

Juristische Wochenschrift

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

Das Erstattungsgezet

Die reichsrechtliche Neuordnung des Defektenrechts

Von Rechtsanwalt Hermann Neuf, Dozent der Verwaltungsakademie Berlin

Am 1. Juli d. J. — gleichzeitig mit dem Inkrafttreten des Deutschen Beamtengesetzes (DBG.) und der Reichsdienststrafordnung (RDStO.) — fand in Deutschland auch die bisherige Zersplitterung auf dem Gebiet des Defektenrechts ihr Ende. An diesem Tag brachte das Erstattungsgezet v. 18. April 1937 (ErstG.)¹⁾ für ein bedeutungsvolles Teilgebiet der öffentlichen Verwaltung die längst erwartete Rechtseinheit.

Die Besinnung auf die überkommene Rechtsnatur des Defektenrechts und der Zeitpunkt der gerade jetzt vollzogenen reichsrechtlichen Neuordnung dieses Rechtsgebiets könnten zu der Ansicht verleiten, daß sich auch das neue Erstattungsrecht als gesetzliche Regelung eines Sondergebiets des öffentlichen Beamtenrechts darstelle. Nach zutreffender bisheriger Anschauung war nämlich das Defektenrecht in erster Linie ein Bestandteil des Beamtenrechts und nur innerhalb dieser primären Bedeutung eine Schutzbestimmung für das öffentliche Vermögen²⁾. Für die preußischen Beamten, einschließlich der Kommunalbeamten, war bis zum 1. Juli d. J. das Defektenverfahren in der „VO. über die Festsetzung und den Ersatz der bei Kassen und anderen Verwaltungen vorkommenden Defekte“ v. 24. Jan. 1844³⁾ geregelt. Für die Reichsbeamten fanden sich die entsprechenden Vorschriften in den §§ 134 ff. RBG. Dieses frühere reichsrechtliche Defektenverfahren, das nur auf Reichsbeamte im bisherigen Sinn Anwendung fand, war nach dem Vorbild des preußischen Rechts geordnet worden, dem in den Grundzügen auch die defektenrechtlichen Bestimmungen der meisten außerpreußischen Länder⁴⁾ gefolgt waren. Nach dieser bisherigen Regelung waren die Vorschriften des Defektenrechts ein Ausfluß des besonderen Status des Beamtentums und daher in ihrer Anwendbarkeit auf die Angehörigen dieses öffentlichen Sonderstatus beschränkt. Diese Zuordnung der scharfen Haftungsbestimmungen des Defektenrechts zum Status des Beamtentums war keineswegs eine nur äußerliche Anknüpfung an die Beamteneigenschaft des Betroffenen. Es handelte sich dabei vielmehr um eine Konsequenz aus deren innerem Wesen. Der Gedanke der gesteigerten Treue, der Opferbereitschaft und der unbedingten Dienstzucht gestaltete das alte preußische Beamtenverhältnis zu einer Ein-

richtung von entgegenger ethischer Härte. Ihr entsprach auch die besondere Härte des behördlichen Zugriffs, dem sich der Beamte für den Fall der schuldhaften Schädigung seines Dienstherrn unterwarf. Im Geiste dieses preußischen Beamtentums war es daher begründet, wenn das ehemalige Preußische Obertribunal in einem Urteil⁵⁾ ausführte: „Der Beamte mag in dieser strengen Weise behandelt werden; es gehört dies zu den Beschränkungen, denen er sich unterwirft, wenn er ein Amt dieser Art antritt. . . . Auf dieser persönlichen Verpflichtung ruht das ganze Verhältnis desselben auch in dieser speziellen Beziehung.“ Das zeigt, daß nach alter preußischer Auffassung auch das Defektenrecht auf das konstituierende Ethos des Beamtentums bezogen und aus ihm gebetet wurde.

In Abweichung von diesem bisherigen Recht ist durch das ErstG. der defektenrechtlich relevante Personenkreis weit über die Angehörigen der Beamtenschaft hinaus ausgedehnt worden. Damit hat das Defektenrecht seine überkommene Rechtsnatur als Sondergebiet des Beamtenrechts, die in der durchgängigen Anknüpfung des Defektenverfahrens an die Person eines ungetreuen oder nachlässigen Beamten⁶⁾ zum Ausdruck kam, verloren und ist zu einem Spezialgebiet der Verwaltung des öffentlichen Vermögens geworden. Dem nunmehrigen Erstattungsrecht kann also die Rechtsnatur eines Sondergebiets des Beamtenrechts nicht mehr zugesprochen werden. Durch diese Veränderung seines persönlichen Geltungsbereichs hat das neue Defekten- (jetzt: Erstattungs-) Recht in unserem Rechtssystem einen völlig anderen Standort erhalten, indem es sich nunmehr als ein Spezialgebiet des öffentlichen Haushaltsrechts darstellt. Die amtliche Begründung zum ErstG.⁷⁾ führt zu dieser Frage folgendes aus: „Die im Zuge der Neuordnung des Beamtenrechts vorgenommene Überprüfung der Reichs- und Ländervorschriften über Defekte an Kassen

⁵⁾ PrObTrib. 36, 378 ff.

⁶⁾ Daß der Beamte auch noch nach seinem Tod — zu Lasten seiner Erben — Anknüpfungspunkt eines Defektenverfahrens sein konnte, ändert an der durchgängigen Anknüpfung des Defektenverfahrens an die Person eines Beamten nichts. Übrigens galt es nur für das preußische Recht als herrschende Ansicht, daß ein Defektenbeschluß auch noch gegen die Erben eines Beamten erlassen werden könne. Für das Defektenverfahren nach den §§ 134 ff. RBG. hingegen war es zwar unbestritten, daß ein zu Lebzeiten eines Beamten erlassener Defektenbeschluß auch noch gegen die Erben vollstreckt werden könne, dagegen wurde es für unzulässig gehalten, nach dem Tod eines Reichsbeamten einen bisher nicht erlassenen Defektenbeschluß nun unmittelbar gegen die Erben zu richten. Vgl. Neef: AkadZ. 1937, 295. Zur Kritik der erwähnten herrschenden Auffassung hinsichtlich des früheren preußischen Rechts vgl. Neuf: JW. 1936, 298/87.

⁷⁾ RNz. Nr. 94 v. 26. April 1937 S. 1; ferner Neef a. a. D. S. 294 und Fischbach: RVerwBl. 1937, 369, sowie derselbe: NSWJ. 1937, 281.

¹⁾ RGBl. I, 461; die genaue Bezeichnung des Gesetzes lautet: „Gesetz über das Verfahren für die Erstattung von Fehlbeständen an öffentlichem Vermögen (Erstattungsgezet).“

²⁾ Vgl. Neuf: JW. 1936, 298/87; derselbe: Deutsche Verwaltungsbücher 1937, 283 ff.

³⁾ GS. 52.

⁴⁾ Zum Teil eigene Wege ging das BadBeamtG. v. 24. Juli 1888 und 12. Aug. 1908, nach dem das Defektenverfahren nicht nur gegen Beamte im Sinne des BeamtG. zulässig war, sondern auch gegen Personen, die — ohne Beamte zu sein — zum Staat in einem Dienstverhältnis standen. Ähnlich BayBeamtG. v. 16. Aug. 1908, Art. 181. Vgl. hierzu Fachinger: Deutsche Verwaltungsbücher 1937, 300, Num. 1 und 2.

und anderen Beständen (Defektenverfahren, jetzt Erstattungsverfahren) hat ergeben, daß es sich nicht um ein Rechtsgebiet handelt, das ausschließlich der Beamtengesetzgebung vorzubehalten ist. . . . Das Erstattungsverfahren bildet einen Ausschnitt aus dem Rechtsgebiet der Verwaltung des öffentlichen Vermögens und wäre an sich im Rahmen der Reichshaushaltsordnung zu regeln⁸⁾. Eigenart und Geschlossenheit der Materie lassen jedoch ein Sondergesetz als zweckmäßig erscheinen.“ Diese Erläuterungen der amtlichen Begründung weisen dem ErstG. deutlich einen systematischen Standort außerhalb des Beamtenrechts zu. Dieser Standort ist auch nochmals in der DurchfW.D. zum ErstG.⁹⁾ mit prägnanter Kürze hervorgehoben, indem hier¹⁰⁾ gesagt wird: „Das Erstattungs-gesetz . . . ist eine verfahrensmäßige Ergänzung des Haushaltsrechts.“ Die später noch zu erörternde Abgrenzung des vom ErstG. betroffenen Personentereichs entkleidet dieses mit Notwendigkeit seiner bisherigen ausschließlichen Beziehung zum Beamtenrecht. Die Regelung des so gestalteten Defektenrechts konnte aus systematischen Gründen in der Tat nur außerhalb des DBG. erfolgen. Der neuen Sinngabe des Defektenrechts wird es auch vollkommen gerecht, daß § 16 ErstG. nicht dem Reichsinnen- (also dem Beamten-) Minister, sondern dem Reichsminister der Finanzen die Aufgabe zuweist, die zur Durchführung des Gesetzes erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen¹¹⁾. Auch sonst schaltet das Gesetz in das Erstattungsverfahren nicht den Reichsminister des Innern, sondern den der Finanzen ein¹²⁾.

Trotz der dargelegten legislativen Neuorientierung des Defektenrechts bleibt allerdings bestehen, daß diese Neuorientierung aus Anlaß der Neuordnung des deutschen Beamtenrechts vollzogen wurde. Diese gab den äußeren Anlaß, das überkommene Defektenrecht zu überprüfen, wobei die mit dieser Prüfung betrauten Stellen zu der Überzeugung gelangten, daß der bisherige beamtenrechtliche Charakter des Defektenrechts aufgegeben und das Defektenrecht statt dessen als ein Rechtsgebiet des Haushaltsrechts gestaltet werden müsse. Die Reform des Defektenrechts konnte im übrigen schon deshalb nicht etwa einfach auf sich beruhen bleiben, weil § 184 Abs. 2 Ziff. 1 DBG. bestimmt hatte, daß das gesamte RWG. — also auch die bisher in den §§ 134 ff. RWG. enthaltene Regelung des Defektenrechts für Reichsbeamte — am 1. Juli d. J. außer Kraft trete. Mindestens für die Reichsbeamten wäre daher eine Neuregelung des Defektenrechts unumgänglich gewesen. Es fragt sich aber, ob nicht auch die übrigen, nämlich landesrechtlichen Bestimmungen des Defektenrechts mit dem Inkrafttreten des DBG. ihre Wirksamkeit verloren hätten. Nach § 184 Abs. 2 Satz 1 DBG. sind alle „Vorschriften, die diesem Gesetz entsprechen oder widersprechen“, aufgehoben worden, und es konnte zweifelhaft erscheinen, ob nicht zumindest die Vorschrift in § 142 Abs. 2 Satz 1 DBG., durch welche die Entscheidung über Ansprüche des öffentlichen Dienstherrn aus dem Beamtenverhältnis den Verwaltungsgerichten übertragen wird, in Zukunft auch für Defektenklagen gelten werde. Diese Zweifel hat das ErstG. behoben. Durch den Erlaß dieses Gesetzes hat das neue Reich bewiesen, daß es die Vereinheitlichung des deut-

schen Rechts auch auf den Sondergebieten der öffentlichen Verwaltung mit wachsamem Auge verfolgt.

Dem neuen Erstattungs- (früher: Defekten-) Recht unterliegen in Zukunft außer den Beamten vor allem auch die Angestellten und Arbeiter eines öffentlichen Dienstherrn. Zu diesen Personalgruppen der öffentlichen Verwaltung kommen als dem ErstG. gleichfalls unterstellt die Soldaten. Auch ehemalige Beamte, Angestellte und Arbeiter eines öffentlichen Dienstherrn und ehemalige Soldaten unterliegen dem ErstG. Hinzu kommen die Erben dieser Personen und — unter bestimmten Voraussetzungen — auch noch sonstige Erstattungspflichtige. Im einzelnen ist hierzu folgendes zu bemerken:

Wer im Sinne des ErstG. Beamter und als solcher diesem Gesetz unterworfen ist, bestimmt sich, obwohl das ErstG. dies nicht ausdrücklich hervorhebt, nach den Vorschriften des DBG. Es muß also ein formgültig begründetes (§§ 24 ff. DBG.), öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis (§ 1 DBG.) vorliegen. Wer ohne Beachtung der vorgeschriebenen Form¹³⁾ zum „Beamten“ ernannt, also in Wahrheit gar nicht Beamter geworden, oder wessen Ernennung zum Beamten aus einem anderen Grunde nichtig¹⁴⁾ ist, kann auch nicht im Sinne des ErstG. als Beamter behandelt werden. Ob etwa die formwidrige oder sonst nichtige Ernennung zum Beamten nach dem Rechtsgrundsatz der Umdeutung (Konversion) als Begründung eines bürgerlich-rechtlichen Dienstvertrags rechtswirksam und auf diese Weise die Anwendbarkeit des ErstG. — unter dem Gesichtspunkt der Eigenschaft des Betroffenen als „Angestellter“ oder „Arbeiter“ — zu bejahen ist, hängt von den Umständen des Falles, also davon ab, ob aus dem Willen des Dienstherrn wie des Dienstverpflichteten zu schließen ist, daß bei Kenntnis der Nichtigkeit der beiderseitige Wille auf den Abschluß eines Dienst- oder Arbeitsvertrags gerichtet worden wäre¹⁵⁾. Auch nach erfolgter Nichtigkeitsklärung der Beamtenernennung in den Fällen des § 32 Abs. 2 u. 3 DBG. kann der Betroffene nicht mehr — und zwar rückwirkend¹⁶⁾ — nicht mehr — als Beamter im Sinne des ErstG. gelten. Falls in den erörterten Fällen der Grundsatz der Umdeutung nicht zum Ziele führt, also eine Konversion der formwidrigen, nichtigen oder für nichtig erklärten¹⁷⁾ Beamtenernennung in den Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages nicht möglich ist, fragt es sich, ob das tatsächliche Beschäftigungsverhältnis, das die Betroffenen regelmäßig im öffentlichen Dienst verbracht haben, dazu berechtigt, auf sie im Wege der Analogie die Bestimmungen des ErstG. zur Anwendung zu bringen. Der erste Anschein wird vielleicht dagegen sprechen. Grundsätzlich ist nämlich davon auszugehen, daß eine ausdehnende Anwendung des ErstG. in gesetzlich nicht ausdrücklich zugelassenen Fällen — und zwar in gleicher Weise die ausdehnende Interpretation wie auch die Analogie — unstatthaft ist. Das ergibt sich aus dem Ausnahmeharakter dieses Sondergesetzes, der auch in der Fassung seiner Bestimmungen deutlich zum Ausdruck kommt¹⁸⁾. Hinsichtlich der tatbestandsmäßigen Anforderungen des ErstG. muß auch streng an diesem Ausnahmeharakter des Gesetzes festgehalten werden. Ansprüche der öffentlichen Dienstherrn,

⁸⁾ Dieses Urteil der amtl. Begründung bezieht sich natürlich auf die Regelung des Defektenrechts, die im ErstG. getroffen worden ist. Eine hiervon unabhängige Beurteilung des Defektenrechts „an sich“ ist darin nicht enthalten. Man kann also nicht sagen, nach der Auffassung des gegenwärtigen Gesetzgebers habe es sich herausgestellt, daß „das“ Defektenrecht — entgegen der früheren Meinung — in Wahrheit gar kein Teil des Beamtenrechts, sondern ein Bestandteil des öffentlichen Haushaltsrechts sei, vielmehr hat der Gesetzgeber das bisherige Defektenrecht, das ein Sondergebiet des Beamtenrechts war, durch eine konstruktive Umänderung der defektenrechtlichen Bestimmungen in seinem rechtlichen Wesen verändert. Vgl. dazu Neuf: Deutsche Verwaltungsblätter 1937, 285.

⁹⁾ DurchfW.D. z. ErstG. v. 29. Juni 1937 (RWBl. I, 723).

¹⁰⁾ Unter A. Allgemein Ziff. 5.

¹¹⁾ Die oben — unter Ann. 9 — genannte DurchfW.D. vom 29. Juni 1937 ist demgemäß vom RWBl. erlassen worden.

¹²⁾ Vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 2 und § 8 Abs. 2 Satz 2 ErstG.

¹³⁾ § 27 Abs. 1 DBG. bestimmt: „Das Beamtenverhältnis wird durch Aushändigung einer Ernennungsurkunde begründet, in der die Worte ‚unter Berufung in das Beamtenverhältnis‘ enthalten sind. Wer keine solche Urkunde erhalten hat, ist nicht Beamter im Sinne dieses Gesetzes.“

¹⁴⁾ Vgl. § 32 Abs. 1 DBG.

¹⁵⁾ Vgl. Laforet, „Deutsches Verwaltungsrecht“, S. 103 — im Text unten.

¹⁶⁾ Vgl. amtl. Begründung zum DBG. zu §§ 32—34: „... Die Rechtsfolgen einer für nichtig erklärten Ernennung sind der von vornherein nichtigen Ernennung gleichzustellen; der zum Beamten Ernante ist also nicht Beamter geworden.“

¹⁷⁾ In den Fällen der Nichtigkeitsklärung dürfte eine Konversion nicht nur aus praktischen, sondern auch aus grundsätzlichen konstruktiven Gründen ausscheiden.

¹⁸⁾ Vgl. z. B. § 1 Abs. 2 ErstG.: „Als Fehlbestand im Sinne des Gesetzes gelten nur . . .“

die den tatbestandsmäßigen Anforderungen des ErstG. nicht genügen, können also nach den Vorschriften dieses Gesetzes nicht verfolgt werden. Ob man dagegen hinsichtlich des im Gesetz genannten Personenkreises am Wort kleben darf, muß angesichts der oben angedeuteten Möglichkeiten zweifelhaft erscheinen. Es ist doch die ersichtliche Grundtendenz des Gesetzes, alle Bediensteten öffentlicher Dienstherren, und zwar auf Grund der Tatsache, daß sie Dienste leisten, d. h. ohne Rücksicht auf die rechtliche Grundlage dieser Dienstleistungen, auf dem Wege und mit den Mitteln des ErstG. belangen zu können. Augenscheinlich glaubte der Gesetzgeber, alle Bediensteten öffentlicher Dienstherren, soweit die Leistung sozial abhängiger Dienste in Frage kommt, in den Geltungsbereich des Gesetzes einbezogen zu haben. Das zeigt, welches die ratio legis gewesen ist! Der Satz, daß Ausnahmestrukturen einschränkend auszulegen seien, wird nur zu oft mißbräuchlich als reine Schablone angewandt. Seit er uns als die bekannte Formel „quod contra rationem legis receptum est, non est producendum ad consequentias“ überliefert worden ist, hat er immer wieder als eine bequeme Gedankenstütze dienen müssen. In Wahrheit soll er nur vor einer allzu unbedachten Übertragung der Ausnahmeregelung und vor einer vorschnellen Erstreckung ihres Prinzips über dessen besonderen Sinnbereich hinaus warnen. Der Nutzbarmachung des in der Ausnahmeregelung erkennbar werdenden Sonderprinzips im gleichen Sinnbereich steht er nicht im Wege.

Die gleichen Erwägungen dürften maßgeblich sein, wenn etwa ein erstrebtes privates Dienstverhältnis — der Abschluß eines Dienst- oder Arbeitsvertrages — aus rechtlichen Gründen nicht wirksam zustande gekommen ist. Dagegen dürfte das ErstG. auf Lehrlinge in öffentlichen Verwaltungen weder unmittelbar anwendbar, noch auch im Wege ausdehnender Anwendung zu erstrecken sein.

Vom Fall der ausdehnenden Gesetzesanwendung abgesehen, können als Angestellte und Arbeiter im Sinn des ErstG. — in Übereinstimmung mit der üblichen Terminologie — nur die Vertragspartner eines Arbeitsverhältnisses, also eines auf Leistung persönlich abhängiger Arbeit gerichteten Vertrages, angesehen werden. Im einzelnen muß hierzu auf die im Arbeitsrecht entwickelte Lehre vom „Arbeitnehmer“ verwiesen werden. Wichtig ist somit vor allem, daß der Partner eines Werkvertrages, etwa der mit einem Behördenauftrag betraute selbständige Handwerker, oder der Partner eines auf persönlich unabhängige Arbeitsleistung gerichteten Dienstvertrages, z. B. von einer Behörde für eine fachliche Beratung hinzugezogener Sachverständiger, den Bestimmungen des ErstG. nicht unterliegen. Alle diese Vertragspartner von Werk- und Dienstverträgen, soweit bei letzteren einzelne sozial unabhängige Dienstverrichtungen zu erbringen sind, sind weder Arbeiter noch Angestellte im Sinne des Gesetzes.

Auch unter dem Gesichtspunkt des Dienstberechtigten hat das Gesetz den ihm unterworfenen Personenkreis abgegrenzt. In § 1 ErstG. heißt es: „Gegen einen Beamten, Angestellten und Arbeiter im Dienste des Reichs und anderer Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie gegen einen Soldaten . . . ist ein Erstattungsverfahren durchzuführen, und zwar auch dann, wenn sein Dienstverhältnis beendet ist.“ Die Angestellten und Arbeiter solcher Betriebe der öffentlichen Hand, die in einer privaten Rechtsform, etwa als Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung, verselbständigt worden sind, unterliegen dem ErstG. nicht, da ihr Dienstherr ein privates Rechtssubjekt ist. Daß es sich in solchen Fällen wirtschaftlich um ein kommunales Unternehmen usw. handelt, spielt gegenüber der Tatsache der rechtlichen Verselbständigung des Unternehmens in einer Rechtsform des Privatrechts keine Rolle.

Bei der Abgrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs des ErstG. ist schließlich noch dessen § 14 zu nennen, der es sowohl der Reichsbank wie auch den öffentlichen Religionsgesellschaften freistellt, „diesem Gesetz entsprechende Vorschriften zu erlassen“, wobei jedoch die noch später zu erörternden Vorschriften über den Rechtsweg bei Klagen gegen Erstattungsbeschlüsse für unabhängig erklärt worden sind.

Bezüglich der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiter-

partei ist in § 15 des Ges. klargestellt, daß die Vorschriften des ErstG. auf sie keine Anwendung finden; die einschlägigen Vorschriften werden insoweit vom Führer gesondert erlassen.

Die oben behandelten Personen (Beamte, Angestellte, Arbeiter, Soldaten) haben miteinander gemein, daß sie innerhalb des öffentlichen Dienstes stehen oder doch zur Zeit der Entstehung des Fehlbestandes gestanden haben. Wegen dieser gegenwärtigen oder ehemaligen Zugehörigkeit zum öffentlichen Dienst lassen sie sich zur ersten Hauptgruppe der erstattungspflichtig belangbaren Personen zusammenfassen. Ihnen sind als zweite Hauptgruppe völlig außerhalb des öffentlichen Dienstes stehende Personen gegenüberzustellen, die gleichfalls in den Geltungsbereich des ErstG. fallen. Hier sind in erster Reihe die Erben der Beamten, Angestellten, Arbeiter und Soldaten zu nennen. Über sie bestimmt § 2 Abs. 2 des Ges.: „Ein Erstattungsverfahren kann auch gegen diejenigen Personen durchgeführt werden, die . . . im Falle des Todes der im § 1 Abs. 1 Genannten an deren Stelle als Erben haften.“ Zu dieser Vorschrift hat der Reichsminister der Justiz für den Bereich der Reichsjustizverwaltung ausdrücklich angeordnet¹⁹⁾: „Wenn auch § 2 im Gegensatz zu § 1 nur eine Rannvorschrift enthält, so ist doch das Erstattungsverfahren gegen die in § 2 bezeichneten Personen durchzuführen, wenn im Einzelfalle nach dem Ergebnis der getroffenen Feststellungen die Haftung begründet und ihre Geltendmachung erfolgversprechend erscheint.“ Die früher umstrittene Frage der Zulässigkeit von Defektenbeschlüssen gegen die Erben der Erstattungspflichtigen²⁰⁾ ist also für die Zukunft im Sinne der Zulässigkeitserklärung solcher Beschlüsse entschieden. Diese Regelung liegt folgerichtig in der Linie der neuen Grundanschauung der rein vermögens- (Haushalts-) rechtlichen Natur des Erstattungsrechts²¹⁾. Wenn § 5 Abs. 4 des Ges. ergänzend sagt: „Als Erben in Anspruch Genommene können in jeder Lage des Erstattungsverfahrens die Beschränkung ihrer Haftung geltend machen“, so setzt diese „jederzeitige“ Geltendmachung der beschränkten Erbenhaftung selbstverständlich voraus, daß die Haftung des Erben nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts nicht etwa bereits unbeschränkt und unbeschränkbar geworden ist. Eine nur gegenständliche Haftung mit der Hinterlassenschaft des Erstattungspflichtigen ist im ErstG. nicht angeordnet worden. Bemerkenswert ist auch die in § 2 Abs. 2 des Ges. getroffene Regelung des Falles, daß beim Tode eines Erstattungspflichtigen dessen Erben entweder nicht bekannt sind oder die Erbschaft noch nicht angenommen haben oder ungewiß ist, ob dies geschehen ist: Für diesen Fall hat das Gesetz „die Durchführung einer Art objektiven Verfahrens“²²⁾ vorgesehen, indem zur Ermöglichung eines Erstattungsverfahrens beim Nachlassgericht die Ernennung eines Nachlasspflegers beantragt werden kann.

Am wenigsten klar ist die Umgrenzung der Gruppe „sonstiger“ Personen, auf die das ErstG. über die oben behandelten Personen hinaus gleichfalls anwendbar ist. Über sie heißt es in § 2 Abs. 1 ErstG.: „Ein Erstattungsverfahren kann auch gegen diejenigen Personen durchgeführt werden, die außer (!) den in § 1 Abs. 1 Genannten für den Fehlbestand aus irgendeinem Rechtsgrunde haften.“ Diese Personen sind im Gesetz den Erben, die „an Stelle“ der verstorbenen Erstattungspflichtigen haften, gegenübergestellt. Schon diese Gegenüberstellung („außer“ — „an Stelle“) legt die Auslegung nahe, daß bei dieser nicht völlig eindeutigen Bestimmung augenscheinlich an solche Fälle gedacht ist, in denen eine Haftung gemäß § 1 Abs. 1 des Ges., also die Haftung eines Beamten, Angestellten, Arbeiters oder Soldaten, gegeben und daneben noch eine zusätzliche Mithaftung eines Dritten begründet ist. In dieser Auslegung wird man durch die Fassung der Durchf. B. bestärkt, in der²³⁾ zu § 2 des Ges. ausgeführt wird: „Neben (!) den nach § 1 des Ges. in erster (!) Linie Erstattungspflichtigen

¹⁹⁾ MfG. v. d. R. v. 6. Juli 1937; DJ. 1937, 1027.

²⁰⁾ Vgl. oben Anm. 6.

²¹⁾ Vgl. jedoch zur Einbeziehung der Erben die bedächtig abwägenden Ausführungen von Neef a. a. O. S. 295.

²²⁾ So die treffende Bezeichnung bei Neef a. a. O.

²³⁾ Vgl. oben Anm. 9.

können auch (!) andere Personen im Erstattungsverfahren in Anspruch genommen werden, die aus den verschiedensten Rechtsgründen haften, z. B. aus einer gemeinsam begangenen unerlaubten Handlung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung.“ Auch Fischbach²⁴⁾ nennt als Beispiele zu § 2 „Mitläufer, Teilnehmer, ungerechtfertigte Bereicherung usw.“. Es käme also vor allem der Fall eines schädigenden Zusammenwirkens zwischen einem außerhalb und einem innerhalb des öffentlichen Dienstes Stehenden in Betracht.

Das ErstG. bezeichnet sich selbst als ein „Gesetz über das Verfahren für die Erstattung von Fehlbeständen an öffentlichem Vermögen“. Schon das zeigt, daß das ErstG. nicht die materiellen Voraussetzungen der erstattungswirtschaftlichen Haftung regelt, sondern nur die Art und Weise der Verwirklichung dieser Haftung. Das ErstG. ist also ein Verfahrensgesetz, eine Art Prozeßordnung in Erstattungssachen. Die materielle Haftung der betroffenen Personen setzt das Gesetz als auf anderweitiger Rechtsgrundlage beruhend voraus. Es heißt daher in § 1 Abs. 1 des Ges.: „Gegen einen Beamten, Angestellten und Arbeiter ... sowie gegen einen Soldaten, der ... für einen Fehlbestand haftet, ist ein Erstattungsverfahren durchzuführen.“ Hier wird also die materielle Haftung bei der Inanspruchnahme des Erstattungsverfahrens als eine präexistente Gegebenheit vorausgesetzt²⁵⁾. Ebenso heißt es in § 2 Abs. 2 des Ges.: „Ein Erstattungsverfahren kann auch gegen diejenigen Personen durchgeführt werden, die außer den in § 1 Abs. 1 Genannten für den Fehlbestand aus irgendeinem Rechtsgrunde haften.“ Als materielle Grundlage der Beamtenhaftung kommt jetzt § 23 DVG. in Betracht, während sich die Haftung der Angestellten und Arbeiter nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts (z. B. §§ 276, 823 ff.) richtet.

Nicht jede Haftung eines nach den hier gemachten Ausführungen Erstattungsspflichtigen kann seitens des öffentlichen Dienstherrn im Wege eines Erstattungsverfahrens verwirklicht werden. Das Erstattungsverfahren steht vielmehr nur für die Wiedererlangung von Vermögenswerten zur Verfügung, die in bestimmter Weise in Verlust geraten sind. Das Gesetz verlangt das Vorliegen eines „Fehlbestands“ und unterscheidet drei Arten der Verursachung eines solchen Fehlbestands:

1. die schuldhafte Verursachung eines Kassen- oder sonstigen Bestandsdefekts, kurz „Kassendefekt“ genannt,
2. die schuldhafte Verursachung eines Rechnungsdefekts, sowie
3. die Verursachung eines sonstigen Vermögensschadens mittels einer vorsätzlichen strafbaren Handlung.

Bei dem zuerst genannten Kassendefekt und bei dem alsdann angeführten Rechnungsdefekt spricht das Gesetz von einem „Verlust“ (§ 1 Abs. 2 Ziff. 1 ErstG.). Dagegen gebraucht das Gesetz im dritten Falle den Ausdruck „Vermögensschaden“. Daß der Ausdruck „Verlust“ das Erfordernis einer wirklichen Vermögensminderung enthält, die Vereitelung eines Vermögensgewinnes dagegen ausschließen dürfte, wird wohl mit Recht anzunehmen sein. Ob das gleiche auch für den Fall der vorsätzlich strafbaren Verursachung eines Vermögensschadens zu gelten hat, kann zweifelhaft erscheinen. Man könnte sich Fälle einer vorsätzlich strafbaren Handlung — etwa strafbare Untreue, § 266 StGB. — denken, in denen der Vermögensschaden, den das ErstG. im dritten Fall verlangt, in der treuwidrigen Vereitelung eines Gewinnes besteht, und es ist nicht einzusehen, weshalb in einem solchen Fall das Erstattungsverfahren ausgeschlossen sein sollte.

Ein infolge schuldhafter Verletzung von Dienstpflichten verursachter kassen- oder bestandsmäßiger Verlust, ein sog. Kassendefekt, liegt nach herkömmlicher Formulierung dann vor, wenn der tatsächliche Bestand einer Kasse, eines Magazins, eines Lagers usw. geringer ist als der rechnungsmäßige Soll-Bestand. Dabei wird allerdings vorausgesetzt, daß der rechnungsmäßige Soll-Bestand richtig errechnet ist. Sollte einmal die Abweichung des Ist-Bestandes vom Soll-Bestand darauf

zurückzuführen sein, daß die Unstimmigkeit in einer fehlerhaften Berechnung des Soll-Bestandes zu finden ist, so kann von einem wirklichen Verlust keine Rede sein²⁶⁾. Das muß auch gegenüber der DurchfW. beachtet werden, die in Ablehnung an die erwähnte herkömmliche Formulierung erklärt²⁷⁾: „Ein kassen- oder bestandsmäßiger Verlust liegt vor, wenn der vorhandene Bestand hinter dem Soll-Bestand zurückbleibt.“ Hierher gehört auch ein Verlust solcher Vermögenswerte, die — ohne zu den Beständen einer Kasse oder eines Lagers zu gehören — auf besondere Anordnung der Verwaltung in den Gewahrsam des öffentlichen Dienstherrn bzw. seines Beamten, Angestellten oder Arbeiters usw. gelangt sind, sofern der Dienstherr für den Verlust dieser Vermögenswerte haftet²⁸⁾. Im übrigen ist es nicht erforderlich, daß sich der Verlust aus besonderen Aufzeichnungen, etwa Buchungen oder einem besonderen Inventar, ergibt; die Abweichung des Ist-Bestandes von dem richtig ermittelten pflichtmäßigen Soll-Bestand kann auf jede taugliche Art und Weise festgestellt werden.

