnen Bestimmungen des RechtsberatungsMißbrG. von Wichtigkeit sein. Nach diesen Ausführungen wird sehr eingehend die Stellung des heutigen Rechtsbeistandes in den einzelnen Prozessen bzw. Verfahrensarten geschildert. Einzelne Fragenkomplexe hinsichtlich des Auftretens eines Rechtsbeistandes vor verschiedenen Behörden werden beleuchtet. Zum Schluß bringt Verf. rechtspolitische Erwägungen über die zukünftige Ausgestaltung des Berufes der Rechtsbeistände. Daran anknüpfend werden dann Vorschläge zur Ergänzung des RechtsberatungsMißbrG. gemacht, Forderungen, die an sich grundsätzlich, wenn auch nicht ausnahmslos geteilt werden können und deren Verwirklichung seit langer Zeit das Ziel der Reichsberufsgruppe Rechtsbeistände ist.

Zusammenfassend sei nochmals betont, daß der Dissertation nicht nur deswegen besondere Bedeutung zuzumessen ist, weil sie wohl die erste Schrift ist, die in übersichtlicher Form und ausführlicher Weise eine Schilderung des Aufgabenbereiches sowie des Zweckes und Zieles der Einrichtung der Rechtsbeistände bringt, sondern weil es für jeden Rechtswahrer notwendig wäre, sich über die heutige Stellung des Rechtsbeistandes im Rechtsleben zu informieren, wenn er nicht gar zu oft etwas leichtfertig den Rechtsbeistand mit dem nicht anwaltlichen Rechtsberater früherer Zeit in Verbindung bringen will.

Dr. Peterzen, Berlin.

Engel-Eckert: Die Reichsversicherungsgesetze in jeweils neuestem Stande. Ergänzungsblätter 11. Lieferung: 117 Blatt. Okt. 1938. Preis 3,60 RM. C. S. Beckische Verlagsbuchhdlg. München und Berlin 1938. Rechts- und Wirtschafts-Verlag GmbH, München.

Einkommensteuergesetz v. 6. Febr. 1938 nebst Durchführungsvorordnungen. Erläutert von Günther Biederermann, DRKG. beim Oberfinanzpräsidium Berlin. 2. völlig neu bearbeitete, erweiterte Aufl. Berlin 1938. Verlag Franz Vahlen. XII, 276 S. Preis geb. 5,40 RM.

Das neue Deutsche Sozialversicherungsrecht. Erläuterungen zum Aufbaugesetz v. 5. Juli 1934, zu den Durchführungsvorordnungen und anderen Gesetzen und Verordnungen. Herausgeg. von den Oberregierungsräten Dr. Grünwald und Dr. Kilian im RM. V. 1938. Loseblatt-Kommentar. Berlin, Verlag Langewort. 86 Blatt. Preis 4,30 RM.

Die Lieferung 54/56 enthält: die zweite Verordnung über Rechnungsführung in der Krankenversicherung, in der Fassung v. 17. Juni 1938, Erläuterungen von DRKG. Dr. Wogan, Mitglied des Statistischen Reichsamts. D. S.

Das neue Deutsche Reichsrecht. Herausgegeben von St. Sekr. Pfundtner und RM. Dr. Neubert unter Mitwirkung von Min. Dr. Medicus. Lieferungen 77-79. Berlin 1938. Industrie-Verlag Spacht & Linde. Preis je Blatt 3 Rpf. zuzüglich Postgebühren.

Die drei Lieferungen mit über 400 Blatt Ergänzungen bringen die Sammlung auf den Stand von Anfang November 1938. D. S.

Bürgerliches Gesetzbuch mit Ergänzungsgesetzen. Textausgabe mit Verweisungen und ausführlichem Sachregister in Loseblattform, herausgegeben von Dr. jur. Ludwig Zimmerle, DRKG. im RM. 3. Aufl. Berlin 1938. Verlag Franz Vahlen. Etwa 850 S. Preis einschl. Einbanddecke in Leinen 3,60 RM.

Das neue Ehegesetz. Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet v. 6. Juli 1938. Erweiterte Ausgabe mit den Durchführungsvorordnungen der amtlichen Begründung und allen einschlägigen Vorschriften einschließlich der im Lande Österreich geltenden Sonderbestimmungen. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachverzeichnis. 2., durchgesehene und vermehrte Aufl. München und Berlin 1939. C. S. Beckische Verlagsbuchhdlg. X, 234 S. Preis geb. 2,40 RM.



# Rechtssprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

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

## Strafrecht

### Strafgesetzbuch

**\*\* 1. RG. — § 53 StGB. In Notwehr braucht ein  $\mathbb{H}$ -Mann sich nicht darauf zu beschränken, ohne Waffe den Angreifer abzuwehren. Er darf in seiner Verteidigung gerade im Hinblick auf die Achtung, die die  $\mathbb{H}$ -Uniform fordert, zur Waffe greifen.**

Die Freisprechung des Angekl. ist im Ergebnis rechtlich bedenkenfrei.

Nach der Überzeugung des SchwG. hatte der Angekl. von der Gruppe Br., insbes. von Br. selbst, noch weitere Tätlichkeiten zu erwarten, nachdem der Angreifer Br. zum Zwecke der Abwehr zurückgestoßen hatte. Ersichtlich hat das SchwG. auch angenommen, daß diese Tätlichkeiten als bald einlezen sollten. Diese Feststellungen kann das RevG. in tatsächlicher Beziehung nicht nachprüfen (§§ 261, 337 StPD.). Sie ergeben sich ohne weiteres aus dem vom SchwG. für erwiesen erachteten „ganzem streitsüchtigen und aggressiven Verhalten“ der Gruppe Br., die dem Angekl. gegenüber bereits Bedrohungen, Beschimpfungen und sogar eine Tätlichkeit (Fußtritt) begangen hatte. Daß die Gruppe Br. einen Augenblick zurückgewichen war, als der Angekl. seine Waffe zog, schloß nicht aus, daß die Gruppe, wie das SchwG. erkennbar annimmt, im Vertrauen auf ihre erhebliche Übermacht fest entschlossen war, alsbald zu neuen Tätlichkeiten überzugehen. Der Angekl. sah sich daher auch einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff gegenüber (RGSt. 53, 132; 61, 216). Die Abwehr dieses Angriffes war somit durch Notwehr geboten (§ 53 Abs. 1 StGB.).

Nach der Ansicht des SchwG. hat der Angekl. die Grenzen der erforderlichen Abwehr dadurch überschritten, daß er von seiner Dienstwaffe — einem Dolch — Gebrauch machte, statt sich nur seiner Fäuste zu bedienen (§ 53 Abs. 2 StGB.). In dieser Beziehung stellt das SchwG. fest, der Angekl. würde trotz seiner „an sich schwierigen Lage“ noch die Möglichkeit gehabt haben, sich mit den Fäusten erfolgreich zu verteidigen. Diese Erwägung wird aber der besonderen Lage dieses Falles nicht gerecht.

Der Angekl. befand sich in seiner Uniform als  $\mathbb{H}$ -Mann. Gegenüber den Ausschreitungen, die sich auf der Straße ereignet hatten, war er gerade in seiner Eigenschaft als  $\mathbb{H}$ -Mann um Hilfe gebeten worden. Er war zwar von keinem Vorgesetzten zur Dienstleistung befohlen worden. Nachdem er sich aber mit seiner Person als Uniformträger zum Schutze eines Volksgenossen — übrigens in sehr sachgemäher Weise — eingesetzt hatte, mußte er auch das Ansehen seiner Uniform wahren. Der Träger der  $\mathbb{H}$ -Uniform kann den Volksgenossen nicht das Schauspiel einer öffentlichen „Balgerei“ bieten. Das ist mit dem Ansehen der  $\mathbb{H}$ -Uniform unvereinbar (vgl. auch RGSt. 69, 179 [183, 184] = JW. 1935, 1941). Die Gruppe Br. hatte es bereits durch ihr bisheriges, vom SchwG. festgestelltes Verhalten an der Achtung, die die  $\mathbb{H}$ -Uniform erfordert, in erheblichem Maße fehlen lassen, und zwar „nur aus Trotz und Auffässigkeit“. Das Ansehen der  $\mathbb{H}$ -Uniform wäre noch in besonderem Maße gefährdet worden, wenn sich der Angekl. mit der erheblichen Übermacht seiner streitsüchtigen Gegner noch in ein Handgemenge eingelassen hätte, mochte er sich seiner Angreifer auch mit den Fäusten noch erfolgreich haben erwehren können. Als der Angekl. seine Waffe zog, war die Gruppe Br. nur vorübergehend zurückgewichen. Sie wollte alsbald zu neuen Tätlichkeiten übergehen, wie das SchwG. feststellt. War dies aber der Fall, so mußte sich der Angekl. durch eine weitere, und zwar jetzt durch eine unbedingt erfolgversprechende Maßnahme sichern. Dies konnte nach dem

vom SchwG. festgestellten Sachverhalt nur noch durch den Gebrauch der Waffe geschehen. Der Angekl. hat zu seiner Verteidigung handeln wollen. Es steht ihm daher der Schutz des § 53 Abs. 1 und Abs. 2 StGB. zur Seite. Auf die Vorschrift des § 53 Abs. 3 StGB. kommt es somit nicht mehr an. (RG., 5. StrSen. v. 14. Nov. 1938, 5 D 628/38.)

\*

**2. OLG. — § 73 StGB. und § 1 Abs. 2 StraffreiG. vom 30. April 1938. Hat der Angekl. durch eine Handlung den Tatbestand eines Vergehens und einer Übertretung erfüllt, so ist es bei der Frage, ob eine höhere Freiheitsstrafe als ein Monat zu erwarten, das StraffreiG. also zugunsten des Angekl. anzuwenden ist, nicht auf das Vergehen allein verwirkte Strafe abzustellen. — Grenzen der Beschränkung bei Rechtsmitteleinlegung.**

Am 7. Okt. 1937 trat der Angekl., nachdem er in der Nacht zuvor große Mengen Alkohol zu sich genommen hatte, in betrunkenem Zustand mit seinem Personenkraftwagen die Fahrt von J. nach W. an. In St. verfehlte er infolge seiner Trunkenheit den richtigen Weg und schlug die Straße nach K. ein. In einer rechtwinkligen Kurve fuhr der Angekl. dann mit seinem Wagen gegen ein Brückengeländer und beschädigte dabei den Wagen erheblich. Er wurde nunmehr von dem Zeugen Gend.-Hauptwachmeister K. in Polizeigewahrsam genommen, weil er infolge seiner Trunkenheit hin und her torkelte. Der Polizeibeamte nahm dem Angekl. den Führerschein weg. Nachmittags wurde der Angekl. aus der Polizeihaft entlassen, es wurde ihm gestattet, sich in seinem Wagen durch den Zeugen M. nach J. fahren zu lassen, damit der Wagen dort in einer Reparaturwerkstatt instandgesetzt werden könnte. Nachdem der Zeuge M. den Angekl. in seinem Wagen nach J. gebracht und nun den Angekl. verlassen hatte, setzte dieser sich, obwohl ihm der Führerschein genommen war, wieder selbst an das Steuer und fuhr von J. in der Richtung nach B. davon. Unterwegs suchte er erneut verschiedene Wirtschaften auf und betrank sich wiederum erheblich. In B., wo er in Schlangenlinien durch die Straßen fuhr, wurde er von dem Zeugen Pol.-Hauptwachmeister St. festgenommen.

Auf Grund dieses Sachverhalts ist der Angekl. durch Ur. des LG. J. v. 6. Jan. 1938 wegen Übertretung der §§ 1 Abs. 2, 25, 36 RStraßVerfD. zu einer Haftstrafe von sechs Wochen und wegen Vergehens gegen § 24 Abs. 1 Ziff. 1 KraftfG. in Tateinheit mit einer Übertretung der §§ 1 Abs. 2, 25, 36 RStraßVerfD. zu einer Gefängnisstrafe von einem Monat und in die Kosten des Verfahrens verurteilt worden.

Die Strk. des LG. hat den Angekl. auf seine Ver. hin unter Aufhebung des angefochtenen Ur. wegen Übertretung der §§ 1 Abs. 2, 25, 36 RStraßVerfD. in zwei Fällen zu einer Gesamtstrafe von sechs Wochen Haft verurteilt. Soweit dem Angekl. in einem Falle in Tateinheit mit Übertretung ein Vergehen gegen § 24 KraftfG. zur Last gelegt war, hat die Strk. das Verfahren aus § 1 Abs. 2 StraffreiG. v. 30. April 1938 mit der Begründung eingestellt, daß für das Vergehen eine höhere Strafe als ein Monat Gefängnis nicht zu erwarten sei. Nach dieser Einstellung des Verfahrens wegen Vergehens hat das LG. für jede selbständige Übertretung (also auch hinsichtlich der Fahrt von J. nach B., durch die der Angekl. zugleich das Vergehen gegen das KraftfG. begangen hatte) eine Einzelstrafe von fünf Wochen Haft bestimmt und dann aus diesen Einzelstrafen eine Gesamtstrafe von sechs Wochen Haft gebildet.

Die Staatsanwaltschaft hat das Ur. mit der Rev. insoweit angefochten, als das LG. aus den beiden Einzelstrafen von je fünf Wochen Haft eine Gesamtstrafe von sechs Wochen Haft gebildet hat: die Gesamtstrafenbildung verstoße gegen § 77 Abs. 2 StGB.

Der form- und fristgerecht eingelegte Rev. ist der Erfolg nicht zu verfangen. Die vom LG. gebildete Gesamtstrafe von sechs Wochen Haft verstößt gegen § 77 Abs. 2 StGB. Laut dieser Vorschrift ist bei mehrfach verwirkter Haft ihrem Gesamtbetrag nach zu erkennen. Diese Verletzung sachlichen Rechts rechtfertigt die Aufhebung des angefochtenen Ur. insoweit, als die Strk. aus den Einzelstrafen unzulässigerweise eine Gesamtstrafe gebildet hat.

Soweit die Strk. gegen den Angekl. hinsichtlich seiner Fahrt von S. nach K. wegen Übertretung des KStrafVerfD. auf eine Strafe von fünf Wochen Haft erkannt hat, ist diese Verurteilung als zu Recht erfolgt aufrechtzuerhalten. Soweit der Angekl. dann weiter hinsichtlich seiner Fahrt von J. nach B. wegen Übertretung (begangen in Tateinheit mit einem vom Vorberrichter als amnestiert bezeichneten Vergehen gegen das KraftfG.) zu fünf Wochen Haft verurteilt worden ist, ergibt die Nachprüfung der Urteilsgründe einen weiteren Rechtsverstoß. — Nach § 73 StGB. ist bei Verletzung mehrerer Strafgesetze durch eine und dieselbe Handlung dasjenige Gesetz anzuwenden, das die schwerste Strafe, und bei ungleichen Strafarten dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafe androht. Wird in einem solchen Falle also für die in Tateinheit begangene Tat, die durch das mildere Strafgesetz mit Strafe bedroht ist, keine besondere Strafe ausgeworfen, so ist doch diese unter das mildere Strafgesetz fallende Straftat insofern zu berücksichtigen, als sie angemessenerweise als Strafserhöhungsgrund innerhalb des Strafrahmens des härtesten Gesetzes zu werten ist, jedenfalls gewertet werden kann (vgl. hierzu Vpzkomm. I, 1933 Anm. 3 zu § 73). Das angefochtene Ur. hat ausweislich seiner Gründe gegen diesen Rechtsstoß verstoßen. Es hat bei seiner Prüfung nach der Anwendbarkeit des StraffreiH.G. die in Tateinheit begangenen strafbaren Handlungen in der Art unzulässig aufgeteilt, daß es zunächst gesondert, selbständig geprüft hat, ob für das Vergehen gegen das KraftfG. eine höhere Strafe als ein Monat Gefängnis angemessen sei. Bei richtiger Anwendung des in § 73 StGB. enthaltenen Rechtsstoßes wäre statt dessen die Prüfung dahin vorzunehmen gewesen, ob die für die zwei in Tateinheit begangenen strafbaren Handlungen aus dem eine schwerere Strafart androhenden § 24 KraftfG. zu entnehmende Gefängnisstrafe unter Würdigung der gesamten Umstände, also auch der Tatsache des Verstoßes des Angekl. gegen §§ 1 Abs. 2, 25 und 36 KStrafVerfD., über einen Monat betragen würde. Während bei Bejahung dieser Frage die Anwendung des StraffreiH.G. hinsichtlich des in Tateinheit mit einer Übertretung der KStrafVerfD. begangenen Vergehens gegen das KraftfG. abzulehnen gewesen wäre, wäre im anderen Falle (wenn also die gemäß § 73 StGB. unter Berücksichtigung auch der Übertretung aus dem KraftfG. festzusetzende Freiheitsstrafe einen Monat nicht überschritten hätte) nun auch für eine Verurteilung der Übertretung kein Raum mehr gewesen.

Die erörterte weitere Rechtsverstoß im angefochtenen Ur. erfordert seine Aufhebung insoweit, als die Strk. wegen der durch die Fahrt des Angekl. von J. nach B. tateinheitlich begangenen strafbaren Handlungen (Übertretung gegen die KStrafVerfD. und Vergehen gegen das KraftfG.) teilweise zur Einstellung des Verfahrens auf Grund des StraffreiH.G. und zum anderen Teil zur Verurteilung zu einer Haftstrafe von fünf Wochen gelangt ist. — Wenn die Rev. der Staatsanwaltschaft auch nur in dem oben bezeichneten beschränkten Umfang eingelegt ist, so unterlag die Anwendung des § 73 StGB. wie des StraffreiH.G. doch der Nachprüfung des RevGer. Abgesehen davon, daß die Anwendung des StraffreiH.G. in der RevJust. ohne weiteres von Amts wegen zu prüfen ist, übt eine die Anwendung des Strafgesetzes betreffende beschränkte Anfechtung eine beschränkte Wirkung nur aus, wenn der innere Zusammenhang der Urteilsbestandteile eine Teilung des Ur. erlaubt (vgl. RGSt. 33, 17 u. 37, 285). Eine solche Teilung des Ur. ist im vorliegenden Falle aber nur soweit angängig, als Tatsachheit wegen des zeitlich auseinanderliegenden strafbaren Verhaltens des Angekl. angenommen worden ist, nicht aber wegen der in Tateinheit begangenen strafbaren Handlungen.

(OLG. Kiel, Ur. v. 11. Aug. 1938, Ss 60/38.)

\*

### 3. OLG. — §§ 145 c, 42 I StGB. Wirkungen der Unterjagung der Berufsausübung als Apotheker.

Durch Ur. v. 17. Febr. 1937 wurde der Angekl. wegen fortgesetzten teils vollendeten, teils versuchten Betruges zu einer Gefängnisstrafe von drei Monaten und einer Geldstrafe von 500 RM verurteilt, ferner war ihm die Ausübung seines Berufes und Gewerbes als Apotheker auf die Dauer von einem Jahre untersagt worden. Gegen dieses Ur. hat er Rev. eingelegt, die durch Beschluß des RG. v. 12. Juli 1937 verworfen worden ist. Dieser Beschluß ist dem Angekl. persönlich am 5. Aug. 1937 zugestellt worden. Der Angekl. hat auch nach Rechtskraft des Ur. seinen Beruf in seiner Apotheke weiter bis Anfang Dez. 1937 ausgeübt. Dann hat ein Käufer die Apotheke übernommen. Der Kaufvertrag ist am 22. Aug. 1937 abgeschlossen. Ursprünglich wollte der Erwerber die Apotheke erst zum 1. April 1938 übernehmen, er hat es dann auf Drängen des Angekl. aber bereits im Dezember getan.

Insofern hat der Angekl. den Sachverhalt zugegeben.

Er führt zu seiner Verteidigung an, es sei ihm praktisch unmöglich gewesen, mit dem Tage der Rechtskraft des Ur. oder der Zustellung dieses Ur. an ihn seine Berufsausübung einzustellen. Er habe von sich aus die Apotheke nicht ohne Genehmigung der Regierung schließen dürfen, da sie die einzige in Bad K. sei und die Versorgung der Bevölkerung nicht unmöglich gemacht werden dürfe. Zur Schließung der Apotheke sei nach seiner Ansicht eine Vsg. des Regierungspräsidenten erforderlich gewesen, auf die er gewartet habe. Es sei ihm auch nicht möglich gewesen, rechtzeitig für die Weiterführung der Apotheke durch einen anderen Apotheker zu sorgen. Ein solcher Pächter habe sich für die Pachtdauer eines Jahres nicht finden lassen. Der Abschluß eines Kaufvertrages, wie er ihn beabsichtigt habe, ziehe sich aber notwendig über längere Zeit hin, da es sich um ein großes Objekt handele. Einen Vertreter habe er nicht einsetzen dürfen, da er gemäß § 42 I Abs. 2 StGB. seinen Beruf auch nicht durch eine von seinen Weisungen abhängige Person habe ausüben dürfen. Eine Verwaltung der Apotheke wäre auch nicht von der Regierung genehmigt worden, da eine solche Genehmigung nur bei einer Verwaltungsdauer von mindestens einem halben Jahr erteilt würde. Durch möglichst schnellen Verkauf habe er daher alles getan, um dem Ur. vom 17. Febr. 1937 Genüge zu leisten.

Demgegenüber ist grundsätzlich hervorzuheben, daß es nicht darauf ankommt, ob der Angekl. rechtzeitig einen Übernehmer oder Verwalter findet. Das gerichtliche Berufsverbot ist staatlicher Hoheitsakt und wirkt von Rechtskraft des das Verbot aussprechenden Ur. ab. Eine Vsg. des Regierungspräsidenten, mit der dieser das Verbot nur wiederholen, keinesfalls aber abändern könnte, ist daher nicht erforderlich. Dieser Hoheitsakt setzt sich auch gegenüber einer Anweisung durch, die dem Apotheker verbietet, von sich aus die Apotheke zu schließen. Denn wenn infolge des Berufsverbotes mangels einer Vertretung nur übrigbleibt, die Apotheke einstweilen zu schließen, dann schließt sie der Apotheker nicht von sich aus, sondern unter staatlichem Zwang. Unter diesen Umständen wirkt das Berufsverbot im Ergebnis wie eine Schließungsverfügung des Regierungspräsidenten. Für die Wiedereröffnung oder Offenhaltung der Apotheke im allgemeinen Interesse zu sorgen, ist dann nicht Sache des Angekl., sondern des Staates. Selbst wenn dem Angekl. dieses Ergebnis nicht bewußt war, so wäre es ihm sehr wohl möglich gewesen, durch Bestellung eines Verwalters die Schließung der Apotheke zu vermeiden. Wenn ein rechtzeitiger Verkauf oder Verpachtung nicht möglich war, dann hätte der Angekl. sehr wohl einen Verwalter bestellen können. Wenn dieser Verwalter auch als Vertragsgegner kraft des mit ihm abzuschließenden Vertrages dem Angekl. gegenüber verpflichtet war, so wäre er doch wie jeder Verwalter in seiner Eigenschaft als „Apotheker“, also in der Berufsausübung, allein der Aufsichtsbehörde verantwortlich und insoweit den Weisungen des Angekl. nicht unterworfen gewesen, wie auch dem Angekl. nach Überzeugung des Gerichts bewußt war. Zum mindesten hätte der Angekl. diesen Zustand vertraglich begründen und festlegen können. Das stellte, wie auch dem Angekl. klar war, keineswegs eine Umgehung der Bestimmung des § 42 I Abs. 2 StGB. dar. Der Angekl. hätte auch die Möglichkeit gehabt, in kurzer Frist einen Verwalter zu bekommen, wenn er sich rechtzeitig entweder an die Aufsichtsbehörde oder an den „Deutschen Apothekerbund“ gewandt hätte, wie der Sachverständige MedR. Dr. W. bestätigt hat. Der Angekl. hätte sich jedenfalls, sobald er sich von dem Auspruch des RG-Beschlusses Kenntnis verschaffen konnte, bereits um einen Verwalter bemühen, jedenfalls den Sachverhalt alsbald der Regierung unterbreiten und sie um Unterstützung, jedenfalls um Weisung an ihn gehen müssen. Das hat er nach der Überzeugung des Gerichtes bewußt unterlassen und die An gelegenheit aus eigenmächtigen Gründen hingenommen.

Er ist daher eines Vergehens gemäß § 145 c StGB. schuldig. Die vom SchöffG. erkannte Strafe von 900 RM, ersatzweise drei Monate Gefängnis, ist nach den Vermögensverhältnissen des Angekl. in dieser Höhe in Anbetracht seines dargelegten Gesamtverhaltens und seiner eigenmächtigen Einstellung angemessen. Es sei bemerkt, daß der Angekl. aus dem Verkauf der Apotheke etwa 60 000 RM Erlös hat.

(OG. Raumburg [Saale], Große Strk., Ur. v. 5. Okt. 1938, 1 Ms 35/38.)

\*

### 4. RG. — § 246 StGB. Auch wenn der Täter schon vor Erlangung des Gewahrhams die Absicht hatte, Gelder für sich zu behalten, kann Unterschlagung vorliegen.

Die Nachprüfung des Urteils gemäß § 352 StGB. hat einen Rechtsirrtum der Strk. ergeben. Sie meint, der

Angekl. habe die veruntreuten Gelder deshalb nicht unterschlagen, weil er die Absicht, sie für sich zu behalten, schon gehabt habe, ehe er noch in Besitz und Gewahrsam der Gelder gekommen sei.

Eine solche Absicht schließt aber beim Vorhandensein der übrigen Tatbestandsmerkmale des § 246 StGB. ein Vergehen im Sinne des Gesetzes nicht aus. Entscheidend ist nach der Rspr. des RG. (vgl. RGSt. 58, 228), daß im Zeitpunkte der rechtswidrigen Zueignung eigener Besitz oder Gewahrsam des Täters an den fremden Sachen besteht und daß er sie nicht durch strafbaren Eingriff in fremde Rechte erlangt hat. Dies war hier der Fall, da der Angekl. durch rechtmäßige Verfügung der Zahlungspflichtigen zu den Geldern gekommen und die Kirchengemeinde durch die Zahlung an den Angekl. Eigentümerin des Geldes geworden ist.

(RG., 3. Str.Sen. v. 13. Okt. 1938, 3 D 745/38.)

\*

**\*\* 5. RG. — §§ 259 ff. StGB. Zum Tatbestand der Hehlerei gehört nicht, daß der Täter neben seinen eigenen auch noch die Interessen des Vortäters wahrst oder fördert.**

Der Angekl., der bereits mehrfach wegen gewerbsmäßiger Hehlerei mit Zuchthaus bestraft worden ist, hat im Aug. 1937 eine größere Menge gestohlenen Silbers angekauft. Die Strk. hält nicht für erwiesen, daß er bei dem Ankauf um die Herkunft des Silbers gewußt habe oder den Umständen nach habe annehmen müssen, es sei mittels einer strafbaren Handlung erlangt worden. Dagegen hat die Strk. festgestellt, daß der Angekl. etwa 14 Tage nach dem Erwerb über die Herkunft des Silbers aufgeklärt worden ist. Sie hält ferner für erwiesen, daß der Angekl. trotz dieser Aufklärung einem Kriminalbeamten gegenüber den Besitz des Silbers abgeleugnet und ihm vorgespiegelt hat, er habe das Silber bereits weiterverkauft. Die Strk. glaubt aber, daß dieses Ableugnen kein „Verheimlichen“ i. S. des § 259 StGB. sei. Sie stützt diese Auffassung darauf, daß ein „Verheimlichen“ den Willen voraussetze, „den vom Vortäter geschaffenen rechtswidrigen Zustand im ausdrücklichen oder stillschweigend vorausgesetzten Einverständnis mit ihm aufrechtzuerhalten“. Hiervon könne nach Lage der Dinge keine Rede sein, denn die Diebe seien damals bereits überführt gewesen und hätten an den gestohlenen Sachen, da sie sie verkauft und das Entgelt dafür erhalten gehabt hätten, nicht mehr das geringste Interesse gehabt. Der Angekl. habe daher den Besitz nur in Verfolg eigener Interessen abgeleugnet.

Auch eine Unterschlagung sei nicht gegeben, weil man in dem bloßen Verschweigen keine Zueignungshandlung erblicken könne.

Gegen diese Auffassung des LG. erheben sich durchgreifende Bedenken.

Zwar steht die bisherige Rspr. auf dem Standpunkt, daß ein „Verheimlichen“ in dem hier in Betracht kommenden Sinn nur dann vorliege, wenn es im ausdrücklichen oder wenigstens stillschweigend vorausgesetzten Einverständnis mit dem Vortäter geschieht (vgl. RGSt. 54, 280; 57, 159; 71, 50 — JW. 1937, 1350<sup>69</sup> m. Anm.). Irrig aber ist die Meinung des LG., ein solches Einverständnis könne nicht bestehen oder vorausgesetzt werden, wenn der Täter mit dem Ableugnen des Besitzes nur seine eigenen Interessen verfolge. Ein wesentliches Tatbestandsmerkmal der Hehlerei des § 259 StGB. ist ja gerade, daß der Täter „seines Vorteils wegen“ handelt, während nicht erfordert wird, daß er auch das Interesse des Vortäters wahre. Die Hehlerei des § 259 StGB. steht ihrem Wesen nach in dem inneren Zusammenhang mit der Vortat, daß sie im Einverständnis mit dem Vortäter dessen Tat, dem Eigentümer die Sache widerrechtlich zu entziehen, fortsetzt. Seinen Willen, daß der Empfänger seine Tat fortsetze, und sein Einverständnis mit dem Handeln des Täters in dieser Richtung, bringt der Vortäter dadurch zum Ausdruck, daß er die Sache zu diesem Zweck dem Täter überläßt. Dieser kann deshalb bei seinem ferneren Vorgehen in der gleichen Absicht das Einverständnis des Vortäters so lange voraussetzen, bis dessen entgegenstehender Wille, daß die Sache wieder in die Verfügungsgewalt des Berechtigten gebracht werde, bekannt

wird. Seine Tat ist in dieser Bedeutung eine selbständige und eigenartige gegenüber der Vortat.

Etwas anderes ist der Entsch. des RGSt. 54, 280 (281), auf die das LG. seine Ansicht stützt, nicht zu entnehmen. Dort hat der Täter dem Dieb die Beute in Kenntnis des Diebstahls gegen dessen Willen weggenommen und hat ihren Besitz wie dem Eigentümer, so auch dem Dieb gegenüber verheimlicht. Es bestand kein innerer Zusammenhang zwischen Tat und Vortat und kein Einverständnis zwischen Täter und Vortäter. Wenn deshalb dort eine Hehlerei i. S. des § 259 StGB. verneint wird, so ist das für den vorliegend ganz anders gelagerten Fall ohne Beziehung.

Der Entsch. in RGSt. 57, 159 aber kann nicht beigetreten werden, wenn sie für den Tatbestand der Hehlerei in der dort behandelten und auch vorliegend in Betracht kommenden Begehungsform das Merkmal fordert, daß das „Verheimlichen“ zugleich dem Vortäter „zugute kommen“ müsse. Denn damit wäre das zum gesetzlichen Tatbestand des § 259 nicht gehörende Merkmal verlangt, daß ein derartiger Hehler zugleich ein fremdes Interesse, den Nutzen des Vortäters, wahre oder gar fördere (vgl. RGSt. 33, 120; 47, 241). Die Freiheit, von der vorerwähnten Entsch. abzuweichen, ergibt sich daraus, daß sie vor dem 1. Sept. 1935 ergangen ist.

Hiernach können die bisherigen Feststellungen des Urteils nicht dartin, daß die Tat des Angeklagten nicht unter den § 259 StGB. falle. Deshalb muß das Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entsch. nach den ausgeführten Rechtsgrundsätzen an die Vorinstanz zurückverwiesen werden.

Einer Hehlerei in der besprochenen Form stünde allerdings entgegen, wenn sich auf Grund der neuen Verhandlung beweisen lassen sollte, daß der Angekl. schon beim Ankauf die diebische Herkunft der Silberplatten gekannt und schon damit Hehlerei i. S. des § 259 StGB. begangen hätte.

Sollte der Angekl. der Hehlerei i. S. des § 259 StGB. etwa nicht zu überführen sein, so wäre seine Tat unter dem Gesichtspunkt der Unterschlagung i. S. des § 246 StGB. zu prüfen. Dadurch, daß er den Besitz der fremden Platten gegenüber dem Vertreter des Eigentümers abgeleugnet hat, kann er, entgegen der Meinung des LG., sehr wohl seinen Willen, sie sich rechtswidrig zuzueignen, betätigt haben (vgl. RGSt. 5, 252; 51, 159).

Ferner wäre dann noch zu erörtern, ob der Angekl. sich nicht nach § 5 des Ges. über den Verkehr mit Edelmetallen ... v. 29. Juli 1926 (RGBl. I, 321) und nach §§ 2, 14 der Allg. Anordnung über den Verkehr mit Silber ... v. 9. Okt. 1936 (Reichsanzeiger Nr. 237/36) i. Verb. mit §§ 12—15 der WD. über den Warenverkehr v. 4. Sept. 1934 (RGBl. I, 816) strafbar gemacht hat.

Im Falle der Verurteilung des Angekl. wird im Hinblick auf seine Persönlichkeit und seine Vorstrafen auch geprüft werden müssen, ob nicht die §§ 20a, 42e und 42i StGB. anzuwenden seien.

(RG., 3. Str.Sen. v. 7. Nov. 1938, 3 D 769/38.)

\*

**\*\* 6. RG. — §§ 267 ff. StGB. Mitgliedsbücher der DAF. sind keine öffentlichen Urkunden.**

Die Verurteilung des Angekl. wegen Untreue in Tateinheit mit Unterschlagung unterliegt keinen durchgreifenden Bedenken. Wenn ausgeführt ist, der Angekl. habe als Beitragswahrer der DAF. kraft eines Treueverhältnisses die Pflicht gehabt, die Vermögensinteressen der Mitglieder der DAF. und dieser selbst wahrzunehmen, und wenn weiterhin angenommen worden ist, der Angekl. habe durch die rechtswidrige Aneignung der von den Mitgliedern an ihn entrichteten Beiträge sowohl die Arbeitsfront als auch die beteiligten Mitglieder geschädigt, so bleibt zwar unverständlich, weshalb der Angekl. auch die Vermögensinteressen der einzelnen Mitglieder zu beachten hatte und diese durch den Verbrauch der von ihnen gezahlten Beiträge geschädigt hat; denn nach dem im Urteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen bestand die Aufgabe des Angekl. nur darin, für die DAF. die Mit-

gliedsbeiträge einzuziehen, also die Vermögensinteressen der Arbeitsfront wahrzunehmen. War der Angekl. als Beitragswahrer zur Einziehung der Mitgliedsbeiträge bestellt, so konnten die Mitglieder mit befreiender Wirkung an ihn zahlen. Untreue und Unterschlagung schädigten danach nur die DVZ. Mit dieser Einschränkung läßt sich die Verurteilung des Beschw. aus §§ 266, 246, 73 StGB. rechtlich halten.

Zu beanstanden ist das Urteil des LG. aber insoweit, als bei Erörterung der Fälschungen, die der Angekl. an den Mitgliedsbüchern zur Verdeckung seiner Unterschlagungen vornahm, davon ausgegangen ist, daß die genannten Bücher öffentliche Urkunden seien. Zur Begründung dieser Rechtsauffassung bezieht sich die StrR. auf RGSt. 70, 210 = JW. 1936, 1678<sup>16a</sup>, wo den Mitgliedsbüchern der NSDAP. die Eigenschaft öffentlicher Urkunden beigelegt worden ist. Die Gründe, die dort für diese Annahme dargelegt worden sind, lassen sich jedoch nicht ohne weiteres auf die hier zu entscheidende Frage übertragen. Während in § 1 des Gef. zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 1. Dez. 1933 die NSDAP. als die Trägerin des deutschen Staatsgedankens und mit dem Staat unlöslich verbunden bezeichnet wird und der Abs. 2 dieser Bestimmung ihr das Wesen einer Körperschaft des öffentlichen Rechts beilegt, deren Satzung der Führer bestimmt, unterscheidet die WD. des Führers und Reichskanzlers v. 29. März 1935 zwischen der NSDAP. (§ 1), ihren Gliederungen (§ 2) und den der NSDAP. angeschlossenen Verbänden (§ 3), unter denen auch die DVZ. einschließlich der NS-Gemeinschaft „Kraft durch Freude“ genannt ist. Bezüglich der angeschlossenen Verbände bestimmt der § 5 der WD., daß sie eigene Rechtspersönlichkeit besitzen können und der Finanzsicht des Reichsschatzmeisters der NSDAP. unterstehen. Hier erscheint von Wichtigkeit auch der § 17 der 1. Ausf. Best. über die WD. zur Durchführung des Gef. zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 29. April 1935.

1. Die angeschlossenen Verbände sind nationalsozialistische Gemeinschaften, die eigenes Vermögen besitzen.

2. Die NSDAP. haftet nicht für die Verbindlichkeiten der angeschlossenen Verbände.“

Trotz der gewaltigen Aufgaben, die der DVZ. durch die WD. des Führers und Reichskanzlers über Wesen und Ziel der DVZ. v. 24. Okt. 1934 zugewiesen sind, und der unermesslichen Wichtigkeit, die ihrem Wirken für alle schaffenden Deutschen, für die Erhaltung des Arbeitsfriedens und die Aufwärtsentwicklung des gesamten Volkes beigegeben werden muß, läßt sich doch nicht sagen, daß die Dienststelle der DVZ., die die Mitgliedsbücher ausstellt, einer öffentlichen Behörde gleichzuachten sei, wie das nach RGSt. 69, 359 = JW. 1935, 3313<sup>25</sup> bei der dort bezeichneten Dienststelle der Partei in dem dort ebenfalls bezeichneten Umfang der Fall ist; denn die DVZ. unterscheidet sich schon dadurch maßgeblich von der Partei, daß sie nicht wie diese eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist. Die Verbindung der DVZ. mit Staat und Partei ist im wesentlichen durch die §§ 5, 6 der genannten WD. des Führers gewährleistet, die der NSDAP. die Führung der DVZ. sichert. Auch wenn der Begriff der öffentlichen Urkunden heute die in RGSt. 69, 357 dargelegte, in RGSt. 70, 210 = JW. 1936, 1678<sup>16a</sup> gebilligte weite Auslegung erfahren muß, darf doch nicht übersehen werden, daß eine durch die Umstände nicht zwingend gebotene Weitung des Begriffs wegen der im § 268 Abs. 1 Nr. 2 StGB. enthaltenen schweren Strafandrohung (Zuchthaus bis zu zehn Jahren, neben welchem auf Geldstrafe erkannt werden kann) vermieden werden muß. Für Fälle der hier in Rede stehenden Art erscheint der durch die §§ 267, 268 Abs. 1 Nr. 1 StGB. gewährte Schutz ausreichend.

Der Rechtsfehler findet im Urteilsatz keinen Ausdruck und hat auch die Strafbemessung in diesem Fall ersichtlich nicht beeinflusst. Daher kann von einer Aufhebung des Urteils abgesehen werden.

Nicht frei von rechtlichen Bedenken sind endlich die Ausführungen des landgerichtlichen Urteils, mit denen die Anwendbarkeit der §§ 268, 274 Nr. 1 StGB. verneint worden ist. Insoweit ist es jedoch nach Lage der Umstände kein Gebot der Gerechtigkeit, das Urteil zum Nachteil des Beschw.

aufzuheben (§ 358 Abs. 2 StPD.: RGSt. 70, 58 = JW. 1936, 737<sup>22</sup> und Aufsatz Lehmann S. 696).

(RG., 5. StrSen. v. 27. Okt. 1938, 5 D 411/38.)

### Strafrechtliche Nebengesetze

7. RG. — § 4 der Bef. über die bei Behörden beschäftigten Personen v. 3. Mai 1917. Befestigung. Pflichtwidrige Empfehlung einer Angelegenheit gegenüber dem Sachbearbeiter zur Berücksichtigung kann Treupflichtverletzung sein.

Das LG. hat den Angekl. von der Anklage eines Vergehens der Befestigung nach § 4 der Bef. über die bei Behörden oder in kriegswirtschaftlichen Organisationen beschäftigten Personen v. 3. Mai 1917 (RGBl. I, 393) i. d. Fass. der WD. v. 12. Febr. 1920 (RGBl. I, 230) freigesprochen, weil nicht nachweisbar sei, daß der Angekl. dem Angestellten Sch. den Betrag von 500 RM für die Vornahme einer Handlung gegeben habe, die eine Verletzung der ihm übertragenen Obliegenheiten darstelle.

Die von der Staatsanwaltschaft eingelegte Rev. muß Erfolg haben.

Der Angekl. hat dem Sch. 500 RM überhandt „zur schnelleren Abfertigung der gestellten Anträge und der persönlichen Beratung“. Das LG. geht nun davon aus, daß hierin eine pflichtwidrige Handlung deshalb nicht erblickt werden könne, weil Sch. nach seinen eigenen Bekundungen geradezu verpflichtet gewesen sei, Vorgänge, die ihm wichtig erschienen und die ordnungsgemäß geprüft waren, der beschleunigten Abfertigung zuzuführen. Das LG. hat aber nicht geprüft, ob der Angekl. den Sch. durch dieses Geschenk nicht dazu bestimmen wollte, die Anträge der von ihm vertretenen Firma schneller abzufertigen und zu erledigen als andere gleich wichtige Anträge und den Angekl. bei der persönlichen Beratung vor anderen Bewerbern zu bevorzugen. In einer solchen Behandlung konnte aber eine Verletzung der dem Sch. übertragenen Obliegenheiten begründet sein. Wollte dies der Angekl. durch das Geldgeschenk erreichen, so gewährte er es, um Sch. zu einer Verletzung der ihm übertragenen Obliegenheiten zu bestimmen.

Aber auch die weitere Annahme des LG., die Voraussetzungen eines Vergehens nach § 4 der vorgenannten Strafbestimmung seien auch nicht dadurch erfüllt daß der Angekl. das Geldgeschenk dem Sch. gegeben habe, damit er bei dem Angestellten Dr. S. in der Angelegenheit des Gasometers ein gutes Wort für die Firma K. einlege, ist nicht frei von Rechtsirrtum. Das LG. geht hierbei davon aus, daß für die Bearbeitung dieser Angelegenheit nach der Geschäftsverteilung der bei der gleichen Behörde angestellte Dr. S. und nicht Sch. zuständig gewesen sei und deshalb die von Sch. verlangte Handlung keine Verletzung der ihm übertragenen Obliegenheiten enthalten könne. Das LG. hat hierbei den Begriff der dem Sch. als Angestellten übertragenen Obliegenheiten verkannt. Sch. ist Angestellter des zur Durchführung des Vierjahresplans errichteten Reichsamts für deutsche Roh- und Werkstoffe. Seine dienstlichen Obliegenheiten erschöpften sich somit sinngemäß nicht in dem engen Rahmen des ihm zur Zeit der Tat zur Bearbeitung übertragenen Referats, das „die Verteilung von Eisen und Stahl für Neubauten im Mineralölplan“ zur Aufgabe hatte. Eine Verletzung der ihm übertragenen Obliegenheiten konnte vielmehr auch darin erblickt werden, wenn er unter Bruch der ihm dem Reichsamt gegenüber obliegenden Treupflicht dem Sachbearbeiter eines anderen Referats des gleichen Reichsamts eine Angelegenheit pflichtwidrig zur Berücksichtigung empfahl (vgl. RGSt. 70, 172 = JW. 1936, 1911<sup>28</sup>). Zur Bestrafung des Angekl. würde es hierbei genügen, wenn der Angekl. das Geldgeschenk gegeben hätte, damit Sch. unter Hintansetzung etwa bestehender Bedenken, die sich aus den allgemeinen Richtlinien des Amts für die Kontingenzteilung von Rohstoffen ergaben oder im Hinblick auf das Geldgeschenk aus unsachlichen Erwägungen dem Sachbearbeiter seine Angelegenheit zur Berücksichtigung empfehle. Die Voraussetzungen des § 4 der angeführten Straf-

Bestimmung wäre auch dann erfüllt, wenn dem Sch. eine solche Beeinflussung des anderen Sachbearbeiters aus tatsächlichen Gründen, die dem Angekl. nicht bekannt waren, nicht möglich gewesen wäre.

Schon aus diesen Gründen kann der Freispruch nicht bestehen bleiben.

(RG., 2. StrSen. v. 7. Nov. 1938, 2 D 413/38.)

\*

8. OLG. — §§ 5, 11 LebMittG.; § 2 HackfleischVO. vom 24. Juli 1936. Eine Verbrauchergenossenschaft, deren Hauptgeschäftsstelle mit einer Fleischerei verbunden ist, darf Hackfleisch, das in dieser Fleischerei hergestellt ist, nicht in ihren örtlich von der Hauptgeschäftsstelle getrennten Filialen zum Verkauf bringen. Diese Filialen dürfen vielmehr Hackfleisch nur dann verkaufen, wenn sie selbst im einzelnen die Voraussetzungen einer Schlächtereier oder eines Fleischereibetriebes erfüllen.

Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils sind die Angekl. bei der K. Verbrauchergenossenschaft tätig, und zwar der Angekl. A. als Geschäftsführer, die beiden anderen Angekl. B. und C. als Leiter von Filialen.

Die Verbrauchergenossenschaft hat in K. eine Hauptgeschäftsstelle; diese ist mit einer Fleischerei verbunden. Von hier aus werden 34 Filialen, die sich in K. und Umgebung befinden, außer mit anderen Lebensmitteln auch mit Hackfleisch beliefert. Die Lieferung des Hackfleisches an die Filialen erfolgt, nachdem es in Pergamentpapier verpackt und in einen Fleischtorb gelegt ist, mittels Autos bei Gelegenheit anderer Lieferungen. Dies geschieht auf Anweisung des Angekl. A. So wurde auch im Mai und Juni in den von den Angekl. B. und C. geleiteten Filialen Hackfleisch, das von der Hauptgeschäftsstelle geliefert war, vorgefunden.

Das angefochtene Urteil hat den Angekl. A. wegen Vergehens nach §§ 5 Ziff. 1, 11 Abs. 1 LebMittG. i. d. Fassung v. 17. Nov. 1936 i. Verb. m. § 2 Abs. 2 der HackfleischVO. v. 24. Juli 1936 zu 20 RM Geldstrafe, die Angekl. B. und C. wegen Beihilfe (§ 49 StGB.) hierzu zu je 10 RM Geldstrafe verurteilt.

Die Rev. rügt, der Vorderrichter habe zu Unrecht angenommen, Hackfleisch dürfe nur am Ort der Zubereitung selbst verkauft werden. Sie ist der Ansicht, der Verkauf von Hackfleisch sei auch in den Filialen zulässig, da der Betrieb der Verbrauchergenossenschaft als einheitliches Unternehmen angesehen werden müsse.

Die Rüge ist unbegründet. Nach dem klaren Wortlaut der HackfleischVO. (§ 2 Abs. 2) darf Hackfleisch gewerbmäßig nur in Schlächtereien und Fleischereibetrieben hergestellt, vorrätig gehalten oder verkauft werden. Hieraus ergibt sich eindeutig, daß die von dem Hauptgeschäft räumlich getrennten Filialen nur dann zum Verkauf von Hackfleisch befugt sind, wenn sie selbst im einzelnen die Voraussetzungen einer Schlächtereier oder eines Fleischereibetriebes erfüllen und das zu verkaufende Hackfleisch selbst, wenn auch möglicherweise aus vom Hauptgeschäft erhaltenen Fleischstücken herstellen.

Die gegenteilige Auslegung würde dem Sinn und Zweck der Verordnung widersprechen. Wie die Einführung zu der Verordnung hervorhebt, bedarf Hackfleisch wegen seiner starken Gefährdung durch schädliche Stoffe einer besonders sorgfältigen Herstellung und pflegerischen Behandlung. § 2 Abs. 4 der VO. hat deshalb bestimmt, daß Hackfleisch in Kühlrichtungen oder unter sicher abschließenden, luftdurchlässigen Fliegenschutzvorrichtungen kühl aufbewahrt werden muß. Die Beobachtung dieser Schutzvorrichtungen ist zwar auch auf dem Transporte denkbar, praktisch jedoch nur unter größten Schwierigkeiten möglich, zumal — wie hier — das fertige Hackfleisch auch im Sommer und über Land geliefert wird. Die Nichtbeachtung der Schutzvorschriften ist deshalb in hohem Grade zu befürchten.

Es kommt hinzu, daß bei der Verwendung, wie der Vorderrichter zutreffend ausführt, eine erhöhte Gefahr der Zerfetzung des Hackfleisches durch Einwirkung von Staub und Wärme besteht.

Gerade diesen Gefahren wollte der Gesetzgeber vorbeugen. Diesem Zweck konnte aber nur eine strenge und ausnahmslose Regelung gerecht werden.

Großfleischereien die Verwendung von Hackfleisch zu gestatten, bestanden deshalb keine Veranlassung. Bei anderer Beurteilung würde auch Firmen von der Art der Verbrauchergenossenschaft, bei der die Angekl. angestellt sind, und ihren Filialen eine nicht gerechtfertigte Vorzugsstellung gegenüber anderen Geschäften des Lebensmittelhandels verschafft werden.

Auch das OLG. Braunschweig neigt in seiner Entsch. vom 5. Mai 1937 (HöchstNPr. 1937 Nr. 1568) offenbar überwiegend

zu der hier vertretenen Ansicht. Pfundtner-Neubert („Das neue Deutsche Reichsrecht“ IV D 4 S. 26 Anm. 2), auf den es sich bezieht, sagt eindeutig, daß Hackfleisch in Lebensmittelgeschäften nur dann feilgehalten werden darf, wenn ihnen abgeschlossene, d. h. selbständige Fleischereibetriebe angegliedert sind.

(OLG. Naumburg, StrSen., Ur. v. 14. Nov. 1938, Ss 100/38.)

## Strafprozeßordnung

9. RG. — § 243 Abs. 2 StPO. Zwar ist im allgemeinen die Verlesung des Eröffnungsbeschlusses ein so wesentliches Verfahrenserfordernis, daß die Unterlassung die Rev. begründet. Von diesem Grundsatz ist aber bei besonderen Umständen eine Ausnahme zu machen.

Die Rev. rügt, daß der Eröffnungsbeschuß entgegen der Vorschrift des § 243 Abs. 2 StPO. nicht verlesen worden sei. Der Eröffnungsbeschuß v. 2. Juli 1938 lautete auf berufsfahrlässige Tötung in Tateinheit mit Übertretung der StrafVerfO. Die Hauptverhandlung hat am 25. Juli 1938 an der Unfallstelle in Sch. stattgefunden. Bezüglich der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses ist in der Sitzungsniederschrift hinter der Vernehmung des Angekl. über seine persönlichen Verhältnisse folgendes vermerkt:

„Die Verhandlung wurde gleich am Tatort mit der Vernehmung des Angekl. und der Zeugen begonnen. Danach wurde sie in einem Raume mit den Plädoyers fortgesetzt. Dabei wurde die Verlesung des Eröffnungsbeschlusses übersehen. Eine Beanstandung erfolgte von keiner Seite. Der Angekl. war jedoch bei seiner Vernehmung mündlich darauf hingewiesen worden, daß er sich wegen fahrlässiger Tötung des Werner S. und gleichzeitig wegen Übertretung der StrafVerfO. zu verantworten hatte.“

Wie das RG. schon in den Entsch. RGSt. 8, 144; 10, 232 ausgesprochen und in ständiger Rspr. festgehalten hat, ist im allgemeinen die Verlesung des Eröffnungsbeschlusses ein so wesentliches Verfahrenserfordernis, daß die Unterlassung die Rev. begründet. Von diesem Grundsatz ist aber bei besonderen Umständen eine Ausnahme zu machen. Die Verlesung des Eröffnungsbeschlusses dient einem doppelten Zweck, nämlich einmal, um dem Angekl. nochmals die gegen ihn erhobene Anschulldigung zum Bewußtsein zu bringen und ihn auf eine zweckmäßige Verteidigung hinzuweisen, sodann aber auch, um diejenigen Richter, die die Akten nicht kennen, mit dem Gegenstand der Verhandlung bekannt zu machen, damit sie ihre Aufmerksamkeit entsprechend einstellen können. In Fällen, in denen es offensichtlich ist, daß die beiden Zwecke durch die Unterlassung der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses nicht gefährdet worden sind, bildet daher die Unterlassung keinen Revisionsgrund; denn das Urteil beruht nicht auf dem Verstoß (RGUrt. v. 24. Okt. 1890 = GoldArch. 38, 430—432 und v. 4. März 1918 = GoldArch. 66, 87, 88).