Die Einbeziehung der sog. „Rechnungsdefekte“ in das Erstattungsrecht ist gegenüber dem überwiegenden bisherigen Rechtszustand²⁹⁾ eine Neuerung des Gesetzes. Ein Rechnungsdefekt im Sinne des Gesetzes ist nur „ein infolge fehlerhafter Rechnungsweise oder unterlassener oder unzureichender rechnerischer Nachprüfung verursachter Verlust“ (§ 1 Abs. 2 Ziff. 1 ErstG.). Zu dieser Begriffsbestimmung des Rechnungsdefektes gibt die amtliche Begründung³⁰⁾ folgende Erläuterung: „Unter fehlerhafter Rechnungsweise ist ein Rechnen mit falschen Ansätzen und Formeln und eine falsche Ausrechnung zu verstehen. Zur rechnerischen Nachprüfung gehört auch die Vergleichung von Maßangaben und Einheitspreisen mit den Zeichnungen, Verträgen, Preisverzeichnissen usw. Der rechnerischen Nachprüfung gegenüber steht die Nachprüfung auf Grund von Vorschriften, Vertragsklauseln usw. Verluste, die sich infolge einer irrtümlichen Auslegung solcher Unterlagen ergeben, fallen nicht unter die Begriffsbestimmung des § 1 Abs. 2 Ziff. 1.“ Diese Erläuterung ist in ihrer Maßgeblichkeit³¹⁾ nochmals besonders unterstrichen worden, indem sie

²⁶⁾ Vgl. das Ur. des RG. v. 9. März 1936, 3 D 53/36 (abgedruckt: „Zeitschrift für Beamten- und Behördenangestelltenrecht“ Bd. 8 Heft 1 S. 31), in dem sich der Angekl. eines Strafverfahrens darauf berufen hatte, daß die durch eine andere Dienststelle vorgenommene Berechnung der Solleinnahmen unrichtig gewesen sei, indem nämlich mehr Benachrichtigungsgebühren eingeseht worden seien, als die Gütereempfänger zu zahlen verpflichtet gewesen seien und auch wirklich gezahlt hätten; es handele sich bei dem ihm zur Last gelegten Unterschiede zwischen der Ist- und Solleinnahme mithin nicht um einen wirklichen Kassendefekt, sondern lediglich um Buchungsfehler“.

²⁷⁾ DurchfW. v. 29. Juni 1937, Abschnitt B. Im Besonderen, zu § 1.

²⁸⁾ Vgl. § 1 Abs. 3 ErstG.

²⁹⁾ Das BadBeamtG. v. 24. Juli 1888 und 12. Aug. 1908 erstreckte schon bisher das Defektenverfahren auch auf bloße Rechnungsdefekte. Das BayBeamtG. v. 16. Aug. 1908 ließ das Defektenverfahren bei irgendeinem durch den Beamten zugefügten Schaden zu. Vgl. Fachinger: „Deutsche Verwaltungsblätter“ 1937, 300 Anm. 1.

³⁰⁾ Vgl. Anm. 7.

³¹⁾ Die von Vernebbé in dem Aufsatz „Die Bedeutung der Gesetzesbegründungen für die Rechtsanwendung“: *Rechtsw.* 1937, 509 ff. vertretene Ansicht über die Maßgeblichkeit des Inhalts der amtlichen Gesetzesbegründungen schießt weit über das Ziel. Eine solche Auffassung ist nicht nur eine untragbare Hemmung der wissenschaftlichen Forschung, sondern auch eine Gefährdung der vermeintlich so wirksam verteidigten Autorität. Wer die öffentliche Autorität stützen will, sollte wissen, daß man ihre höchsten Träger nicht mit allem und jedem belasten soll, was die zuständigen Dezenten — natürlich bester Absicht voll — für gut befinden haben. Dem Sieg der besseren Einsicht darf auch gegenüber amtlichen Gesetzesbegründungen nicht jeder Weg versperrt werden. Es ist übrigens bemerkenswert, daß im oben erörterten Fall der Inhalt der amtlichen Begründung nochmals — und zwar wörtlich! — in die DurchfW. übernommen worden ist. Wäre dazu ein hinreichender Anlaß vorhanden gewesen, wenn die Ansicht Vernebbés als zutreffend erachtet werden könnte?

²⁴⁾ An beiden angeführten Orten.

²⁵⁾ Vgl. Reuß: „Deutsche Verwaltungsblätter“ 1937, 288.

wörtlich in die Durchf. ³²⁾ übernommen worden ist. Eine gute Verdeutlichung des Wesens eines „Rechnungsdefekts“ im Sinne des Gesetzes ³³⁾ gibt Fischbach ³⁴⁾: „Ein bloßer Rechnungsdefekt im Gegensatz zum Kassendefekt liegt vor, wenn buchmäßig kein Defizit in der Kasse (Lager) vorhanden ist, Einnahmen und Ausgaben also ordnungsgemäß durch Belege nachgewiesen, die Ausgaben aber infolge unrichtiger Berechnungsweise oder gegen gesetzliche oder sonstige Vorschriften bewirkt oder zu wenig Zugänge vereinnahmt sind, m. a. W., wenn die Verausgabungen auf die Kasse nicht hätten angewiesen werden dürfen oder wenn Zahlungen an unrichtige oder nicht-legitimierte Empfänger geleistet sind usw.“ ³⁵⁾.

Ein weiterer selbständiger Erstattungsstatbestand ist die Schädigung öffentlichen Vermögens durch eine vorsätzliche strafbare Handlung. Die Selbständigkeit dieses Erstattungsstatbestandes zeigt sich darin, daß beim Vorliegen seiner Tatbestandsanforderungen das ErstG. ohne Rücksicht darauf anwendbar ist, ob zugleich ein „Kassen- oder bestandsmäßiger Verlust“ (Kassen- oder sonstiger Bestandsdefekt) oder auch ein Rechnungsfehlbestand gegeben ist ³⁶⁾. „Es werden jetzt also nicht mehr wie früher nur die Fälle des schweren Vertrauensbruchs betroffen, dessen sich der Beamte usw. durch widerrechtliche Aneignung der ihm anvertrauten Gelder usw. schuldig gemacht hat. Vielmehr führen alle vorsätzlich verübten strafbaren Handlungen an sich dem ErstG. unterliegender Personen, durch die ein Vermögensschaden verursacht ist, z. B. Diebstahl, zur Einleitung des Erstattungsverfahrens“ ³⁷⁾. Dieser dritte Fall des defektrechtlich zu verantwortenden Fehlbestands jetzt aber — im Gegensatz zur Rechtslage bei Kassen- und Rechnungsdefekten — eine vorsätzliche Handlungsweise des Erstattungspflichtigen voraus. Das wird von der amtlichen Begründung noch ausdrücklich hervorgehoben: „Unter die Begriffsbestimmung des § 1 Abs. 1 Ziff. 2 fallen nicht Vermögensschäden, die lediglich infolge Fahrlässigkeit verursacht sind.“ Unter dem hier erörterten Gesichtspunkt der Schadensverursachung durch vorsätzliche strafbare Handlung lassen sich vor allem jene Fälle erfassen, in denen ein Beamter, Angestellter, Arbeiter usw. sich an öffentlichem Gut vergeißt, das ihm nicht dienstlich anvertraut, sondern nur leichter zugänglich ist.

Kassen- oder Rechnungsdefekte setzen kein qualifiziertes Verschulden voraus, um das Verfahren des ErstG. anwendbar zu machen. Dem Gesetz genügt vielmehr insoweit — ohne jede Abstufung — „schuldhaftes Verletzung von Dienstpflichten“ (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 ErstG.).

Neben dem „Verschulden“ als subjektivem Erfordernis und dem Eintritt eines „Verlustes“ bzw. „Vermögensschadens“ ist vor allem noch auf das Erfordernis der Ursächlichkeit (Kaus-

salität) des schuldhaften Verhaltens für den eingetretenen schädigenden Erfolg hinzuweisen. Sofern also — trotz vorgekommener Pflichtwidrigkeit und eingetretenem Schaden — der Fehlbestand auch bei pflichtgemäßem Verhalten des in Anspruch genommenen Beamten usw. entstanden wäre, ist für ein Erstattungsverfahren kein Raum ³⁸⁾.

Der schuldhaft verursachte Schaden muß, wie es in § 1 Abs. 1 ErstG. gefordert wird, „am öffentlichen Vermögen“ des Dienstherrn entstanden sein. Dieses Erfordernis ist ja sogar in die Überschrift des ErstG. ³⁹⁾ aufgenommen worden. Der hier gebrauchte Ausdruck ist jedoch nicht im eigentlichen, rechtstechnischen Sinne, d. h. nicht im Gegensatz zum privaten oder fiskalischen Vermögen, gemeint. Zum öffentlichen Vermögen im Sinne des ErstG. gehören vielmehr nach der authentischen Auslegung dieses Begriffs in § 1 Abs. 3 des Ges. „nicht nur das bei einer Verwaltungsstelle des Reichs und anderer Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts verwaltete oder verwahrte öffentliche und private (!) Vermögen, sondern auch öffentliche und private (!) Vermögenswerte, die einem der in Abs. 1 Genannten . . . dienstlich anvertraut sind, und für deren Verlust sein Dienstherr haftet“. Das hierfür in den Erörterungen des Gesetzes immer wieder genannte Musterbeispiel ist die bei der Garderobefrau eines staatlichen usw. Theaters abgegebene Garderobe.

Wenn ein Fehlbestand im zuvor erörterten Sinne vorliegt, so steht es grundsätzlich ⁴⁰⁾ nicht im freien Ermessen der zuständigen Behörde, ob sie ein Erstattungsverfahren einleiten will. Regelmäßig muß das vielmehr geschehen. Es gilt also das Legalitäts-, nicht das Opportunitätsprinzip. Von diesem Grundsatz (§ 1 Abs. 1 ErstG.: „Gegen einen Beamten usw. . . ist ein Erstattungsverfahren durchzuführen . . .“) gibt es allerdings einige — teils zwingend vorgeschriebene, teils dem Ermessen der zuständigen Verwaltungsstelle anheimgestellte — Ausnahmen. Die zwingend vorgeschriebenen Ausnahmen nennt § 6 Abs. 1 ErstG.: „Von einem Erstattungsbeschluß ist abzusehen, wenn der Fehlbestand 1. ersetzt ist oder 2. den Wert von einhundert Reichsmark nicht übersteigt, es sei denn, daß aus besonderen Gründen das Erstattungsverfahren durchgeführt werden soll; der Reichsminister der Finanzen kann diese Summe unter besonderen Verhältnissen erhöhen.“ Als einen besonderen Grund, der die Durchführung des Erstattungsverfahrens angezeigt erscheinen lassen kann, obwohl der Fehlbestand den Wert von einhundert Reichsmark nicht übersteigt, führt die amtliche Begründung den Fall an, daß der Erstattungspflichtige seine Haftung bestreitet. Von dem Erstattungsverfahren kann abgesehen werden, wenn 1. der Fehlbestand nur infolge leichter Fahrlässigkeit verursacht oder 2. wenn vom Erstattungspflichtigen eine schriftliche Erklärung abgegeben worden ist, daß er sich zum Ersatz des Fehlbestandes verpflichte und sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfe (§ 6 Abs. 2 ErstG.). Diese Unterwerfungserklärung ist behördlich zu beglaubigen und bildet alsdann einen besonderen Vollstreckungstitel, aus dem die Vollstreckung im Verwaltungsweg stattfindet (§ 7 ErstG.).

Es ist bereits oben erörtert worden, daß eine ausdehnende Anwendung des ErstG. auf gesetzlich nicht geregelte Tatbestände unstatthaft ist. Ansprüche der öffentlichen Dienstherrn, die den tatbestandsmäßigen Anforderungen des ErstG. nicht genügen, können also nach den Vorschriften dieses Gesetzes nicht verfolgt werden. Das gilt insbesondere von Ansprüchen aus Amtspflichtverletzungen, sofern es sich bei ihnen nicht um einen zugleich auch dem ErstG. unterfallenden Tatbestand handelt, von Regressansprüchen usw. Es mag hierzu auf die beachtlichen Ausführungen Fischbachs ⁴¹⁾ hingewiesen werden: „Insbesondere scheiden auch aus die Fälle der §§ 32, 33 ReichshaushaltsD., wonach Beamte und Angestellte wegen mangelnder Verwaltung (schuldhafter Überschreitung der im Haushaltsplan bereitgestellten Mittel) auf Schadenersatz in Anspruch

³²⁾ Unter B. Im besonderen, zu § 1 Abs. 2.

³³⁾ Brand: BeamtJahrb. 1937, 285 unterscheidet einen Rechnungsfehlbestand im engeren von einem Rechnungsdefekt im weiteren Sinne. Der von Brand als Rechnungsfehlbestand im engeren Sinne bezeichnete Rechnungsdefekt ist der hier allein beachtliche Rechnungsfehlbestand im Sinne des ErstG. Es muß zweifelhaft erscheinen, ob es die Einsicht bereichert und vor allem die stets präzise Vertrautheit mit dem Inhalt eines Gesetzes fördert, wenn man den Begriffsbildungen der Gesetze Parallelbegriffe gegenüberstellt, die mindestens die Gindeutigkeit der termini technici der Gesetze gefährden.

³⁴⁾ MVerwBl. a. a. D.

³⁵⁾ Es ist allerdings bedenkl. ob jene Fehlbestände, die durch schriftswidrige Vereinnahmungen oder Verausgabungen oder durch Zahlungen an unrichtige oder nicht gehörig legitimierte Empfänger entstanden sind, gegen den schuldigen Beamten usw. ein Einschreiten nach dem ErstG. erlauben. Diese Fehlbestände können wohl nicht als „infolge fehlerhafter Rechnungsweise oder unterlassener oder unzureichender rechnerischer Nachprüfung“ verursacht angesehen werden. Nur derart verursachte Fehlbestände sind aber Rechnungsdefekte im Sinne des § 1 Abs. 2 Ziff. 1 ErstG. Es dürfte daher Brand (a. a. D. mit Nachweisungen) zustimmen sein, wenn er erklärt, daß bei einem solchen „Rechnungsfehlbestand im weiteren Sinne“ das Verfahren nach dem ErstG. „nach wie vor nicht zulässig“ ist.

³⁶⁾ Das hebt Brand a. a. D. S. 285 unten mit Recht hervor.

³⁷⁾ Brand a. a. D. S. 285/86.

³⁸⁾ Brand a. a. D. S. 286. Es fehlt dann sogar an einem Erfordernis der materiellen Haftung.

³⁹⁾ Vgl. Anm. 1.

⁴⁰⁾ Über die Ausnahmen vgl. weiter unten.

⁴¹⁾ MVerwBl. 1937, 370; derselbe: MZB. 1937, 231.

genommen werden können. Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, die hier etwa in Betracht kommenden Schadenserfassungsansprüche dem Erstattungsverfahren zu unterziehen, um die Entscheidungskraft der betreffenden Beamten, die oft vor schwierige und unverzüglich zu erledigende Aufgaben gestellt werden, nicht zu lähmen. Schadenserfassungsansprüche dieser Art sowie alle sonstigen Schadenserfassungsansprüche müssen, zumal auch die Verschuldensfrage vielfach schwierige und umständliche Beweishebungen erfordert, im ordentlichen Rechts- (Verwaltungsrechts?) und Vollstreckungsweg verfolgt werden."

Das Erstattungsverfahren darf selbstverständlich erst dann in Gang gebracht werden, wenn die für die Einleitung zuständige Stelle bereits die volle Überzeugung gewonnen hat, daß und in welchem Umfang ein Fehlbestand vorliegt und daß hierfür eine bestimmte, dem ErstG. unterworfenen Person haftbar ist. Über die Art, wie diese Überzeugung zu bilden ist, gibt das ErstG. keine Auskunft. Statt dessen enthält die amtliche Begründung folgende Aufklärung: „Wie sich für eine ordnungsmäßige Verwaltungsgebarung von selbst versteht, setzt das Erstattungsverfahren, auch wenn es nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, ein Vorverfahren zur Feststellung des Umfangs des Fehlbestandes und des Erstattungspflichtigen voraus. In welcher Weise die Feststellung des Sachverhalts zu erfolgen hat, wird in den Durchführungsvorschriften vorgeesehen werden.“ Das ErstG. selbst bestimmt für den hier behandelten Verfahrensabschnitt lediglich⁴²⁾: „Vor Erlass des (Erstattungs-) Beschlusses soll der Erstattungspflichtige gehört werden.“ Inzwischen sind über dieses Vor- oder Ermittlungsverfahren eingehende Bestimmungen erlassen worden. Diese sind vor allem in der DurchfVd.⁴³⁾ enthalten. Danach ist von den zuständigen Dienststellen, sobald sich bei einer mit der Verwaltung oder Bewahrung öffentlichen Vermögens betrauten Stelle ein Verlust oder ein Vermögensschaden ergibt, unverzüglich dessen Umfang, die Höhe seines Geldwertes, seine Ursache und der tatsächliche oder vermutliche Zeitpunkt seines Entstehens zu ermitteln. Es ist ferner zu ermitteln, wer für den Verlust oder Vermögensschaden haftet. Die Ermittlungen, insbesondere die Ausfragen der gehörten Personen, sind schriftlich niederzulegen. Sofern ein Erstattungspflichtiger ermittelt ist, hat die zuständige Behörde zu entscheiden, ob nunmehr ein Erstattungsverfahren durchzuführen ist. Um Voreiligkeiten und eventuellem Mißbrauch vorzubeugen, bestimmt die DurchfVd. in diesem Zusammenhang ausdrücklich: „Die Verwaltungsstelle wird ein Erstattungsverfahren nur durchführen, wenn sie sich nach pflichtmäßiger und erschöpfender Prüfung die volle Überzeugung von dem Grunde der Haftung und der Person des Erstattungspflichtigen verschafft hat; das setzt voraus, daß die Ermittlungen sorgfältig geführt sind, daß dabei Vorgänge, Bücher, Belege, Prüfungsberichte usw. eingesehen und die beteiligten Personen und etwaigen Zeugen gehört sind.“ Man sieht: die DurchfVd. macht ein gewissenhaftes Vorgehen bei der Durchführung der Vorermittlungen mit Ernst und Nachdruck zur Pflicht. Für den Bereich der Reichsjustizverwaltung ist ergänzend angeordnet worden⁴⁴⁾, daß „das in der DurchfVd. als Grundlage des Erstattungsverfahrens vorgesehene Ermittlungsverfahren stets durchzuführen ist, wenn ein fassen- oder bestandsmäßiger oder ein durch falsche Rechnungsweise usw. verursachter Verlust festgestellt ist oder wenn ein Anhalt dafür

vorliegt, daß ein sonstiger Vermögensschaden durch eine vorfällige strafbare Handlung eines Beamten, Angestellten oder Arbeiters herbeigeführt ist“. Wegen der sonstigen Einzelheiten dieser Sonderbestimmungen für den Bereich der Reichsjustizverwaltung wird auf die mitgeteilte Abdruckstelle verwiesen.

Das weitere Verfahren bestimmt § 5 ErstG.: „Nach Feststellung des Sachverhalts erläßt die . . . zuständige Verwaltungsstelle einen Erstattungsbeschluß.“ Wer in diesem Sinne als „zuständige Verwaltungsstelle“ gilt, ist aus § 3 des Gef. zu ersehen: „Das Erstattungsverfahren wird von der Verwaltungsstelle durchgeführt, bei der der Fehlbestand entstanden ist.“ Von dieser grundsätzlichen Regelung können Abweichungen angeordnet werden. Für den Bereich der Reichsjustizverwaltung⁴⁵⁾ ist an dem bereits mehrfach angeführten Ort bestimmt: „Verwaltungsstelle im Sinne des § 3 Satz 1 ist der Vorstand der Behörde, bei welcher der Fehlbestand entstanden ist.“

Der schließlich ergehende Erstattungsbeschluß muß bei Vermeidung der Nichtigkeit einem Katalog von sieben Erfordernissen genügen, die in § 5 Abs. 1 ErstG. enthalten sind. Wegen der Einzelheiten muß auf das Gesetz verwiesen werden⁴⁶⁾. Dieser Beschluß ist das eigentliche Kernstück des Verfahrens. Er bildet nämlich einen Vollstreckungstitel, aus dem die öffentliche Behörde ohne weiteres vollstrecken kann. Die Vollstreckbarkeit des Erstattungsbeschlusses tritt mit der Zustellung an den Erstattungspflichtigen ein. Die Vollstreckung aus dem Erstattungsbeschluß findet nach § 7 ErstG. im Verwaltungsweg durch eine von der obersten Dienstbehörde bestimmte Vollstreckungsbehörde statt. Wie gegen den Defektenbeschluß des bisherigen Rechts, so gibt es auch gegen den Erstattungsbeschluß des neuen Rechts die Möglichkeit einer Anfechtungsklage, die bis zur Errichtung des Reichsverwaltungsgerichts noch bei den Zivilgerichten, später aber bei den Verwaltungsgerichten anzubringen ist⁴⁷⁾. Außerordentlich wichtig ist die Neuerung des Gesetzes, daß nach neuem Recht das Gericht nach Erhebung der Klage gegen den Erstattungsbeschluß auf Antrag des Anfechtungsklägers die Vollstreckung aus dem Erstattungsbeschluß gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen einstellen kann (§ 8 Abs. 4 ErstG.).

Klagegegner, also passiv legitimiert für die Anfechtungsklage, ist nach nunmehr einhelliger Ansicht⁴⁸⁾ der geschädigte Verband⁴⁹⁾.

Eine weitere Neuerung des ErstG. besteht darin, daß nunmehr das Erstattungsverfahren den Behörden auch zur Verfügung steht, um amtliche Schriftstücke, Zeichnungen, bildliche Darstellungen u. dgl. sowie Aufzeichnungen über dienstliche Vorgänge, zu deren Herausgabe eine Verpflichtung besteht, zu erlangen (§ 10 ErstG.).

⁴⁵⁾ Für den Bereich der Reichsfinanzverwaltung vgl. Anordnung des RM.: RMBl. 1937, 1499.

⁴⁶⁾ Vgl. dazu Reuß: „Deutsche Verwaltungsblätter“ 1937, 290/91.

⁴⁷⁾ Auch insoweit muß ich auf meine eingehenden Darlegungen a. a. O. verweisen.

⁴⁸⁾ Fischbach an beiden angeführten Orten; Daniels: „Beamtenjahrbuch“ 1935, 492 ff.; Reuß: JB. 1935, 3014 ff.; 1936, 82 ff.; „Beamtenjahrbuch“ 1936, 78 ff., bef. 82 ff.

⁴⁹⁾ Wegen dessen Vertretung im Bereich der Reichsjustizverwaltung vgl. B. 1937, 1022 = JB. 1937, 1948, und im Bereich der Reichsfinanzverwaltung Anm. 45.

⁴²⁾ § 5 Abs. 1 Satz 2 ErstG.

⁴³⁾ Unter A. Allgemein.

⁴⁴⁾ Vgl. Anm. 19.

Die neueste grundsätzliche Entscheidung des Reichsgerichts über die Verwirkung

Von Professor Dr. Wolfgang Siebert, Kiel

Der 7. ZivSen. des RG. hat am 4. Juni 1937 in einer (zweiten) grundsätzlichen Entscheidung zur Frage der Verwirkung Stellung genommen. Dieses Urteil — JW. 1937, 2266²f. — verdient besondere Beachtung und gleichzeitig volle Zustimmung, da der 7. ZivSen. nunmehr die umfassende Geltung des Verwirkungsgedankens anerkannt und damit einer langjährigen Unsicherheit in der Anwendung der Verwirkung ein Ende bereitet hat.

Die besondere Bedeutung der Entscheidung liegt in folgendem: Einmal äußert sie sich eingehend zu der früheren Entscheidung desselben Senats über die auf Sondergebiete zu beschränkende Geltung des Verwirkungsgedankens und beseitigt dabei den wirklichen oder scheinbaren Widerspruch in der bisherigen reichsgerichtlichen Rechtsprechung. Sodann nimmt die Entscheidung zum Wesen der Verwirkung Stellung, wobei sie die Verwirkung mit Recht als einen Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung bezeichnet.

I.

Zur näheren Kennzeichnung der bisherigen Lage in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung darf ich auf meine Ann. JW. 1937, 612f. verweisen. Es standen sich zwei Gruppen von Entscheidungen gegenüber. Nach der einen Gruppe sollte der Verwirkungsgedanke nur für bestimmte Sondergebiete — insbesondere für die freie Aufwertung und den gewerblichen Rechtsschutz — gelten. Das hatte vor allem der hier erkennende 7. Sen. in der bekannten Entsch. RGZ. 144, 22 = JW. 1934, 1849 (mit Aufsatz S. 1829) ausgesprochen. Eine andere Gruppe von Entscheidungen betonte dagegen immer wieder: „an der Rechtsprechung, daß unter besonderen Umständen die verspätete Geltendmachung von Ansprüchen ein Verhalten darstellen kann, das gegen Treu und Glauben verstößt, und daß dann der Geltendmachung solcher Ansprüche die rechtliche Wirkung versagt werden muß, ist festzuhalten“ (so bef. der 2. und 4. ZivSen.; Nachw. in JW. 1937, 320 u. 612).

Es erschien von vornherein unwahrscheinlich, daß in dieser Frage wirklich ein tiefer sachlicher Gegensatz innerhalb der Zivilsenate bestand. Auffallend war insbesondere, daß die erste Gruppe von Entscheidungen die Zulässigkeit einer allgemeinen *exceptio doli* durchaus anerkannte. Die Verneinung einer ebenso allgemeinen Geltung der Verwirkung vertug sich damit schlecht; sie mußte also einen besonderen terminologischen oder dogmatischen Grund haben. Daher endeten die Besprechungen der Verwirkungsurteile der letzten Zeit typisch mit der Bitte an die Rechtsprechung des RG., hier im Interesse der Wissenschaft und der Praxis möglichst bald Klarheit zu schaffen (vgl. z. B. Klaußing: JW. 1935, 1842; Siebert: JW. 1935, 2946f.; 1937, 613). Wissenschaft und Praxis werden es daher dankbar begrüßen, daß gerade der 7. Sen. diese Klarheit nunmehr in vollem Umfang gebracht hat.

Die Stellungnahme der vorliegenden Entscheidung zu dem bisherigen „leading case“ des Senats (RGZ. 144, 22) bestätigt die in der Ann. JW. 1937, 612f. ausgesprochene Vermutung, daß der 7. Sen. bei seiner damaligen Beschränkung des Verwirkungsgedankens von einem ganz engen „Verwirkung“=Begriff ausgegangen ist, bei dem es allein (oder fast allein) auf den Zeitablauf ankam. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob nicht auch in den Sondergebieten die Verwirkung stets „besondere Umstände“ erfordert, wobei der Zeitablauf vielleicht nur mehr im Vordergrund steht. Jedenfalls aber ist immer anerkannt worden, daß die „allgemeine“ Verwirkung im Sinne der „illoyalen Verspätung“ niemals allein durch Zeitablauf begründet wird, sondern daß stets „besondere Umstände“ vorliegen müssen, vermöge deren in der nunmehrigen Geltendmachung des Rechts ein Verstoß gegen

Treu und Glauben zu erblicken ist (vgl. hierzu die Aufzählung solcher nach der Rechtsprechung typischer „besonderer Umstände“ bei Siebert, „Verwirkung“, *Hdb. d. Rechtszw.* Bd. VIII, 1936/37, S. 770). Die umfassende Geltung dieser Verwirkung ist nunmehr vom 7. Sen. anerkannt bzw. klargestellt worden. Im gesamten Bereich der Rechtsbeziehungen unter Volksgenossen gilt nunmehr der Satz: Unter besonderen Umständen kann die verspätete Geltendmachung von Ansprüchen ein Verhalten darstellen, das gegen Treu und Glauben verstößt; der Geltendmachung solcher Ansprüche muß dann die rechtliche Wirkung versagt werden.

Über die Geltung dieses Satzes auch im „öffentlichen Recht“ hat sich das Urteil nicht auszusprechen brauchen. Jedenfalls aber ist auch hier der im Schrifttum oft zu findende Hinweis auf RGZ. 144, 22 und die dort ausgesprochene Beschränkung des Verwirkungsgedankens als Einwand gegen die Verwirkung im öffentlichen Recht nicht mehr beachtlich.

II.

Erfreulicherweise hat das vorliegende Urteil auch zur wissenschaftlichen Begründung der Verwirkung Stellung genommen (vgl. hierzu die Bemerkungen von Klaußing: JW. 1935, 1842, über die Notwendigkeit einer Zusammenarbeit von Rechtsprechung und Wissenschaft zur Lösung derartiger Probleme). Die praktische und rechtliche Rechtfertigung, ja Notwendigkeit des Verwirkungsgedankens ergibt sich aus dem Gemeinschaftsgedanken im Rechtsverkehr unter den Volksgenossen, der nicht nur die Beteiligten zu billiger Rücksichtnahme aufeinander zwingt, sondern der gleichzeitig dem Vertrag eine Gestaltungsaufgabe in der Gesamtordnung, insbesondere im Güterverkehr, zuweist, wodurch Inhalt und Wirkungen des Vertrages noch weitergehend und noch tiefer von „Treu und Glauben“ erfaßt werden als bisher (dazu grundsätzlich Larenz, „Vertrag und Unrecht“, I, 1936, S. 31 ff., 85 ff., 142 ff.; Wieacker, „Der Stand der Rechtsrenewierung auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts“: *Dtsch. Rechtswissenschaft* 1937, 3 ff.; ferner Gieseke, H. Krause, S. Schödel, Siebert in „Deutsche Landesreferate zum II. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag 1937“, Sonderh. der *Ztschr. f. Ausl. u. Internat. PrivatR.*, 1937, S. 392 ff., 408 ff., 189 ff., 199 ff.). So verdient es volle Zustimmung, wenn der Senat ausführt: „Der Gesichtspunkt der Rechtsicherheit, der Gemeinschaftsgedanke, die billige Rücksicht auf die Lage des Verpflichteten, die Verkehrssitte, der Vertrauensschutz, die konkrete Rechtspflicht zur rechtzeitigen Geltendmachung des Anspruchs erfordern, daß der einzelne sich hinsichtlich der Verwirklichung von Rechten so verhalte, wie das Verhalten jedes einzelnen der Gemeinschaft am zuträglichsten wäre.“ Das vorliegende Urteil hat ferner ausdrücklich anerkannt, daß die so begründete Verwirkung ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung ist. Darin liegt die Einordnung des Verwirkungsgedankens in unsere Auffassung von Wesen, Aufgaben und Grenzen der Rechte überhaupt: Die Verwirkung ist kein „neues Rechtsinstitut“, sondern sie ist in ihrem Gebiet ein besonderer Ausdruck und eine besondere Bestätigung der konkreten Begrenzung und Gestaltung aller volksgenössischen Rechte durch den Pflichtgedanken (Siebert, „Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung“, 1934; „Zum Wesen des Rechtsmißbrauchs“, 1935).

Diese Auffassung von der unzulässigen Rechtsausübung und vom Rechtsmißbrauch hat sowohl im Schrifttum wie in der Rechtsprechung weitgehende Anerkennung gefunden. Vgl.

z. B. Klaußing und Larenz a. a. O.; S. Lehmann: *JW.* 1936, 2193; aus der Rechtsprechung insbes. *RGZ.* 146, 395 f. = *JW.* 1935, 1550⁴ (m. Anm.); *RG.*: *JW.* 1935, 2490; *RG.*: *JW.* 1937, 320; *DOG.* Karlsruhe: *JW.* 1934, 3300; auch *RGZ.* 145, 244 = *JW.* 1935, 197^o (m. Anm.); *RGZ.* 152, 365 ff. = *JW.* 1937, 390¹; *RGZ.* 153, 358 = *JW.* 1937, 1149^o; *JW.* 1935, 1841, 2274 f., 2277 ff.; 1936, 1953, 3043 f.; 1937, 27, 1057, 1305. Gerade in letzter Zeit ist diese Lehre aber auch angegriffen worden, nämlich von Krüdemann: *JHR.* 104, 106 ff. und von Würdinger: *ArchZivPr.* 143, 247. Beide wenden sich gegen die konkrete Begrenzung des Rechtsinhalts durch den Pflichtgedanken. Krüdemann meint, man müsse Ausübungsbefugnis („Ermächtigung“) und Rechtsinhalt scharf trennen, und die Verwirkung habe es nur mit der Ausübungsmöglichkeit zu tun. Ich glaube nicht, daß eine solche Trennung möglich ist, vor allem wenn man das subjektive Recht im Sinne einer konkreten „Rechtsstellung“ auffaßt (dazu z. B. Larenz: *Dtsch. Rechtswissenschaft* 1936, 31 ff.; Huber: *JStaatsW.* 96, 438 ff.). Zu der deutschrechtlichen Auffassung über die innere Zusammengehörigkeit von Rechtsmacht und Pflichtbindung vgl. bes. D. v. Gierke, z. B. „*Dtsch. Privatrecht*“ Bd. I, 251 ff.; II, 364 f., 405 ff.; auch die deutschrechtliche Betrachtungsweise scheint mir gegen eine grundsätzliche Trennung von Ausübungsbefugnis und Rechtsinhalt zu sprechen. Es muß auch gefragt werden, was denn eigentlich als materieller Rechtsinhalt übrigbleibt, wenn man die Ausübung vom Inhalt trennt. Jedoch kann hier zu diesem umfassenden Fragegebiet nicht näher Stellung genommen werden, zumal das Ergebnis für die praktische Anwendung der Unzulässigkeit der Rechtsausübung ohne entscheidende Bedeutung ist. — Die Ausführungen von Würdinger treffen m. E. das Gebiet der unzulässigen Rechtsausübung nicht. Würdinger meint, wenn man die unzulässige Rechtsausübung als Folge einer konkreten Begrenzung des Rechtsinhalts auffasse, würde z. B. der Eigentümer, der seinen Wintermantel vernichtet, statt ihn dem Winterhilfswerk zur Verfügung zu stellen, „ohne Eigentum“ handeln, ebenso etwa der Grundeigentümer, der seinen Acker aus Bequemlichkeit brachliegen läßt, — während der Eigentümer doch gerade, weil ihm das Eigentum zusteht, die Pflicht zur entsprechenden Verwertung hat. Diese Beispiele und ihre — zutreffende — Würdigung sind aber keine Widerlegung der Begrenzung der Rechte. Würdinger übersieht,

daß in den Fällen der unzulässigen Rechtsausübung, die eine solche Begrenzung sichtbar machen, nur eine Funktion des Pflichtgedankens wirksam wird, nämlich die inhaltsbegrenzende Funktion, die eine scheinbare Rechtsausübung als Überschreitung der Rechtsmacht aufdeckt (dazu näher Siebert, „*Rechtsmißbrauch*“ S. 18 ff.). Daß es außerdem positive Handlungspflichten eines Rechtsinhabers gibt, wird durch die Lehre von der unzulässigen Rechtsausübung gar nicht berührt und ist auch nie bestritten worden. Der Gedanke der unzulässigen Rechtsausübung setzt in den erwähnten Beispielen ein, wenn der Eigentümer entgegen seiner Pflichtstellung Ansprüche gegen Dritte geltend machen will. Wird er etwa an der Verbrennung des Mantels gehindert oder will er das Betreten und Bestellen seines Feldes durch die Beauftragten des Kreisbauernführers verhindern, so kann er sich nicht auf sein Eigentum berufen, seine Klage aus § 1004 würde wegen Unzulässigkeit der Rechtsausübung abzuweisen sein.