Ein solcher Fall liegt hier ersichtlich vor. Es handelte sich um einen tatsächlich und rechtlich ganz einfach liegenden Sachverhalt, nämlich um die Frage, ob eine gewisse in tatsächlicher Beziehung leicht festzustellende Fahrweise des Angekl. fahrlässig sei. Durch die Anberaumung des Hauptverhandlungstermines an Ort und Stelle war es für den Angekl. klar und für die Richter und Schöffen naheliegend, daß es sich um einen Verkehrsunfall handelte. Sodann ist der Angekl. in Anwesenheit aller Prozeßbeteiligten bei seiner Vernehmung darauf hingewiesen worden, daß es sich um eine Anklage wegen fahrlässiger Tötung und Übertretung der StrafVerfO. handelte. Endlich war ein Verteidiger zugegen, der zweifellos wußte oder im Beginn der Verhandlung zur Sache erkannte, um was es sich handelte, und der sicher eingegriffen hätte, wenn irgendein Bedenken bestanden hätte, ob der Angekl. oder einer der Richter oder Schöffen den Zweck der Verhandlung erkenne. Unter diesen Umständen kann als sicher angenommen werden, daß weder der Gang der Verhandlung noch das Urteil irgendwie von dem Verfahrensmangel beeinflusst worden ist.

(RG., 4. StrSen., U. v. 8. Nov. 1938, 4 D 770/38.)

## Zivilrecht

### Bürgerliches Gesetzbuch

**\*\* 10. RG. — §§ 203, Abs. 2, 212 Abs. 1, 1339 Abs. 3, 1594 n. F. BGB.; FamRdnG. v. 12. April 1938; § 232 Abs. 2 ZPO.** Die bisherige, insbes. auch für die Fälle der §§ 1339 Abs. 3 und 1594 Abs. 3 BGB. verwandte Rspr. des RG., daß die Partei im Falle des § 203 Abs. 2 BGB. ein Verschulden ihres Prozeßbevollmächtigten ebenso zu vertreten habe wie nach § 232 Abs. 2 ZPO., wird aufgegeben.

Nach der letzten Verhandlung vor dem BG. ist das Gef. über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschr. usw. v. 12. April 1938 (RGBl. I, 380) verkündet worden und in Kraft getreten. Der Entsch. des Reichsgerichts sind daher nunmehr, und zwar auch in der Rev.Jur., die §§ 1593 ff. BGB. in der ihnen durch dieses Gef. gegebenen Fassung zugrunde zu legen (vgl. § 29 des Gef.).

Nach der einwandfreien und von der Rev. des Bfkl. auch nicht angegriffenen Feststellung des BG. kann der Bfkl. nicht vom Kl. erzeugt sein, da dieser seiner damaligen Ehefrau in der gesetzlichen Empfängniszeit nicht beigezogen hat. Die Entsch. des Reichsgerichts hängt mithin lediglich davon ab, ob die Anfechtung der Ehelichkeit rechtzeitig innerhalb der Jahresfrist des § 1594 BGB. erfolgt ist.

Die Frist beginnt nach § 1594 Abs. 2 n. F. mit dem Zeitpunkt, in dem der Mann Kenntnis von den Umständen erlangt, die für die Unehelichkeit des Kindes sprechen, frühestens aber mit der Geburt des Kindes. Zutreffend hat das BG. angenommen, daß nach Lage des vorliegenden Falles die Kenntnis der Geburt des Bfkl. dem Kl. zugleich die Kenntnis von den Umständen vermittelt hat, die für die Unehelichkeit des Bfkl. sprechen. Aus den Feststellungen des BG. ergibt sich weiter, daß der Kl. von der Geburt des Bfkl. nicht vor dem 1. Okt. 1928, spätestens aber am 10. Okt. 1928 Kenntnis erlangt hat. Die am 16. Okt. 1929 erfolgte Klagezustellung hätte daher die Anfechtungsfrist nur dann gewahrt, wenn mit dem Kl. anzunehmen wäre, daß der Lauf der Frist gemäß § 1594 Abs. 3 i. Verb. mit § 203 Abs. 2 BGB. gehemmt war. Das BG. hat sich unter bewußter Abweichung von der Rspr. des RG. auf den Standpunkt gestellt, daß dem Kl. die Säumnis des ihm beigeordneten und von ihm rechtzeitig unterrichteten damaligen Kl. X. nicht zuzurechnen sei, und daß sich daher diese Säumnis für ihn als höhere Gewalt i. S. des § 203 Abs. 2 BGB. darstelle, die den Lauf der Anfechtungsfrist gehemmt habe. Das BG. ist dieser Auffassung zwar nicht beigetreten, hat aber eine den Lauf der Anfechtungsfrist hemmende höhere Gewalt darin erblickt, daß der Vorsitzende der 3. R. dem Kl. gerade den damaligen Kl. X. als ArmAnw. beigeordnet habe, der, wie sich später gezeigt habe, seiner ganzen Persönlichkeit und seinen Lebensverhältnissen nach in keiner Weise geeignet gewesen sei, die Aufgaben eines Kl. sachgemäß zu erfüllen. (Kl. X. ist Anfang 1935 durch Urteil des Ehrengerichtshofs aus der 3. R. ausgeschlossen worden.) Die Annahme eines eigenen Verschuldens des Kl. scheidet das BG. aus, da er auf die Auswahl des ArmAnw. keinen Einfluß genommen habe, als einfacher, geschäftsungewandter Volksgenosse auch nicht in der Lage gewesen sei, sich ein Urteil über die Art der Berufsausübung des Kl. X. zu bilden oder gar ihn zu überwachen, und da er dessen Erklärung, er brauche sich um nichts weiter zu kümmern, habe vertrauen dürfen. Das BG. hat demgemäß angenommen, daß der Lauf der Anfechtungsfrist von der durch den Bfchl. v. 14. Juni 1929 erfolgten Beordnung des X. an bis zu der am 16. Okt. 1929 geschehenen Klagezustellung gehemmt, die Anfechtungsfrist also zur Zeit der Klagezustellung noch nicht verstrichen gewesen sei.

Der erst. Sen. hat sich in einer Reihe von Entsch., und zwar insbes. auch für die Fälle der §§ 1339 Abs. 3 und 1594 Abs. 3 BGB., auf den Standpunkt gestellt, daß die Partei im Falle des § 203 Abs. 2 BGB. ein Verschulden ihres Prozeßbevollmächtigten ebenso zu vertreten habe wie nach § 232 Abs. 2 ZPO. (RGWarn. 1910 Nr. 415, 1917 Nr. 286; JW.

1932, 1350<sup>8</sup>; vgl. auch RGWarn. 1936 Nr. 40). Diese Rspr. gibt der Sen. jedoch auf Grund erneuter Prüfung auf. Die entsprechende Anwendung des § 232 Abs. 2 ZPO. ist in der Entsch. JW. 1932, 1350<sup>8</sup> aus dem Grunde für gerechtfertigt erklärt worden, weil der Begriff der höheren Gewalt i. S. des § 203 Abs. 2 BGB. im wesentlichen dem des unabwendbaren Zufalls i. S. des § 233 ZPO. entspreche. Es ist nun zwar daran festzuhalten, daß der Begriff der „höheren Gewalt“ in den Fällen, in denen es sich — wie bei § 203 BGB. — um die Vornahme von Rechtshandlungen innerhalb einer Frist handelt, im wesentlichen dem des „unabwendbaren Zufalls“ i. S. des § 233 ZPO. entspricht und daß daher in diesen Fällen auch die Beschränkung auf Ereignisse, die von außen her einwirken, ihren Sinn verliert (JW. 1938, 176<sup>45</sup>). Die daraus gezogene Folgerung, daß insfolgedessen auch die Vorschrift des § 232 Abs. 2 ZPO. entsprechend anzuwenden sei, ist aber weder zwingend noch durch sonstige Erwägungen geboten. Ein allgemeiner Grundsatz, daß der Vertretene für das Verschulden seines Bevollmächtigten oder sonstigen Vertreters in jedem Falle einzustehen habe, ist dem geltenden Recht fremd. Die Vorschrift des § 278 BGB. bezieht sich nur auf die Erfüllung von Verbindlichkeiten. § 232 Abs. 2 ZPO. aber ist eine nur für das Gebiet des Prozeßes geltende, auf den besonderen Verhältnissen und Bedürfnissen des Prozeßes beruhende Vorschrift, die sich nicht ohne weiteres auf das außerprozessuale Gebiet übertragen läßt (Jonas: JW. 1932, 1350 Anm. zu Nr. 8). Hiernach ist davon auszugehen, daß sich die Nachlässigkeit, die X. schon von seiner Beordnung an bei der Behandlung der Sache an den Tag gelegt hat, namentlich aber die unverständliche Hinauszögerung der Klagezustellung, die letzten Endes für die Versäumung der Jahresfrist ursächlich war, für den Kl. als höhere Gewalt i. S. des § 203 Abs. 2 BGB. darstelle, durch die der Lauf der Frist bis zur tatsächlich erfolgten Zustellung einer den sachlich- und verfahrensrechtlichen Anforderungen entsprechenden Klage gehemmt war. Daß dem Kl. keinerlei eigenes, der Annahme höherer Gewalt entgegenstehendes Verschulden zur Last zu legen ist, hat das BG. rechtsirrtumsfrei dargetan.

Die Rev. erhebt eine Anzahl von Rügen verfahrensrechtlicher und sachlich-rechtlicher Art, die ihr jedoch nicht zum Erfolg verhelfen können.

Zunächst vermißt die Rev. eine Feststellung darüber, wie die Anfechtungsfrist versäumt worden ist. Es kann aber nach den im wesentlichen auf der Aussage des Zeugen X. beruhenden Feststellungen des BG. kein Zweifel darüber obwalten, daß die Versäumung, insbes. die verspätete Zustellung der Klageschrift, auf die im Büro X. herrschende Unordnung zurückzuführen war, die ihren Grund in seinen wirtschaftlichen Sorgen und den dadurch hervorgerufenen seelischen Beklemmungen hatte.

Ohne Erfolg rügt die Rev., daß das BG. die vom Bfkl. beantragte Vernehmung der Zeugin E. zu Unrecht abgelehnt habe. Wenn etwa die Verzögerung der Klagezustellung auf ein von der Tätigkeit des X. unabhängiges Versehen dieser Angestellten zurückzuführen gewesen sein sollte, so wäre auch darin eine durch höhere Gewalt herbeigeführte Verhinderung des Kl. an rechtzeitiger Klageerhebung zu erblicken. Überdies ist auch in der Rspr. zu § 232 Abs. 2 ZPO. anerkannt, daß das Verschulden eines nicht in Vertreterstellung befindlichen Angestellten des Vertreters dem Verschulden des Vertreters i. S. des § 232 Abs. 2 nicht gleichzustellen ist.

... Die Rev. will schließlich dem Umstände Bedeutung beigegeben haben, daß der Rechtsstreit nahezu sieben Jahre geruht habe; sie ist der Ansicht, daß die Vorschrift des § 211 Abs. 2 BGB. als Ausfluß eines allgemeinen Rechtsgedankens auch im vorliegenden Falle Anwendung finden müsse. Hierin kann ihr nicht beigetreten werden. § 1594 Abs. 3 BGB. erklärt von den für die Verjährung geltenden Vorschriften nur die der §§ 203, 206 über die Hemmung der Verjährung für entsprechend anwendbar. Eine Unterbrechung des Laufes der Anfechtungsfrist in der Weise, daß mit Beendigung der Unterbrechung eine neue Anfechtungsfrist zu laufen beginnen könnte, ist dagegen dem Gesetze un-

bekannt; sie wäre unvereinbar mit den Vorschriften des § 1594 Abs. 1 und 2 BGB. und mit dem Zwecke, den diese Vorschriften verfolgen. Lediglich für den Fall der Zurücknahme der Klage hat § 1596 Abs. 2 i. d. Fassung des Ges. vom 12. April 1938 eine dem § 212 Abs. 1 entsprechende selbständige Vorschrift dahin getroffen, daß die Anfechtung in diesem Falle als nicht erfolgt anzusehen ist. Das bloße Ruhen des Verfahrens kann der Zurücknahme der Klage aber nicht gleichgestellt werden.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 3. Nov. 1938, IV 135/38.)  
[Ba.]

\*

**\*\* 11. RG. — §§ 618, 278, 839, 242 BGB. Ansprüche eines Beamten aus der Verletzung der Fürsorgepflicht oder der Amtspflicht seiner Vorgesetzten können der Verwirkung unterliegen. Zu den Anforderungen an das Vorliegen einer Verwirkung hierbei. †)**

Der Kl. war im Jahre 1909 preuß. Zollaufseher in R. an der holländischen Grenze. Er hatte eine Dienstwohnung in einem Hause inne, das die Zollbehörde in C. zur Unterbringung der Zollbeamten und ihrer Familien von dem Bauunternehmer T. in R. gemietet hatte. Am 4. Febr. 1909 traf den Kl., als er sich auf dem Hof des Grundstücks auf dem Wege zu dem dort befindlichen Dienstkasten befand, ein vom Dach herabfallender Ziegelstein so auf den Kopf, daß er eine Gehirnerschütterung sowie eine Beeinträchtigung der Sehkraft und des Gehörs davontrug und längere Zeit dienstunfähig war.

Der Kl. nahm den T. auf Zahlung von Schmerzensgeld und Ersatz des Schadens in Anspruch. Der Rechtsstreit endete schließlich mit dem Urte. des LG. v. 17. April 1918, durch das T. verurteilt wurde, an den Kl. an Schmerzensgeld und schon entstandenen Schaden 1787,20 M und zum Ausgleich des zukünftig entstehenden Schadens wiederkehrende Leistungen zu entrichten, die in dem Urteil im einzelnen bezeichnet sind.

T. zahlte nur die 1782,20 M. Auf die ihm in dem Urteil auferlegten weiteren Leistungen hat er nichts entrichtet. Er ist am 30. Nov. 1924 gestorben. Weder gegen ihn noch gegen seine Erben hat der Kl. in den folgenden Jahren etwas zur Erzwingung der Erfüllung seines Anspruchs unternommen. Erst im Jahre 1936 brachte er bei dem LG. C. ein Gesuch um Bewilligung des Armenrechts zur Klage gegen die Erben des T. auf Auswertung der ihm zugesprochenen Beträge an; es hatte aber keinen Erfolg, da das LG. annahm, daß der Anspruch verwirkt sei.

Der Kl. hatte inzwischen, zuletzt als Offizier, an dem Kriege teilgenommen und hatte später seinen Dienst als Zollaufseher — seit 1920 lautet die Bezeichnung desselben Dienstgrades „Zollassistent“ — wieder versehen. Ende Nov. 1927 erkrankte er. Mit Wirkung vom 1. Okt. 1928 wurde er auf seinen Antrag im Alter von 52 Jahren in den Ruhestand versetzt, nachdem seine Erkrankung sachärztlich als Metalues beurteilt und zur Wiederherstellung seiner Gesundheit eine Malariakur als notwendig bezeichnet worden war, der Kl. aber deren Vornahme verweigert hatte.

Im Jahre 1936 trat er an das beklagte Deutsche Reich als den Rechtsnachfolger des Preussischen Staates mit dem Verlangen heran, ihn wegen der Nachteile aus dem Unfall v. 4. Febr. 1909 schadlos zu halten. Als solche bezeichnet er das Ausbleiben einer Beförderung und seine vorzeitige Versetzung in den Ruhestand. Diesen Anspruch lehnte der RM. mit Erlaß v. 9. März 1937 als unbegründet ab. Mit Verfügung des OberfinPräs. v. 31. März 1937 wurde dem Kl. diese Entscheidung bekanntgemacht. Der Kl. hat im Sept. 1937 die vorliegende Klage erhoben, mit der er einen Teilbetrag seines Schadens geltend macht. Er behauptet, der fehlerhafte Zustand des Daches sei seinen Dienstvorgesetzten bekannt gewesen. Sie hätten insbes. aus dem Gesichtspunkt der Fürsorgepflicht, die dem Staat seinen Beamten gegenüber obliege, rechtzeitig Abhilfe schaffen müssen.

Auf Sprungrevision des Kl. hob RG. auf und verwies an LG. zurück.

Die Zulässigkeit des Rechtswegs ist nach § 149 BGB.

unbedenklich. Die Erfüllung der Erfordernisse des § 150 Abs. 1 BGB. — Vorentscheidung der obersten Dienstbehörde und Wahrung der Frist von 6 Monaten — hat das LG. einwandfrei festgestellt.

Das LG. urt. läßt es dahingestellt, ob eine Verpflichtung des Bekl. (oder seines Rechtsvorgängers), dem Kl. den durch den Unfall verursachten Schaden zu ersetzen, entstanden ist. Es meint, wenn dies der Fall gewesen sei, so hätte der Kl. vom Jahre 1928 ab, dem Zeitpunkt, für den der Verlust der Ansprüche des Kl. gegen die Erben des T. anzunehmen sei, mithin bis zur Erhebung seines Anspruchs gegenüber dem Bekl. im Jahre 1936 etwa 8 Jahre lang, die Möglichkeit gehabt, seine Forderung geltend zu machen. Da er sich während dieser Zeit untätig verhalten habe, sei der Anspruch verwirkt. Diese Rechtsfolge treffe beide Teile der vom Kl. verlangten Ausgleichung, sowohl die der unterbliebenen Beförderung, wie die der vorzeitigen Versetzung in den Ruhestand. — Die Rev. bekämpft dies.

Der Rechtsbesehelf der Verwirkung ist vom RG. für das Gebiet der sog. freien Aufwertung entwickelt worden: Da die Pflicht des Aufwertungsschuldners, über den vereinbarten Papiermarkbetrag hinaus eine Zahlung in geltender Währung vorzunehmen, durch den Inhalt seiner Verbindlichkeit gefordert wurde, wie dieser unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB.) herauszustellen war, so bestand anderseits die Möglichkeit, daß — unter bestimmten Voraussetzungen — derselbe Grund den Gläubiger hindern mußte, eine an sich nicht oder nicht voll erfüllte Verbindlichkeit noch weiterhin geltend zu machen. Es ergibt sich bei solcher allgemeinen Betrachtungsweise, daß die Rechtserscheinung der Verwirkung nicht auf das Gebiet der Aufwertung beschränkt sein kann. Die Rspr. hat diesen Einwand demgemäß auch bei anderweitigen Ansprüchen zugelassen, so jedenfalls bei solchen aus dem Arbeitsrecht und dem Recht des gewerblichen Rechtsschutzes. Auch weitere Rechtsgebiete sind ihm nicht grundsätzlich verschlossen, so etwa dasjenige der Schuldverhältnisse des bürgerlichen Rechts. Doch macht jedenfalls, zumal mit Rücksicht auf die Rechteinrichtung der Verjährung, die Eigenart und die Verschiedenheit der einzelnen Rechtsgebilde für jede Gestaltung eine besondere Prüfung der Zulässigkeit und der Voraussetzungen der Verwirkung nötig, und keinesfalls kann allgemein die bloße Untätigkeit des Berechtigten während eines längeren, zur Verjährung nicht ausreichenden Zeitraums zum Erlöschen des Anspruchs führen, sondern diese Rechtswirkung ist auf Ausnahmefälle zu beschränken, die eigentümliche Sonderheiten in Hinsicht des Verhaltens des Berechtigten bieten (RGZ. 144, 22 = JW. 1934, 1849<sup>1</sup>; RG. JW. 1935, 1841<sup>2</sup>; RG.: JW. 1937, 610<sup>3</sup>; RGZ. 155, 148 = JW. 1937, 2266<sup>4</sup>).

Mit denselben Vorbehalten ist eine Verwirkung von Ansprüchen, die dem öffentlichen Recht angehören, nicht schlechthin auszuschließen. Das Beamtenrecht wird seiner Natur nach in erheblichen Teilen von einer größeren Formenstrenge beherrscht als andere Rechtsgebiete, zumal die Schuldverhältnisse des bürgerlichen Rechts. Das muß in entsprechendem Umfange zur Ausschaltung von Folgerungen führen, die sich aus der Berücksichtigung solcher allgemeinen Gesichtspunkte ergeben würden, wie diese für das bürgerliche Recht § 242 BGB. darbietet (RG.: JW. 1927, 2186 m. Anm. 1927, 2847 = HöchstRspr. 1927 Nr. 1595; RGZ. 113, 78). In anderen Teilen aber ist auch das Beamtenrecht schon mit Rücksicht auf die Gebote einerseits der Treue, anderseits der Fürsorge, von denen es beherrscht wird, Gesichtspunkten dieser Art keineswegs verschlossen (RGZ. 125, 295 = JW. 1929, 3375<sup>5</sup>; RGZ. 126, 243 = JW. 1930, 1188<sup>6</sup>). Der Senat hat Erwägungen dieser Art in ständiger Rspr. zwar die Folgerung entnommen, daß eine Verwirkung von Gehaltsansprüchen, etwa durch Hinnahme einer unwirksamen Dienstentlassung, in aller Regel nicht möglich sei, da dies durch die formbestimmte Natur der Akte, von denen die Entstehung und die Beendigung des Beamtenverhältnisses hervorgerufen werden, in Verbindung mit der Gewährleistung der Beamtenbezüge unmittelbar durch das Gesetz ausgeschlossen werde (RG.: HöchstRspr. 1931 Nr. 243; JW. 1932, 191<sup>7</sup> m. Anm. JW. 1932, 2705;

Bruch. 71, 652; R. u. PrVerwBl. 52, 452; HöchstRpfr. 1933 Nr. 568; JW. 1935, 1617<sup>2</sup>; HöchstRpfr. 1935 Nr. 1410). Es ergibt sich aber zugleich aus dieser Begründung, daß jene Folgerung nicht schlechthin für alle vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis zu ziehen ist. Zumal bei der Pflicht der Vorgesetzten zur Fürsorge für den Beamten und bei der Abwendung, Minderung und Ausgleichung der Schäden, die aus Vorkommnissen oder Verhältnissen hervorgehen, die möglicherweise eine Verletzung dieser Pflicht enthalten, muß die Beurteilung begrifflichen Zusammenhängen höchst allgemeiner Art entnommen werden und kann die Rechtsgestaltung schon wegen der Vielfältigkeit des Lebens nicht, wie die Entstehung oder Beendigung des Beamtenverhältnisses, einer in äußere Formen eingeschlossenen Regelung unterworfen sein. Es handelt sich insoweit um Beziehungen, deren sachgemäße Abwicklung nur möglich ist, wenn beide Teile, der Beamte und der Vorgesetzte, in entsprechender Weise, wie dies § 242 BGB. für das bürgerliche Recht verlangt, ihr Verhalten dem Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme unterstellen. So hat der Senat mehrfach ausgesprochen, daß der Beamte, wenn er glaubt, in seinen Belangen in einer der Forderung des § 618 BGB. zuwiderlaufenden Weise Schaden zu erleiden, sich nicht untätig verhalten dürfe, sondern durch Angehen der wirklich maßgebenden Stelle seiner Beschwerde den Nachdruck verleihen müsse, der allein zur Abhilfe führen kann (RGZ. 141, 385).

Die Möglichkeit, daß ein Beamter, dem Ansprüche aus der Verletzung der Fürsorgepflicht oder der Amtspflicht seiner Vorgesetzten erwachsen sind, dieser durch Verwirkung verlustig geht, ist hiernach nicht grundsätzlich auszuschließen. Es kann sich nur darum handeln, ob die Feststellungen, die das LG. getroffen hat, genügen, um die für diese Rechtswirkung zu fordernden Voraussetzungen als gegeben anzunehmen. Das ist zu verneinen.

Das LG. ist davon ausgegangen, daß der Kl. sich bis 1936 wegen seines Anspruchs untätig verhalten hat und daß diese Untätigkeit etwa 8 Jahre gedauert hat. Wenn es dabei dem Jahre 1928 eine besondere Bedeutung beimißt, so beruht das übrigens auf einer nicht erschöpfenden Würdigung der rechtlichen Zusammenhänge. Der Zeitpunkt, für den, wie das LG. meint, der Verlust der Ansprüche des Kl. gegen die Erben des T. anzunehmen ist, könnte im Hinblick auf die Voraussetzung, die die Vorschrift des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. für die Entstehung des in dieser Bestimmung geregelten Anspruchs fordert, nur für die Möglichkeit wesentlich sein, gerade den Schadenersatzanspruch aus der Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB., Art. 131 WeimVerf.) gegen den Bekl. geltend zu machen. Auch dabei hätten freilich noch die Gesichtspunkte einer Erörterung bedurft, ob das Erfordernis des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht auch weiterhin für die Zeit nach dem angenommenen Verlust der Ansprüche gegen die Erben des T. deshalb zu verneinen ist, weil der Kl. bei Anwendung der ihm zuzumutenden Sorgfalt diesen Verlust hätte vermeiden können (RGZ. 86, 286; 100, 128; 139, 343 = JW. 1933, 1309<sup>12</sup>; HöchstRpfr. 1932 Nr. 943; 1933 Nr. 653), und ob und inwieweit ein solcher Verlust überhaupt festzustellen ist. Dabei mag zu der Frage der Verwirkung von Aufwertungsansprüchen des Kl. gegen die Erben des T. darauf hingewiesen werden, daß, soweit das Urteil des OLG. in dem Rechtsstreit des Kl. gegen ihn einen Schadenersatzanspruch nur festgestellt hat, eine eigentliche Aufwertung nicht in Betracht kommt; diese kann nur Geldansprüche alter Währung betreffen. Aber neben dem Anspruch des Kl. gegen T. stand von Anfang an derjenige gegen den Preussischen Staat, später gegen den Bekl., aus der Verletzung der Fürsorgepflicht, dem Rechtsgedanken des § 618 BGB. entsprechend, — vorausgesetzt, daß eine solche stattgefunden hatte. Dessen Bestehen war davon, ob der Kl. Ansprüche gegen T. hatte und durchsetzen konnte, unabhängig.

Indessen können diese Erwägungen, die das LG. freilich bei der weiteren Behandlung der Sache nicht außer Betracht zu lassen haben wird, zurückgestellt werden, es sei denn auch unerörtert bleiben, ob der Zeitraum von etwa 8 Jahren, schon auf seine Dauer schlechthin angesehen, hinreichend sein

kann, um bei dem Zutritt der außerdem zu fordernden Voraussetzungen an seinen Ablauf die Rechtsfolge der Verwirkung zu knüpfen. Denn die beiden Tatsachen des Zeitablaufs und der Untätigkeit des Berechtigten können, wie schon zuvor in allgemeinem Zusammenhang dargelegt wurde, für sich allein nicht genügen, um die spätere Geltendmachung des Anspruchs als in dem Maße unvereinbar mit der dem Beamten obliegenden Pflicht der Treue erscheinen zu lassen, daß diese Geltendmachung nicht mehr zulassen wäre. Die Verjährungsfrist für Beamtenansprüche aus dem Rechtsgedanken des § 618 BGB. beträgt 30 Jahre (Bruch. 71, 618 und JW. 3, 163; JW. 1932, 484<sup>16</sup>). Es geht nicht an, sie aus bloßen Erwägungen allgemeiner Art abzufürzen.

Bei alledem wird bereits vorausgesetzt, daß die Untätigkeit des Berechtigten ihren Grund nicht in seiner Unkenntnis von dem Bestehen des Anspruchs hatte, sondern daß er ihn nicht geltend machte, obwohl er äußerlich und innerlich dazu in der Lage war. Daß das freilich bei dem Kl. seit 1928 der Fall war, hat das LG. offenbar feststellen wollen. Es will darlegen, daß dem Kl. bis dahin alle diejenigen Sachumstände bekannt geworden sind, die für die Beurteilung wesentlich waren, ob ihm ein Anspruch gegen den Bekl. zustand. In dessen weist die Rev. mit Recht darauf hin, daß damit eine wirkliche Kenntnis des Kl. von seinen Ansprüchen gegen den Bekl. noch nicht nachgewiesen ist. Dazu würde es der Darlegung bedürfen, welche Schlüsse der Kl. aus jenen Tatsachen gezogen hat und welche Vorstellungen er demgemäß während der einzelnen Zeiträume über seine Rechtsbeziehungen zu dem Bekl. gehabt hat. Das hat das angefochtene Urteil nicht erörtert, obwohl schon dasjenige, was es über den Gesundheitszustand des Kl. im Jahre 1927 anführt, geradezu Bedenken in dieser Hinsicht hervorrufen.

Aber auch wenn es bis zu der Feststellung bewußter Klarheit des Kl. über das Vorhandensein seiner Ansprüche gegen den Bekl. fortgeschritten wäre, würde die Annahme ihrer Verwirkung nach dem zuvor Ausgeführten nicht gerechtfertigt sein. Denn das Verhalten des Kl. in Beziehung auf diese Ansprüche ging zu keinem Zeitpunkt über deren bloße Nichtgeltendmachung hinaus. Hingegen hat er nichts unternommen, um bei seiner vorgelegten Dienstbehörde die Vorstellung zu erwecken oder zu nähren, daß er sich solchen, von dieser nach Lage der Sache in Betracht gezogenen Anspruch nicht zuschreibe oder daß er jedenfalls gesonnen sei, ihn nicht geltend zu machen. Auch sein Verhalten gegenüber der Aufforderung seiner vorgelegten Dienstbehörde, in den Ruhestand zu treten, kann nur als solche bloße Untätigkeit aufgefaßt werden: Der Kl. hat ihre Maßnahmen lediglich hingenommen; er hat sich dem, was sie wünschte, gefügt. Daß er es damals unterließ, der Verletzung in den Ruhestand und ihrer Voraussetzung, der ärztlichen Beurteilung seines Zustandes, zu widersprechen, seine Dienstunfähigkeit zu bestreiten und geltend zu machen, daß sein Zustand auf den Unfall zurückzuführen sei, für den der Staat einzustehen habe, kann schon im Hinblick auf das Unterordnungsverhältnis, in dem sich der Beamte gegenüber seiner vorgelegten Dienstbehörde befindet, nicht in anderem Sinne gewertet werden.

Zutreffend weist schließlich die Rev. noch zu der Frage der Verwirkung darauf hin, daß auch eine weitere Voraussetzung nicht gegeben ist, ohne die es an einem ausreichenden Anlaß fehlt, den Berechtigten mit seinem Anspruch auszuschließen: Es ist in der Tat nicht zu ersehen, daß Belange des Bekl. durch die Hinauszögerung der Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs seitens des Kl. verletzt oder auch nur gefährdet worden sind. Der Umstand, daß der Verpflichtete das Deutsche Reich ist, schließt die Annahme aus, daß dieser bei frühzeitiger Kenntnis von den Ansprüchen des Kl. irgendwelche Maßnahmen getroffen hätte, um sich auf deren Erfüllung wirtschaftlich einzurichten. Wenn aber das zeitliche Zurückliegen der für die Entstehung der Ansprüche maßgeblichen Zusammenhänge tatsächlicher Art die Aufklärung des Sachverhalts beeinträchtigen sollte, so trifft diese Schwierigkeit nicht den Bekl., sondern den Kl., dem es obliegt, den Tatbestand zu erweisen, der die Entstehung seiner Ansprüche ergibt.



Soweit die Ansprüche des Kl. die Ausglei chung der Folgen seiner vorzeitigen Verletzung in den Ruhestand zum Ziele haben, hat das LG. der Abweisung der Klage noch eine besondere Begründung gegeben: Es hält den Einwand der Arglist — nach neuerem Sprachgebrauch des RG.: den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung — für durchgreifend, indem es ausspricht, daß der Kl. sich durch die Erhebung des Schadenersatzanspruchs mit seinem eigenen Verhalten bei der Verletzung in den Ruhestand in Widerspruch setze. Daß diese rechtliche Beurteilung des Verhaltens des Kl. nicht zu billigen ist, ergibt sich bereits aus dem Vorigen: Der Kl. hat sich lediglich den Wünschen seiner vorge setzten Stellen gefügt, und es war in dem natürlichen Unterordnungsverhältnis, in dem er sich seiner vorge setzten Behörde gegenüber befand, begründet, wenn er insoweit das Gutachten des Amtsarztes hinnahm und den ihm nahegelegten Antrag auf Verletzung in den Ruhestand stellte. Daß er der Beurteilung seiner Erkrankung als Metalues nicht widersprach, ist deshalb ohne Bedeutung, weil es für die Verletzung des Kl. in den Ruhestand nur darauf ankam, ob er, nicht nur vorübergehend, dienstunfähig war, nicht darauf, ob seine Dienstunfähigkeit durch eine luetische Erkrankung oder durch den Unfall hervorgerufen worden war.

(RG., III. ZivSen., U. v. 9. Sept. 1938, III 45/38.) [Ba.]

**Anmerkung:** Das Urteil ist für die Anwendung des Rechtsgedankens der „Verwirkung“ eines Anspruchs infolge Nichtgeltendmachung während eines längeren Zeitraums von erheblicher Bedeutung. Die Verwirkung, geboren aus dem Recht der Aufwertung, insbesondere dem Gebiet der sogenannten „freien Aufwertung“, hat sich mehr und mehr grundsätzliche Anerkennung auch auf anderen Rechtsgebieten erworben. Noch im Jahre 1934 ist der VII. Senat des RG. (ZB. 1934, 1849<sup>1</sup>) einer Verallgemeinerung der für einige Sondergebiete, namentlich das Aufwertungsrecht, den gewerblichen Rechtsschutz und das Arbeitsrecht, herausgebildeten Grundsätze über jene Sondergebiete hinaus, etwa für das gesamte Gebiet des bürgerlichen Rechts, scharf entgegengetreten. Das obige Urteil des III. Senats stellt dagegen bereits als anerkannte Rechtsprechung fest, daß keineswegs weitere Rechtsgebiete, insbesondere das Recht der Schuldverhältnisse des bürgerlichen Rechts, für den Einwand der Verwirkung verschlossen sind. Wenn es sodann auch die Verwirkung von Ansprüchen, die dem öffentlichen Recht angehören, insbesondere von Ansprüchen eines Beamten aus der Verletzung der Fürsorgepflicht oder der Amtspflicht seiner Vorgesetzten, nicht schlechthin ausschließt, so dürfte dies dem Zuge der Entwicklung entsprechen; grundsätzliche Einwände lassen sich dagegen wohl kaum erheben. Ob allerdings mit dieser Ausdehnung des Anwendungsgebiets der Verwirkung die bisherige ständige Rechtsprechung des III. Senats, daß eine Verwirkung von Gehaltsansprüchen der Beamten, die etwa durch Vornahme einer unwirksamen Dienstentlassung entstanden sind, „in aller Regel“ nicht möglich sei, noch in Einklang steht, mag hier dahingestellt bleiben. Die Begründung dieser Rechtsprechung mit der „normbestimmten Natur der Akte, von denen die Entstehung und die Beendigung des Beamtenverhältnisses hervorgerufen werden“, und mit der „Gewährleistung der Beamtenbezüge unmittelbar durch das Gesetz“ scheint mir nicht sehr überzeugend.

Jedenfalls ist es jedoch bei dieser weiten Ausdehnung des Rechtsbegriffs der Verwirkung von allergrößter Bedeutung, daß sich die Gerichte der Vorbehalte bewußt bleiben, die bei Anwendung des Verwirkungsgedankens gemacht werden müssen; anderenfalls ist die vom RG. in dem eingangs angeführten Urteil mit Recht hervor gehobene Gefahr, daß der Rechtsgedanke der Verwirkung große Unsicherheit in die Beziehungen der Volksgenossen hereintragen werde, anstatt sie zu sichern und zu festigen, sicher nicht von der Hand zu weisen. An solchen Vorbehalten werden im obigen Urteil folgende mit aller wünschenswerten Deutlichkeit hervor gehoben: 1. Die bloße Untätigkeit des Berechtigten bezüglich der Geltendmachung seines Anspruchs genügt niemals, um eine Verwirkung herbeizuführen; unerlässliche Voraussetzung der Verwirkung ist stets, daß der Berechtigte die klare Vorstellung

des Bestehens eines Anspruchs und des Nichtbestehens irgendwelcher Hindernisse seiner Geltendmachung besitzt. Dazu genügt natürlich nicht die bloße Kenntnis der für den Anspruch wesentlichen Sachumstände, nötig ist auch die richtige Erkenntnis der sich daraus ergebenden Rechtslage. 2. Aber auch in Verbindung mit bewußter Klarheit des Berechtigten über das Vorhandensein seines Anspruchs bewirkt die bloße Untätigkeit noch nicht die Verwirkung; es muß ferner hinzukommen, daß sein Verhalten gegenüber dem Verpflichteten bei diesem die Vorstellung erwecken oder nähren mußte, er wolle sich diesem gegenüber einen Anspruch nicht zuschreiben oder wenigstens nicht geltend machen. 3. Als weitere Voraussetzung des Ausschusses des Berechtigten mit seinem Anspruch tritt hinzu, daß durch die Heraus zögerung der Geltendmachung des Anspruchs die Belange des Verpflichteten in erheblichem Maße verletzt oder gefährdet sind, daß insbesondere die Verzögerung der Geltendmachung den Verpflichteten an Maßnahmen verhindert hat, um sich auf die Erfüllung wirtschaftlich einzurichten. Hierbei weist das RG. noch besonders darauf hin, daß eine solche Verletzung oder Gefährdung der Belange des Verpflichteten nicht etwa darin gefunden werden kann, daß durch den Zeitablauf die Möglichkeit der Aufklärung des Sachverhalts beeinträchtigt werden könnte; dieser Nachteil trifft jedenfalls in erster Linie den für die Entstehung seines Anspruchs beweispflichtigen Berechtigten. Zusammenfassend ist zu sagen: Die Gerichte müssen bei Anwendung des Rechtsgedankens der Verwirkung sich stets vor Augen halten, daß es sich um eine Ausnahmeerscheinung handelt, die ihre Grundlage in dem ganz besondere Eigentümlichkeiten bietenden Verhalten des Berechtigten und den Grundsätzen von Treu und Glauben hat. Keinesfalls ist der Rechtsgedanke der Verwirkung für die Gerichte ein Mittel, Ansprüche, zu deren voller Klärung ein umständliches und kostspieliges Verfahren nötig ist, das aber nach Überzeugung des Gerichts für die Berechtigten doch keinen Erfolg verspricht, kurzerhand zu erledigen. Bemerkenswert bei der aufgehobenen Entscheidung ist, daß, soviel der mitgeteilte Tatbestand erkennen läßt, der Einwand der Verwirkung überhaupt nicht vom Beklagten vorgebracht war, ebensowenig wie der vom LG. gleichfalls für durchgreifend erachtete Einwand der „Arglist“. Beide Gesichtspunkte hat das LG. von Amts wegen mit unzureichender Begründung herangezogen. Solches Verfahren birgt die Gefahr einer Überraschungsentscheidung in sich und spricht nicht dafür, daß sich die Gerichte des Ausnahmeharakters des Rechtsbegriffs der Verwirkung voll bewußt sind.

MinDir. a. D. Lindemann, Berlin.

## Handelsrecht

12. RG. — §§ 84, 93 HGB.; § 652 BGB. Der Begriff des Vermittlers ist dem geltenden Recht fremd. Das BGB. spricht von der „Vermittlung“ eines Vertrags in § 652 BGB., der die Begriffsbestimmung des Märlervertrages enthält, das HGB. in den Begriffsbestimmungen des Handlungsagenten (§ 84 HGB.) und des Handelsmärlers (§ 93 HGB.). Der allgemeine Sprachgebrauch faßt aber den Begriff des Vermittlers weiter, er bezeichnet auch schon den, der nur das Vertragsangebot eines anderen z. B. des Verkäufers überbringt, als Vermittler. Es kommt deshalb darauf an, was im Einzelfalle die Beteiligten darunter verstanden haben.

(RG., II. ZivSen., U. v. 15. Okt. 1938, II 56/38.) [Ba.]

13. RG. — § 313 Nr. 3 HGB. (= § 295 Nr. 3 AltG.); § 314 Nr. 1 HGB. (= a. a. D. § 296 Nr. 1); §§ 823, 286 BGB. Unrichtige Angabe über freie Verfügung des Vorstandes bzgl. einer (durch Gegenabreden gebundenen) Bankguthrift als Gegenwert der Kapitalerhöhung. Zum ursächlichen Zusammenhang zwischen der gegen § 313 Nr. 3 HGB. verstoßenden Handlung und dem einem künftigen Aktien erwerber durch den Erwerb von Aktien entstandenen Schaden.

Der Kl. macht geltend: Bei drei Kapitalerhöhungen der A.-AG. (im folgenden nur: AG.) im Jahre 1925, 1927

und 1928 seien von den Bevl. Pflichtwidrigkeiten und Verstöße gegen § 313 Nr. 3 HGB. beangangen worden. Bei der Kapitalerhöhung 1925 habe der Bevl. zu 3 sämtliche neuen Aktien in Höhe von 400 000 RM übernommen. Er habe aber den bar zu zahlenden Betrag von 440 000 RM nicht geleistet, sondern sei nur buchmäßig mit 370 000 RM belastet worden. Erst später habe er 370 000 RM einbezahlt. Bei der Kapitalerhöhung von 1927 um eine Million (zum Kurse von 120%) habe die Y.-Bank die neuen Aktien übernommen, aber mit der Z.-AG., deren sämtliche Aktien damals im Eigentum der AG. waren, ein Abkommen getroffen, nach dem die Z.-AG. die Aktien übernahm. Praktisch sei dadurch der AG. kein Geld zugeflossen.

Nach der Rspr. des Senats sind die Vorschriften der §§ 313 Nr. 3, 314 Nr. 1 HGB. Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. (RGZ. 157, 213 = JW. 1938, 1653<sup>14</sup> mit Anm.; ferner JW. 1935, 3614), und zwar zugunsten der Aktiengesellschaft selbst und ihrer Aktionäre, aber auch zugunsten Dritter, die im Vertrauen auf die Richtigkeit der von den Organen der Gesellschaft in den im Gesetz bezeichneten Fällen gemachten Angaben mit der Gesellschaft in Geschäftsbeziehungen getreten sind, insbes. auch sich an der Gesellschaft durch Erwerbung von Aktien beteiligt haben.

Das BG. hält einen Verstoß der Bevl. gegen § 313 Nr. 3 HGB. bei der Kapitalerhöhung von 1925 nicht für festgestellt. Aus dem Vortrage des Kl. sei nicht zu entnehmen, daß die Bevl. damals unwahre Angaben über die Einzahlung des Erhöhungsbetrages oder in sonstiger Hinsicht gemacht haben. Die Rev. des Kl. greift dies an.

Dieser Angriff ist nicht begründet. Daß die Bevl. bei der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung entgegen der Vorschrift des § 284 Abs. 3 i. Verb. m. § 195 Abs. 3 HGB. der Wahrheit zuwider erklärt haben, daß der eingeforderte Betrag eingezahlt und im Besitze des Vorstandes sei, hat der Kl. zu beweisen, da er auf Verletzung dieser Vorschrift seinen Schadensersatzanspruch stützt. Der Kl. behauptet nun keineswegs, daß der vom Bevl. zu 3 übernommene Kapitalerhöhungsbetrag überhaupt nicht in bar einbezahlt worden sei. Er macht nur geltend, daß dies nicht vor der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung geschehen sei. Der Bevl. zu 3 hatte aber dargelegt, daß der Kapitalerhöhungsbeschluß v. 29. April 1925, der auf eine Erhöhung „bis um 400 000 RM“ gelaute habe, nur zum Teil durchgeführt worden sei (statt um 400 000 RM sei das Kapital nur um 370 000 RM erhöht worden), und daß er diese bar einbezahlt habe, wenn auch erst später, aber vor der Anmeldung der Durchführung der Erhöhung, die erst am 22. Sept. 1926 zum Handelsregister angemeldet worden sei. Der Kl. hat zwar die Behauptung der Bevl., daß der Bevl. zu 3 vor der Anmeldung der durchgeführten Kapitalerhöhung die Einzahlung in bar geleistet habe, als unrichtig bezeichnet und sich zum Beweis auf die „Bücher und Dr. X. als Zeugen“ berufen. Er hat es aber an jeder näheren Darlegung fehlen lassen. Eine solche Darlegung wäre nötig gewesen, da nach der Darstellung der Bevl. zwischen dem Kapitalerhöhungsbeschluß und der Anmeldung der Durchführung, bei der erst die Erklärung über die Zahlung abzugeben war, ein längerer Zeitraum lag und nichts dafür vorliegt, daß der Bevl. zu 3, der damals noch als vermögend galt, sich insbes. mit Hilfe der Aktiengesellschaft in diesem Zeitraum das Geld nicht verschaffen konnte. Das allgemeine Bestreiten der rechtzeitigen Zahlung und die Verufung auf die Bücher, ohne jede nähere Bezeichnung des maßgebenden Inhalts der Bücher und der Buchstellen und auf den Konkursverwalter Dr. X., der sich auch nur aus den Büchern unterrichten konnte, genügt unter diesen Umständen nicht. Der Beweisanspruch ist nur ein unzulässiger Beweisforschungsanspruch. Ohne Darlegung besonderer Umstände kann nicht angenommen werden, daß der Kl. und seine Genossen sich vom Vertragschluß i. J. 1928 hätten abhalten lassen, wenn sie darüber unterrichtet gewesen wären, daß der Bevl. zu 3 die 370 000 RM zwar schließlich bar bezahlt habe, aber vor der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung nur mit der Schuld von 370 000 RM belastet war. Der Kl. hat auch nicht dargetan, daß die Zah-

lung endgültig aus den Mitteln der AG. bewirkt worden ist, daß diese etwa aus einer für den Bevl. zu 3 geleisteten Bürgschaft in Anspruch genommen worden ist. Hinsichtlich der Kapitalerhöhung von 1927 liegen nach den Ausführungen des Bll. insofern Unklarheiten vor, als die die neuen Aktien übernehmende Y.-Bank nur Durchgangsstelle war und endgültig die Z.-AG. die Aktien übernommen habe, was von vornherein „beabsichtigt“ gewesen ist. Es könne dahingestellt bleiben, ob damals die Z.-AG. Tochtergesellschaft der AG. war (oder richtig ihre sämtlichen Aktien dem Bevl. zu 3 gehörten). (Wird noch näher ausgeführt.)

Die Ausführungen des BG. sind insofern nicht zu beanstanden, als es die Übernahme der Aktien durch eine Tochtergesellschaft nach dem damaligen Rechtsstand nicht ohne weiteres für unzulässig hält. Zur Zeit der Kapitalerhöhung von 1927 galt noch § 226 HGB. in der alten Fassung, der die Vorschriften des § 226 HGB. in der Fassung der RotWD. v. 19. Sept. 1931 mit der eingehenden Regelung des Verbots des Erwerbs eigener Aktien und der Ausdehnung des Verbots auf Erwerb von Aktien durch eine abhängige Gesellschaft (vgl. auch § 65 AktG. v. 30. Jan. 1937) nicht enthielt. Mit Recht nimmt das BG. unter Bezugnahme auf RG.: JW. 1930, 3730 auch an, daß es mit den zwingenden Vorschriften des Aktienrechts über die Sammlung und Erhaltung des Grundkapitals, §§ 213, 215, 217 HGB., unvereinbar ist, daß die Aktiengesellschaft für Verbindlichkeiten, die der Aktienübernehmer oder Aktienzeichner oder der Käufer von Aktien einget, um sich die Mittel zur Erfüllung seiner Einlagepflicht oder zur Zahlung des Kaufpreises der Aktien zu verschaffen, die Bürgschaft übernimmt oder mit dem Gesellschaftsvermögen Sicherheit leistet. Eine Schädigung der Gesellschaft wird hierdurch freilich nicht eintreten, wenn die Einlagen tatsächlich geleistet sind und eine Inanspruchnahme der Aktiengesellschaft aus der Bürgschaft oder aus der geleisteten Sicherheit nicht mehr in Frage kommt. Daß eine Inanspruchnahme der AG. aus der Bürgschaft und Sicherheitsleistung nicht erfolgt ist, hat die Y.-Bank in der Rev.-Inst. bestätigt. In der Rev.-Inst. wird eine solche Inanspruchnahme auch nicht geltend gemacht. Eine Zuwiderhandlung des Vorstandes und des Aufsichtsrats gegen § 313 Nr. 3 HGB., die eine Schadensersatzpflicht der Bevl. begründen könnte, würde aber vorliegen einmal dann, wenn die nach ihrer Erklärung bar geleistete und zur Verfügung des Vorstandes stehende Einlage nicht oder größtenteils nicht in bar geleistet worden ist — was feststeht —, ferner aber auch dann, wenn die Einlage auch nicht in anderer Weise, etwa durch Gutschrift auf Konto der AG. bei der Y.-Bank dem Vorstand zur Verfügung stand, eine Barzahlung auch gar nicht in voller Höhe geleistet werden sollte, vielmehr schon zur Zeit der Anmeldung abredgemäß Einigkeit darüber bestand, daß weder die Y.-Bank noch die Z.-AG. den größten Teil der Einlage in bar leisten sollte, sondern 1 070 000 RM der AG. zugunsten der Z.-AG. und des Bevl. zu 3 belastet werden und nur der Rest von 130 000 RM der AG. in bar zufließen sollte. Eine bloße Gutschrift der Y.-Bank zugunsten der AG. würde eine Barzahlung unter diesen Umständen so wenig ersehen, wie die Hingabe eines bestätigten Reichsbankchecks, der sofort nach der Anmeldung zum Handelsregister zurückgegeben werden mußte (vgl. RGZ. 157, 213 = JW. 1938, 1653<sup>14</sup> m. Anm.). In jedem Fall wäre dann die Erklärung gegenüber dem Registergericht, daß 1 200 000 RM bar bezahlt und im Besitze des Vorstandes standen, unrichtig. Eine wesentlich falsche Erklärung i. S. des § 313 Nr. 3 HGB. würde vorliegen, wenn die Erklärenden vorsätzlich falsche Angaben gemacht haben. Zum Tatbestand des § 313 HGB. gehört weder eine Täuschungsabsicht noch die Herbeiführung einer Täuschung, weder die Absicht der Vermögensschädigung noch der Eintritt eines Vermögensschadens oder die Absicht der Erzielung eigenen Vermögensvorteils. Selbst die rechtsirrtümliche Annahme des Täters, es sei zulässig, die falsche Angabe zu machen, steht einer Bestrafung nicht entgegen (RG-Urt. v. 24. Jan. 1933, III 31/32, RGSt. 64, 423). Es genügt auch bedingter Vorsatz. Zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs eines Erwerbers von Aktien ist aber er-

forderlich, daß diesem gerade durch die Zuwiderhandlung ein Schaden entstanden ist. Der ursächliche Zusammenhang zwischen der falschen Erklärung und dem Schaden, den ein Dritter durch sie erlitten haben will, kann nur bestehen, wenn der Dritte von der Erklärung Kenntnis genommen und im Vertrauen auf ihre Richtigkeit eine Handlung, vorliegend den Aktienwerb, vorgenommen hat. Daß der Kl. oder ein anderes Mitglied des Konsortiums oder dessen Beauftragter B. die von den Bekl. zum Zwecke der Eintragung der Kapitalerhöhung gemachten Angaben beim Registergericht eingesehen oder sonst von ihrem Wortlaut, etwa in Form von Abschriften, Kenntnis genommen hat, ist vom Kl. nicht behauptet worden. Es würde aber genügen, wenn der Kl. oder die für ihn Handelnden in anderer Weise, etwa durch Äußerungen bei den Vertragsverhandlungen, von den Erklärungen Kenntnis erhalten hätten. Nicht würde es zur Begründung des Schadenersatzanspruches ausreichen, wenn nur allgemein von Kapitalerhöhungen gesprochen wurde, etwa so wie es in dem Exposé v. 1. März 1928 geschehen ist, in dem es heißt: „Das Kapital wurde bei der Umstellung auf 630 000 Goldmark zusammengesetzt und beträgt nach zwei inzwischen erfolgten Erhöhungen heute 2 Millionen Mark.“ Aus dieser Erklärung war nur die damalige sachungsmäßige Höhe des Grundkapitals zu entnehmen, d. h. die Kapitalziffer, nach der sich sachungsmäßig das Grundkapital in seiner Eigenschaft als Garantiefonds zugunsten der Gläubiger bestimmt. Wie das Grundkapital zusammengesetzt ist, ob es sich bei den verschiedenen Erhöhungen nach den Erhöhungsbeschlüssen um Bar- oder um Sacheinlagen handelte, und ob erstere tatsächlich bei der Anmeldung zum Handelsregister in bar geleistet waren, und daß die Gesellschaftsorgane bei der Anmeldung eine die Barzahlung bestätigende Erklärung abgegeben haben, ergibt sich aus dem wiedergegebenen Satz des Exposés nicht. Eine Angabe über den tatsächlichen Wert des Reinvermögens der Gesellschaft am Tage der Ausstellung des Exposés ist darin ebenfalls nicht enthalten. Die im Eingang des Exposés enthaltene Angabe konnte von dem Kl. auch nicht als Erklärung über den Vermögensstand der AG. verstanden werden. Erst die weiteren Angaben im Exposé sollten ein Bild über die Vermögenslage der AG. geben. Der Kl. behauptet auch selbst, er sei bei dem Erwerb der Aktien auf Grund der Verhandlungen mit dem Bekl. zu 3 von einem weit höheren Wert des Reinvermögens der AG. ausgegangen. Er hat auch keine Behauptung über den Gang der mündlichen Verhandlungen aufgestellt, nach denen mündlich der Inhalt der Erklärungen zum Handelsregister wiederholt und auf die Verifizierungen der Gesellschaftsorgane über die Barzahlungen hingewiesen worden ist. Daß die Erklärungen beim Registergericht lagen, konnte den ursächlichen Zusammenhang zwischen diesen Erklärungen und dem geltend gemachten Schaden nicht begründen. In der Regel wird aber derjenige, der mit einem Aktienbesitzer wegen Erwerbs von Aktien verhandelt und dem dabei, wenn auch nur im allgemeinen, über die Entwicklung des sachungsmäßigen Grundkapitals einer Gesellschaft Auskunft gegeben wird, davon ausgehen, daß die Kapitalerhöhungen so durchgeführt sind, wie sie sich nach den Kapitalerhöhungsbeschlüssen darstellen, daß also Barzahlungen geleistet sind, wenn es sich um eine Barerhöhung handelt, und daß auch die vorgeschriebenen Erklärungen der Organe hierüber mit dem Inhalt des Erhöhungsbeschlusses übereinstimmen. Mag es auch Kaufleuten weniger darauf ankommen, ob gerade vor der Anmeldung gezahlt worden ist und ob es in bar geschehen ist, so werden sie regelmäßig doch Wert darauf legen, daß die Kapitalerhöhungen jedenfalls wirtschaftlich dem Unternehmen zugeflossen sind und daß insoweit die bei der Anmeldung abgegebenen Erklärungen nicht irreführend sind. Insofern kann der Inhalt der Erklärungen für den Entschluß zum Aktienwerb im einzelnen Fall ursächlich oder mitverursachend sein, wenn sich nicht aus anderen Tatsachen ergibt, daß der Erwerber auf die Vorgänge bei der Kapitalerhöhung überhaupt keinen Wert gelegt hat, es ihm vielmehr nur auf den tatsächlichen Wert des Gesellschaftsvermögens und damit der Aktien im Zeitpunkt seines Erwerbs und die ihm insofern bei den Erwerbverhandlungen gemachten tatsächlichen An-

gaben ankam. Das BG. nimmt nun zwar bei Erörterung der dem Bekl. zu 3 vorgeworfenen Täuschungshandlungen an, den Erwerb der Aktien scheine vor allem der innere Wert des Unternehmens, der ihnen in erster Linie durch die zahlreichen günstig lautenden Auskünfte bestätigt wurde, maßgebend gewesen zu sein. Es sagt aber nicht, daß das Vertrauen auf die ordnungsmäßige Durchführung der vorhergegangenen Kapitalerhöhungen und die Richtigkeit der dabei abgegebenen Erklärungen gegenüber dem Registergericht überhaupt nicht ursächlich für den Aktienwerb gewesen seien. Das BG. konnte deshalb nicht die Frage offen lassen, ob die Bekl. oder auch nur einer von ihnen bei der Anmeldung der Kapitalerhöhung wissentlich falsche Angaben über die Einzahlung des Erhöhungsbetrages gemacht haben. In diesem Zusammenhang bedurfte es auch näherer Prüfung, ob die Bekl. bei der Anmeldung der Kapitalerhöhung die Erklärung nach § 284 Abs. 3, § 195 Abs. 3 HGB. abgeben konnten, der Betrag von 1 200 000 RM sei bar einbezahlt und stehe zur freien Verfügung des Vorstandes. Wenn auch die V.-Bank im Zeitpunkt der Anmeldung die genannte Summe der AG. durch entsprechende Gutschrift zur Verfügung gestellt hatte und die Belastungen der AG. in Höhe von insgesamt 1 070 000 RM zugunsten der Z.-AG. und des Bekl. zu 3 erst später erfolgten, nachdem die Kapitalerhöhung — richtig ihre Durchführung — bereits im Handelsregister eingetragen war, so steht damit doch nicht fest, ob der Betrag im Zeitpunkt der Anmeldung tatsächlich zur freien Verfügung des Vorstandes stand. Letzteres wäre nicht der Fall, wenn schon zur Zeit der Anmeldung abredgemäß eine Verpflichtung der AG. bestand, die später vorgenommene Belastung zugunsten der Z.-AG. und des Bekl. zu 3 zu dulden, und die V.-Bank demnach gemäß diesen Abmachungen — deren Rechtsverbindlichkeit dahingestellt bleiben kann — nicht gehalten sein sollte, den gutgeschriebenen Betrag bar an die AG. auszubezahlen. Bestand eine derartige auch nur tatsächliche Bindung des gutgeschriebenen Betrags und war sie den Anmeldenden oder einem von ihnen bekannt, so würde insofern eine wissentlich falsche Anmeldung vorliegen. Freilich würde sich aus der wissentlich unrichtigen Anmeldung noch nicht ohne weiteres der ursächliche Zusammenhang zwischen dieser gegen § 313 Nr. 3 HGB. verstößenden Handlung und dem einem künftigen Aktien-erwerber durch den Erwerb von Aktien entstandenen Schaden ergeben. Vielmehr bedurfte es auch dann noch der Prüfung durch den Tatrichter, ob die falsche Anmeldung für den Aktien-erwerb ursächlich war oder ob der Erwerber lediglich durch andere Tatsachen, wie Auskünfte Dritter, Erklärungen der Verhandlungsbeteiligten, eigene Ermittlungen über den Wert des Gesellschaftsvermögens oder andere Umstände zum Abschluss bestimmt worden ist. Selbst wenn die Anmeldung wissentlich unrichtig erfolgt ist, so wäre damit allein der ursächliche Zusammenhang noch nicht festgestellt, wie die Rev. anzunehmen scheint, wenn sie ausführt: Nach aller Lebenserfahrung sei anzunehmen, daß die unrichtige Anmeldung einen bestimmten Zweck verfolgte, nämlich den, die Öffentlichkeit, insbes. die Personen, die mit der AG. in Geschäftsbeziehung treten oder sich an ihr durch Aktienwerb beteiligen wollen, über die Lage der Gesellschaft zu täuschen, indem sie in den Glauben versetzt werden sollten, daß der Gesellschaft durch die Kapitalerhöhung neue Mittel zugeflossen seien. Ein Täuschungszweck sei um so mehr zu vermuten, als bei Unterstellung der Unrichtigkeit und Wissentlichkeit nicht zu verstehen wäre, weshalb sich die Anmeldenden der Gefahr einer empfindlichen gerichtlichen Bestrafung hätten aussetzen wollen, wenn mit diesem Wagnis nicht die Erreichung eines Täuschungszweckes angestrebt worden wäre. Die Rev. wiederholt mit diesen Ausführungen die Erwägungen des Ur. des Sen. JW. 1935, 3614. Diese Entsch. läßt sich auf den jetzt vorl. Sachverhalt nicht ohne weiteres anwenden. In dem früher entschiedenen Falle wurden die Aktionäre gerade durch die falsche Bilanz, die kurz vorher der GenVers. zur Genehmigung vorgelegt worden war, zu den Zuzahlungen veranlaßt. Andere Tatsachen, die sie dazu bewegen konnten, lagen nicht vor. Es handelte sich auch um die Jahresbilanz, die den damaligen Stand des Vermögens zum Ausdruck brin-

gen sollte. Im vorl. Falle aber handelte es sich um immerhin ein Jahr und länger zurückliegende Kapitalerhöhungen und die dabei abgegebenen Erklärungen. Hier liegt der ursächliche Zusammenhang nicht auf der Hand. Das Konsortium ließ sich auch noch eingehende Aufschlüsse über den damaligen Vermögensstand der AG. geben, insbes., wie das Erposé zeigt, dessen Inhalt nach der Klagebehauptung mündlich vorgetragen wurde, über die Beteiligung der Gesellschaft an abhängigen Unternehmungen, über die in der Bilanz nicht aktivierte, nur mit 1 RM zu Buch stehenden Verlagsrechte (Zeitschriftentitel), die aber sehr wertvoll waren — sie wurden sogar nach dem Zusammenbruch der AG. mit mehreren Millionen Reichsmark Erlös veräußert —, ferner über die Gesamtauflage der Zeitschriften und ihre Verbreitung, über den Gebäudebestand, die eigenen Druckereibetriebe, ihre Ausattung mit Maschinen, die Arbeiter- und Angestelltenzahl, die Fiktalen, den Gesamtumfang und den Inseratenbestand. Außerdem ließ sich das Konsortium die letzte Bilanz per 30. Juni 1927 und die Zwischenbilanz per 31. Dez. 1927 vorlegen. Es wäre danach doch nicht ausgeschlossen, daß diese Erkundigungen und die großen Vorteile, die der Erwerb der Aktien dem Konsortium durch die Nebenvereinbarungen zu bieten schienen, für den Erwerb der Aktien allein bestimmend waren. Ob dies der Fall ist, hat endgültig der Tatrichter zu entscheiden. Er könnte dabei auch berücksichtigen, daß die Kapitalerhöhungen bei den Vertragsverhandlungen nicht besonders erörtert worden sind. ... Der Rev. ist (weiter) darin beizustimmen, daß die Tatsache, daß bei einer Aktiengesellschaft bei Kapitalerhöhungen oder bei Aufstellung einer Jahresbilanz oder auch bei Vertragsverhandlungen wissenschaftlich falsche Erklärungen abgegeben worden sind, geeignet sein kann, einen Dritten davon abzuhalten, mit einer Aktiengesellschaft, bei der etwas Derartiges vorgekommen ist, in Geschäftsverbindung zu treten, insbes. der Gesellschaft durch Erwerb von Aktien beizutreten. Die Unkenntnis solcher Tatsachen kann auch geeignet sein, ein Rechtsgeschäft wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung anzufechten oder eine Schadenersatzforderung gegen die Gesellschaft oder die für sie Handelnden zu begründen (vgl. RG.: JW. 1935, 3614). Der etwaige Schadenersatzanspruch beruht dann aber nicht auf einer Zuwiderhandlung gegen § 313 Nr. 3, § 314 Nr. 1 HGB. Denn die Haftung aus diesen Bestimmungen tritt nur ein, wenn durch die wissenschaftlich falschen Angaben der Schaden verursacht worden ist, wenn also die falschen Angaben dem Aktienerwerber gegenüber gemacht worden sind oder ihm bekannt waren und ihn gerade zum Aktienerwerb bestimmt oder mitbestimmt haben (vgl. RGZ. 157, 218/19 = JW. 1938, 1653<sup>14</sup>). Bei der von der Rev. hervorgehobenen Bedeutung einer Täuschung über einen für den Vertragsinhalt selbst nicht maßgebenden Punkt handelt es sich aber um einen ganz anderen rechtlichen Tatbestand als den der Verletzung des § 313 Nr. 3, § 314 Nr. 1 HGB. i. Verb. m. § 823 Abs. 2 BGB. (Verletzung der genannten Schutzgesetze). Die Haftung auf Schadenersatz unter dem angegebenen Gesichtspunkt kann entweder auf Verschulden beim Vertragsschluß oder auf der unerlaubten Handlung des Betrugs oder des Verstoßes gegen § 826 BGB. beruhen. Der Tatbestand der insofern in Betracht kommenden Vorschriften ist aber von dem des § 313 Nr. 3, § 314 Nr. 1 HGB. verschieden. So erfordert § 826 BGB. Verstoß gegen die guten Sitten, der zwar bei Zuwiderhandlungen gegen die genannten Strafvorschriften des HGB. ebenfalls vorliegen kann, aber nicht zum Tatbestand gehört. Es kann zwar der Tatbestand des § 313 Nr. 3, § 314 Nr. 1 HGB. gegeben sein, es kann aber für die Mittäterschaft an einem von einem anderen begangenen Mißbrauch einer falschen Anmeldung an der zum Vorsatz erforderlichen Willensrichtung fehlen, so wenn zwischen der falschen Anmeldung und einem Aktienerwerb ein längerer Zeitraum liegt und dabei an einen späteren Aktienverkauf nicht gedacht wurde (vgl. HöchstRHspr. 1929 Nr. 96). Andererseits kann der Tatbestand des § 826 BGB. bei demjenigen gegeben sein, der die Vertragsverhandlungen geführt hat, oder auch bei denjenigen, mit deren Willen sie in bestimmter Weise geführt worden sind, auch wenn der Tatbestand der handelsrechtlichen Strafvorschriften nicht erfüllt

ist. Dies kann der Fall sein, wenn für einen Aktienerwerb wesentliche Tatsachen, wie die tatsächliche Zuführung gezeichneten Kapitals bei den Vertragshandlungen verschwiegen werden, obwohl für die Unterhändler erkennbar ist, daß der Vertragsgenosse auf die Belegung des gezeichneten Kapitals Wert legte und es diesem erkennbar nicht nur auf den gegenwärtigen Wert und Zustand des Gesellschaftsvermögens ankam. Aus dem geschilderten rechtlichen Unterschied der Tatbestände ergibt sich, daß die Kl. eine Beurteilung ihres Schadenersatzanspruches unter dem von der Rev. hervorgehobenen Gesichtspunkte in der Verzinst. nur erwarten konnten, wenn sie in den Tatsacheninstanzen geltend machten und darlegten, daß das Konsortium bei Kenntnis wissenschaftlich unrichtiger Anmeldung bei einer Kapitalerhöhung und unrichtiger Bilanzierung sich auch dann von dem Aktienerwerb ferngehalten hätte, wenn die unrichtigen Angaben als solche ihres Inhalts wegen für sie nicht bestimmend für den Abschluß waren. Die Darlegung war um so nötiger, als neben der scheinbar günstigen Vermögenslage der AG., wie sie sich dem Konsortium auf Grund anderer Unterlagen darstellte, der Vertrag dem Konsortium besondere Vorteile bot, die neben dem Wert der Aktien in Betracht kamen, und als endlich die Gefahr der Zusammenarbeit mit den Personen, die die falschen Angaben gemacht hatten, dadurch beseitigt wurde, daß das Konsortium durch Einräumung maßgebender Stellen in der Verwaltung und durch einen Stimmrechtsbindungsvertrag über 51% des Aktienkapitals mit dem Hauptaktionär, dem Bekl. zu 3, die Leitung des Unternehmens selbst in die Hand bekam. Gerade der letztgenannte Umstand konnte immerhin geeignet sein, die aus den falschen Angaben sich ergebenden Bedenken gegen eine Verbindung mit der AG. zurücktreten zu lassen. Alles dies bedurfte jedenfalls der tatrichterlichen Würdigung. Schon deshalb mußte dieser Gesichtspunkt in der Tatsacheninstanz vom Kl. geltend gemacht werden. Da es nicht geschehen ist, fällt dem BG. insofern ein Rechtsverstoß nicht zur Last. Der Kl. hat aber während der fünfzehnjährigen Dauer des Rechtsstreits in den Tatsacheninstanzen niemals geltend gemacht, daß ihn die Kenntnis von wissenschaftlich unrichtigen Anmeldungen und Bilanzen auf alle Fälle vom Erwerb der Aktien abgehalten hätte. Dabei waren dem Kl. die Tatsachen bereits bei Beginn des Prozesses bekannt. Denn er hat die Klage unter Darlegung der Einzelheiten von Anfang an auf die Tatsache der wissenschaftlich falschen Bilanzierungen und Anmeldungen der Kapitalerhöhungen gestützt, aber nur unter dem Gesichtspunkt, daß er durch den Inhalt der Angaben in den genannten Erklärungen und Bilanzen und die falschen Angaben des Bekl. zu 3 über den Wert des Gesellschaftsvermögens und der Aktien zum Vertragsschluß bestimmt worden sei.

(RG., II. Zivilsen., U. v. 5. Okt. 1938, II 286/36.) [Ba.]

## Patentrecht

14. RG. — PatG. Eine vollständige Vorwegnahme ist bei einem Kombinationspatent nur dann gegeben, wenn gerade die unter Schutz gestellte Kombination bereits durch eine druckschriftliche Vorveröffentlichung oder eine offenkundige Vorbenutzung im Inland bekannt geworden ist. — Ist Neuheit, Fortschrittlichkeit und Erfindungshöhe vom PatA. durch Erteilung eines allgemein gehaltenen Patentanspruchs anerkannt, so kommt eine Nachprüfung durch den Verletzungsrichter insoweit nicht in Betracht.

Das BG. gelangt zu dem Ergebnis, daß die beiden Patente des Bekl. keinen allgemeinen Erfindungsgedanken offenbaren, sondern lediglich eine bestimmte Konstruktion zum Gegenstand haben. Die Erwägungen, auf Grund deren das BG. zu diesem Ergebnis gelangt, sind jedoch nicht frei von Rechtsirrtum.

Im Patent I (= Hauptpatent) ist eine Kombination verschiedener Merkmale geschützt. Aus dem Umstande, daß die einzelnen Elemente dieser Kombination vorbekannt waren, zieht das BG. den oben bereits wiedergegebenen Schluß, daß das Patent keinen allgemeinen Erfindungsgedanken, sondern

lediglich eine bestimmte Konstruktion zum Gegenstand habe. Diese Folgerung ist nicht berechtigt. In Kombinationspatenten kann sehr wohl ein allgemeinerer Erfindungsgedanke offenbart sein, obwohl die einzelnen Elemente der Kombination bekannt waren.

Eine Behandlung des Patents I als Konstruktionspatent ist auch nicht aus dem Gesichtspunkt der vollständigen Vorwegnahme zulässig. Denn bei einem Kombinationspatent liegt eine vollständige Vorwegnahme nicht schon dann vor, wenn die einzelnen Elemente der Kombination, wie das BG. für das Streitpatent feststellt, zum Stand der Technik gehören. Sie ist vielmehr nur dann gegeben, wenn gerade die unter Schutz gestellte Kombination bereits durch eine druckschriftliche Vorveröffentlichung oder eine offenkundige Vorbenuzung im Inlande bekanntgeworden war. Eine dahin gehende Feststellung ist vom BG. nicht getroffen.

Sodann führt das BG. aus, bei dem Hauptpatent handle es sich um die besondere Art des Zusammenbaues eines Kraftwagens mit Mittelholsträger unter Verwendung eines für sich hergestellten Wagenkastens in der Weise, daß der Wagenkasten bzw. der untere Teil desselben über den Mittelholsträger übergestreift werde. Als geschützte Ausführungsform komme lediglich der den wesentlichen Teil der Lösung enthaltende Anspruch 2 in Betracht, nämlich das Überstreifen des Wagenkastens über den Hohlträger. Der Anspruch 1 des Hauptpatents dagegen stelle überhaupt keine vollständige Regel für technisches Handeln auf. Er stelle, für sich allein betrachtet, sich gar nicht als Lösung der gestellten Aufgabe dar, da er nicht besage, wie man es erreiche, daß der Hohlträger den für sich hergestellten Wagenkasten durchsetze, sondern höchstens, daß man alle sperrigen Teile im Hohlträger unterbringen solle.

Auch diese Ausführungen sind rechtsirrig. Das RPatV. hat in zahlreichen Fällen im Hauptanspruch nur die erfinderische Idee ohne Angabe eines speziellen Lösungsmittels unter Schutz gestellt und die Offenbarung einer Ausführungsform in einen Unter- oder Nebenanspruch aufgenommen. Das ist jedenfalls dann unbedenklich, wenn der Fachmann auf Grund der offenbarten erfinderischen Idee kraft seines Fachwissens in der Lage ist, eine entsprechende Lösung zu finden und die im Unteranspruch mitgeteilte Ausführungsform sich nur als eine vielleicht besonders vorteilhafte Lösung darstellt. Wenn das BG. auch nicht ausdrücklich festgestellt hat, daß ein solcher Fall vorliegend gegeben ist, so muß nach seinen sonstigen Ausführungen doch angenommen werden, daß es einen solchen Fall für vorliegend erachtet (was näher ausgeführt wird). Die Verbindung eines einheitlichen Wagenkastens mit einem Mittelholsträger war in dem USA.-Patent . . . dem britischen Patent . . . und dem französischen Patent . . . zwar nicht gezeigt, die Fortbildung in diesem Sinne aber dem Fachmann ohne weiteres möglich. Ist das aber der Fall, dann war der Fachmann auch in der Lage, kraft seines Fachwissens die im Anspruch 1 des Hauptpatents unter Schutz gestellte erfinderische Idee in gleicher Weise zur Ausführung zu bringen. Der vom PatV. durch Gewährung des Anspruchs 1 schon für die allgemeine erfinderische Idee bewilligte Schutz muß daher geachtet werden. Die entgegengefetzte Stellungnahme des BG. läuft praktisch darauf hinaus, den Anspruch 1 zu vernichten. Dazu liegt schon deswegen kein Anlaß vor, weil gerade im Gegenteil im Verletzungsstreit sehr häufig zu prüfen ist, ob aus einer in einem Patent offenbarten und unter Schutz gestellten Ausführungsform ein allgemeiner Erfindungsgedanke als offenbart zu entnehmen ist, auf den, wenn insoweit Neuheit, Fortschrittlichkeit und Erfindungshöhe gegeben sind, der Schutzzumfang auszuweihen ist. Da im vorl. Fall Neuheit, Fortschrittlichkeit und Erfindungshöhe vom RPatV. durch Erteilung des allgemein gehaltenen Patentanspruchs 1 anerkannt sind, kommt eine Nachprüfung durch den Verletzungsrichter insoweit überhaupt nicht in Betracht.

Somit ist im Anspruch 1 ein allgemeiner Erfindungsgedanke geschützt. . .

Hinsichtlich des Zusatzpatentes weist der Besl. in der Rev. mit Recht darauf hin, daß das Zusatzpatent als Aus-

führungsform des Hauptpatents gilt. Infolgedessen muß alles das, was für das Hauptpatent oben zur Frage, ob es sich bei ihm um ein Konstruktionspatent handelt, auch für das Zusatzpatent gelten. . .

Wenn das BG. weiter ausführt, die Kl. mache bei den beanstandeten Wagen weder von der durch das Zusatzpatent offenbarten technischen Lehre Gebrauch, noch erreiche sie den Zweck der nach dem Zusatzpatent vorgesehenen Verbindung des Wagenkastensbodens mit dem Mittelholsträger mit gleichwertigen Mitteln, so stützt es sich dabei, soweit es sich um den Gegenstand des Zusatzpatents handelt, mit Recht auf die Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen. Insbes. ist es nicht zu beanstanden, wenn das BG. ausführt, das Zusatzpatent wolle eine Vereinfachung der Herstellung dadurch erreichen, daß es den Wagenkastenunterteil vom Oberteil trennt und ihn mit dem Mittelteil des Hohlträgers zusammen als ein in sich geschlossenes Konstruktionselement ausbilde, während die Kl. aus Träger und Wagenkastenunterteil keinen einheitlichen Körper schaffe, sondern den Wagenkasten als Ganzes fertig herstelle und nachträglich auf den Mittelträger des Fahrgestells aufsetze. Das BG. hätte jedoch ferner prüfen müssen, ob durch das Zusatzpatent über seinen Gegenstand hinaus dem Fachmann die Lehre offenbart ist, bei einem Fahrgestell für Vierradkraftwagen nach Patent I den für sich hergestellten Wagenkasten mit dem Mittelholsträger derart zu verbinden, daß der Wagenkasten auf seiner ganzen Länge mit dem Hohlträger kräfteübertragend verbunden ist. Für die Verjahung eines dementsprechenden Schutzzumfangs ist nicht erforderlich, daß die im Zusatzpatent offenbarte Lehre dem Hauptpatent gegenüber, da dieses nicht vorveröffentlicht ist, fortschrittlich und erfinderisch ist. Es genügt vielmehr, daß sie eine besonders vorteilhafte, dem Fachmann nur nicht direkt auf der Hand liegende Lösung offenbart.

Hat das Zusatzpatent einen dahin gehenden Schutzzumfang und greift die Ausführungsform der Kl. in diesen Schutzzumfang ein, dann kann die vom BG. auch hier in den Vordergrund gestellte Frage der Äquivalenz, gegen deren Verneinung sich die Rev. wendet, unerörtert bleiben.

Erwähnt sei dazu nur noch, daß der vom BG. herangezogene Gedanke von Piezker, durch den Begriff der Gleichwirkung werde Äquivalenz immer dann ausgleichlos, wenn die Wirkung sehr viel besser sei, in dieser Allgemeinheit nicht gebilligt werden kann. Erforderlich für den Ausschluß der Äquivalenz ist vielmehr auch in einem solchen Fall, daß die Verbesserung derart ist, daß dabei der Lösungsgedanke des Patents bereits verlassen ist.

(RG., I. ZivSen., U. v. 30. Sept. 1938, I 28/38.) [Ba.]

\*

**15. RG. — § 1 PatG.; § 1 UmlWG.** Ein nach seinem Wortlaut als Vorrichtungspatent erteiltes Patent kann nur ausnahmsweise — bei Fehlgreifen im Ausdruck — in ein Verfahrenspatent umgedeutet werden. — Ist der Erwerber einer patentrechtlich geschützten Vorrichtung berechtigt, den Betriebsstoff zu erneuern, so begehrt auch derjenige keine Patentverletzung, der ihn jenem — selbst in einer das Einfüllen erleichternden Form — liefert.

Die Kl. ist Inhaberin eines DMV., dessen einziger Anspruch lautet:

Vorrichtung zum Zusatz von Gerbsäure in das Kesselwasser, dadurch gekennzeichnet, daß in einem mit Überlauf versehenen, von der Kesselanlage unabhängigen Sammelbehälter ein oder mehrere oben offene, die Gerbsäure in fester Form enthaltende Einzelbehälter aufgestellt sind, denen ein Teil des Speisewassers von oben in regelbarer Menge zugeführt wird.

Die Kl. liefert Erwerbern der geschützten Vorrichtung Gerbsäureerfak, indem sie die ausgelagerten Einzelbehälter durch gefüllte ersetzt. Die Besl. hält feil und vertreibt ebenfalls feste Gerbsäure. Nach der Behauptung der Kl. bietet sie die Gerbsäure auch Besitzern der geschützten Vorrichtung an, und zwar sowohl in der Form gefüllter Einzelbehälter als auch in einer den Einzelbehältern angepaßten und verpackten Form.

Das BG. sieht in dem Klagepatent nur ein Vorrichtungspatent. Die Kl. hat in den Vorinstanzen gegen die Befl. die Ansicht vertreten, das Patent schlieÙe auch ein Verfahren. Die Rev. der Kl. bezeichnet diesen Streit zwar als unerheblich, wendet sich dann aber doch in längerer Ausführung gegen die Auffassung des BG. Dem BG. ist auf jeden Fall beizutreten. Es ist in der Rspr. anerkannt, daß ein nach seinem Wortlaut als Vorrichtungspatent erteiltes Patent ausnahmsweise in ein Verfahrenspatent umgedeutet werden kann, wenn die wortlautgemäÙe Bezeichnung sich nur als ein dem Wesen der Erfindung nicht gerecht werdendes Fehlgreifen im Ausdruck erweist (RGZ. 149, 109 = JW. 1936, 649<sup>12</sup>). Daß hier ein derartiger Fall gegeben sei, trägt die Kl. selbst nicht vor. Sie möchte vielmehr neben der Vorrichtung noch ein Verfahren als geschützt angesehen wissen. Das ist mangels eines weiteren zum Schutz eines Verfahrens gewährten Anspruchs unmöglich. Es kann auch, worauf das BG. hinweist, nach dem Erteilungsverfahren keinem Zweifel unterliegen, daß ein Verfahrensschutz nicht erteilt werden sollte. Die Kl. hat die Erteilung eines Verfahrensanspruchs (mehrere Male) beantragt. Der Prüfer hat das aber abgelehnt, und die Kl. hat sich dem gefügt. Ob die Erteilungsbehörde den Verfahrensanspruch zu Recht oder Unrecht ver sagt hat, unterliegt nicht der richterlichen Nachprüfung.

Die Rev. der Kl. greift das Bl. an, indem sie ausführt, daß „die konsistent feste, zylindrische Gerbstoffsäure säule, auf die nur von oben Wasser flieÙe, ein wesentlicher Teil der den Erfindungsgedanken verkörpernden Vorrichtung“ sei.

Der Senat tritt im Ergebnis dem BG. bei.

Schon in der Gegenüberstellung von Vorrichtung und Betriebsstoff kommt begrifflich zum Ausdruck, daß der Betriebsstoff nicht Vorrichtungsteil ist. Es ist allerdings die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß im Einzelfall der Betriebsstoff kraft besonderer Gestaltung oder Anordnung sich gleichzeitig als Vorrichtungsteil darstellt. Ein solcher Fall ist aber nach Ansicht des Senats hier nicht gegeben.

Die Gerbstoffsäure ist Betriebsstoff in dem Sinne, daß sie der Stoff ist, welcher mittels der geschützten Vorrichtung dem Kesselspeisewasser in regelbarer Menge zugesetzt werden soll, um die Bildung von Kesselfeinstaub zu verhüten oder bereits gebildeten aufzulösen. (Wird näher ausgeführt.)

Ist aber die Gerbstoffsäure, welche Form sie auch habe, kein Vorrichtungsteil, sondern lediglich Betriebsstoff, so begehrt die Befl. keine Patentverletzung, wenn sie Gerbstoff in der von der Kl. (jetzt noch) bekämpften Form feilhält und liefert.

Dieses Ergebnis erweist sich noch aus einem anderen Rechtsgrund als zutreffend.

Der Streit der Parteien geht darum, ob die Befl. Besitzern der geschützten Vorrichtung Gerbstoff in den angegriffenen Formen liefern darf zu dem Zweck, die verbrauchte Gerbstoffsäure zu erneuern. Die Kl. befaßt sich damit, Besitzern der Vorrichtung neuen Gerbstoff in der Form zu liefern, daß sie die leeren (ausgelaugten) Einzelbehälter durch gefüllte ersetzt. Sie ist der Ansicht, daß es sich dabei um eine ihr als Patentinhaberin ausschließlich zustehende Patentverwertung handele. Soweit es sich um die Lieferung von gefüllten Einzelbehältern handelt, hat ihr (wie in dem nicht-abgedruckten Teil des Urteils wiedergegeben ist) das BG. recht gegeben. Die Kl. will aber in die ihr vermeintlich vorbehaltenene Auszubehaltung einbezogen wissen die Herstellung und Lieferung von Gerbstoff ohne Einzelbehälter, aber in einer für den Verbrauch in der geschützten Vorrichtung geeigneten, dem Rauminnern der Einzelbehälter angepaßten Form.

Um diesen Rechtsanspruch auf seine Berechtigung zu prüfen, wird man zweckmäßig zunächst untersuchen, ob der Erwerber einer geschützten Vorrichtung befugt ist, die verbrauchte Gerbstoffsäure durch neue zu ersetzen. Es sei dabei zuerst gedacht an eine Neufüllung mit kneibar, aber nicht vorgeformter Gerbstoffsäure. Daß der Vorrichtungsbefitzer dazu berechtigt ist, scheint die Kl. selbst nicht bestreiten zu wollen. Durchaus zutreffend bringt sie dieses Recht in Zusammenhang mit dem Recht zum Gebrauch der Vorrichtung, das mit

dem redlichen Erwerb der Vorrichtung verbunden ist (Zusammenhang der Benutzungsarten). In Rspr. und Schrifttum ist grundsätzlich anerkannt, daß das Recht zum Gebrauch einer Vorrichtung auch das Recht umfassen kann, verbrauchte oder abgenutzte Teile zu ersetzen (zu vgl. die Übersicht über Rspr. und Schrifttum in dem Aufsatz von Dhnesorge in Mitt. d. d. PatA. 1937, 38). Daß der zum Gebrauch Berechtigte Betriebsstoff, der nichts anderes als Betriebsstoff ist, kraft des Gebrauchsrechts erneuern darf, braucht nicht näher begründet zu werden. Der Erwerber der geschützten Vorrichtung hat also jedenfalls das Recht, die verbrauchte Gerbstoffsäure durch neue — nicht vorgeformte — zu ersetzen. Daran kann sich nicht deshalb etwas ändern, weil das Einfüllen (Eintreten) eine Gerbstoffsäureentstehung läßt, die — lieÙe man die Betrachtungsweise der Kl. einmal gelten — auch als Vorrichtungsteil erschiene. Diese Wirkung kann das auf der Betriebsstoffeigenschaft der Gerbstoffsäure beruhende Erneuerungsrecht nicht aufheben. Bedenklich könnte das allenfalls erscheinen, wenn die Erneuerung eine fachmännische Arbeit erforderte. Das ist aber nicht behauptet und auch nicht in der Patentschrift gesagt. Im Gegenteil heißt es in dieser: „Ist die in den Einzelbehältern enthaltene feste Gerbstoffsäure vollständig verbraucht, so können diese in einfachster Weise neu gefüllt oder ersetzt werden.“

Die Rev. der Kl. meint, es müsse mangels einer gegenteiligen Feststellung im Bl. für die Rev.Jnst. unterstellt werden, daß nach dem Inhalt der Vereinbarung zwischen der Kl. und dem Käufer diesem weder ausdrücklich noch stillschweigend die Befugnis eingeräumt sei, die Gerbstoffsäure zu ersetzen. Dazu ist folgendes zu sagen: Es ist hier lediglich die Frage erörtert worden, ob die Kl. kraft Patentrechts dem Erwerber einer geschützten Vorrichtung den Ersatz von Gerbstoff verbieten könnte. Eine Patentverletzung könnte aber nicht damit begründet werden, daß es den Käufern der Vorrichtung durch eine ausdrücklich oder stillschweigend gestoffene Abmachung verboten sei, die Gebrauchshandlung einer Teilerneuerung selbst vorzunehmen. Derartige Vereinbarungen haben nur schuldrechtliche Wirkung unter den Kaufvertragsparteien. Gegen die Befl. als Verkäuferin der Gerbstoffsäure können nur außervertragliche Ansprüche (§ 826 BGB., § 1 UnlWG.) in Betracht (RGZ. 133, 326 ff. = JW. 1932, 1826<sup>14</sup>)

Ist der Erwerber der Vorrichtung berechtigt, die Gerbstoffsäure zu erneuern, so begehrt auch der keine Patentverletzung, der die dafür bestimmte Gerbstoffsäure liefert.

Prüft man nunmehr, ob das Feilhalten und Liefern von dem Hohlraum der Einzelbehälter angepaßter fester Gerbstoffsäure eine Patentverletzung darstellt, so wird man gleichfalls zunächst fragen, ob dem Käufer der geschützten Vorrichtung die Herstellung und Verwendung von „Gerbstoffpatronen“ dieser Art patentrechtlich gestattet ist. Dabei ist wiederum entscheidend, ob die dem Einfüllen vorangehende Bearbeitung der festen Gerbstoffsäure in den Kreis der dem Vorrichtungserwerber gestatteten Benutzungsbehandlungen fällt.

Auch diese Frage kann ohne weiteres bejaht werden. Es liegt auf der Hand, daß die Herstellung derartiger Patronen den Zweck hat, das Einfüllen fester (plastischer) Gerbstoffsäure in die Einzelbehälter vorzubereiten und zu erleichtern. Ist es aber, wie dargelegt, dem Erwerber der geschützten Vorrichtung gestattet, die Gerbstoffsäure zu erneuern, so kann ihm nicht verboten sein, eine Maßnahme zu treffen, um das Einfüllen zu erleichtern. Auch das wird noch durch das Gebrauchsrecht des Erwerbers gedeckt. Dann darf er aber auch die das Einfüllen erleichternden Patronen anderwärts beziehen, und daraus folgt, daß Dritte solche Patronen herstellen, feilhalten und liefern dürfen.

Die Kl. hat in der mündlichen Verhandlung dagegen eingewandt, daß es für den Erwerber der Vorrichtung keinen Sinn habe, derartige Patronen herzustellen.

Ob die Herstellung von Patronen für den Befitzer der Vorrichtung wirtschaftlich ist, wird von dem — in erster Linie durch die Größe des Betriebs — bestimmten Bedarf ab-

hängen. Aber selbst wenn sie unwirtschaftlich wäre, so wäre das kein Grund, das Recht des Besitzers zur Herstellung zu verneinen und es dem Patentinhaber allein vorzubehalten.

Die Kl. hat geglaubt, sich auf die Entsch. des Senats (RGZ. 111, 350; GRUR. 1926, 163) berufen zu können. Inbezug weist der folgende Urteilen zugrunde liegende Tatbestand folgende wesentliche Unterschiede gegenüber dem hier zu beurteilenden auf: Die „Patrone“ der Schraubstöpselsicherung ist nur Vorrichtungsteil. Wenn sie auch der Abnutzung in stärkerem Maße als andere Teile der Sicherung unterliegt, so ist sie doch keinesfalls einem zum Verbrauch bestimmten Betriebsstoff vergleichbar. Außerdem erfordert ihre Erneuerung fachmännische Arbeit.

Die Kl. hat zur Erwägung anheimgegeben, ob es — gegebenenfalls unter Aufgabe bisher vertretener Rechtsanschauungen — geboten sei, das Ausschließungsrecht des Patentinhabers auch auf eine Erneuerung der hier in Frage stehenden Art zu erstrecken. Der Senat lehnt das ab. Er bekennt sich auch heute noch zu dem in RGZ. 142, 330 — JW. 1934, 757<sup>6</sup> m. Ann. ausgesprochenen rechtspolitischen Grundsatz.

Die Rev. mußte aber Erfolg haben mit der Rüge, das BG. habe das Klagevorbringen nicht erschöpfend gewürdigt. Die Kl. hatte vorgetragen, die Bfkl. brauche die Umhüllung (der festen Gerbsäure) nur wasserdicht zu machen, und der Einzelbehälter im Sinne der Patentschrift sei fertig.

Das BG. sieht das Feilhalten und Liefern von gefüllten Einzelbehältern als Patentverletzung an. (Das erscheint auch rechtlich unbedenklich.) Darüber, aus welchem Stoff die Einzelbehälter hergestellt sein sollen, sagt die Patentschrift ausdrücklich nichts. Nur folgt aus der den Einzelbehältern zugewiesenen Aufgabe, daß sie kein Wasser durchlassen dürfen. Im Sinne dieser Aufgabe aber könnten sie so gut wie aus Glas oder Metall auch aus wasserdichtem Papier hergestellt sein. Es könnte also auch eine in wasserundurchlässiges Papier verpackte Gerbsäuresäule ein (gefüllter) Einzelbehälter im Sinne des Klagepatentes sein, dessen Herstellung und Vertrieb das Patent verletzen würden. Könnte eine derartige Verletzung festgestellt werden, so könnte sie — beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen — mit den Anträgen auf Feststellung der Schadenersatzpflicht und Rechnungslegung verfolgt werden, dagegen nicht mehr mit einem Unterlassungsantrag, da dieser Antrag für erledigt erklärt worden ist und die Erledigungserklärung nach ihrer Fassung auch die noch ungeprüfte Verletzungsform, die einem (gefüllten) Einzelbehälter gleichkommt, ergreift.

Die Kl. rügt, daß das BG. nicht geprüft habe, ob das Vorgehen der Bfkl. nicht auch aus dem Grunde der gegen § 1 UrwG. und § 826 BGB. verstoßenden Ausnutzung des Ergebnisses fremder Arbeit unzulässig sei.

Es kann nicht anerkannt werden, daß das bisherige Klagevorbringen eine solche rechtliche Einordnung rechtfertigte. Die Ausnutzung eines fremden Arbeitsergebnisses könnte hier darin gefunden werden, daß die Bfkl. sich einen durch die im Klagepatent geschützte Erfindung hervorgerufenen Bedarf zunutze mache. Es ist jedoch ein Wettbewerb nicht schon deshalb ein verbotener, weil dabei aus einem fremden Arbeitsergebnis Vorteile gezogen werden. Es muß ein Umstand hinzutreten, der das Vorgehen des Wettbewerbers zu einem unlauteren stempelt (z. B. Irreführung des Verkehrs über die Herkunft einer Ware; vgl. Baumbach, „Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht“ S. 109). Hier könnte allenfalls die Behauptung der Kl. in Betracht kommen, daß sich die Bfkl. von den Besitzern der Vorrichtung die Maße der Einzelbehälter angeben lasse, um passende Gerbsäurepatronen liefern zu können. Da jedoch, wie sich aus dem früher Gesagten ergibt, der Besitzer einer geschützten Vorrichtung derartige Patronen herstellen und daher auch sich liefern lassen darf, so muß er bei einer Bestellung auch die erforderlichen Maßangaben machen dürfen. Dann handelt aber auch der Dritte nicht unlauter, der erteilungsweise Gerbsäurepatronen feilhält, wenn er bei einem Besteller die Maße erfragt.

(RG., I. Zivilsen., II. v. 4. Okt. 1938, I 233/37.) [Ba.]

## Versicherungsrecht

16. RG. — §§ 5, 6 AllgVersBed. für Haftpflichtversicherung. Verwirkung des Versicherungsschutzes infolge Verletzung der Aufklärungspflicht. Gefälligkeitsfahrt.

Der Kl., der mit seinem Personenkraftwagen bei der Bfkl. gegen Haftpflicht versichert war, erlitt am 23. Nov. 1935 mit dem von ihm gelenkten Wagen auf der Straße durch Anfahren an einen Baum einen Unfall, bei dem die neben ihm sitzende Nebenintervenientin B. Verletzungen davontrug. Sie hat gegen den Kl. beim VG. Berlin ein ihr 1500 RM Schmerzensgeld zusprechendes und ihre weiteren Schadenersatzansprüche dem Grunde nach feststellendes Urteil erstritten, auch eine EinstwVfg. auf Bezahlung von 500 RM Kosten eines Kuraufenthaltes erwirkt. Die Bfkl. hat nach anfänglicher Gewährung des Versicherungsschutzes durch Stellung eines Rechtsanwaltes und Zahlung der 500 RM dem Kl. mit Schreiben v. 2. Nov. 1936 den Versicherungsschutz entzogen, weil er diesen durch falsche Auskünfte ihr und dem gestellten Anwalt gegenüber nach §§ 5, 6 AllgVersBed. verwirkt habe. Der Kl. fordert von der Bfkl. Gewährung des Versicherungsschutzes und Befreiung von allen ihm aus Anlaß des Unfalls erwachsenen Verbindlichkeiten.

Alle Instanzen haben die Klage abgewiesen.

In übereinstimmung mit dem Erstrichter erklärt das BG. den Versicherungsanspruch des Kl. für verwirkt, weil er die ihm nach § 5 AllgVersBed. obliegende Aufklärungspflicht durch Verschweigung und Ablehnung seiner intimen eheähnlichen Beziehungen zur Nebenintervenientin vorsätzlich der Bfkl. gegenüber verletzt habe (§ 6 AllgVersBed.). Die Darstellung dieser Beziehungen sei für die Beurteilung der Frage des Bestehens von Schadenersatzansprüchen der Streitgehilfin gegen den Kl. erheblich gewesen.

Die Rev. erhebt gegen diese Erwägungen rechtliche Bedenken, die jedoch nicht begründet sind. Die Feststellung des Vorderrichters, daß der Kl. durch falsche Darstellung seiner Beziehungen zur Nebenintervenientin seine Aufklärungspflicht (§ 5 Ziff. 1, 2 AllgVersBed.) mindestens objektiv verletzt habe, wird von der Rev. an sich nicht beanstandet, es ist auch der von ihr in bezug auf die Erheblichkeit dieser Beziehungen für das Bestehen des Versicherungsanspruchs erhobene Zweifel nicht begründet, da mit der Möglichkeit, daß etwa zwischen Kl. und Streitgehilfin bestehende intime Beziehungen der Erhebung eines Schadenersatzanspruchs der Nebenintervenientin entgegenstanden, jedenfalls zu rechnen war. Auch die weitere Feststellung des angef. Urteils, daß die Verletzung der Aufklärungspflicht von seiten des Kl. eine vorsätzliche gewesen sei, gibt nach dem Inhalt der Urteilsgründe zu Bedenken keinen Anlaß. An sich genügt zur Freistellung der Bfkl. von ihrer Verbindlichkeit aus der Versicherung schon die Tatsache der Verletzung der Auskunftspflicht (§ 6 AllgVersBed., § 6 Abs. 2 BGB.). Der Kl. hatte zwar behauptet, seine Auskunft ohne Verschulden gegeben zu haben, das BG. hat aber, insbes. auf Grund der Aussage des Zeugen M. A., die vorsätzliche Pflichtverletzung in hinreichender und rechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt. Das angef. Urteil sieht die Obliegenheitsverletzung des Kl. darin, daß er dem ihm von der Bfkl. für den Schadenersatzprozeß der Nebenintervenientin gestellten M. A. bei der Informationserteilung auf ausdrückliches Befragen bewußt wahrheitswidrig versichert hat, zwischen ihm und der Streitgehilfin bestünden keine intimen Beziehungen, solche hätten auch nie bestanden. Der Vorderrichter stützt sich dabei auf die Bestimmung in § 5 Ziff. 2 AllgVersBed., nach der der Versicherungsnehmer im Prozeßfall dem von der Bfkl. bestellten M. A. „jede verlangte Aufklärung“ zu geben hat. Gewiß muß sich, wenn in einer zur Aufklärung gegebenen Auskunft die vorsätzliche Verletzung einer versicherungsrechtlichen Obliegenheit gefunden werden soll, der Versicherungsnehmer dabei darüber klar sein oder mindestens damit rechnen, daß seine Erklärung nicht allein eine seiner Prozeßverteidigung gegenüber der Schädensklage dienende, also seine eigenen Interessen wahrende, sondern zugleich auch eine für die Erfüllung seines Versicherungsanspruchs bedeutsame und sein Verhältnis zur Versicherungs-

gesellschaft betreffende, für diese mitbestimmte Auskunft darstellt. Im vorl. Falle war sich aber der Kl. bei seiner Auskunft bewußt, daß der ihn befragende N.N. die Erklärung für einen Rechtsstreit forderte, der nur dem Namen nach vom Kl. geführt wurde, in Wirklichkeit aber die Abwehr der Schadensansprüche der Nebenintervenientin durch die Vell. als Schutzleistung des Versicherers zum Gegenstand hatte. Es war klar, daß jede zu diesem Zwecke von dem beigeordneten N.N. für nötig erachtete Auskunft, weil dem zu vermutenden gleichartigen Interesse der jetzigen Prozessparteien dienend, auch für das Versicherungsverhältnis von Bedeutung sein konnte. N.N. X. hat auch seiner vom Vorderrichter vertreteten und als glaubwürdig angesehenen Zeugenaussage zufolge den Kl. ausdrücklich auf die Wichtigkeit seiner Angaben hingewiesen. Gelang es nicht, den Anspruch der Nebenintervenientin abzuwehren, so mußte die Haftung der Vell. auf Grund der Versicherung als gegeben erscheinen, und es kann daher rechtlich nicht als fehlerhaft erachtet werden, wenn der Vorderrichter eine vorsätzliche Verletzung der Aufklärungspflicht des Kl. darin sieht, daß dieser — offenbar in der Absicht, den Schadensanspruch der Frau V. gerade nicht zu Fall zu bringen und so den Versicherungsfall herbeizuführen — dem N.N. eine Darstellung über seine Beziehungen zu der Genannten gab, die geeignet war, die Annahme einer bloßen Gefälligkeitsfahrt auszuschalten.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 25. Okt. 1938, VII 58/38.)

### **Gerichtsverfassungsgesetz und Zivilprozessordnung**

**\*\* 17. RG. — § 13 ZVG.; §§ 839, 831, 826, 30, 31 ZPO.; § 2 Gef. zur Vorbereitung des organ. Aufbaus der deutschen Wirtschaft v. 27. Febr. 1934 nebst DurchfW.D. v. 27. Nov. 1934.** Gemäß ständiger Rspr. des RG. ist der Rechtsweg unzulässig hinsichtlich eines Unterlassungsanspruchs, der sich gegen die Wahrnehmung im öffentlichen Recht begründeter Aufgaben durch die hiermit betrauten Stellen richtet. Dies gilt auch hinsichtlich eines Unterlassungsanspruchs gegenüber einer Fachuntergruppe, da deren Aufgabenkreis im wesentlichen auf öffentlich-rechtlichem Gebiet liegt, soweit er die sachliche Betreuung der Mitglieder umfaßt. Eine auf Ersuchen der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft erstattete Auskunft über die der Gruppe angehörigen nichttariflichen Firmen fällt in den öffentlich-rechtlichen Zuständigkeitsbereich der Gruppe. — Zur rechtlichen Stellung von stellv. Leiter und Geschäftsführer einer Fachuntergruppe.

Wie das RG. in feststehender Rspr. zum Ausdruck gebracht hat, ist ein klagbarer Unterlassungsanspruch nicht gegeben, wenn er sich gegen die Wahrnehmung im öffentlichen Recht begründeter Aufgaben durch die hiermit betrauten Stellen richtet. Die Gerichte sind nicht befugt, sich in die Entscheidungsgewalt derer einzumischen, die durch Gesetz oder sonstige Rechtsvorschrift zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten berufen sind, und durch das Gebot oder Verbot bestimmten Verhaltens deren pflichtgemäße Betätigung zu beeinträchtigen oder zu unterbinden. Das gilt nicht nur für den Bereich hoheitsrechtlicher Gewaltausübung durch die hierzu bestellten Träger eines Amtes im staatsrechtlichen Sinne (vgl. z. B. RGZ. 143, 84 = JW. 1934, 421<sup>19</sup>; RGZ. 145, 137 = JW. 1935, 1153<sup>6</sup>; RGZ. 150, 140 = JW. 1936, 1593<sup>1</sup> m. Anm.; Urt. des erf. Sen. v. 9. Nov. 1937, II 85/37), sondern für das Betätigungsgebiet jeder mit der Wahrnehmung öffentlicher Belange betrauten Person oder Stelle, soweit sie ihre Entscheidung nicht lediglich nach einer privaten Interessenslage, sondern mit Rücksicht auf die Notwendigkeiten des Staates und zur Wahrung allgemeiner Belange zu treffen hat (vgl. RGWam. 1929 Nr. 143; JW. 1938, 113<sup>9</sup>). Dabei kann es keine Rolle spielen, ob die Handlung, deren Unterlassung begehrt wird, sachdienlich wäre oder bei zweckentprechender Ausübung der übertragenen Befugnisse besser unterbliebe. Denn auch eine zweckwidrige oder falsche Maßnahme wäre darum ihrer Aufgabe, öffentlich-rechtlichen Belangen zu dienen, nicht entrückt. Sie wäre es selbst dann nicht, wenn da-

mit zugleich erstrebt würde, eigennützige oder der öffentlich-rechtlichen Aufgabe fremde Ziele des Handelnden zu verwirklichen (vgl. SenfUrt. 90 Nr. 104; RGZ. 150, 144 = JW. 1936, 1593<sup>1</sup> m. Anm.). Für einen auf Unterlassung gerichteten Anspruch wäre der Rechtsweg nur dann gegeben, wenn die beantragte Maßnahme, obwohl in die Form einer öffentlich-rechtlichen Funktion gekleidet, völlig außerhalb des dem Handelnden zugewiesenen öffentlich-rechtlichen Aufgabenkreises läge und einen Akt reiner, mit dem übertragenen Machtbereich nicht in Einklang zu bringender Willkür darstellte. Solchenfalls läge eine hoheitliche oder verwaltungsmäßige Tätigkeit, deren pflichtmäßige Ausübung unangetastet zu bleiben hätte, überhaupt nicht vor, und es bestünde kein Grund, die Zulässigkeit solchen Verhaltens einer Entsch. durch die ordentlichen Gerichte zu entziehen.

Für den vorliegenden Fall ergibt sich hiernach folgendes:

Die Erstbeflagte bildet als Fachuntergruppe der zur Hauptgruppe V der Reichsgruppe Industrie gehörigen Wirtschaftsgruppe Chemische Industrie ein Glied im organischen Aufbau der deutschen gewerblichen Wirtschaft, wie er durch die auf Grund des § 2 des Gef. v. 27. Febr. 1934 (RGBl. I, 185) ergangene 1. WD. zur Durchführung dieses Gef. vom 27. Nov. 1934 (RGBl. I, 1194) i. d. Fassung des Erl. des RWiM. über die Reform der Organisation der gewerblichen Wirtschaft v. 7. Juli 1936, IV 18631/36 (RAnz. Nr. 157) ins Leben gerufen worden ist. Die Erstbeflagte hat zwar als unstreitig selbständige Fachuntergruppe nach § 5 der genannten DurchfW.D. die Stellung eines rechtsfähigen Vereins, besitzt also Rechtsfähigkeit als juristische Person des Privatrechts und ist keine öffentlich-rechtliche Körperschaft. Sie ist aber zur Erfüllung ihrer Aufgabe, ihre Mitglieder auf dem Fachgebiete zu beraten und zu betreuen (§ 16 Abs. 1 das.), weitgehend dem Gedanken der Förderung staatlicher Wirtschaftspolitik und der Zusammenarbeit mit den hierfür bestimmenden Hoheitsträgern unterstellt. Demgemäß wird ihrem Leiter in § 16 Abs. 2 Satz 1 der genannten WD. zur Pflicht gemacht, die Gruppe im Sinne des nationalsozialistischen Staates zu führen und die Angelegenheiten der Gruppe und ihrer Mitglieder unter Rücksichtnahme auf die Gesamtinteressen der gewerblichen Wirtschaft und unter Wahrung des Staatsinteresses zu fördern. Der Verwirklichung dieses Grundsatzes dient die Bestellung und Abberufung des Leiters durch den vom RWiM. eingesetzten Leiter der Hauptgruppe (§ 11 Abs. 3) sowie die Verantwortlichkeit des Leiters für die ordnungsmäßige Führung der Gruppe gegenüber dieser und den Leitern der übergeordneten Gruppen (§ 16 Abs. 2 Satz 2). Auch in der sonstigen Gestaltung der Gruppen gelangt deren über den Rahmen einer einseitigen Interessensvertretung hinausgehende Bedeutung als Glied des staatlich organisierten Wirtschaftsaufbaus und ihre Abhängigkeit von der wirtschaftspolitischen Staatsführung zum Ausdruck. Ihre Bildung und Abgrenzung beruht ebenso wie ihre Auflösung und Zusammenlegung auf Anordnungen des RWiM. (§§ 8, 25). Der Grundsatz der Zwangsmitgliedschaft verbürgt die Erfassung aller auf dem Fachgebiete tätigen Unternehmer und Unternehmungen und ihre durch Ordnungsstrafen erzwingbare Unterwerfung unter die Weisungen des Leiters (§§ 8, 16 Abs. 3, 17).