III.

Diese Ausführungen sollten noch einmal bestätigen, daß die Verwirkung als Folge eines Verstoßes gegen Treu und Glauben ein Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung ist. Mögen auch in Einzelfragen noch Meinungsverschiedenheiten bestehen — z. B. Berücksichtigung der Verwirkung von Amts wegen oder nur auf Vorbringen des Beklagten, Rechtzendigungsgrund oder nur mehr Hemmung der Ausübung? —, so kann doch das grundsätzliche Ergebnis als feststehend angesehen werden. (Auch in ausländischen Rechten spielt übrigens die Lehre von der unzulässigen Rechtsausübung und vom Rechtsmißbrauch in Rechtsprechung und Wissenschaft eine große Rolle; vgl. z. B. Kiezler, Art. „*Rechtsmißbrauch und Schikane*“ im *Rechtsvergl. Handw.* Bd. VI S. 1 ff. mit weit. Nachw.) Daß die Verwirkung in der Praxis eine so große Bedeutung erlangt hat, hängt wohl in erster Linie damit zusammen, daß gegenüber dem immer intensiveren Verkehr die Verjährungsfristen des BGB. zu lang und zu stark sind. Diese Erkenntnis ist auch gesetzepolitisch von Wichtigkeit; für die gegenwärtige Rechtslage zeigt sie, daß die Verwirkung einem praktischen Bedürfnis entspricht. Bei vorsichtiger Anwendung sind die Schwierigkeiten, die ein so elastischer Grundsatz stets mit sich bringt, erheblich geringer als sein Nutzen, an dem angesichts der zahlreichen Entscheidungen und ihrer Tatbestände nicht gezweifelt werden kann.

Verletzung der Unterhaltspflicht (Voraussetzungen der Strafbarkeit nach § 361 Nr. 10 StGB.)

Von Gerichtsassessor Dr. Felix Köhler, Neustadt/Sachsen

Nachdem infolge 4½-jähriger nationalsozialistischer Wirtschaftspolitik die Arbeitslosigkeit im deutschen Volk fast vollständig überwunden ist, mehrten sich die Strafanzeigen der Fürsorgebehörden gegen unterhaltspflichtige Personen, meist Väter unehelicher Kinder, die auch jetzt noch glauben, ihren Unterhaltsverbindlichkeiten nicht nachkommen zu brauchen, weil sie angeblich noch nicht oder nicht mit ausreichendem Verdienst in den Arbeitsprozeß eingeschalten seien. Bei der Auslegung der hierfür in Betracht kommenden Strafbestimmung des § 361 Nr. 10 StGB. ergeben sich mancherlei Zweifelsfragen, mit denen sich die Rechtsprechung — neuerdings vor allem unter Berücksichtigung nationalsozialistischer Gedankengutts und des neuen § 2 StGB. — auseinanderzusetzen muß. Im folgenden sollen die Voraussetzungen der Strafbarkeit nach § 361 Nr. 10 unter besonderer Berücksichtigung der streitigen Fragen und der dazu veröffentlichten Rechtsprechung dargestellt werden.

Die wenig glücklich gefaßte Strafbestimmung hat folgenden Wortlaut:

„Mit Haft wird bestraft, wer, obschon er in der Lage ist, diejenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, zu unterhalten, sich der Unterhaltspflicht trotz der Aufforderung der zuständigen Behörde derart entzieht, daß durch Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß.“

I. Strafrechtlich geschützt ist nur die gesetzliche, nicht auch die durch Rechtsgeschäft begründete Unterhaltspflicht. Sie bestimmt sich nach bürgerlichem Recht und soll hier nicht im einzelnen erörtert werden (vgl. besonders die §§ 1601 ff. und 1708 ff. BGB.). Erwähnt sei nur, daß früher wegen des Gesetzeswortlauts („zu deren Ernährung er verpflichtet ist“) vereinzelt die Meinung vertreten wurde, nach § 361 Nr. 10 sei nur die Unterhaltspflicht geschützt, die auf der Familienzugehörigkeit beruhe und eine Ernährungspflicht begründe, also nicht auch die gegenüber unehelichen Kindern, weil sie nur zur Zahlung einer Geldrente verpflichtet¹). Für

¹ *RG.*: *GoldArch.* 62, 96; 55, 238.

eine derart einschränkende Auslegung bestand jedoch kein Grund. Ist doch auch die Geldrente nur eine besondere Form der Ernährung, die das Gesetz mit Rücksicht darauf gewählt hat, weil das uneheliche Kind in aller Regel nicht mit dem Erzeuger in häuslicher Gemeinschaft lebt²⁾.

Stets ist die Unterhaltspflicht gegeben, wenn der Täter zur Unterhaltszahlung rechtskräftig verurteilt ist. Der Strafrichter braucht also einem zur Unterhaltszahlung an ein uneheliches Kind Verurteilten nicht den Einwand zu widerlegen, er sei zu Unrecht verurteilt, da er der Kindesmutter in der Empfängniszeit nicht beigezogen oder ihr noch ein anderer beigezogen habe. Denn § 361 Nr. 10 erfordert nicht den Nachweis, daß der Angekl. der Vater ist, sondern nur, daß seine Unterhaltspflicht feststeht. Das rechtskräftige Zivilurteil stellt diese fest und schafft zwischen den Parteien Rechtsbeziehungen, die auch der Strafrichter achten muß und deren Erfüllung zu erzwingen geradezu der Zweck des Strafgesetzes ist³⁾. Der angeblich unschuldig zur Unterhaltszahlung Verurteilte kann der Bestrafung nur entgehen, indem er das Unterhaltsurteil mit den von der ZPD. gebotenen Mitteln oder (bei erschlichenem Urteil) mit der Klage aus § 826 BGB. angreift. Umgekehrt steht aber auch ein rechtskräftiges, den Unterhaltsanspruch abweisendes Urteil der Bestrafung entgegen, selbst wenn es materiell unrichtig ist. Denn auch hier kann nicht die Rechtskraftwirkung des die Unterhaltspflicht und damit die durch § 361 Nr. 10 geschützten Rechtsbeziehungen verneinenden Urteils dadurch umgangen werden, daß auf dem Wege wiederholter Bestrafung praktisch doch die Unterhaltsleistung erzwungen wird.

II. Der Unterhaltspflichtige muß von der zuständigen Behörde zur Unterhaltsleistung aufgefordert worden sein. Zuständig sind die in der FürsPflWD. v. 13. Febr. 1924 (RGBl. 100) und in den dazu erlassenen Ausführungsvorschriften der Länder bezeichneten Behörden, also nicht ohne weiteres die Jugendämter. Die Aufforderung kann ganz allgemein gehalten sein; sie braucht nicht eine bestimmte Art der Unterhaltsleistung oder einen bestimmten Geldbetrag vorzuschreiben⁴⁾. Meist wird durch vollstreckbaren Titel Art und Maß der Leistungen feststehen. Wo das nicht der Fall ist, ist es nicht Sache der Verwaltungsbehörde, sondern des Zivilgerichts, darüber zu entscheiden. Fehlt eine solche Entscheidung, hängt die Möglichkeit der Bestrafung von den Umständen des einzelnen Falles ab. Oft wird dann dem Täter, wenn seine etwaigen Teilleistungen nicht in einem auch für ihn zweifelsfrei erkennbaren Mißverhältnis zu seiner Leistungsfähigkeit und zu den Ansprüchen des Berechtigten stehen, das für die Bestrafung erforderliche Bewußtsein nicht nachzuweisen sein, daß er sich der Unterhaltspflicht entziehe. Konnte er dagegen den Umfang seiner Leistungspflicht erkennen und leistet er weniger oder gar nichts, so macht er sich strafbar.

Fehlt die Aufforderung, so kann nicht bestraft werden, selbst wenn der Angekl. sich seiner Leistungsfähigkeit, seiner Leistungspflicht und der Unterstützung des Unterhaltsberechtigten durch Vermittlung der Behörde bewußt war. Das AG. Apolda hat in einem solchen Fall in entsprechender Anwendung des § 361 Nr. 10 nach § 2 StGB. bestraft, weil das gesunde Volksempfinden die Bestrafung erfordere⁵⁾. Das ist nicht zulässig. Denn nach dem Grundgedanken des § 361 Nr. 10 soll nicht, wie das AG. meint, die Verletzung der Unterhaltspflicht an sich, sondern der Ungehorsam gegenüber der behördlichen Aufforderung geahndet werden (anders dagegen bei § 361 Nr. 5, wo die Bestrafung aber von viel schärferen Voraussetzungen abhängig ist). Das Erfordernis der Aufforderung verhindert zwar zweifelslos die Bestrafung mancher offenbar strafwürdiger Fälle. Das stellt auch der Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission

fest („Das kommende Deutsche Strafrecht“, Bes. Teil S. 110). Deshalb soll es im kommenden Strafrecht nicht beibehalten werden, wie überhaupt die entsprechende Bestimmung einen anderen Sinn erhalten wird: es soll die Mißachtung der Unterhaltspflicht als solche bestraft werden, aber nur, sofern sie böswillig oder grob eigenmützig erfolgt. Bei der noch geltenden Fassung geht es jedenfalls nicht an, ein Tatbestandsmerkmal, von dessen Erfüllung die Bestrafung ausdrücklich abhängig gemacht ist, unter Anwendung des § 2 StGB. fallen zu lassen und damit den Grundgedanken der Strafbestimmung willkürlich zu ändern. Grenzen, die der Gesetzgeber bewußt der Anwendung einer Strafbestimmung gezogen hat, darf der Richter nicht überschreiten (vgl. zu all dem die Anmerkung von Schäfer zu der zitierten Entscheidung des AG. Apolda; ferner auch RGSt. 70, 175 = JW. 1936, 1673¹¹⁾ und RGSt. 70, 369 = JW. 1937, 162¹²⁾).

III. Der Unterhaltspflichtige muß zur Unterhaltsleistung in der Lage sein. Diese Feststellung, die der Strafrichter zu treffen hat, macht in der Praxis die meisten Schwierigkeiten und erfordert oft eingehende Erörterungen über die Lebensverhältnisse des Täters. Zu berücksichtigen sind dabei seine Vermögens- und Einkommensverhältnisse in der Zeit, während deren er sich der Unterhaltspflicht entzogen haben soll, seine Fähigkeiten und seine Bemühungen, sich eine Arbeitsstelle oder, wenn er eine solche mit nur unzureichendem Verdienst hat, ein höheres, zu Unterhaltsleistungen befähigendes Einkommen zu verschaffen, und schließlich seine sonstigen Verpflichtungen, soweit sie nicht der in Frage stehenden Unterhaltspflicht nachgehen. Auf jeden Fall ist die Grenze der Leistungsfähigkeit da zu ziehen, wo die Existenz des Täters beginnt gefährdet zu werden. Zur Unterhaltszahlung an ein uneheliches Kind ist dieser nur dann in der Lage, wenn er für sich und seine Familie mehr als den notwendigen Unterhalt verdient. Zwar verpflichtet § 1708 BGB. den außerehelichen Erzeuger zur Unterhaltszahlung ohne Rücksicht auf seine Leistungsfähigkeit. Doch schränken die Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung (§§ 850 Abs. 3, 850b Abs. 4) die Erzwingbarkeit dieser Verpflichtung ein. Das Gesetz stellt damit selbst den Grundsatz auf, daß der Unterhaltsschuldner nicht sämtliche Mittel für sein uneheliches Kind aufzuwenden braucht ohne Rücksicht auf seinen und seiner Familie Unterhalt. Allerdings muß er seine Familie gegebenenfalls auch auf den notwendigen Unterhalt beschränken, denn bei der Bemessung der Leistungen an sie muß er seine sonstigen Verbindlichkeiten, also auch seine Verpflichtungen gegenüber dem unehelichen Kind berücksichtigen (§ 1603 Abs. 1 BGB.)⁶⁾. Nicht unberücksichtigt bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit darf auch der Anspruch bleiben, den der außereheliche Erzeuger im Falle der Gütertrennung gegen seine Frau hat auf einen angemessenen Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Aufwands aus ihren Vermögenseinkünften oder aus Arbeits- oder Geschäftsertrag⁷⁾. Damit soll selbstverständlich die Frau nicht mittelbar für den Unterhalt des unehelichen Kindes des Mannes herangezogen werden; wohl aber kann unter diesen Umständen die Unterhaltspflicht des Mannes gegenüber seiner Familie außer Betracht bleiben.

Zur Unterhaltsleistung ist aber nicht nur in der Lage, wer einen seinen notwendigen Unterhalt übersteigenden Verdienst tatsächlich hat, sondern auch derjenige Erwerbslose, der wenigstens bei pflichtgemäßer Ausnutzung seiner Arbeitskraft in stande wäre, seine Unterhaltspflicht — sei es auch nur teilweise — zu erfüllen. Der Unterhaltspflichtige hat sich also zu bemühen, den Verdienst zu finden, den er durch gehörige Verwendung seiner körperlichen und geistigen Kräfte erlangen kann. Er muß gegebenenfalls auch andere als seinem Berufe entsprechende Arbeit annehmen, wenn sie nach Lage der Umstände nicht gänzlich unzumutbar erscheint. Standesvorurteile können jedenfalls grundsätzlich nicht

²⁾ VpZKomm. Num. X, 4 zu § 361 StGB. und die dort Zit.

³⁾ Vgl. HöchstRRspr. 1930 Nr. 81; 1928 Nr. 92; Dalcke, Anm. 47 zu § 262 StPD.

⁴⁾ Vgl. VpZKomm. Num. X, 7 zu § 361 StGB.; HöchstRRspr. 1930 Nr. 265.

⁵⁾ Vgl. JW. 1936, 1701.

⁶⁾ Vgl. zu alledem: JW. 1930, 580 u. 1925, 2158.

⁷⁾ JW. 1932, 1396.

berücksichtigt werden. Man wird bei der heute wieder günstigen Arbeitsmarktlage sagen können, daß abgesehen von besonderen Ausnahmefällen und vielleicht besonderen Notstandsgebieten jeder Arbeitsfähige und Arbeitswillige, der sich ernstlich darum bemüht, eine lohnende Beschäftigung finden kann. Deshalb wird meist eine Unterhaltspflichtverletzung festzustellen sein, wenn sich ein erwerbsloser Unterhaltspflichtiger nicht beim Arbeitsamt arbeitslos meldet. Dazu fordern die Fürsorgebehörden in ihren Aufforderungen nach § 361 Nr. 10 gewöhnlich ausdrücklich auf.

Zu Unrecht wenden oft verheiratete Erzeuger unehelicher Kinder im Strafverfahren ein, sie seien zur Unterhaltszahlung nicht in der Lage, da sie unentgeltlich oder nur gegen ein Taschengeld im Betriebe der Ehefrau arbeiten müßten und deshalb ihre Arbeitskraft nicht lohnbringend ausnutzen könnten. Zu prüfen wird in solchen Fällen zunächst sein, ob durch die Mitarbeit des Mannes nicht eine sonst unentbehrliche Hilfskraft eingespart wird und der Mann einen entsprechenden Lohn zu fordern berechtigt und mit Rücksicht auf den Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes auch zu fordern verpflichtet ist. Ist das der Fall, so entzieht er sich der Unterhaltspflicht, wenn er die Lohnforderung nicht geltend macht, obwohl er durch sie in die Lage versetzt würde, sein uneheliches Kind — wenn auch nur teilweise — zu versorgen. Zur Beurteilung der Sachlage wird hier § 850 d ZPO. und die Rechtsprechung dazu weitgehend heranzuziehen sein. Ist ja die unentgeltliche Dienstleistung und überhaupt die Übertragung des Geschäfts auf die Ehefrau lediglich zum Zwecke der Vereitelung der Unterhaltsansprüche erfolgt sein. Kann nach Lage der Verhältnisse der Mann tatsächlich keinen hinreichenden Verdienst aus dem Betrieb der Frau fordern, so ist er verpflichtet, eine andere Arbeit anzunehmen, wenn er dadurch einen zu Unterhaltszahlungen befähigenden Verdienst erzielen kann. Der Frau ist in diesem Falle die Einstellung einer anderen Hilfskraft zuzumuten, wenn diese weniger Kosten verursacht als der vom Mann durch bessere Ausnutzung seiner Arbeitskraft erzielbare Verdienst ausmacht⁸⁾.

Nicht anders ist die Sach- und Rechtslage zu beurteilen, wenn ein außerehelicher Erzeuger einwendet, er müsse im Betrieb seiner Eltern unentgeltlich oder nur gegen Taschengeld arbeiten, etwa unter Berufung auf seine Unterhaltspflicht gegenüber den Eltern aus § 1601 BGB. oder auf die durch § 1617 BGB. begründete Pflicht zur Mitarbeit im elterlichen Geschäft. Denn nach § 1603 BGB. ist nicht unterhaltspflichtig, wer unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Demnach ist nur unterhaltspflichtig, wer seine sonstigen Verpflichtungen erfüllen kann. Zu diesen sonstigen Verpflichtungen gehört auch der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes. Der außereheliche Erzeuger kann sich also nicht darauf berufen, er sei zunächst seinen Eltern unterhaltspflichtig und deshalb nicht imstande, für sein uneheliches Kind zu sorgen. Ebenso muß auch die Arbeitspflicht des im elterlichen Haushalt lebenden außerehelichen Vaters aus § 1617 BGB. vor der Pflicht zur Unterhaltsleistung an das uneheliche Kind zurücktreten; denn auch sie beruht auf dem Gedanken, daß der im elterlichen Haushalt Mitversorgte beim Erwerb des gemeinsamen Unterhalts mitzuhelfen hat. Wie oben dargetan, besteht eine Verpflichtung dazu aber nur dann, wenn nicht dadurch die Erfüllung der sonstigen Verbindlichkeiten verhindert wird⁹⁾. Je nach Lage der Sache muß also der außereheliche Vater sich eine andere lohnende Arbeit suchen. Weigert

er sich, entzieht er sich der Unterhaltspflicht und macht sich strafbar.

Auch sonst muß der Unterhaltspflichtige alles tun, um sich in die Lage zu versetzen, seiner Unterhaltspflicht nachkommen zu können. So muß er sich gegebenenfalls zum Zwecke der Beseitigung seiner Erwerbsunfähigkeit einer Operation unterziehen, wenn sie nicht gefährlich und nicht allzu schmerzhaft ist und die Mittel dazu zur Verfügung gestellt werden¹⁰⁾. Im übrigen ist die Frage, ob der Täter in der Lage gewesen wäre, seine Unterhaltspflicht zu erfüllen, immer nach Lage des einzelnen Falles unter Berücksichtigung aller Umstände zu beurteilen.

IV. Der Unterhaltspflichtige muß sich der Unterhaltsleistung entziehen. Damit ist klargestellt, daß nur vorläufiges Handeln strafbar ist. Der Angekl. muß das Bewußtsein der eigenen Unterhaltspflicht und seiner Leistungsfähigkeit sowie die Kenntnis von der Notwendigkeit fremder Hilfe haben. Insbesondere muß er auch die Aufforderung der zuständigen Behörde kennen. Strafbar ist demnach auch nur die Unterhaltsverweigerung, soweit sie nach der Aufforderung erfolgt. Entzieht sich der Täter nach seiner rechtskräftigen Beurteilung weiterhin der Unterhaltspflicht, so braucht die Aufforderung jedoch nicht wiederholt zu werden, um die Bestrafung für die Folgezeit zu ermöglichen. Die Wirkung der Aufforderung wird nicht durch die vorangegangene Beurteilung verbraucht. Denn Gegenstand der Beurteilung ist der dauernde Ungehorsam gegen die einmal erfolgte Aufforderung; diese wirkt für die ganze Dauer der Unterhaltspflicht fort. Ist der Unterhaltspflichtige eine angemessene Zeit lang der Aufforderung nachgekommen, verliert diese allerdings ihre Wirkung¹¹⁾. Denn der strafrechtlich erfassbare Dauerzustand wird damit beendet.

V. Schließlich muß durch die Vermittlung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen sein. Die Behörde muß also irgendwie eingegriffen haben, um dem Unterhaltsbedürftigen Mittel zu verschaffen.

Fremd ist jede Hilfe, die dem Unterhaltsberechtigten von einem anderen als dem an erster Stelle Unterhaltspflichtigen gewährt wird¹²⁾. Wer an erster Stelle unterhaltspflichtig ist, ist nach der Reihenfolge der §§ 1603, 1606, 1607, 1608 und 1709 Abs. 1 BGB. zu bestimmen. Bei unehelichen Kindern ist es stets der Erzeuger. Maßgeblich ist also nicht, ob noch andere außer dem Täter, sondern ob sie im Range vor oder neben ihm unterhaltspflichtig sind. Die Strafbarkeit entfällt nur, wenn die Hilfe im Range vorgehender oder gleichstehender (etwa mehrere Abkömmlinge gegenüber Eltern) Unterhaltspflichtiger in Anspruch genommen wird.

Fehlt die Vermittlung fremder Hilfe durch die Behörde, kann nicht bestraft werden. Entsprechende Anwendung des § 361 Nr. 10 nach § 2 StGB. ist aus den gleichen Gründen abzulehnen wie beim Fehlen der Aufforderung¹³⁾.

VI. Die Verjährung der Übertretung beginnt, wie bei allen Dauerstraftaten, mit dem Aufhören des strafbaren Zustandes, also des Ungehorsams gegen die behördliche Aufforderung. Der Täter entzieht sich so lange seiner Unterhaltspflicht, als er der Aufforderung nicht freiwillig nachkommt¹⁴⁾. Vollstreckungsmaßnahmen setzen die Verjährung also nicht in Lauf. Sie beginnt erst mit der freiwilligen Erfüllung der Unterhaltspflicht in dem nach den Umständen zu fordernden Maße.

¹⁰⁾ LpzKomm. Anm. X, 7 zu § 361 StGB.

¹¹⁾ HöchStRspr. 1934 Nr. 74.

¹²⁾ JW. 1932, 1395; 1931, 1624.

¹³⁾ RG.: JW. 1937, 1812⁰⁸ = DRStRspr. 1937, 195.

¹⁴⁾ JW. 1929, 3029.

⁸⁾ Vgl. JW. 1932, 1396.

⁹⁾ JW. 1931, 1393; vgl. auch HöchStRspr. 1930 Nr. 81.

Über die Nachweisung und Geltendmachung der Unehelichkeit seitens eines durch nachfolgende Eheschließung Legitimierten

Von Regierungssassessor Dr. R. S i c h a c e, Berlin

Die Frage der Geltendmachung der Unehelichkeit durch ein eheliches Kind ist seit der blutbetonten Gesetzgebung des Dritten Reiches in den Fachzeitschriften mehrfach sowohl vom Standpunkte des geltenden wie des wünschenswerten Rechtes behandelt worden. Als Ergebnis dieser Untersuchungen kann man feststellen, daß rechtlich einem während der Ehe geborenen Kinde die Geltendmachung der von ihm behaupteten Unehelichkeit gegen den Willen seines gesetzlichen Vaters nicht möglich ist. Dieses Ergebnis gilt aber nicht für den in den Erörterungen nur stiefmütterlich behandelten Sonderfall, daß das Kind vor der Ehe geboren und erst durch nachfolgende Eheschließung legitimiert worden ist. Dieser Sonderfall ist nicht selten und macht den Beteiligten nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Innerhalb eines kurzen Zeitraumes hatte sich ein und dieselbe höhere Verwaltungsbehörde mit folgenden zwei Fällen zu befassen:

a) Der von der unehelichten K. geborene Paul K. war von dem Juden Kurt J., mit dem die K. später die Ehe geschlossen hatte, legitimiert worden und führte nun den Namen Paul J. Nach dem Tode des Kurt J. brachte Paul J. einen Abstammungsbescheid der Reichsstelle für Sippenforschung bei, nach welchem „der gesetzliche Vater Kurt J. als Erzeuger des Prüflings ausgeschlossen werden konnte“. Auf Grund dieses Abstammungsbescheides beantragte Paul J., ihm im Wege der Namensänderung zu gestatten, als Familiennamen den Mädchennamen seiner Mutter zu führen.

b) Der von der unehelichten K. geborene Siegfried K. war nach der Eheschließung seiner Mutter mit dem polnischen Juden D. von diesem legitimiert worden. Im Jahre 1923 wurde er in Deutschland eingebürgert. Nachdem im Jahre 1935 die Einbürgerung widerrufen worden war, erstritt er gegen den arischen Kaufmann J. vor dem Amtsgericht ein Urteil, durch welches „festgestellt wird, daß der Beklagte der uneheliche Vater des Klägers ist“. Unter Berufung auf dieses Urteil behauptete Siegfried D., seine Einbürgerung wie deren Widerruf seien zu Unrecht erfolgt. Er beantragte, den Widerruf der Einbürgerung aufzuheben.

Beide Fälle sind unrichtig behandelt worden.

Im Falle a hat man die Voraussetzungen der Legitimation durch nachfolgende Eheschließung verkannt. Nur wenn der wirkliche Erzeuger eines Kindes mit der Kindesmutter die Ehe eingeht, erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes und erwirbt dadurch auch den Namen des Ehemannes der Mutter. Ist der Ehemann nicht der Erzeuger des Kindes, so hat das Kind — selbst wenn der Ehemann der Mutter die Vaterschaft anerkannt hat und dieses Anerkenntnis in das Standesregister eingetragen worden ist — nicht die Stellung eines ehelichen Kindes und somit auch nicht den Namen des Ehemannes der Mutter erhalten. Für die im Falle a beantragte Namensänderung ist also kein Raum, da Paul J. den Namen J. zu unrecht führt und rechtmäßig den Mädchennamen der Mutter zu führen hat. Der rechtliche Weg, den Namen K. gegen den bisher geführten Namen J. durchzusetzen, ergibt sich aus den späteren Ausführungen.

Im Falle b ist zunächst fraglich, ob der Amtsrichter das in den Urteilsgründen auf § 1717 BGB., § 256 ZPO. gestützte Urteil erlassen durfte (s. hierzu Fraeb: StJ. 1934, 26 ff. gegen Roquette: „Deutsches Recht“ 1936, 486 ff. und JW. 1935, 2477; W. Dels: JW. 1935, 3125 mit Anm. v. Roquette). Keinesfalls aber ist dieses Urteil geeignet, für und gegen alle die Abstammung des Klägers festzustellen. Das dem Urteil vorausgegangene Verfahren richtete sich nach den Vorschriften des zweiten Buches der ZPO. und stand unter dem reinen Verhandlungsgrundsatz. Deshalb wirkt das Urteil nicht wie ein im Kindschäftsver-

fahren des sechsten Buches der ZPO. ergangenes Urteil für und gegen alle, sondern hat nur Rechtskraftwirkung zwischen den Streitparteien. Einen Beweiswert für die Abstammungsverhältnisse des Kindes hat das Urteil nicht. Über diese Frage ist schon so viel geschrieben worden, daß es Wunder nehmen muß, wenn noch immer selbst rechtskundige Kreise den Arier-nachweis mit diesem untauglichen Mittel zu erbringen suchen.

Im vorliegenden Falle wäre der prozessrechtliche Weg zur Feststellung der Unehelichkeit des Antragstellers die Klage gegen den Ehemann der Mutter gewesen mit dem Begehren, festzustellen, daß der Kläger nicht das durch nachfolgende Ehe legitimierte Kind des Beklagten ist. Dieser Prozeß wäre ein Rechtsstreit gewesen, der die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern- und Kindesverhältnisses zwischen den Parteien zum Gegenstande hat, er hätte vor dem LG. geführt werden müssen, das Verfahren hätte unter den besonderen Sicherungsvorschriften des § 640 ZPO. gestanden, und das Urteil hätte Rechtskraftwirkung für und gegen alle gehabt. Die Möglichkeit einer solchen Klage ist allerdings nur so lange gegeben, als der Ehemann der Mutter noch lebt. Nach dessen Tode fehlt nicht nur die Person des Prozeßgegners, es ist dann auch der Gegenstand des Prozesses weggefallen, so daß auch nicht — abgesehen vom Fehlen einer diesbezüglichen Vorschrift — der Staatsanwalt als Prozeßpartei eintreten könnte (s. Roquette, „Klage auf Feststellung der Abstammung“: „Deutsches Recht“ 1936, 486 ff.).

Nach dem Tode des gesetzlichen Vaters kann das uneheliche Kind den tatsächlichen Nachweis seiner Unehelichkeit wie im Falle a durch einen Abstammungsbescheid der Reichsstelle für Sippenforschung erbringen. Es besteht aber auch jetzt noch ein Interesse an einer gerichtlichen Klärung der Abstammungsverhältnisse und die Möglichkeit hierzu.

Die Möglichkeit besteht zunächst im Falle der Minderjährigkeit des Kindes. Denn wenn der Ehemann der Mutter nicht der Erzeuger des Kindes ist, und wenn aus diesem Grunde keine wirksame Legitimation des Kindes erfolgt ist, so ist und bleibt das Kind unehelich. Dann üben weder die Mutter noch deren Ehemann die elterliche Gewalt über das Kind aus, das Kind hat keinen gesetzlichen Vertreter, so daß das VormGer. einen Vormund für das Kind bestellen muß. Die Voraussetzungen für die Einrichtung einer Vormundschaft hat das VormGer. von Amts wegen zu prüfen, d. h. es hat festzustellen, ob der Ehemann der Mutter wirklich der Erzeuger des Kindes ist oder nicht. In diese Prüfung hat es einzutreten, sobald begründete Zweifel an einer Legitimation des Kindes auftauchen. Bei den erforderlichen Ermittlungen ist das VormGer. an keine Beweisregel und an kein Beweismittel gebunden, sondern hat gemäß § 12 RFUG. schlechthin „die geeignet erscheinenden Beweise auszunehmen“.

Auch das volljährige Kind kann unzuständigst dann eine vormundschaftsgerichtliche Nachprüfung — und in diesem Falle auch eine registermäßige Feststellung — erreichen, wenn das VormGer. früher gemäß § 26 Abs. 2 PersStG. die Ehelichkeit festgestellt und die Beschreibung der Feststellung am Rande der Geburtsurkunde angeordnet hat. Die Anordnung der Beschreibung ist eine Verfügung, welche vom VormGer. auch ohne Antrag erlassen und deshalb vom Gericht jederzeit geändert und zurückgenommen werden kann, wenn sie das Gericht nachträglich für ungerechtfertigt erachtet. Bringt das vom VormGer. als ehelich festgestellte Kind Beweismittel herbei, welche die früher getroffenen Feststellungen erschüttern, so muß das Gericht seine angegriffene Feststellung nach den Vorschriften der §§ 18, 12 RFUG. nachprüfen und notfalls aufheben, d. h. in diesem Falle den Standesbeamten anweisen, die früher angeordnete Beschreibung zu streichen.

Fraglich erscheint es, ob eine vormundschaftsgerichtliche Nachprüfung der Abstammungsverhältnisse dann zu erreichen ist, wenn zwar die Vaterschaftsanerkennung und die Eheschließung der Kindesmutter mit dem Auerkennenden im Standesregister eingetragen ist, aber weder die Bestellung eines Vormundes, noch die Berichtigung eines gemäß § 26 Abs. 2 PersStG. eingetragenen Legitimationsvermerkes in Frage kommt. Nachdem das RG. im Beschluß v. 12. Nov. 1920 (DVGMRpr. 42, 103) die Zulässigkeit einer vormundschaftsgerichtlichen Feststellung der Legitimation verneint hat, wenn das Feststellungsverfahren nicht die Beischreibung des Randvermerkes im Standesregister zum Ziele hat, kann die soeben gestellte Frage nur zusammen mit der weiteren Frage nach der Zulässigkeit der Beischreibung eines Randvermerkes des Inhalts „X. ist nicht ehelicher Sohn des Y.“ beantwortet werden.

Diese Frage führt zum schwierigsten Punkt des ganzen Problems, der nicht im Nachweis der Unehelichkeit, sondern in der Geltendmachung der Unehelichkeit der Öffentlichkeit gegenüber liegt. Denn solange die erfolgte Legitimation selbst oder die Tatsache der Anerkennung der Vaterschaft durch den Ehemann der Kindesmutter im Standesregister widerspruchsfrei eingetragen ist, gilt die Legitimation als erfolgt oder wird doch auf Grund des Anerkennungsvermerkes vermutet. An diese Vermutung ist praktisch jede Behörde gebunden; sie wird auf Grund der großen Geburtsurkunde, die ja allein maßgebend ist, das Kind als ehelich betrachten und ihm den Familiennamen des Ehemannes der Kindesmutter beilegen, solange ihr nicht die Unrichtigkeit der vermerkten Legitimation oder der behaupteten Vaterschaft durch einen für und gegen alle wirkenden obrigkeitlichen Ausspruch dargetan worden ist. Da ein solcher Ausspruch nur schwer zu erreichen ist und da in vielen Fällen die mit der Person des Kindes besetzte Stelle von dem Vorhandensein eines solchen Ausspruches keine Kenntnis erlangt, ist es praktisch so, daß der zu unrecht als legitimiert Angesehene vom Namen und vom Familienbande des Ehemannes der Kindesmutter überhaupt nicht los kommt, solange der Legitimationsvermerk oder die inhaltlich unrichtige Anerkennungserklärung unwiderlegt eingetragen ist.