Hiernach kann unbedenklich davon ausgegangen werden, daß der Aufgabenkreis der Erstbeflagten im wesentlichen auf öffentlich-rechtlichem Gebiete liegt, soweit er die sachliche Betreuung ihrer Mitglieder umfaßt. Wie sie diese Aufgabe im einzelnen zu erfüllen habe, ist gesetzlich nicht näher bestimmt. In dem Erl. des RWiM. v. 7. Juli 1936 wird unter C 9 ausgeführt, daß die Aufgaben einer Organisation wie derjenigen der Gruppen der gewerblichen Wirtschaft mehr durch das Leben und die Tagesarbeit als durch gesetzliche Festlegung erzeugt werden. Unter den dort beispielhaft genannten Obliegenheiten der Gruppen werden hervorgehoben: Behandlung von handelspolitischen Fragen, Erstattung von Gutachten über Angelegenheiten des Fachzweigs, Berührung in allen sonstigen wirtschaftsrechtlichen und sozialwirtschaftlichen Fragen des Fachgebietes. Bei dem hiernach weit gespannten Rahmen aufgabengemäßer Betätigung muß auch eine auf Ersuchen der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft erstattete Auskunft über die



der Gruppe angehörigen, für Lieferungen an die Reichsbahn in Betracht kommenden nichtarischen Firmen als in den Zuständigkeitsbereich der Gruppe fallend angesehen werden. Mag eine solche Auskunft als Gutachten über eine Angelegenheit des Fachzweigs zu werten sein oder eine sonstige Äußerung wirtschaftspolitischen Inhalts darstellen, so steht sie jedenfalls in engstem Zusammenhange mit der der Gruppe gestellten Aufgabe, in einer für die Führung der Wirtschaft im Sinne des nationalsozialistischen Staates bedeutsamen Frage des Fachgebiets Stellung zu nehmen und zu ihrer Klärung beizutragen. Hieran ändert nichts, daß die Deutsche Reichsbahngesellschaft mit ihren Dienststellen zur Zeit der Anfrage noch nicht die ihr erst durch das Gef. v. 10. Febr. 1937 (RGW. II, 47) beigelegte rechtliche Stellung einer unmittelbaren Reichsbehörde hatte. Sie war jedenfalls auch schon damals eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit öffentlich-rechtlichen Befugnissen (vgl. Art. des erf. Sen. II 14/38 v. 20. Juli 1938 = JW. 1938, 2902<sup>17</sup> und die dort angeführten Entsch.) und in deren Erfüllung seit der Staatsrenewierung an die Grundsätze nationalsozialistischer Wirtschaftsführung gebunden. Ihre Anfrage bewies gerade, daß sie diese in ihrem Machtbereich zur Geltung bringen wollte. Die Erteilung der Auskunft kann auch nicht um deswillen als dem Aufgabenkreis der Gruppe fremd gelten, weil sie einzelnen Mitgliedern derselben möglicherweise zum Nachteil gereicht. Denn die Betreuungs- und Förderungspflicht der Gruppe findet ihre Schranke in der Rücksichtnahme auf die Gesamtinteressen der gewerblichen Wirtschaft und der Wahrung des Staatsinteresses. Gerade vom Standpunkt pflichtgemäßer Betreuung der Gesamtheit ihrer Mitglieder aus kann sich die Gruppe einer, wenn auch für einzelne ihrer Mitglieder nachteiligen Maßnahme nicht entziehen, sofern diese der Durchsetzung allgemein-wirtschaftlicher Grundsätze im Sinne des nationalsozialistischen Staates dient.

Stellt hiernach die Erteilung der Auskunft v. 29. Okt. 1935 die Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe dar, zu der die Erstbeklagte als Glied des staatlich organisierten Wirtschaftsaufbaus berufen ist, so kann sie auch nicht im Wege richterlicher Entsch. zu einer fernerer Unterlassung solcher Auskunftserteilung angehalten werden. Insofern ist der Rechtsweg unzulässig. Er wäre es nach dem oben Ausgeführten auch dann, wenn die Auskunft inhaltlich unrichtig gewesen oder Erwägungen entsprungen wäre, die sich mit dem Gegenstand und Zweck der Gruppe übertragenen Befugnisse nicht deckten. Auch bei einer zugleich beabsichtigten Benachteiligung der Kl. hielt sich die Erstbeklagte in den Grenzen der ihr eingeräumten öffentlich-rechtlichen Betätigungsgewalt, wenn sie sich auf einem ihrer Zuständigkeit unterstellten Gebiete so, wie geschehen, äußerte. Daraus folgt, daß der gegen sie erhobene Unterlassungsanspruch einer Entsch. durch das ordentliche Gericht entzogen und die Klage insoweit abzuweisen ist. Das gilt auch, soweit Verurteilung des Zweibeklagten zur Unterlassung begehrt wird. Denn auch dieser ist, soweit er bei der Erteilung der Auskunft mitgewirkt hat, nach den Feststellungen des BG. lediglich als Geschäftsführer der Erstbeklagten tätig geworden, hat also für diese gehandelt. Die Gefahr einer Wiederholung gleichen Vorgehens könnte daraus nur insofern hergeleitet werden, als er sich veranlaßt sehen könnte, als Geschäftsführer der Erstbeklagten für diese wiederum eine Erklärung des beanstandeten Inhalts abzugeben. Das könnte ihm nach dem oben Ausgeführten durch Richterspruch nicht verwehrt werden.

Aus denselben Gründen müßte das Unterlassungsbegehren der Kl. auch gegenüber dem Drittbeklagten erfolglos bleiben, wenn dieser an dem Zustandekommen und der Erteilung der Auskunft und der Bezeichnung der Kl. als nichtarisch nur in seiner Eigenschaft als stellvertretender Leiter der Fachuntergruppe beteiligt gewesen wäre. Die Ausführungen des BG. lassen nicht klar erkennen, ob es dies annimmt (was näher wiedergegeben wird). Dem Drittbeklagten käme die öffentlich-rechtliche Bedeutung der Auskunft vom 29. Okt. 1935 im Hinblick auf eine dadurch begründete Unzulässigkeit des Rechtswegs dann nicht zugute, wenn sich ergäbe, daß seine Mitwirkung an dem Zustandekommen der Auskunft eben nur

privater Natur war und mit seiner Stellung als stellvertretender Leiter der Gruppe nichts zu tun hatte. Die Befl. zu 1 und 2 machen hierzu geltend, der Drittbeklagte habe bezüglich der Auskunftserteilung die Gruppe nicht wirksam vertreten und für sie handeln können, weil ein Fall der Behinderung des Leiters, in dem allein der stellvertretende Leiter zur Vertretung berufen sei, nicht vorgelegen habe. Hierzu ist zu bemerken, daß die Tätigkeit des Drittbeklagten für die Gruppe auch schon dann dienstlicher Art sein konnte, wenn sie nur tatsächlich und nicht rechtsgeschäftlicher Natur war. Der stellvertretende Leiter der Gruppe hat nach § 13 der DurchfVd. die laufenden Geschäfte nach den Weisungen des Leiters zu führen. Er unterstützt diesen bei der Erfüllung seiner Obliegenheiten und handelt sonach, auch ohne rechtsgeschäftliche Betätigung, in Ausübung ihm zukommender dienstlicher Pflichten, wenn er auch nur im Rahmen des inneren Geschäftsbetriebs eine Maßnahme der Gruppe veranlaßt oder auf die Art und Weise ihrer Ausführung Einfluß nimmt. Der Drittbeklagte könnte hiernach, auch wenn er gemäß der Behauptung der Befl. zu 1 und 2 die Gruppe in gegebenen Fällen nicht hätte vertreten können, durch seine Mitwirkung bei der Erteilung der Auskunft gleichwohl in Erfüllung einer ihm obliegenden öffentlich-rechtlichen Pflicht tätig geworden sein dergestalt, daß auch ihm gegenüber ein daraus herzuleitendes richterliches Unterlassungsgebot unzulässig und die hierauf gerichtete Klage abzuweisen wäre. Es kann indessen hierzu nicht abschließend Stellung genommen werden, solange ungeklärt bleibt, ob das BG. die Verurteilung des Drittbeklagten zur Unterlassung auch auf seine Äußerung gegenüber dem Bahndir. K. stützen will und ob es auch dieser die Bedeutung eines durch die Stellvertreterstellung des Drittbeklagten bedingten dienstlichen Handelns beilegt...

Da die Erstbeklagte trotz der ihr übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben eine juristische Person des Privatrechts ist und die Befl. zu 2 und 3 der Beamteneigenschaft entbehren, kann die rechtliche Grundlage für eine etwaige Schadenersatzpflicht des Befl. nicht, wie die Rev. der Befl. meint, dem § 839 BGB. und dem Art. 131 WeimVerf. entnommen werden, die die Verantwortlichkeit für die schuldhaftes Verletzung einer einem Beamten Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht regeln. Die Bestimmung in § 5 C. 2 der DurchfVd. v. 27. Nov. 1934 ergibt vielmehr, daß für die Haftung der Befl. und der für sie tätig werdenden Personen nur die Vorschriften herangezogen werden können, die eine Vertretungspflicht für privatrechtliches Handeln begründen. Insofern kommen, da vertragliche Beziehungen zur Kl. ausscheiden, für die Erstbeklagten die §§ 30, 31 BGB. in Betracht, deren gemäßige Anwendung in der angeführten Bestimmung ausdrücklich vorgeschrieben ist. Während hierbei Voraussetzung wäre, daß es sich um einen Schaden handelt, den ein verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadenersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt hat, könnte sich beim Fehlen dieser Voraussetzung eine Haftung der Erstbeklagten auch aus § 831 BGB. ergeben, wenn der Schaden durch die Tätigkeit einer von ihr zu einer Verrichtung bestellten Person herbeigeführt wäre, wobei ihr freilich der in § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB. vorgesehene Entlastungsbeweis offenbliebe. Eine Schadenersatzpflicht der Befl. zu 2 und 3 hingegen bestände nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften der §§ 823, 824, 826 BGB., falls ihnen ein hiernach zum Schadenersatz verpflichtendes Verhalten zur Last fiel.

Das BG. erachtet eine Haftung der Erstbeklagten für einen der Kl. durch die Auskunft v. 29. Okt. 1935 verursachten Schaden für begründet, weil es sich um eine ihrer Angelegenheiten gehandelt habe, die von ihrem stellvertretenden Leiter und ihrem Geschäftsführer bearbeitet worden sei. Soweit damit eine Verantwortlichkeit der Erstbeklagten nach § 31 BGB. dargetan werden soll, reichen jedoch, wie der Rev. zuzugeben ist, die Erwägungen des BG. nicht aus, um dies zu rechtfertigen. Der Drittbeklagte war nach § 14 der DurchfVd. nur dann zur Vertretung der Gruppe berufen, wenn deren Leiter behindert war. Nur in diesem Falle konnte er in Ausführung ihm zustehender Verrichtungen für die Gruppe tätig

werden und ihre Verantwortlichkeit für sein eigenes Handeln begründen. Sie brauchte dieses nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn ein Fall zulässiger Ausübung der Vertretungsmacht nicht vorlag. Die Bestimmung in § 11 der Satzung der Erstbeklagten, daß die Verhinderung des Leiters nicht nachgewiesen zu werden brauche, bedeutet nicht, daß jede in einer Angelegenheit der Gruppe entwickelte Tätigkeit des Drittbeklagten von dieser als solche eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters hingenommen werden müßte. Sie überhebt die Erstbeklagte der Pflicht, in jedem Falle vertretungsmäßigen Handelns ihres stellvertretenden Leiters den Nachweis seines Rechts hierzu zu erbringen, hat aber nicht zur Folge, daß ihr entgegeng gehalten werden könnte, sie müsse für dessen Handeln als für das eines verfassungsmäßig berufenen Willensorgans auch dann einstehen, wenn ein Fall der Behinderung ihres Leiters nicht vorliege. Die Erwägung des BG., der Drittbeklagte habe an der Erteilung der Auskunft v. 29. Okt. 1935 als stellvertretender Leiter der Gruppe mitgewirkt, vermag hiernach die Annahme einer Haftung der Erstbeklagten schon deshalb nicht zu stützen, weil aus der Aussage des Leiters der Erstbeklagten hervorgeht, daß dieser selbst von der Auskunft Kenntnis erlangt und unter Billigung ihres Inhalts den Zweitebeklagten ermächtigt hat, sie abzugeben. Schon danach kann von einer Behinderung des Leiters, die eine Vertretungsbefugnis des Drittbeklagten hätte eintreten lassen können, keine Rede sein. Das BG. hätte auch, wie die Rev. mit Recht betont, näher darlegen müssen, weshalb der Drittbeklagte sich gerade in seiner Eigenschaft als stellvertretender Leiter der Erstbeklagten veranlaßt gesehen haben sollte, in der im angefochtenen Urteil festgestellten Weise gegen die Kl. vorzugehen. Seine persönlichen Mißbilligkeiten mit dieser sowie deren Verhältnis zum Kartell, aus denen sich das BG. sein Verhalten erklärt, deuten eher darauf hin, daß es persönliche oder sich aus seiner Stellung im Kartell ergebende Gründe waren, die ihn zu seinem Vorgehen bestimmten.

Auch mit dem Hinweis auf die Geschäftsführerstellung des Zweitebeklagten läßt sich eine Verantwortlichkeit der Gruppe für die in ihrem Namen erteilte Auskunft nicht ohne weiteres begründen. Denn der Geschäftsführer der Gruppe ist nicht deren gesetzlicher Vertreter. Sie hätte für sein Verhalten im Rahmen des § 31 BGB. nur einzustehen, wenn er als besonderer Vertreter i. S. des § 30 BGB. anzusehen wäre und sein zum Schadenersatz verpflichtendes Handeln in den Kreis der Geschäfte fielen, für die ihm Vertretungsbefugnis zusteht. Das BG. hat diese Frage nicht geprüft. Es wird dazu Stellung zu nehmen haben, ob nach dem durch die Bd. vom 27. Nov. 1934 gegebenen organisatorischen Aufbau der Erstbeklagten oder nach deren Satzung angenommen werden kann, der Zweitebeklagte habe bei der Erteilung der Auskunft zugleich auch als verfassungsmäßig bestellter Vertreter der Fachuntergruppe gehandelt.

Erwiese sich hiernach die Annahme des BG., die Erstbeklagte sei für die Mitwirkung der Bekl. zu 2 und 3 bei der Erteilung der Auskunft verantwortlich, als unbegründet, so käme weiter in Frage, ob insoweit etwa ihrem Leiter selbst ein Verhalten zur Last fällt, das sie nach § 31 BGB. zu vertreten hätte. Das BG. hat diese Möglichkeit nicht erörtert. Seine Ausführungen ergeben nichts dafür, daß es die Voraussetzungen eines Verstoßes gegen § 826 BGB., dessen es die Bekl. zu 2 und 3 für schuldig erachtet, auch in dem Verhalten des Leiters der Erstbeklagten verwirklicht sehen wolle.

Soweit eine Schadenersatzpflicht der Erstbeklagten nach § 831 BGB. begründet sein könnte, läßt es das BG. an einer Würdigung des Sachverhalts unter diesem Gesichtspunkt ebenfalls fehlen. Zu einem weiteren Eingehen hierauf in der Rev.-Inst. besteht kein Grund, da die Parteien bisher keine Gelegenheit gehabt haben, sich in ihrem tatsächlichen Vorbringen auf eine dahin gehende rechtliche Beurteilung einzurichten.

Gibt hiernach das angefochtene Urteil insofern zu Bedenken Anlaß, als es aus der Mitwirkung der Bekl. zu 2 und 3 bei der Erteilung der Auskunft v. 29. Okt. 1935 auch eine Haftung der Erstbeklagten herleitet, so kann ihm ebensowenig gefolgt werden, soweit es in dem Verhalten der Bekl.

den Tatbestand des § 826 BGB. als erfüllt ansieht (was näher ausgeführt wird).

(RG., II. ZivSen., U. v. 12. Okt. 1938, II 222/37.) [Ba.]

**18. OLG. — § 93 a ZPO. Entsprechende Anwendung bei Scheidung auf Vorklage wegen Geisteskrankheit und Abweisung der auf Verschulden des Kl. gestützten Widerklage.**

Das OLG. hat die gesamten Kosten gemäß § 91 ZPO. der Bekl. als dem unterliegenden Streitteil auferlegt. Die Scheidung ist allerdings nicht nur wegen Geisteskrankheit der Bekl. ausgesprochen, sondern auch die auf Verschulden des Kl. gestützte Widerklage abgewiesen worden. Es besteht aber kein innerer Grund, die Anwendung des § 93 a ZPO. bzw. des § 2 der 2. Durchf. v. d. EheG. auf diesen Fall zu verneinen; mindestens eine entsprechende Anwendung ist geboten, und zwar dahin, daß der Teil der Kosten, der auf die Vorklage entfällt, gegeneinander aufgehoben wird und die Kosten der Widerklage der Bekl. auferlegt werden. Da Vorklage und Widerklage denselben Streitgegenstand betreffen, ist anzunehmen, daß die Kosten des landgerichtlichen Verfahrens zu gleichen Teilen auf die Vor- und Widerklage entfallen. Daher war es angezeigt, die Kostenentscheidung dahin abzuändern, daß der Kl. die Hälfte seiner eigenen Kosten und ein Viertel der Gerichtskosten zu tragen hat.

(OLG. Stuttgart, I. ZivSen., Beschl. v. 18. Nov. 1938, 1W 49/38.)

**19. RG. — §§ 287, 304 ZPO.; § 14 WZG. a. F. = § 24 WZG. n. F., § 13 WZG. a. F. = § 16 WZG. n. F.; §§ 249, 852 BGB. Die Frage der Vorteilsausgleichung ist im Verfahren über den Grund des Anspruchs zu entscheiden, um so mehr dann, wenn auch nur mit der Möglichkeit zu rechnen ist, daß ein ausgleichender Vorteil den eingeklagten Teilschadensbetrag erreicht. Die widerrechtliche Benutzung des Warenzeichens des Kl. durch den Bekl. für Waren anderer Ausfühung oder eines anderen Systems, als der Kl. sie liefert, führt aber nicht zu einem Vorteil für den Kl., sondern muß vielmehr notwendig zu einer Marktverwirrung und damit zur Minderung des Wertes des Warenzeichens für den Kl. führen. — Zum bedingten Vorbehalt bei Warenzeichenverletzung sowie zum Beginn der Verjährungsfrist bei Verletzungshandlungen.**

1. Die Bestimmung des § 287 ZPO. ist gerade dazu gegeben, dem Geschädigten den Nachweis seines Schadens zu erleichtern, indem sie an Stelle der sonst erforderlichen Einzelbegründung das freie Ermessen des Richters setzt (vgl. RGZ. 148, 70 = JZB. 1935, 2357<sup>6</sup> m. Anm.). Das OLG. hatte keine Bedenken getragen, dem Kl. den verlangten Teilschadensbetrag zuzusprechen. Ob seiner Begründung in diesem Punkte zu folgen ist, kann auf sich beruhen. Jedenfalls hätte aber das BG. seine abweichende Auffassung näher begründen sollen. Die Rev. des Kl. nimmt auch mit Recht an, das BG. habe sich von der Zuerkennung des verlangten oder eines geringeren Teilschadensbetrages anscheinend durch die Erwägung abhalten lassen, der Kl. müsse möglicherweise Vorteile aus der Werbung der Bekl. für sein Warenzeichen zum Ausgleich bringen. Die Bedenken der Rev. gegen diese Auffassung sind berechtigt. Es ist schon nicht zu billigen, daß das OLG. die Frage, ob und inwieweit der dem Kl. mit einer „an Sicherheit grenzenden hohen Wahrscheinlichkeit“ verursachte Schaden durch einen Vorteil des Kl. aus der Werbung der Bekl. für seine Warenbezeichnung gemindert worden sei, dem Verfahren über die Höhe des dem Grunde nach festgestellten Ertragsanspruchs überläßt. Diese Frage war im Verfahren über den Grund des Anspruchs (vgl. RGZ. 103, 408) um so mehr dann zu entscheiden, wenn auch nur mit der Möglichkeit zu rechnen war, daß ein ausgleichender Vorteil den verlangten Teilschadensbetrag erreiche. Durch die Rechnungslegung oder Auskunft, zu der die Bekl. verurteilt worden sind, konnte für die etwaige Höhe, in der ein Vorteil zum Ausgleich zu bringen war, nichts gewonnen werden. Deshalb fehlt jede Begründung für die Verweisung des Vorteilsausgleichs in das Nachverfahren. Aber auch sachlich ist die Auffassung des BG. nicht richtig. Für die Vorteilsausgleichung genügt es zwar, wenn Schaden und Vorteil aus mehreren der äußeren Erscheinung nach selbständigen Ereignissen fließen, nach dem natürlichen Ablauf der Dinge aber das schädigende Er-

eignis allgemein geeignet war, derartige Vorteile mit sich zu bringen, wenn nur der Zusammenhang nicht so lose ist, daß er nach vernünftiger Auffassung nicht mehr beachtet werden kann. Die Betrachtung muß aber dabei immer von der schädigenden Handlung ausgehen, nicht von den Vorteilen bringenden Umständen (RGZ. 146, 278 = JW. 1935, 1242<sup>7</sup>). Die Annahme, Warenzeichenverletzung und widerrechtliche Werbung des Verlegers unter Gebrauch des Zeichenwortes könnten dem Verletzten einen Vorteil bringen, ist aber jedenfalls dann ohne weiteres verfehlt, wenn der Verleger, wie hier, fast ausschließlich Waren eines anderen Systems vertreibt, die der Verletzte nicht liefern will oder nicht mehr liefern könnte, weil ihn Schutzrechte, Patente oder Gebrauchsmuster davon abhalten müssen, die der Verleger für die Ausgestaltung der Waren des von ihm vertriebenen Systems erlangt hat. Das mit dem Geschäftsbetrieb untrennbar verbundene Warenzeichen dient der Kennzeichnung der Waren aus einem bestimmten Betrieb und ihrer Unterscheidung von den Waren anderer Hersteller. Darin liegt seine Bedeutung und sein Wert. Die Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft des Warenzeichens wird allerdings schon dadurch gefährdet, daß der Zeicheninhaber den Gebrauch des Warenzeichens einem anderen für die von diesem hergestellte Ware gestattet. Das braucht indessen nicht zu einer Schädigung des Zeichens zu führen und wird es nicht, wenn auch der andere die gleiche Ware herstellt und vertreibt. Bei Teilung der Absatzgebiete und Austausch der Aufträge, wie auch im Vertrag der Parteien v. 27. Okt. 1925 vorgeesehen war, könnte der Wert des Warenzeichens durch die Werbung der beiden Betriebe sogar erhöht werden. Die widerrechtliche Benutzung des Warenzeichens durch einen anderen für Waren anderer Ausführung oder eines anderen Systems, als der Zeicheninhaber liefert, muß aber notwendig zu einer Marktverwirrung und damit zur Minderung des Wertes des Warenzeichens führen, um so mehr dann, wenn, wie hier, die Waren der Beteiligten selbst in scharfem Wettbewerbe stehen. Die Befl. könnten sich deshalb für die behauptete Erhöhung des Wertes des Warenzeichens des Kl. nicht mit Erfolg auf ihre Werbeaufwendungen berufen, die nur der Förderung ihres eigenen Umsatzes jedenfalls in der Zeit gebient haben, die für den Schadenserfolgsanspruch des Kl. allein in Betracht kommt. Soweit in der ersten Zeit des Vertrages, solange die Befl. noch die gleichen Waren wie der Kl., also das Buchhaltungssystem des Kl., vertrieben, eine Erhöhung des Wertes des Warenzeichens eingetreten war und angenommen werden könnte, sie sei erhalten geblieben, steht sie mit den späteren schädigenden Ereignissen in so losem Zusammenhang, daß darauf die Notwendigkeit einer Vorteilsausgleichung nicht gegründet werden könnte. Die gegenteilige Auffassung des BG. ist rechtsirrig.

2. Unbegründet ist aber die Rüge des Kl., daß das BG. unter Abweichung von der Auffassung des BG. die „Rechnungslegungspflicht“ der Befl. sachlich eingeschränkt, ihnen nämlich die Angabe der Namen der Empfänger der Lieferungen erlassen habe. Das BG. hat, wie schon hier bemerkt sei, in der Urteilsformel irrtümlich den Ausdruck Rechnungslegung gebraucht. Es wollte, wie die Urteilsgründe ergeben, die Befl. zur Auskunft über die das Warenzeichen des Kl. verletzenden Lieferungsengeschäfte verurteilen. Das entspricht der ständigen Rspr. des erf. Sen., nach der der Entschädigungsanspruch aus § 14 WZG. a. F. (jetzt § 24 WZG.) regelmäßig nicht wie im Falle der Patent- oder Gebrauchsmusterverletzung auf Herausgabe des vom Verleger durch die Benutzung der Erfindung erlangten Gewinnes geht und deshalb keine Rechnungslegung über den vom Verleger erzielten Gewinn verlangt, vielmehr nur den Schaden ausgleichen soll, der dem Zufahrer durch die vom Verleger angerichtete Marktverwirrung und die Schmälderung der Unterscheidungs- und Kennzeichnungskraft des Warenzeichens und die dadurch bewirkte Verschlechterung seiner wirtschaftlichen Lage erwächst (vgl. RGZ. 108, 7 = JW. 1924, 93<sup>1</sup>; MuW. 1934, 465). Wie weit nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, auf dem die Verpflichtung des Verlegers zur Erteilung der Auskunft beruht, diese im einzelnen Falle auszudehnen ist, hat das Gericht nach den gegebenen Umständen zu entscheiden. Es

ist nicht ersichtlich, daß das BG. bei der Anwendung dieses Grundsatzes gefehlt hätte, wenn es den Befl. die Angabe der Namen der Bezücker ihrer Waren nicht auferlegt, den Kl. aber durch die Auferlegung der Verpflichtung an die Befl. zu 1, ihre Auskunft über die einzelnen Geschäfte auf ihre Kosten durch einen vom Kl. zu bestimmenden Sachverständigen nachprüfen zu lassen, gegen die Erteilung einer unrichtigen oder unvollständigen Auskunft gesichert hat.

3. Die Auffassung des BG., schon die Verwendung des Zeichenwortes des Kl. in der Firma der Befl. zu 1 müsse unter den festgestellten Umständen als warenzeichenmäßige Benutzung betrachtet werden, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Denn die zahlreichen Vorlagen der Befl. während des Rechtsstreits lassen erkennen, daß die Befl. nicht nur in ihrer Werbung, sondern auch auf ihren Geschäftsbriefen und Rechnungen das Zeichenwort oder die Verbindung des Zeichenwortes mit dem Wort: Buchhaltung besonders hervorgehoben haben. Jede zur Kennzeichnung geeignete Verwendung des Warenzeichens in Beziehung auf die Ware — und dazu gehört auch die Verwendung in dem dem Vertrieb der Ware dienenden Geschäftsverkehr im weiteren Sinne — ist aber ein dem Warenzeicheninhaber vorbehaltenes warenzeichenmäßiger Gebrauch (vgl. RGZ. 95, 211 = JW. 1919, 506; RGZ. 95, 295; 100, 267). Auch der Hinweis der Rev. der Befl. auf § 13 WZG. a. F. (§ 16 WZG. n. F.) schlägt nicht durch. Denn diese Gesetzesbestimmung schränkt die Rechte aus dem Warenzeichen zugunsten des Gebrauchs des Namens oder der Firma nur insoweit ein, als von ihnen nicht ein warenzeichenmäßiger Gebrauch gemacht wird. Das ist zwar erst in § 16 des neuen WZG. ausdrücklich gesagt. Damit wurde aber kein neuer Rechtsgrundsatz geschaffen, sondern nur die von der Rechtsanwendung längst anerkannte Auslegung des § 13 WZG. a. F. in den Wortlaut des Gesetzes aufgenommen (vgl. RGZ. 149, 346 = JW. 1936, 872<sup>13</sup> m. Anm.). Auf den Schutz des § 13 WZG. a. F. (des § 16 WZG. n. F.) kann sich zudem nur der Namens- oder Firmeninhaber berufen, der den Namen oder die Firma berechtigt führt. Die Befl. zu 1 war aber jedenfalls in der Zeit nach dem Rücktritt des Kl., auf die es allein noch ankommt, zur Führung der Firma . . . Buchhaltung nicht mehr berechtigt.

4. Zu Unrecht bemängelt die Rev. der Befl. auch das Ergebnis des BG., die Befl. hätten das Warenzeichen des Kl. mit bedingtem Vorsatz verletzt. Die Rev. meint, das BG. habe den Unterschied zwischen bewusster Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz verkannt, jedenfalls nicht ausreichend berücksichtigt. Die Rev. vermißt in den Ausführungen des BG. die Darlegung der inneren Billigung des bewußt möglichen Erfolges, deren Vorhandensein gerade für den bedingten Vorsatz erforderlich sei, während er bei der bewussten Fahrlässigkeit fehle. Darin ist ihr nicht zu folgen. Das BG. hat offensichtlich nicht verkannt, daß es für die Feststellung des bedingten Vorsatzes der Befl. darauf ankam, ob die von ihnen erkannte Möglichkeit, daß ihre Handlungsweise das Warenzeichen des Kl. verletze und den Kl. schädige, von ihnen gebilligt worden ist. Denn das BG. stellt auf Grund seiner tatsächlichen Würdigung im Anschluß an die Auffassung des BG. fest, die Befl. hätten bei allen ihren eine Verletzung des Warenzeichenrechtes des Kl. enthaltenden Handlungen mindestens mit der Möglichkeit gerechnet, die Handlungen könnten das Warenzeichenrecht des Kl. verletzen, sie hätten aber die Gefahr, ihr Verhalten könne rechtswidrig sein, bewußt auf sich genommen und die Handlungen gleichwohl vorgenommen, weil sie sich davon einen Vorteil versprochen und gehofft hätten, der Kl. werde nichts davon erfahren oder aus anderen Gründen keine Schadenserfolgsansprüche geltend machen oder können, oder sie würden einen höheren Gewinn haben, als ein etwaiger Schadenserfolgsanspruch des Kl. ausmache. Es kann nicht ernstlich bezweifelt werden, daß das BG. damit die innere Billigung des von den Befl. als möglich erkannten Erfolges ihrer Handlungsweise, nämlich die Verletzung des Warenzeichens und der Schädigung des Kl., zum Ausdruck bringen wollte und zum Ausdruck gebracht hat. Wer die Folge einer Rechtsverletzung und Schädigung auch aus der Erwägung bewußt auf sich nimmt, er werde im Ergebnis, auch wenn er Erfah-

ansprüche des Geschädigten zu befriedigen haben werde, doch noch einen Vermögensvorteil haben, kann sich unmöglich damit verteidigen, er habe einen solchen als möglich erkannten Erfolg nicht begilligt.

5. Dem Angriff, den die Rev. der Bekl. auf Verletzung des § 852 BGB. stützt, war dagegen der Erfolg nicht zu versagen. Die den Kl. schädigenden Ereignisse, aus denen das BG. die Schadensersatzpflicht der Bekl. ableitet, bestanden darin, daß die Bekl. in offenbar sehr vielen Fällen Buchhaltungseinrichtungen und Zubehör unter mißbräuchlicher Benutzung des Warenzeichens des Kl. verkauft haben. Das BG. geht dabei ebenso wie das LG. davon aus, daß die Bekl. dabei planmäßig auf Grund eines einheitlichen Entschlusses gehandelt haben. Das BG. folgt aber mit Recht nicht der Meinung des LG., es dürfe deshalb eine fortgesetzte Handlung angenommen werden; sie sei zu keinem Teil verjährt, weil sie „mit den späteren Teilhandlungen in die dreijährige Verjährungsfrist hineinreiche“. Diese Auffassung ist rechtsirrig. Der zugunsten des Täters von der Strafrechtspflege entwickelte Begriff der fortgesetzten Handlung kann nach der ständigen Rspr. des RG. nicht in das Gebiet des bürgerlichen Rechts übertragen (RGZ. 134, 337 = JW. 1932, 939 m. Anm.) und hier zum Nachteil des Schadensersatzpflichtigen Täters angewendet werden. Das BG. geht zutreffend davon aus, jede der schadensstiftenden Verletzungshandlungen sei hinsichtlich der Verjährung des Ersatzanspruches für sich zu betrachten. Die weiteren Erwägungen, mit denen das BG. schließlich ebenfalls zu dem Ergebnis kommt, die Einrede der Verjährung greife nicht durch, sind von Rechtsirrtum beinflusst.

Der Schadensersatzanspruch aus Verletzung des Warenzeichens unterliegt mangels einer besonderen Bestimmung des BGB. der allgemeinen Regel des § 852 BGB. für die Verjährung des Schadensersatzanspruches aus unerlaubter Handlung. Die kurze dreijährige Verjährungsfrist dieser Gesetzesbestimmung läuft von dem Zeitpunkt an, in dem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt. Es ist deshalb schon nicht richtig, wenn das BG. sagt, verjährt könnten nur die Ansprüche aus Verletzungshandlungen sein, von denen der Kl. innerhalb der letzten drei Jahre (von der Rechtsähngigkeit des Schadensersatzanspruches zurückgerechnet) Kenntnis erhalten habe und die in den letzten drei Jahren keinen Schaden mehr verursacht hätten. Ganz abgesehen davon, daß nicht recht verständlich ist, wie nach der Meinung des BG. die Verletzung des Warenzeichens durch seine mißbräuchliche Benutzung auch in einem späteren Zeitpunkt noch eine den Zeicheninhaber schädigende Wirkung haben könnte, wird dabei übersehen, daß „als Kenntnis von dem Schaden“ i. S. des § 852 BGB. nur die Kenntnis der schädlichen Folgen der Handlungen im allgemeinen zu verstehen ist. Die Ungewißheit über den Umfang und die Höhe des Schadens schließt deshalb den Beginn der Verjährung nicht aus. Der Kl. hat selbst gar nicht behauptet, daß etwa aus einzelnen Verletzungshandlungen nachträglich noch Schäden oder gar — was hätte erheblich sein können — überhaupt nicht voraussehbare und noch zu erwartende Schäden entstanden seien. Es bedarf ferner, wenn, wie hier, gleichartige Verletzungshandlungen in großer Zahl in Frage stehen, die der Verlezer planmäßig immer wieder begeht, nicht der genauen Kenntnis der einzelnen Verletzungshandlungen, wenn der Verletzte nur weiß, daß er von dem anderen durch solche Handlungen immer und immer wieder geschädigt wird. Denn damit hat er die Möglichkeit, mit der Klage nach § 254 ZPO. oder einer Feststellungsklage seinen Schadensanspruch zu verfolgen. Es ist deshalb auch nicht richtig, wenn das BG. ausführt, die Bekl. könnten nur dann mit der Verjährungseinrede durchdringen, wenn sie die in Betracht kommenden Verkäufe dem Kl. genau angegeben hätten. War dem Kl., wie sich aus seinem eigenen Vortrag im Vorprozeß und in der Klage in diesem Rechtsstreit ergibt, bekannt, daß die Bekl. sich trotz des Rücktritts des Kl. vom Vertrag und trotz seiner Unterlassungsklage in ihrem Geschäftsbetrieb weiter des Warenzeichens bedienten, dann begann die Verjährungsfrist

für den Schadensersatzanspruch aus jeder einzelnen Verletzungshandlung unmittelbar nach ihrer Begehung zu laufen. (RG., II. ZivSen., II. v. 15. Okt. 1938, II 59/38.) [Ba.]

## 20. RG. — § 322 ZPO.

1. Es ist zwar zutreffend, daß die sog. materielle Rechtskraft (§ 322 ZPO.) auch solchen Urteilen zukommt, die die Klage auf Grund eines verfahrensmäßigen Gesichtspunktes ohne Verneinung des erhobenen Anspruchs selbst abweisen, und das gilt insbes. für die Abweisung wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges (RG.: RGWarn. 1910 Nr. 354; 1912 Nr. 454). Aber die Rechtskraftwirkung kann in Fällen dieser Art doch nur darin bestehen, daß durch die Entscheidung in dem vorhergegangenen Rechtsstreit eben die Unzulässigkeit des Rechtsweges für den Anspruch feststeht, den der Kl. erhoben hatte.

2. Hat sich ein Kl. auf die Geltendmachung nur eines Teilbetrages der Forderung beschränkt, so bezieht sich auch die Rechtskraftwirkung der Entscheidung nur auf diesen Teilbetrag. Die Abweisung der Klage hindert daher, wie das RG. in ständiger Rspr. angenommen hat (RGZ. 120, 317 m. Nachw. = JW. 1928, 1397 m. Anm. 2710), in Fällen dieser Art den Kl. nicht, wegen des damals nicht geltend gemachten anderen Teiles seiner Forderung in einem neuen Rechtsstreit eine Entscheidung zu verlangen. Anders wäre die Lage zu beurteilen, wenn der Kl. den Betrag, den er in dem früheren Rechtsstreit geltend gemacht hatte, als seinen ganzen Schaden gefordert hätte. Dann würde in dem vorhergegangenen Rechtsstreit in einer den späteren Richter bindenden Weise ausgesprochen worden sein, daß für keinen Teil des ganzen Anspruchs der Rechtsweg zulässig sei (RGZ. 73, 214). Die Unzulässigkeit des Rechtsweges würde mithin für den Anspruch in seinem ganzen Umfange feststehen. (RG., III. ZivSen., II. v. 4. Okt. 1938, III 12/38.) [Ba.]

## 21. OLG. — Negative Vaterschaftsfeststellung.

1. Anerkenntnis des bekl. Nicht-Vaters genügt nicht als Urteilsgrundlage. §§ 640, 617 ZPO. sind entsprechend anwendbar.

2. Die Vermutung der Vaterschaft, die durch das Unterhaltsurteil begründet wurde, ist widerlegt, wenn nichts für die Abstammung von dem jüdischen Bekl., z. B. nichts für jüdischen Bluteintrag, spricht und weitere Umstände dagegen sprechen, z. B. das Anerkenntnis des Bekl., ferner der zur Zeit der Empfängnis des Kl. festgestellte schlechte Ruf der Mutter.

Der nichtarische Bekl. ist 1911 als außerehelicher Erzeuger der Kl. in Anspruch genommen worden. Die Kl. behauptet, der Bekl. sei nicht ihr Vater und habe auch immer die Vaterschaft bestritten. Als Tochter einer arischen Mutter habe sie ein Interesse an der Feststellung, daß eine blutmäßige Abstammung von dem Bekl. nicht bestehe. Sie beantragt die Feststellung, daß der Bekl. nicht ihr Erzeuger sei. Der Bekl. erkennt den Anspruch an.

Das OLG. hat nach Einholung eines Gutachtens von dem Univeritätsinstitut für Erbbiologie und Rassenhygiene in Frankfurt a. M. die Klage abgewiesen, da die Vaterschaft des Bekl. nicht mit Sicherheit auszuschließen sei. Das OLG. hat die Feststellung getroffen, daß der Bekl. nicht der Erzeuger der Kl. ist und zwar mit folgenden Entscheidungsgründen:

Dem OLG. ist darin beizutreten, daß die Klage auf Feststellung der Abstammung an sich möglich und daß im vorliegenden Fall auch ein Feststellungsinteresse anzunehmen ist. Denn auf Grund der rechtskräftigen Verurteilung des Bekl. zur Unterhaltszahlung war davon auszugehen, daß der Bekl. auch der Erzeuger der Kl. gewesen ist. Der Umstand, daß der Bekl. seine Vaterschaft bestritten hat und auch heute noch bestrittet, vermag das Feststellungsinteresse nicht auszüräumen.

Sein Anerkenntnis der Klageforderung ist auch nicht geeignet, als Grundlage für ein Anerkenntnisurteil zu dienen. Das beantragte Urteil soll der Kl. dazu dienen, die Vermutung ihrer nichtarischen Abstammung zu widerlegen. Wenn auch das Unterhaltsurteil im ordentlichen Verfahren, d. h. in einem der Parteiherrschaft unterliegenden Verfahren, ergangen ist, so entspricht es den heutigen Auffassungen doch, das Verfahren betreffend die biologische Abstammung der Parteiherrschaft zu entziehen und entsprechend §§ 640, 617 ZPO. ein Anerkenntnisurteil nicht zuzulassen. § 644 ZPO. betrifft nicht die biologische Abstammung, sondern die anderen sich aus der unehelichen Vaterschaft ergebenden Rechtsfolgen.

Es war demnach zu prüfen, ob der Kl. der Beweis, daß der Befl. nicht ihr Erzeuger gewesen sein kann, gelungen ist. Bei der Beweiswürdigung war zu berücksichtigen, daß der Nachweis der offensibaren Unmöglichkeit gemäß § 1591 BGB. nur verlangt wird, wenn ein Kind an sich ehelich geboren ist. Die Vermutung der Abstammung, die durch ein im Parteiverfahren ergangenes Unterhaltsurteil begründet wird, kann im Gegensatz dazu schon als widerlegt angesehen werden, wenn nach dem heutigen Stand der Wissenschaft nichts für eine Abstammung spricht und noch weitere Umstände gegen die Vaterschaft sprechen.

Die anthropologische Untersuchung hat nun im vorliegenden Fall keinerlei Feststellungen für einen jüdischen Bluteinschlag der Kl. ergeben. Dabei ist zu berücksichtigen, daß nach den Erfahrungen des Institutes für Erbbiologie und Rassenhygiene in Frankfurt bei Menschen mit einem volljüdischen Elternteil stets jüdische Rassenmerkmale gefunden werden. Es sind auch keine sonstigen Ähnlichkeiten von Körpermerkmalen zwischen den Parteien festgestellt worden, die sonst fast immer zwischen Vater und Kind in irgendeiner Form feststellbar sind. Es kann bei dieser Sachlage der Kl. nicht zum Nachteil gereichen, daß das Sachverständigenurteil nicht von einer offensibaren Unmöglichkeit, sondern entsprechend dem Stande der Wissenschaft nur von einer großen Wahrscheinlichkeit für die Nichtabstammung spricht. Der der Kl. obliegende Beweis kann als erbracht angesehen werden, da das Gutachten noch unterstützt wird durch das Auerkenntnis des Befl. und einen Bericht in den Vormundschaftsakten, wonach die Berufsvormundschaft seinerzeit mit Rücksicht auf den Ruf der Mutter der Kl. nicht damit gerechnet hat, den Unterhaltsprozeß zu gewinnen.

(OLG. Düsseldorf, Urt. v. 27. Okt. 1938, 9 U 260/38.)

\*

**22. OLG. — Der Schiedspruch eines sog. institutionellen Schiedsgerichts kann in der Zeit zwischen Zustellung und Niederlegung nicht mehr geändert werden. †)**

Die Parteien hatten sich wegen der Regelung von Streitigkeiten über Lieferungen von Kartoffeln dem Schiedsgericht für Lieferstreitigkeiten beim Reichsnährstand in Berlin unterworfen.

Durch den Schiedspruch wurde die Antragsgegnerin verurteilt. Der Schiedspruch war nach der Schiedsgerichtsordnung nicht berufungsfähig, weil der Wert des Beschwergegenstandes 300 RM nicht überstieg und der Spruch vom Schiedsgericht mit Rücksicht auf seine Tragweite oder Grundsätzlichkeit nicht ausdrücklich für berufungsfähig erklärt worden war.

Nach Zustellung, jedoch vor Niederlegung dieses Schiedspruchs beantragte die Antragsgegnerin bei dem Schiedsgericht die Abänderung des Schiedspruchs. Dieser Antrag wurde von dem Schiedsgericht in anderer Besetzung durch Schiedspruch v. 28. Okt. 1937 als unbegründet zurückgewiesen; dabei wurde gleichzeitig dieser Schiedspruch für berufungsfähig erklärt.

Wegen diesen Schiedspruch legte die Antragsgegnerin bei dem Oberschiedsgericht — entsprechend den Bestimmungen der Schiedsgerichtsordnung — Berufung ein. Durch Schiedspruch v. 18. Jan. 1938 hat das Oberschiedsgericht die Berufung mit der Begründung als unzulässig verworfen, daß das Schiedsgericht den Spruch v. 28. Okt. 1937 nach Zustellung des ersten Schiedspruchs v. 26. Okt. überhaupt nicht mehr habe erlassen können, zumal es in anderer Besetzung entschieden habe, daß aber der allein eine sachlich-rechtliche Entscheidung enthaltende erste Schiedspruch v. 26. Okt. 1937 mangels entsprechender Bescheidsumme oder ausdrücklicher Erklärung seiner Berufungsfähigkeit nicht angefochten werden konnte.

Die Antragstellerin hat beantragt, den zugestellten und niedergelegten Schiedspruch des Oberschiedsgerichts v. 18. Jan. 1938 für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Die Antragsgegnerin hat um Ablehnung dieses Antrages unter Aufhebung des Schiedspruchs gebeten.

Sie hat dazu im ersten Rechtszuge geltend gemacht, die Ansicht des Oberschiedsgerichts sei rechtsirrig; das Schiedsgericht v. 28. Okt. 1937 habe sehr wohl als sogenanntes institutionelles Schiedsgericht in gewechselter Besetzung entscheiden können. Infolgedessen hätte auch das Oberschiedsgericht über die Berufung sachlich entscheiden müssen. In dieser Unterlassung liege ein unzulässiges Verfahren i. S. des § 1041 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO., das zur Aufhebung des Schiedspruchs führen müsse.

Das OLG. hat den Schiedspruch des Oberschiedsgerichts v. 18. Jan. 1938 für vollstreckbar erklärt, indem es der Ansicht des Oberschiedsgerichts beipflichtete und dessen Verfahren für ordnungsmäßig hielt.

Das OLG. trat dem bei.

Der Einwand der Antragsgegnerin, der Schiedspruch des Oberschiedsgerichts v. 18. Jan. 1938 beruhe auf einem Verfahrensverstöß, ist unbegründet. Für das Oberschiedsgericht lag kein Anlaß vor, sachlich zu entscheiden und es hat mit Recht aus formalen Gründen die Berufung gegen den Schiedspruch vom 28. Okt. 1937 verworfen.

Soweit sind die Ausführungen des OLG. zutreffend. Es führt mit Recht aus, daß der Schiedspruch v. 26. Aug. 1937 allein derjenige ist, der in sachlich-rechtlicher Beziehung eine Entscheidung über die Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien enthält und gemäß § 1040 ZPO. die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils hat, weil er nicht berufungsfähig und damit endgültig war, und dementsprechend auch nach Zustellung, aber vor Niederlegung nicht mehr abgeändert bzw. ergänzt werden konnte.

Ergänzend sei hierzu im Hinblick auf die Parteiausführung im zweiten Rechtszuge in Übereinstimmung mit dem Oberschiedsgericht folgendes bemerkt: Es ist zwar richtig, daß grundsätzlich ein Schiedsverfahren erst mit der Niederlegung beendet wird und bis dorthin nach der Rspr. des OLG. (vgl. RGZ. 77, 315) ein Schiedspruch über die Fälle der §§ 319—321 ZPO. hinaus ergänzt und geändert oder ein Schiedsrichter abgelehnt werden kann (vgl. RGZ. 148, 1 ff. = JW. 1935, 2051<sup>16</sup> m. Anm.). Diese reichsgerichtliche Rspr. geht aber von dem Regelfalle aus, daß ein sog. Gelegenheitschiedsgericht, also ein bestimmtes, für den einzelnen Streitfall vereinbartes Schiedsgericht mit bestimmten Schiedsrichtern und ohne einen Instanzenzug entscheidet, so daß mit Erlaß des Schiedspruchs durch das angerufene Schiedsgericht regelmäßig das Verfahren sein Ende findet. In diesen Voraussetzungen fehlt es aber hier. Die Schiedsgerichte des Reichsnährstandes für Lieferstreitigkeiten sind sog. institutionelle Schiedsgerichte, die zwar auch nur auf Parteivereinbarung hin tätig werden, die aber Glieder einer einheitlichen Organisation sind und deren Besetzung daher wechselt bzw. wechseln kann. Weiter weisen sie unter gewissen Voraussetzungen einen Instanzenzug auf, nämlich die Möglichkeit der Berufung an ein Oberschiedsgericht. Auf solch geartete Schiedsgerichte kann die oben genannte Rspr. des OLG. keine Anwendung finden. Denn würde man eine Änderung eines einmal erlassenen Schiedspruchs durch die Entscheidung eines solchen in der Besetzung wechselnden institutionellen Schiedsgerichts für zulässig erachten, so könnte eine schiedsrichterliche Partei praktisch so lange eine Abänderung des ihr ungünstigen Schiedspruchs betreiben, bis sie eine Besetzung des Schiedsgerichts erreicht, die zu einer ihr günstigen Entscheidung kommen würde. Ein solches Ergebnis würde den Erfolg des schiedsrichterlichen Verfahrens in Frage stellen und zu einer untragbaren Rechtsunsicherheit führen. Dazu kommt noch, daß die Schiedsgerichtsordnung, nach der in diesem Falle das Verfahren durchzuführen war, unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit einer Berufung an ein Oberschiedsgericht vorsieht, was rechtlich zulässig ist (vgl. RGZ. 114, 167 = JW. 1926, 2439). In einem solchen Falle fehlt es nicht nur an jedem praktischen Bedürfnis, dem unterliegenden Teil über die Grenzen der die Voraussetzung der Berufung regelnden Vorschriften und über die Fälle der §§ 319—321 ZPO. hinaus die Möglichkeit einer Änderung des Schiedspruchs zu eröffnen, sondern es würde auch einen Verstoß gegen den Schiedsvertrag bedeuten, von dem die Schiedsgerichtsordnung einen Bestandteil bildet. Die Parteien, die sich einem schiedsrichterlichen Verfahren vor den Schiedsgerichten beim Reichsnährstand unterwerfen, können sich bereits bei Anrufung des Schiedsgerichts nicht darüber im Zweifel sein, daß sie nur unter den in der Schiedsgerichtsordnung vorgesehenen Voraussetzungen den Schiedspruch anfechten können. Sie wollen und müssen daher den erstinstanzlichen Schiedspruch als für sie verbindlich hinnehmen, wenn diese Voraussetzungen (Bescheidsumme, Erklärung der Berufungsfähigkeit) nicht vorliegen und der obsiegende Teil kann nach dem Erlaß eines solchen Schiedspruchs mit vollem Recht annehmen, daß dieser Schiedspruch endgültig ist und zur Niederlegung kommen muß.

Da also eine Bindung des Schiedsgerichts an seinen Spruch v. 26. Aug. 1937 bereits vorlag, so konnte das Schiedsgericht v. 28. Okt. 1937 nachträglich auch nicht jenen Spruch dahin ergänzen, daß er für berufungsfähig erklärt wird.

Mithin fehlt dem Spruch v. 28. Okt. 1937 jegliche schiedsgerichtliche Wirksamkeit und zutreffend hat das Oberschiedsgericht die Berufung der Antragsgegnerin daher als unzulässig verworfen, so daß von einem unzulässigen Verfahren deshalb nicht gesprochen werden kann.

Mit Recht hat daher auch das OLG. antragsgemäß den Schiedspruch des Oberschiedsgerichts v. 18. Jan. 1938 für vollstreckbar erklärt. Da sonstige von Amts wegen zu berücksichtigende Aufhebungsgründe gegen den Schiedspruch nicht er-

kennbar geworden sind, mußte die Berufung gegen das amtsgerichtliche Urteil als unbegründet zurückgewiesen werden.

(LG. Berlin, 4. ZR., Urt. v. 3. Okt. 1938, 204 S 2325/38.)