Die Geltendmachung der Unehelichkeit ist nun einfach, wenn nicht die Anerkennung der Vaterschaft und die Eheschließung des Auerkennenden mit der Kindesmutter im Standesregister eingetragen, sondern nur die vom VormGer. angeordnete Beischreibung der Legitimation erfolgt ist. Denn dann läßt die später vom VormGer. angeordnete Streichung des Vermerkes die Unehelichkeit klar hervortreten.

Anderes ist es aber, wenn wie im Regelfalle nur die Anerkennungserklärung und die Eheschließung auf der Geburtsurkunde des Kindes vermerkt ist. Da die Anerkennungserklärung inhaltlich unrichtig ist, hat man an eine „Berichtigung“ der Eintragung gedacht. Eine „Berichtigung“ der Anerkennungserklärung ist jedoch nach der herrschenden Ansicht nicht möglich (s. Stöckel, „Personenstandsgesetz“, 3. Aufl., 1926, Anm. 5 zu § 25; RG.: JW. 1936, 2463 gegen R o q u e t t e: „Deutsches Recht“ 1936, 500), da im Register nur der richtige Tatbestand der — allerdings unwahren — Erklärung vermerkt ist. Wohl aber scheint mir die Eintragung des vom VormGer. angeordneten oben genannten Vermerkes „X. ist nicht der eheliche Sohn des Y.“ zulässig. Zwar hat das RG. im Beschluß v. 2. Okt. 1914 (DVGMRpr. 32, 40) die Zulässigkeit eines derartigen Vermerkes verneint. Die dort für die Ablehnung gegebene Begründung, es handele sich weder um eine Feststellung noch um einen Vortrag, der nach § 26 PersStG. in das Geburtsregister einzutragen wäre, noch seien die Geburtsregister dazu bestimmt, die Abstammung unehelicher Kinder nach der Seite ihres Erzeugers ersichtlich zu machen, ist jedoch wenig überzeugend.

Das RG. übersieht, daß das Geburtsregister das wichtigste Beweismittel für die Feststellung des Personenstandes ist. Dieser darf nicht durch unbegründete Vermutungen verwirrt werden. Das gilt besonders in der heutigen Zeit, in welcher der Sippen- und Blutehank für das Volk und für den einzelnen eine ungeheure Bedeutung zurückerhalten hat.

Daher scheint mir das RG. bei seinen Erwägungen auf halbem Wege stehen geblieben zu sein: Denn die an sich unangreifbare Feststellung, daß das Geburtsregister nicht dazu bestimmt ist, die Abstammung außerehelicher Kinder nach der Seite ihres Erzeugers ersichtlich zu machen, schließt nicht die Zulässigkeit einer Eintragung aus, durch welche die Abstammungsverhältnisse nicht positiv ersichtlich gemacht werden sollen, aber doch eine die Abstammungsverhältnisse verwirrende Vermutung zerstört werden soll. Die Tatsache, daß die Standesregister die Aufgabe haben, den Personenstand klarzustellen, verlangt nicht nur die Berichtigung unrichtiger Eintragungen, sondern auch die Verhinderung unrichtiger Vermutungen, wenn diese Vermutungen auf formell richtigen Eintragungen beruhen.

Eine solche klarstellende Eintragung ist auch nicht im Hinblick auf § 26 PersStG. unzulässig. Die Zulässigkeit ergibt sich aus den Gründen des durch Novelle v. 11. Juni 1920 dem Abs. 1 beigefügten Abs. 2 dieses Paragraphen und aus dem Verhältnis, in welchem dieser Abs. 2 zum Abs. 1 steht.

Die Vorschrift des Abs. 2 ist geschaffen worden, um Kinder vor Beeinträchtigungen zu bewahren, welche außerehelich geboren sind und durch nachfolgende Eheschließung die rechtliche Stellung ehelicher Kinder erlangt haben, dies jedoch wegen Fehlens des in § 26 Abs. 1 geforderten urkundlichen Nachweises oder des Eintragungsantrages nicht standesregistermäßig offenkundig machen können. Der Abs. 2 bezweckt also, die auf dem richtigen Registerinhalt begründete unrichtige Vermutung zu zerstören und den wahren Sachverhalt zugunsten des Kindes klarzustellen. Es erscheint daher folgerichtig, die durch Abs. 2 für das Kind geschaffene Rechtswohlthat auch auf den bei Erlaß der Novelle fast undenkbar umgekehrten Fall anzuwenden, wenn es nämlich im Interesse des Kindes liegt, die durch wahrheitswidrige Vaterschaftsanerkennung hervorgerufene Vermutung der Ehelichkeit zu zerstören.

Zu beachten ist weiter, daß (nach allerdings nicht unbestrittener Ansicht [s. u.]) dem Abs. 2 des § 26 neben dem Abs. 1 eine selbständige Bedeutung zukommt. Auf Grund des Abs. 1 wird regelmäßig im Standesregister nur eingetragen, daß der Mann, der seine Vaterschaft anerkannt hat oder anerkennt, mit der Kindesmutter die Ehe geschlossen hat. Auf Grund dieser Eintragung wird dann die Legitimation vermutet. Gegenstand der Eintragung gemäß Abs. 2 ist aber die Feststellung der Legitimation. Dieser Eintragung kommt daher die weitergehende Beweiskraft des § 15 PersStG. zu (vgl. Stöckel, Anm. 8 zu § 26). Wegen dieser weitergehenden rechtlichen Bedeutung des auf vormundschaftsgerichtliche Anordnung eingetragenen Legitimationsvermerkes ist man in der Rechtsprechung der Ansicht, daß für diesen Vermerk auch dann noch Raum ist, wenn am Rande der Geburtsurkunde des unehelich geborenen Kindes die Anerkennung und die spätere Eheschließung der Mutter mit dem Auerkennenden vermerkt ist (s. DVG. Dresden: StW. 1935, 5 entgegen Verfügung des PrMdJ. v. 18. Febr. 1921 [MBlW. 1921, 73]). Der § 26 Abs. 2 enthält nach dieser Auffassung die Ermächtigung des VormGer., über die von den Beteiligten gemäß Abs. 1 beantragten Eintragungen hinaus Feststellungen über den Personenstand zu treffen und das Ergebnis dieser Feststellungen zwecks Klarstellung in das Standesregister eintragen zu lassen. Wenn das VormGer. nach § 26 Abs. 2 aber das Recht hat, ungeachtet der auf Antrag der Beteiligten erfolgten Eintragungen registermäßig zwecks Klarstellung des Personenstandes die Ehelichkeit eines Kindes festzustellen, so muß es auch berechtigt sein, zum Zwecke der Klarstellung der Unehelichkeit eine entsprechende Feststellung im Standesregister beischreiben zu lassen.

Da diese Klarstellung der Abstammungsverhältnisse nach heutiger Erkenntnis nicht nur im Interesse des Kindes, sondern auch darüber hinaus im Interesse der Volksgesamtheit liegen kann, hat das VormGer. diese Feststellungen und die Anordnung der Beischreibungen nicht nur dann zu treffen, wenn sie im Interesse des Kindes liegen, sondern auch dann, wenn durch die vorgespiegelte Legitimation die Reinhaltung der Rasse gefährdet wird.

Die bindende Wirkung der Entscheidungen der Erbgesundheitsgerichte

Von Rechtsanwalt und Notar Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

I. Die Endgültigkeit der Entscheidungen

Das Verfahren vor den Erbgesundheitsgerichten endet mit einem Beschluß. Dieser Beschluß unterliegt der Rechtskraft. Das Gesetz sagt: Der Beschluß wird endgültig.

1. Die Bindung der Beteiligten

Die Endgültigkeit der Beschlüsse äußert ihre Wirkung in der Bindung aller Beteiligten an die getroffene Entscheidung. Der Erbkrante, dessen Unfruchtbarmachung angeordnet ist, muß sich der getroffenen Entscheidung unterwerfen und die Ausführung des ärztlichen Eingriffs hinnehmen. Der Eingriff wird auch gegen seinen Willen vorgenommen, notfalls unter Anwendung unmittelbaren Zwangs. Der Amtsarzt, der den Antrag gestellt hatte, muß den gefällten Spruch als richtig hinnehmen. Wird die Unfruchtbarmachung entgegen seinem Antrag abgelehnt, so bleibt er trotz gegenteiliger Auffassung von der Erbkrankheit an die Entscheidung gebunden. Ebenso kann auch der mit der Durchführung der Unfruchtbarmachung beauftragte Arzt trotz gegenteiliger Auffassung von dem Krankheitsbild nicht mehr die Unfruchtbarmachung ablehnen. Seine Aufgabe ist es lediglich, die Endgültigkeit des Beschlusses zu prüfen. Er hat zwar die Möglichkeit, bei dem Amtsarzt den Antrag zu stellen, die Vornahme des Eingriffs einstweilen auszusetzen, aber doch nur unter der Voraussetzung, daß der Eingriff nach seinem Urteil wegen besonderer Umstände mit Lebensgefahr verbunden oder aus einem anderen wichtigen gesundheitlichen Grunde nicht alsbald durchführbar ist. Dieser Rechtsbehelf steht in keinerlei Zusammenhang mit der in dem Beschluß festgestellten Diagnose, an die er gebunden bleibt.

2. Die Wiederaufnahme des Verfahrens

Einen Ausgleich gegenüber dieser strengen formalen Bindung bieten die Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens. Die Rücksicht auf den hohen Wert der für den betroffenen Volksgenossen auf dem Spiel stehenden Lebensgüter hat den Gesetzgeber veranlaßt, erleichterte Formen der Wiederaufnahme zu schaffen.

Im Zivilprozeß ist die Wiederaufnahme erschwert. Die Rechtskraft des Urteils im Zivilprozeß soll dazu dienen, ein Streitverhältnis zu befrieden und für die Zukunft Streit über dieselbe Sache auszuschalten, selbst wenn im Einzelfall die Entscheidung unrichtig ist. Die Wiederaufnahme des Verfahrens bedeutet praktisch eine Erneuerung des Streites, also einen Einbruch in die Rechtskraft.

Im Verfahren vor den Erbgesundheitsgerichten hat die Endgültigkeit der Entscheidungen den Zweck, die sachlichen Voraussetzungen für die Durchführung der Unfruchtbarmachung mit bindender Wirkung festzustellen und damit die Grundlage für die Ausführung des Eingriffs zu schaffen. Die Volksgemeinschaft hat ein Interesse daran, daß diese Feststellungen richtig sind, denn nur wo wirklich Erbkrankheit vorliegt, hat die Beseitigung der Zeugungs- und Empfängnisfähigkeit einen Sinn. Deshalb dient es gerade dem Zweck des Verfahrens und dem Interesse der völkischen Erb- und Rassenpflege, in Fällen, in denen Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung auftauchen, eine nochmalige Nachprüfung des Sachverhalts und der ärztlichen Diagnose zu ermöglichen.

Aus diesen Gründen hat das Gesetz als einzige Voraussetzung für die Wiederaufnahme des Verfahrens das Vorhandensein von Umständen aufgestellt, die eine nochmalige Prüfung des Sachverhalts erfordern. Solche Umstände geltend zu machen, liegt in der Hand aller Beteiligten. In erster Linie hat der von dem Verfahren betroffene Volksgenosse selbst das Recht, solche Umstände geltend zu machen, er hat auch das größte Interesse daran, die Entscheidung nochmals

nachprüfen zu lassen. Des weiteren hat auch der Amtsarzt das Recht und im gleichen Maße auch die Pflicht, solche Umstände dem ErbgesGer. zu unterbreiten und die Wiederaufnahme des Verfahrens zu betreiben, wenn er nach Erlaß des Beschlusses auf Grund irgendwelcher Beobachtungen oder Erfahrungen zu der Erkenntnis kommt, daß die vom ErbgesGer. gestellte Diagnose unrichtig war. Schließlich ist aber auch — und das kennzeichnet die Ausnahmestellung der Erbgesundheitsgerichte und des Erbgesundheitsverfahrens — das ErbgesGer. selbst nicht gehindert, von sich aus das Verfahren wieder aufzunehmen, wenn ihm Umstände bekannt werden, die eine nochmalige Nachprüfung des Sachverhalts erforderlich machen. Von einem förmlichen Antrag ist die Wiederaufnahme nicht abhängig.

Gegenüber Beschlüssen, die den Antrag auf Unfruchtbarmachung ablehnen, bestehen allerdings Beschränkungen. Das Gesetz verlangt in diesem Falle als Voraussetzung, daß neue Tatsachen eingetreten sind, die die Unfruchtbarmachung rechtfertigen. Dies mit gutem Grunde, um zu verhindern, daß der einzelne Volksgenosse zu wiederholten Malen in neue Verfahren vor dem ErbgesGer. hineingezogen wird.

Das Wiederaufnahmeverfahren läßt also eine neue Beurteilung des gesamten Sachverhalts zu. Welcher Art die Umstände sind, die eine Nachprüfung erforderlich machen, ist vollkommen gleichgültig. Es können neue Erkenntnisse der ärztlichen Wissenschaft, neue Methoden der Forschung, neue Mittel der Krankheitsfeststellung sein. Es kann auch sein, daß weitere Feststellungen über das Vorkommen oder Fehlen der Krankheit in der Sippe des Betroffenen, neue Beobachtungen des Krankheitsbildes getroffen oder auch neue Ergebnisse der Untersuchung gewonnen sind, z. B. auf dem Wege der Enzephalographie oder der Rückenmarkpunktion und dergleichen.

Trotz der erleichterten Form der Wiederaufnahme des Verfahrens besteht die gesetzliche Bindung an den Spruch der Erbgesundheitsgerichte. Die Entscheidungen der Erbgesundheitsgerichte, die im Wiederaufnahmeverfahren ergehen, werden wiederum ihrerseits endgültig, führen also erneut die Bindung aller Beteiligten an die ergangene Entscheidung herbei.

II. Die bindende Wirkung gegenüber Dritten

1. Die Vermutung einer bindenden Wirkung

Wenn das Gesetz die an dem Verfahren beteiligten Personen und Behörden an den Spruch des ErbgesGer. bindet, wird damit die Vermutung nahegelegt, daß in erhöhtem Maße auch nicht beteiligte Personen, Ärzte und Behörden an diese Entscheidungen gebunden sein müßten, wenn sie die Frage nach dem Vorliegen einer Erbkrankheit zu prüfen und zu entscheiden haben. Diese Vermutung liegt um so näher, als ja das Gesetz durch Schaffung besonders qualifizierter Entscheidungsinstanzen die größtmögliche Garantie der Richtigkeit der Entscheidung zu geben sich bemüht hat. Je ein Richter, ein beamteter und ein freiberuflicher Arzt entscheiden in jeder der beiden Instanzen. Gerade in dieser Zusammensetzung der Erbgesundheitsgerichte und Obergerichte liegt für den betroffenen Volksgenossen die Sicherheit, daß sein Fall mit der der Wichtigkeit des in Rede stehenden Lebensgutes entsprechenden Sorgfalt geprüft und vom ärztlichen Standpunkt aus begutachtet wird. In dieser Zusammensetzung liegt auch für die Volksgemeinschaft der sichere Schutz gegen Willkür und Einseitigkeit. Gerade darum kann das Gesetz die Bindung der Beteiligten an den Spruch des Gerichts verlangen, und darin liegt auch der Grund für die Vermutung, daß auch nicht unmittelbar an dem Verfahren beteiligte Personen und Behörden diesen Spruch des Gerichts als richtig hinzunehmen haben.

2. Das Schweigen des Gesetzes

Das Gesetz spricht eine solche Bindung nicht ausdrücklich aus. Setzt man nun an diese Tatsache den Umkehrschluß an, so folgt aus dem Schweigen des Gesetzes, daß der Gesetzgeber eine Bindung über den Kreis der unmittelbar an dem Verfahren Beteiligten hinaus nicht hat aussprechen wollen. Daraus würde weiter folgen: Jeder Arzt, jede Behörde, jedes Gericht kann erneut in die Prüfung der Frage eintreten, ob der betreffende Volksgenosse an einer Erbkrankheit leidet, und es besteht kein Hindernis, daß eine solche erneute Prüfung das entgegengesetzte Ergebnis zeitigt als der Beschluß des ErbgesGer.

Es wird im Nachstehenden zu prüfen sein, ob der dem überlieferten Rechtsdenken naheliegende Umkehrschluß in dem wirklichen Sachverhalt eine Stütze findet.

3. Die Gefahren widersprechender Entscheidungen

Die bei der Anwendung des Umkehrschlusses sich ergebenden Folgen bergen schwere Gefahren in sich. Denn die Möglichkeit, daß widersprechende Entscheidungen bei der Feststellung einer Erbkrankheit ergehen, kann zu den schwierigsten Verwickelungen führen.

Der Fall, daß andere Instanzen als das ErbgesGer. über das Vorliegen einer Erbkrankheit zu befinden haben, ist sehr häufig. Jeder Arzt kommt in die Lage, ein Urteil darüber abgeben zu müssen, ob jemand an einer Erbkrankheit leidet, wenn er beauftragt wird, einen Verlobten zwecks Beschaffung des Eheauglichkeitszeugnisses zu untersuchen (§ 2 Abs. 2 der 1. Durchf. v. z. EhegesundhG.). Ebenso ist das Gesundheitsamt zu der gleichen Feststellung vor Erteilung des Eheauglichkeitszeugnisses verpflichtet. Wo Genehmigungen zur Eheschließung gesetzlich vorgeschrieben sind (Beamte, Wehrmachtangehörige), haben die untersuchenden Ärzte ebenfalls die Pflicht, auf Erbkrankheiten zu untersuchen. Des weiteren haben auch die ordentlichen Gerichte das Vorliegen von Erbkrankheit zu prüfen, so besonders in Eheanfechtungsprozessen. Gerade in letzter Zeit sind Eheanfechtungen wegen Vorliegens einer Erbkrankheit besonders häufig. Und schließlich hat auch das Erbgesundheitsgericht selbst das Vorliegen einer Erbkrankheit nochmals zu prüfen, wenn es im Beschwerdeverfahren nach Verjagung des Eheauglichkeitszeugnisses durch das Gesundheitsamt über die Eheauglichkeit des betroffenen Volksgenossen zu entscheiden hat. Dieses ErbgesGer. wird vielfach nicht das gleiche sein, welches über die Unfruchtbarmachung entschieden hat. Denn da der Wohnsitz der Braut über die Zuständigkeit des Gesundheitsamts und des mit der Beschwerde anzurufenden ErbgesGer. für die Erteilung des Eheauglichkeitszeugnisses entscheidet, wird in einer Vielzahl der Fälle das Beschwerdeverfahren vor einem anderen ErbgesGer. durchgeführt werden als das Verfahren auf Unfruchtbarmachung eines der Verlobten.

Nun stelle man sich die Verwickelungen vor, wenn jede dieser Instanzen nach eigenem Gutachten den Fall zu beurteilen und über das Vorhandensein einer Erbkrankheit zu entscheiden hat und jede zu einem anderen Ergebnis kommt. Hat also beispielsweise das ErbgesGer. eine Erbkrankheit angenommen und die Unfruchtbarmachung beschlossen und durchgeführt, so könnte der Arzt, den der Erbkranke zwecks Untersuchung zur Erlangung des Eheauglichkeitszeugnisses in Anspruch nimmt, zu dem Ergebnis kommen, eine Erbkrankheit liege nicht vor, das ErbgesGer. habe sich geirrt. Dann müßte der Arzt dieses Ergebnis der Untersuchung in den Untersuchungsbogen eintragen und dem zuständigen Gesundheitsamt übersenden. Nach § 2 Abs. 2 letzter Satz der 1. Durchf. v. z. EhegesundhG. hat das Gesundheitsamt das Untersuchungsergebnis seiner Beurteilung zugrunde zu legen. Damit kann aber nicht eine unbedingte Bindung des Gesundheitsamts an die Feststellungen des Arztes ausgesprochen sein. Die ärztliche Untersuchung kann nur die erste Grundlage für die zu treffende Entscheidung bilden. Der Amtsarzt ist verpflichtet, auch andere Umstände zu prüfen und zu er-

möglichen, die einen Verdacht auf das Vorliegen eines Ehehindernisses rechtfertigen könnten (Gütt-Linden-Maßfeller, „Blutschutz- und Ehegesundheitsgesetz“, 1936, S. 148, 149). Dabei ist er verpflichtet, die Entscheidung des ErbgesGer. über das Vorliegen einer Erbkrankheit zu berücksichtigen, er ist an diese Entscheidung des ErbgesGer. gebunden (Gütt-Linden-Maßfeller S. 78). Er muß also in diesem Falle trotz des Gutachtens des Arztes das Eheauglichkeitszeugnis verweigern. Das ErbgesGer. hat dann auf Anrufen der Beteiligten zu entscheiden, und es besteht durchaus die Möglichkeit, daß dieses ErbgesGer. von der Entscheidung des früheren ErbgesGer. abweicht und eine Erbkrankheit verneint. Der Betroffene könnte dann die Ehe schließen, obwohl er auf Grund eines Beschlusses des ErbgesGer. wegen einer Erbkrankheit unfruchtbar gemacht ist!

Auf einem so lebenswichtigen und für die völkische Erbgesundheitspflege bedeutsamen Gebiet kann es unmöglich zugelassen werden, daß eine solche Vielfältigkeit der Entscheidungen der einzelnen Instanzen sich ergibt und dem Rahmen des Gesetzes entsprechen soll. Mit der Anordnung und Durchführung der Unfruchtbarmachung muß das Vorhandensein der Erbkrankheit und damit das Vorliegen eines Ehehindernisses des § 1 d EhegesundhG. bindend feststehen.

Nach vorstehendem ist die weitere Folgerung zwangsläufig die, daß auch die ordentlichen Gerichte an die Feststellung des ErbgesGer. gebunden sind und nicht die Möglichkeit haben dürfen, trotz Unfruchtbarmachung das Vorhandensein einer Erbkrankheit zu verneinen und daraus weitere Schlüsse für die Eheanfechtung u. dgl. zu ziehen.

4. Die Rechtsauffassung des Reichsgerichts

RGZ. 151, 1 = JW. 1936, 1688 hat für die ordentlichen Gerichte in Anspruch genommen, daß für sie eine Bindung an die Entscheidungen der Erbgesundheitsgerichte nicht bestehe. Es hat den Gerichten ausdrücklich zur Pflicht gemacht, trotz des Vorliegens einer Entscheidung des ErbgesGer. regelmäßig auf Grund eines Sachverständigengutachtens von sich aus erneut die Frage zu prüfen, ob in dem betreffenden Falle eine Erbkrankheit vorliege oder nicht.

In dem vom RG. entschiedenen Falle handelte es sich um die Anfechtung einer Ehe durch den Ehemann, weil die Ehefrau wegen Schizophrenie unfruchtbar gemacht worden war. Das RG. hatte als Vorinstanz dahin entschieden, daß die Entscheidung des ErbgesGer. für die Feststellung des Vorhandenseins einer Erbkrankheit für das Gericht bindend sei, und diese Rechtsauffassung damit begründet, daß die maßgebende Bedeutung der Beschlüsse des ErbgesGer. nicht nur in der Anordnung der Unfruchtbarmachung, sondern auch zugleich in der Feststellung der Erbkrankheit selber liege, denn der Zweck des ErbkrNachwGes. sei die endgültige Feststellung des Vorliegens einer Erbkrankheit durch die von dem Gesetz geschaffenen Sondergerichte. Dieser an sich durchaus überzeugenden Auffassung ist das RG. entgegengetreten und hat den entgegengesetzten Standpunkt vertreten, daß eine Bindung der Gerichte durch die Entscheidungen des ErbgesGer. abzulehnen sei.

Die einschneidende Bedeutung dieser Rechtsauffassung macht es erforderlich, den Gründen des RG. einmal nachzugehen und sie auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen.

Das RG. stellt den Aufgabebereich der Erbgesundheitsgerichte in Vergleich zu der Entscheidungstätigkeit der ordentlichen Gerichte im Ehestreitverfahren und entnimmt aus der Verschiedenheit beider Tätigkeitskreise den Hauptbeweisgrund für seine Rechtsansicht. „Die Tätigkeit der Erbgesundheitsgerichte dient der Ausmerzung der Erbkrankheiten, die die rassische Kraft des Volkes schwächen. Die Erbgesundheitsgerichte sollen durch Anordnung der Unfruchtbarmachung eine allmähliche Reinigung des Volkskörpers von krankhaften Erbanlagen bewirken (amtl. Begr. des ErbkrNachwGes.). Die Erfüllung dieser Aufgabe wird den Erbgesundheitsgerichten dadurch ermöglicht, daß den approbierten Ärzten eine unter Strafaudrohung gestellte Meldepflicht . . . auferlegt worden ist (Art. 3 Abs. 4, Art. 9 B. d. z. ErbkrNachwGes.), wodurch eine

listenmäßige Erfassung aller jetzt und künftig in Deutschland vorhandenen erkrankten Personen herbeigeführt wird.“ Diese Tätigkeit, die im Dienste der nationalsozialistischen Bevölkerungs- und Rassepolitik stehe, betreffe unmittelbar Belange der Volksgemeinschaft. Demgegenüber berühre die gerichtliche Prüfung im Eheanfechtungsstreit, ob Geisteskrankheit vorliege, „nicht in demselben Maße“ Belange der Volksgemeinschaft, deshalb sei die Herbeiführung der gerichtlichen Prüfung und Feststellung des Vorhandenseins einer Geisteskrankheit dem Belieben der Partei überlassen. Es ist nicht recht ersichtlich, inwieweit die Beschränkung des Interesses an der Feststellung der Geisteskrankheit auf den Kreis der beteiligten Personen es ausschließen soll, daß die im Interesse der Volksgemeinschaft ergangenen Entscheidungen der Erbgesundheitsgerichte die ordentlichen Gerichte binden könnten. Man müßte doch im Gegenteil folgern: Wenn die Entscheidungen der Erbgesundheitsgerichte im Dienste der Rassen- und Bevölkerungspolitik, also im unmittelbaren Dienste der Volksgemeinschaft stehen, dann muß der Einzelne, der für die Durchführung seiner eigenen Belange sich auch auf denselben Tatbestand beruft, an diese Entscheidung gebunden sein. Dem höherwertigen Interesse muß das geringerwertige weichen.

Das RG. erklärt weiter: Es handle sich bei den Entscheidungen der ordentlichen Gerichte nicht um den gleichen Tatbestand wie im Verfahren vor den Erbgesundheitsgerichten. Letztere hätten „gegenwärtige Tatbestände“ zu prüfen, die Gerichte dagegen zeitlich mehr oder weniger weit zurückliegende Tatbestände, denn es komme im Ehestreit darauf an, ob die Geisteskrankheit im Zeitpunkt der Eheschließung vorhanden gewesen sei. Außerdem genüge das Tatbestandsmerkmal der Geisteskrankheit für sich allein nicht, ihm komme nur im Zusammenhang mit anderen Voraussetzungen rechtserhebliche Bedeutung zu. Diese Gegenüberstellung trifft nicht den Kern der Sache. Um das Verhältnis der Tatbestände des § 1 ErbkrNachwGes. und des § 1333 BGB. zueinander handelt es sich hier nicht. Die Frage, um die es geht, ist doch so zu formulieren: Ist die Anfechtung der Ehe stets dann möglich, wenn die Eigenschaft eines Ehegatten, über die sich der andere geirrt hat, eine Erbkrankheit bildet? Und wenn ja, ist das Vorliegen der Erbkrankheit vom Gericht selbständig festzustellen oder ist das Gericht an die Feststellungen des ErbgesGer. im Unfruchtbarmachungsverfahren gebunden? Die erste Frage wird jetzt von der Rechtsprechung des RG. allgemein bejaht. Und mit Recht: Denn wenn eine Erbkrankheit vorliegt, hat zum mindesten die Anlage dazu — weil sie eben ererbte ist — bereits im Zeitpunkt der Eheschließung bestanden. Für die Beantwortung der zweiten Frage kann aus dem Verhältnis der Tatbestände des § 1 ErbkrNachwGes. und § 1333 BGB. zueinander überhaupt kein maßgebender Gesichtspunkt hergeleitet werden, insbesondere auch nicht aus der Unterscheidung von Tatbestandsmerkmalen der Gegenwart und der Vergangenheit. Maßgebend ist hier vielmehr die Tatsache, daß aus dem Beschluß des ErbgesGer., der eine Erbkrankheit — also einen gegenwärtigen Tatbestand — feststellt, auf den im Zeitpunkt der Vergangenheit liegenden Tatbestand des § 1333 BGB. — Vorhandensein der Anlage zu einer Erbkrankheit im Zeitpunkt der Eheschließung — zwingend geschlossen werden muß. Gerade aus diesem zwingenden Schluß ergibt sich die unmittelbare Berührung der beiden Tatbestände in einem Fall, wo wegen erfolgter Unfruchtbarmachung auf Grund einer Erbkrankheit die Eheanfechtung erfolgt, sowie die daraus entstehende Frage nach der bindenden Wirkung der Beschlüsse des ErbgesGer.

Schließlich weist das RG. noch darauf hin, daß nach dem allgemeinen Rechtsgedanken des § 322 ZPO. die Rechtskraftwirkung einer Entscheidung immer nur dem entscheidenden Teil, nicht aber den der Entscheidung zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen zukomme. Dem ist entgegenzuhalten: Es kommt nicht auf die Frage der Rechtskraft und ihrer Wirkung auf die einzelnen Teile der Entscheidung an. Es steht nur in Frage die bindende Wirkung der Beschlüsse des ErbgesGer., soweit sie eine Erbkrankheit festzustellen

haben, und zwar gerade bezüglich der Erbkrankheit selbst. Diese bindende Wirkung braucht aber nicht mit dem Institut der Rechtskraft im Zivilprozeß in Parallele gestellt zu werden. Die Erbgesundheitsgerichte sind Sondergerichte, die im Dienste eines besonderen öffentlichen Zwecks stehen. Ihre Entscheidungen nehmen eine Sonderstellung gegenüber den Entscheidungen sonstiger Gerichte ein. Sowohl das Verfahren der Erbgesundheitsgerichte als auch der Zweck ihrer Rechtsprüche sind vollkommen neuartig. Sie können deshalb nicht ohne besondere Prüfung mit Rechtserrichtungen der bisher bekannten Verfahrensarten gleichgesetzt werden, vielmehr sind nur aus der Eigenart der Erbgesundheitsgerichte heraus neu auftretende Rechtsfragen zu lösen.

5. Der Lösungsversuch

Weber der Umkehrschluß aus dem Schweigen des Gesetzes noch die Argumente des RG. werden der besonderen Sachlage gerecht, die bei der zu lösenden Frage gegeben ist. Nur aus dem Zweck des Verfahrens und aus der Eigenart der Erbgesundheitsgerichte wird die Lösung des Problems gefunden werden können.

In der Anmerkung zu RG.: JW. 1936, 1670 nimmt auch Maßfeller zu der Beweisführung des RG. Stellung. Er meint, rechtskonstruktiv sei wohl die Auffassung des RG. richtig, trotzdem müsse doch — wenigstens in aller Regel — eine tatsächliche Bindung der ordentlichen Gerichte an die Feststellung der Erbgesundheitsgerichte angenommen werden. Er weist zur Begründung dieser tatsächlichen Bindung auf die Garantien des Verfahrens vor den Erbgesundheitsgerichten hin und des weiteren auf den eigentlichen Aufgabenbereich der Erbgesundheitsgerichte, die gerade in der Feststellung des Vorliegens einer Erbkrankheit bestehe. Diese Kritik an der Rechtsauffassung des RG. verdient weitgehende Beachtung.

Bei der Lösung des Problems ist zunächst auszugehen von dem Zweck des Verfahrens, dessen Abschluß die Entscheidung des ErbgesGer. bildet. Wie das RG. unter Berufung auf die amtliche Begründung zum ErbkrNachwGes. ausführt, soll durch die Unfruchtbarmachung des einzelnen Erbkranken eine allmähliche Reinigung des Volkskörpers von krankhaften Erbanlagen herbeigeführt werden, so daß die Erbkrankheiten, die die rassistische Kraft des Volkes schwächen, allmählich ausgemerzt werden. Zu diesem Zweck hat das Gesetz die Erbgesundheitsgerichte als besonders qualifizierte Spruchbehörden berufen und ihnen den Auftrag gegeben, das Vorliegen von Erbkrankheiten im Einzelfalle festzustellen und auf Grund dieser Feststellung die Unfruchtbarmachung anzuordnen. Es ist also richtig, daß die wesentlichste Aufgabe der Erbgesundheitsgerichte die Feststellung der Erbkrankheit ist. Die Erbgesundheitsgerichte erfüllen im Rahmen der Erbgesundheitspflege eine öffentliche Aufgabe. Deshalb muß auch ihr Spruch, der eine Erbkrankheit feststellt, die der Wichtigkeit der Aufgabe entsprechende Autorität bei anderen Behörden genießen. Diese handeln ja auch im Namen derselben Volksgemeinschaft, welche die Erbgesundheitsgerichte berufen hat. Der Spruch der Erbgesundheitsgerichte schafft Recht. Denn alles ist Recht, was dem Volke nützt, Unrecht, was ihm schadet. Soweit mir bekannt ist, pflegt auch die Erbkrankheit, deretwegen die Unfruchtbarmachung angeordnet wird, in der Regel in den entscheidenden Teil des Beschlusses aufgenommen zu werden.