**Anmerkung:** Der § 1039 ZPO. sieht für den Schiedsspruch als wesentliche Formerfordernisse die Unterzeichnung, die Zustellung und die Niederlegung vor. Die RPr. hat aus der zwingenden Natur der Vorchrift geschlossen, daß der Spruch erst mit der Erfüllung der letzten dieser drei Voraussetzungen existent werde und demgemäß bis zu diesem Zeitpunkte keinerlei Bindung bestehe, mit der Folge, daß das Schiedsgericht bis dahin die Verhandlung wieder eröffnen, den beschlossenen oder gar schon zugestellten Spruch noch abändern könne u. dgl. m. (vgl. RGZ. 77, 315; 101, 395 = JW. 1921, 748; RGZ. 148, 1 = JW. 1935, 2051<sup>16</sup> m. Ann. u. a.).

Die vorl. Entsch. ist insofern recht beachtlich, als sie das Bedenkliche dieser Auffassung hinlänglich illustriert. Es wäre — zum mindesten bei institutionellen Schiedsgerichten, gegen deren Spruch ein Rechtsmittelzug an ein Oberschiedsgericht gegeben ist — in der Tat recht mißlich, wenn neben dem legitimen Rechtsmittelzug ein zweiter, illegitimer Weg der nochmaligen Anrufung des iudex a quo offenstände. Die sich daraus ergebenden Gefahren und Unsicherheitsfaktoren liegen so auf der Hand, daß sie keiner näheren Darlegung bedürfen. Weiter wird man aber sagen müssen, daß sich in dieser Frage ein Unterschied zwischen institutionellen und Gelegenheitschiedsgerichten kaum rechtfertigen läßt. Daß die Sprüche der einen Art eher, die der anderen später unabänderlich würden, wäre ein recht befremdliches und zudem recht unpraktisches Ergebnis, die die Grenze zwischen institutionellen und Gelegenheitschiedsgerichten keineswegs überall klar ist.

Man sollte daher die eingangs erwähnte These für den Bereich aller Schiedsgerichte der Nachprüfung unterziehen und, ich meine, sie kann ihr nicht wohl standhalten.

Vorweg bemerkt: in früheren Zeiten wurde allgemein daraus, daß der nicht verkündete gerichtliche Beschluß der Zustellung bedarf, § 329 Abs. 3, gefolgert, daß er bis zum Zustellungsakt ein nihil sei, während man jetzt — doch wohl ebenfalls allgemein — zwischen dem Existenzwerden des Beschlusses als gerichtlichen Aktes und seinem Wirksamwerden im Verhältnis zu den Parteien unterscheidet. Ob als der erstere Zeitpunkt der der Eingabe an die Geschäftsstelle oder der des Herausgehens der Ausfertigung anzusehen ist, mag hier auf sich beruhen.

Entsprechend muß man m. E. auch bei den Schiedssprüchen hinsichtlich des Existenzwerdens unterscheiden:

Durch die Unterzeichnung des Spruches tritt — da eine davor liegende bindende Abstimmung gesetzlich nicht vorgehoben ist — die Bindung der Schiedsrichter untereinander ein. D. h. der noch nicht herausgegebene Spruch ist zwar noch nicht schlechthin unabänderlich, eine Abänderung oder eine Aufhebung zwecks Wiedereröffnung der Verhandlung kann jetzt aber nicht mehr nach Mehrheitsgrundsätzen, sondern nur noch einstimmig beschloffen werden; das folgt ohne weiteres aus dem Wesen der gegenseitigen Bindung.

Mit der Zustellung, der förmlichen Bekanntgabe des Spruches an die Parteien, tritt nunmehr eine Bindung gegenüber in dem Sinne existent, daß die Schiedsrichter gesprochen haben und ihren Spruch weder abändern noch einfach zurücknehmen können.

Und mit dem letzten Geschehnis, der Niederlegung auf der Geschäftsstelle, erlangt der Schiedsspruch die Eigenschaft als judizieller, urteilshähnlicher Akt; er tritt damit in die Beziehung zu den staatlichen Rechtspflegeeinrichtungen: er wird mit den Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils ausgestattet, er kann für vollstreckbar erklärt werden und unterliegt bei Vorhandensein von Mängeln der Aufhebungsflagge. Für die staatlichen Gerichte, die mit dem Spruche irgendwie befaßt werden, ist er erst von der Niederlegung an existent. —

Diese Aufspaltung der Wirkungen entsprechend den drei in Rede stehenden Akten — Unterzeichnung, Zustellung und Niederlegung — scheint mir in der Tat viel näher zu liegen als die bisherige Auffassung, die die Wirkungen erst bei Vornahme des dritten Aktes einheitlich eintreten lassen will und dabei notgedrungen zu dem doch recht eigentümlichen Ergebnis kommt, daß rechtlich wichtigen Akten wie Unterschriften und Zustellungen zunächst, bis zum Eintreten eines weiteren Vorganges, jede Bedeutung abgesprochen wird.

SenPräs. beim RG. Dr. Jonas, Leipzig.

## Armenrecht

**23. DZG. — §§ 114 ff. ZPO. Keine stillschweigende Bewilligung des Armenrechts für den Abschluß eines den Klagegegenstand überschreitenden Vergleichs. †)**

Der Senat hält an seiner ständigen RPr. (Beschl. v. 18. Dez. 1936, 4 U 134/36, v. 11. Febr. 1938, 3 U 173/37, v. 2. März 1938, 6 U 352/37) fest, daß die Armenrechtsbewilligung zum Abschluß eines einen höheren Gegenstand betreffenden Vergleichs, wenn sie überhaupt zulässig ist, nur ausdrücklich hätte geschehen können. Auch die neuerdings hierzu veröffentlichten Entsch. des DZG. Jena v. 14. Dez. 1937, des DZG. Zweibrücken v. 22. Jan. 1938 und des RG. v. 7. Mai 1938 (JW. 1938, 473<sup>39</sup> u. 40, 2420<sup>32</sup>) geben dem Senat keinen Anlaß, seine Rechtsansicht zu ändern. Die Armenrechtsbewilligung und ihre Ausdehnung bedürfen eines Beschlusses, und zum Wesen eines Beschlusses gehört es, daß der Wille des Gerichts ausgesprochen wird. Wichtig ist nur, daß auch Beschlüsse der Auslegung zugänglich sind. Die hier ausgesprochene Armenrechtsbewilligung kann aber nicht ohne weiteres dahin verstanden werden, daß sie auch die Beendigung des Rechtsstreits durch irgendeinen Vergleich umfasse, dessen Gegenstand die mit der Berufung verfolgten Ansprüche überschreitet.

Dem BeschwF. könnte hiernach nur geholfen werden, wenn das LG. das Armenrecht und die Beordnung nachträglich mit rückwirkender Kraft auch auf die Beendigung des Rechtsstreits durch den den Gegenstand der Berufung überschreitenden Vergleich bewilligt hätte. Das hat das LG. jedoch als unzulässig abgelehnt, und auch diese Entsch. ist nicht zu beanstanden.

Mit der herrschenden RPr. mag hierbei zugunsten des BeschwF. angenommen werden, daß das Armenrecht auch zum Abschluß eines einen höheren Gegenstand betreffenden Vergleichs bewilligt werden kann. Nach welchem rechtlichen Gesichtspunkte diese Entscheidung zu treffen wäre, ist freilich unklar.

Auch die Beendigung der Instanz würde nach zutreffender Rechtsansicht (Beschl. des RG. v. 18. Okt. 1936: JW. 1936, 3185<sup>9</sup>) dem beantragten Beschlüsse nicht entgegenstehen, sofern nur der Antrag vor Abschluß des Vergleichs gestellt worden ist.

Daran fehlt es jedoch. Ein ausdrücklicher Antrag liegt unstreitig nicht vor. Ob ein stillschweigender Antrag — im Gegensatz zu einem „stillschweigenden Beschlusse“ — denkbar ist, kann hier dahingestellt bleiben. Denn das, was der BeschwF. für einen stillschweigenden Antrag vorbringt, reicht dazu nicht aus. Es zeigt nur, daß der BeschwF. nach den Erklärungen des Vorsitzenden angenommen hat, daß den Kl. im Berufungsverfahren mit Einschluß des erstrebten Vergleichs wegen des Armenrechts keine Kosten erwachsen würden und daß er deshalb von einem Antrage abgesehen hat.

(DZG. Hamburg, Beschl. v. 20. Okt. 1938, 1 W 235/38.)

**Anmerkung:** Die Ablehnung der Vergleichsgebühr für die weitergehenden, in den Vergleich einbezogenen Ansprüche mag vorliegend im Ergebnis begründet sein. Doch begegnet die generelle Verneinung der Anerkennung einer stillschweigenden Armenrechtsbewilligung selbst im Sinne einer stillschweigenden Ausdehnung des bereits für bestimmte Ansprüche bewilligten Armenrechts erheblichen Bedenken. Sicherlich ist es richtig, daß an dem Erfordernis eines ausdrücklichen gerichtlichen Beschlusses als dem Fundament der Reichskasse festzuhalten ist (so auch mein „Komm. z. ArmAnwG.“ S. 84 Nr. 2). Allein ebenso sicher ist es nicht richtig, starr daran festzuhalten und sich damit der Möglichkeit zu begeben, besonders gelagerten Ausnahmefällen und so also der tatsächlichen Gestaltung des Lebens, das bedeutet im Prozeß dem tatsächlich vorhandenen und nicht einmal grundsätzlich zu mißbilligenden Abklärungs- und Vereinfachungsbestreben, Rechnung zu tragen.

So ist denn zwar die allgemeine Rechtsauffassung des DZG. Hamburg, zum Wesen eines Beschlusses gehöre, daß der Wille des Gerichts ausgesprochen werde, zweifellos zutreffend. Zeigt aber nicht schon die täglich hundertfach zu beobachtende stillschweigende Beweisordnung, daß es eben auch „unausgesprochene“ und trotzdem verfahrens- und damit gebührenrechtlich voll wirksame Beschlüsse gibt? Man denke ferner an die häufigen Fälle stillschweigender Verbindung mehrerer Verfahren durch rein tatsächliche Maßnahmen, so vor allem durch gemeinsame Verhandlung. Gewiß dokumentiert in diesen Fällen der Wille des Gerichts sich irgendwie nach außen hin, so z. B. bei Beweisordnung durch die tatsächliche Vernehmung von Zeugen. Doch schon bei der Vermertung von Beakten, die zunächst nur zwecks Information vorgelegen haben, für das Urteil aber zwecks Beweises verwertet worden sind, kann nur erst aus dieser Vermertung heraus der Wille des Gerichts zur Beweis-

erhebung und aus diesem wieder rückschließend die Beweisanzordnung und damit der gerichtliche Beschluß konstruiert werden.

Damit ist also die Ansicht des OLG. Hamburg widerlegt, daß nur der ausgesprochene, also wörtlich erklärte Wille des Gerichts einen gerichtlichen Beschluß schafft und daß auch nur auf diesem Wege eine Armenrechtsbewilligung erfolgen könne. Es ist folglich begrifflich durchaus nicht ausgeschlossen, aus schlüssigem Verhalten des Gerichts auch einen Beschluß über das Armenrecht zu entnehmen, sofern nur das Verhalten des Gerichts in diesem Sinne eindeutig ist und nach außen eindeutig erscheinen muß und damit keinen diesbezüglichen Willen ergibt, der als schlüssig erklärte Wille also gleichwertig neben dem ausgesprochenen Willen als verfahrensrechtlich wirksam steht.

Eine solche Feststellung wird sich naturgemäß genügend bestimmen und klar grundsätzlich wohl niemals dann treffen lassen, wenn das Gericht über irgendwelche Armenrechtsbewilligung sich noch gar nicht geäußert hat, wohl aber dann, wenn eine Bewilligung und Beordnung bereits vorliegt und nur eine gewisse Ausdehnung in Frage kommt. Denn dann ist die feste Grundlage vorhanden, die eben nur umfangmäßig eine Ausweitung erfährt.

In diesem Sinne sind die bisher zu dieser Frage in bejahendem Sinne ergangenen Entsch. des RG. und anderer Oberlandesgerichte, welche obige Entsch. auch anführt, zu verstehen und begründet, mit deren Gedankengängen sich auseinanderzusetzen immerhin wohl verlohnt hätte (zu vgl. ferner die bei Gaedeker, „KostRspr.“, 1938, Nr. 631 Anm. aufgeführten Entsch. von Braunschweig, Jena, Raumburg, ferner die nicht grundsätzlich ablehnende Stellungnahme des OLG. München v. 8. Sept. 1938: JWBl. 1938, 324).

Hinzugeben ist dem OLG. Hamburg nur, daß eine Auslegung des bisherigen Bewilligungsbeschlusses in solchen Fällen zur Einbeziehung der in dem Vergleich mit zur Erledigung gebrachten weitergehenden Ansprüche in das Armenrecht nicht anstreicht.

II. Mit einiger Verwunderung liest man den Satz, daß es unklar sei, nach welchen rechtlichen Gesichtspunkten eine Armenrechtsbewilligung zum Abschluß eines Vergleichs über weitergehende Ansprüche erfolgen könne. Denn in dieser Beziehung hat die Rspr. wohl kaum je Bedenken gehabt und könnte sie auch berechtigterweise nicht haben. Die Verurteilung des Gerichts, eine solche Ausdehnung des Armenrechts auf bisher in der Instanz oder überhaupt noch nicht rechtshängig gewordene Ansprüche anzuordnen, findet verfahrensrechtlich ihre Grundlage gerade darin, daß auch ein solcher Vergleich Teil des Prozessverfahrens ist (zu vgl. Lindemann: JW. 1936, 3288; mittelbar anerkannt durch die Bestimmung des § 36 GG.; Entsch. des Senats v. 14. Nov. 1936: JW. 1936, 3583; Gaedeker, „ArmAnwG.“ S. 176).

Daß schließlich doch auch ein dringendes praktisches Bedürfnis nach einem solchen — vereinfachten — Verfahren besteht, kann wohl niemand leugnen. Nach OLG. Hamburg müßte aber eine Partei gezwungen sein, zunächst für ein neues Verfahren das Armenrecht nachzusuchen, bei welchem es allerdings nicht einmal zur Einreichung der Klage zu kommen brauchte (vgl. Entsch. des Senats v. 30. April 1937 bei Gaedeker, „KostRspr.“, 1938, Nr. 628). Immerhin würde sogar eine solche erforderlich sein, um den nunmehr angestrebten Vergleich verfahrensrechtlich überhaupt zu ermöglichen, sei es auch nur auf dem Wege, um durch eine Verbindung mit dem bereits schwebenden Verfahren die gemeinsame vergleichsweise Erledigung aller Ansprüche zu erreichen. Daß ein solches Verfahren an Umständlichkeit nicht zu übertrieben wäre, braucht kaum gesagt zu werden. Daß es allein schon dadurch teurer wird, ist ebenso selbstverständlich. Weit schlimmer wäre aber noch die unausbleibliche Auswirkung, daß nämlich damit die erstrebenswerten und von den Parteien an sich auch beabsichtigte vergleichsweise Bereinigung aller der bereits freigeit gewordenen wie der noch nicht vor Gericht gebrachten Ansprüche geradezu vereitelt werden würde. Damit würde man also der Rechtspflege einen schlechten Dienst erweisen.

Solche Ausdehnung des Armenrechts erscheint daher nicht nur rechtlich unbedenklich, sondern auch praktisch weitgehend geboten.

RGK. Dr. Gaedeker, Berlin.

24. RG. — §§ 74, 29 GG.; § 118 a ZPO. Gleichzeitige Einreichung von Klage und Armenrechtsge such läßt bereits die gerichtliche Prozeßgebühr fällig werden. — Keine Lagerücknahme mehr nach Vergleich im Armenrechtsverfahren.

Der Ansatz der gerichtlichen Prozeßgebühr ist nicht zu beanstanden. Denn durch die gleichzeitige Einreichung der Klage und des Armenrechtsge suches ist bereits das Prozeßverfahren

selbst in Lauf gesetzt und i. S. des § 74 GG. der Antrag gestellt worden, durch dessen Stellung die Prozeßgebühr fällig wird. Daran kann auch nichts die Tatsache ändern, daß es zu einem Sühnetermin im Armenrechtsverfahren gekommen und in diesem ein Vergleich zu gerichtlichem Protokoll geschlossen worden ist, der nur die außergerichtlichen Kosten des Verfahrens auführt, indem vielleicht die Auffassung aller Beteiligten dahin gegangen ist, gerichtliche Kosten seien noch nicht erwachsen. Diese Auffassung wäre irrig und rechtfertigt durchaus nicht den Vorwurf der Beschwerde, daß es wider Treu und Glauben verstieße, wenn bei dieser klaren Lage nachträglich von der Justizverwaltung Kosten erhoben würden. Denn die klare Rechtslage, wie sie durch die gleichzeitige Einreichung des Armutzeugnisses und der Klage in Urchrift, beglaubigter Abschrift und Gerichtsabschrift geschaffen worden ist, geht nach der ständigen Rspr. des Senats (zu vgl. die bei Gaedeker, KostRspr. 1938 Nr. 33 angegebenen grundsätzlichen Entsch.) dahin, daß in solchem Falle zwei selbständige Verfahren, das ordentliche Prozeßverfahren und das Armenrechtsverfahren, in Lauf gesetzt werden und daß eine Ausnahme davon nur dann gemacht werden kann, wenn der Einreichende ausdrücklich und eindeutig erklärt, daß die Klageschrift nur als Anlage zum Armenrechtsge such gelten soll, oder wenn mindestens ausdrücklich beantragt wird, den Sachantrag erst nach Bewilligung des Armenrechts in den Geschäftsang zu nehmen. Derartige Erklärungen sind hier nicht abgegeben worden. Wenn die Beschwerde meint, aus der Formulierung: „Anbei“ überreiche ich 1. Klage, 2. Armutzeugnis usw., ergebe sich zur Genüge, daß die Klage nur als Anlage des Armenrechtsge suchs und nicht als selbständiges Schriftstück behandelt werden solle und daß es sich anderenfalls nur um ein Spiel mit Worten handele, so genügt gegenüber diesem Versuch, die Verantwortung für ein verfahrens- und gebührenrechtlich nicht ordnungsgemäßes Vorgehen vom Anwalt auf das Gericht abzuwälzen und im Wege nachträglicher Auslegung mit unzulänglichen Mitteln die gebührenrechtlichen Nachteile von der Partei abzuwenden, der Hinweis auf die angezogenen Entsch. In diesen durchweg veröffentlichten Entsch. sind die maßgebenden Gesichtspunkte in ausführlicher Begründung herausgearbeitet. Eine Wiederholung erübrigt sich.

Die Kostenlast kann der Antragstellerin auch nicht mehr dadurch erleichtert und wenigstens eine Ermäßigung der Prozeßgebühr nach § 29 GG. dadurch herbeigeführt werden, daß nunmehr noch die Rücknahme der Klage erklärt wird. Denn durch den im Armenrechtsverfahren gemäß § 118 a ZPO. geschlossenen Vergleich, der einen gerichtlichen Vergleich i. S. des § 794 ZPO. darstellt, ist zugleich auch das schwebende Prozeßverfahren unmittelbar mit erledigt worden (so grunds. Entsch. des Senats v. 21. Aug. 1936 bei Gaedeker, „KostRspr.“ Nr. 112), so daß für eine Lagerücknahme kein Raum mehr ist.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 23. Nov. 1938, 20 W 4945/38.)

## Rechtsanwaltsgebührenordnung

25. RG. — § 3 RAGebO.; § 91 ZPO.; § 1387 BGB. Grundsätzliche Regelung der Kostenerstattungspflicht beim Obliegen nur eines von mehreren durch denselben Anwalt vertretenen Streitgenossen. Diese Grundsätze gelten auch, wenn die Streitgenossen Eheleute sind. Sie gelten ferner ungeachtet dessen, ob hinter einem der Streitgenossen eine Versicherungsgesellschaft steht.

In dem gegen die beklagten Eheleute, und zwar gegen den Vekl. zu 1, den Ehemann, als Kraftfahrzeughalter und gegen die Vekl. zu 2, die Ehefrau, als Fahrzeugführerin angestrebten Rechtsstreit ist der Vekl. zu 1 zum Teil verurteilt, im übrigen ist die Klage abgewiesen worden. Die Kostenentscheidung lautet dahin: „Die gerichtlichen Kosten des Rechtsstreits fallen dem Kl. und dem Vekl. zu 1 je zur Hälfte zur Last. Von den außergerichtlichen Kosten trägt der Kl. die der Vekl. zu 2 voll und die Hälfte der eigenen, und der Vekl. zu 1 die eigenen und die Hälfte der dem Kl. erwachsenen.“

Beide Vekl. sind durch denselben Prozeßbevollmächtigten vertreten gewesen. Zugunsten der siegreichen Vekl. zu 2 sind durch Kostenfestsetzungsbeschluß v. 27. Jan. 1938 die gesamten Gebühren und Auslagen dieses Prozeßbevollmächtigten festgesetzt worden. Hiergegen hat der Kl. Erinnerung eingelegt mit der Begründung, daß, da beide Vekl. durch denselben Anwalt vertreten worden seien, die Kostenentscheidung insoweit nur theoretische Bedeutung habe. Denn durch die Prozeßführung der beklagten Ehefrau seien besondere Kosten nicht entstanden, insbes. nicht mehr Kosten, als bei einer Klage allein gegen den Ehemann erwachsen wären. Folglich könnten zugunsten der Ehefrau auch keine Kosten festgesetzt werden. BG. hat der Erinnerung

dahin stattgegeben, daß es nur die halben Kosten mit 88,60 RM für erstattungsfähig erklärt hat. Denn trotz entsprechender Auflage habe die Bekl. zu 2 nicht glaubhaft gemacht, daß sie die gesamten Kosten bezahlt habe oder ihr Ehemann zahlungsunfähig sei. Folglich könne sie nach der herrschenden, insbes. von der RPr. des RG. vertretenen Ansicht nur Kostenerstattung nach Kopfteilen verlangen.

Mit der Beschwerde bekämpft der Kl. die Festsetzung auch nur der halben gemeinsamen Anwaltskosten zugunsten der beklagten Ehefrau mit der Begründung, daß einmal erfahrungsgemäß allein der Ehemann die Kosten zahle, im übrigen hinter ihm als Halter des Kraftfahrzeuges und alleinigem Versicherungsnehmer auch die Versicherungsgesellschaft stehe, daß im übrigen aber nach § 1387 BGB. er ohnehin grundsätzlich die Kosten eines Rechtsstreits der Ehefrau zu tragen habe.

Die Beschwerde ist nicht begründet.

RG. geht zutreffend von den in der RPr. des Senats für den Fall, daß von mehreren durch denselben Anwalt vertretenen beklagten Streitgenossen der eine obsiegt, der andere unterliegt, entwickelten Grundfäden aus. Diese gehen dahin, daß an sich der siegreiche Streitgenosse von der Gegenpartei die vollen gemeinschaftlichen Anwaltskosten erstattet verlangen kann. Doch bedarf es dazu der Glaubhaftmachung, daß gerade durch ihn die Zahlung dieser gemeinsamen Kosten erfolgt. Undernfalls kann er nur den auf ihn entfallenden Kopfteil erstattet verlangen (grundf. Entsch. 20 W 11947/30 v. 8. Dez. 1930, ausdrücklich bestätigt durch 20 W 6124/36 v. 14. Nov. 1936, beide bei Gaedeker, „KostRPr.“ 1938 Nr. 413 A.). Nur wenn bereits unstreitig feststeht oder nachgewiesen werden kann, daß die bisher noch nicht in Anspruch genommenen (unterlegenen) Streitgenossen zahlungsunfähig sind, ihre anteilige Zahlungsansprüche durch den gemeinsamen Prozeßbevollmächtigten somit praktisch nicht in Frage kommt, ist der Erstattungsanspruch des siegreichen Streitgenossen hinsichtlich der vollen gemeinsamen Anwaltsgebühren gerechtfertigt (20 W 568/33 v. 25. Jan. 1933 bei Gaedeker Nr. 414).

An diesen Grundfäden, die auch von einer Reihe anderer OLG. gebilligt werden (vgl. Nr. 414 Anmerkung), ist auch gegenüber der abweichenden Ansicht im Kommentar von Willenbücher, 12. Aufl., 1938, S. 128/29, die sich auf die Rechtsprechung der Kostenbeschwerdekammer des OLG. Berlin stützt, festzuhalten. Diese Auffassung beruht auf einer Verwischung der Begriffe Kostenentscheidung (= Kostentragungspflicht zwischen den Prozeßparteien) einerseits und der Kostenhaftung im Verhältnis zwischen der Partei (den Streitgenossen) und ihrem Anwalt andererseits. Der Urteilsauspruch beschränkt sich darauf, die Verpflichtung zur Kostentragung (gegebenenfalls in bestimmtem Verhältnis) auszusprechen. „Ziffernmäßig ergänzt“, wie Willenbücher ausführt, kann die Kostenentscheidung, d. h. verwirlicht werden kann der Kostenerstattungsanspruch in der Kostenfestsetzung indes nur dann, wenn tatsächlich dem Erstattungsberechtigten Kosten entstanden sind, und naturgemäß nur in der Höhe, in der sie gerade für ihn entstanden sind. Nur darum, d. h. ausschließlich um eine gerade dem Kostenfestsetzungsverfahren vorbehaltene Prüfung handelt es sich aber bei der Frage, in welchem Umfange einer von mehreren durch einen gemeinsamen Anwalt vertretenen Streitgenossen für sich allein die Kostenerstattung beanspruchen kann. Diese Prüfung betrifft also, was die Gegenansicht zu Unrecht bemängelt, ausschließlich die Höhe der zur Erstattung angemeldeten und als erstattungsfähig anzuerkennenden Kosten.

Es ist daher rechtlich durchaus verfehlt, in der notwendigerweise vorzunehmenden Unterscheidung zwischen demjenigen Teil der gemeinsamen Anwaltskosten, die der siegreiche Streitgenosse als ihm erwachsene Kosten für sich erstattet verlangen kann, und demjenigen Teil, der auf die anderen (unterlegenen) Streitgenossen als deren Kostenaufwand entfällt, einen Eingriff in die gerichtliche Kostenentscheidung zu sehen, und es ist gleichermaßen verfehlt, darin, wie Willenbücher S. 129 meint, eine Nachprüfung des Erlöschens des Kostenanspruchs, welche nicht Sache des Kostenfestsetzungsverfahrens sei, zu erblicken. Vielmehr bildet diese Prüfung die unentbehrliche begriffliche und grundlegende Voraussetzung für eine Festsetzung überhaupt, ohne welche eine Entscheidung darüber, ob denn erstattungsfähige Kosten vorhanden sind und in welcher Höhe zugunsten gerade des einen Streitgenossen eine Festsetzung erfolgen kann, unmöglich ist.

Wenn es auch an sich zutreffend ist, daß im allgemeinen die Frage, ob einer Partei Kosten erwachsen sind, nicht ohne weiteres gleichbedeutend mit der Frage ist, ob sie solche bereits tatsächlich aufgewandt hat, weil auch schon eine bestehende Zahlungsverpflichtung als genügend angesehen wird, so handelt es sich doch dabei nur um eine von der Praxis geschaffene Aus-

legung des § 91 ZPO. Begrifflich würde vielleicht das Gegenteil näherliegen und ließe sich jedenfalls mit mindestens genau so guten Gründen vertreten. So vermag dann auch diese Auslegung nicht derjenigen tatsächlichen Gestaltung gerecht zu werden, bei der das bloße Verpflichtetsein zu einer Zahlung zunächst nur ein leerer für die Kostenerstattung nicht verwertbarer Begriff ist, der erst durch den tatsächlich erfolgten Kostenaufwand ausgefüllt werden muß. Das ist eben überall dort der Fall, wo die bloße Zahlungsverpflichtung in gleicher Weise eine Mehrheit von Schuldnern trifft und es deshalb willkürlich und der Rechtslage nicht entsprechend wäre, wollte man trotzdem jeden einzelnen der Schuldner so behandeln, als ob er der allein Verpflichtete wäre. Der Grundsatz, daß an sich jeder von mehreren Streitgenossen berechtigt ist, sich durch einen besonderen Anwalt vertreten zu lassen, und daß diesfalls und ebenso, wenn die Klage gegen ihn allein gerichtet worden wäre, ja ohnehin auf seiner Seite die vollen Kosten eines Anwalts erwachsen wären, versagt gegenüber der Tatsache, daß nun einmal weder dieser noch jener Umstand vorliegt und daß die gemeinsam geführte Vertretung notwendigerweise eine Verbilligung mit sich bringt, die für die Kostenerstattung Berücksichtigung erheischt. Diese Berücksichtigung in gerechtem Maßstab muß dazu führen, den gemeinsamen Kostenaufwand solange als solchen, d. h. jeden einzelnen nur anteilig nach Kopfteilen treffenden Aufwand zu behandeln, als nicht ein höherer Anteil (bis zur vollen Höhe der Gesamtkosten) durch den einzelnen als Erstattungsgläubiger auftretenden Streitgenossen glaubhaft gemacht ist.

Auf diesen Erwägungen beruhen die vom Kostenrat des RG. entwickelten Rechtsgrundsätze zu dieser Frage.

Daß, wie Willenbücher meint, unter Umständen eine Umgehung dieser Rechtsgrundsätze möglich ist, ist hier wie überall für die zutreffende rechtliche Beurteilung belanglos und kann diese nicht berühren. Sie muß und kann im gegebenen Falle als Rechtsmißbrauch in geeigneter Weise bekämpft werden.

Diese klaren Richtlinien sind vom Senat nirgends — wie Willenbücher in Verkennung dieses grundsätzlichen Aufbaus ausführt — irgendwie eingeschränkt worden. Sie haben im Gegenteil nur folgerichtig ihren weiteren systematischen Ausbau erfahren, wenn von dem Nachweis der Zahlung durch einen Streitgenossen als für das Festsetzungsverfahren maßgebendem Umstand ohne Rücksicht darauf ausgegangen ist, aus welchen Mitteln diese Zahlung geleistet ist (so grundf. Entsch. 20 W 5297/33 v. 31. Mai 1933 bei Gaedeker Nr. 415) und aus welchem Grunde gerade dieser Streitgenosse die vollen gemeinschaftlichen Anwaltskosten gezahlt hat (20 W 1160/38 vom 19. März 1938; JW. 1938, 1189). Denn wollte man anders verfahren, so würde in die Kostenfestsetzung ein diesem Verfahren fremdes Element hineingetragen werden, nämlich die — auch schon für die grundsätzliche Handhabung der Kostenerstattung abgelehnte — Prüfung der Frage, woher die gerade von dem einen Streitgenossen tatsächlich aufgewandten Mittel stammen. Diese Frage ist für die Kostenerstattung auch sonst regelmäßig ohne Bedeutung. Sie kann im Kostenfestsetzungsverfahren schon deshalb nicht erörtert werden, weil sie im Verhältnis zur Gegenpartei völlig belanglos ist und in diesem nur derjenige Kostenaufwand als rechtlich erheblich hervortritt, der nach außen hin als solcher des Erstattungsgläubigers in die Erscheinung tritt.

Damit ist auch die von der Beschwerde angeschnittene Frage, wie der Kostenaufwand durch eine hinter dem oder einem der Streitgenossen stehende Versicherungsgesellschaft sich auf die Kostenerstattung auswirkt, entschieden. Da sie für die Partei zählt, wird in aller Regel der Aufwand als solcher der Partei selbst nach außen hin erscheinen und so grundsätzlich keine andere Beurteilung der Kostenerstattung für den einen obliegenden von mehreren Streitgenossen auf einer Seite herbeiführen. Denn ob der Streitgenosse aus eigenen oder fremden Mitteln oder ob ein Dritter für ihn zahlt, bleibt regelmäßig für den Erstattungsschuldner ohne Belang, sofern nicht gerade eine unentgeltliche Zuwendung an den Erstattungsgläubiger beabsichtigt war.

Schließlich versagt auch der weitere Gesichtspunkt, daß es sich bei den Streitgenossen um Eheleute handelt und bei diesen, wie die Beschwerde meint, erfahrungsgemäß der Ehemann die Kosten trägt. Es liegt nicht die geringste rechtliche Handhabe dafür vor, Streitgenossen in der Kostenerstattung nur um deswillen anders zu behandeln, weil sie Eheleute sind. Solche anderweite Beurteilung rechtfertigt sich vor allem auch nicht aus dem Gesichtspunkt der Kostenhaftung des Ehemannes für Kosten schulden der Ehefrau gemäß § 1387 BGB. Denn diese Kostenhaftung bedeutet, wo sie praktisch wird, im Verhältnis zu dem Gläubiger der Frau nichts anderes als eine gesamtschuldnerische Haftung des Ehemannes neben der Frau (§ 1388



BB.) und damit also nur wiederum dieselbe Rechtslage, wie sie im Verhältnis mehrerer gemeinsam vertretener Streitgenossen, die nicht Eheleute sind, zu ihrem Anwalt ohnehin nach § 3 RWGebD. gegeben ist. Im Verhältnis zu dem erstattungspflichtigen Gegner steht mithin auch der Ehemann der obliegenden Ehefrau rechtlich in keiner Weise anders da als jeder andere gemeinschaftlich für die Kosten haftende Streitgenosse. Mithin rechtfertigt auch dieser Gesichtspunkt kein Abweichen von den vorerörterten Grundsätzen.

Mit Recht hat daher das OLG. die halben gemeinsamen Anwaltskosten der siegreichen Ehefrau als ihr vom Kl. zu erstattende Kosten festgesetzt.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 12. Nov. 1938, 20 W 4902/38.)

\*

26. RG. — § 13 Ziff. 4 RWGebD.; § 515 Abs. 3 ZPO.; § 7 EntW.D.

I. Maßnahmen des Gerichts „in der Annahme des Einverständnisses der Parteien, falls nicht (binnen bestimmter Frist) widersprochen wird“ sind regelmäßig nur erst Ankündigung einer beabsichtigten Maßnahme, noch keine wirksame gerichtliche Anordnung im schriftlichen Verfahren. Weiterleitung solcher Anordnung an die Partei läßt Beweisgebühr des Anwalts noch nicht entstehen.

II. Streitwert des Verlusturteils ist nicht gleich dem Streitwert der Hauptsache. Wird auch Kostenurteil beantragt, dann Berechnung des Streitwerts einmal nach den aufgelaufenen Kosten, sodann nach dem (nach § 3 zu schätzenden) Streitwert des Verlusturteils. Die Kosten sind dann keine Nebenforderung mehr.

Das OLG. hat folgenden Beschluß erlassen:

„In Sachen ... wird im vorausgesehenen Einverständnis der Parteien, falls sie nicht binnen einer Woche seit Zugang dieses Beschlusses widersprechen, gemäß § 7 EntW.D. zunächst beschließen, durch den eruchten Richter die vom Kl. benannte Zeugin zu vernehmen.“

Gleichzeitig ist das Beweisersuchen an das zuständige OLG. mit der Bitte um größte Beschleunigung abgegangen. Der Beschluß des Gerichts ist am 7. Mai 1938 den beiderseitigen Prozeßbevollmächtigten zugestellt worden. Mit Schriftsatz v. 11. Mai, eingegangen am 12. Mai 1938, ist die Anzeige der Berufungsrücknahme bei Gericht eingereicht und daraufhin das Beweisersuchen vom OLG. zurückgefordert worden. Im Verhandlungstermin v. 10. Juni 1938 ist der Berufungskläger im Versäumniswege der Berufung für verlustig erklärt und sind ihm die Kosten der Berufung anferlegt worden. Der Armananwalt des Berufungsbeklagten im zweiten Rechtszuge hat daraufhin die Festsetzung der Kosten auf seinen Namen, und zwar einer Prozeß-, Verhandlungs- und Beweisgebühr nach einem Streitwert von 2000 RM (Ehesache) erwirkt. Hiergegen hat der Kl. Erinnerung erhoben und Absetzung der Verhandlungs- und Beweisgebühr verlangt, die nicht entstanden seien. Denn infolge der Berufungsrücknahme habe es zu einer rechtswirksam angeordneten schriftlichen Entsch. nicht kommen können. Der Erinnerungsführer weist demgegenüber darauf hin, daß die Beweisanzordnung des Prozeßgerichts bereits am Tage des Zugehens vom Anwalt an die Partei weitergeleitet worden sei.

Das OLG. hat der Erinnerung stattgegeben und den Kostenfestsetzungsbeschluß dahin geändert, daß die zu erstattenden Kosten anderweit auf nur 20,05 RM festgesetzt werden.

Dieser Beschluß konnte jedoch ebenföwenig wie der Kostenfestsetzungsbeschluß des Urkundsbeamten aufrechterhalten werden. Nach § 7 EntW.D. steht ein im Einverständnis der Parteien im Wege schriftlicher Entsch. geführtes Verfahren gebührenrechtlich dem mündlichen Verfahren gleich. Durch das Einverständnis beider Parteien mit schriftlicher Entsch. erwächst daher, sofern demnächst eine Entsch. tatsächlich ergeht (Entsch. des Senats v. 24. April 1930: Gaedekke, „KostRspr.“ 1938 Nr. 217) die Verhandlungsgebühr gemäß § 13 Ziff. 2 RWGebD. und, sofern die Entsch. eine Beweisanzordnung enthält, für die dann im Beweisanznahmeverfahren tätig werdenden Prozeßbevollmächtigten auch die Beweisgebühr aus § 13 Ziff. 4 RWGebD. Mit Recht verneint nun schon das OLG., daß hier ein schriftliches Verfahren im Einverständnis der Parteien stattgefunden hat. Die vom Prozeßgericht getroffene Anordnung ist, wie dies in der Praxis vielfach üblich ist, nicht nach vorheriger Einholung des Einverständnisses der Parteien, sondern „im vorausgesehenen Einverständnis der Parteien, falls sie nicht binnen einer Woche seit Zugang widersprechen“, ergangen. Damit hat das Prozeßgericht nur vorsorglicher- und vorbereitenderweise eine von ihm für den Fall des noch zu erklärenden und verfahrensrechtlich notwendigen Einverständnisses der Parteien beabsichtigte Maßnahme, nämlich die Anordnung einer Beweisanznahme, nur erst angekündigt, und zwar ausdrücklich nicht als bereits wirksame Anordnung, sondern als solche, die

erst durch die Zustimmung der Parteien ihre Wirksamkeit erhalten soll. Erst der Ablauf der Frist, ohne daß von Seiten der Parteien ein Widerspruch eingegangen wäre, bedeutete mithin den Beginn des schriftlichen Verfahrens i. S. des § 7 EntW.D. und damit zugleich das Wirksamwerden der für diesen Fall angekündigten gerichtlichen Beweisanzordnung.

Für die kostenrechtliche Beurteilung ergibt sich aus dieser verfahrensrechtlichen Lage folgendes: Eine Beweisanzordnung i. S. des § 20 Ziff. 2 ORG., durch welche die gerichtliche Beweisgebühr anfällt, liegt ebenfalls erst in dem Zeitpunkt vor, in welchem der angekündigte Beweisbeschluß zu einem wirksamen Beweisbeschluß wird. Folglich ist vordem auch für eine Tätigkeit der Prozeßbevollmächtigten in einem Beweisanznahmeverfahren als Voraussetzung für die Anwaltsgebühr (§ 13 Ziff. 4 RWGebD.) kein Raum. Insbes. ist die Empfangnahme und Weiterleitung einer solchen angekündigten Beweisanzordnung an die Partei nicht etwa der Behandlung eines regelrechten Beweisbeschlusses durch den Anwalt gleichzusetzen und läßt für diesen nicht, wie beim Beweisbeschluß, bereits die Beweisgebühr erwachsen. Dies ist mindestens so lange nicht der Fall, als die gerichtliche Anordnung klar und deutlich ihre Besondereit als nur erst beabsichtigte, von der entsprechenden Zustimmung der Parteien abhängige Maßnahme zu erkennen gibt. Denn so lange kann der Anwalt sich auch nicht darauf stützen, daß er durch eine unzulässigerweise getroffene Maßnahme des Gerichts zur Entwicklung einer entsprechenden Tätigkeit veranlaßt worden sei, für welchen Fall nach der Rspr. des Senats (zu vgl. grundsätzliche Entsch. v. 24. Nov. 1937: Gaedekke, „KostRspr.“ 1938 Nr. 515) ein Gebührenanspruch des Anwalts in der Tat bereits begründet wäre.

Ob ein solcher Fall vorläge, wenn — wie hier — das Prozeßgericht, ohne die von ihm selbst gesetzte Frist zu beachten, bereits das Beweisersuchen an das zuständige Gericht ergehen läßt und hiervon die Parteien, sei es durch das eruchende, sei es durch das eruchte Gericht, verständigt und so zu Maßnahmen im Interesse der Vertretung ihrer Partei in dem tatsächlich bereits begonnenen Beweisanznahmeverfahren veranlaßt werden, kann dahinstehen. Denn eine solche Benachrichtigung an die Parteien ist jedenfalls vor Berufungsrücknahme nicht ergangen, konnte also eine entsprechende Tätigkeit der Prozeßbevollmächtigten nicht auslösen.

Ist danach eine Entsch. im schriftlichen Verfahren nicht ergangen, so sind auch weder die Verhandlungsgebühr noch die Beweisgebühr für die Prozeßbevollmächtigten erwachsen.

Gleichwohl ist die Verhandlungsgebühr im mündlichen Verfahren durch die spätere Erwirkung des Kosten- und Verlusturteils aus § 515 Abs. 3 ZPO. für den Prozeßbevollmächtigten als Berufungsbeklagten entstanden. Doch berechnet sich diese Verhandlungsgebühr nach der ständigen Rspr. des Senats (zu vgl. Entsch. v. 11. Jan. 1933: Gaedekke, „KostRspr.“ Nr. 540), der auch bereits die OLG. Hamburg, Jena, Kiel und Naumburg (zu vgl. Entsch. v. 11. Jan. 1933: Gaedekke, „KostRspr.“ Nr. 540), sich angeschlossen haben, nicht nach dem vollen Streitwert in der Hauptsache, ist vielmehr gemäß § 3 ZPO. nach dem Interesse des Berufungsbeklagten an dem Urte. auf Verlusterklärung frei zu schätzen. Diese Auffassung steht zwar im Widerspruch zu der ständigen Rspr. des RG. Doch muß der Senat auch gegenüber den neuerdings zu dieser Frage ergangenen Entsch. des RG. (V) v. 9. Okt. 1937 (ZW. 1937, 3048) und (I) v. 17. Juni 1938 (ZW. 1938, 2617) daran festhalten. Wenn § 515 Abs. 3 als Folge einer — ordnungsmäßigen — Berufungsrücknahme dem Berufungsbeklagten die Befugnis einräumt, den durch die Berufungsrücknahme eingetretenen Verlust des Rechtsmittels durch ein sogenanntes Verlustigkeitsurteil feststellen zu lassen, so kann der Ansicht des RG. nicht beigegeben werden, daß die Frage, ob die Hauptsache wirklich schon erledigt war, gerade erst in dem durch § 515 Abs. 3 Satz 2 ZPO. geordneten Verfahren geklärt werden soll. Wäre das und damit die Absehnung irgendwelcher Zweifel über die Ordnungsmäßigkeit der Rechtsmittelrücknahme für die Zukunft der Sinn und Zweck eines solchen Verlusturteils, dann hätte die gesetzliche Regelung dahin ergehen müssen, zu bestimmen: „Falls Zweifel über die Ordnungsmäßigkeit der erfolgten Rücknahme bestehen, kann der Berufungsbeklagte die Ordnungsmäßigkeit durch einen Ausspruch über den Verlust des Rechtsmittels feststellen lassen.“ So aber geht die gesetzliche Konstruktion dahin, die verfahrensrechtliche Wirksamkeit der Berufungsrücknahme allein durch eine Maßnahme unter den Parteien — eben die Zustellung des Rücknahmefristsatzes — eintreten zu lassen. Damit ist auch verfahrensrechtlich die Hauptsache erledigt. Was nun noch übrigbleibt, ist als materieller Streitpunkt lediglich die kostenrechtliche Abwicklung des Verfahrens. Diesem Zweck dient das Kostenurteil. Wenn darüber hinaus der Berufungskläger auf Antrag durch Urte. auch noch des — zurückgenommenen —

Rechtsmittels für verlustig erklärt werden kann, so kommt diesem Ausspruch um so mehr nur rein deklaratorische Bedeutung im Sinne der Bestätigung eines vordem bereits eingetretene Verfahrensrechtszustandes bei, als selbst derjenige Berufungsbeklagte, der ausdrücklich die Ordnungsmäßigkeit der Berufungsrücknahme anerkennt, sich gleichwohl des Verlusturteils bedienen kann. So trifft in der Tat, wie auch der Senat mit den Ausführungen von Gaedeke: JW. 1937, 3049 als zutreffend annehmen muß, wie das Kostenurteil so auch das Verlusturteil auf eine bereits erledigte, d. h. ordnungsmäßige und endgültig erledigte Hauptsache und hat diese Erledigung gerade zur begrifflichen Voraussetzung. Der Ausspruch über das Verlusturteil kann daher in der Tat als anomale Einrichtung, als Nebenwirkung eines in der Hauptsache erledigten Verfahrens, bezeichnet werden und verlangt damit gebühren- und streitwertmäßig eine besondere Eingliederung, die nicht etwa zwangsläufig als Eingliederung unter den Streitwert betreffend die Hauptsache erfolgen muß, vielmehr begrifflich von diesem Streit durch dessen vorher eingetretene Erledigung getrennt ist.

Damit rechtfertigt sich die Auffassung des Senats, den Streitwert hierfür besonders nach dem jeweiligen Interesse des Berufungsbeklagten zu bemessen. Hierfür können etwa aufgetauchte Zweifel über die Ordnungsmäßigkeit der Berufungsrücknahme, wie sie das RG. in der Entsch. v. 17. Juni 1938 eingehend erörtert, von Bedeutung werden.

Nur folgerichtig ist es somit, wenn der Streitwert, falls Kosten- und Verlusturteil erwirkt werden, sich nach dem Streitwert der aufgelaufenen Kosten zu zugleich des Streitwerts des Verlusturteils bemisst. Denn wenn letzteres als zur Hauptsache gehörend anzusehen wäre, könnte daneben für eine streitwertmäßige Berücksichtigung der Kosten selbst dann kein Raum sein, wenn ein Verlusturteil nicht beantragt würde. Gerade das RG. ist aber in seiner Entsch. RGZ. 44, 414 der Auffassung, daß die aufgelaufenen Kosten für den Streitwert des Kostenurteils bestimmend sind.

So hat denn auch der Senat bereits in seiner grundlegenden Entsch. zu dieser Frage — 20 W 280/33 (bei Gaedeke, „KostNspr.“ 1938 Nr. 540) — die Berechtigung, neben dem Kostenbetrag den frei zu schätzenden Wert des Verlusturteils der Gebührenberechnung zugrunde zu legen, anerkannt. Der Streitwert des Verlusturteils kann hier mangels Darlegung jeglichen besonderen Interesses nicht höher als mit 100 RM angenommen werden.

(RG., 20. ZivSen., Beschl. v. 5. Nov. 1938, 20 W 4787/38.)

## Reichsarbeitsgericht

**\*\* 27. § 44 der 1. VO. über den vorläufigen Aufbau des Deutschen Handwerks v. 15. Juni 1934; § 130 a GewD.**

1. Bei Lehrlingsstreitigkeiten ist der Spruch des Innungsausschusses Prozeßvoraussetzung. Eine Lehrlingsstreitigkeit liegt jedoch nicht vor, wenn Schadenserfahrungen wegen Auflösung des Lehrvertrags (§ 127 g GewD.) geltend gemacht werden.

2. Vorzeitige Ablegung der Gesellenprüfung beendet nicht ohne weiteres das Lehrverhältnis. †)

Nach § 44 Abs. 1 der VO. über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks v. 15. Juni 1934 (RGBl. I, 493) hat die Innung als das für die Verhandlung von Streitigkeiten zwischen selbständigen Handwerkern und ihren Lehrlingen zuständige Organ einen Ausschuß zu bilden, dem Betriebsführer und Mitglieder des Gesellenrats in gleicher Zahl angehören müssen. Im Abs. 2 das. ist bestimmt, daß die Klage beim ArbG. binnen zwei Wochen nach ergangenem Spruch des Ausschusses erhoben werden kann, wenn der Spruch nicht innerhalb einer Woche von beiden Parteien anerkannt ist, und daß der Klage in allen Fällen die Verhandlung vor dem Ausschuß voranzugehen sein muß.

Unzweifelhaft bildet hiernach der Spruch des Innungsausschusses bei Lehrlingsstreitigkeiten eine die Zulässigkeit der Klage erst eröffnende Prozeßvoraussetzung, deren Vorliegen die Arbeitsgerichtsbehörden von Amts wegen zu prüfen haben. Mit Recht hat aber das BG. vorweg untersucht, ob überhaupt eine Lehrlingsstreitigkeit in diesem Sinne vorliegt. Es bejaht dies, weil der Kl. seinen Anspruch auf die Behauptung des Fortbestehens des Lehrlingsverhältnisses des Bekl. und auf das Fortbestehen seiner Lehrlingszugehörigkeit nach Ablegung der Gesellenprüfung stütze und der Bekl. nach jenem Zeitpunkt auch wirklich noch dem Kl. aus dem Lehrvertrag verpflichtet geblieben sei. Dem kann nicht beigetreten werden.

Der Kl. hatte zunächst in der Tat die weitere Erfüllung des Lehrvertrages und nur für den Weigerungsfall Schadenserfahrungen nach § 127 g GewD. verlangt. Am Schlusse der mündlichen Verhandlung vor dem BG. ging sein Begehren aber nur noch auf Schadenserfahrungen, und zwar auf Grund der von ihm selbst vorgenommenen Auflösung des Lehrungsvertrages. Die Klage ist gerade darauf gestützt, daß er den Lehrlingsvertrag rechtmäßig aufgelöst habe und daß diese Auflösung durch den Bekl. verschuldet worden sei. Dann liegt aber (vgl. ARrbG. 19, 320 = ArbRSammul. 33, 10 = JW. 1938, 2158 m. Num. K o h l s i n g) keine Lehrlingsstreitigkeit mehr vor, da sich nach der Auflösung des Lehrvertrages die Parteien nicht mehr als Lehrherr und Lehrling gegenüberstehen. Daß aber für die Beurteilung der Frage, ob es für die Zulässigkeit der Klage der Erfüllung einer Prozeßvoraussetzung bedarf, der am Schlusse der mündlichen Verhandlung erhobene Anspruch maßgeblich ist, ist ebenso außer Zweifel, wie die Maßgeblichkeit dieses Zeitpunkts nach ständiger Nspr. für die Frage feststeht, ob die etwa zu erfüllende Prozeßvoraussetzung erfüllt ist. Diese Nspr. bezieht sich zwar nur auf ähnliche Fälle (vgl. z. B. RGZ. 102, 23 für die beamtenrechtlichen Vorbescheide; f. auch J o n a s, 16. Aufl., Erl. III 1 bei Note 34 zu § 300 ZPO.). Der dieser Nspr. zugrunde liegende Gedanke beansprucht aber auch für die vorliegende Frage Geltung.

Bedürfte es hiernach im vorliegenden Fall für die Zulässigkeit der Schadenserfahrungen der vorherigen Anrufung des Innungsausschusses für Lehrlingsstreitigkeiten nicht mehr, so kann dahinstehen, ob das BG. ohne Rechtsirrtum angenommen hat, daß es im vorliegenden Falle der Erfüllung der Prozeßvoraussetzung aus besonderen Gründen nicht bedürfe oder daß diese doch wenigstens durch die nachträgliche Einholung und Vorlegung des Spruchs des Ausschusses erfüllt worden sei.

In sachlicher Hinsicht ist dem BG. beigetreten. Im Grunde handelt es sich um die Frage, ob die vorzeitige Ablegung der Gesellenprüfung in Verbindung mit der Aushändigung des Gesellenprüfungszeugnisses den noch weiterlaufenden Lehrvertrag von selbst beendet oder ob es hierzu einer Auflösung des Lehrvertrags bedurft hat. Eine ausdrückliche Bestimmung über eine von selbst eintretende Beendigung des Lehrvertrages oder auch nur des Lehrverhältnisses als Folge der erfolgreichen Ablegung der Gesellenprüfung besteht nicht.