Der einzelne von dem Verfahren betroffene Volksgenosse muß sich im Interesse der Erbgesundheit des Volkes einen Eingriff in seine körperliche Integrität gefallen lassen, der für ihn äußerst bedeutsam ist. Er muß Verzicht leisten auf Nachkommenschaft, auf das Glück Kinder zu haben und sich selbst in seinen Kindern fortleben zu sehen. Dieser Verzicht ist für ihn ein Opfer. Dem Opfer, das dem einzelnen Volksgenossen zugemutet wird, steht dann allerdings der Vorteil gegenüber, daß er vor dem großen Unglück bewahrt bleibt, erkrankte Kinder zu besitzen. Trotzdem trägt der Erb-

franke eine doppelt schwere Bürde: Die Schwere des Unglücks, selbst erkrankt zu sein, und die Schwere des Opfers, von der Fortpflanzung ausgeschlossen zu sein.

Diese Last wird aber völlig untragbar, wenn die Rechtsordnung die Möglichkeit zuläßt, daß die Feststellung, ob Erbkrankheit vorliegt, von verschiedenen Behörden und verschiedenen Gerichten in einander widersprechender Weise erfolgt. Wie soll jemand, der auf Grund eines Beschlusses des ErbgesGer. unfruchtbar gemacht worden ist, seine Unfruchtbarkeit noch als ein Opfer für sein Volkstum hinnehmen können, wenn ihm eine andere Behörde oder gar das ordentliche Gericht bescheinigt, daß er gar nicht erkrankt sei? Es will mir schlechterdings unhaltbar erscheinen, daß ein Gericht, wie es tatsächlich vorgekommen ist, im Eheanfechtungsprozeß ins Urteil schreibt, die Erbkrankheit, die das ErbgesGer. angenommen hatte und die zur Unfruchtbarmachung geführt hatte, „bestehe offenbar nicht“; dies ist selbst dann unhaltbar, wenn ein Sachverständiger in dem Prozeß sein Gutachten dahin abgegeben haben sollte. Für den betroffenen Volksgenossen muß ein solcher Zwiespalt der Entscheidungen vernichtend wirken. Für ihn bedeutet dann seine Unfruchtbarkeit keine Befreiung mehr, weil er ja dann mit Recht annehmen kann, daß seine Nachkommen eben doch nicht erkrankt geworden wären. In seinen Augen muß der ärztliche Eingriff, der an ihm vollzogen ist, zum schreienden Unrecht werden. Und dieses ihm angeblich zugefügte Unrecht muß ihn um so schwerer drücken, weil es überhaupt nicht gut zu machen ist.

So ergibt sich die zwingende Notwendigkeit: Da die Volksgemeinschaft dem einzelnen Volksgenossen im Dienste an der Volksgesundheit solche Opfer zumuten muß, so muß sie auch dafür sorgen, daß es ein Opfer bleibt, und nicht nachträglich zum — scheinbaren — Unrecht wird. Deshalb muß der Spruch der Erbgesundheitsgerichte, der eine Erbkrankheit feststellt, bindende Wirkung haben. Deshalb muß es verhindert werden, daß Entscheidungen der Erbgesundheitsgerichte als der berufenen Spruchbehörde in Erbgesundheitsfällen durch gerichtliche oder behördliche Entscheidungen desabouiert werden. Die Möglichkeit widersprechender Entscheidungen muß ausgeschaltet sein. Das ist nicht nur eine Forderung an die Gesetzgebung, das ist eine Feststellung des schon jetzt bestehenden Zustandes, wie er sich aus dem Zweck des ErbkrNachwGes. und aus der besonderen Stellung des ErbgesGer. ergibt. Es kann nicht rechtens sein, daß auch nur der Anschein auskommen kann, die Volksgemeinschaft, die ein Opfer verlangt und eine Wohltat erweisen will, habe durch die Unfruchtbarmachung eines Volksgenossen sich möglicherweise selbst ins Unrecht gesetzt.

Es ist also festzustellen: Die endgültigen Entscheidungen der Erbgesundheitsgerichte leiden keine abweichende Feststellung in der Beurteilung des Krankheitsbildes seitens anderer Instanzen, ihre Feststellungen, daß eine Erbkrankheit vorliegt, sind vielmehr für Behörden und Ärzte und in gleicher Weise auch für Gerichte bindend; für die Ärzte mit der Einschränkung, daß ihre Untersuchungen zum Zwecke der Beschaffung des Ehefähigkeitszeugnisses dienen sollen.

Eine Bindung der Gesundheitsämter an die Entscheidungen der Erbgesundheitsgerichte wird von Gütt-Binden-Maßfeller, „Blutschutz- und Ehegesundheitsgesetz“, München 1936, S. 77 bereits angenommen und in der Praxis auch wohl so gehandhabt. Eine Bindung der Erbgesundheitsgerichte im Beschwerdeverfahren gegen die Verfassung des Ehefähigkeitszeugnisses dürfte trotz des § 14 der 1. DurchfWd. z. EhegesundhG. ebenfalls zu bejahen sein. Zwar hat nach dieser Vorschrift das ErbgesGer. in diesem Beschwerdeverfahren von Amts wegen zu prüfen, ob ein Ehehindernis des § 1 EhegesundhG. vorliegt. Indessen ist damit nicht gesagt, daß das Vorliegen einer Erbkrankheit (§ 1d EhegesundhG.) noch einmal von Grund auf zu prüfen ist. Die Notwendigkeit der Prüfung der Ehehindernisse bezieht

sich auf alle Tatbestände des § 1. Der besonderen Prüfung der Erbkrankheiten wird es dann bedürfen, wenn eine Unfruchtbarmachung noch nicht erfolgt ist. Dagegen ist das ErbgesGer. dieser Prüfung dann überhoben, wenn bereits durch einen Spruch eines ErbgesGer. die Unfruchtbarmachung durchgeführt ist. Für diesen Fall besteht zum mindesten die tatsächliche Bindung, von der Maßfeller spricht. Für diesen Fall treffen auch alle die Beweisgründe zu, die oben dargestellt sind.

In der Bindung der Behörden und Gerichte an die Feststellung der Erbkrankheit durch das ErbgesGer. liegt keine unzulässige Einschränkung der freien wissenschaftlichen Erkenntnis der Ärzte. Es ist ja nun einmal nicht anders, daß über das gleiche Erscheinungsbild einer Krankheit die Meinungen der Fachärzte bisweilen weit auseinandergehen. Es gibt überall Übergänge, Zwischenstufen, Entwicklungsgrade der Krankheiten, die die klare Erkenntnis des Wesens der Krankheit hin und wieder nicht eindeutig zulassen. Die Grenzziehung zwischen Erbkrankheiten und Krankheiten mit ähnlichem Erscheinungsbild, die nicht erblich bedingt sind, ist in der Regel äußerst schwer. Maßfeller weist in der oben zitierten Anmerkung auf den Gegensatz zwischen Schizophrenie und schizophreneeähnlichen Erkrankungen hin. Ebenso ist die Grenze zwischen den leichten Fällen des Schwachsinn und der bloßen Dummheit und Unbildung vielfach äußerst schwer zu finden; dies wird allein schon durch die Tatsache bestätigt, daß nicht selten verschiedene Instanzen der Erbgesundheitsgerichte über denselben Fall verschiedene Auffassungen haben. Ähnlich liegt es mit den Grenzfällen der erblichen Fallsucht, der erblichen Blindheit, Taubheit usw. Die Erbgesundheitsgerichte sind dazu berufen, aus der Verschiedenheit der Meinungen der Sachleute die wissenschaftlich bestbegründete Meinung herauszunehmen und sie zu der maßgebenden zu machen. Diese muß dann für den betreffenden Fall entscheidend sein. Entstehen erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Auffassung und gelingt es, sie zu widerlegen, sei es auf Grund neuer Erkenntnisse oder Beobachtungen oder auf Grund neuer Methoden u. dgl., dann kann der Spruch des ErbgesGer. im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens abgeändert werden. Gerade in dieser Möglichkeit der Wiederaufnahme liegt das Gegengewicht gegenüber der strengen Bindung. Immer aber muß das ErbgesGer. selbst als die maßgebende Spruchbehörde in Erbgesundheitsfällen die Entscheidung treffen.

Bei der Wichtigkeit, die so das Wiederaufnahmeverfahren gewinnt, wird es notwendig sein, die Wiederaufnahme auch nach Durchführung des ärztlichen Eingriffs allgemein zuzulassen, wie es zum Teil in der Praxis schon jetzt geschieht. Man kann zwar einwenden, auch wenn das ErbgesGer. selbst im Wiederaufnahmeverfahren die früher ergangene Entscheidung aufhebt, müsse der betroffene Volksgenosse die erfolgte Durchführung der Unfruchtbarmachung als Unrecht empfinden. Wohl liegt in der Aufhebung des früheren Beschlusses im Wiederaufnahmeverfahren das Eingeständnis eines Irrtums in der ärztlichen Beurteilung des Falles. Menschliche Irrtümer können aber niemals ausgeschlossen werden, und für die Volksgemeinschaft, der das ganze Verfahren dient, ist es leichter zu ertragen, wenn das ErbgesGer. einen Irrtum nachträglich berichtigt, als wenn andere Behörden oder Gerichte in amtlichen Entscheidungen feststellen, daß die Entscheidung des ErbgesGer. falsch gewesen ist. Für den betroffenen Volksgenossen aber liegt in der Tatsache, daß die mit den gesetzlichen Garantien versehene ausbrüchlich hierzu berufene Spruchbehörde einen etwaigen Irrtum berichtigt, eine Wiederherstellung, und er wird nicht mit der Vorstellung belastet, daß in einer Volksgemeinschaft verschiedene Behörden über denselben Tatbestand entgegengesetzte Entscheidungen treffen und sich gegenseitig den Vorwurf machen können, sie hätten in lebenswichtigen Dingen eine falsche Entscheidung getroffen.

Aus der Deutschen Rechtsfront

25jährige Jubiläumsfeier der Deutschen Landesgruppe der International Law Association

Für die Feier des 25jährigen Bestehens der Deutschen Landesgruppe der I.L.A., die am Ende des Jahres stattfindet, ist eine würdige Ausgestaltung vorgesehen. Einer einleitenden musikalischen Darbietung folgt eine Ansprache des Präsidenten der Deutschen Landesgruppe Reichsminister Dr. Frank. Hieran schließen sich wissenschaftliche Vorträge einiger ausländischer und deutscher Mitglieder der I.L.A. sowie ein Bericht über die Tätigkeit der Landesgruppe an.

Die Deutsche Landesgruppe umfaßt heute eine stattliche Mitgliederzahl aus allen den Kreisen, die an der Pflege des internationalen Rechts interessiert sind. Die rege Anteilnahme aller Mitglieder an den Arbeiten der I.L.A. durch persönlichen und schriftlichen Gedankenaustausch hat gezeigt, wie groß das Interesse bei den Einzelnen ist, an einer entscheidenden Lösung der strittigen Probleme des internationalen Rechts mitzuwirken. Die Deutsche Landesgruppe hat daher auch in fast alle Komitees und zu allen Kongressen der I.L.A. Vertreter entsenden können. Die nächsten Kongresse der I.L.A. werden 1938 in Amsterdam oder im Haag und 1940 in Deutschland sein.

Da an der Tagung nur Mitglieder der Landesgruppe teilnehmen können, werden alle Interessenten gebeten, sich rechtzeitig bei der Geschäftsstelle der Deutschen Landesgruppe der I.L.A., Berlin W 9, Bellevuestr. 12—13 I, als Mitglied anzumelden.

„Juristenball 1937“

Unter dem traditionellen Namen „Juristenball 1937“ findet am Sonnabend, dem 13. Nov. 1937, in den Gesamträumen von Kroll das große Kameradschaftstreffen des NS-Rechtswahrerbundes statt. Die Veranstaltung steht unter dem Protektorat des Reichsrechtsführers, Reichsministers Dr. Frank, und wird im Leben der Reichshauptstadt ein besonderes Ereignis werden, bei dem sich die deutschen Rechtswahrer mit den Vertretern von Partei und Staat, der Wirtschaft, der Kunst und Wissenschaft, von Bühne, Film und Sport in kameradschaftlicher Geselligkeit versammeln werden. Der Reinertrag der Veranstaltung wird dem Winterhilfswerk zufließen.

Schrifttum

MinR. Dr. Wolfgang Breithaupt: Reichsdienststrafordnung v. 26. Januar 1937 nebst Durchführungsverordnung und Ergänzungsvorschriften. Berlin 1937. R. v. Deder's Verlag, G. Schend. 367 S. Preis geb. 10,80 RM.

Das Buch ist das erste ausführliche Erläuterungswerk zur RDStD. Es enthält außer dem Text des erläuterten Gesetzes und der hierzu ergangenen Durchführungsverordnung sowie einer umfangreichen Materialsammlung von praktisch wichtigen Ergänzungsvorschriften eine selbständige und gründliche Durcharbeitung der gesetzlichen Bestimmungen. Diese eingehende Durcharbeitung des Stoffes der RDStD. durch den Verf. macht sein Erläuterungswerk zur bisher besten Zubereitung des Gesetzes für seine Anwendung in der Praxis.

Von den üblichen Gesetzes-„Kommentaren“ unterscheidet sich das vorliegende Erläuterungsbuch durch die unbeschwertere und von Zitaten des Schrifttums wie der Rechtsprechung völlig freie Darstellung. Irgendwelche Bezugnahmen auf die Fachliteratur finden sich in dem Buche nirgends; ein Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung unter Anführung der Belegstelle ist wohl nur einmal — auf S. 168 — vorhanden. Gleichwohl ist das Buch natürlich nicht lediglich „auf sich selbst gestellt“, sondern baut in schöpferischer Selbständigkeit auf den Ergebnissen der Wissenschaft, des sachlichen Schrifttums und der bisherigen Rechtsprechung auf, ohne diese Beziehung jedoch jeweils von Fall zu Fall aufzuzeigen. Das wäre bei einem Buch, das in erster Linie Anspruch auf wissenschaftliche Geltung erheben wollte, zweifellos ein Mangel, da Zitate und Auseinandersetzungen in einer wissenschaftlichen Darlegung unerlässlich sind. Bei der ausschließlich oder doch vorwiegend praktischen Zielsetzung des besprochenen Buches wirkt sich die erwähnte Art der Behandlung jedoch eher als ein Vorteil aus. Das gilt jedenfalls für die Übergangszeit, die zunächst noch ganz im Zeichen der allmählichen Einarbeitung in das neue Gesetzeswerk steht. Zudem denkt der Verf. bei den künftigen Benutzern seines Werkes, wie sich aus dem Vorwort ergibt, vor allem an die Dienststellen der aktiven Verwaltung sowie an die Untersuchungsleiter und an die große Zahl der dem Gesetz unterworfenen Beamten. Diesen Benutzern will der Verf. das Eindringen in die neuen Bestimmungen erleichtern, was sicher um so besser erreicht wird, je weniger die Darstellung des Stoffes durch Behandlung wissenschaftlicher Streitfragen und Zitate überladen ist. Als ein solcher „erster Wurf“, der „dem dringenden Bedürfnis der Dienststellen, möglichst bald in den Besitz eines Erläuterungswerks zur RDStD. zu gelangen“ (Vorwort S. IV) abhelfen will, verdient das Buch zweifellos Anerkennung. Man kommt mit ihm schon ein erhebliches Stück

weiter. Der Verf. hat die bei solcher Behandlungsweise nahe liegende Gefahr der Oberflächlichkeit dadurch vermieden, daß er in seinen literarisch unbeschwerteren Ausführungen mit einer vorbildlich klaren Sprache allen praktisch bedeutsamen Fragen wirklich auf den Grund gegangen ist. Es mag hier nur beispielsweise auf die eindringlichen Erläuterungen zu den §§ 13 und 46 RDStD. verwiesen werden. Auch die wiederholten Auslassungen zur technischen Handhabung des Dienststrafverfahrens (vgl. zur Urteilstechnik S. 62 zu § 4 a. E. sowie die sonstigen technischen Anleitungen S. 137 und 169 oben) sind verdienstvoll und tragen den praktischen Zwecken des Buches ausgezeichnet Rechnung. Beachtlich sind auch die Ausführungen des Verf. zur Amtsverschwiegenheit im Dienststrafverfahren (S. 137 ff., bes. S. 138; vgl. hierzu K e u f: JB. 1937, 1385 ff.). Vermeidbar wären m. E. die wiederholten Erörterungen des durch die RDStD. überholten bisherigen Rechtszustandes (z. B. S. 60/61 und S. 78). Erfreulich ist vor allem auch die in den Erläuterungen mehrfach spürbar werdende sittlich-ernste und verantwortungsbewusste Haltung des Verf., in der eine sachlich bedingte Strenge mit menschlich verstehender Milde glücklich gepaart ist.

Einer Vertichtigung bedürfen allerdings die Ausführungen des Verf. zur Frage der Verteidigung im Dienststrafverfahren (vgl. S. 97 unten, 111 — zu § 26 a. E. —, 152 — zu § 47 Anm. 2 a. E. — und 253/54). Wenn der Verf. z. B. auf S. 152 (a. a. O.) sagt: „Erscheint der Beschuldigte (ergänze: in der Untersuchung) mit einem Verteidiger, so ist dieser zurückzuweisen“, so zieht er hier aus § 49 Abs. 3 RDStD. eine Folgerung, die keineswegs geboten ist. Diese Vorschrift lautet bekanntlich: „Ein Verteidiger ist während der Untersuchung nicht zugelassen.“ Mit dieser Vorschrift soll lediglich angeordnet und klargestellt werden, daß es eine „Verteidigung“ als verfahrensrechtliche Einrichtung während der Untersuchung nicht gibt. Damit sollen irgendwelche eigenen verfahrensrechtlichen Befugnisse eines rechtlichen Helfers des Beschuldigten verneint werden. Der Verteidiger als solcher hat ja, wo er rechtlich anerkannt ist, eine eigene gesetzlich begründete Rechtsstellung, die ihm insbesondere bestimmte Einwirkungsbefugnisse und ein Recht auf persönliche Anhörung gewährt (vgl. z. B. §§ 58 Abs. 1 Satz 1 und 61 Abs. 4 RDStD.). Diese Rechtsstellung erlangt der Rechtsanwalt oder die sonst zur Dienststrafverteidigung geeignete Person erst mit der Einreichung der Anschuldigungsschrift bei der Dienststrafkammer: Nunmehr muß dem Verteidiger im Rahmen des § 57 RDStD. die Einsichtnahme in die Verfahrensakten gewährt, er muß zur Hauptverhandlung geladen und — vorbehaltlich der Möglichkeit in § 59 Abs. 1 Satz 3 RDStD. — in ihr gehört werden usw. Eine solche

gesetzlich garantierte Rechtsstellung eines Rechtshelfers des Beschuldigten, wie sie zum Begriff und zum Wesen der „Verteidigung“ gehört, soll es nach der Vorschrift des § 49 Abs. 3 RDStD. in der „Untersuchung“ des Dienststrafverfahrens noch nicht geben. Dies — und nichts anderes — ist der Sinn der Vorschrift. Da die geschilderte Verteidigerstellung, soweit sie besteht, eine durch das Gesetz selbst begründete Rechtsstellung ist, versteht es sich von selbst, daß auch der Untersuchungsführer nicht imstande ist, in der Untersuchung einen eigentlichen „Verteidiger“ zuzulassen. Die Verteidigereigenschaft als gesetzlich verliehene Eigenschaft kann nicht durch „Zulassung“ seitens des Untersuchungsführers begründet werden. Diese Überlegung zeigt aber auch ohne weiteres die Grenzen der Bestimmung in § 49 Abs. 3 RDStD. Es steht nämlich nichts im Wege, daß der Untersuchungsführer jeweils von Fall zu Fall und nach pflichtmäßigem Ermessen dem beschuldigten Beamten gestattet, sich auch in dem Verfahrensabschnitt der Untersuchung eines rechtlichen Helfers und Beraters zu bedienen. Ein „Verteidiger“ im Sinne des Gesetzes ist ein solcher Helfer, auch wenn er die Eignung zum Verteidiger besitzt, jedoch nicht; er ist gewissermaßen nur precario — auf jederzeitigen Widerruf — zugelassen und hat nur jene Einwirkungsmöglichkeiten, die ihm der Untersuchungsführer nach eigenem pflichtmäßigem Ermessen einräumt. Die Wesenseigenschaft echter gesetzlich begründeter „Verteidigung“, also die unentziehbare eigene verfahrensrechtliche Rechtsstellung, liegt somit nicht vor. Ein Verstoß gegen § 49 Abs. 3 RDStD. kann daher gar nicht in Frage kommen. Unter Umständen kann es sich sogar aus der wechselseitigen Treuepflicht des Beamtenverhältnisses ergeben, daß dem Beamten die Hinzuziehung eines rechtlichen Helfers und Beraters in der Untersuchung nicht versagt werden kann. Denn auch die Treue bewährt sich erst in Zeiten der Krise; sie kann gebieten, dem Beamten zu gestatten, sich bei eigener Ungewandtheit und Mangel an hinreichender Sachkunde eines rechtshelfenden Helfers zu bedienen, um eine vielleicht seine ganze Existenz bedrohende Gefahr abzuwehren.

R. A. Reuß, Berlin.

Dr. Max Nadler, MinDir. und Dr. Hermann Wittland, MinR., beide im RM.: *Beamtenrechtliche Gesetze*. (Textausgabe. Deutsches Beamtenrecht Bd. I.) Berlin 1937. Verlag Georg Stilke. XLIV, 1094 S. Preis geb. 15,50 RM.

In der Textausgabe haben die Verf. alle auf den deutschen Beamten anwendbaren Gesetze, Verordnungen, allgemeinen Ausführungs- und Durchführungsbestimmungen nebst Nebengesetzen gesammelt und systematisch zusammengestellt. Dabei ist eine umfassende Quellenmaterialsammlung im Umfang von 1019 Seiten entstanden. Das umfassende Material, das die Verf. zu sichten und auszuwählen hatten, haben sie streng unter folgenden Gesichtspunkten geordnet:

1. Allgemeines Beamtenrecht (Deutsches Beamtengesetz, sämtliche Ausführungs- und Durchführungsvorschriften und Erlasse dazu, Reichsbürgerrecht, strafrechtliche Bestimmungen, Gesetze zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiete des Allgemeinen Beamten-, des Besoldungs- und des Versorgungsrechts, Reichshaushaltsordnung, Gesetz über Maßnahmen im ehemaligen Oberschlesischen Abstammungsgebiet);
2. Dienststrafrecht (Reichsdienststrafordnung, Ausführungs- und Durchführungsbestimmungen dazu, strafrechtliche und strafprozessuale Bestimmungen usw., Dienststrafrecht der Notare, Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben);
3. Besoldungsrecht (mit allen irgendwie in Betracht kommenden Ausführungs- und Durchführungsbestimmungen);
4. Sondergebiete des Beamtenrechts (Entschuldung, Erstattung von Fehlbeträgen, Haftung, Heimstättenbau, Ausbildung zum Kraftfahrlehrer, Reisefostenvergütung, Sozialversicherung, Unfallkostenvergütung, Beamtenvereinigungen, Anstellung von Versorgungsanwärtern, Wehrdienst, Wohnungsrecht);
5. Sondervorschrift für einzelne Beamtengruppen (Ärzte, Tierärzte, Apotheker, auswärtiger Dienst, Reichsbahn, Reichsbank, bautechnischer Verwaltungsdienst, Finanzbehörden, Forst- und Jagdverwaltung, Gemeinden, Gerichte, Staatsanwaltschaften usw., Gesundheitsämter, Hochschullehrer, Reichsminister, Reichsanwältinnen, Reichspatentamt, Polizei, Saarverwaltung, Träger und Behörden der Sozialversicherung, Standesbeamte, Reichsstatthalter, Treuhänder der Arbeit, Versorgungsämter, höherer Verwaltungsdienst, Wehrmachtbeamte, Reichswirtschaftsgerichte, Reichspost, Unterrichtsverwaltung).

Diese Zusammenstellung zeigt schon, daß die Verf. die Textausgabe auf ganz breiter Grundlage aufgebaut haben. Sie geben

eine Zusammenstellung, wie sie in dieser Vollständigkeit und Übersichtlichkeit nirgends mehr vorhanden ist. Die Textausgabe dürfte daher ein unentbehrliches Hilfsmittel für alle diejenigen sein, die sich mit beamtenrechtlichen Fragen zu befassen haben, zumal sie zum großen Teil auch Bestimmungen enthält, die anderswo nur schwer auffindbar sind. Ein ausführliches, sorgfältig bearbeitetes Sachregister erleichtert die Benutzbarkeit der Ausgabe.

R. A. Dr. v. Wohlen, Berlin.

R. A. Dr. Wilhelm Weimar, Köln: *Das Recht des Staates und der öffentlichen Verwaltung*. (Die Rechtswahrerprüfung. Bd. 1.) 2. vermehrte und verbess. Aufl. Köln 1937. Verlag Balduin Pich. 160 S. Preis brosch. 4,80 RM.

Das Buch enthält eine auf Prüfungszwecke abgestellte Zubereitung von Wissensstoff aus dem Gebiet des Staats- und Verwaltungsrechts unter sporadischer Einbeziehung anderer Rechtsgebiete, z. B. des Völkerrechts (S. 22 ff., 84 ff.) und des Kirchenrechts (S. 85 ff.). Die Übermittlung des Wissens erfolgt in Fragen mit Antworten, kurzen systematischen Übersichten, geschichtlichen Abrissen und in Fällen mit Lösungen. Die Fragen werden oft durch ein bloßes Zitat, sei es aus dem Werk des Führers „Mein Kampf“ und aus den Reden des Führers, oder sei es aus dem spärlich und systemlos verarbeiteten Schrifttum beantwortet. Auch sonst ist die Darstellung flüchtig und knapp gehalten.

M. E. hat der Verf. die Aufgabe nicht gelöst, die er sich mit der Niederschrift eines Vorbereitungsbuches für Examen-zwecke gestellt hat. Ein solches Buch muß mit gedrängter Kürze ein Höchstmaß an Klarheit und begrifflicher Schärfe zu verbinden suchen. Die unvermeidliche Knappheit der Darstellung darf nicht dazu führen, daß die behandelten Gebiete nur „in wenigen Worten gestreift“, sie müssen vielmehr um so konzentrierter in ihrer inneren Substanz erfaßt werden. Was die Darstellung an äußerer Breite verliert, muß sie an innerer Fülle gewinnen. Das ist gewiß eine schwere Aufgabe, mer sie aber in Angriff nimmt, muß sie ernstlich zu meistern suchen. Gerade in einem Buch, das der Prüfungsvorbereitung dient, ist nichts so wichtig wie unerbittliche Klarheit der Begriffe. Das eigentliche „Wissen“, d. h. das gedächtnismäßige Behalten von Namen, Zahlen, Tatsachen und Geschehnissen ist gegenüber dem Wert eines gründlichen und disziplinierten Denkens nicht zu überschätzen. Klares begriffliches Denken befähigt vor allem auch dazu, den sonst fast unbezwingbaren unfaßenden Wissensstoff gedanklich zu ordnen und in dieser Ordnung zu meistern.

Diesen Erwartungen wird das vorliegende Buch nur unvollkommen gerecht. So gehen z. B. gleich im Eingang des Buches der Staatsbegriff im engeren Sinne und der Staatsbegriff im weiteren Sinne unklar durcheinander; es bleibt daher ungewiß, ob die jeweils gestellte Frage und die darauf gebotene Antwort auf den Staat im engeren oder im weiteren Sinne zu beziehen ist. Eine Klarstellung dieser Ungewißheit ist aber eine elementare Notwendigkeit, der unbedingt Rechnung zu tragen ist, wenn nicht alle Vorstellungen von den Einrichtungen unseres Verfassungslebens verschwommen und ungenau sein sollen (vgl. dazu Reuß: *JW.* 1935, 2314 ff.). Bedenklich sind auch die Ausführungen auf S. 78 zu § 20 PolVerwG. über die Dauer der polizeilichen Eigentümergehaltung (vgl. Reuß: *JW.* 1933, 2565 ff.), die Bestimmung des Begriffs „Behörde“ auf S. 96, die Ausführungen auf S. 41 zu dem Verhältnis des § 839 BGB. zu den §§ 823 ff. BGB. (vgl. Reuß: *JW.* 1937, 1967 ff.) und die Ausführungen auf S. 30 u. 31 über die Anwendbarkeit zivilrechtlicher Vorschriften im öffentlichen Recht — eine solche kommt nämlich überhaupt nicht in Betracht, es kann nur eine Anwendung eines in einer zivilrechtlichen Vorschrift erkennbar gewordenen allgemeinen Rechtsgedankens in Frage kommen.

Auch sonst hat das Buch Mängel. So wird der Benutzer z. B. auf S. 9 gebeten, die Entsch. *VG.* Berlin 202 O 287/35 zu vergleichen, ohne daß die Abdruckstelle der Entsch. angegeben wird. Oft ist auch für Urteile, die in der *JW.* veröffentlicht sind, nicht diese den jungen Rechtswahrern am besten zugängliche Zeitschrift, sondern ein anderer Fundort genannt; es sollte dann neben diesem anderen Fundort mindestens auch die Abdruckstelle in der *JW.* angegeben werden. Eine Eignung des Buches kann m. E. nur für denjenigen Benutzer in Betracht kommen, der schon vorhandene Kenntnisse mit kritischem Abstand vor dem Examen nochmals überprüfen will. Zum eigentlichen Lernen, wenn man darunter die Gewinnung eines inneren Verständnisses versteht, ist das Buch nicht brauchbar.

R. A. Reuß, Berlin.

Prof. Dr. Arnold Röttgen: Deutsche Verwaltung. (Neue Rechtsbücher für das Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften). 2. Aufl. Berlin 1937. Weidmannsche Verlagsbuchhdlg. XV, 249 S. Preis geb. 5 RM.

Das Buch bringt eine grundrissmäßige Darstellung des deutschen Verwaltungsrechts. Fern von dogmatischen Erörterungen und monographischen Darlegungen ist der Grundriss offensichtlich dazu bestimmt, dem Studenten für den akademischen Unterricht eine wissenschaftliche Darstellung an die Hand zu geben, die ihm bei einer ihm so fremden und komplizierten Materie wie dem Verwaltungsrecht ein Mitschreiben der Vorlesung erspart. Bei der Gedrängtheit der Darstellung wird es allerdings erforderlich sein, daß der junge Rechtswahrer die Vorlesung auch selbst hört; denn vieles, was in dem Grundriss steht, ist in seiner umfassenden Tragweite doch nur durch eine Erläuterung im Unterricht verständlich.

Der Grundriss gliedert sich in sechs Hauptteile. Unter dem Kapitel „Grundbegriffe“ wird insbes. das Wesen öffentlicher Verwaltung und die Verwaltungswissenschaft, Verfassung und Verwaltung, Verwaltung und Verwaltungsrecht, Rechtsquellen des Verwaltungsrechts, Verwaltung und Gerichtsbarkeit, Geschichte der deutschen Verwaltung behandelt. Das zweite Kapitel befaßt sich mit der Organisation der Verwaltung unter folgenden Gesichtspunkten: Allgemeine Grundprinzipien der Verwaltungsorganisation und des Behördenaufbaues, die allgemeine Verwaltung, die Sonderverwaltungen, Ortsgemeinde und Gemeindeverband, die Selbstverwaltung der Körperschaft des öffentlichen Rechts, öffentliche Anstalten, Beamtentum, die Verwaltungsbehörden und Sachen im Gemeingebrauch. Sodann werden die Aufgaben der Verwaltung (Art und Umfang der Verwaltungstätigkeit, die Polizei, Führung und Planung als Aufgabe der öffentlichen Verwaltung, die Verwaltung und die gebundenen Berufe, Versorgungsverwaltung, Verwaltung der öffentlichen Aufgaben) geschildert. Ein besonderes Kapitel lautet „Verwaltung und Volksgemeinschaft“ mit den Themen NSDAP. und Verwaltung, der deutsche Volksgenosse und sein Verhältnis zur Verwaltung, öffentliche Pflichten, subjektive öffentliche Rechte und die öffentlich-rechtliche Entschädigung. Die beiden letzten Kapitel befassen sich ausführlich mit Rechtsformen des verwaltungsrechtlichen Handelns, insbes. der Lehre vom Verwaltungsakt und den Kontrollen der Verwaltungstätigkeit.

Die Darstellung dieser umfangreichen Sachgebiete ist dabei sehr zusammengefaßt, leider auch auf Kosten der leichten Lesbarkeit und der leichten Verständlichkeit. Es wäre erwünscht, wenn wenigstens die eine oder andere Frage durch Beispiele anschaulicher gemacht würde, zumal der Verf. auf Ausführung der Rechtsprechung fast gänzlich verzichtet. Der — im Bestreben, möglichst viel auf geringem Raum zu geben — schwer lesbare Stil (lange Sätze, wenig Absätze) und eine recht unübersichtliche Druckanordnung ist der leichten Benutzbarkeit des Buches abträglich. Da der Grundriss durchaus eine Lücke in dem Schrifttum für den akademischen Unterricht ausfüllt, wäre es zu wünschen, wenn Verf. und Verlag doch in Erwägung zögen, diese kleinen Mängel zu beseitigen, wenn auch dadurch der Grundriss einen etwas größeren Umfang erhalten würde.

RM. Dr. v. B o h l e n, Berlin.