Freilich ist an sich vorgesehen, daß die Prüfung erst bei Beendigung des Lehrverhältnisses und damit des Lehrvertrages erfolgen soll. Es ist jedoch kein gesetzliches Hindernis erkennbar, die Prüfung bereits vor Beendigung des Lehrverhältnisses stattfinden zu lassen. Das kann in der Weise geschehen, daß der Lehrvertrag und das Lehrverhältnis abgekürzt werden. Diese Abkürzung kann, soweit es sich um das öffentlich-rechtliche Lehrverhältnis handelt, nach § 130 a Abs. 3 GewD. nur durch die Handwerkskammer verfügt werden. Erfolgt sie mit Zustimmung des Lehrherrn, so kann darin unter Umständen die Zustimmung zur vorzeitigen Beendigung des Lehrvertrages liegen. Solchenfalls steht außer Zweifel, daß der Lehrling mit der erfolgreichen Ablegung der Gesellenprüfung Geselle geworden und gleichzeitig aus dem zwischen ihm und seinem Meister bestehenden Lehrvertragsverhältnis ausgeschieden ist. Es kann aber mangels entgegenstehender Bestimmung auch in der Weise verfahren werden — wie das im vorliegenden Fall geschehen ist —, daß Lehrlinge, die ihre Lehrzeit noch nicht beendet haben, ohne Abkürzung und Beendigung der Lehrzeit vorzeitig zur Prüfung zugelassen werden. In solchem Falle müssen die Lehrlinge ihre Lehrzeit trotz bestandener Gesellenprüfung nachträglich zu Ende führen. Die frühere Prüfung bestätigt dann zwar die Eignung des Lehrlings zum Gesellen, macht ihn aber noch nicht dazu. Sie wirkt vielmehr erst auf den künftigen Zeitpunkt der Beendigung des Lehrverhältnisses (der Lehrzeit). Der vorzeitig zur Prüfung zugelassene Lehrling wird daher, wenn er die Prüfung besteht, erst mit dem Ablauf der Lehrzeit Geselle. Daß sich die Aushändigung des Gesellenprüfungszeugnisses und die Ablegung der Prüfung mit der Innehaltung der Lehrzeit nicht mehr vertragen könnten, trifft aus diesem Grunde nicht zu. Dauert aber die Lehrzeit trotz bestandener Prüfung bis zum Ende des Lehrvertrages und ist der Lehrling vorher nicht Geselle, so entfallen die sämtlichen Folgerungen, die der Bekl. aus seiner Eigenschaft als Geselle ziehen möchte. Insbes. kann der Grundsatz nicht zur Anwendung kommen, daß dem Gesellen für seine höhere Leistung eine höhere Entlohnung hätte gezahlt werden müssen; auch ein etwa für Gesellen einschlägiger Tarifvertrag und eine etwa bestehende TarD. kommen dann nicht zur Anwendung.

Im vorliegenden Falle kann es sich demnach nur noch um die Frage handeln, ob die Lehrzeit des Bekl. etwa ordnungsmäßig abgekürzt worden ist. Durch die Handwerkskammer ist

eine solche Abkürzung nicht erfolgt. Aber auch eine vertragliche Abkürzung verneint das BG. mit überwiegend tatsächlicher Begründung ohne erkennbaren Rechtsirrtum.

Ein anderes ergibt sich auch nicht aus der Betrachtung des Lehrverhältnisses unter mehr personenrechtlichen Gesichtspunkten. Denn auch sie kann ein einseitiges Abgehen des Bfll. von dem tatsächlich noch bestehenden Lehrvertrage nicht rechtfertigen. Wenn schon der Kl. dem Bfll. in seinem Interesse die vorzeitige Ablegung der Gesellenprüfung ermöglicht hat, so gebot es dem Bfll. die Treupflicht, die Lehrzeit auch nachher noch auszuhalten.

(RArbG., Urf. v. 7. Sept. 1938, RAG 35/38. — Augsburg.)

**Anmerkung:** Dem Urteil dürfte hinsichtlich der sachlichen Entscheidung nicht zuzustimmen sein. Es ist zu sehr beherrscht von der Auffassung, daß der Lehrvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, dessen wesentlicher Inhalt der Austausch von Leistungen ist. Das RArbG. hätte bei der Prüfung der Frage, ob der Bfll. die Lehrstelle unbefugt verlassen hat, darauf eingehen müssen, ob eine weitere Verwendung als Lehrling dem Bfll. nach bestandener Lehrabschlussprüfung zumutbar war, mit anderen Worten, ob der Anspruch auf Fortsetzung der Lehre bei einer Vertragsauslegung nach Treu und Glauben gerechtfertigt war. Diese Frage wird entscheidend beeinflusst durch die herrschende Auffassung von dem Wesen eines Lehrverhältnisses.

Bekanntlich hat die Rspr. — jedenfalls in den Jahren vor 1933 — die Auffassung vertreten, daß der Lehrvertrag ein modifizierter Arbeitsvertrag sei. Das RArbG. hat in einer Entsch. v. 14. März 1928 (Dtsh. Handwerksbl. 1928, 192) hierfür folgende Formulierung gebraucht:

„Ursprünglich den Charakter eines reinen Erziehungs- und Lehrverhältnisses tragend, bei dem Ausbildung, Erziehung und Aufnahme in die Familie des Lehrherrn als eigentliche Zwecke des Vertrages weit überwiegend im Vordergrund standen, während die Arbeitsleistung des Lehrlings nur eine unwesentliche Rolle spielte, ist das Lehrverhältnis im Laufe der Entwicklung der Gewerbe- und Geschäftsverhältnisse immer mehr zu einem Vertrag geworden, bei dem auch die Arbeitsleistung des Lehrlings eine nicht unwesentliche Rolle spielt und der Lehrherr darauf bedacht ist, als Gegenwert für die von ihm gegebene Ausbildung Nutzen aus der Arbeitsleistung des Lehrlings zu ziehen. Neben dem Hauptzweck, der Ausbildung des Lehrlings, ist die Verrichtung produktiver Arbeit in den Vordergrund getreten.“

Aus dieser Begriffsbestimmung geht hervor, daß das Lehrverhältnis durch die einschende Gewerbefreiheit (Liberalismus) erst zu einem Arbeitsvertrag, bei dem Leistung und Gegenleistung sich die Waage hielten, entartet ist. Diese Auffassung dürfte sich inzwischen grundlegend geändert haben. In den Vordergrund des Lehrverhältnisses ist mehr und mehr wieder der Ausbildungs- und Erziehungsgebanke getreten, der heute das beherrschende Element des Lehrvertrages sein dürfte. Hierfür seien folgende Ausführungen von Siebert (DR 1936, 61) zitiert:

„Das Lehrverhältnis unterscheidet sich vom Arbeitsverhältnis in zweierlei Hinsicht. Einmal wird das Wesen des Lehrverhältnisses im Gegensatz zu dem gewöhnlichen Arbeitsverhältnis dadurch bestimmt, daß der Lehrling noch im jugendlichen Alter steht. Diese Tatsache, die das Lehrverhältnis mit dem Rechtsverhältnis des jungen Arbeiters verbindet, verleiht dem Lehrverhältnis von vornherein einen von dem gewöhnlichen Arbeitsverhältnis grundsätzlich verschiedenen Gesichtspunkt. Zwischen anderen geht der Lehrling das Lehrverhältnis zum Zwecke der Berufserziehung und Berufsausbildung ein, während das Arbeitsverhältnis zum Zwecke der Arbeitsleistung geschlossen wird. Dieser Unterschied wurde in seiner Bedeutung von all denen verkannt, die sich damit begnügten, das Lehrverhältnis als ein Arbeitsverhältnis mit dem Einschlag eines Auszubildungsverhältnisses zu bezeichnen. Die Erziehung und Ausbildung des Lehrlings ist nicht eine Nebensache, die dem Arbeitsverhältnis eine gewisse Sonderheit verleiht, sondern sie steht allein im Vordergrund und ist für die Gestaltung des ganzen Rechtsverhältnisses ausschlaggebend. Gerade umgekehrt ist die Arbeitsleistung des Lehrlings eine Nebenfolge, die mit der Art und Weise zusammenhängt, in der die Ausbildung vor sich geht. Es ist aber ebenso unzulässig wie gefährlich, wenn man diese Nebenfolge als das Wesensmerkmal des Lehrverhältnisses an-

sieht. Das Lehrverhältnis muß daher als ein Rechtsverhältnis eigener Art bezeichnet werden, das allerdings, wie wir gesehen haben, dem Arbeitsverhältnis verwandt ist.“

Stellt man aber den Ausbildungs- und Erziehungsgegenstand beherrschend über das Lehrverhältnis, so ergibt sich daraus, daß das Lehrverhältnis mit der Erreichung des Ausbildungszieles notwendigerweise sein Ende findet. Ein Anspruch auf Fortsetzung des Lehrverhältnisses nach bestandener Gesellenprüfung dürfte deshalb selbst bei einer entsprechenden Vertragsbestimmung nicht mehr zulässig sein.

Der RWiM., für den die Frage der Einwirkung einer vorzeitigen Abschlußprüfung auf das Weiterbestehen eines Lehrvertrages im Hinblick auf die vor Kurzem verfügte allgemeine vorzeitige Zulassung der Lehrlinge in Handel und Gewerbe zu den Prüfungen von besonderer Bedeutung ist, hat diese Auffassung in einem Erlaß an die Reichswirtschaftskammer (III SW 19268/38 v. 2. Dez. 1938) ebenfalls vertreten. Er hebt hervor, daß das Wesen des Lehrverhältnisses darin bestehe, daß der Lehrherr in Erfüllung einer Gemeinschaftspflicht dem jugendlichen Volksgenossen die Ausbildung und Erziehung vermittele, die diesen zu einem vollwertigen und einsetzfähigen Glied im Arbeitsleben unseres Volkes mache. Mit der Erreichung dieses Zieles erschöpfe sich das Lehrverhältnis und ende das Mandat des Lehrherrn über den ihm zur Ausbildung anvertrauten Lehrling. Der RWiM. hat, um klare Verhältnisse zu schaffen und den Lehrherrn die Arbeitsdisposition zu erleichtern, als Endtermin des Lehrverhältnisses den Ablauf des Monats, in dem die Prüfung bestanden wird, festgesetzt. Eine entsprechende Klausel werden künftig alle zur Eintragung in die Lehrlingsrolle gelangenden Verträge haben. Der RWiM. hat ferner der Erwartung Ausdruck gegeben, daß sich alle Mitglieder der Organisation der gewerblichen Wirtschaft einer obigen Grundföhen entgegenstehenden Geltendmachung formaler Rechte enthalten. Hierin dürfte eine offizielle Stellungnahme der für die Berufsausbildung in Handel und Gewerbe zuständigen Instanz zu dem oben zitierten Urteil zu erblicken sein.

Raffessor Erich Dedner,  
Referent im RWiM., Berlin.

\*

## 28. § 554 Abs. 3 ZPO. Erfordernisse der RevBegr.

Die Rev. der Bfll. war als unzulässig zu erwerfen.

Die Revisionsbegründung muß die Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm enthalten und, insoweit ein Verfahrensmangel gerügt wird, weiter die Bezeichnung der Tatsachen, welche den Mangel ergeben (§ 554 Abs. 3 Nr. 2 ZPO.). Diesen Erfordernissen genügt die vorliegende Revisionsbegründung nicht.

Die unmittelbare Bezeichnung einer verletzten Rechtsnorm — etwa unter Angabe von Gesetz und Paragraphennummer — erfordert § 554 ZPO. nicht zwingend. Es ist aber doch notwendig, daß sich aus dem Zusammenhang der Darlegungen der Revisionsbegründung erkennen läßt, daß eine bestimmte Rechtsnorm und welche als verletzt angesehen wird. Dabei genügt es nicht, daß eine Rechtsnorm oder ein Rechtsbegriff, wie vorliegend etwa der Rechtsbegriff des Vertrages oder die Bestimmungen über das mitwirkende Verschulden, in der Revisionsbegründung erwähnt werden. Es ist vielmehr erforderlich, daß eine Verletzung der angezogenen Rechtsnorm behauptet wird. Gerade aber eine solche Rüge, die Geltendmachung der Verletzung einer Rechtsnorm, fehlt in der Revisionsbegründung.

Die Revisionsbegründung beschränkt sich zunächst (zu I) auf eine Kritik der Feststellung des BG., unter den Parteien sei ein Vertrag dahin zustande gekommen, daß der Kl. zusätzlich auch gegen Motorrabuffälle versichert werden solle. Insoweit enthält die Revisionsbegründung lediglich eine von der des BG. abweichende Beweiswürdigung. Sie will aus den einzelnen Behauptungen des Kl. und dem Ergebnis der Beweisaufnahme andere Folgerungen gezogen sehen und bewegt sich somit rein auf tatsächlichem Gebiete. Daß das BG. bei der Ziehung der rechtlichen Folgerungen aus dem von ihm festgestellten Sachverhalt von rechtlich irrigen Gesichtspunkten ausgegangen sei, wird nicht einmal angedeutet.

Die Revisionsbegründung wendet sich dann „vorsorglich“ gegen die Schuldverteilung durch das BG. Aber auch insoweit wird lediglich geltend gemacht, daß BG. habe aus dem Vorbringen der Parteien unrichtige Folgerungen für die Schuldverteilung gezogen. Auch diese Ausführungen liegen ausschließlich auf tatsächlichem Gebiete. Daß das BG. hier den Rechtsbegriff des mitwirkenden Verschuldens verkannt habe, daß es den § 254 BGB. unrichtig angewandt habe, ist nicht gerügt.

Die Revisionsbegründung verweist in diesem Zusammenhang auf den dem *ArbG.* eingereichten Schriftsatz der *Bekl.* vom 27. April 1937. Die allgemeine Verweisung auf einen vorinstanzlichen Schriftsatz genügt jedoch den an die Revisionsbegründung zu stellenden Anforderungen überhaupt nicht.

Schließlich führt die *Rev.* zur Höhe der Forderungen „äußerst vorjorglich“ noch aus, das *BG.* habe insoweit gewisse Ausführungen der *Bekl.* nicht berücksichtigt. Aber auch diese Revisionsrüge vermag in ihrer unbestimmten Form die Revisionsbegründung nicht formal zu stützen. Es ist nicht zu ersehen, ob wiederum lediglich die Beweiswürdigung des *BG.* als verfehlt bezeichnet oder ein Prozeßverstoß, etwa ein solcher nach § 286 *ZPO.*, gerügt werden soll. Wie an die Begründung einer Prozeßrüge zu stellenden strengen Anforderungen (vgl. *RZ.* 126, 245 = *JW.* 1930, 550) sind keinesfalls erfüllt.

(*ArbG.*, *Urt.* v. 12. Okt. 1938, *RAG* 59/38. — Berlin.)

\*

**\*\* 29. §§ 829 Abs. 1, 832 *ZPO.*; § 392 *BGB.*; § 32 *ArbDG.***  
Pfändung des Bedienungsgeldes der Gastwirtsangestellten, besonders beim sog. *Serviersthem.* Gegenüber einer Beschlagnahme der Lohnforderung des Kellners muß die tariflich bestimmte Verrechnung mit dem Wirt, angesichts der zwingenden Vorschrift des § 392 *BGB.*, zurücktreten.

Nach dem dem beklagten Gastwirt am 8. Sept. 1936 zugestellten Pfändungs- und Überweisungsbeschuß, durch den der Lohn, auch der weiter fällig werdende, des Kellners *W.* in Höhe von monatlich 20 *RM* für den klagenden Bezirksfürsorgeverband gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen wurde, war dem *Bekl.* als Drittschuldner verboten, den Lohn in der genannten Höhe an *W.* zu zahlen, während dem *W.* als Schuldner geboten war, sich jeder Verfügung über seine Lohnforderung an den *Bekl.* zu enthalten (§§ 829 Abs. 1, 832 *ZPO.*). Zugleich war der *Bekl.* verpflichtet, den einbehaltenen Pfandbetrag von dem Lohne des *W.* an den *Kl.* abzuliefern (§§ 835, 836 *ZPO.*, § 270 *BGB.*).

Der *Bekl.* anerkennt an sich diese Rechtslage, meint aber, er sei nicht in der Lage gewesen, der ihm auferlegten Verpflichtung nachzukommen und einen dem Pfandbetrage entsprechenden Teil des Lohnes des *W.* zum Zwecke der Abführung an den *Kl.* einzubehalten, weil er durch die Vorschrift des § 5 Abs. 5 Satz 2 *TarD.* für das Gaststättengewerbe des Wirtschaftsbereichs Sachsen v. 29. Febr. 1936 (*TarReg.* 123/11) daran gehindert gewesen sei. Diese Bestimmung lautet:

### § 5

Das *Servierpersonal* erhält als *Bedienungsgeld* nach *Abzug* aller Steuern 10% des *Umsatzes*. Die monatlichen *Garantielöhne* der am *Umsatz* beteiligten *Gesellschaftsmitglieder* werden in *Betrieben*, in denen in eine *gemeinsame Kasse (Tronc)* gearbeitet wird, aus dieser bezahlt. Der *überschüssige Betrag* wird nach dem *Verhältnis* der *Garantielöhne* an die beteiligten *Gesellschaftsmitglieder* verteilt.

Wo eine solche *gemeinsame Kasse* nicht besteht, erhalten die am *Umsatz* beteiligten *Gesellschaftsmitglieder* ihren Anteil an dem von ihnen selbst erzielten *Umsatz*. Davon dürfen nur die *gesetzlichen Abzüge* gemacht werden, wofür das *Gesellschaftsmitglied* ein *Zehntel* seiner täglich vereinnahmten *Bedienungsgelder* abzuliefern hat. Die *Endabrechnung* erfolgt am *Monatsschluß*.

Über die *Rechtsnatur* des *Bedienungsgeldes* im allgemeinen hat sich das *ArbG.* wiederholt ausgesprochen (*ArbG.* 2, 193; 6, 205 = *JW.* 1931, 1293<sup>40</sup> m. *Anm.*). Danach stellt das *Bedienungsgeld* — im *Gegensatz* zum *Trinkgeld* (*ArbG.* 17, 194 = *JW.* 1937, 58<sup>60</sup>) — einen *Ausschlag* auf den *Kaufpreis* der dem *Gaste* verabreichten *Speisen* und *Getränke* dar, der von dem *Kellner* für den *Wirt* erhoben und des *letzteren* *Eigentum* wird. Der *Gast* entlohnt mit dem *Bedienungsgeldausschlag* nicht den *Kellner*, sondern er zahlt ihn an den durch den *Kellner* vertretenen *Wirt*. Es entsteht damit eine *Forderung* des *Wirts* an den *Kellner* auf *Aushändigung* des *Bedienungsgeldes* (§§ 675, 667 *BGB.*), aus dem der *Wirt* den *Lohn* des *Kellners* unter *Einbehaltung* der *gesetzlichen Abzüge* in Höhe von ein *Zehntel* zu *Befriedigen* hat. Das trifft grundsätzlich nicht nur auf das *Troncsthem* zu, nach dem jeder *Kellner* seine *Einnahmen* in die *gemeinsame Kasse* einzuwerfen hat, aus der er den ihm zustehenden Anteil wieder *zurück erhält*, sondern auch auf das *vorliegende* in *Betracht* kommende *Serviersthem*, nach dem jedem *Kellner* das von ihm selbst *vereinnahmte Bedienungsgeld* zukommt (*ArbG.* 2, 193; 6, 207).

Bei dem *letzteren* *System* geschieht indes die *Entlohnung* des *Kellners* zumeist in der *Form*, daß dieser auf *Grund* einer *ausdrücklichen* oder *stillschweigenden Vereinbarung* mit dem *Wirt* das von dem *Gaste* *vereinnahmte Bedienungsgeld* zur *Befriedigung* des ihm gegen den *Wirt* *zustehenden Lohnanspruchs* behält. Er liefert demgemäß mit dem *Preis* für die dem *Gaste* gereichten *Speisen* und *Getränke* nur die *gesetzlichen Abzüge*, das eine *Zehntel* des *Bedienungsgeldes*, an den *Wirt* ab. Es liegt in dieser *Handhabung* eine *Tilgung* der *beiderseitigen Verbindlichkeiten* durch *Aufrechnungsvertrag* (§§ 388, 389 *BGB.*). An dem *rechtlichen Charakter* des *Bedienungsgeldes* wird dadurch nichts *geändert*.

Die *beiden* *Systeme* sind auch in § 5 Abs. 4 und 5 *TarD.* behandelt. Es ist nicht anzunehmen, daß dem *Bedienungsgeld* (§ 5 Abs. 4 Satz 1 *TarD.*) ein *anderer* als der *vorbezeichnete Charakter* beigelegt worden wäre. In § 5 Abs. 5 Satz 2 *TarD.* hat, wie die *Fassung* dieser *Bestimmung* deutlich zeigt, auch die *vorbezeichnete Art* der *Verrechnung* zwischen dem *Wirt* und dem *Kellner* bei dem *Serviersthem* ihren *Niedererschlag* gefunden. Diese *Verrechnungsart* ist damit *entsprechend* dem *Charakter* der *TarD.* als einer *Rechtsnorm* mit *gesetzlicher Kraft* ausgefaltet, und sie ist danach für den *Wirt* und den *Kellner* *bindend* geworden. Das hat die *rechtliche Folge*, daß der *Wirt* *keinen Anspruch* gegen den *Kellner* auf *Ablieferung* des *Bedienungsgeldes* an ihn hat und damit die *Mittel*, aus denen der *Lohn* des *Kellners* sonst zu *bestreiten* wäre, nicht in die *Hand* bekommt.

Hätte die *genannte* *Bestimmung* der *TarD.* auch gegenüber der *Beschlagnahme* des *Lohnes* des *Kellners* u. a. durch den *Pfändungs-* und *Überweisungsbeschuß* Geltung, dann wäre allerdings der *Wirt* nicht in der *Lage*, dem in dem *Beschlusse* enthaltenen *Gebote* nachzukommen, den *Lohn* des *Kellners* in Höhe des *Pfandbetrages* nicht an diesen zu zahlen, sondern ihn *einzubehalten* und an den *Pfandgläubiger* abzuführen. Die *Rechtswirksamkeit* der *tariflichen* *Bestimmung* muß jedoch gegenüber einer *Beschlagnahme* der *Lohnforderung* des *Kellners* angesichts der *Vorschrift* des § 392 *BGB.*, die als *Rechtsrecht* der aus einer *schwächeren Rechtsquelle* fließenden *Bestimmung* der *TarD.* vorgeht, *zurücktreten*. Wie nach der *genannten* *Vorschrift* infolge der *Beschlagnahme* der *Lohnforderung* des *Kellners* die *vertragliche Vereinbarung* zwischen dem *Wirt* und dem *Kellner* über die *Aufrechnung* der dem *Wirt* gegen den *Kellner* nach der *Beschlagnahme* *laufenden* *erwachsenden Forderung* auf *Ablieferung* des *Bedienungsgeldes* gegen die *Lohnforderung* des *Kellners* gegenüber dem *Pfandgläubiger* ihre *Wirksamkeit* verlieren würde, so verliert auch die *tariflich bestimmte* *Verrechnung* ihm gegenüber ihre *Gültigkeit*. Infolge der *Beschlagnahme* der *Lohnforderung* des *Kellners* wird somit der *Wirt* *ungeachtet* der *Bestimmung* des § 5 Abs. 5 Satz 2 *TarD.* wieder in den *Stand* gesetzt, seinen *Anspruch* auf *Herausgabe* des *Bedienungsgeldes* gegen den *Kellner* geltend zu machen. Er ist daher in der *Lage* und gemäß dem *Pfändungs-* und *Überweisungsbeschlusse* verpflichtet, den *gepfändeten Betrag* von dem *Lohne* des *Kellners* *einzubehalten* und an den *Pfandgläubiger* abzuliefern. Unterläßt er es, dieser *Verpflichtung* nachzukommen und duldet er die von dem *Kellner* vorzunehmende *Aufrechnung* der *gegenseitigen Forderungen*, so bleibt er dem *Pfandgläubiger* in Höhe des *Pfandbetrages* *haftbar* (§ 836 Abs. 1 *ZPO.* i. *Verb.* mit §§ 1275, 407 *BGB.*; *ArbG.* 5, 208 = *JW.* 1930, 2242; *ArbG.* 6, 204 ff. = *JW.* 1931, 1293).

Der *Wirt* kann sich *solchenfalls* nicht darauf *berufen*, daß er, wenn er auch *rechtlich* einen *Anspruch* gegen den *Kellner* auf *Aushändigung* des *Bedienungsgeldes* habe, die *Ablieferung* dieses *Geldes* doch nicht *erzwingen* könne. Dem *Wirt* steht im *Falle* *beharrlicher Weigerung* des *Kellners*, der *bezeichneten* *Verpflichtung* nachzukommen, gemäß § 123 *Nr. 3* *GewD.* das *Recht* auf *fristlose Entlassung* des *Kellners* zu. Dabei ist es ohne *Belang*, ob etwa der *Kellner*, anstatt dem *Verlangen* des *Wirts* nachzukommen, diese *Entlassung* über sich *ergehen* läßt. In *letzterem* *Falle* hat der *Wirt* seiner *Pflicht* gegenüber dem *Pfandgläubiger* genügt. Macht der *Wirt* aber von *jenem* ihm zur *Seite* *stehenden* *Recht* keinen *Gebrauch*, läßt er *weiter* den *Kellner* *Dienst* tun und duldet er, daß dieser *seinen* *laufenden* *neu* *entstehenden* *Lohnanspruch* mit der *ebenso* *laufenden* *entstehenden* *Forderung* des *Wirts* an ihn auf *Herausgabe* des *Bedienungsgeldes* *verrechnet*, so *haftet* er dem *Pfandgläubiger* für die *Unterlassung* der *Einbehaltung* und *Abführung* des *gepfändeten Lohnbetrages*.

(*ArbG.*, *Urt.* v. 7. Sept. 1938, *RAG* 39/38. — Leipzig.)

## Reichsfinanzhof

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

× 30. § 4 Abs. 1 Ziff. 1 und 4, §§ 10, 13, 27 UrkStG.

1. Mieten Eheleute gemeinschaftlich eine Wohnung, so unterliegt die in den Mietvertrag aufgenommene Vollmacht des einen Ehegatten auf den anderen der Vollmachtsteuer. Dies gilt auch dann, wenn der Mietvertrag von der Besteuerung ausgenommen ist.

2. Die Vollmachtsteuer beträgt 1,50 RM, da sich der Gegenstandswert nicht schätzen läßt.

3. Bevollmächtigen sich die Eheleute gegenseitig, so ist die Vollmachtsteuer zweimal zu erheben.

Zwischen K., der K.-KommGes., als Vermieterin und dem Ehepaar A. als Mietern wurde am 30. Okt. 1936 ein Mietvertrag nach dem Muster des deutschen Einheitsmietvertrags geschlossen. In § 14 ist u. a. folgendes bestimmt:

„1. Ehegatten haften für alle Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis als Gesamtschuldner.

2. Erklärungen, deren Wirkung beide Ehegatten berührt, müssen von oder gegenüber beiden abgegeben werden. Frau A. bevollmächtigt jedoch ihren Mann, bis auf weiteres solche Erklärungen in ihrem Namen mitabzugeben und entgegenzunehmen.“

Das FinA. ließ den Mietvertrag von der Urkundensteuer frei, weil die Jahresmiete den Betrag von 900 RM nicht überstieg (§ 13 Abs. 6 Ziff. 1 UrkStG.). Dagegen forderte es für die Vollmachtserteilung seitens der Ehefrau auf Grund des § 27 Abs. 4 Satz 2 UrkStG. 1,50 RM Vollmachtsteuer.

Die Sprungberufung blieb erfolglos. Auch der RBeschw. war der Erfolg zu versagen.

1. Mieten zwei Personen gemeinschaftlich eine Wohnung, so erwirbt jede der beiden aus dem Verträge Rechte und Pflichten. Bevollmächtigt einer der Mieter den anderen im Mietvertrag zur Wahrnehmung seiner Rechte und Pflichten, so muß diese rechtsgeschäftliche Erklärung grundsätzlich besonders versteuert werden. § 10 Abs. 2 UrkStG. ist nicht einschlägig, da ein einheitliches Rechtsgeschäft nicht vorliegt. Miete und Vollmacht stellen sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts nicht als ein individuell bestimmtes Gesamtgeschäft dar (vgl. amtl. Begründung zum UrkStG. [RStBl. 1936, 479]).

Eine andere Beurteilung kann auch dann nicht Platz greifen, wenn die beiden Mieter Ehegatten sind. Nach § 1354 BGB. bestimmt der Ehemann Wohnort und Wohnung. Er ist berechtigt, allein ohne Vollmacht der Ehefrau den Mietvertrag abzuschließen. Mieten beide Eheleute gemeinschaftlich eine Wohnung, so werden sie in ihren Rechten Mitgläubiger i. S. des § 432 BGB., in ihren Pflichten Gesamtschuldner (vgl. RGRKomm. § 535 BGB. Anm. 3). Der Mann ist zwar auch dann noch berechtigt, hinsichtlich der Ausübung der den Ehegatten an der gemeinschaftlich gemieteten Wohnung zustehenden Rechte allein bindende Erklärungen abzugeben. Andererseits wird aber durch den gemeinschaftlichen Abschluß des Mietvertrags eine persönliche Haftung der Ehefrau begründet, die sich auf ihr gesamtes Vermögen erstreckt. Bevollmächtigt sie den Gatten mit der Wahrnehmung ihrer Rechte und Pflichten, so überträgt sie ihm für die Durchführung des Mietvertrags unter Umständen die Verfügung über Vermögensstücke, die nach den familienrechtlichen Vorschriften des BGB. der Verwaltung des Mannes entzogen sind. Es liegt also eine über den Rahmen des bürgerlichen Familienrechts hinausgehende, durch die Vollmacht begründete Vertretungsmacht vor. Die Vollmachtserteilung ist daher auch vom familienrechtlichen Standpunkt aus betrachtet eine selbständige rechtsgeschäftliche Erklärung, so daß § 10 Abs. 2 UrkStG. nicht einschlägig. Im übrigen wäre der Umstand, daß gewisse Beziehungen von Personen (Ehegatten) zwangsläufig zu gewissen Rechtserklärungen führen, kein anerkannter Grund, diese steuerfrei zu lassen. Auch eine Vereinbarung, die nicht notwendig ist, weil sie nur bestätigt, was schon gesetzlich festliegt, ist steuerpflichtig.

Diese Ausführungen würden erst recht für den Fall der Bevollmächtigung der Ehefrau durch den Mann gelten, da ja auf Grund des § 1354 BGB. das Verfügungsrecht über die Wohnung allein dem Mann zusteht. Würden die Ehegatten sich gegenseitig bevollmächtigen, so würden zwei rechtsgeschäftliche Erklärungen vorliegen, so daß die Vollmachtsteuer zweimal zu erheben wäre.

Der Abschluß eines Mietvertrags mit Vollmachtserteilung ist auch nicht dadurch zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft i. S. des § 10 Abs. 2 UrkStG. geworden, daß die Mietverträge seit

dem Jahre 1934 grundsätzlich nach dem zwischen dem Zentralverband der Deutschen Haus- und Grundbesitzervereine und dem Bunde Deutscher Mietervereine vereinbarten Muster des deutschen Einheitsmietvertrags abgeschlossen werden. Selbst wenn infolge der Aufstellung des Einheitsmietvertrags die Bevollmächtigung des Ehemanns durch die Ehefrau bei Vertragsabschluß gewohnheitsrechtlich eintreten würde, so wäre damit die Vollmacht noch nicht wesentlicher Bestandteil des Mietvertrags nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts geworden. Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise entspricht nicht dem Wortlaut des § 10 Abs. 2 und der Absicht des Gesetzgebers (vgl. amtl. Begründung im RStBl. 1936, 479).

2. Nach der Befreiungsbestimmung des § 13 Abs. 6 Ziff. 1 UrkStG. sind Mietverträge bis zu einer Jahresmiete von 900 RM von der Besteuerung ausgenommen. Hieraus kann die Steuerfreiheit der in einem solchen Mietvertrag beurkundeten Vollmachtserteilung nicht hergeleitet werden. Da der Mietvertrag die Vollmacht nicht mitumfaßt, ist für ihre Besteuerung ausschließlich § 27 UrkStG. maßgebend. Gegen die im Gesetz klar zum Ausdruck gekommene rechtliche Regelung zu entscheiden, hält der Senat nicht für angängig.

Das gleiche muß bezüglich der Befreiungsbestimmung des § 4 Abs. 1 Ziff. 4 UrkStG. gelten. Würde ein als gemeinnützig anerkanntes Wohnungsunternehmen mit einem Ehepaar einen Mietvertrag abschließen, so wäre zwar der Mietvertrag als solcher von der Besteuerung ausgenommen; dagegen wären die im Mietvertrag beurkundeten Vollmachten steuerpflichtig. Denn es würde sich bei der Vollmacht nicht um ein Rechtsgeschäft handeln, das von dem Wohnungsunternehmen vorgenommen wird, sondern um eine einseitige Erklärung des Vollmachtgebers. Daß eine einseitige Erklärung gegenüber einem Wohnungsunternehmen nicht unter § 4 Abs. 1 Ziff. 4 fällt, ergibt sich aus der Entsch. des RFG. v. 4. Febr. 1938, II 246/37: RFG. 43, 124.

3. Endlich wäre auch § 4 Abs. 1 Ziff. 1 UrkStG. nicht einschlägig. Hiernach ist ein Rechtsgeschäft von der Besteuerung ausgenommen, dessen Gegenstandswert 150 RM nicht übersteigt, wenn sich der Wert in Geld schätzen läßt. Die Schätzbarkeit setzt voraus, daß die Wertermittlung möglich ist, und zwar wird eine sichere Abschätzung nach Geld verlangt, so daß diejenigen vermögensrechtlichen Gegenstände, die eine solche nicht gestatten, als unschätzbar anzusehen sind (vgl. Eiffler, „Kommentar zum UrkStG.“ S. 119 zu § 4 Anm. 3 und die dort angeführten Fundstellen).

Die im Muster des Einheitsmietvertrags vorgesehene Bevollmächtigung des Ehemanns umfaßt alle Erklärungen in bezug auf das Mietverhältnis, welche den Bevollmächtigten und die Vollmachtgeberin berühren. Daß dieser Wert im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags und der Vollmachtserklärung nicht sicher, ja nicht einmal annähernd abgeschätzt werden kann, bedarf keiner weiteren Ausführung. Den Wert etwa einer oder zweier Monatsmieten zugrunde zu legen, wäre rein willkürlich (vgl. auch Eiffler, „Kommentar zum UrkStG.“ S. 410 zu § 27 Anm. 24). Für solche Fälle muß die Feststeuer des § 27 Abs. 4 Satz 2 UrkStG. Platz greifen. Wie sich schon aus der Fassung der einleitenden Worte des § 27 Abs. 5 UrkStG. ergibt, ist die Ermäßigungsbestimmung der Ziff. 2 des § 27 Abs. 5 auf Feststeuern nicht anwendbar. Die Steuer für die Vollmacht ist daher mit 1,50 RM zutreffend festgesetzt.

Der RFG., der dem Verfahren beigetreten ist, hat den gleichen Standpunkt eingenommen.

(RFG., Urte. v. 28. Okt. 1938, II 157/38 S.)

\*  
× 31. § 23 UrkStG. Wird einer Bank zur Sicherung aller Forderungen, die der Bank gegen den Bankkunden aus der Geschäftsverbindung mit ihm bereits erwachsen sind und noch erwachsen werden, ein Bankdepot oder Bankguthaben in je weiliger Höhe verpfändet, so erfordert die Verpfändungserklärung zumindest die Unschätzbarkeitsteuer von 3 RM. Ergibt sich unter Zugrundelegung des zur Zeit der Entstehung der Steuerschuld bereits feststehenden Wertes der gesicherten Forderungen oder der verpfändeten Gegenstände eine höhere Steuer, so ist diese an Stelle der Unschätzbarkeitsteuer zu erheben.

Die beschwerdeführende Bank hat ihrem Kunden W. einen Barkredit von 3000 RM eingeräumt. Darüber hinaus hat die Beschw. dem Kunden einen Überziehungskredit bis zu 300 RM gewährt. Zur Sicherung des Kredits hat die Ehefrau des W. der Beschw. eine Verpfändungserklärung abgegeben.

Unstreitig erfordert die Verpfändungserklärung die Steuer aus § 23 UrkStG. (Verpfändungserklärungen). Streitig ist jedoch die Berechnung der Steuer. Die Steuer wird vom Wert der gesicherten Forderung berechnet. Ist der Wert des verpfändeten Gegenstandes geringer, so ist dieser Wert maßgebend; dies gilt

auch, wenn sich der Wert der gesicherten Forderung nicht schätzen läßt. Die Steuer beträgt in diesen Fällen 1 v. T. läßt sich weder der Wert der gesicherten Forderung noch der Wert des verpfändeten Gegenstandes schätzen, so beträgt die Steuer 3 R.M. Aus diesen Bestimmungen des § 23 Abs. 3 und 4 UrkStG. ergibt sich, daß die Steuerberechnung davon abhängig ist, ob der Wert der gesicherten Forderung und der Wert des verpfändeten Gegenstandes feststeht (feststellbar ist) oder sich nicht schätzen läßt.

Unschätzbare Wertes des Gegenstandes (vgl. § 23 UrkStG. betreffend Verpfändungserklärungen und § 27 UrkStG. betreffend Vollmachtserteilungen) ist nicht gleichbedeutend mit Unbestimmtheit des Wertes des Gegenstandes (vgl. § 41 UrkStG. Durchf. Best.). Begriffsmäßig handelt es sich bei der Unbestimmtheit um einen nur vorübergehenden Zustand der nicht sofortigen Schätzbarekeit, der aber im Wege der Überwachung (wegen zeitweiser Unbestimmtheit) behoben werden kann, so daß schließlich ein bestimmter Wert feststellbar ist. Bei der Unschätzbarekeit hingegen kann begriffsmäßig der Wert weder sofort noch auch später festgestellt werden. Trotz dieser begriffsmäßigen Unterscheidung sind die Grenzen zwischen Unbestimmtheit und Unschätzbarekeit vielfach flüchtig und daher mit dieser Unterscheidung die praktischen Schwierigkeiten nicht immer behoben. Die Entsch. wird im Ergebnis davon abhängen, ob man die Möglichkeit der Wertbestimmung auf Grund späterer Ermittlungen und Ereignisse im einzelnen Fall als gegeben erachtet oder nicht.

Ist der Wert des Gegenstandes in solcher Weise ungewiß, daß er auch durch Überwachung der Versteuerung nur mit unvorhersehbaren Weiterungen für den Steuerpflichtigen und die Verwaltung ermittelt werden könnte, so sprechen praktische Erwägungen dafür, auf eine spätere Wertermittlung im Wege der Überwachung zu verzichten, also mit anderen Worten: Unschätzbarekeit anzunehmen. Zu dem gleichen Ergebnis kommt Eißler in seinem „Komm. z. UrkStG.“, 2. Aufl., Einf. S. 23/24, indem er dort ausführt: „Man kann nur annehmen, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung der Begriffe Unbestimmtheit und Unschätzbarekeit zwar einerseits die Sicherstellung einer wirklich fälligen gerechten Steuer im Auge hatte, andererseits aber auch eine praktische, Unzutraglichkeiten vermeidende Auswirkung der Bestimmungen gewollt hat.“

Der Unterschied zwischen Unbestimmtheit und Unschätzbarekeit wird daher aus praktischen Erwägungen heraus gefunden werden müssen und zwar danach, wie auch Eißler a. a. D. zutreffend betont, ob der Ausgangspunkt für die Wertermittlung festliegt oder nicht. Während hiernach z. B. bei einem Lizenzvertrag der Ausgangspunkt für die Wertermittlung insofern festliegt, als die veräußerte Lizenz ein bestimmter Gegenstand ist, fehlt es an einem solchen festen Ausgangspunkt für die Wertbestimmung, wenn zur Sicherung etwaiger künftiger Ansprüche einer Bank gegen ihren Bankkunden ein Dritter sein etwaiges künftiges Depot und seine etwaigen künftigen Sparguthaben der Bank verpfändet. In Fällen dieser Art muß der Wert der gesicherten Forderung und der Wert des verpfändeten Gegenstandes als unschätzbare angesehen und daher nach § 23 Abs. 4 Satz 2 UrkStG. eine Urkundensteuer von 3 R.M. erhoben werden. Die abweichenden Rechtsansichten über Unbestimmtheit und Unschätzbarekeit des Gegenstandes in dem Urk. II A 93/35 v. 31. Jan. 1936 (RStBl. 39, 53; Kartei, R. 1 zu § 8 PrStempStG. [RStBl. 1936, 271]) werden nicht mehr aufrechterhalten.

Im vorliegenden Falle beschränkt sich allerdings die Verpfändungserklärung nicht auf eine Sicherstellung in Zukunft etwa entstehender Forderungen und auf die Verpfändung etwaiger künftiger Vermögenswerte, sondern die Verpfändungserklärung bezweckt gleichzeitig die Sicherung von Forderungen und die Verpfändung von Gegenständen, die zur Zeit der Entstehung der Steuerschuld wertmäßig bereits bestimmt waren (gesicherte Forderung von 3300 R.M. und verpfändetes Sparguthaben von 151,83 R.M.). In Fällen dieser Art ist, wie das FinGer. zutreffend hervorhebt, da es sich sowohl bei den gesicherten Forderungen wie auch bei den verpfändeten Gegenständen um bestimmte (gegenwärtige) und unschätzbare (künftige) Vermögenswerte handelt, wegen Unschätzbarekeit der gesicherten Forderung und des verpfändeten Gegenstandes die Unschätzbarekeitsteuer von 3 R.M. (§ 23 Abs. 4 Satz 2 UrkStG.) als Mindeststeuer zu erheben. Wenn jedoch die bereits feststehenden Werte — sei es auf Seite der gesicherten Forderungen, sei es auf Seite der verpfändeten Gegenstände — eine höhere Steuer erfordern, so tritt diese höhere Steuer an die Stelle der Mindeststeuer.

Diese Erwägungen führen im vorliegenden Fall zu folgendem Ergebnis: Der Wert der gesicherten Forderung steht in Höhe von 3300 R.M. von vornherein fest, was bei einem Steuer-

satz von 1 v. T. einer Steuer von 3,50 R.M. entspricht (§ 23 Abs. 3 Satz 1 UrkStG.). Die Vorschrift des § 23 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 UrkStG. ist nicht anwendbar, weil der Wert der verpfändeten Gegenstände — im ganzen gesehen — sich nicht schätzen läßt und daher auch nicht im Sinne der vorgenannten Vorschrift der Wert der verpfändeten Gegenstände geringer ist als der Wert der gesicherten Forderungen.

(RStBl., 2. Sen., Urk. v. 11. Nov. 1938, II 347/37 S.)

\*

× 32. § 40 UrkStG. Gewerbmäßige Versteigerer gemäß § 40 Abs. 1 UrkStG. sind nur Versteigerer i. S. des Gesetzes über das Versteigerergewerbe, also nur natürliche Personen.

Der Obstgroßmarkt B. und Umgebung ist eine eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht. Gegenstand des Unternehmens ist nach § 2 des Statuts die Erfassung und der Vertrieb von Obst, Gemüse und sonstigen landwirtschaftlichen Erzeugnissen im auktionsmäßigen und freien Verkehr. In Durchführung der Marktregelung auf dem Gebiete der Garten- und Weinbauwirtschaft wurde die Genossenschaft im Jahre 1936 als Bezirksabgabestelle benannt.

Die Genossenschaft hat in der Zeit v. 16. bis 20. Aug. 1936 durch Angestellte Obstversteigerungen mittels der elektrischen Uhr nach dem sog. holländischen System vornehmen lassen. Das Zollamt B. hat als Hilfsstelle des FinA. B. die Urkundensteuer für diese Versteigerungen nach § 40 UrkStG. auf 388 R.M. festgesetzt. Die Sprungberufung blieb erfolglos.

Voraussetzung für die Steuerpflicht einer Versteigerung nach § 40 UrkStG. ist, daß sie von einer Behörde, einem Notar, einem Gerichtsvollzieher oder anderen Beamten oder von einem gewerbmäßigen Versteigerer vorgenommen wird. Die Behörde ist weder Behörde noch Beamter. Sie ist aber auch nicht gewerbmäßiger Versteigerer. Nach § 1 des Ges. über das Versteigerergewerbe v. 16. Okt. 1934 (RGBl. I, 974) kann nur eine natürliche Person gewerbmäßiger Versteigerer sein. Nach § 12 a. a. D. bleiben zwar die Gesetze, die für die Neuorganisation der Wirtschaft und für den ständischen Aufbau von der Reichsregierung beschlossen sind, unberührt. Aus dieser Vorschrift kann aber nicht gefolgert werden, daß entgegen der Vorschrift des § 1 noch andere als natürliche Personen unter den Begriff des gewerbmäßigen Versteigerers fallen sollen. Das UrkStG. ist nahezu zwei Jahre nach dem Gesetze über das Versteigerergewerbe ergangen, und die amtliche Begründung nimmt mehrfach darauf Bezug. Der Senat schließt hieraus, daß es der Wille des Gesetzgebers war, den Begriff „gewerbmäßiger Versteigerer“ in § 40 UrkStG., der auch in der amtlichen Begründung im Zusammenhang mit den Versteigerervorschriften erwähnt wird, im gleichen Sinne aufzufassen wie im Gesetze über das Versteigerergewerbe. Demgemäß ist die Behörde nicht als gewerbmäßiger Versteigerer anzusehen, so daß für die in der Zeit v. 16. bis 20. Aug. 1936 vorgenommenen Versteigerungen eine Urkundensteuerpflicht nach § 40 nicht besteht.

Hiernach kann unerörtert bleiben, ob eine Versteigerung mittels der elektrischen Uhr nach dem sog. holländischen System unter den Begriff Versteigerung i. S. des § 40 UrkStG. überhaupt fällt.

Eine Urkunde über einen Kaufvertrag liegt nicht vor. Aber auch im Falle des Vorliegens einer solchen wäre Steuerfreiheit gegeben, weil das Obst in inländischen Betrieben der Verkäufer erzeugt worden ist.

(RStBl., Urk. v. 21. Okt. 1938, II 444/37 S.)

\*

× 33. § 11 ErbStG.; § 5 Abs. 3 StAnpG. Zum Begriff der „Erfüllung“ eines nichtigen Testaments.

Die Eheleute A. hatten sich durch gemeinschaftliches Testament v. 26. April 1915 gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Durch ein weiteres gemeinschaftliches Testament v. 22. Sept. 1932 hatten sie sich wiederum gegenseitig als Alleinerben berufen, aber weiter verfügt, daß ihr Vermögen nach dem Tode des überlebenden Ehegatten als Erbschaft von diesem zu insgesamt 1/3 an Neffen und Nichten und an den Sohn einer weiteren Nichte der Ehefrau, im übrigen an Verwandte des Ehemanns fallen solle. Das Testament v. 22. Sept. 1932 war eigenhändig verfaßt und nichtig, weil die Verfügung der Ehefrau nicht in der erforderlichen Form getroffen worden war. Als die Ehefrau am 28. Okt. 1934 starb, wurde also der Ehemann auf Grund des Testaments v. 26. April 1915 ihr Alleinerbe, ohne in der letztwilligen Verfügung über das ererbte Vermögen beschränkt zu sein. Gleichwohl entschloß er sich, dem letzten Willen seiner Ehefrau Geltung zu verschaffen, also die im Testament vom 22. Sept. 1932 bedachten Verwandten seiner Ehefrau in den Besitz der Erbteile zu bringen, die ihnen bei Gültigkeit dieses Testaments nach seinem Tode zugefallen wären. Er führte diesen

Entschluß in der Weise aus, daß er durch Testament v. 12. April 1935 die fraglichen Verwandten seiner Ehefrau als seine Erben zu den Bruchteilen einsetzte, mit denen sie in dem nichtigen Testament bedacht worden waren.

Am 16. Dez. 1937 ist der Ehemann A. gestorben. Die im Testament v. 22. Sept. 1932 bedachten Nessen und Nichten der Ehefrau verlangen unter Berufung auf § 11 ErbSchStG. eine Veranlagung zur Erbschaftsteuer auf der Grundlage, wie sie bei Gültigkeit des Testaments v. 22. Sept. 1932 gegeben gewesen wäre, insbes. die Anwendung des § 9 Abs. 3 ErbSchStG. Sie wollen dadurch die Versteuerung ihres Erwerbs nach Steuerklasse IV und damit ihre Freistellung erreichen. Das FinA. hält den § 11 ErbSchStG. nicht für anwendbar, weil die ErbEinführung der Nessen und Nichten durch den Ehemann nicht als „Erfüllung“ im Sinne dieser Vorschrift gelten könne. Das FinGer. hat den Anträgen der Berufung stattgegeben.

Die RBeschw. des FinA. ist un begründet.

Der dem § 11 ErbSchStG. zugrunde liegende Rechtsgedanke ist erweitert und verallgemeinert in dem § 5 Abs. 3 StAnpG. übergegangen. Es kann dahingestellt bleiben, ob unter diesen Umständen § 11 ErbSchStG. neben der angeführten Vorschrift des StAnpG. überhaupt noch praktische Bedeutung hat. Denn die Entscheidung des FinGer. ist nach beiden Vorschriften zutreffend. Zweifellos hätten die Nessen und Nichten der Ehefrau A. als durch das nichtige Testament berufene Erben behandelt werden müssen, wenn die Erben des Ehemanns die Anordnungen dieses Testaments ausgeführt hätten. Denn damit hätten die Erben die Verfügungen des nichtigen Testaments erfüllt und sein wirtschaftliches Ergebnis eintreten lassen. Dann aber muß auch die letztwillige Verfügung des Ehemanns A. dieselben steuerlichen Wirkungen auslösen. Denn durch sie ist das gleiche rechtliche und wirtschaftliche Ergebnis erzielt worden, das eine Erfüllung des nichtigen Testaments durch die Erben zur Folge gehabt hätte. Mit Recht hat hiernach das FinGer. den Fall steuerlich so behandelt, als ob der Erwerb der Verwandten der Ehefrau auf das nichtige Testament zurückzuführen wäre. Damit ist auch die Vorschrift des § 9 Abs. 3 ErbSchStG. zutreffend angewendet. Die gegenteilige Auffassung des FinA. ist irrig.

(RFG., 3e Sen., Ur. v. 6. Okt. 1938, IIIe 52/38 S.)

\*

#### × 34. § 29 RSiedlG.

1. Die Bestimmungsvorschrift in § 29 RSiedlG. bezieht sich nur auf Vorgänge, die unmittelbar „zur Durchführung von Siedlungsverfahren“ dienen. Sie bezieht sich hiernach nicht auf die Errichtung öffentlicher Gebäude (z. B. einer Schule, einer Leichenhalle).

2. Die Versicherung des gemeinnützigen Siedlungsunternehmens bindet die Finanzbehörden nur in tatsächlicher, nicht auch in rechtlicher Hinsicht.

Das FinA. hat den Steuerpflichtigen, einen Architekten und Bauunternehmer, für 1934 u. a. aus folgenden vereinnahmten Entgelten zur Umsatzsteuer herangezogen:

- a) für die Ausführung von Siedlungsbauten 13 941,10 RM,
- b) für die Ausführung eines Schulhausneubaus 16 062,00 RM,
- c) für die Errichtung einer Leichenhalle 800,00 RM.

Der Einspruch des Steuerpflichtigen ist erfolglos geblieben. Auf Berufung hin hat ihn das FinGer. wegen der Beträge unter b und c freigestellt, wegen des Betrags unter a aber die Berufung — in Übereinstimmung mit der Rpr. des erf. Sen. — zurückgewiesen. Wegen der Entsch. zu b und c hat das FinA. RBeschw. eingelegt, die BerEntsch. zu a ist nicht mehr in Streit.

Die RBeschw. des FinA. ist begründet.

Im Zusammenhang mit einem Siedlungsverfahren im Sinne des § 1 RSiedlG. hat das Siedlungsunternehmen mit dem Steuerpflichtigen einen Vertrag über die Errichtung eines Schulhausneubaus und einer Leichenhalle geschlossen. Dem Siedlungsunternehmen war die Errichtung des Schulhausneubaus durch einen Leistungsbescheid des Kulturamts auferlegt worden. Das Kulturamt hat folgende „Bescheinigung“ abgegeben: „... daß es sich um ein Siedlungsverfahren im Sinne des § 1 RSiedlG. handelt. Die von der Firma...“ (vom Steuerpflichtigen) „errichtete Schule fällt ebenfalls unter RSiedlG.“ Ob ein Leistungsbescheid auch wegen der Errichtung einer Leichenhalle vorlag, und ob auch hierwegen eine ähnliche Bescheinigung des Kulturamts ausgestellt wurde, ist aus den Akten nicht ersichtlich.

Nach § 29 RSiedlG. (i. d. Fass. nach Art. II Nr. 4, 5, 6 des Wes. v. 7. Juni 1923, RGBl. I, 364) sind alle Geschäfte und Verhandlungen, die „zur Durchführung von Siedlungsverfahren“ im Sinne des RSiedlG. dienen, von allen Steuern des Reichs befreit; die Befreiung erstreckt sich insbes. auch auf die Umsatzsteuer. „Zur Durchführung von Siedlungsverfahren“ im Sinne

des RSiedlG. gehört die Erstellung von Siedlungen für die Anstebler, d. h. alles das, was mit dieser Erstellung unmittelbar zusammenhängt. Die Errichtung der öffentlichen Gebäude, deren Notwendigkeit sich aus der Neuanfassung von Menschen auf dem besiedelten Gebiet ergibt, hängt nur mittelbar mit der Erstellung der Siedlungen zusammen und gehört deshalb nicht „zur Durchführung von Siedlungsverfahren“ im Sinne des RSiedlG., gleichgültig, ob das Siedlungsunternehmen diese öffentlichen Gebäude freiwillig oder auf Grund besonderer behördlicher Anordnung errichtet. Es kann nicht die Absicht des Gesetzgebers sein, im Zusammenhang mit Neusiedlungen alles das steuerfrei zu stellen, was mit der Errichtung einer Schule, einer Kirche, eines Rathauses, eines Feuerhauses, einer Leichenhalle, eines Sportplatzes, eines Schwimmbades, vielleicht sogar eines Theaters, eines Kinos zusammenhängt.