Durchführungsbestimmungen zum Deutschen Beamtengesetz und zur Reichsdienststrafordnung, enthaltend die Durchf. zu beiden Gesetzen vom 29. Juni 1937, die Durchf. zum DVG. für die Kommunalbeamten v. 2. Juli 1937, die Durchf. zur RDStD. für die Kommunalbeamten v. 3. Juli 1937, die Ausführungsanweisung zum DVG. für die Kommunalbeamten v. 1. Juli 1937, die D. über die Nebentätigkeit der Beamten v. 6. Juli 1937 und den Erlaß des Führers und Reichszanzlers über die Ernennung der Beamten und die Beendigung des Beamtenverhältnisses v. 10. Juli 1937. Stuttgart 1937. Verlag W. Kohlhammer. 154 S. Preis brosch. 1,40 RM.

Helmuth von Wedelstädt, Landeshauptmann in Königsberg i. Pr.: Deutsches Beamtengesetz v. 26. Jan. 1937. Nachtrag. Verordnung zur Durchführung des Deutschen Beamtengesetzes vom 29. Juni 1937 mit Erläuterungen nebst weiteren Durchführungsbestimmungen und dem Deutschen Polizeibeamtengesetz. München und Berlin 1937. E. S. Beck'sche Verlagsbuchhdlg. 84 S. Preis —,90 RM. Hauptband zus. mit Nachtrag 4,50 RM.

Dr. jur. Hans Schneider, Berlin: Gerichtsherr und Spruchgericht. (Wehrrechtliche Abhandlungen. Heft 4.) Berlin 1937. Verlag Franz Vahlen. 92 S. Preis kart. 2,80 RM.

Es ist erfreulich, daß sich das Interesse der jungen Generation auch auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft dem deutschen Heerwesen und dem Ausbau des Wehrrechts zuwendet. Besonders erfreulich ist es dann, wenn in erster wissenschaftlicher Weise der Drang nach Wahrheit und nach Klarheit in solchen Arbeiten zum Ausdruck kommt und das unsichere Hell Dunkel tönender Phrasen vermieden wird. Dies ist aber bei der vorl. Abhandlung der Fall. Sie reiht sich den von Diez mit glücklicher Hand ausgewählten „Wehrrechtlichen Abhandlungen“ als Heft 4 an und will mit der Behandlung des Themas „Gerichtsherr und Spruchgericht“ einmal einen Beitrag zur Geschichte des Militärrechts liefern, andererseits aber auch zur Klärung der Beziehungen zwischen Staatsverfassung und Wehrordnung beitragen. Mit Recht behandelt Verf. sein Thema nicht isoliert, sondern unter Berücksichtigung der jeweiligen Staatsverfassung und Wehrordnung, die die Gestaltung der militärischen Gerichtsverfassung und des Militärstrafverfahrens weitgehend bedingen.

Verf. beginnt mit einem Rückblick auf die Strafjustiz im Heerwesen des Altertums (Griechenland, Rom), schildert sodann eingehender, was uns über die militärische Strafjustiz in der Germanenzeit und im deutschen Mittelalter bekannt ist. Hieran schließt sich eine eingehende Schilderung der Strafjustiz in den Söldnerheeren des 15., 16. und 17. Jahrhunderts und eine Untersuchung über die Strafbefugnis der Hauptleute bzw. Obersten und über die Entstehung des Schultheißengerichts und der Urteilsbestätigung. Besonders fesselnd ist die Schilderung der Militärjustiz in Gustav Adolfs Heer, in der erstmals ein Generalauditor als „des Feldmarschallens Statthalter in Rechtsachen“ vorkommt, der die Militärjustiz in betonter Unabhängigkeit von den Regimentsobersten leitet (§ 6). Es folgt nun eine sehr sorgfame Darstellung der interessanten Rechtsentwicklung in Brandenburg-Preußen und im Reich bis zur Gegenwart, die uns zwar schon aus anderen (älteren) Veröffentlichungen weitgehend bekannt ist, zu der Verf. aber manchen neuen Gesichtspunkt beiträgt. Hier liegt der Schwerpunkt der Arbeit, die das Problem natürlich vom nationalsozialistischen Standpunkt aus betrachtet, was die früheren Darstellungen nicht getan haben und nicht tun konnten. Aus der Fülle der Fragen, die hier behandelt werden, sei nur eine herausgegriffen, die gerade heute von großer Bedeutung sein kann: die Frage, wie groß der Einfluß des Liberalismus auf die MilStGD. von 1898 war. Ich sehe in diesem Punkt anders als der Verf. Die Zugeständnisse, die die Regierung hier machte, waren teils mehr äußerlicher Natur und hatten mehr optische als reale Bedeutung, teils waren sie durch die strafprozessuale Erkenntnis bedingt, daß Strafverfolgung, Aburteilung und Strafvollstreckung nicht in der Hand eines Mannes vereint werden dürfen. Im großen und ganzen aber hat der Liberalismus in der MilStGD. von 1898 keinesfalls einen Sieg errufen. Das glaubte er auch selbst nicht, und deshalb überschüttete er vor und nach dem Weltkrieg die deutsche Militärjustiz mit den heftigsten Angriffen. Über die erwähnte Frage schrieb V i n d i n g (in einem Aufsatz im „Tag“ 1913): „Nach meiner bisherigen Anschauung ist das Dies ater des Reichstages auf dem Gebiete der Justizgesetzgebung der Tag gewesen, an welchem der Reichstag die MilStGD. mit ihrem unmöglichen Gerichtsherrn und ihrer fast noch unmöglicheren Bestätigung strafgerichtlicher Urteile angenommen hat.“ Meines Erachtens hatte V i n d i n g recht, wenn er meinte, daß der Liberalismus mit Annahme der MilStGD. von 1898 durch den Reichstag eine schwere Niederlage erlitt. Ist dieser Standpunkt richtig, dann ergeben sich gegen einige der vom Verf. am Ende seiner Abhandlung (bei S. 80 ff.) gemachten Vorschläge Bedenken, die vom Verf. gewünschte Ausdehnung der Urteilsbestätigung auf das Friedensverfahren ist übrigens mit dem Rechtsmittelsystem nicht erträglich und würde zu empfindlichen Verzögerungen führen.

Doch durch all dies wird der Wert der Arbeit des Verf. nicht verkleinert, der ein altes, jetzt wieder höchst aktuelles Problem der Militärgerichtsverfassung und des Militärstrafverfahrens sorgfältig und fesselnd rechtsgeschichtlich untersucht und vom Standpunkt nationalsozialistischer Weltanschauung durchleuchtet hat.

Reichskriegsgerichtsrat Dr. Dr. S t o d k, Berlin.

Jugend und Recht. Organ der Jungen Rechtswahrer des NSDAP. und der Reichsfachgruppe Rechtswissenschaft der Reichsstudentenführung. 11. Jahrgang. Berlin 1937. Deutscher Rechtsverlag. Vierteljährlich 0,70 RM., Einzelheft 0,25 RM.

Das Juli-Heft der Zeitschrift „Jugend und Recht“ steht unter dem Thema „Mehr Verantwortung!“ Mehrere Aufsätze beschäf-

tigen sich mit der gegenwärtigen Ausbildung der Referendare und kommen übereinstimmend zu dem Ergebnis, daß der in § 27 Justizausbildungsordnung ausgesprochene Grundsatz, nach dem der Referendar im Vorbereitungsdiensitz zu wachsend selbständiger Tätigkeit angehalten werden soll, nur eine programmatifische Forderung enthält, deren praktische Auswirkung nur äußerst gering ist. Von den drei Auffägen (Wehr Verantwortung! von Billig, Die Justizausbildungsordnung, von Henniges, Referendarbezernate als Mittel der Persönlichkeitsbildung und Leistungsauslese, von Dr. Köhler), die die derzeitige Ausbildung einer Kritik unterziehen, verdient der von Köhler wegen seiner Gründlichkeit, seiner Tiefe und der gebrachten Vorschläge besondere Beachtung.

Die Justizausbildungsordnung v. 22. Juli 1934 stellte ohne Zweifel einen ganz bedeutenden Fortschritt in der Ausbildung der deutschen Rechtswahrer dar, beseitigte sie doch eine Fülle verchiedenartigster Ausbildungs- und Prüfungsordnungen, an deren Ende jeweils die „Befähigung zum Richteramt“ stand. Mit der Beseitigung dieser mannigfaltigen Ausbildungsvorschriften und der Schaffung eines einheitlichen Werdeganges war der erste Schritt getan zur Schaffung des Typs des deutschen Rechtswahrers. Die vergangenen drei Jahre haben aber gezeigt, daß die gefundene Lösung noch nicht die letzte Lösung des Ausbildungsproblems sein kann, daß die derzeitige Ausbildungsordnung den Anforderungen noch nicht gerecht wird. Zugegeben, daß die beste Ausbildungsordnung nutzlos ist, wenn der Mann, der die Ausbildung vornimmt, ungeeignet ist, so muß man gleichwohl Köhler darin recht geben, daß die Justizausbildungsordnung so gut wie gar keine Ansätze dafür erkennen läßt, wie denn die Steigerung der Selbständigkeit und Eigenverantwortung des Referendars erreicht werden soll. Köhler schlägt hierzu vor, beim „Kleinen“ und „Großen“ Amtsgericht Referendarbezernate einzurichten, „die jedem Referendar, dessen Leistungen den Durchschnitt überragen, zu völlig selbständiger und eigenverantwortlicher Bearbeitung zu übertragen wären“. Daß dieser Vorschlag praktisch durchführbar ist und nicht etwa wegen der „Unfähigkeit“ der Referendare scheitern muß (ich erinnere an das ungerichtetfertige Wort eines mit der Ausbildung theoretisch befaßten Beamten, daß 1000 Referendare nicht einen Justizbeamten ersetzen könnten), beweist schon die Tatsache, daß in den Jahren nach der Inflation in zahlreichen Fällen Referendare zu Richtern kraft Auftrages bestellt wurden, ein volles Dezernat bewältigen mußten und zur Zufriedenheit bewältigten!

Der Vorstoß der Reichsgruppe „Junge Rechtswahrer“ ist nur zu begrüßen; er entspringt nicht einem Oppositionsgeist (der den Referendaren vielfach nachgesagt wird), sondern einem verantwortungsbewußten Mitarbeiten und Mitorgen für die Heranbildung des nationalsozialistischen Rechtswahrers.

Affessor Rudolf Leppin, Berlin.

Dr. Wilhelm Albrecht, ObRegR. z. D. und Dr. Walter Scheerbarth, ObRegR., Dozent a. d. Univ. und Verwaltungsakademie Köln: Neues Gemeinderecht. (Schaeffers Neugestaltung von Recht und Wirtschaft. Heft 14, 2. Teil.) 3. geänderte u. ergänzte Aufl. Leipzig 1937. Verlag W. Kohlhammer, Abt. Schaeffer. 74 S. Preis kart. 1,80 RM.

Der Grundriß „Neues Gemeinderecht“ gliedert sich in die Abschnitte: 1. Deutsche Gemeindeordnung (§. 10—57), 2. Gemeindeverbände (§. 58—67), 3. Reichshauptstadt Berlin (§. 68 bis 70) und 4. Deutscher Gemeindetag (§. 70—72). Der erste Abschnitt „Die Deutsche Gemeindeordnung“ enthält die Wiedergabe des Gesetzes unter den Themen: Lebensgrundlagen der deutschen Gemeinden, Gemeindeverfassung, Gemeindevirtschaft, Staats- oder Kommunalaufsicht. Eine Einleitung (§. 5—9) enthält neben einer recht kurzen Anführung einiger Grundbegriffe eine gute Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des Deutschen Gemeinderechtes.

Der Grundriß ist wegen seiner hervorragenden Übersichtlichkeit, Klarheit und Knappheit vorbildlich.

Für den praktischen Gebrauch würde es sich allerdings empfehlen, wenn zukünftig das grundsätzliche Verhältnis von Gemeinde und Partei eine eingehendere Verarbeitung finden würde. Hier scheint der Abschnitt: Der Beauftragte der NSDAP. (§. 36) zu dürftig und die Einarbeitung der Anweisungen des Stellvertreters des Führers an die Beauftragten der Partei auf Grund des § 118 DGemO. erforderlich. Auf §. 30 oben zu § 45 DGemO. wäre z. B. die Anweisung 9 an die Beauftragten der Partei zu erwähnen gewesen. Auch die wichtige Anordnung des Stellvertreters des Führers, wonach bestehende Personalunionen zwischen Kreisleiter und Bürgermeister bis zum 1. Okt. 1937 zu lösen sind, hätte einer Berücksichtigung und Würdigung bedurft.

RA. Dr. von Bohlen, Berlin.

Reichsminister Hanns Kerrl und Oberbürgermeister Dr. Dr. Weidemann: Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Jan. 1935: Kommentar. 2. erweiterte Aufl. Berlin 1937. Verlag für Recht und Verwaltung E. V. Welter GmbH. 1110 S. Preis geb. 10,70 RM.

Die Verf. legen ein (nunmehr in 2. Auflage erheblich erweitertes) Erläuterungswerk zur Deutschen Gemeindeordnung vor, daß — insbes. für den Praktiker — wegen seiner Vollständigkeit, Gründlichkeit und Wissenschaftlichkeit unentbehrlich sein wird. Es gibt keine DurchfW., AusfW., Anordnung oder Überleitungsvorschrift, über die der Kommentar keinen Aufschluß gäbe.

Im einzelnen sind im Gesetztext der Deutschen Gemeindeordnung und der amtlichen Begründung übersichtlich abgedruckt und erläutert sämtliche bisher ergangenen DurchfW. des RMdZ. einschließlich der RücklagenW., die AusfW., die Anweisungen des Stellvertreters des Führers, die noch geltenden Vorschriften des PrGemZinG., des Gef. über die Verfassung und Verwaltung der Reichshauptstadt Berlin und sämtliche Überleitungsvorschriften der Länder und des Saarlandes.

In den in jeder Beziehung erschöpfenden und treffenden Erläuterungen zu den einzelnen Paragraphen der DGemO., die die große praktische Erfahrung der Verf. zeigen, sind jeweils die tragenden Gedanken des Gesetzes aufgezeigt und aus nationalsozialistischem Fühlen heraus behandelt. Dabei ist keiner Zweifelsfrage aus dem Wege gegangen. Jede unnötige Wiederholung des Inhalts der amtlichen Begründung ist aber mit Recht vermieden. Ein umfangreiches, sorgfältig verfaßtes Sachregister leistet beim Auffuchen der Gesetzesquellen und Erläuterungen gute Dienste.

Besonderer Erwähnung bedürfen die einleitenden, eingehenden systematischen Ausführungen über die Stellung des Parteibeauftragten in der Gemeinde (§. 7—27). Diese Ausführungen sind geradezu grundlegend für die junge und noch nicht genügend erprobte Einrichtung der Parteibeauftragten. Mit Recht weisen die Verf. darauf hin, daß es Sache der Gemeindeleiter wie der Aufsichtsbehörden ist, in verständnisvoller Weise mit dem Parteibeauftragten zusammenzuarbeiten und in ihm nicht etwa eine Einrichtung zur Minderung der eigenen Rechte zu sehen, sondern eine solche, die dem hohen Ziel dient, den Einfluß von Partei und Staat sicherzustellen.

RA. Dr. von Bohlen, Berlin.

Das neue Recht in Preußen. Hrsg. von Staatssek. Dr. Freisler und Staatssek. i. e. R. Grauert, unter Mitwirkung von OStA. Dr. Krug. Lieferungen 31—33. Berlin 1937. Industrieverlag Späth & Linde. Preis je Blatt 5 Rpf. zuzügl. Postgebühren.

Zu dem wiederholt in der „Juristischen Wochenschrift“ besprochenen Werk Freisler-Grauert, „Das neue Recht in Preußen“, sind drei weitere Ergänzungslieferungen erschienen; sie enthalten auf rund 460 Blättern (neues preussisches Recht!) Texte und kurze Erläuterungen von Verordnungen, Erlässen und Verfügungen bis etwa Mitte Juni 1937.

Das neue Deutsche Reichsrecht. Hrsg. von Staatssek. Pfundtner und RA. Dr. Neubert, unter Mitwirkung von MinD. Dr. Medicus. Lieferungen 61—63. Berlin 1937. Industrieverlag Späth & Linde. Preis je Blatt 3 Rpf. zuzügl. Postgebühren.

Durch die drei neuen Lieferungen ist das Werk auf den Stand der Gesetzgebung von Ende Juli 1937 gekommen; es enthält in der üblichen Weise Texte der Gesetze und Verordnungen nebst kurzen Erläuterungen, die zu einer schnellen vorläufigen Information stets willkommen sind, wenn ihnen auch nicht immer bedingungslos gefolgt werden kann. Der Umfang der Gesetzgebung hat inzwischen auch für dieses Werk wieder eine neue Sammelmappe erforderlich gemacht.

Jahrbuch des Deutschen Rechts. Hrsg. von den Staatssekretären Dr. Schlegelberger und Dr. Freisler, RA. Dr. Neubert und den Ministerialräten Dr. Hoyer und Staub. Neue Folge, 4. Bd., Heft 2 u. 3. 35. Jahrg. Berlin 1937. Verlag Franz Vahlen. Preis für Heft 2: kart. 10,20 RM., für Heft 3: 9,50 RM.

Zum Jahrbuch des Deutschen Rechts liegen zwei weitere Vierteljahreshefte vor, die auf rund 450 Seiten in der bekannten Weise einen Überblick über die Rechtsprechung und wichtigere Erscheinungen des Schrifttums in der Berichtszeit (Januar bis Juni 1937) geben. Was diese Hefte über ein bloßes Nachschlagewerk hinaushebt, sind die den einzelnen Abschnitten vorangestellten Einleitungen, in denen von den Sachbearbeitern eine Übersicht über die Rechtsentwicklung geboten wird.

Rechtsprechung

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

Strafrecht

Blutschutzgesetz

1. RG. — § 5 BlutschutzG. Das Verhalten des anderen an der Rassenchande beteiligten, aber nicht strafbaren Teiltes darf, aber muß nicht strafmildernd berücksichtigt werden. Die Entsch. darüber ist dem Ermessen des Richters überlassen.

(RG., 1. Str.Sen. v. 16. Juli 1937, 1 D 457/37.)

Strafgesetzbuch

2. RG. — § 42 b StGB. Gegen einen gefährlichen Wohnheimsverbrecher kann, auch wenn seine Zurechnungsfähigkeit erheblich gemindert ist, auf Zuchthaus und Sicherungsverwahrung erkannt werden. Immer aber ist solchenfalls gemäß § 42 b StGB. zunächst zu untersuchen, ob nicht durch seine Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt die öffentliche Sicherheit in ausreichendem Maße gewährleistet wird (3 D 265/36 und 3 D 1081/36).

(RG., 3. Str.Sen. v. 11. Aug. 1937, 3 D 467/37.)

3. RG. — §§ 48, 49 StGB. Um beurteilen zu können, ob jemand eine Tat, zu der er mitgewirkt hat, als eigene gewollt habe, oder ob er sie nur als eine fremde habe unterstützen wollen, wird man stets wesentliches Gewicht auf den Grad seines eigenen Interesses an dem Erfolge legen müssen. Je stärker das eigene Interesse ist, um so näher liegt es, bei ihm das Wollen der Tat als eigener anzunehmen. Zwar ist der Gesichtspunkt des eigenen Interesses nicht rechtlich unbedingt entscheidend. Aber will man zwischen den Möglichkeiten der Täterschaft und der Beihilfe erschöpfend abwägen, so wird man an ihm nicht vorbegehen können.

(RG., 1. Str.Sen. v. 13. Aug. 1937, 1 D 477/37.)

4. RG. — §§ 153 ff., 2 StGB.; § 807 ZPO. Der Offenbarungsschuldner macht sich eines Meineids dann nicht schuldig, wenn er unter seinem Offenbarungseid bewußt wahrheitswidrig außer seinem vollständigen Vermögen auch noch Vermögensstücke als zu diesem gehörig angibt, die ihm in Wahrheit nicht gehören. †)

Mit Grund bekämpft es die Rev. als rechtsirrig, daß das SchwG. die beiden Beschw. in Anwendung des § 2 StGB. wegen Meineids verurteilt hat, weil sie beide unter ihrem Offenbarungseide — bewußt wahrheitswidrig — außer ihrem vollständigen Vermögen auch noch Vermögensstücke als zu diesem gehörig angegeben haben, die ihnen in Wahrheit gar nicht gehörten, und zur Begründung dessen wissenschaftlich noch weitere unwahre Angaben gemacht haben.

Das SchwG. erkennt zwar richtig, daß nach dem Wortlaut des § 153 StGB. i. Verb. m. § 807 ZPO. die Beschw. nicht hätten bestraft werden können, weil § 807 ZPO. die Eidespflicht auf die Vollständigkeit der Angaben über das vorhandene Vermögen beschränkt hat. Diese Vollständigkeit aber kann durch die Hinzufügung des nicht zum Vermögen Gehörigen nicht beeinträchtigt werden; das entspricht der ständigen Rspr. des RG. Ihr zufolge kann eine strafbare Eidesverletzung nur dann vorliegen, wenn die Angaben, zu deren eidlicher Erstattung der Schwörende (sei es als Zeuge, sei es als Offenbarungsschuldner) verpflichtet war, ganz oder zum Teil der Wahrheit nicht entsprochen haben; der Anwendungsbereich der Strafvorschriften wegen

Eidesverletzung beschränkt sich auf den Umfang der Eidespflicht des Schwörenden; was hierüber hinausgeht, wird, auch wenn es eine bewußte Unwahrheit enthält, nicht als Eidesverletzung bestraft. Beim Zeugenmeineid tritt die Bedeutung dieser Grenzziehung freilich in den Hintergrund, weil dem Zeugen durch die allgemeine Fassung der Eidesformel in § 66 c StPD. die Aufdeckung seines ganzen Wissens nach der bejahenden und nach der verneinenden Richtung zur Pflicht gemacht worden ist. Das darf aber nicht dazu führen, die im § 153 StGB. und § 807 StPD. für den Offenbarungseid enger gezogenen Grenzen zu überschreiten und den Offenbarungsschuldner wegen unwahrer Angaben, die über die „vollständige Offenbarung seines Vermögens“ hinausgehen, des Meineids für schuldig zu halten. Hätte das Gesetz die Eidespflicht des Offenbarungsschuldners auf alle Angaben erstrecken wollen, die er im Offenbarungstermin macht, so hätte es dies ausdrücklich bestimmt. Offenichtlich wollte es aber die Interessen des Gläubigers nur soweit durch die schwere Meineidsstrafandrohung unter Schutz stellen, daß ihm kein zu seiner Befriedigung geeigneter Vermögensgegenstand verschwiegen werde, hat aber für sein weitergehendes Interesse, nicht durch falsche Angaben des Schuldners über ihm gar nicht gehörende Vermögensstücke irre geleitet zu werden, diesen gewichtigen Strafschutz nicht für erforderlich und angemessen gehalten. Hiernach irrt das SchwG., wenn es auf dem Weg über § 2 StGB. dem Grundgedanken des § 153 die Rechtfertigung dafür entnehmen will, daß die Angekl. im vorliegenden Fall als Meineidige zu bestrafen seien. Auch ein gesundes Volksempfinden kann nicht — entgegen dem das ganze Eidesrecht beherrschenden Grundsatz — Ausfagen der Meineidsstrafe unterstellen, die nicht unter die Eidespflicht fallen. Damit würde der Rspr. auf diesem Gebiet der — unentbehrliche — sichere Boden entzogen. Bezüglich beider Eheleute M. verkennt übrigens das SchwG., daß sich ihre Strafbarkeit zwar nicht wegen vollendeten, wohl aber wegen versuchten Meineids bereits unmittelbar aus den tatrichterlichen Feststellungen in Verb. m. der zum § 153 ergangenen Rspr. ergibt; denn es stellt ausdrücklich fest, daß sie den Umfang ihrer Offenbarungspflicht auf alle Angaben bezogen haben, die sie im Offenbarungseidetermin machten und geschworen. Statt weiterer Ausführungen kann auf die Ur. des erf. Sen. vom 9. Dez. 1930, 1 D 703/30; JW. 1931, 2128 = DRZ. 1931 Nr. 116, sowie des 5. Str.Sen. v. 17. Sept. 1936, 5 D 521/36; DRZ. 1936 Sp. 578 Nr. 635 verwiesen werden.

(RG., 1. Str.Sen. v. 29. Juni 1937, 1 D 379/37.)

Anmerkung: Der vorl. Entsch. ist im Ergebnis zuzustimmen. Es besteht keine Möglichkeit im Wege der Analogie eine Person nach § 153 StGB. zu bestrafen, die unter einem Offenbarungseid nach § 807 ZPO. außer ihrem vollständigen Vermögen auch noch Vermögensstücke als dazugehörig angibt, die in Wirklichkeit nicht dazu gehören. Nach dem Wortlaut des § 807 ZPO. ist der Offenbarungseid dahin zu leisten: „daß der Schuldner nach bestem Wissen sein Vermögen so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei.“ Der Gesetzgeber hat hier klar die Grenzen dessen festgelegt, was zu beides ist. Die Begrenzung ist sinnvoll, da das Offenbarungseidverfahren als Teil des Zwangsvollstreckungsverfahrens dazu dient, dem Gläubiger die Kenntnis aller derjenigen Werte zu verschaffen, an die er sich zu Recht halten kann.

Von dieser Begrenzung der Eidespflicht durch den Gesetzgeber muß man ausgehen, um hier zu der richtigen Er-

kenntnis zu gelangen, daß eine Anwendung des § 153 StGB. i. Verb. m. § 2 StGB. nicht möglich ist. Die vorl. Entsch. begründet die Ablehnung der Analogie damit, daß der Grundgedanke des § 153 StGB. auf den vorl. Tatbestand keine Anwendung finden könne. Wegen die Nichtigkeit dieser Begründung scheinen mir erhebliche Bedenken zu sprechen. Der Grundgedanke des § 153 StGB. ist in dem Verbot unwahrer eidlicher Ausjagen vor den dazu berufenen Behörden zu sehen. Dieser Grundgedanke des Gesetzes trifft auch, ohne daß man dem Gesetzeswortlaut Zwang antun müßte, auf den vorl. Fall zu. Trotzdem kann in dem vorl. Fall eine Bestrafung gem. §§ 2, 153 StGB. nicht stattfinden. Der Gesetzgeber hat erkennbar die Grenzen der Eidleistung gezogen, in dem er die enge Eidformel des § 807 ZPO. festlegte. Nimmt aber der Gesetzgeber eine solche Begrenzung nach äußerlichen Merkmalen vor, so ist der Richter daran gebunden (vgl. Freiesleben-Kirchner-Niethammer, „Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich“, 1936, 4 § 2; Becker: *DF*. 1937, 458).

Bei jeder Prüfung einer Anwendungsmöglichkeit des § 2 StGB. ist daher stets neben der Prüfung, ob der Grundgedanke eines Strafgesetzes vorliegt, die weitere Prüfung vorzunehmen, ob nicht die Fassung des Gesetzes ersichtlich eine Analogie verbietet (vgl. Frank, „Strafgesetzbuch“, 1936, S. 188, III, 2 zu § 2).

Demnach muß man unter Bejahung des Vorliegens des Grundgedankens aus § 153 StGB. zu demselben Ergebnis kommen, wie das RG., weil der Wille des Gesetzgebers hier ersichtlich einem Analogieschluß entgegensteht.

RA. Dr. jur. Otto Rilk, Berlin.

*

5. RG. — §§ 248 a, 264 a StGB. Begriff der „geringwertigen Gegenstände“.

In dem Urte. v. 25. Mai 1936, 5 D 376/36 hat das RG. es als ein beachtliches Anzeichen für die „Geringwertigkeit“ neben sonstigen Umständen angesehen, ob der Wert der durch Täuschung verschafften Gegenstände über den Betrag hinausgeht, der einer Person in den Lebensverhältnissen des Täters im Falle der Erwerbslosigkeit als Erwerbslosenunterstützung zustehen würde. Das RG. hat in diesem Urteil eine Geringwertigkeit dann verneint, wenn der durch Täuschung erlangte Gegenstand in seinem Werte über den Mindestsatz der für eine Woche dem Täter zustehenden Erwerbslosenunterstützung hinausgeht (vgl. ferner RGSt. 22, 243/245; 46, 408, 409 bis 412; 48, 52, 55; 52, 296/298).

(RG., 5. Str.Sen. v. 19. Juli 1937, 5 D 450/37.)

*

6. RG. — §§ 263, 266 StGB. Zur Strafverfolgung der zwischen Eltern und Kindern begangenen Untreue bedarf es eines Strafantrages des verletzten Verwandten.

Zu der Entsch. RGSt. 70, 205, 208/09 = *JW*. 1936, 2099³⁴ ist ausgesprochen worden, daß es zur Strafverfolgung einer nach § 266 StGB. n. F. zu beurteilenden Untreue zwischen Ehegatten ebenso wie beim Betruge (§ 263 Abs. 5 StGB.) eines Strafantrags des verletzten Ehegatten bedürfe, obwohl der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 266 StGB. keine ausdrückliche Vorschrift aufgenommen hat, daß die Untreue unter Ehegatten nicht gegen den Willen des Verletzten verfolgt werden soll. Der erf. Sen. tritt dieser Entsch. und ihrer Begründung bei. Die dort angeführten Gesichtspunkte treffen aber auch für das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern zu. Auch hier schafft die enge Verbindung innerhalb der Familiengemeinschaft vielfache vermögensrechtliche Treueverhältnisse, die bis zur Neufassung des § 266 StGB. nicht unter den Schutz der Strafvorschrift über Untreue gestellt waren. Demnach muß es als Wille des Gesetzgebers angesehen werden, daß es zur Strafverfolgung auch der nach dem Inkrafttreten des § 266 StGB. n. F. zwischen Eltern und Kindern begangenen Untreue eines Strafantrags des verletzten Verwandten bedarf.

(RG., 2. Str.Sen. v. 22. Juli 1937, 2 D 438/37.)

Devisenstrafrecht

7. RG. — §§ 9, 10, 29, 31, 35, 42 DevG.; § 1 DurchfVO. zum DevG.; § 73 StGB. Wer für ausländische kursfähige Goldmünzen Überpreise bezahlt, macht sich außer wegen des ungenehmigten Erwerbs von ausländischen Zahlungsmitteln nach § 9 Abs. 1 und § 29 Abs. 1 auch wegen Verletzung der Kursvorschrift des § 31 DevG. strafbar. Die Goldmünzen sind gem. § 1 DurchfVO. zum DevG. v. 4. Febr. 1935 anzubieten; werden sie eingeschmolzen, so ist auch das gewonnene Gold anzubieten. Zur Frage, ob in dem Einschmelzen eine Verfügung über ausländische Zahlungsmittel i. S. von § 9 Abs. 2 DevG. und in der Verarbeitung des gewonnenen Goldes eine Verfügung über Gold i. S. von § 10 DevG. liegt. Voraussetzungen für die Annahme von Vorsatz, bedingtem Vorsatz und Fahrlässigkeit. †)

1. Der Beschw. hat nach der Feststellung der Strk. Ende April 1936 ohne devisenrechtliche Genehmigung und ohne Vermittlung der Reichsbank von dem Mitangekl. P. kursfähige englische Goldpfundstücke mit einem Feingoldgehalt von insgesamt 500 g gegen Zahlung von 2200 *RM* käuflich erworben, in seiner Goldwarenfabrik eingeschmolzen und umgelegt und aus dem so gewonnenen Golde Goldwaren (Ketten und Ringe) hergestellt.

2. Die Strk. hat ihn deshalb verurteilt:

- wegen vorsätzlich verbotswidrigen Erwerbs ausländischer Zahlungsmittel (Vergehen nach den §§ 9 Abs. 1, 29 Abs. 1, 42 Abs. 1 Nr. 1 DevG.);
- wegen vorsätzlicher verbotswidriger Verfügung über ausländische Zahlungsmittel in rechtl. Zusammenreffen mit „verbotswidriger Herstellung von Goldwaren“ (Vergehen nach den §§ 9 Abs. 2, 10, 42 Abs. 1 Nr. 3 DevG. verbunden mit § 73 StGB.).

Mit „verbotswidriger Herstellung von Goldwaren“ war dabei, wie dem Zusammenhang der Urteilsgründe entnommen werden muß, Verfügung über Gold i. S. von § 10 DevG. gemeint.

3. Sowohl in der vom angefochtenen Urteil wiedergegebenen Einlassung des Beschw., als auch in der Revisionsbegründung ist mit Bezug auf den Erwerb der Zahlungsmittel die Rede von dem „Kontingent“ und dem „Genehmigungsschein“ des Beschw. Es handelt sich dabei um die nach Ri. IV, 29 ff. nachgelassene Ausnahmegenehmigung zum Erwerb und zur Verwendung von Gold und zur Verfügung über Gold, wenn nachgewiesen wird, daß Gold zu gewerblichen oder beruflichen Zwecken verwendet werden soll. Diese Vorschriften beziehen sich aber, wie entgegen den anders lautenden Ausführungen der Revision betont sein mag, nur auf „Gold“ i. S. v. § 6 Abs. 4 DevG., sie kommen also gegenständiglich für den hier in Rede stehenden Erwerb der ausländischen kursfähigen Zahlungsmittel überhaupt nicht in Frage.

4. Rechtl. zutreffend hat die Strk. in dem genehmigungslosen, ohne Vermittlung der Reichsbank erfolgten Erwerb ausländischer Zahlungsmittel gegenständiglich ein Vergehen nach den §§ 9 Abs. 1, 29 Abs. 1, 42 Abs. 1 Nr. 1 DevG. gefunden. Die Annahme von Tateinheit zwischen dem Vergehen nach § 9 Abs. 1 und dem nach § 29 Abs. 1 begangenen Vergehen bedarf keinen Bedenken.