Der Steuerpflichtige hat demnach aus den Entgelten, die er für die Ausführung des Schulhausneubaus und der Leichenhalle vereinnahmt hat, Umsatzsteuer zu entrichten.

Die Abgabe der erwähnten Bescheinigung des Kulturamts ändert hieran nichts. Denn eine „Versicherung“ nach § 29 Abs. 2 RSiedlG. bindet die Finanzbehörden nur in tatsächlicher, nicht auch in rechtlicher Hinsicht. Das ergibt sich aus der Auslegungsvorschrift in § 1 StAnpG. Bei der Auslegung steuerrechtlicher Vorschriften sind nach dieser Bestimmung die Volksanschauung und der Zweck der Vorschrift zu berücksichtigen. Hiernach kann nicht angenommen werden, daß der Staat die steuerrechtliche Würdigung von Tatbeständen nicht denjenigen Behörden übertragen wollte, die er selbst für diesen Zweck ausgebildet hat, sondern vielmehr Behörden, denen eine Erfahrung auf steuerrechtlichem Gebiet fehlt. Hierzu kommt, daß die Vorschrift sich des Ausdrucks „versichern“, „Versicherung“ bedient. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und nach der Volksanschauung können nur Tatsachen „versichert“ werden; Rechtsmeinungen werden nicht „versichert“. (Die Ergänzung des § 29 durch den zweiten Satz des Abs. 2 (Art. II Nr. 6 des erwähnten Wes. v. 7. Juni 1923)

„Die Versicherung unterliegt nicht der Nachprüfung durch die Finanzbehörden.“

hat daran nichts geändert. Der hinzugefügte Satz sagt lediglich, daß die „Versicherungen“ des Siedlungsunternehmens — d. h. eben seine tatsächlichen Angaben — von den Finanzbehörden ohne jede Nachprüfung als richtig unterstellt werden müssen.

Der Senat hat diese Auffassung bereits in seiner Entsch. v. 10. Nov. 1933, VA 104/32 (RFG. 34, 252 = 333. 1934, 447<sup>4</sup>) vertreten und hält hieran auch für den vorliegenden Fall fest.

(RFG., 5. Sen., Ur. v. 16. Juni 1937, VA 571/36 S.)

\*

#### × 35. §§ 1 Nr. 1, 4 Nr. 9 UmfStG. 1934. Das Einbringen von Gegenständen oder Leistungen in eine OHG. gegen Einräumung von Gesellschaftsrechten unterliegt der Umsatzsteuer. †)

Der Steuerpflichtige führte — in allgemeiner Gütergemeinschaft mit seiner Ehefrau — einen Brauerei- und Gastwirtschaftsbetrieb und einen landwirtschaftlichen Betrieb. Aus Anlaß der bevorstehenden Verheiratung zweier Söhne schlossen die Eheleute mit diesen am 27. Juni 1936 einen Vertrag folgenden Inhalts: Jeder der Söhne erhält eine Ausstattung von 50 000 RM.; die Eheleute gehen mit den beiden Söhnen eine „stille Gesellschaft“ ein, in die sie ihr gewerbliches und landwirtschaftliches Betriebsvermögen einbringen, während sich die Söhne mit den als Ausstattung gewährten Beträgen beteiligen und „sich zur tätigen Mitarbeit im Handelsgeschäft“ verpflichten; am Gewinn und Verlust sind die Eheleute zu vier Sechstel, die Söhne je zu ein Sechstel beteiligt; das Gesellschaftsverhältnis beginnt am 1. Okt. 1936.

Es besteht Streit, ob das Einbringen des Betriebsvermögens in die Gesellschaft — die steuerlich als OHG. anzusehen ist — umsatzsteuerbar ist. Das FinA. hat Umsatzsteuer erhoben. Das FinGer. hat freigestellt; es lehnt zwar eine Anwendung des § 4 Ziff. 9 UmfStG. 1934 ausdrücklich ab, hält aber in Anlehnung an das Ur. v. 17. Febr. 1925, VA 82/24 (RFG. 16, 70) einen Leistungsaustausch nicht für gegeben.

Die erwähnte Entsch. RFG. 16, 70 beruht auf der Rechtsauffassung, daß die Einräumung von Gesellschaftsrechten umsatzsteuerrechtlich kein Entgelt für die Einbringung von Gegenständen oder Leistungen darstelle. Diese Rechtsauffassung hat der erf. Sen., den inzwischen klarer entwickelten Ansichten über die Natur des umsatzsteuerrechtlichen Leistungsaustausches folgend, inzwischen aufgegeben, und zwar insbes. in der Entsch. v. 21. Dez. 1934, VA 728/33 (333. 1935, 1816<sup>51</sup> = RStBl. 1935, 373 = StB. 1935 Nr. 249). Dieser neueren Entsch. lag der Tatbestand zugrunde, daß die beiden Gesellschafter einer OHG. das

Betriebsvermögen der OHG. in eine neuerrichtete Aktiengesellschaft einbrachten. Der Senat hat hierin eine zweimalige Veräußerung des Betriebsvermögens gesehen, nämlich von der OHG. an die Gesellschafter und von den Gesellschaftern an die Aktiengesellschaft. Er hat die erste Veräußerung der Umsatzsteuer unterworfen, die zweite Veräußerung aber nach § 2 Nr. 7 UmfStG. 1926 umsatzsteuerfrei gelassen, also nur deshalb, weil sie nach § 6 KapVerfStG. a. F. eine Gesellschaftsteuer auslöste.

An dieser neueren Rechtsauffassung hält der Senat auch für das jetzt geltende Recht, d. i. für die Auslegung der Vorschrift in § 4 Ziff. 9 UmfStG. 1934 fest. Er sieht demgemäß in dem Einbringen von Gegenständen oder Leistungen in eine Gesellschaft gegen Einräumung von Gesellschaftsrechten einen Leistungsaustausch, der nach § 1 Ziff. 1 UmfStG. 1934 umsatzsteuerbar ist, sofern die sonstigen allgemeinen Voraussetzungen gegeben sind, d. h. sofern es sich bei dem Einbringen um Lieferungen oder sonstige Leistungen handelt, „die ein Unternehmer im Inland ... im Rahmen seines Unternehmens ausführt“.

Im vorliegenden Streitfall ist Betriebsvermögen in eine OHG. eingebracht worden. Es muß also geprüft werden, ob es zugänglich erscheint, den eben entwickelten Grundsatz nicht nur (wie in der genannten Entsch. VA 728/33) auf eine Kapitalgesellschaft, sondern auch auf eine Personengesellschaft, z. B. eine OHG. anzuwenden. Hierbei ergeben sich folgende Erwägungen: Schon das KapVerfStG. a. F. hat beim Einbringen von Gegenständen in eine Personengesellschaft nur eine Gesellschaftsteuer von 5% (§ 21), beim Einbringen von Gegenständen in eine Kapitalgesellschaft aber eine Gesellschaftsteuer von 2% (§ 11) vorgegeben. Es hat also die Personengesellschaft gegenüber den Kapitalgesellschaften begünstigt. Das KapVerfStG. n. F. sieht beim Einbringen von Gegenständen in Personengesellschaften eine Gesellschaftsteuer nicht mehr vor, doch unterliegt der Vorgang jetzt einer Urkundensteuer von 5% (§ 36 UrfStG.), die bei Kapitalgesellschaften nicht erhoben wird (§ 4 Abs. 1 Ziff. 7 UrfStG.). Hiernach würde jetzt das Einbringen von Gegenständen in eine Personengesellschaft unter Umständen 2% Umsatzsteuer und 5% Urkundensteuer, das Einbringen von Gegenständen in eine Kapitalgesellschaft aber nur 2% Gesellschaftsteuer auslösen. Da die nationalsozialistische Gesetzgebung offensichtlich bestrebt ist, Personengesellschaften vor Kapitalgesellschaften steuerlich zu begünstigen und die Umbildung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften zu fördern, könnte man gegen dieses Ergebnis Bedenken haben. Der RZM., den der Senat wegen dieser Bedenken um Beteiligung nach § 287 Ziff. 2 RAbgD. ersucht hat, hat sich hierzu wie folgt geäußert:

„... Hiernach ist beim Einbringen von Sachen in eine Personengesellschaft ein steuerbarer Leistungsaustausch zwischen dem einbringenden Unternehmer und der Gesellschaft gegeben. Dabei gewährt die Gesellschaft als Gegenleistung Gesellschaftsrechte.

Diese Beurteilung steht mit § 1 StAnpG. nicht in Widerspruch. Ein solcher Widerspruch würde dann erklirt werden können, wenn durch die Umsatzsteuer der gleiche Tatbestand getroffen werden würde, der nach den Absichten des Gesetzgebers von der Kapitalverkehrssteuer befreit werden sollte. Dieser Tatbestand war der Erwerb von Gesellschaftsrechten an Personengesellschaften. Dieser Tatbestand wird jedoch umsatzsteuerlich nicht erfaßt. Getroffen wird vielmehr eine Leistung, die ein Unternehmer im Rahmen seines Unternehmens gegen Entgelt ausführt. Lediglich der Umstand, daß der Einbringende ein Unternehmer ist, und daß er das Einbringen im Rahmen seines Unternehmens ausführt, bewirkt das Eintreten der Umsatzsteuerpflicht. In dieser Hinsicht besteht aber kein Unterschied gegenüber allen anderen Fällen, in denen dieser Unternehmer entgeltliche Leistungen bewirkt.

Eine andere Beurteilung würde einen Anreiz schaffen, die Veräußerung größerer Warenbestände in die Form der Gründung einer Personengesellschaft aus Deferer und Abnehmer zu kleiden. Würde man dem Unternehmer gestatten, gewisse zur Veräußerung bestimmte Gegenstände frei von umsatzsteuerlicher Belastung in eine OHG. einzubringen, so würde der Umsatz dieser Gegenstände durch die OHG. gegebenenfalls als Großhandelslieferung erwerbener Gegenstände steuerfrei sein oder dem ermäßigten Steuersatz von 1/2% unterliegen können. War der einbringende Unternehmer Hersteller dieser Gegenstände, so würde also im Ergebnis entweder überhaupt keine Umsatzsteuer oder nur die ermäßigte Umsatzsteuer bei der Überführung dieser Gegenstände in den allgemeinen Verbrauch zur Erhebung gelangen. Es würde nur in besonders kraß liegenden Fällen möglich sein, einem solchen Gebaren gemäß § 6 StAnpG. entgegenzutreten.“

Diesen Erwägungen des RZM. tritt der Senat bei und behält hiernach die Umsatzsteuerpflicht auch für den Fall des Ein-

bringens von Gegenständen oder Leistungen in Personengesellschaften, und damit auch für den vorliegenden Streitfall. Über die umsatzsteuerrechtliche Unternehmereigenschaft des Steuerpflichtigen kann kein Zweifel bestehen; das Einbringen des Betriebsvermögens in ein neues Unternehmen liegt im Rahmen seines Unternehmens. Das Bll., das für den vorliegenden Fall die Umsatzsteuerpflicht verneint hat, ist hiernach auf die Beschw. des FinA. hin aufzuheben ...

(RZM., 5. Sen., Ur. v. 9. Sept. 1938, V 573/37 S.)

**Anmerkung:** Die Entsch. klärt eine seit langem bestehende Streitfrage. Hartmann-Meichenmacher verneint noch im 1. Nachtrag S. 63 zu seinem Kommentar die Steuerpflicht bei Einbringung in Personengesellschaften. Die Verwaltungsp Praxis hatte allerdings auf Grund von Anweisungen des RZM. in den letzten Jahren bereits diese Umsätze zur Steuer herangezogen (Erlaß v. 5. April 1935 [S 4141 — I III] und Bescheid v. 19. Aug. 1936). Die Frage ist erst seit 1. Jan. 1935 praxis, nachdem die Änderung des KapVerfStG. v. 16. Okt. 1934 die Personengesellschaften von der Gesellschaftssteuer freigestellt. Im Ergebnis ist der Entsch. zuzustimmen. Zweifellos liegt in der Einbringung von Gegenständen oder Leistungen gegen Gesellschaftsrechte ein Leistungsaustausch. Gewisse Bedenken könnten in folgender Richtung bestehen: Das UmfStG. erklärt für steuerfrei Umsätze, die unter das GrErfStG., KapVerfStG. Teil I (Gesellschaftssteuer) usw. fallen. Die Steuerfreiheit wird nach RZM. 28, 107 nicht dadurch beeinträchtigt, daß der Umsatz in den erwähnten Gesetzen ausdrücklich für steuerfrei erklärt worden ist. Ein Grundstücksumsatz zwischen Vater und Sohn ist also umsatzsteuerfrei, obgleich er nach § 8 Ziff. 4 GrErfStG. nicht grunderwerbsteuerpflichtig ist. Muß da nun nicht auch das Einbringen in Personengesellschaften steuerfrei sein, nachdem das KapVerfStG. diese Gesellschaften von der Gesellschaftssteuer freigestellt hat? Meines Erachtens muß diese Frage aber verneint werden. Das KapVerfStG. hat in der neuen Fassung nicht die Personengesellschaften von der Gesellschaftssteuer befreit, sondern die Gesellschaftssteuer von vornherein auf Kapitalgesellschaften beschränkt. Damit fallen Personengesellschaften überhaupt nicht mehr unter die Gesellschaftssteuer und der Weg für die Umsatzsteuerpflicht ist frei. Über diesen Punkt geht die Entsch. hinweg.

Das Einbringen von Gegenständen und Leistungen in eine Personengesellschaft gegen Gesellschaftsrechte ist aber auch nicht in allen Fällen steuerpflichtig, sondern nur dann, wenn der Einbringende Unternehmer ist und das Einbringen im Rahmen seines Unternehmens ausführt. Diese Grundvoraussetzung für jede Umsatzsteuerpflicht muß also auch hier erfüllt sein. Nun sich zwei Privatleute zusammen, um eine OHG. zu gründen und bringen sie Gegenstände in die Gesellschaft ein, so besteht keine Umsatzsteuerpflicht. Sie sind nicht Unternehmer und handeln nicht im Rahmen des Unternehmens. Die OHG. ist bei der Umsatzsteuer als solche steuerpflichtig. Ebenso wird man entscheiden müssen, wenn ein Unternehmer außerhalb seines Unternehmens eine solche Gesellschaft gründet, z. B. ein Arzt beteiligt sich als Kommanditist an einer Eisenwarenhandlung. Weiter ist zu beachten, daß die allgemeinen Befreiungsvorschriften des UmfStG. angewandt werden können. Bringt ein Kaufmann ein Grundstück in eine Personengesellschaft ein, so besteht insoweit Steuerfreiheit, da dieser Umsatz unter das GrErfStG. fällt und damit nach § 4 Ziff. 9 steuerfrei ist. Ebenso können steuerbegünstigte oder steuerfreie Großhandelsumsätze vorliegen. Bei Einbringen eines ganzen Geschäfts ist m. E. auch hier die sog. Partentlicher Verordnung v. 1. März 1937 anzuwenden.

RA. Dr. Siegfried Brandt, Berlin,  
Fachanwalt für Steuerrecht.

\*  
X 36. § 4 Nr. 15 UmfStG. 1934. Der Sippenforscher ist für die Einnahmen aus dem Beschaffen von Urkunden usw. zum Nachweis der arischen Abstammung seiner Auftraggeber umsatzsteuerpflichtig.

Der Beschw. ist Sippenforscher und betätigt sich schriftstellerisch bei der Herausgabe genealogischer Druckchriften. Seine Einnahmen bestehen teils aus Honoraren für Schriftstellerische Tätigkeit, teils aus der Bezahlung für die Ausführung von Aufträgen zur Feststellung des Ahnennachweises, Aufstellung von Ahnentafeln u. dgl. Er will gemäß § 4 Ziff. 13 UmfStG. 1934 von der Umsatzsteuer als „Privatgelehrter“ freigestellt sein, jedenfalls aber seine baren Auslagen für Reisen, Gebühren für Urkunden, Porti usw. vom steuerbaren Entgelt abziehen. Das FinVer. hat anerkannt, daß der Beschw. in der Lage ist, wissenschaftlich selbstständig zu arbeiten und teilweise auch tatsächlich eine wissenschaftliche Tätigkeit entfaltet. Es hat auch seine verhältnismäßig geringfügigen Einnahmen



aus schriftstellerischer Tätigkeit der erwähnten Vorschrift entsprechend der Umsatzsteuer nicht unterworfen. Soweit der Pflichtige aber für einzelne Auftraggeber zum Nachweis der arischen Abstammung usw. Kirchenbücher nachschlägt und sonstige Unterlagen prüft, an Pfarrämter und Standesämter schreibt und Urkunden beschafft, hat das FinGer. ihn in Übereinstimmung mit dem FinV. für steuerpflichtig erklärt, und zwar mit seiner gesamten Einnahme.

Dem ist beizutreten. Der zuletzt erwähnten Betätigung geht der Beschw. nach wie jeder, der zum Erzielen von Einnahmen eine berufliche Tätigkeit ausübt. Er wird hierbei, wenn er auch nach den Feststellungen des FinGer. in der Lage ist, wissenschaftlich selbständig zu arbeiten, nicht wissenschaftlich tätig nach der Art eines gelehrten Berufs, sondern ist gewerblich und beruflich als Berufsschiffenforscher (§ 2 UmStG.) tätig. Das erzeugt auch das bei den Akten befindliche Zeitungsinserat, in dem er allgemein Familienforschungen jeder Art übernimmt, und ebenso die Aufstellung seiner Ausgaben. Für eine solche berufsmäßige Ausübung ist § 4 Ziff. 13 nicht geschaffen worden.

(RFS., 5. Sen., Ur. v. 24. Aug. 1938, V 675/37 S.)

### Preussisches Oberverwaltungsgericht

**37. § 20 Abs. 2 Satz 2 PolVerwG.; §§ 1, 2, 3 und 5 PolVerwG. betr. Flur- und Treppenbeleuchtung v. 10. Juli 1935 in Kiel (Wl. d. Reg. Schleswig 236). PolVerw. die die Polizeipflicht abweichend von den Vorschriften des § 20 Abs. 2 Satz 2 PolVerwG. regeln, sind rechtsungültig.**

Durch Verfügung der Ortspolizeibehörde in Kiel v. 7. Dez. 1937 wurde gegen den Kapitän S. auf Grund der PolVerw. vom 10. Juli 1935 (Wl. d. Reg. Schleswig S. 236) ein Zwangsgeld von 3 RM festgesetzt, weil Flur und Treppen seines Hauses am 29. Okt. 1937 während der abendlichen Dunkelheit nicht beleuchtet gewesen seien. Nach fruchtloser Beschwerde beim RegPräs. in S. erhob Frau S. namens und in Generalvollmacht ihres Ehemannes Klage im Verwaltungsstreitverfahren, mit der sie geltend machte, daß der von ihr für das Haus bestellte Hauswart die ihm vertraglich obliegende Hausbeleuchtung am 1. Okt. 1937 eigenmächtig eingestellt und sie darauf alles getan habe, um die ordnungsmäßige Beleuchtung des Hauses auch weiterhin sicherzustellen. Durch Bescheid des Vorsitzenden des BezVerwGer. in S. v. 4. Juni 1938 wurde die Klage abgewiesen und die Entscheidung wie folgt begründet:

Entgegen den Bestimmungen der §§ 1 und 2 PolVerw. vom 10. Juli 1935 sei das Haus des Kl. am 29. Okt. 1937 während der Dunkelheit nicht beleuchtet gewesen. Die Verpflichtung zur pünktlichen und ausreichenden Beleuchtung treffe nach § 3 der PolVerw. den Eigentümer des Grundstücks oder den von ihm bestellten Beauftragten, sofern dieser in dem betreffenden Hause wohne. Eine Entbindung des Eigentümers von dieser ihm in erster Linie obliegenden Verpflichtung könne nur angenommen werden, wenn der von ihm bestellte Beauftragte mit der Beauftragung einverstanden sei. Da die Bevollmächtigte des Kl. von dem mit der Beleuchtung beauftragten Hauswart Anfang Oktober 1937 die Nachricht erhalten habe, daß er den Auftrag nicht weiter ausführe, sei der Kl. von diesem Zeitpunkt ab wieder selbst zur Beleuchtung verpflichtet gewesen. Auf Grund dieser Verpflichtung habe er oder seine Bevollmächtigte unter allen Umständen für die ordnungsmäßige Beleuchtung Sorge tragen müssen. Dies sei nicht oder jedenfalls nicht in ausreichender Weise geschehen. Die gegen diese Entsch. eingelegte Rev. war von Erfolg.

Die auf Grund des § 28 PolVerwG. erlassene PolVerw. der Ortspolizeibehörde in Kiel v. 10. Juli 1935 betr. Flur- und Treppenbeleuchtung bestimmt in dem der Zwangsgeldfestsetzung zugrunde liegenden § 3:

„Die Verpflichtung zur pünktlichen und ausreichenden Beleuchtung trifft den Eigentümer der Grundstücke oder den von ihm bestellten Beauftragten, sofern dieser in dem betreffenden Hause wohnt. Ausnahmsweise kann die Ortspolizeibehörde zulassen, daß der an Stelle des Eigentümers verpflichtete Beauftragte außerhalb des Hauses wohnt, sofern Mißstände nicht zu erwarten sind.“

An dieser Vorschrift ist zunächst ihre unklare Fassung zu bemängeln. Denn aus dem ersten Satz ist nicht zu ersehen, ob der von dem Eigentümer des Grundstücks bestellte, in dem Hause wohnende Beauftragte neben dem Eigentümer oder an dessen Stelle der Polizei gegenüber zur pünktlichen und ausreichenden Beleuchtung verpflichtet sein soll. Für das letztere scheinen die im zweiten Satz stehenden Worte „der an Stelle des Eigentümers verpflichtete Beauftragte“ zu sprechen. Zwingend ist aber diese Annahme nicht. Ebenso gut kann der erste Satz

auch dahin verstanden werden, daß der Eigentümer und der im Hause wohnende Beauftragte nebeneinander verantwortlich sein sollen. § 3 ermangelt hiernach derjenigen Bestimmtheit, die § 31 Abs. 2 PolVerwG. für den Inhalt einer PolVerw. verlangt.

Er widerspricht aber auch den Vorschriften des § 20 PolVerwG. Durch diesen § 20 ist die Haftung für den polizeimäßigen Zustand einer Sache erschöpfend geregelt. In erster Linie trifft danach den Eigentümer die Haftung. Neben ihm ist derjenige verantwortlich, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt. An Stelle des Eigentümers macht das Gesetz den Inhaber der tatsächlichen Gewalt dann polizeipflichtig, wenn entweder die tatsächliche Gewalt gegen den Willen des Eigentümers ausgeübt wird oder der Gewalthaber auf einen von ihm im Einverständnis mit dem Eigentümer schriftlich oder protokollarisch gestellten Antrag von der zuständigen Polizeibehörde als allein polizeipflichtig anerkannt ist. Nur in den beiden letzteren Fällen scheidet also nach dem Willen des Gesetzgebers der Eigentümer aus der Polizeipflichtigkeit aus. Mit dieser gesetzlichen Regelung der Zustandshaftung, die als eine abschließende anzusehen ist und an die daher die Polizeibehörden bei Erlass einer PolVerw. gebunden sind, ist der Inhalt des § 3 PolVerw. v. 10. Juli 1935 nicht zu vereinbaren. Denn einmal unterscheidet § 3, was bei § 20 PolVerwG. nicht der Fall ist, zwischen Beauftragten, die in dem Hause, und solchen, die außerhalb des Hauses wohnen, und sieht mit ausdrücklichen Worten nur bei letzteren die Zulassung einer Befreiung des Eigentümers von der polizeilichen Verantwortung für die Hausbeleuchtung vor, schränkt also diese Möglichkeit gegenüber der Bestimmung des § 20 wesentlich ein. Ferner schreibt § 3 nicht vor, daß, wie in § 20 PolVerwG., der Wegfall der Polizeipflichtigkeit des Eigentümers von der Genehmigung eines mit seinem Einverständnis schriftlich oder protokollarisch gestellten Antrags des Beauftragten abhängig sein soll. Über diese gesetzlichen Vorbedingungen ist in § 3 nichts enthalten. Sollte endlich der erste Satz des § 3, wie oben als denkbar bezeichnet, in dem Sinne gemeint sein, daß bei Bestellung eines im Hause wohnenden Beauftragten dieser allein polizeipflichtig sei, so wäre dies mangels der dafür in § 20 PolVerwG. aufgestellten Voraussetzungen nicht angängig. Der § 3 PolVerw. verstößt somit wegen seines unklaren und mit § 20 PolVerwG. nicht übereinstimmenden Inhalts gegen die zwingenden Vorschriften der §§ 31 Abs. 2, 30 Abs. 1 PolVerwG. und ist infolgedessen rechtsungültig.

(PrVerw., Ur. v. 29. Sept. 1938, III C 142/38.)

\*

**38. §§ 33, 40, 55 Abs. 2 und 3, 57 PolVerwG. Zwangsgeldfestsetzung. Für die Rechtsgültigkeit der Festsetzung polizeilicher Zwangsgeldstrafen wegen Nichtbefolgung einer PolVerw. (§ 33 PolVerwG.) ist ebenso wie bei PolVfg. nicht die Richtigkeit ihrer Begründung von maßgebender Bedeutung; vielmehr kommt es darauf an, daß das polizeiliche Vorgehen in irgendeiner auf den festgestellten Tatbestand anwendbaren Rechtsvorschrift seine Stütze findet, daß also die Festsetzung der Zwangsgeldstrafe nach dem vorl. Tatbestand auf Grund irgendeiner rechtsgültigen PolVerw. gerechtfertigt ist. — Wenn ferner, wie § 33 Abs. 2 PolVerwG. bestimmt, für die Rechtmäßigkeit der ohne vorherige Androhung erfolgenden Festsetzung von Zwangsgeldstrafen nach § 33 PolVerwG. die Voraussetzung besteht, daß der Betroffene die Polizeiwidrigkeit seines Verhaltens kannte oder kennen mußte, so ist dafür nicht erforderlich, daß ihm gerade die angewendete oder die die Zwangsgeldfestsetzung tragende PolVerw. bekannt war (oder bekannt sein mußte). Das Kennen oder Kennenmüssen der Polizeiwidrigkeit liegt vielmehr schon dann vor, wenn der Betroffene sich ganz allgemein über den in seinem Verhalten liegenden Verstoß gegen bestehende PolVerw. im Klaren war (oder sein mußte). †)**

Der Amtsvorsteher in M. forderte den Kl. auf, das am Abschluß der Dorfstraße von N. aufgestellte, auf den Pensionatsbetrieb in seinem „Haus 3.“ hinweisende Schild zu entfernen, weil das Schild gegen die für N. bestehenden Ortsatzungen verstoße. Nachdem sodann der Landrat den Kl. nochmals gebeten hatte, das übergroße Schild zu entfernen, widrigenfalls zu seinem Bedauern auf Grund des für N. bestehenden Ortsstatuts gegen Verunstaltung mit einer polizeilichen Verfügung gegen ihn vorgegangen werden müsse, setzte der Amtsvorsteher im August 1936 gegen den Kl. auf Grund von § 33 PolVerwG. ein Zwangsgeld von 50 RM fest, weil trotz mehrfacher Aufforderung das Schild nicht entfernt worden sei. Der Amtsvorsteher wies dabei darauf hin, daß es sich um eine Nichtbefolgung des § 1 des Ortsstatuts für N. i. Verb. mit der PolVerw. des Landrats v. 1. Okt. 1932 handele.

Gegen diese Vfg. erhob der Kl. Beschwerde, da das Schild nicht auf dem Gebiet der Gemeinde N. stehe, das Ortsstatut für

kl. also nicht Anwendung finden könne. Der Landrat wies die Beschwerde zurück und führte an, die Beschwerdebeurteilung sei zwar, wie inzwischen festgestellt sei, zutreffend; das Schild unterliege aber nach § 1 der BauD. für das platte Land v. 9. April 1932 der Genehmigung der Baupolizeibehörde, und bei seiner Anbringung sei der § 24 dieser BauD. nicht beachtet worden.

Der Kl. erhob hiergegen die Klage im Verwaltungsstreitverfahren, da ihm das Schild mit Schreiben des Landrats vom 5. Sept. 1932 gestattet worden sei.

Das BezVerwGer. hob die Zwangsgeldfestsetzung auf: Da Ortsstatut und PolWD. nicht in Frage kämen, habe es für die Zwangsgeldfestsetzung gemäß § 55 Abs. 2 PolVerwG. einer vorherigen Androhung bedurft. Eine solche sei nicht ergangen.

Die Rev. des Besl. hatte Erfolg.

Das OVG. hat von jeher den Rechtsgrundsatz aufgestellt, daß für die Rechtmäßigkeit einer polizeilichen Bfg. die ihr gegebene Begründung nicht entscheidend ist, daß es für ihre Rechtmäßigkeit vielmehr genügt, wenn sie ihre rechtliche Grundlage in irgendeiner, auch in einer von der erlassenden Polizeibehörde nicht beachteten Vorschrift findet (Scholz, „Handbuch des gesamten öffentlichen Grundstücksrechts“ Ab. 1 S. 73 und die dort angeführten Entsch.). Es handelt sich hier allerdings nicht um eine polizeiliche Bfg. im eigentlichen Sinne des § 40 PolVerwG., durch die ein Gebot oder Verbot ausgesprochen wird, sondern um die Festsetzung eines Zwangsgeldes nach § 33 PolVerwG., wodurch eine Polizeitrafe für die Nichtbefolgung einer PolWD. verhängt wird (OVG. 90, 279 ff. = JW. 1933, 2540; Scholz S. 59; RVerwBl. 57, 108). Aber diese Straffestsetzung, die hinsichtlich der dagegen zugelassenen Rechtsmittel einer polizeilichen Bfg. im engeren Sinne gleichgestellt ist (§ 57 PolVerwG.), ist ihr auch hinsichtlich der Anwendbarkeit des erwähnten Rechtsgrundsatzes über die Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit grundsätzlich gleichzustellen. Denn wie bei einem polizeilichen Gebot oder Verbot kann es auch bei der polizeilichen Festsetzung einer Zwangsgeldstrafe nach § 33 PolVerwG. für die Prüfung der Rechtmäßigkeit nur darauf ankommen, ob überhaupt eine Rechtsgrundlage für das polizeiliche Einschreiten vorhanden ist. Für eine polizeiliche Bfg. genügt es, wenn irgendeine Vorschrift das polizeiliche Verlangen stützt; ebenso genügt es für die polizeiliche Festsetzung einer Zwangsgeldstrafe nach § 33 PolVerwG., wenn zwar nicht die von der Polizei angeführte, aber irgendeine andere PolWD. das der Zwangsgeldfestsetzung zugrunde liegende Verhalten des Betroffenen mit Zwangsgeldstrafe bedroht und dieser, was § 33 Abs. 2 PolVerwG. besonders fordert, die Polizeiwidrigkeit seines Verhaltens kannte oder kennen mußte. Denn es würde des Sinnes entbehren und nur zu einem Leerlauf bei klarer Rechtslage führen, wenn die Polizei genötigt wäre, die gleiche, an sich bereits als rechtlich zulässig erkannte Zwangsgeldfestsetzung nur unter Anführung einer anderen PolWD. nochmals zu erlassen, und der Betroffene nochmals dagegen den Rechtsmittelweg erschöpfen könnte.

Nach § 24 Abs. 1 BauPolWD. v. 9. April 1932 für das platte Land der Provinz B. muß das Äußere der baulichen Anlage in Bezug auf Bauart, Bauform, Baustoff und Farbe so beschaffen sein, daß es die einheitliche Gestaltung des Straßensbildes nicht stört. Das freistehende, über 1 qm große Werbeschild des Kl. ist gemäß § 1 eine bauliche Anlage im Sinne der BauD. Nach den in den Akten befindlichen und im Termin vorgelegten amtlichen Feststellungen und Lichtbildern kann ein Zweifel darüber nicht obwalten, daß das Schild infolge seiner Größe und infolge der Befügung kleinerer Schilder die einheitliche Gestaltung des Straßensbildes, in dem es als aufdringlicher Abschluß erscheint, stört. Die erforderliche Erlaubnis der Baugenehmigungsbehörde für die Errichtung des Schildes ist ungeachtet der gegenteiligen Behauptung des Kl. nicht erteilt worden, wie sich ohne weiteres aus dem Wortlaut des vom Kl. angezogenen Schreibens des Landrats v. 5. Sept. 1932 ergibt, in dem keine Genehmigung, sondern nur eine polizeiliche Duldung zum Ausdruck gebracht ist mit den Worten, „daß ... gegen das ungewöhnlich große ... Schild Einwendungen nicht erhoben werden sollen“. Das Schild ist mithin materiell und formell illegal.

Weil der Kl. trotz mehrfacher Aufforderung das Schild nicht entfernte, hat die Ortspolizeibehörde gegen ihn mittels der angefochtenen Bfg. ein Zwangsgeld festgesetzt, ohne dies vorher anzudrohen. Für die Rechtmäßigkeit eines solchen Vorgehens bestehen nach § 33 Abs. 2 PolVerwG. zwei Voraussetzungen. Die eine dieser Voraussetzungen, daß es sich nämlich um die Nichtbefolgung einer PolWD. handeln muß, ist — wie vorstehend dargelegt — durch die Verletzung von § 24 Abs. 1 BauPolWD. gegeben. Zweite Voraussetzung für eine Zwangsgeldfestsetzung ohne vorherige Androhung ist, daß der Betroffene die Polizeiwidrigkeit seines Verhaltens kannte oder kennen

mußte. Wie sich aus dem Begriff der „Polizeiwidrigkeit“, der jedweden Verstoß gegen polizeiliche Vorschriften umfaßt, ergibt, ist es nicht nötig, daß dem mit Zwangsgeld bestrafte gerade die in Anwendung gebrachte oder die Zwangsgeldfestsetzung tragende PolWD. bekannt war oder bekannt sein mußte. Es genügt vielmehr, daß er sich ganz allgemein über den in seinem Verhalten liegenden Verstoß gegen bestehende polizeiliche Vorschriften im klaren war oder sein mußte.

Der Kl. hat nun zwar behauptet, er habe nicht gewußt, daß sein Verhalten polizeiwidrig sei. Das kann jedoch keineswegs anerkannt werden. Es mag dahingestellt bleiben, ob der Kl. mit Recht aus dem Schreiben des Landrats v. 5. Sept. 1932 damals glaubte entnehmen zu können, daß das Schild nicht polizeiwidrig sei. Denn jedenfalls konnte er auf Grund der späteren behördlichen Befundungen sowohl der Forst- als auch der Baupolizeibehörden nicht im unklaren über die Polizeiwidrigkeit sein; dabei sei darauf hingewiesen, daß die Annahme des Kl., es könne ein ursprünglich polizeimäßiges Schild ohne Änderung seines Zustandes nicht polizeiwidrig werden, unrichtig ist (RVerwBl. 59, 359 = JW. 1938, 616 und JW. 1938, 2311).

Danach war festzustellen, daß das Schild des Kl. gegen § 24 Abs. 1 der geltenden BauPolWD. verstieß, und daß dem Kl. das Polizeiwidrige seines Verhaltens bekannt war. Daher war der Amtsvorsteher berechtigt, in der angefochtenen Bfg. ohne vorherige Androhung gegen den Kl. eine Zwangsgeldstrafe wegen Nichtbefolgung einer PolWD. festzusetzen. Der Betrag von 50 RM überschritt nicht das Maß seiner Zuständigkeit (§ 55 Abs. 3 PolVerwG.).

Da das BezVerwGer. zu einem anderen Ergebnis gekommen ist, so war seine Entsch. aufzuheben und die Klage abzuweisen.

(PrDVG., Urt. v. 19. Mai 1938, IV C 56/37.)

**Anmerkung:** Das Urt. ist ein Beitrag zur Lehre von der „Konversion von Verwaltungsakten“ (A). Es stellt eine bemerkenswerte Fortentwicklung dieser Lehre nach einer besonderen Richtung dar (B).

A. Die Lehre von der „Konversion von Verwaltungsakten“. — In der Rpr. des PrDVG. gilt seit langem der Satz, daß der rechtliche Bestand einer polizeilichen Bfg. nicht ausschließlich von der Richtigkeit ihrer Begründung, sondern davon abhängt, ob die in der Bfg. enthaltene Anordnung überhaupt aus irgendeinem rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkt getroffen werden konnte. „Nach ständiger Rpr. des Gerichtshofs ist eine polizeiliche Bfg. auch dann aufrechtzuerhalten, wenn sie zwar nicht aus den von der Polizei angenommenen, aber aus anderen Gründen gerechtfertigt ist“ (PrDVG.: RVerwBl. 1936, 425/26). Diese Rechtsauffassung ist vom PrDVG. auch schon gelegentlich — über den Fall der polizeilichen Bfg. hinaus — als allgemeiner Rechtsgrundsatz ausgesprochen worden. So heißt es z. B. in der Entsch. des PrDVG.: RVerwBl. 1936, 1098/99: „Der Bestand und die praktische Tragweite behördlicher Erlasse (!) ist nicht allein an den gesetzlichen Bestimmungen zu messen, auf die sie sich ausdrücklich berufen, sondern im Hinblick auf den Inhalt, den sie haben, und die praktische Bedeutung, die sie besitzen, auszurichten an den allgemeingültigen gesetzlichen Vorschriften, genau so wie die Rechtmäßigkeit einer polizeilichen Bfg. nicht davon abhängig ist, ob sie richtig begründet, sondern ob sie überhaupt mit dem geltenden Recht vereinbar ist.“

Es ist keineswegs, wie man meinen könnte, auf den ersten Blick eindeutig, was diese Rpr. in ihrem letzten Sinne besagt. Die Löslichkeit des rechtlichen Schicksals eines Verwaltungsakts von der ihm bei seinem Erlaß gegebenen Begründung kann etwas sehr Verschiedenes bedeuten. Es kann sich dabei einmal um die bloße Verfestigung des Verwaltungsakts gegenüber der von der Erlaßbehörde auf einen bestimmten Sachverhalt angewandten rechtlichen Beurteilung handeln, d. h. um die Zulässigkeit der Aufrechterhaltung des Verwaltungsakts durch Anwendung eines anderen rechtlichen Gesichtspunkts auf den unverändert beibehaltenen Sachverhalt; zum anderen kann dabei aber auch an die Zulässigkeit der Substitution eines anderen Sachverhalts gedacht werden. Diese Unterscheidung wird bisweilen dadurch verdunkelt, daß von der Selbständigkeit des Verwaltungsakts gegenüber dem für die Behörde maßgeblich gewesenen „Beweggrund“ oder „Motiv“ gesprochen wird. So wird z. B. in der Entsch. des PrDVG.: JW. 1935, 2092<sup>14</sup> ausgeführt: „Nach feststehender Rpr. des Gerichtshofs kommt es für die Rechtmäßigkeit einer PolBfg. nur darauf an, ob sie im bestehenden Recht ihre Rechtfertigung findet, nicht aber auf die — möglicherweise unrichtigen — Beweggründe (!), welche die Polizei zum Erlaß der Bfg. veranlaßt haben (OVG. 76, 383, 385).“ Im

allgemeinen dürfte mit dem Wort „Beweggrund“ oder „Motiv“ die von der Polizei für ihre Vfg. ausdrücklich angeführte Begründung gemeint sein, so daß damit regelmäßig die für das Einschreiten der Polizei maßgeblich gewesenene tatsächlichen Umstände und die ihnen von der Polizei zuteil gewordene rechtliche Beurteilung bezeichnet werden. Nur in diesem Sinne soll auch nachstehend von „Beweggrund“ oder „Motiv“ gesprochen werden, während auf die Bedeutung eines nichtdeklarierten, d. h. verdeckten Motivs (= innerer Beweggrund, vor allem nichtpolizeiliche Motive, z. B. Willkür, Schiktane usw.) nicht eingegangen werden soll.

Nach herrschender Rechtsauffassung darf der Verwaltungsrichter zum Zwecke der Aufrechterhaltung eines Verwaltungsakts, insbes. einer polizeilichen Vfg., nicht nur dem zugrunde liegenden Sachverhalt eine von dem für die Behörde selbst maßgeblich gewesenene rechtlichen Gesichtspunkt abweichende rechtliche Bewertung zuteil werden lassen, sondern er darf dem eigentlich anordnenden Teil der Vfg., ihrem „Tenor“, sogar einen anderen Sachverhalt zugrunde legen. Die vom BrDVG. in ständiger Nrpr. für zulässig erachtete Substitution eines anderen Geltungsgrundes kann also, wie bereits erwähnt, in zwei verschiedenen Formen vorkommen: erstens als Anwendung eines veränderten rechtlichen Gesichtspunktes auf den unverändert beibehaltenen Sachverhalt und zweitens als Preisgabe der Identität des Sachverhalts durch Rückgriff auf einen anderen, mit dem in der Befugnisbegründung angeführten gar nicht mehr identischen Sachverhalt. Ein einfaches Beispiel der ersten Art ist folgendes: Wer in dem zu seiner Mietwohnung gehörenden Garten einen Baumstumpf ausgegraben hat und diesen, um sich seiner zu entledigen, über den Zaun auf die Straße wirft, muß, wenn ihn die Polizei unter Hinweis auf sein Verhalten zur Beseitigung des Baumstumpfes aufgefordert hat, die an ihn gerichtete polizeiliche Vfg. auch unter dem Gesichtspunkt seiner Handlungshaftung (§ 19 PolVerwG.) gegen sich gelten lassen, selbst wenn ihn die Polizei ausdrücklich als vermeintlichen Eigentümer des Baumstumpfes (§ 20 PolVerwG.) zur Beseitigung des Stumpfes aufgefordert hat. Es handelt sich hier lediglich um die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes unter unveränderter Beibehaltung des durch das polizeiliche Gebot befehlsmäßig geordneten Sachverhalts. Anders liegt dagegen der in früherer Zeit oft als Beispiel angeführte Fall, daß die Polizei die Beseitigung eines Düngerhaufens anordnet, weil die Jauche durch den Boden sickert und das Grundwasser verunreinigt, während sich bei der späteren Nachprüfung ergibt, daß der Boden unter dem Düngerhaufen und in dessen Umgebung in Wahrheit undurchlässig ist. Wenn alsdann die in Rede stehende polizeiliche Vfg. nach erfolgter Anfechtung gleichwohl aufrechterhalten wird, weil die Polizei nunmehr wahrheitsgemäß auf die unerträgliche Fliegenplage hinweist, die jener Düngerhaufen mit sich bringt, so liegt in Wahrheit eine Preisgabe der Identität des dem Polizeibefehl zugrunde liegenden Sachverhalts vor. Die bloße Gemeinsamkeit eines einheitlichen Anknüpfungspunktes (Düngerhaufen) macht die im übrigen, vor allem im Hinblick auf die mit der Vfg. bekämpfte polizeiliche Gefahr, völlig divergierenden Sachverhalte nicht identisch. Ein Fall, der auf der Grenze liegt, ist folgender: Die Polizei verfügt aus gesundheitspolizeilichen Gründen die Schließung eines sog. Bestrahlungsinstituts; der Verwaltungsrichter hält die für die Polizei maßgeblich gewesenene gesundheitspolizeilichen Gesichtspunkte nicht für durchschlagend, hält aber die Vfg. gleichwohl, und zwar aus sittenpolizeilichen Gründen, aufrecht. Hier kann — je nach der Sachlage — die bloße Anwendung eines veränderten rechtlichen Gesichtspunktes oder aber die Preisgabe der Identität des Sachverhalts und die Substitution eines anderen Sachverhalts vorliegen. Wenn nämlich die von der Polizei bei Erlass der Schließungsverfügung ins Auge gefaßten tatsächlichen Umstände — ohne Hinzunahme wesentlicher weiterer tatsächlicher Momente — schon damals als Verstoß gegen sittenpolizeiliche Anforderungen hätten gewertet werden können, so bedeutet der spätere Rückgriff auf Gesichtspunkte der Sittenpolizei lediglich eine veränderte rechtliche Bewertung eines unverändert beibehaltenen Sachverhalts. Hätten dagegen diese Umstände für sich allein nicht ausgereicht, die Schließungsverfügung aus sittenpolizeilichen Gründen zu rechtfertigen, bedurfte der Sachverhalt m. a. W. noch der Hinzunahme weiterer sittenpolizeilich relevanter tatsächlicher Umstände, so wird nunmehr durch den aufrechterhaltenen Polizeibefehl in Wahrheit ein anderer, mit dem ursprünglich ins Auge gefaßten Sachverhalt nicht mehr identischer Sachverhalt geregelt. Man muß sogar noch weiter gehen: Nicht nur der Sachverhalt, sondern auch das polizeiliche Verlangen, der Verwaltungs-

akt selbst, also die polizeiliche Vfg., ist vor und nach der Preisgabe der Identität des Sachverhalts nicht mehr mit sich identisch. Mit Recht sagt Tannert: „Auf den Polizeibefehl als solchen kommt es nicht allein an, auch das Motiv, sei es als Begründung ausgesprochen oder nicht, gehört notwendig zur polizeilichen Vfg.“ (KadZ. 1938, 663 rechts mitten). Die behördliche Vfg. dient zwar der Umgestaltung der sozialen Wirklichkeit und ist innerlich auf die Erzielung dieses Umwelterfolges ausgerichtet; sie ist das spezifische Mittel der der Verwaltung eigentümlichen Initiative, mit dem die Verwaltung ihrem Gestaltungsdrang, dem ihr eigentümlichen sozialen Formungswillen genügt (vgl. Reuß, Das Verwaltungsstreitverfahren — nach dem Recht Preußens —, Nr. 7 der „Schriftenreihe der JW.“ S. 14/15), aber die Vfg. darf doch nicht mit ihrer Kulmination, mit ihrem „Tenor“, d. h. mit dem in ihr enthaltenen Befehl oder der sonst in ihr enthaltenen Anordnung, gleichgesetzt werden. Zur Vfg. gehört vielmehr außer ihrem aktiven Teil, außer ihrer „Befehlsspitze“, auch die innere Bezogenheit auf den intendierten Sachverhalt. Die bloße Kongruenz des Befehlsgehalts ohne Identität des zugrunde liegenden Sachverhalts ist nicht imstande, die Identität der Vfg., die Gleichheit oder Ähnlichkeit des Verwaltungsakts, zu bewirken. Es verhält sich mit dem in einer Vfg. zum Ausdruck kommenden behördlichen Verlangen ebenso wie mit der privaten Geltendmachung eines Anspruchsbegehrens in Prozeß. Dieses, also der Streitgegenstand, wird ebenfalls nicht etwa allein durch den Klageantrag, sondern auch durch den zu seiner Begründung vorgetragenen Sachverhalt bestimmt. Wird einem unveränderten Klageantrag im Verlauf des Prozesses statt des ursprünglich vorgetragenen ein anderer, hiermit nicht mehr identischer Sachverhalt substituiert, so wird in Wahrheit der Streitgegenstand ein anderer und es liegt der typische Fall der Klageänderung vor. Man braucht sich nur einmal zu vergegenwärtigen, wie es wäre, wenn auch die Behörden, statt aus hoheitlicher Macht einseitig Vfg. erlassen zu können, ihr öffentlich-rechtliches Begehren gegen den Anspruchsgegner im Wege einer Klage realisieren müßten. Dann wäre es unzweifelhaft, daß die Identität ihres Verlangens nicht allein durch die nackte Formel ihres Antrags, sondern ebenso auch durch den von ihnen zur Begründung des Antrags vorgetragenen Sachverhalt bestimmt würde. Das kann nicht dadurch anders werden, daß die Behörden regelmäßig das Recht des ersten Zugriffs haben und die Verwaltungsrechtspflege insoweit eine „nachträgliche“ ist, bei der gewissermaßen eine „Umkehr der Parteitrollen“ vorliegt. Das hoheitliche Verlangen, das regelmäßig in einer behördlichen Vfg. zum Ausdruck kommt, ist bei Zugrundelegung verschiedener Sachverhalte allein deshalb, weil es etwa auf das gleiche Tun oder Unterlassen des Betroffenen gerichtet ist, ebensowenig mit sich identisch wie etwa eine zivilrechtliche Forderung auf Zahlung von 1000 RM, die zuerst aus dem rechtlichen Gesichtspunkt des Darlehns und später unter Vortrag eines völlig anderen Sachverhalts, etwa als Schmerzensgeld für eine Körperverletzung, gefordert wird. Der Wechsel des Anspruchsgrundes verändert mit Notwendigkeit die Identität des darauf gestützten Anspruchs. Das gilt auch für ein öffentlich-rechtliches Begehren, das von der Behörde durch einseitigen Hoheitsakt, also mittels Vfg., geltend gemacht wird. Auch dieses wird in seinem Wesen und in seiner Identität nicht allein durch das von dem Grund des Anspruchs losgelöste Verlangen, sondern auch durch den diesem Verlangen zugrunde liegenden Sachverhalt bestimmt. Wenn sich daher wesentliche Bestandteile des in der ursprünglichen Begründung angeführten Sachverhalts ändern, so ändert sich damit in Wahrheit auch der Charakter und die Identität der darauf gestützten Anordnung, mag auch das mit ihr gestellte Verlangen, z. B. die Forderung eines Tuns oder Unterlassens, mit sich kongruent bleiben. Bei genügend eindringlicher Betrachtung erweist es sich mithin, daß es sich in einem solchen Falle nach erfolgter Anfechtungsfrage gar nicht um die Aufrechterhaltung der angefochtenen Vfg., sondern um die Substitution eines anderen Streitgegenstandes mit kongruenter „Befehlsspitze“ handelt. Nur eine sehr äußerliche Betrachtung kann die Preisgabe der Identität der Vfg., d. h. im Verwaltungsstreitverfahren: des Streitgegenstandes, übersehen. Hat die Polizei z. B. aus gesundheitspolizeilichen Gründen die Beseitigung eines Stallgebäudes verlangt, während später, im Verwaltungsstreitverfahren, das inhaltlich gleiche Verlangen aus Gründen der Feuerpolizei, und zwar mit Rücksicht auf die feuergefährliche Bauart des Stalles, für zulässig erklärt und die gegen die Vfg. gerichtete Klage daher abgewiesen wird, so liegt in Wirklichkeit überhaupt nicht eine Aufrechterhaltung der angefochtenen Vfg., sondern eine Änderung des Verfahrensgegen-

standes vor. Dagegen wäre die Identität der Vfz. und mithin auch des Verfahrensgegenstandes gewahrt, wenn etwa aus gesundheitspolizeilichen Gründen einer Kirchengemeinde die Befreiung von Rabennestern aus dem Kirchtum aufgegeben und dieses Verlangen später auf der gleichen tatsächlichen Grundlage aus dem Gesichtspunkt der Feuerpolizei aufrechterhalten würde. Hier läge nur die Anwendung eines veränderten rechtlichen Gesichtspunktes auf den unverändert gebliebenen Sachverhalt vor. Zur Wahrung der Identität ist es allerdings nicht erforderlich, daß der Sachverhalt jeweils völlig unverändert bleibt, es darf vielmehr nur keine Veränderung seiner wesentlichen Bestandteile erfolgen, er muß in seinem für den ursprünglich angewandten rechtlichen Gesichtspunkt wesentlichen rechtserheblichen Kern unverändert bleiben. Die bloße Ergänzung oder Berichtigung der tatsächlichen Anführungen, die den Kern der anfänglichen Sachdarstellung unberührt lassen, berühren die Identität der Vfz. und des Gegenstandes der Anfechtungsklage ebenso wenig, wie dies gemäß § 268 Ziff. 1 BPO. für den Fall der „ohne Änderung des Klagegrundes“ (1) vorgenommenen Ergänzung oder Berichtigung tatsächlicher Anführungen im Rahmen eines Zivilprozesses vorgeesehen ist.