Übersehen aber hat die Strk., daß in tateinheitlichem Zusammenreffen mit diesen beiden Vergehen noch ein drittes Vergehen vorliegt; nämlich der verbotene Erwerb ausländischer Zahlungsmittel gegen inländische Zahlungsmittel zu einem höheren als dem leibbekanntem, amtlich an der Berliner Börse notierten Briefkurs (§§ 31 Abs. 1, 42 Abs. 1 Nr. 4 DevG.).

5. Außerdem hätte die Strk. zu prüfen gehabt, ob etwa die strafbare Verletzung einer Anbieterspflicht gegeben sei. Nach Art. I § 1 Abs. 1, 2 Nr. 1 und 6 DurchfVO. vom 4. Febr. 1935 i. d. Fass. der VO. v. 23. Febr. 1935 (RG-Bl. I, 278) sind sowohl ausländische Zahlungsmittel wie

auch Gold, die in anderer Weise als auf Grund einer schriftlichen Genehmigung der Devisenstelle erworben worden sind, spätestens drei Tage nach dem Erwerb der örtlich zuständigen Reichsbankanstalt anzubieten und auf Verlangen zu verkaufen und zu übertragen. Anbietungspflichtig ist grundsätzlich der Eigentümer der anzubietenden Werte, daneben aber auch der, der die Gegenstände „als ihm gehörig besitzt“ (der Eigenbesitzer [§ 35 Abs. 2 Satz 2 DevG.]). Wenn also auch der Beschw. nicht das Eigentum an den ausländischen Zahlungsmitteln und dem aus ihnen gewonnenen Gold infolge der Vorschriften in den §§ 31 Abs. 1, 9 Abs. 2, 38 DevG. erworben hatte, so war er doch als Eigenbesitzer anbietungspflichtig. Eine schuldhafte Verletzung dieser Anbietungspflicht würde als selbständige strafbare Handlung außer dem unter Nr. 4 behandelten Vergehen zu strafen sein (RGSt. 68, 315, 319 = JW. 1934, 3059¹⁰, 3286²⁷). Der Aburteilung im gegenwärtigen Verfahren auch insoweit stände verfahrensrechtlich nichts entgegen (§ 264 StPO.).

6. Die Strk. hat den Beschw. außer wegen des Erwerbes der ausländischen Zahlungsmittel auch wegen einer Verfügung über die Zahlungsmittel ohne die erforderliche Genehmigung (Einschmelzen und Umlagieren der Goldpfundstücke) und wegen genehmigungsloser Verfügung über das solchergestalt gewonnene Gold (Verarbeitung zu Fertigfabrikaten) bestraft.

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob etwa ganz allgemein oder unter besonderen Voraussetzungen in dem Einschmelzen und Umlagieren von goldenen Zahlungsmitteln überhaupt eine Verfügung i. S. von § 9 Abs. 2 DevG. und ob weiter allgemein oder unter besonderen Voraussetzungen in der Verarbeitung des gewonnenen Goldes zu Fertigfabrikaten eine Verfügung i. S. von § 10 DevG. zu finden wäre. Nach Lage der Sache im vorliegenden Fall könnte nämlich außer der Bestrafung wegen des verbotswidrigen Erwerbes der ausländischen Zahlungsmittel nicht noch eine Bestrafung wegen der Verfügung über diese Zahlungsmittel oder über das daraus gewonnene Gold erfolgen. Denn, indem der Beschw. als Goldwarenfabrikant die ausländischen goldenen Zahlungsmittel in der von der Strk. festgestellten Absicht erwarb, sie in seinem Betrieb zu verarbeiten, das auch sofort ausführte, entzog er sie bereits durch diesen Erwerb endgültig der Devisenbewirtschaftung des Deutschen Reiches, schuf also nicht erst eine Gefahrenlage, sondern verwirklichte bereits den vom Gesetz bekämpften Erfolg (den nicht genehmigten Devisenverlust). Dieser verbotswidrige Erwerb ist demnach die zu strafende Tat, bei der der Erfolg feststeht und Gegenstand der Strafzumessung sein kann; die weiteren auf diesen Erfolg gerichteten Handlungen des Angekl. würden demnach höchstens eine sogenannte straflose Nachtat darstellen können. Eine Verletzung der Anbietungspflicht dagegen bleibt als selbständige Straftat neben diesem verbotenen Erwerb der Zahlungsmittel, wie oben bereits ausgeführt worden ist, zu bestrafen.

7. Die Feststellungen der Strk. zur inneren Tatseite sind hiernach schon deshalb unzulänglich, weil der äußere Tatbestand nicht vollständig erfasst worden ist. Soll der Beschw. wegen vorräufliger Vergehen nach den §§ 9 Abs. 1, 29 Abs. 1, 31 Abs. 1, 42 Abs. 1 Nr. 1 und 4 DevG., § 73 StGB. und weiter nach den §§ 35, 42 Abs. 1 Nr. 6 DevG. verbunden mit § 1 Abs. 1, 2 Nr. 1 und 6 Durchs. v. 4. Febr. 1935, § 73 StGB. bestraft werden, dann muß er gewußt oder doch damit gerechnet haben, daß es sich bei seinem Erwerb um ausländische Zahlungsmittel handelte, und er muß diesen Erwerb trotzdem in der festgestellten Art und Weise (ohne Genehmigung, ohne Vermittlung der Reichsbank und gegen überpreis) gewollt und vorgenommen haben. Zwar sagt die Strk., der Angekl. habe „gesehen“, daß es sich weder um Altgold noch Scheidegut, sondern um „Devisengold“ gehandelt habe. Sie stellt dann aber im unmittelbaren Anschluß daran die weitere Erwägung an, zum wenigsten „hätte“ der Angekl. aus dem vorschriftswidrigen Preis für „diese Münzen“ schließen „müssen“, daß es sich um ein den

Devisenbestimmungen zuwiderlaufendes Geschäft gehandelt habe, und er hätte sich, wenn er Zweifel in dieser Richtung gehabt haben sollte, bei der Firma D. erkundigen „müssen“, wie es käme, daß sie „Münzen“ über Kurzwert verkauft; da er dies unterlassen habe, so habe er allermindestens mit bedingtem Vorsatz gehandelt. Diese Ausführungen lassen der Vermutung Raum, daß die Strk. die Rechtsbegriffe Vorsatz, bedingter Vorsatz und bewußte Fahrlässigkeit nicht scharf voneinander geschieden hat. In der künftigen Hauptverhandlung wird daher zu beachten sein, daß Vorsatz das bewußte Wollen aller Merkmale des äußeren Tatbestandes bedeutet, daß mit bedingtem Vorsatz ein Täter handelt, der den verbotenen Erfolg als mögliche Folge seiner Handlung sich vorgestellt hat und für den Fall seines Eintritts mit ihm einverstanden gewesen ist, daß bewußte Fahrlässigkeit aber dann vorliegt, wenn der Täter den rechtswidrigen Erfolg zwar als mögliche Folge seiner Handlung sich vorgestellt, ihn aber abgelehnt und angenommen hat, er werde nicht eintreten.

Für die innere Tatseite kann möglicherweise auch das Schutzbewußtsein des Beschw., er habe geglaubt, „Gold“ im Rahmen seiner Ausnahmegenehmigung (Nr. IV, 31) zu erwerben, Bedeutung gewinnen (vgl. § 44 DevG.).

(RG., 1. StrSen. v. 4. Juni 1937, 1 D 1063/36.)

Anmerkung: Die vom RG. gegebene Auslegung der devisenrechtlichen Vorschriften ist in verschiedener Hinsicht beachtenswert. Zunächst bestätigt das Urteil die von den Devisenbehörden von jeher vertretene Auffassung, daß beim Einschmelzen von Goldgegenständen ein Erwerb von Gold i. S. des § 1 Durchs. v. 4. Febr. 1935 vorliegt, der die Anbietungspflicht auslöst. Wird sie von dem Pflichtigen nicht erfüllt, so macht er sich neben den bereits begangenen Devisenzuwiderhandlungen eines neuen Verstoßes schuldig, der nach der im Urteil angeführten Rspr. als selbständige Straftat zu behandeln ist. Die Verletzung der Anbietungspflicht stellt mithin keine straflose Nachtat dar.

Eine solche erblickt das RG. jedoch in dem Vorgang des Einschmelzens der Goldmünzen und der Verarbeitung des gewonnenen Goldes. Zur Entscheidung der vom RG. offengelassenen Vorfrage, ob in diesen Vorgängen eine Verfügung über ausländische Zahlungsmittel i. S. von § 9 Abs. 2 DevG. und über Gold i. S. von § 10 DevG. zu erblicken ist, muß von dem Begriff der Verfügung im Devisenrecht ausgegangen werden. Hält man entsprechend dem allgemeinen Begriff des bürgerlichen Rechts eine Verfügung nur bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts, das die Rechtslage des sie betreffenden Gegenstandes, z. B. also der Zahlungsmittel, des Goldes oder einer Forderung ändert, für gegeben (so Hartenstein, „Devisennotrecht“, Anm. 7 zu § 9 DevG. und die dort angeführte ständige Rspr. des RG.), so kann es zweifelhaft sein, ob rein tatsächliche Handlungen, wie sie das Einschmelzen und das Verarbeiten von Gold darstellen, als Verfügungen angesehen werden können. Man wird jedoch über den zivilrechtlichen Verfügungsbegriff hinaus als devisenrechtliche Verfügung jede Handlung anzusehen haben, die eine Rechtsänderung herbeiführt. So spricht auch Hartenstein dem Verfügungsbegriff bei Gold eine weiterreichende Bedeutung als bei den übrigen Gegenständen des Devisenrechts zu, weil das Gold als Ware auch der Verarbeitung zugänglich ist. Er vertritt in Anm. 2 zu § 10 DevG. die Auffassung, daß eine genehmigungsbedürftige Verfügung über Gold vorliegt, wenn bei der Verarbeitung von Gold ein Eigentumswechsel eintritt, z. B. wenn fremdes Gold mit der Folge des Eigentumswechsels nach § 950 BGB. verarbeitet wird. Verneint man mit dem RG. wegen der Wichtigkeit des Erwerbes der Goldmünzen einen Eigentums-erwerb an dem bei dem Einschmelzen gewonnenen Gold, so führt doch die Verarbeitung zum Erwerb des Eigentums an den Fertigfabrikaten. Nach den vorstehenden Darlegungen ist deshalb eine Verfügung über Gold i. S. von § 10 DevG. gegeben. Dann fragt es sich aber, ob diese Verfügung als straflose Nachtat angesehen werden kann. Dies hängt davon ab, in welchem Verhältnis sie zu den ihr vorangehenden

Devisenzuwerhandlungen steht. Nach den Grundsätzen der von Gartenstein: *JW.* 1937, 1340 zusammengestellten *Rspr.* des *RG.* geht, wenn der Täter auf Grund eines einheitlichen Vorfasses hintereinander verschiedene im zweiten Abschnitt des *DevG.* enthaltene genehmigungsbedürftige und mangels Genehmigung strafbare Tatbestände erfüllt, die in stufenweisem Aufbau eine Schädigung der deutschen devisenwirtschaftlichen Interessen hindern, die Bestrafung für das Beisprechen der früheren Stufe — die Herstellung der Gefahrenlage — in der Bestrafung für das Betreten der weiteren Stufe — die Vertiefung der Gefahrenlage oder die Herbeiführung des schädigenden Enderfolges — auf. Im vorliegenden Falle besteht der Devisenschaden in dem Verlust sowohl der Goldmünzen als auch des daraus gewonnenen Goldes für die Devisenbewirtschaftung. Dieser Verlust beginnt zwar mit dem Einschmelzen der Goldmünzen. Er wird jedoch m. E. durch die Verarbeitung des Goldes weiter vertieft, da dadurch die Wiederzuführung der Werte an die Devisenbewirtschaftung, die vorher durch Vornahme der Anbieten noch möglich war, unmöglich gemacht oder mindestens erheblich erschwert wird. Infolgedessen hätte, wenn man, wie es das *LG.* getan hat, eine Verfügung über Gold als vorliegend ansieht, die Bestrafung wegen dieser Handlung zu erfolgen, während die vorangegangenen Taten — mit Ausnahme der selbständigen Verletzung der Anbietenpflicht — in ihr aufgehen.

Ger. *Off.* Turowäki, Berlin.

*

8. *RG.* — § 45 *DevG.*; § 1 *Ges.* über Gewährung von Straffreiheit bei Devisenzuwerhandlungen v. 15. Dez. 1936; § 2 b *StGB.*

1. Gegen eine im objektiven Verfahren des § 45 *Abf.* 2 *DevG.* durch Urteil ausgesprochene Einziehung findet nicht die sofortige Beschwerde, sondern Revision statt.

2. Die Einziehung gem. § 45 *DevG.* kann nur ausgesprochen werden, wenn der äußere und innere Tatbestand einer Devisenzuwerhandlung vorliegt.

3. Eine Verurteilung auf Grund wahlweiser Tatfeststellung nach § 2 b *StGB.* ist nur möglich, wenn jede der wahlweise festgestellten Taten strafbar ist. Deshalb kann eine Einziehung gem. § 45 *DevG.* nicht auf Grund der wahlweisen Feststellung zweier Devisenzuwerhandlungen erfolgen, wenn eine der beiden Taten amnestiert ist.

I. Nach Art. 1 Nr. 3 des *Ges.* zur Änderung der *DevBD.* v. 16. Febr. 1934, jetzt § 45 *Abf.* 2 *DevG.* v. 4. Febr. 1935, wird im sog. objektiven Verfahren bei Abwesenheit des Beschuldigten die Einziehung durch Beschluß ausgesprochen. Da das *LG.* jedoch auf Grund einer Hauptverhandlung die Entsch. durch Urteil getroffen hat, findet hiergegen nicht sofortige Beschwerde, sondern Rev. statt (§§ 333, 431 *StPD.*; *RSt.* 70, 101, 102 = *JW.* 1937, 1334⁹⁹).

II. Soweit der Beschw. die tatsächlichen Feststellungen bestritt oder von einem anderen als den im Urteil festgestellten Sachverhalt ausgeht, kann sein Vorbringen in diesem Rechtszuge nicht beachtet werden (§§ 261, 337 *StPD.*). Die durch die allgemeine Sachrüge veranlaßte Nachprüfung des Urts. hat ergeben: Die Anordnung der Einziehung beruht auf einer Wahlfeststellung. Sie stützt sich darauf, daß der Beschuldigte zwischen dem 20. Nov. und 17. Dez. 1934 zwei Stück Preussische Hypothekbank-Goldpfandbriefe zu je 1000 *RM* entweder

1. unentgeltlich von seinem Sohne (einem Ausländer) erworben und seine Anbietenpflicht verletzt hat — 1. *DurchfBD.* v. 23. Mai 1932 *Art.* I §§ 1 und 7 (*RGBl.* I, 238) i. d. *Fass.* der 8. *DurchfBD.* v. 17. April 1934 *Art.* V § 13 *Ziff.* 1f (*RGBl.* I, 313) i. *Verb. m.* § 36 *DevBD.* — oder

2. ohne Devisengenehmigung entgeltlich von einem anderen Ausländer erworben und dadurch die 4. *DurchfBD.*

v. 9. Mai 1933 §§ 2 und 5 *Abf.* 2 (*RGBl.* I, 278) i. *Verb.* mit § 36 *DevBD.* verstoßen hat.

Eingezogen werden können aber nur Werte, auf die sich eine strafbare Handlung bezieht oder die durch eine strafbare Handlung gewonnen sind. § 36 *Abf.* 5 *Satz* 1 *DevBD.*, § 45 *Abf.* 1 *Satz* 1 *DevG.* Strafbar ist die Tat nur, wenn der äußere und innere Tatbestand vorliegt. Siehe die *Rspr.* zu § 42 i. *Verb. m.* § 40 *StGB.*, sowie *RGSt.* 69, 389, 390 = *JW.* 1936, 461²⁵. Wie die Verweisung auf § 36 *DevBD.* ergibt, ist die Einziehung daher in beiden Fällen (II 1 und 2) nur zulässig, wenn der betreffende Verstoß vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden ist. Der innere Tatbestand ist aber im Urts. überhaupt nicht erörtert. Die Einziehung ist daher durch die bisherigen Feststellungen nicht ausreichend begründet. Hierdurch muß das Urts. aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückverwiesen werden.

III. Der Verteidiger hat im Auftrag des Beschuldigten mit Schreiben v. 21. Jan. 1937 die beiden Pfandbriefe der Reichsbank angeboten und unter Hinweis hierauf beim *LG.* die Anwendung des Straffrei*G.* bei Devisenzuwerhandlungen v. 15. Dez. 1936 (*RGBl.* I, 1015) beantragt. Das *LG.* hat mit Beschl. v. 13. Febr. 1937 den Antrag zurückgewiesen, weil die Anbieten der Wertpapiere, wenn auch nachträglich, aber nicht vor Einleitung des Strafverfahrens erfolgt sei. Die Frage, ob das erwähnte Gesetz hier einschlägt, was zur Folge hätte, daß nach § 1 *Abf.* 4 des *Ges.* auch eine Einziehung im selbständigen Strafverfahren nicht stattfände, ist als Prozeßvoraussetzung von Amts wegen zu prüfen. Diese Prüfung ergibt: Eine Verurteilung auf Grund wahlweiser Tatfeststellung nach § 2 b *StGB.* ist nur möglich, wenn jede der wahlweise festgestellten Taten strafbar, also keine amnestiert ist. Dasselbe gilt entsprechend für die Einziehung. Eine Einziehung auf Grund der wahlweisen Feststellung, daß der Täter die eine oder die andere Straftat begangen hat, ist ausgeschlossen, wenn auch nur eine der beiden Taten amnestiert ist und deshalb nicht mehr als Grundlage einer Einziehung dienen kann. Denn die im Urteil festgestellte Möglichkeit, daß der Täter gerade die amnestierte Straftat und nur diese begangen hat, würde der Einziehung entgegenstehen.

Der Beschluß des *LG.* v. 13. Febr. 1937 ist in der Begründung rechtsirrig. Er stützt sich auf § 1 *Abf.* 2 des *Ges.* v. 15. Dez. 1936. Dieser *Abf.* 2 hat aber nur einen solchen Täter im Auge, der vor dem Inkrafttreten des Gesetzes, also vor dem 16. Dez. 1936, anbieterpflichtige Werte im Ausland oder Inland hatte, die er zwar nicht innerhalb der vorgeschriebenen Anbietenfrist anbot, so daß er Bestrafung verwirkt hat, die er aber vor dem 16. Dez. 1936 wenigstens nachträglich und noch vor Einleitung eines Strafverfahrens angeboten hat. Dieser Fall kommt hier nicht in Frage. Hier einschlägig ist vielmehr § 1 *Abf.* 1, welcher voraussetzt, daß der Täter noch am 16. Dez. 1936 nicht angebotenes anbieterpflichtiges Vermögen im Ausland oder Inland stehen hatte.

Daß bei der Anbieten der Wertpapiere ein Strafverfahren schon eingeleitet war, schließt die Anwendung des § 1 *Abf.* 1 — im Gegensatz zu *Abf.* 2 — nicht aus. Daher hat der Beschuldigte durch die nachträgliche Anbieten der fraglichen Werte Straffreiheit erlangt für die ihm möglicherweise zur Last fallende Verletzung der Anbietenpflicht und die damit zusammenhängenden Straftaten (s. § 2 der 1. *DurchfBD.* v. 16. Dez. 1936 [*RGBl.* I, 1018]). Damit wäre einer Einziehung auf Grund des vom *LG.* wahlweise festgestellten Sachverhalts der Boden entzogen. Trotzdem kann das Verfahren nicht von hier aus eingestellt werden. Denn es ist mit der Möglichkeit zu rechnen, daß die neue Verhandlung vor dem Tatrichter zu der eindeutigen Feststellung einer nicht amnestierten Straftat führen wird.

(*RG.*, 4. *StrSen.* v. 18. Juni 1937, 4 D 320/37.)

Zugabeverordnung

9. DW. — §§ 1, 3 ZugabeVD. Der offene Kopplungskauf verstößt nicht gegen die ZugabeVD. — Bei der Beurteilung der Geringwertigkeit einer Zugabe kommt es nicht darauf an, welchen Wert der für eine Reihe von gesammelten Gutscheinen unentgeltlich zugewendete Gegenstand aufweist, sondern darauf, welchen Wert die der Einzelpackung beigelegte Zuwendung oder der der Einzelpackung beiliegende Sammelschein im Verhältnis zu der im Einzelfalle verkauften Warenmenge hat. †)

Die Firma S. & R. vertreibt als Lebensmittelgroßhandlung und Kaffeerösterei seit langen Jahren einen Kaffee in 125-g-Packungen unter der Bezeichnung „C. Kaffee“ in entsprechender Aufmachung an Einzelhändler. Es handelt sich um Kaffee der am meisten verlangten Qualität zum Viertelpfundpreis von 0,60 RM. So ist die Packung auch mit Preisaufruch zunächst gehandelt worden. Im J. 1935 sind die Angekl. dann dazu übergegangen, der unveränderten Packung zunächst den Aufdruck „Preis für 125 g 65 Pfg.“ zu geben. Später ist dann die Packung wieder mit dem Aufdruck „60 Pfg.“, gleichzeitig aber mit einem Zettel versehen worden, der wie folgt bedruckt ist:

Zinhalt 125 g 60 Pfg. }
Gegenstand 5 Pfg. } Ca. 65 Pfg.
Kaffeepreis 500 g 2,40 RM.

Die gefoppelten Waren kann der Käufer zum gleichen Preise auch einzeln kaufen.

Gleichzeitig mit dem Aufdruck des erhöhten Preises auf die im übrigen unveränderte Packung haben die Angekl. folgendes eingeführt:

1. gegen Rückgabe von 25 leeren Packungen haben sie eine Wasttische, verschiedene Korbartikel und zuletzt Handtücher oder Frottiertücher geliefert;
2. jeder Packung war außerdem ein halber Sticker-Scheid beigelegt. Bei Rückgabe von fünf Scheids und mehr lieferten die Angekl. ein je nach der Anzahl der Scheids der Größe nach bestimmte Stickeremuster, wie solche aus Zigarettenpackungen bekannt geworden sind.

Der Verkaufspreis für Wast- und Korbartikel betrug 1,25 RM je Stück, derjenige für die Tücher schwankte zwischen 55 und 90 Pfg. je Stück, während die Angekl. für die Stickeremuster im Einkauf 60 Pfg. je Stück bezahlen mußten.

Die Angekl. sind im zweiten Rechtszug von der Beschuldigung des Vergehens gegen § 1 ZugabeVD. v. 9. März 1932 i. d. Fassung des Bes. v. 12. Mai 1933 freigesprochen worden. Die von der StA. hiergegen eingelegte Rev. konnte keinen Erfolg haben. Nach § 1 der VD. ist es verboten, im geschäftlichen Verkehr neben einer Ware eine Zugabe, eine unentgeltliche Zuwendung, anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren. Als Zugabe gilt auch, wenn die Zuwendung nur gegen ein geringfügiges, bloß zum Schein verlangtes Entgelt gewährt wird (§ 1 I Satz 2), das gleiche gilt, wenn zur Verschleierung der Zugabe, also der unentgeltlichen Zuwendung, eine Ware oder eine Leistung mit einer anderen Ware oder Leistung zu einem Gesamtpreis verkauft wird (§ 1 I Satz 3). Nach § 1 IIa ist eine Zugabe u. a. nicht verboten, wenn es sich um „geringwertige Kleinigkeiten“ handelt. Es kam nun nicht anerkannt werden, daß durch den Freispruch eine dieser Vorschriften verletzt würde. Das StrA. stellt nämlich bezüglich der Gebrauchsgegenstände ausdrücklich fest, daß die Kaffeepackungen einen Zettel enthalten hätten mit der Aufschrift: „Zinhalt 125 g 60 Pfg., Gegenstand 5 Pfg.“, und daß die Kunden bei Rückgabe einer entsprechenden Anzahl leerer Packungen den in Aussicht gestellten Gebrauchsgegenstand erhalten hätten, wobei sie den realen Preis bezahlt hätten, also z. B. für die Wasttische 25 × 5 Pfg. = 1,25 RM. Ferner sagt das StrA., daß i. J. 1935 — als nämlich die Packungen den erwähnten Zettel nicht enthielten, sondern nur einen Gesamtpreis von 65 Pfg. für 125 g Kaffee angaben — nach der unwiderlegten Einlassung der Angekl. für die mitgelieferten Gegenstände deren wahrer Preis in Gestalt eines Mehrfachen des den Kaffeepreis von 60 Pfg. übersteigenden Mehrbetrags von 5 Pfg. verlangt und vereinnahmt worden sei. Danach haben die Angekl. weder für die Gebrauchsgegenstände ein Scheinentgelt verlangt, und sich gewähren lassen, noch haben sie das Kopplungsgeschäft im Jahre 1935 vorgenommen, um eine Zugabe, eine unentgeltliche Zuwendung zu verschleiern. — Der StrA. ist auch insofern kein Rechtsirrtum unterlaufen, als sie die Stickeremuster als „geringwertige Kleinigkeiten“ und damit als erlaubte Zugabe i. S. von § 1 II der VD. angesehen hat. Hiermit steht es allerdings nicht in Einklang, wenn das Ur. an einer Stelle sagt, ein Gegenstand zum Preise von 60 Pfg. sei niemals eine geringwertige Kleinigkeit. Es kommt jedoch bei der Beurteilung

der Geringwertigkeit der unentgeltlichen Zuwendung nicht darauf an, welchen Gegenstand der Kunde auf Grund monatelangen Sammelns von Packungen oder dgl. erhält, sondern darauf, welchen Wert die der Einzelpackung beigelegte Zuwendung im Verhältnis zu der im Einzelfall verkauften Warenmenge hat. In dieser Hinsicht stellt aber die StrA. für das Rev. bindend fest, daß den Packungen je „ein halber Stickeremuster“ beigelegt gewesen sei, und daß die Angekl. „bei Rückgabe von fünf Scheids und mehr ein je nach der Anzahl der Scheids der Größe nach bestimmtes Stickeremuster geliefert“ hatten. Hiernach erhielten die Kunden für 5 Scheids = 10 halbe Scheids ein kleines Stickeremuster, und ein großes Muster im Werte von 60 Pfg. wurde nur bei Ablieferung einer ganz erheblichen Anzahl von Scheids verabfolgt. Unter diesen Umständen muß der Wert des der einzelnen Packung Kaffee beigelegten halben Scheids im Verhältnis zum Kaffeepreis in der Tat als eine geringwertige Kleinigkeit angesehen werden, so daß hier die Zuwendung trotz ihrer Unentgeltlichkeit nach § 1 II der VD. erlaubt war.

(DW. Düsseldorf, StrSen., Ur. v. 16. Juni 1937, Ss 53/37.)

Anmerkung: Als erste oberlandesgerichtliche Entsch., die zur Frage der zugaberechtlichen Bedeutung der sog. Kopplungsgeschäfte Stellung nimmt, verdient das Urteil besondere Beachtung. Im Ergebnis ist ihm rückhaltlos zuzustimmen. Auch die rechtliche Begründung hält nach jeder Richtung Stand.

I. Das Urteil befaßt sich mit zwei verschiedenen Arten von Kopplungsgeschäften, dem sog. offenen Kopplungsverkauf und dem Verkauf gefoppelter Waren zu einem Gesamtpreis ohne Angabe der Einzelpreise. Das DW. hält die beiden Vertriebsarten für zugaberechtlich unverboden, weil für die Zu-Artikel deren wahrer Preis angesetzt und genommen worden sei und daher weder von einem Scheinentgelt i. S. des § 1 Abs. 1 Satz 2 ZugabeVD. noch von einer Verschleierung einer Zugabe i. S. des Satz 3 a. a. D. gesprochen werden könne. Tragender Gesichtspunkt ist die Erwägung, daß die Unentgeltlichkeit ein notwendiges Kriterium der Zugabe sei. Die Auffassung des BG., daß „von einer Zugabe nur geredet werden könne, sofern es sich um eine, wenn auch nur zum Teil unentgeltliche Leistung handle“, wird vom DW. vollinhaltlich gebilligt.

Nach dem Sprachgebrauch, aber auch nach dem Sinn und Zweck der ZugabeVD. umfaßt der Begriff „Zugabe“ alles, was der Käufer „unentgeltlich und zu seiner Bevorteilung empfangt“ (Culemann: JW. 1936, 2369; Preßler: JW. 1937, 325 Anm.). An dieser Auslegung vermag auch der zu ihrer Widerlegung angeführte „allgemein bekannte Hinweis“ nichts zu ändern, „daß die Zugabe nie unentgeltlich gewährt wird, sondern stets in den Warenpreis einkalkuliert wird“ (WBR. 1936, 205). Nicht darauf kommt es an, ob der Kaufmann eine Vermögenseinbuße erleidet. Daß er nichts verschenten kann, ist eine Rinsenwahrheit. Entscheidend ist, „daß bei der Abgabe des Zu-Artikels der Kaufmann dem Kunden gegenüber den normalen Weg, für jede Leistung alsbald ein echtes Entgelt anzusetzen und zu nehmen, verläßt“ (Culemann, „Kopplungsgeschäfte“, 1937, 14), daß der Zu-Artikel im Mantel der völligen oder teilweisen Unentgeltlichkeit gewährt wird (vgl. Culemann: JW. 1936, 2969, 3296, 3438; Sacht: JW. 1936, 2900). Nur solche Nebenleistungen will die ZugabeVD. treffen, die nach außen hin — gegenüber dem Kunden — und rechtlich als unentgeltliche in Erscheinung treten, während sie tatsächlich mit dem Preis der Hauptleistung abgegolten werden. Unentgeltliche Leistungen, die nicht auf Kosten der Qualität oder der Preiswürdigkeit des Hauptartikels erfolgen, sollten durch die ZugabeVD. überhaupt nicht berührt werden. Zwar erwecken auch sie den Eindruck der Unentgeltlichkeit, aber dieser Eindruck ist richtig. Lediglich solche unentgeltliche Zuwendungen wollte der Gesetzgeber mit der ZugabeVD. verbieten, die den falschen Eindruck hervorrufen, der Kaufmann trage die durch sie verursachten Kosten (vgl. RGZ. v. 9. Febr. 1937 = JW. 1937, 1883 = WBR. 1937, 93), die den Zweck verfolgen, eine Verwirrung der Preisvorstellungen des Käufers herbeizuführen und ihn durch die Aussicht auf die vermeintlich zusätzliche Nebenleistung zum Erwerb des Hauptartikels zu verlocken. Nebenleistungen, die nicht von einem dieser Zwecke begleitet sind, entbehren der zugaberechtlichen Relevanz (vgl. Culemann: JW. 1936, 2369, 3296; 1937, 1264 Anm.). Die Feststellung einer derartigen Zweckrichtung des Nebengeschäfts ist indes nur geboten, wenn es „im Gewande der Unentgeltlichkeit“ auftritt. Das DW. hat sich daher in seiner vorstehenden Entsch. zu Recht mit der Begründung begnügt, daß es bei den von den Angekl. gepflogenen Verkaufsgestaltungen an einer unentgeltlichen Zuwendung gescheit habe.

Die verschiedentlich laut gewordene Meinung, daß jede Nebenleistung ohne Rücksicht auf ihren Charakter und Zweck nach § 1 Abs. 1 Satz 1 der ZugabeVO. verboten sei, wenn sie nicht unter die Ausnahmevorschriften des Abs. 2a—g falle, wird vom OLG. stillschweigend abgelehnt. Eine solche rein äußerliche, formaljuristische Auslegung des Gesetzes ist ja auch nationalsozialistischem Rechtsdenken völlig fremd. Sie führt dahin, daß eine Rechtsnorm zur Erfassung von Tatbeständen mißbraucht wird, die das Gesetz nicht treffen will. Es verdient Beifall, daß sich die Rspr. von der rein äußerlichen Betrachtung wettbewerblicher Tatbestände völlig freihält. Klar und eindeutig kommt dies auch in der Entsch. des RG. vom 9. Febr. 1937 (a. a. D.) zum Ausdruck, in der erklärt wird, daß „eine Bestimmung des Begriffs Zugabe lediglich nach der äußeren Erscheinungsform des Wirtschaftsvorgangs nicht dem gerecht wird, was das Gesetz unter einer Zugabe versteht“. Damit darf die vornehmlich von dem sog. „Reichsauschuß“ für das Zugabeverbot vertretene Auffassung, daß es für die Bestimmung des Zugabebegriffs auf Charakter und Zweck der Verwendung nicht ankomme, als endgültig überwunden betrachtet werden (gegen eine äußerliche Auslegung Culemann: JW. 1936, 2369, 3295 ff.; 1937, 1264; Hecht: JW. 1936, 2901; Schäfer: JW. 1936, 3437). Die Verfechter der Lehre von der Maßgeblichkeit der „äußeren Erscheinungsform des Wirtschaftsvorgangs“ sind durch die Entsch. des RG. vom 9. Febr. 1937 auch darüber hinreichend belehrt worden, daß das Ur. v. 10. Dez. 1935 (JW. 1936, 713 ff.), in dem das RG. eine Auslegung des Zugabeverbots fordert, „die auch tatsächlich zur Verwirklichung des erstrebten Zieles führt und Umgehungen tunlichst unmöglich macht“, für eine userlose Ausweitung des Zugabeverbots nicht in Anspruch genommen werden kann (vgl. Culemann: JW. 1937, 187 Anm.).