Aus dieser Betrachtung dürfte sich folgendes ergeben: Wenn sich der Adressat einer behördlichen Vfz. gegen diese mittels einer verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage wendet, so bestimmt sich der Gegenstand des nunmehr anhängigen Verfahrens sowohl durch die Zielrichtung der Anfechtungsklage auf die angefochtene Vfz. wie auch durch die innere Bezogenheit dieser Vfz. auf den ihr zugrunde liegenden Sachverhalt. Die Anfechtungsklage wendet sich keineswegs nur gegen die isoliert zu denkende behördliche Anordnung, gegen den „Tenor“ der Vfz., z. B. gegen das in ihr enthaltene Gebot oder Verbot. Vielmehr zielt die Klage auf Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Vfz. als einheitliches Ganzes, d. h. auf die Vfz. als eine von der Behörde auf einer ganz konkreten tatsächlichen Grundlage getroffene hoheitliche Regelung. Die Anordnung wird nicht abstrakt, d. h. losgelöst von ihrer Grundlage, sondern inmitten ihres „Lebenselementes“, also in untrennbarer Bezogenheit auf den ihr zugrunde liegenden Sachverhalt, angefochten. Mit diesem konkreten Inhalt ist auch der Klageantrag des Anfechtungsklägers erfüllt, an den der Verwaltungsrichter grundsätzlich gebunden ist (§ 79 VVG., vgl. Reuß a. a. O. S. 27). Auch die Entsch. der Verwaltungsgerichte „dürfen nur die erhobenen Ansprüche betreffen“ (§ 79 VVG.). Es gibt also auch im Verwaltungsstreitverfahren einen „Streitgegenstand“, dessen maßgebliche Bestimmung Sache der Parteien, d. h. des Kl., ist. Der Anfechtungskläger wendet sich aber mit seiner Anfechtungsklage nicht gegen ein von seinem Daseinsgrund losgelöstes, abstraktes Gebot oder Verbot, sondern gegen eine auf einer ganz konkreten tatsächlichen Grundlage getroffene behördliche Anordnung. Er fühlt sich nicht durch die Anordnung allein, sondern dadurch beschwert, daß diese Anordnung auf der erwähnten konkreten Grundlage gegen ihn ergangen ist. Er sieht also die gegen ihn ergangene Vfz. als eine auf einer bestimmten tatsächlichen Grundlage ergangene Anordnung an. Das ist der von ihm erhobene Anspruch, der den Gegenstand des Verfahrens bestimmt! Hier findet die Offizialmaxime, der sog. Untersuchungsgrundsatz, auch im Verwaltungsstreitverfahren seine Schranke. Zu Unrecht beruft man sich daher bisweilen zur Rechtfertigung der eingangs wiedergegebenen Rspr. des PrOVG. auf den Untersuchungsgrundsatz. Für ihn ist nur bei der Aufklärung des Sachverhalts, nicht aber bei der maßgeblichen Bestimmung seines Umfanges — als Grundlage der Vfz. — Raum. Der Verwaltungsrichter hat kraft der Untersuchungsmaxime den für die Vfz. maßgeblich gewesenen Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären, nicht aber der Vfz. notfalls statt des für die Verwaltungsbehörde maßgeblich gewesenen einen anderen Sachverhalt zu substituieren. Der Sachverhalt, der für die Verwaltungsbehörde bei Erlass ihrer Vfz. maßgeblich war, muß von dem Verwaltungsrichter als eine auch für ihn maßgebliche, gegebene Größe hingenommen werden. Er hat diesen Sachverhalt auf Grund der Untersuchungsmaxime nur notfalls klarzustellen, nicht aber ihn beiseite schieben und der Vfz. statt dessen einen anderen Sachverhalt zugrunde zu legen, der von der Verwaltungsbehörde bei Erlass der Vfz. gar nicht ins Auge gefaßt worden war und von ihr mit der getroffenen Anordnung überhaupt nicht geregelt werden sollte. Wenn der Verwaltungsrichter gleichwohl auf diesen anderen Sachverhalt zurückgreift und die angefochtene Vfz. auf seiner Grundlage „aufrechterhält“, so ordnet in Wahrheit erstmals er selbst diesen Sachverhalt; er setzt sich an die Stelle der aktiven Behörde und übt nicht Rspr., sondern Verwaltung aus.

Ebenso wenig wie die erörterte Rspr. auf die Untersuchungsmaxime gestützt werden kann, konnte sie, wie es zuweilen versucht worden ist (vgl. Friedrichs: PrVerwBl. 45, 456), aus der früheren Vorchrift des § 127 Abs. 3 Ziff. 2 VVG. gerechtfertigt werden. Diese Vorchrift, derzufolge die Klage auch darauf gestützt werden konnte, „daß die tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden seien, welche die Polizeibehörde zum Erlass der Vfz. berechtigt haben würden“, bedeutet lediglich, daß man gegen die Polizei nicht nur die Klage der fehlerhaften Rechtsanwendung — im Hinblick auf einen unbetrittenen Sachverhalt —, sondern auch die Klage der Zugrundelegung eines gar nicht vorhandenen Sachverhalts erheben konnte. Die Wendung „welche ... berechtigt haben würden“ ist ein Fictum, der besagen soll, daß die Polizei zwar bei gegebenen tatsächlichen Voraussetzungen hätte einschreiten dürfen — daß also ihre Rechtsauffassung an sich zutrifft —, daß aber der für diese Rechtsauffassung von ihr vorausgesetzte Sachverhalt in Wahrheit überhaupt nicht vorgelegen hat.

Aus den oben dargelegten Gründen ergibt sich die Folgerung, daß der Verwaltungsrichter von Amts wegen nicht zu einer Substitution eines anderen Sachverhalts und der daraus hergeleiteten „Aufrechterhaltung der angefochtenen Vfz.“ gelangen darf. Dafür stehen ihm keinerlei rechtliche Gründe zur Seite, insbes. läßt sich zur Rechtfertigung eines solchen Verfahrens nicht der sog. Untersuchungsgrundsatz anführen. Allerdings ist es dem Verwaltungsrichter nicht verwehrt, auch solche tatsächlichen Umstände zur Rechtfertigung der Vfz. anzuführen, auf die sich die Verwaltungsbehörde zwar nicht ausdrücklich berufen hat, die aber — was eine richterlich zu entscheidende Tatfrage ist — gleichwohl, wenn auch unausgesprochen, für das Vorgehen der Behörde maßgeblich gewesen sind. Diese Ermittlung und Berücksichtigung zwar unausgesprochen gebliebener, aber maßgeblich gewesener tatsächlicher Gesichtspunkte hält sich — anders als die Zugrundelegung auch nicht unbewußt kausal gewesener Umstände — im Rahmen der Untersuchungsmaxime, da es sich hierbei lediglich um die Klarstellung wirklich kausal gewesener tatsächlicher Umstände handelt. Die Zulässigkeit der Berücksichtigung zwar unausgesprochen gebliebener, aber trotzdem maßgeblich gewesener tatsächlicher Gesichtspunkte muß auch schon deshalb bejaht werden, weil „der Verwaltungsbeamte, der im täglichen Leben vor eine Entsch. gestellt ist, die Richtigkeit seiner Entsch. oft nur intuitiv abschätzen kann“ (Peucker, „Deutsche Verwaltung“ 1938, 591 zu 2). Man würde dem Wesen dieser bei der Blödsichtigkeit erforderlicher Entschlüsse oft nur durch Intuition geleiteten Verwaltung nicht gerecht, wenn man dem Verwaltungsrichter die nachträgliche „Rationalisierung“ des agens movens verbieten oder begrenzen wollte. Die Bewußtmachung unbewußt wirksam gewesener „Motive“ darf also von Amts wegen erfolgen. Dagegen muß es als unzulässig bezeichnet werden, von Amts wegen zwecks Aufrechterhaltung des „Tenors“ einer Vfz. dieser einen Sachverhalt zu substituieren, der von der Vfz. gar nicht geregelt werden sollte und mithin nicht Gegenstand des Verfahrens ist. Der Verwaltungsrichter muß vielmehr darauf achten, daß seine von Amts wegen erfolgende Untersuchung die Identität des behördlich geordneten Sachverhalts und damit der angefochtenen Vfz. sowie des Verfahrensgegenstandes unberührt läßt, sich also nur in dem durch diese feststehenden Größen umschriebenen Rahmen bewegt. Greift dagegen die Verwaltungsbehörde, um die von ihr getroffene Anordnung im Ergebnis aufrechtzuerhalten, ihrerseits auf einen anderen, zur Rechtfertigung der Anordnung tauglichen Sachverhalt zurück, so wird man den Verwaltungsrichter nunmehr in der Tat zumindest für berechtigt erachten müssen, dieser Substitution eines anderen Geltungsgrundes stattzugeben und die angefochtene Anordnung aus der „nachgeschobenen Begründung“ aufrechtzuerhalten. Denn wenn schon im Zivilprozeß eine Änderung der Klage, d. h. eine Änderung des Gegenstandes der Klage, zulässig ist, „wenn das Gericht sie für sachdienlich erachtet“ (§ 264 BPO.), so muß das um so mehr für den Verwaltungsrichter gelten. Dafür sprechen vor allem dringende Gründe der Ökonomie der behördlichen und gerichtlichen Arbeit, da bei einer eventuellen Unzulässigerklärung der Substitution eines anderen Sachverhalts die Verwaltungsbehörde in aller Regel auf der Grundlage dieses Sachverhalts sofort eine neue Vfz. mit gleichem Ordnungsinhalt erlassen und auf diese Weise ein zweites Verwaltungsstreitverfahren in Gang gesetzt würde. Gerade dieser Gesichtspunkt muß aber dazu führen, die Substitution eines anderen Sachverhalts in den Fällen auszuschließen, in denen der nachträgliche Erlass einer neuen Vfz. auf der Grundlage des substituierten Sachverhalts nicht mehr möglich wäre. Läßt man jedoch die Substitution

eines anderen Sachverhalts, sofern sich die Verwaltungsbehörde noch nachträglich darauf berufen hat, zu, so müßte Vorfrage dafür getroffen werden, daß der Anfechtungskläger, wenn er der ergangenen Anordnung, soweit sie auf den nachträglich substituierten Sachverhalt gestützt wird, nicht widerspricht, von den Kosten des Verfahrens freigestellt werden kann, falls die Aufrechterhaltung der behördlichen Anordnung nur mit Rücksicht auf das neue tatsächliche Vorbringen der Behörde erfolgt. Auch das entspräche der im Zivilprozeß für den Parallelfall Maß greifenden gerechten Kostenregelung.

B. Besonderheiten im Falle des oben mitgeteilten Urteils. — Wie bereits im Eingang dieser Anmerkung ausgeführt, hat das PrOVG. den von ihm meist nur hinsichtlich polizeilicher Bsg. aufgestellten Grundsatz der Zulässigkeit der Konversion ihrer Begründung auch gelegentlich bereits als allgemeinen Rechtsgrundsatz formuliert (vgl. die angeführte Entsch. des PrOVG.: RWermBl. 1936, 1098/99). In dieser Linie hält sich das hier abgedruckte Urteil, wenn es den erwähnten Grundsatz auch auf den Fall der Festsetzung eines polizeilichen Zwangsgeldes nach § 33 PolwermG. für anwendbar erklärt. Bedenken gegen das vorliegende Urteil können aus den oben dargelegten Gründen um so weniger erhoben werden, als es sich im gegebenen Fall lediglich um die Anwendung anderer Rechtsvorschriften auf einen in tatsächlicher Hinsicht unverändert gebliebenen Sachverhalt handelt. Selbst wenn jedoch eine wesentliche Veränderung des Sachverhalts vorläge, hätte die Entsch. ebenso ausfallen müssen, da die nachträglich angewandten Gesichtspunkte von der Verwaltungsbehörde selbst (oder doch, was dem gleichsteht, von der Beschwerdebehörde) vorgebracht worden sind und der Anfechtungskläger auch den neu geltend gemachten Gesichtspunkten gegenüber seinen Widerspruch aufrechterhalten hat. Zur bloßen Anwendung eines veränderten rechtlichen Gesichtspunktes auf einen unverändert bleibenden Sachverhalt ist aber der Verwaltungsrichter auch nach dem hier vertretenen Standpunkt sogar von Amtes wegen befugt, ja verpflichtet. Nur die Substitution eines anderen Sachverhalts ist von einem entsprechenden nachträglichen Vorbringen der Verwaltungsbehörde abhängig. Auch im übrigen ist den Ausführungen des abgedruckten Urteils zuzustimmen.

RW. Reuß, Berlin.

### 39. § 24 Preuß. EinheitsbauD. Störung der einheitlichen Gestaltung des Straßenbildes. Moderne Bauten und bodenständige Bauweise.

Dem Kl. wurde die Bauerlaubnis für ein Wohnhaus an der Elbe in G. erteilt mit der Auflage, die Fenster mit durchgehender Sprossenteilung zu versehen. Bei der Rohbauabnahme wurde festgestellt, daß Fenster sprossen nicht eingebaut waren.

Daraufhin forderte der Landrat den Kl. auf, die fehlenden Sprossen einzubauen.

Das mit der Klage angerufene BezVermGer. hob nach Vorannahme einer Ortsbefähigung die Verfügung des Landrats auf. Die Häuser rechts und links von dem Hause des Kl. zeigten, soweit es sich um neuere Bauten handele, überwiegend Fenster ohne Sprossenteilung. Die älteren Häuser zeigten Sprossenteilung der Fenster, und die Häuser, die durch Anbauten oder Ausbauten verändert worden seien, hätten in dem alten Haupteil die Fenstersprossenteilung beibehalten, während die Anbauten Fenster ohne Teilung aufwiesen. Ein einheitliches Straßenbild sei daher nicht festzustellen gewesen. Die Auflage, die Fenster mit Sprossen zu versehen, stütze sich auf § 24 BauD. v. 19. Juni 1926, nach welchem die Prüfungsbehörde auf möglichste Pflege der heimischen Bauweise hinzuwirken und dafür zu sorgen hätte, daß das Äußere der baulichen Anlagen in bezug auf Bauart, Bauform usw. so beschaffen sei, daß es die einheitliche Gestaltung des Straßenbildes nicht störe. Dem Haus des Kl. fehle jede Bodenständigkeit. Es sei eine moderne, durch Vor- und Dachausbauten unruhig wirkende Villa. Die Baupolizei habe versucht, den unruhigen in den Charakter der Landschaft nicht passenden Eindruck des Hauses durch die Auflage zu mildern. Sie dürfe sich aber nicht in der Anordnung überlebter, zum Teil unpraktisch gewordener alter Formen erschöpfen, die vielleicht früher einmal heimisch gewesen seien. Das BezVermGer. vermöge in der Anordnung, die Fenster mit Sprossen zu versehen, kein geeignetes Mittel zur Förderung der heimischen Bauweise zu erblicken. Es sei der Ansicht, daß die Sprossenteilung der Fenster, die unzweifelhaft dem alten niedersächsischen Bauernobst eigentümlich gewesen sei, in der heutigen Zeit überholt sei und insbes. den gesteigerten Anforderungen nach Licht und Luft in keiner Weise mehr entspreche.

Die Rev. des bekl. RegPräs. wurde aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

Zwar ist die Fensteranlage im Hause des Kl. wegen des

Fehlens der in der Auflage zur Baugenehmigung verlangten Sprossenteilung formell illegal. Nach der ständigen Anfr. des OBV. rechtfertigt aber der Verstoß gegen formelle Vorschriften des Baurechts noch nicht ohne weiteres die Forderung einer Beilegung oder Abänderung des formell illegalen Bauwerks (vgl. die in von Brauchitsch, „Verwaltungsgelehrte für Preußen“, 22. Aufl., Bd. II 2. Halbj. S. 500 Anm. 3 angeführten zahlreichen Entscheidungen). Eine solche Forderung ist vielmehr nur dann berechtigt, wenn auch eine Verletzung des materiellen Baurechts vorliegt. Bei der Prüfung dieser Frage ist das BezVermGer. zutreffend von § 24 BauD. v. 19. Juni 1926 ausgegangen und hat in einwandfreien, den Revisionsrichter bindenden tatsächlichen Feststellungen das Vorliegen eines unter diese Bestimmung fallenden Tatbestandes und damit einen Verstoß gegen diese Bestimmung verneint.

(PrOVG., Ur. v. 22. Sept. 1938, IV C 37/37.)

\*

40. §§ 35 a, 53 a RWermD.; RdErl. d. FinM. v. 27. März 1933, III 19.6201 a 8 I Ang. (RWBl. 81).

1. Der RdErl. des FinM. v. 27. März 1933 betr. Eisenbetonbauten, Betonbauten und Steineisendeden III 19.6201 a 8 I Ang. (RWBl. 81) ist keine landesgesetzliche Vorschrift i. S. von § 53 a Abs. 2 RWermD.

2. Der Begriff der technischen Vorbildung in § 53 a ist weiter als der der theoretischen Vorbildung in § 35 a RWermD.

3. Besitzt ein Baugewerbetreibender den zur sachgemäßen Ausführung eines Baues erforderlichen höheren Grad praktischer Erfahrung, so kann ihm die Ausführung eines Baues nicht aus dem Grunde untersagt werden, weil ihm ein höherer Grad technischer Vorbildung fehlt. Das gleiche gilt im umgekehrten Falle.

Am 22. April 1937 untersagte der Vekl. dem Kl. F. die Ausführung der Eisenbetonarbeiten bei einem Neubau in D. mit dem Hinzufügen: Eine Zulassung für beratige Arbeiten könne in Zukunft nur in Frage kommen, wenn schon bei kleineren Eisenbetonarbeiten neben sorgfältiger Ausführung alle behördlichen Bestimmungen und Anordnungen genau befolgt würden. Auf den hiergegen eingelegten Einspruch v. 24. April 1937 hörte der Vekl. den Regierungsbaurat L. als Sachverständigen und wies hierauf durch Bescheid v. 30. Sept. 1937 den Einspruch zurück. In der hierauf erhobenen Klage hat der Kl. eine Reihe von Zeugnissen über seine theoretische und praktische Vorbildung eingereicht. Insbes. hat er eine Bescheinigung des Baugeschäfts B. in R. v. 9. April 1937 vorgelegt, wonach der Kl. bei ihm vom 23. Juli 1923 bis 28. Febr. 1925 tätig gewesen ist. Er habe in dieser Zeit verschiedene Projekte in Eisenbeton, insbes. auch das Projekt für das fünfgeschossige Geschäftshaus E., welches ganz in Eisenbeton ausgeführt sei, ausgearbeitet. Er habe hierfür sämtliche statischen Berechnungen selbständig angefertigt, die Arbeiten auf der Baustelle geleitet und sowohl bezüglich der Berechnung wie auch in der Bauleitung unbedingte Sicherheit und Zuverlässigkeit bewiesen, so daß ihm jede größere Eisenbetonarbeit unbedenklich zur Ausführung übertragen werden könne. Demgegenüber hat der Oberbürgermeister ausgeführt: Nach der Entwicklung, die der Eisenbetonbau in Deutschland genommen habe, sei dieser zu einer Spezialwissenschaft geworden, die besonderes theoretisches Wissen und praktische Erfahrungen erfordere. Nach den vom PrFinMin. förmlich in Kraft gesetzten Vorschriften des Deutschen Ausschusses für Eisenbeton dürften mit derartigen Arbeiten nur solche Unternehmer betraut werden, die diesen Voraussetzungen genügen. Aus den Verhandlungen mit F. habe sich ergeben, daß dieser über den normalen Umfang hinausgehende Kenntnisse, wie sie der fragliche Bau verlange, nicht besitze. Er habe seit Jahren im wesentlichen nur Tiefbauarbeiten ausgeführt. Der Bau in R. liege bereits 13 Jahre zurück. Überdies seien im Rahmen des Vierjahresplans die zulässigen Eisenbetonspannungen erhöht und besondere Stofforten mit höheren Spannungen eingeführt worden, wodurch die Sicherheiten gemindert seien. Der Kl. möge im landläufigen Sinn zuverlässig sein, für den Bau M. sei er dies nicht. Die Baupolizei sei deshalb zu besonderer Vorsicht genötigt. Erst kürzlich sei in M. ein Fabrikneubau in Eisenbetonausführung eingestürzt.

Im Laufe des Verwaltungsstreitverfahrens ist dem BezVermGer. eine vom PrFinMin. eingeholte Äußerung der Preuß. staatlichen Prüfungsstelle für statische Berechnungen in Berlin-Dahlem v. 26. Okt. 1937 zugegangen. Diese äußert sich dahin: Es handle sich um einen Bau, der zweifellos nicht einfach sei. Gegen die theoretische Ausbildung des Kl. beständen keine Bedenken, es fehlten ihm aber die praktischen Erfahrungen. Ein Anfänger müsse zunächst unter Leitung erfahrener Sachleute mit wachsenden Aufgaben befaßt werden. Selbst wenn man den Inhalt des Zeugnisses B., das erst 13 Jahre nach Abschluß der Arbeiten ausgestellt worden sei, als richtig unterstelle, so folge

hieraus nur, daß der Kl. seinerzeit bei dieser Beschäftigung einige Erfahrungen gesammelt haben möge. In der Folgezeit habe er sich aber hauptsächlich mit Kanalisationsarbeiten und nur ganz vereinzelt mit Eisenbetonausführungen befaßt, die der Bekl. als solche einfacher Art bezeichne. Er verfolge hiernach nicht über den Grad praktischer Erfahrungen, den das Bauvorhaben M. erfordere.

Das BezVermGer. hat durch Entsch. v. 8. Febr. 1938 die Bescheide des Bekl. v. 22. April und 30. Sept. 1937 aufgehoben. Es führt zur Begründung folgendes aus: Das Verbot trübe sich auf § 53a RWGD., der extensiv auszulegen sei. Es müsse bei komplizierten Bauten eine unbedingte Gewähr für deren Sicherheit gegeben sein. Da nach § 53a Abs. 2 RWGD. landesrechtliche Vorschriften, die den Baupolizeibehörden weitergehende Befugnisse einräumten, unberührt geblieben seien, so seien auch die vom FinMin. für Preußen förmlich in Kraft gesetzten Bestimmungen des Ausschusses für Eisenbeton zu berücksichtigen. Entwurf und Ausführung von Eisenbetonarbeiten erforderten eine gründliche Kenntnis der Bauweise und je nach Umfang und Schwierigkeit der Bauausführung einen höheren Grad von praktischer Erfahrung und speziellem Berufswissen, insbes. auch mit Rücksicht auf die besonderen, durch den Vierjahresplan geschaffenen Verhältnisse.

Aus den Akten ergebe sich über die theoretische und praktische Vorbildung des Kl. folgendes:

#### I. Theoretische Ausbildung.

1. 1919 bis 15. März 1923 Höhere Technische Lehranstalt M., Prüfung mit „gut“ bestanden. Eisenbetonfach, Mathematik, Statik „sehr gut“.
2. Später Teilnahme an Eisenbetonkursen für Fortgeschrittene, zuletzt im Jahre 1933.
3. 22. Juni 1933 Baumeisterprüfung bestanden mit Berechtigung zur Ausbildung von Lehrlingen im Maurer- und Zimmerhandwerk.

#### II. Praktische Ausbildung.

1. Als Geselle und 2 Sommerhalbjahre als Polier in verschiedenen Eisenbetonunternehmen.
2. 23. Juli 1923 bis 28. Febr. 1925 als Techniker und Bauführer bei der Bauunternehmung B. in R. In dieser Zeit Aufstellung von statischen Berechnungen bei einem fünfgeschossigen Geschäftshausbau in Eisenbeton (800 qm bebaute Fläche).
3. 27. April 1925 bis 31. Dez. 1931 Techniker beim Stadtbauamt D. Beschäftigung mit Entwässerungsarbeiten.
4. 1. Juni 1932 eigenes Baugeschäft eröffnet.
5. 1933/34 Eisenbetonarbeiten an der Kirche G.
6. 1936/37 Eisenbetonarbeiten im Treppenhaus der Sparkasse in D.
7. Bau von 4 Wohnhäusern.
8. 1936 Berechnung der Eisenbetonkonstruktion und der Nachweis über die Standicherheit des Turms der Kirche in G. (48,80 m hoch).
9. 1937 Eisenbetonarbeiten am Filtergebäude und Pumpenhaus der Standortschwimmhalle in D.

Hinsichtlich der theoretischen Ausbildung des Kl. seien Bedenken von keiner Seite erhoben. Die Bedenken der Preuß. staatlichen Prüfungsstelle für statische Berechnungen hinsichtlich der mangelnden praktischen statischen Erfahrungen des Kl. könne das BezVermGer. nicht teilen. Daß das Zeugnis der Firma B. erst 13 Jahre nach der Tätigkeit des Kl. ausgestellt sei, sei nicht ausschlaggebend. Der Kl. habe noch ein weiteres Zeugnis am 28. Febr. 1925 ausgestelltes Zeugnis der gleichen Firma vorgelegt, das ihn als zuverlässig vor allem in der Aufstellung von statischen Berechnungen für Eisenkonstruktionen bezeichnet habe. Dieses Zeugnis habe der Prüfungsstelle ebensowenig vorgelegen wie ein weiteres Schreiben des Stadtbauamts in R., das den Kl. als tüchtigen Statiker bezeichne. Alle übrigen Zeugnisse seien für den Kl. sehr günstig, so insbes. das des Regierungs- und Baurats L., der Handwerkskammer in D., des Reichsinnungsverbandes des Baugewerbes und des Obermeisters in D., die alle die besondere Zuverlässigkeit und Gewissenhaftigkeit des Kl. betonten. Das Gutachten der Prüfungsstelle gründe sich nicht auf persönliche Anschauungen. Es sei ihm darin beigetreten, daß der Kl. über keine sehr weitgehenden praktischen Erfahrungen auf dem Gebiete des Eisenbetonbaues verfüge. Es fehle ihm aber nicht an jeder praktischen Erfahrung, die er in R. und bei seinen eigenen Bauten gesammelt habe. Er sei ein zuverlässiger Baumeister mit überdurchschnittlicher theoretischer Ausbildung.

Die gegen diese Entsch. eingelegte Rev. rügt, daß das angefochtene Urteil auf die Ausführungen des städtischen Vertreters in der mündlichen Verhandlung über die Art der Tätig-

keit des Kl. bei der Firma B. überhaupt nicht eingegangen sei. Der Kl. sei zu B. erst gekommen, als die statischen Nachweise für die Eisenbetonkonstruktionen bereits gefertigt gewesen seien. Die Bescheinigung der Firma v. 9. April 1937 entspreche somit nicht den Tatsachen. In dem Schreiben der Stadtverwaltung R. werde der Kl. nicht als tüchtiger Statiker, sondern als gewissenhafter und tüchtiger Mann bezeichnet. Hiernach seien die Einwendungen gegen das Gutachten der staatlichen Prüfungsstelle unbegründet. Notfalls hätte das BezVermGer. diese noch einmal hören müssen. Die Auffassung des BezVermGer. führe dahin, daß jedes Baugeschäft auch ohne ausreichende Kenntnisse und Erfahrungen Eisenbetonarbeiten ausführen könne. Der Kl. habe nach Erlaß des Urteils eine Eisenbetondecke berechnet und ausgeführt, die zu erheblichen Beanstandungen Anlaß gegeben habe.

Der Kl. hat beantragt, die Rev. zurückzuweisen. Die Bescheinigung der Firma B. entspreche dem Sachverhalt. Bei der Kellerdecke handle es sich um Eisenbetonarbeiten für ein Lagerhaus der Firma S. in D. Seine Arbeit sei einwandfrei gewesen. Tatsachen i. S. des § 53a RWGD. lägen gegen ihn nicht vor.

Die Rev. muß Erfolg haben.

Maßgebend für die Entscheidung des Rechtsstreits ist ausschließlich § 53a Abs. 1 RWGD. Die Voraussetzungen des Abs. 2, der weitergehende landesrechtliche Vorschriften aufrechterhält, liegen nicht vor. Der RdErl. des FinMin. v. 27. März 1933, betr. Eisenbetonbauten, Betonbauten und Steineisendecken (III. 19. 6201 a 8 I Ang. [JMBl. 81]), der die Bestimmungen des Deutschen Ausschusses für Eisenbeton für Preußen förmlich in Kraft gesetzt hat, hat diese Bestimmungen durch ihre Bekanntgabe im Regierungsamtssblatt (f. Abl. d. Reg. Dsnabrück 1933, Sonderbeilage zu Stück 30 v. 29. Juli 1933) zu maßgebenden Konstruktionsvorschriften i. S. des § 11 der Einheitsbauordnung gemacht (Balz-Fischer, „Preuß. Baupolizeirecht“, 6. Aufl., S. 331). Dies bezieht sich jedoch nur auf die Vorschriften hinsichtlich der Standicherheit, nicht auf die Vorbemerkung zu den Vorschriften. Wenn in dieser ausgeführt ist, daß der Entwurf und die Ausführung von Eisenbetonbauten eine gründliche Kenntnis dieser Bauweise fordere und daher der Bauherr nur solche Unternehmer damit betrauen dürfe, die diese Kenntnis hätten und eine sorgfältige Ausführung gewährleisten könnten, und daß ebenio der Unternehmer als verantwortlicher Bauleiter nur Personen heranziehen dürfe, die diese Bauweise gründlich kennen, so läßt sich hieraus nichts dafür folgern, daß gefällige Befugnisse der Baubehörden in Preußen über den Rahmen der ihnen nach § 53a Abs. 1 gegebenen hinaus bestehen oder geschaffen werden sollen. Auch der Hinweis in dem Erlaß des FinMin., daß die einschränkende Vorsicht hinsichtlich der Unternehmer bei der Durchführung zu Schwierigkeiten Anlaß geben könne, geht offensichtlich davon aus, daß in Preußen eine Vorschrift i. S. des Abs. 2 fehlt.

Die Auslegung aber, die das BezVermGer. dem § 53a Abs. 1 RWGD. gibt, ist nicht bedenkenfrei. Die Vorschrift ist durch die Novelle v. 7. Jan. 1907 (RGBl. 3) in die RWGD. gekommen. Diese gab durch Einfügung des Abs. 5 in § 35 zuerst die Möglichkeit, den Betrieb des Baugewerbes wegen Unzuverlässigkeit zu untersagen. Sie bestimmt in § 35a, daß ein Mangel an Vorbildung als eine Tatsache i. S. des § 35 Abs. 5 beim Vorliegen bestimmter Prüfungen nicht geltend gemacht werden könne und befaßt in § 53a:

„Die unteren Verwaltungsbehörden können bei solchen Bauten, zu deren sachgemäßer Ausführung nach dem Ermessen der Behörde ein höherer Grad praktischer Erfahrung oder technischer Vorbildung erforderlich ist, im Einzelfalle die Ausführung oder Leitung des Baues durch bestimmte Personen untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen sich ergibt, daß diese Personen wegen Unzuverlässigkeit zur Ausführung oder Leitung des beabsichtigten Baues ungeeignet sind.“

Nach der Begründung des Gesetzes RT. V 1905/06 Druckf. Nr. 101 ist der Gesetzgeber unter Hinweis auf DVB. 23, 329; 41, 331 davon ausgegangen, daß die Einfügung des § 35 Abs. 5 der Behörde an sich die Möglichkeit gab, die Unzuverlässigkeit eines Bauunternehmers aus seinem Mangel an beruflicher Sachkunde zu folgern, daß diese Möglichkeit aber beim Bestehen bestimmter Prüfungen, zu denen das Reisezeugnis der Staatlichen Baugewerkschule in M., vor der der Kl. die Prüfung am 15. März 1923 mit „gut“ bestanden hat, sowie die am 22. Juni 1933 bestandene Baumeisterprüfung gehört, hinsichtlich der Vorbildung nicht gegeben ist. Die Begründung (f. Landmann-Rohmer, „Kommentar zur GewD.“, Bd. I, 9. Aufl., S. 620 § 53a) bemerkt zutreffend, daß diese Einschränkung bei dem Verbot der Ausführung oder Leitung eines einzelnen Baues keine Anwendung findet. Es ist hiernach davon auszugehen, daß der Bekl.

ungeachtet der Prüfungszeugnisse des Kl. und obwohl sonstige Tatsachen für dessen Unzuverlässigkeit nicht vorlagen, berechtigt war, ihm die Ausführung des Baues M. zu unterlagen, sofern dieser tatsächlich einen höheren Grad praktischer Erfahrung oder technischer Vorbildung erforderte, als es derjenige ist, über den der Kl. verfügt. Bei Auslegung dieser Vorschrift hat das BezVerwGer. die praktische Erfahrung einerseits und die theoretische Vorbildung andererseits gegenübergestellt und den erforderlichen Grad der Vorbildung ohne weiteres auf Grund der Prüfungszeugnisse bejaht. Es hat hierbei jedoch übersehen, daß die technische Vorbildung im § 53a sich mit dem Begriff der theoretischen Vorbildung im § 35a nicht deckt. In dem Entwurf der Novelle hieß es im Eingang des § 35a Abs. 1 wie im § 53a statt Mangel an theoretischer Vorbildung „Mangel an technischer Vorbildung“. Die Änderung des Abs. 1 in „theoretische Vorbildung“ ist auf Vorschlag der Reichsregierung erfolgt (KommVer. des Reichstags 1905/06, 5. Anlageband, Druckf. 361 S. 4051). Aus welchem Grund die Änderung erfolgt ist, ist aus den Materialien nicht ersichtlich, ebensowenig weshalb im § 53a die Fassung unverändert gelassen ist. Nach Landmann-Rohmer a. a. O. S. 439 soll die Änderung des Abs. 1 im § 35a eine Abschwächung des Entwurfs hinsichtlich der Begünstigung der Schulprüfungen bezweckt haben. Der Mangel an technischer Vorbildung kann hiernach auch in Fällen geltend gemacht werden, in denen die theoretische Vorbildung nicht bezweifelt werden darf. Offenbar wollte diese Abänderung dem in der Reichstagsitzung v. 26. Jan. 1906 erhobenen Bedenken Rechnung tragen, wonach an den Baugewerkschulen die praktische gegenüber der theoretischen Ausbildung vielfach zu kurz kam, so daß das Bestehen der Prüfung eine Gewähr für eine geeignete technische Ausbildung nicht unbedingt bieten könne (StenVer. S. 827). Aus dieser Auslegung folgt für § 53a, daß der in ihr enthaltene Begriff der technischen Vorbildung ein weiterer als der der theoretischen des § 35a sein muß. Bei Bauten besonderer Art setzt hiernach § 53a voraus, daß der Unternehmer entweder auf dem Sondergebiet über besondere berufliche Erfahrungen verfügt, daß er sich insbes. größeren Schwierigkeiten bereits praktisch gewachsen gezeigt hat oder daß er eine spezielle Vorbildung besitzt. Der Unterschied zwischen praktischer Erfahrung einerseits und Vorbildung andererseits liegt mithin darin, daß die erstere durch die Ausübung des Bauberufes selbst erworben wird, sei es als Bauunternehmer, Bauleiter oder in abhängiger Stellung, die letztere dagegen durch ein lediglich auf den Erwerb von Kenntnissen und Fertigkeiten abzielendes Tun. Bei letzterer ist wieder zwischen theoretischer und technischer Vorbildung zu unterscheiden. Hier schließt die technische Vorbildung als der weitere Begriff die theoretische ein. Diese wird in der Regel i. S. des § 35a RWGD. durch den erfolgreichen Besuch geeigneter Lehranstalten nachgewiesen, jene setzt voraus, daß zu dem so erworbenen theoretischen Wissen noch eine besondere Ausbildung hinzugekommen ist, die dem Baugewerbetreibenden eine erhöhte Fähigkeit zur praktischen Anwendung seiner theoretischen Kenntnisse verschafft hat. Häufig wird, wie etwa beim Besuch von Fortbildungskursen für Praktiker, die Erweiterung des theoretischen und praktischen Könnens Hand in Hand gehen. Denkbar ist auch eine nur auf Erweiterung des letzteren gerichtete Tätigkeit, z. B. ein Hospitieren auf einem fremden Bau. Die Entwicklung der Technik bringt es mit sich, daß häufig neue Forderungen an den Praktiker herantreten, denen er ohne Ergänzung seiner Vorbildung in technischer und praktischer Hinsicht nicht genügen kann. Zu beachten ist hierbei, daß die Voraussetzungen des § 53a nicht kumulativ sind. Weist ein Bauunternehmer nach, daß er Aufgaben der in Frage kommenden Art bereits erfolgreich gelöst hat, so kann von ihm der Nachweis einer besonderen Vorbildung nicht mehr gefordert werden. Das Umgekehrte gilt, wenn er über eine besondere, ihn für die Lösung der Aufgabe befähigende technische Vorbildung verfügt. Erfüllt der Unternehmer keine der beiden Voraussetzungen, so liegt in der Übernahme eines solchen Baues eine Tatsache, aus der seine Unzuverlässigkeit gefolgert werden kann. Des Nachweises eines bereits vorliegenden Verstoßes gegen die Regeln der Baukunst bedarf es hiernach nicht. Zu beachten bleibt hiernach jedoch, daß die Schutzvorschrift des § 35a für § 53a RWGD. nicht gilt. Es ist also möglich, daß trotz des Nachweises einer an sich ausreichend erscheinenden Vorbildung aus schweren Verstößen gegen die Regeln der Baukunst gefolgert werden kann, daß diese dem Unternehmer tatsächlich fehlt.

Daß der fragliche Bau an sich unter die Vorschrift des § 53a RWGD. fällt, konnte das BezVerwGer. mit Rücksicht auf das Gutachten der staatlichen Prüfungsstelle unbedenklich annehmen. Es ist ihm auch darin beizutreten, daß es dies für den Entwurf und die Ausführung von nicht ganz einfachen Eisenbetonbauten mit Rücksicht auf die Entwicklung der Technik im

allgemeinen und die besondere, durch die Vorschriften des Jahresplans geschaffenen Verhältnisse grundsätzlich bejaht hat. Den Nachweis der erforderlichen besonderen technischen Vorbildung hat der Kl. bisher nicht erbracht. Er hat allerdings 1923 die Prüfung an der Höheren Technischen Lehranstalt in M. mit „gut“ bestanden, wobei seine Kenntnisse im Eisenbetonbau, Mathematik und Statik sogar mit „sehr gut“ bewertet sind. Aber daß er 1923 die Bauweise theoretisch beherrscht hat, genügt hiernach noch nicht. Er hat zwar behauptet, daß er seit Ablegung der Prüfung seine Kenntnisse und seine technische Vorbildung hinsichtlich des Eisenbetonbaues mit Rücksicht auf die besondere Entwicklung dieses Zweiges der Baukunst durch Teilnahme an Eisenbetonkursen für Fortgeschrittene ergänzt hat. Nähere Feststellungen darüber, welcher Art diese Kurse gewesen sind, mit welchem Erfolg der Kl. an ihnen teilgenommen hat und ob aus ihnen eine genügende weitere technische Vorbildung zu folgern ist, fehlen. Fallen sie zugunsten des Kl. aus, so würden sich weitere Ermittlungen erübrigen, sofern nicht, wie oben ausgeführt ist, ihm besondere Verstöße bei Ausführung von Bauten nachgewiesen werden, die trotzdem auf Mängel der Vorbildung schließen lassen.

Gegebenenfalls wird hiernach weiter zu prüfen sein, ob bei ihm ein höherer Grad praktischer Erfahrung vorliegt. Der Vorderichter hat diese Frage ohne genügende Unterlagen bejaht. Die Feststellung, daß der Kl. ein zuverlässiger und tüchtiger Baumeister ist, genügt hierfür nicht. Auch das Zeugnis des Sachverständigen L. enthält in dieser Hinsicht nichts Positives. Das BezVerwGer. folgt dem Gutachten der staatlichen Prüfungsstelle darin, daß der Kl. über keine sehr weitgehenden Erfahrungen auf dem Gebiet des Eisenbetonbaues verfüge. Es gibt aber der Klage statt mit Rücksicht darauf, daß ihm nicht jede praktische Erfahrung fehle, die als Tatsache seiner Unzuverlässigkeit zu deuten wäre. Er habe solche in R. und bei seinen eigenen Bauten sammeln können. Diese Gründe tragen die Entscheidung nicht. Daß der Kl. über gewisse praktische Erfahrungen verfügt, ist unter den Parteien nicht streitig, wohl aber, ob ein höherer Grad einer derartigen Erfahrung vorliegt, wie ihn § 53a ausdrücklich fordert. Die hiernach vorliegenden Rechtsirrtümer nötigen zur Aufhebung der Entscheidung.

Bei freier Beurteilung ist der Rechtsstreit nicht spruchreif. Die technische Vorbildung des Kl. ist zu ermitteln und zu würdigen. Art und Umfang der praktischen Erfahrungen des Kl. sind unter den Parteien streitig. Ob der Besl. bereits in der Vorinstanz behauptet hat, daß das Zeugnis der Firma B. den Tatsachen nicht entspreche, läßt sich aus den Akten nicht feststellen. Die Aussage des Zeugen M. in der mündlichen Verhandlung vor dem BezVerwGer., auf die er sich beruft, ist entgegen § 12 des Regulariums für die Bezirksausschüsse v. 28. Febr. 1884 durch Aufnahme in das Protokoll nicht festgestellt (KVerwBl. 49, 331). Es kann aber dahingestellt bleiben, ob M. vernommen ist und was er bekundet hat. Nach Aufhebung der Vorentscheidung ist das Vorbringen in jedem Fall beachtlich. Auch die Tätigkeit des Kl. in der Folgezeit auf dem Gebiet des Eisenbetons wird nötigenfalls im einzelnen genau festzustellen und zu würdigen sein. Zu letzterem Zweck wird es sich empfehlen, das Gutachten eines auf dem besonderen Baugelbiete erfahrenen Sachverständigen einzuziehen, der an Hand der Unterlagen sich dazu äußert, ob aus den bereits vom Kl. ausgeführten Arbeiten die zur Ausführung des Baues M. erforderliche größere praktische Erfahrung zu folgern ist, und abschließend die Preuß. staatliche Prüfungsstelle nochmals zu hören. Zur Vornahme der hiernach erforderlichen Feststellungen ist die Zurückverweisung an die Vorinstanz geboten.

(PrRWG., Urt. v. 29. Sept. 1938, III C 85/38.)

**41. § 35 Abs. 2 RWGD.** Die wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden erhobene verwaltungsgerichtliche Klage auf Unterlagung eines Gewerbebetriebes, der noch nicht eröffnet ist und der nur mit behördlicher Erlaubnis unter der Voraussetzung der Unzuverlässigkeit des Nachsuchenden eröffnet werden kann, ist gegenstandslos und daher unstatthaft.

Der Kaufmann D. meldete am 1. Mai 1928 bei seinem zuständigen Polizeirevier in R. den Betrieb des Gewerbes als Versteigerer an und eröffnete im März 1929 ein Versteigerungslokal.

Er ist wiederholt vorbestraft.

Eine gegen D. im November 1934 erhobene Klage auf Unterlagung des Versteigerergewerbes, die damit begründet war, daß er neben seiner Tätigkeit als Versteigerer auch noch in dem unter dem Namen seiner Frau betriebenen Trödelgeschäft tätig sei, fand, nachdem sie in erster Instanz abgewiesen worden war, in zweiter Instanz dadurch ihre Erledigung, daß D. das

Versteigerergewerbe am 1. Juli 1935 endgültig aufgab und abmeldete.

Die Ehefrau D. hat am 25. Jan. 1933 für R. den Trödelhandel angemeldet.

Gegen beide Eheleute erhob der Polizeipräsident in R. im Oktober 1935 Klage auf Unterjagung des Trödelhandels. Die Klage wurde folgendermaßen begründet: Die gewerbliche Unzuverlässigkeit des D. ergebe sich aus seinen Vorstrafen und daraus, daß er unzulässigerweise neben dem Versteigerergewerbe auch den Trödelhandel ausgeübt habe. Seine Ehefrau als Zuhaberin des Trödelgeschäfts sei nur vorgeschoben gewesen. Die einheitliche Führung beider Geschäfte sei in dem von den Sachverständigen erstatteten Prüfungsbericht v. 11. Juni 1934 eindeutig festgestellt. Die Ehefrau D. sei unzuverlässig, weil sie ihren unzuverlässigen Ehemann in ihrem Betriebe sich habe betätigen lassen und weil sie sich zu der Verschleierung der Geschäftsverhältnisse hergegeben habe.

Die Zulässigkeit der Klage werde auch nicht dadurch berührt, daß der Ehemann D. sich in Untersuchungshaft befände. Denn er beabsichtige, nach deren Aufhebung den Trödelhandel wieder aufzunehmen. Auch die auf die Aufforderung zur Einstellung des Betriebes von der Ehefrau D. abgegebene Erklärung, daß sie ihr Geschäft in Kürze aufgeben und verkaufen wolle, stehe der Erhebung der Klage nicht entgegen.

Die Bekl. haben auf die Klage entgegnet:

Gegen den Ehemann könne eine Klage auf Unterjagung des Trödelhandels nicht erhoben werden, weil er einen Trödelhandel nicht betriebe. Als ihm in dem Verfahren wegen Unterjagung des Versteigerergewerbes eröffnet worden sei, daß er entweder das Versteigerergewerbe oder den Trödelhandel aufgeben müsse, habe er das erstere zum 1. Juli 1935 abgemeldet. Wenn er sich nach Aufgabe des Versteigerergewerbes im Geschäft seiner Ehefrau betätigt habe, so könne ihm daraus kein Vorwurf gemacht werden. Im übrigen beruhe die Klage gegen ihn nur auf Vermutungen, nicht auf Tatsachen.

Die gegen den Ehemann D. vorgebrachten Beschuldigungen könnten die gegen die Ehefrau erhobene Klage nicht rechtfertigen. Diese sei völlig unbescholten. Wenn sie ihr Geschäft infolge der Bestürzung über die Verhaftung ihres Ehemanns im Februar 1936 auch vorschnell verkauft habe, so wolle sie es doch in nächster Zeit wiedereröffnen.

Im Verkauf des Verfahrens hat der Ehemann D. um die Ausnahmegenehmigung zur Errichtung einer Einzelhandelsverkaufsstelle zum Betriebe des Trödelhandels gebeten. Dieser und ein weiterer gleichartiger Antrag des D. wurde vom Oberbürgermeister und auf die eingelegte Beschwerde endgültig vom RegPräs. in R. wegen Unzuverlässigkeit des Antragstellers abgelehnt.

Durch Urte. v. 24. Febr. 1938 hat das BezVermGer. in R. der Klage gegen beide Eheleute stattgegeben. Die Gründe besagen:

Nach allem, was vom Kl. gegen den Ehemann D. vorgetragen worden sei, ergebe sich, daß er die erforderliche gewerbliche Zuverlässigkeit nicht besitze. Da er im Jahre 1936 den Trödelhandel ausgeübt, sich auch um die Genehmigung einer Verkaufsstelle für diesen Handel bemüht habe, so müsse damit gerechnet werden, daß er auch in Zukunft, sofern sich eine Gelegenheit dazu bieten werde, den Trödelhandel ausüben werde. Die Voraussetzungen für die Unterjagung des Trödelhandels seien demnach gegeben.

Hinsichtlich der bekl. Ehefrau sei das Gericht der Auffassung, daß diese früher ihr Trödelgeschäft nicht selbständig betrieben habe. Aus dem Umstande, daß sie sich bisher in dem Betriebe des Trödelgewerbes von ihrem unzuverlässigen Ehemann habe vorsehen lassen, sei zu schließen, daß sie auch in Zukunft das Trödelgeschäft nicht selbständig führen, sondern die Führung ihrem Ehemann überlassen werde. Da dieser unzuverlässig sei, sei die Unterjagung des Trödelhandels auch gegen sie geboten.

Gegen dieses Urteil haben die Bekl. Rev. eingelegt und zur Rechtfertigung der Rev. u. a. folgendes vorgetragen: Es schle an den notwendigen Voraussetzungen für die Unterjagung des Trödelhandels. Denn beide Bekl. hätten im Zeitpunkt des Erlasses des Urteils den Trödelhandel nicht betrieben. Der bekl. Ehemann zudem habe nie ein Trödelgeschäft gehabt und wolle, wie das angefochtene Urteil feststelle, auch in Zukunft kein solches eröffnen. Es sei daher ganz ungerechtfertigt, ihm die

Kosten eines Unterjagungsverfahrens aufzubürden. Die bekl. Ehefrau ferner könne den Trödelhandel nur wiederaufnehmen, wenn der Antrag auf Einrichtung entsprechender Verkaufsräume genehmigt werde, was bisher noch nicht geschehen sei. Solange die Entscheidung darüber noch ausstehe, sei die Klage auch ihr gegenüber gegenstandslos.

Der Polizeipräsident hat entgegnet: Die Eheleute D. hätten die Absicht, das Trödelgewerbe zu betreiben, niemals aufgegeben. Wenn in der Revisionschrift hervorgehoben werde, daß die Bekl. seit über zwei Jahren einen Trödelhandel nicht mehr betrieben, so beruhe dies nicht auf einem freiwilligen Verzicht, sondern einzig und allein auf der durch das EinzelhandelSchG. gegebenen gesetzlichen Behinderung.

Die Rev. mußte Erfolg haben.

Die Rüge der Rev., daß die Klage gegenstandslos ist, war als berechtigt anzuerkennen. Nach der Abs. des DWG. ist Voraussetzung der Unterjagung, daß der Gewerbebetrieb, den die Klage betrifft, tatsächlich bereits begonnen hat oder, wenn er eingestellt war, kurz vor der Wiedereröffnung steht. Eine Unterjagung ist dann ausgeschlossen, wenn der Gewerbebetrieb ernstlich aufgegeben ist, und es ist belanglos, ob die ernstliche Betriebsaufgabe vor oder nach der Eröffnung des Unterjagungsverfahrens erfolgt ist (vgl. Landmann-Rohmer, „Romm. zur GewO.“, Bd. I, 9. Aufl., S. 409, Num. 4 b zu § 35 und die dort angezogenen Entsch., u. a. GewArch. 23, 79). Hier ist nun das Geschäft während des Verfahrens durch Verkauf seitens der Ehefrau aufgegeben worden. Allerdings beabsichtigen die Eheleute, wie die Anträge des Ehemanns auf Erteilung der Erlaubnis zur Errichtung einer Einzelhandelsverkaufsstelle beweisen und hinsichtlich der Ehefrau unstrittig ist, das Trödelgewerbe in der Form des Einzelhandels möglichst bald wiederaufzunehmen. Diese Absicht würde, wenn sie sich ohne weiteres verwirklichen ließe, genügen, die Unterjagungsflagge zuzulassen. Der Verwirklichung stehen indessen wesentliche gesetzliche Hinderungsgründe entgegen. Die Einzelhandelsverkaufsstelle, in der der Trödelhandel von der bekl. Ehefrau betrieben wurde, ist von ihr aufgegeben worden und in andere Hände übergegangen. Dies hat zur Folge, daß die Inbetriebnahme einer Einzelhandelsverkaufsstelle durch die Bekl. nur nach einer in Stadtkreisen vom Oberbürgermeister (MBl. S. 1934, 45) zu erteilenden Ausnahmegenehmigung statthaft ist. Ein entsprechender Antrag ist deswegen von dem bekl. Ehemann bereits gestellt, aber endgültig abgelehnt worden.

Die Bekl. können demnach ihre Absicht der Wiederaufnahme des Trödelhandels, so wie sie ihn bisher betrieben haben und auch fortan betreiben wollen, ohne Erteilung der nach dem EinzelhandelSchG. vorgeschriebenen Ausnahmegenehmigung nicht verwirklichen. Dieser Genehmigung bedürfen sie stets, mögen sie eine Einzelhandelsverkaufsstelle in ihrer Wohnung oder sonstwo neu errichten oder eine bereits bestehende übernehmen. Voraussetzung der Erteilung der Ausnahmegenehmigung ist in jedem Falle — auch in dem des Überganges einer Einzelhandelsverkaufsstelle im Wege des Erbganges — die persönliche Zuverlässigkeit des Antragstellers (Durchf. v. 23. Juli 1934 [RWB. I, 726]). Die Bekl. können somit ohne die nach dem EinzelhandelSchG. erforderliche Ausnahmegenehmigung, deren Erteilung die Prüfung und Bejahung ihrer gewerblichen Zuverlässigkeit verlangt, ihren Trödelhandelsbetrieb nicht wieder aufnehmen und, täten sie es dennoch, von der Polizei jederzeit ohne weiteres zur Einstellung gezwungen werden. Es ist nun aber ohne Sinn und Zweck, die Ausübung eines Betriebes, der noch gar nicht eröffnet ist, wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbebetreibenden zu unterjagen, wenn die Eröffnung des Betriebes nur mit behördlicher Erlaubnis und unter der Voraussetzung der Zuverlässigkeit des Gewerbebetreibenden erfolgen kann. Bedingt das Vorhandensein des gesetzlichen Unterjagungsgrundes die Ablehnung der für die Aufnahme des Betriebes gesetzlich vorgeschriebenen Erlaubnis, so ist für eine vorbeugende Unterjagung des erst in Aussicht genommenen Betriebes kein verhältnismäßiger Anlaß gegeben. Die Unterjagungsflagge, die unter solchen Umständen einen völligen Leerlauf bedeutet, ist gegenstandslos, für sie ist daher kein Raum. Diese Rechtslage ist vom BezVermGer. erkannt worden, so daß das angefochtene Urteil infolge Rechtsirrtums aufzuheben und die Klage bei freier Beurteilung auf die Rev. hin ohne weitere sachliche Prüfung abzuweisen war.

(PrDVG., Urte. v. 6. Okt. 1938, III C 68/38.)