Die Anerkennung der zugaberechtlichen Unverbottenheit des offenen Kopplungsgeschäfts entspricht durchaus der herrschenden Meinung. Die vom OLG. Düsseldorf vertretene Auffassung findet sich bereits in den Entsch. des LG. Darmstadt v. 4. Aug. 1934 (WVR. 1935, 38); LG. Frankfurt a. M. v. 22. Aug. 1935 (abgedr. bei Culemann, „Kopplungsgeschäfte“, 76 ff.); SchöffG. Altona v. 13. Jan. 1936 (WVR. 1936, 179); der Kleinen Str. Bielefeld v. 5. März 1936 (bei Culemann a. a. D. S. 81); SchöffG. Frankfurt a. M. v. 3. Nov. 1936 (JW. 1937, 186) und SchöffG. Verden v. 19. Nov. 1936 (WVR. 1937, 19). Eine abweichende Gerichtsentsch. ist bisher nicht bekannt geworden. Auch nach dem Gutachten der RWiK. v. 14. Nov. 1935 (abgedr. bei Hecht-Kumpfel, „Der Wettbewerb“, 1936, 596) liegt keine nach der ZugabeVO. unzulässige Verkopplung vor, „wenn für die gekoppelten Waren Einzelpreise ausgeworfen werden und dabei ausdrücklich angeboten wird, daß die Waren zu diesen Einzelpreisen auch allein abgegeben werden“. (Über die Stellungnahme des RWiK. und RWiM. vgl. Culemann, „Kopplungsgeschäfte“, S. 70 ff.; ferner in JW. 1937, 186 Anm.)

Die EA. vertreten gleichfalls den Standpunkt, daß der offene Kopplungsverkauf keinen Fall der unzulässigen Zugabe darstelle. Gegen die Anwendbarkeit der ZugabeVO. haben sich ausgesprochen die EA. Hagen, 23. Aug. 1934; Hildesheim, 12. Nov. 1935 (abgedr. bei Culemann, „Kopplungsgeschäfte“, S. 82 ff.); Bremen (WVR. 1935, 97); Münster, 25. Febr. 1937 (WVR. 1937, 94); Arnberg, 6. April 1937 (WVR. 1937, 96) und Berlin, 11. März 1937 (Wirtschaftsblatt d. Industrie- u. Handelskammer 1937, 441). Allein das EA. Frankfurt a. M. ist in einem Spruch v. 24. Jan. 1936 (abgedr. bei Hecht-Kumpfel a. a. D. S. 600) der Meinung, daß der offene Kopplungsverkauf der ZugabeVO. unterfalle. Seine ablehnende Stellungnahme begründet es u. a. damit, der Käufer gehe trotz der Möglichkeit, den Nebenartikel zu dem ausgewiesenen Preise zu erwerben, von der Anschauung aus, „daß der nebenher erfolgende Erwerb ... für ihn mit Vorteilen verknüpft sei“. Unter Bezug auf diese Begründung wird im WVR. (1937, 81) die Frage aufgeworfen, ob das RG. auch den offenen Kopplungsverkauf ablehnen werde, nachdem es in dem Ur. v. 9. Febr. 1937 die Ansicht vertreten habe, daß beim Käufer der Eindruck einer ihm ohne sein Zutun und ohne Entgelt zufallenden Mehrleistung auch dann entstehe, wenn er in den Glauben versetzt werde, daß er die zusätzliche Leistung jedenfalls nicht voll bezahle. Nachdem das RG. a. a. D. nicht von dem Eindruck schlechthin, sondern von dem „falschen Eindruck“ spricht, hat die gestellte Frage offenbar keine Berechtigung.

Dem Urteil des OLG. Düsseldorf ist auch insoweit beizupflichten, als es die Anwendbarkeit der ZugabeVO. auf solche Kopplungsverkaufsangebote verneint, bei denen Einzelpreise überhaupt fehlen, sofern nur — und das war nach den tatsäch-

lichen Feststellungen der Fall — der Gesamtpreis ordnungsgemäß berechnet worden ist. Anerkennt man, daß die Unentgeltlichkeit ein Essentiale der Zugabe ist, eine Auffassung, von der „überall als selbstverständlich ausgegangen wird“ (EA. Münster a. a. D.), so ist eine andere Entsch. schlechterdings nicht möglich. Daß „die Absicht der Verschleierung bei willkürlichen Warenverbindungen regelmäßig anzunehmen“ sei, wie es in dem Gutachten der RWiK. (a. a. D.) heißt, bedeutet eine durch nichts gerechtfertigte Unterstellung. Ist auch für den Zu-Artikel der wahre Preis, also nicht ein Scheinpreis, berechnet worden, so bleibt für die Annahme einer Verschleierungsabsicht, d. h. der Absicht, für den Zu-Artikel ein wahres Entgelt nicht zu berechnen, kein Raum. Nur wenn ein Scheingehamtpreis festgesetzt worden ist, kann § 1 Abs. 1 Satz 3 ZugabeVO. zum Zuge kommen. Auch bei einem ordnungsgemäß berechneten Gesamtpreis kann die Vorstellung einer völligen oder teilweisen Unentgeltlichkeit des Zu-Artikels entstehen. Zugaberechtlich erheblich wird eine solche Täuschung der Preisvorstellungen erst, wenn sie durch eine Verschleierung einer die Bevorteilung des Käufers bezweckenden unentgeltlichen Zuwendung verursacht ist. Es muß also, wie Culemann („Kopplungs-geschäfte“ S. 16) treffend bemerkt, auseinandergehalten werden die Frage, „wie auf dem Wege des Indizes dem Verkäufer der innere Vorgang, der dolus, nachgewiesen werden kann, und die Frage, ob bei dem Käufer die Bewirung der Preisvorstellungen erfolgt, die der Gesetzgeber bekämpft“.

Die ZugabeVO. bietet keine Möglichkeit, die Kopplungsverkäufe strafrechtlich zu erfassen. Zu entscheiden, ob diese Verkaufsgestaltungen unerwünscht sind, ob sie „den Warenverteilungsapparat durcheinanderbringen“ oder ob sie gar zu einem „wirtschaftlichen Chaos“ führen, ist nicht Aufgabe der Rspr. Die Gerichte sind einmal nicht dazu berufen, wirtschafts-politischen Wünschen, woher sie auch immer kommen mögen, zur Durchsetzung zu verhelfen (vgl. RG.: JW. 1937, 324). Das Urteil des OLG. Düsseldorf ist ein weiterer Beweis dafür, daß sich die Rspr. trotz aller Gutachten, Tagungen, Presse-notizen usw. nicht bewegen läßt, den Kopplungsverkauf als Zugabe-fall zu beurteilen und damit einen Tatbestand unter eine Norm zu „pressen“, auf den sie nicht zugeschnitten ist. Es wäre wünschenswert, wenn in den Kreisen derer, die ohne Unterlaß von der Rspr. die Anwendung der ZugabeVO. auf die Kopplungs-geschäfte verlangen, sich endlich die Einsicht durchsetzen würde, daß es geundem Volksempfinden größtlich widerspricht, Forderungen an die Rspr. heranzutragen, die ohne Vergewaltigung des Gesetzes nicht realisierbar sind.

II. Das BG. hatte die Anwendung der Ausnahmebestimmung des § 1 Abs. 2a ZugabeVO. auf die Sticker-ein-muster, die an die Sammler der den Kaffeepackungen beigelegten Schecks unentgeltlich geliefert worden waren, mit der Begründung bejaht, daß diese Muster „einen Verkehrswert überhaupt nicht hätten, weil sie weder im Einzelhandel käuflich seien noch Käufer finden würden“, im übrigen aber die Auffassung vertreten, daß der objektive Wert der Zugabe entscheide und daß daher die größeren und größten Sticker-ein-muster, für die im Einkauf bis zu 60 Pfg. je Stück bezahlt worden waren, „an sich niemals eine geringfügige Kleinigkeit“ seien.

Das OLG. kommt zum gleichen Ergebnis, aber mit anderer rechtlicher Begründung. Ohne sachliche Bedeutung ist seine Feststellung, daß die Auffassung des LG., „ein Gegenstand zum Preise von 60 Pfg. sei an sich niemals eine geringfügige Kleinigkeit“, mit § 1 Abs. 2 der VO. nicht in Einklang stehe. Denn das BG. wollte, worauf die Wörtchen „an sich“ hindeuten, mit diesem Satz wohl nur zum Ausdruck bringen, daß für die Frage nach der Geringwertigkeitsgrenze nicht auf den Einkaufs-, sondern den Verkehrswert abzustellen sei. Durchaus zuzustimmen ist dem OLG., wenn es für die Beurteilung der Geringwertigkeit den Wert des der Einzelpackung beigelegten Schecks entscheidend sein läßt (gleicher Meinung AG. Mainz: JW. 1937, 339 m. Anm.). Junkerstorff (WVR. 1937, 18) macht hiergegen den Einwand geltend, die Schecks seien als bloße Leistungsverprechen durch keine der Ausnahmen vom Zugabeverbot freigestellt. Mit den Erfordernissen eines unformalistischen Denkens läßt sich diese Auslegung schwerlich in Einklang bringen.

Bemerkenswert ist, daß sich das OLG. bei der Streitfrage, ob die Wertgrenze absolut oder nach dem Wert des Einkaufs zu bestimmen ist, für die relative Theorie entscheidet. Das Urteil steht insoweit in Gegensatz zu der Entsch. des RG. vom 10. Dez. 1935 (JW. 1936, 714). Es stimmt überein mit der Entsch. des OLG. Dresden v. 9. Febr. 1933 (WVR. 1933, 322) und AG. Mainz v. 10. Dez. 1936 (a. a. D.).

Zivilrecht

Bürgerliches Gesetzbuch

10. RG. — §§ 138, 166 BGB.; Art. 74 WD.; Preistr. WD.

1. Dadurch, daß ein Rechtsgeschäft gegen die Preistr. WD. verstößt, wird die Anwendung des § 138 BGB. nicht ausgeschlossen, wenn dessen weitere Voraussetzungen gegeben sind.

2. Jeder Mangel des die Wechselverpflichtung schaffenden Rechtsgeschäfts wird nach Art. 74 WD. durch die zusammenhängende, bis auf den Inhaber hinuntergehende Indossamentenkette und durch den redlichen Erwerb des Inhabers geheilt.

3. § 166 Abs. 2 BGB. findet auch auf die Vertretung ohne Vertretungsmacht Anwendung, mit der Maßgabe, daß an Stelle der Vollmacht und der bestimmten Weisungen die Genehmigung des Geschäftsherrn tritt.

Gegenüber der Klage aus dem Wechsel wendet der Bekl. ein, der Wechsel sei wegen Wuchers und Sittenwidrigkeit der geforderten Zinsen nichtig. Dieser Einwand greift durch.

Zu Unrecht macht der Kl. demgegenüber geltend, auf das dem Wechsel zugrunde liegende Rechtsgeschäft komme höchstens die Preistr. WD. v. 13. Juli 1923 zur Anwendung, die als Sondergesetz dem § 138 BGB. vorgehe und nicht die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts zur Folge habe. Es mag dahingestellt bleiben, ob die genannte WD. hier überhaupt angewendet werden kann. Denn keinesfalls wird dadurch die Anwendung des § 138 BGB. ausgeschlossen, wenn dessen weitergehende Voraussetzungen gegeben sind. Das Gegenteil ist auch nicht in den von der Rev. angeführten Entsch. in RGZ. 98, 293 und v. 29. Juni 1925, IV 133/25 gesagt. Sie besagen nur, daß ein Verstoß gegen die Preistr. WD. nicht die Nichtigkeit des Geschäfts zur Folge habe; außerdem ist in der erstgenannten Entsch. ausdrücklich betont, daß, wenn besondere Umstände hinzukommen, das Geschäft als unter § 138 Abs. 1 BGB. fallend nichtig sein könne.

Der Kl. macht weiter geltend, er brauche sich den Einwand der Nichtigkeit des Grundgeschäfts nicht entgegenhalten zu lassen. Aber auch diese Rüge ist unbegründet.

Die Unfittlichkeit des schuldrechtlichen Grundgeschäfts hat zwar regelmäßig nicht auch die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts zur Folge. Das ist aber dann der Fall, wenn es sich um ein wucherisches Grundgeschäft handelt. Denn nach § 138 Abs. 2 BGB. ist auch das Sichgewährenlassen von Vermögensvorteilen, also auch die in Erfüllung des Grundgeschäfts erfolgende Leistung nichtig, wenn die Voraussetzungen des Wuchers gegeben sind (RGZ. 57, 96; 72, 63 = JW. 1909, 716; RGZ. 93, 74; 109, 201 = JW. 1925, 471). Danach sind auch die durch den Bekl. erfolgte Annahme des Wechsels und dessen Übergabe an E. nichtig. Die Frage, wie diese Nichtigkeit dem Kl. gegenüber, dem E. den Wechsel indossiert hat, wirkt, ist nach Art. 74 WD. zu beurteilen, die noch zur Anwendung kommt, da der Wechsel vor Inkrafttreten des WG. ausgestellt ist (Art. 1 Einfg. z. WG.). Nach Art. 74 WD. kann der nach den Bestimmungen des Art. 36 legitimierte Besitzer eines Wechsels nur dann zur Herausgabe desselben angehalten werden, wenn er diesen in bösem Glauben erworben hat oder ihm beim Erwerbe des Wechsels eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Die Bedeutung dieser Bestimmung beschränkt sich nach ständiger Rspr. des RG. nicht darauf, den legitimierten Wechselinhaber von der Pflicht zur Herausgabe des Wechsels zu befreien; vielmehr bringt sie zugleich zum Ausdruck, daß ihm alle Rechte aus dem Wechsel zustehen, er also auch als Gläubiger die Wechselforderung geltend machen kann, es sei denn, daß ihm Böswilligkeit oder grobe Fahrlässigkeit beim Erwerb des Wechsels zur Last fällt. Der hiernach geschützte gute Glaube heißt die Mängel des die wechselsmäßige Verpflichtung begründenden Rechtsgeschäfts. Das hat das RG. wiederholt entschieden, soweit es sich um Mängel des Wechselbegebungsvertrages handelt, und insbes. ausgesprochen, daß der Wechselanspruch in der Person des durch eine fortlaufende Reihe von Indossamenten legitimierten gutgläubigen Nachmanns trotz fehlenden Begebungsvertrages entsteht (RGZ. 112, 202 = JW. 1926, 1548; RGZ. 103, 87 = JW. 1922, 290^o). Nun bedarf es zwar nach der Rspr.

des RG. zur Entstehung einer Wechselschuld dann keines Begebungsvertrages, wenn der Bezogene den sonst fertigen Wechsel annimmt; vielmehr entsteht die Bindung des Bezogenen schon durch das Akzept allein (RGZ. 142, 307 = JW. 1934, 480^o). Aber auch in diesem Falle handelt es sich, ebenso wie beim fehlenden Begebungsvertrag, um den Mangel des die Wechselverpflichtung schaffenden Rechtsgeschäfts. Ein solcher Mangel aber wird nach Art. 74 WD. durch die zusammenhängende, bis auf ihn hinuntergehende Reihe von Indossamenten und den redlichen Erwerb seitens des Inhabers geheilt.

Im vorl. Falle kann sich jedoch der Kl. nicht mit Erfolg auf diese Bestimmung berufen. Denn der VerR. stellt ohne Prozeßverstoß fest, daß der Kl. mit dem bedingten Voratz, das Grundgeschäft sei wucherisch, den Wechsel genommen habe. Dann aber hat er diesen in bösem Glauben i. S. des Art. 74 WD. erworben.

Der VerR. hätte an sich erörtern müssen, ob M., der den Wechsel von E., den Vormann des Kl., in Empfang genommen und danach dem Kl. übergeben hat, ohne jedoch dessen Bevollmächtigung zu sein, nicht wenigstens als Vertreter ohne Vertretungsmacht für den Kl. aufgetreten ist und der Kl. nachträglich die Geschäftsführung i. S. des § 177 Abs. 1 BGB. genehmigt hat. In letzterem Falle kommt, ebenso wie im Falle der Vollmacht, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinträchtigt werden, nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht (§§ 166 Abs. 1, 177 Abs. 1 BGB.; RGRKomm. Anm. 2 zu § 177 BGB.). Gleichwohl würde sich der Kl., wenn M. für ihn den Wechselbegebungsvertrag als Vertreter ohne Vertretung geschlossen hätte, nicht auf einen etwaigen guten Glauben des M. bei Erwerb des Wechsels berufen können. Denn da nach den Feststellungen des VerR. der Kl., als er den Vertrag im Sept. 1925 genehmigte, bösgläubig war, kann er sich nicht auf den etwaigen guten Glauben des M. berufen. Das ergibt sich aus § 166 Abs. 2 BGB., der auch auf die Vertretung ohne Vertretungsmacht Anwendung findet, mit der Maßgabe, daß an Stelle der Vollmacht und der bestimmten Weisungen die Genehmigung des Geschäftsherrn tritt (RGZ. 128, 116 = JW. 1930, 3619).

(RG., II. ZivSen., U. v. 15. Juni 1937, II 291/36.) [N.]

*

11. RG. — § 242 BGB. Verwirkung durch Zeitablauf, insbes. auf dem Gebiete der freien Aufwertung.

Die Rspr. des RG. zur Verwirkung durch Zeitablauf hat, namentlich für die Aufwertung von Grundstückskaufpreisen, vielfach Gewicht darauf gelegt, ob der in Anspruch Genommene sich wirtschaftlich darauf eingerichtet hat, nichts weiter zahlen zu müssen; ob er durch diese Meinung beeinflusste Verfügungen über das gekaufte Grundstück oder in seinem sonstigen Vermögen getroffen hat; ob ihn also das lange Zuwarten zu Schritten veranlaßt hat, die er bei früherer Kenntnis des Aufwertungsverlangens nicht getan hätte. Diese besondere Voraussetzung einer Verwirkung muß indessen um so mehr zurüdtreten, je länger der Zeitablauf ist. Die allgemeinen Belange der Wirtschaft fordern die Sicherheit, daß nicht aus weit zurückliegenden Vorgängen unerwartete oder doch nicht ernstlich erwartete Forderungen hervortreten. Auf dem Streben nach wirtschaftlicher Beruhigung beruhte schon das Gesetz über die Bereinigung der Grundbücher v. 18. Juli 1930 (RGBl. I, 305). Dieser Gesichtspunkt ist ganz besonders zu beachten in dem rein auf der Anwendung der Grundfäße von Treu und Glauben beruhenden Gebiete der freien Aufwertung, die von selbst eine gewisse Unsicherheit in sich trägt. Übrigens ist ohne weiteres anzunehmen, daß jemand, der im Jahre 1922 ein Haus erbaut und den Bauplatz bar bezahlt hat, sich im Laufe des seitdem verfloßenen langen Zeitraums auf Schuldenfreiheit eingestellt und dementsprechend wirtschaftlich verfügt haben wird, auch wenn das nicht besonders nachzuweisen sein sollte (vgl. RGZ. 131, 235 = JW. 1931, 2704¹⁸; RGZ. 134, 357 = JW. 1932, 1054¹⁰ m. Anm.).

(RG., V. ZivSen., U. v. 16. Juni 1937, V 21/37.) [v. B.]

12. RG. — § 313 BGB. Wird ein Veräußerungsvertrag von zwei Behörden in eigenen Angelegenheiten geschlossen, so genügt es zur Wahrung der Formvorschrift des § 313 BGB., wenn der Vertrag von den vertretungsberechtigten Vertretern der Behörden unterschrieben wird.

(RG., 1. ZivSen., Befchl. v. 22. Juli 1937, 1 Wx 305/37.) [S.]

*

13. RG. — § 667 BGB. Der in § 667 BGB. zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke kann auch im öffentlichen Recht Anwendung finden. Einem Beamten gegebene Bestechungsgelder können nicht auf Grund des § 667 BGB. herausverlangt werden, weil die Einziehung von Bestechungsgeldern nach § 335 StGB. erfolgen kann. Ist die Durchführung des Strafverfahrens gegen den Beamten nicht möglich und eine Verfallerklärung nach § 335 StGB. unterblieben, so kann der Anspruch des Staates auf das zu Bestechungszwecken Erhaltene nicht auf § 667 BGB. gestützt werden.

Der Kl. stand als Stadtamtman in Diensten der bekl. Stadtgemeinde. Er ist wegen dauernder Dienstunfähigkeit in den Ruhestand versetzt und wegen Geisteskrankheit entmündigt worden. Die Bekl. hat die Auszahlung des Ruhegehalts eingestellt mit der Behauptung, sie habe gegen den Kl. Schadenserfahsansprüche, mit denen sie aufrechne.

Der Kl. sei mehrfach bei dem Ankauf von Grundstücken für sie als Vermittler tätig gewesen. Für die Vermittlertätigkeit habe er sich von den Verkäufern ohne ihr (der Bekl.) Wissen erhebliche Vermittlungsprovisionen versprochen und auszahlen lassen und dadurch sie, die Bekl., geschädigt, weil erfahrungsgemäß solche Provisionen auf den Kaufpreis aufgeschlagen würden.

Das VG. hat die Klage auf Zahlung von Ruhegehalt abgewiesen. Das RG. hat nach dem Klageantrage erkannt. Die Rev. war erfolglos.

Wenn das VG. eine vom Kl. verschuldete Schädigung der Bekl. für nicht nachgewiesen erklärt hat, so sind dagegen rechtliche Bedenken nicht zu erheben. (Wird ausgeführt.)

Es mag davon ausgegangen werden, daß der in § 667 BGB. zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke ein allgemeiner ist, der an sich auch im öffentlichen Recht Anwendung zu finden hat. Gleichwohl kann dann ein Anspruch auf Herausgabe der hier in Betracht kommenden Provision als begründet nicht anerkannt werden. Nach dem eigenen Vorbringen der Bekl. in den Vorinstanzen kann es nicht zweifelhaft sein, daß sich der Kl. durch Annahme der Provision der passiven Beamtenbestechung mindestens i. S. des § 331 StGB. schuldig gemacht hat. Die Bekl. selbst bezieht ihn sogar der „schweren passiven Beamtenbestechung“. Liegt aber eine Bestechung vor, so entfällt der Herausgabeanspruch der Bekl. gemäß der Entsch. des erf. Sen. v. 7. Dez. 1934, III 209/34 (RGZ. 146, 195 ff. = JW. 1935, 1683²), in der eingehend dargelegt ist, daß derartige Bestechungsgelder nicht auf Grund des § 667 BGB. herausverlangt werden können, daß eine Einziehung der Gelder vielmehr lediglich durch den Staat gem. § 335 StGB. auf dem dort gewiesenen Wege erfolgen kann. Daran ändert sich auch nichts, wenn im Einzelfall, wie hier, die Durchführbarkeit eines Strafverfahrens nicht mehr möglich ist (der Kl. ist unheilbar geisteskrank) oder wenn sonst in einem Strafverfahren eine gem. § 335 StGB. mögliche Verfallerklärung aus irgendwelchen Gründen unterblieben ist. Kann der Anspruch des Staates auf das zu Bestechungszwecken Gegebene solchenfalls nicht oder nicht mehr verwirklicht werden, so mag das im Ergebnis unbefriedigend sein, es läßt sich deshalb aber nicht sagen, daß dann ein Anspruch der Einzelperson (hier der Stadt) auf das Bestechungsgeld anerkannt werden müsse. Bestand ein solcher Anspruch (aus § 667 BGB.) nicht von vornherein — und das ist nach der genannten Entsch. des erf. Sen., an der festzuhalten ist, nicht der Fall —, so besteht auch keine Möglichkeit, nun an Stelle des nicht zu verwirklichenden oder nicht verwirklichten Anspruchs des Staates aus Billigkeitserwägungen einen Herausgabeanspruch der Einzelperson treten zu lassen. Übrigens ist ein Bedürfnis, über die in § 335 StGB. gegebene Möglichkeit der Verfallerklärung hinaus einen Weg zu schaffen, um unter allen Umständen einem Beamten Bestechungsgelder wieder entziehen

zu können, auch wohl nicht anzuerkennen, da sonst ein solcher Weg doch wohl in dem Deutschen BeamtenG. v. 26. Jan. 1937 geschaffen worden wäre, was aber nicht der Fall ist.

(RG., III. ZivSen., U. v. 8. Juni 1937, III 223/36.) [v. B.]

*

** 14. RG. — I. § 839 BGB.; Art. 131 WeimVerf. Als „in Ausübung öffentlicher Gewalt“ i. S. des Art. 131 WeimVerf. ist jede Amtshandlung anzusehen, d. h. dienstliche Betätigung eines Beamten des Reiches oder eines Landes oder einer sonstigen mit der Wahrnehmung von Hoheitsrechten betrauten öffentlich-rechtlichen Körperschaft, die sich nicht als Wahrnehmung bürgerlich-rechtlicher Belange des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn darstellt.

II. § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. Für die Lebensversicherung können die zur Frage der Anwendung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. für Schadensversicherungen und die Unfallversicherung maßgebenden Grundfälle nicht angewendet werden (RGZ. 152, 20 = JW. 1936, 3383⁴). Ziel und Zweck einer Lebensversicherung ist nicht eine Schadensdeckung, sondern eine Kapital- oder Rentenvorsorge, im Erlebensfalle für eigene Zwecke des Versicherten, im Todesfalle für die Angehörigen. Der Versicherungsanspruch kann daher bei der Lebensversicherung nicht als Erfahungsanspruch i. S. des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. angesehen werden.

Der Kaufmann Willibald G., der Ehemann der Kl., wollte am Vormittag des 8. Dez. 1934 die Straße von W. nach G. bei Stuttgart überschreiten, um zu der auf der gegenüberliegenden Straßenseite befindlichen Haltestelle der Straßenbahn zu gelangen. Er wurde dabei von einem von dem Anwärter der Landespolizei S. gelenkten Dienstmotorrad der Landespolizei mit Beiwagen, das den Oberleutnant T. zu einer dienstlichen Besprechung nach Stuttgart brachte, erfasst und 17 m weit fortgeschleudert. G. wurde dabei tödlich verletzt.

Die Kl. ist der Ansicht, daß der tödliche Unfall ihres Ehemanns allein auf das fahrlässige Fahren des S. zurückzuführen sei. Sie begehrt daher vom bekl. Deutschen Reich Schadensersatz.

I. Nach dem Zusammenhang der Gründe des angefochtenen Urteils erhebt ohne weiteres, daß das VG. die Erfahungsansprüche des bekl. aus Art. 131 WeimVerf. i. Verb. m. § 839 BGB., also einer fahrlässigen Amtspflichtverletzung des Beamten S. herleitet, deren sich dieser in Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt schuldig gemacht hat. Wenn diese Annahme des VG. rechtlich nicht zu beanstanden ist, so steht fest, daß die Anwendung der §§ 823, 831 BGB. ausgeschlossen ist (RGZ. 129, 303 = JW. 1931, 1691; RGZ. 139, 149 = JW. 1933, 1189¹¹; RGZ. 154, 117 = JW. 1937, 1706⁵ u. 1967⁵; SenUrt. v. 1. Juni 1937, III 289/35). Wegen des Verhältnisses zwischen § 839 BGB. und §§ 7 und 12 KraftG. genügt es, auf RGZ. 145, 177 = JW. 1934, 3273¹⁰ m. Ann. zu verweisen.

Die Entsch. hängt also zunächst davon ab, ob das VG. die rechtlichen Voraussetzungen des Art. 131 WeimVerf. und des § 839 BGB. rechtsirrtumsfrei bejaht hat. Der Rev. ist zuzugeben, daß sich das VG. hierüber, wenn man von der Frage des Verschuldens des Beamten und des von dem bekl. behaupteten mitwirkenden Verschuldens des Willibald G. absieht, nicht ausdrücklich verhält. Das hat seinen Grund offensichtlich darin, daß in den beiden vorderen Rechtszügen in dieser Hinsicht von keiner Partei, insbes. auch nicht vom bekl., Zweifel laut geworden sind. § 551 Nr. 7 ZPO. ist demnach nicht verletzt, da es sich ersichtlich nicht um einen Streitpunkt zwischen den Parteien gehandelt hat, andererseits aber auch die Erwägungen, die das VG. zur Bejahung der rechtlichen Voraussetzungen der in Rede stehenden Vorschriften geführt haben, schon nach den tatsächlichen Feststellungen im BU. erkennbar sind. Die Rev. bekämpft diese Erwägungen lediglich hinsichtlich des Merkmals der Ausübung öffentlicher Gewalt. Aus dem Tatbestande des angefochtenen Urteils ergibt sich, daß der Unfall mit einem Dienstmotorrad der Landespolizei geschehen ist, mit dem S., dessen Beamteneigenschaft auch von der Rev. nicht angezweifelt wird, den Oberleutnant T. zu einer dienstlichen Besprechung nach Stuttgart brachte. Auch die Rev.

erkennt aus diesen Feststellungen die Erwägungen, die das BG. zu der Annahme gebracht haben, S. habe in Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt gehandelt. Sie meint aber, eine dienstliche Besprechung sei nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt anzusehen und eine Fahrt zu einer solchen Besprechung auch nicht. Nun steht fest, daß Oberleutnant T. zur Zeit des Unfalls ebenso wie S. der Landespolizei angehörte und daß die Landespolizei sicherheitspolizeiliche Aufgaben zu erfüllen hat, also eine Tätigkeit ausübt, die auf dem Gebiete der inneren Verwaltung der Durchsetzung der Staatsgewalt, notfalls unter Anwendung obrigkeitlichen Zwangs dient. Dienstliche Besprechungen, an denen Polizeioffiziere teilzunehmen haben, dienen der Erfüllung dieser Aufgaben, also polizeilichen Zwecken, liegen auf öffentlich-rechtlichem Gebiet und sind daher Ausübung öffentlicher Gewalt. Die Beförderung eines Polizeioffiziers zu einer solchen Besprechung steht aber im unmittelbarsten Zusammenhange damit. Das dazu benutzte Fahrzeug ordnungsmäßig und unter Beobachtung aller für den Kraftfahrzeugverkehr getroffenen Bestimmungen zu führen, gehörte zu den Amtspflichten des S., die ihm auch gegenüber dem auf der Straße verkehrenden Publikum oblagen (vgl. RGZ. 129, 303 = JW. 1931, 1691; RGZ. 125, 98). Im übrigen muß der Rev. in dieser Hinsicht der Erfolg auch im Hinblick auf die ständige Rspr. (s. RGZ. 126, 28 = JW. 1930, 1925) versagt werden, wonach als „in Ausübung öffentlicher Gewalt“ i. S. des Art. 131 WeimVerf. jede Amtsausübung anzusehen ist, d. h. jede dienstliche Betätigung eines Beamten des Reichs oder eines Landes oder einer sonstigen mit der Wahrnehmung von Hoheitsrechten betrauten öffentlich-rechtlichen Körperschaft, die sich nicht als Wahrnehmung bürgerlich-rechtlicher Belange des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn darstellt. Daß im vorl. Fall bei der Dienstreise des Oberleutnants T. zur Teilnahme an einer dienstlichen Besprechung nur irgendwie die Wahrnehmung bürgerlich-rechtlicher Belange des Reichs oder dament des Württembergischen Staates hätte in Frage kommen können, dafür fehlt jeder Anhalt.

Die Rev. wendet sich weiter gegen die Annahme des BG., daß S. den Unfall verschuldet habe, jedoch zu Unrecht. (Wird ausgeführt.)

II. Das BG. hat nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. auf den Schadenersatzanspruch der Kl. zwei ihnen aus Anlaß des Todes des Willibald G. zugestiftete Versicherungssummen angerechnet, nämlich 3000 RM, mit denen dieser als Dauerbezieher der Zeitschrift „Allgemeiner Wegweiser“ für den Fall seines Unfalltodes versichert war, und 400 RM aus einer „Gewinnberechtigten Versicherung auf den Todes- und Erlebensfall“, die Willibald G. im Jahre 1924 gegen eine monatliche Prämie von 2,50 WM. abgeschlossen hatte, und die 15 Jahre nach Beginn der Versicherung oder beim früheren Tode des Versicherten fällig wurde. Die letztere Versicherung wird vom BG. als „Sterbegeldversicherung“ bezeichnet. Das BG. führt zur Begründung der Anrechnung in Anlehnung an die Ausführungen des erf. Sen. in RGZ. 145, 56 (62 ff.) = JW. 1934, 2543⁴ aus: § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. stelle sich als eine Schutzbestimmung zugunsten des wegen fahrlässiger Amtspflichtverletzung in Anspruch genommenen Beamten dar. Dieser solle nur dann und insoweit haften, als der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu verlangen vermöge. Dieser Ersatz, der allerdings einen Rechtsanspruch voraussetze, brauche keineswegs mit den gegen den Beamten begründeten Haftungsansprüchen zusammenzufallen, brauche also kein Schadendeckungsanspruch zu sein. Er könne aus irgendeinem Rechtsgrund herrühren, sei es aus Gesetz, sei es aus Vertrag; im letzteren Falle bestehe kein Unterschied zwischen den verschiedenen Arten von Versicherungsverträgen. Es sei nur zu fordern, aber auch genügend, daß der Ersatzanspruch demselben Tatsachentkreis wie der Haftungsanspruch entspringe. Das sei hier der Fall. Die Kl. müßte sich daher die Versicherungssummen von 3000 RM und 400 RM auf ihren Schaden anrechnen lassen, gleichviel ob es sich um eine Schadens- oder Kapitalversicherung handele.

Die Rev. wendet sich gegen die Anrechnung der erwähnten „Sterbegeldversicherungssumme“ von 400 RM. Sie meint, es müsse für die Frage der Anrechnung nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. zwischen Schadensversicherungen und Personenversiche-

rungen unterschieden werden, da diese für die Anwendung der erwähnten Vorschrift erhebliche Unterschiede aufwiesen. Insbesondere werde die Sterbegeldversicherung, anders als die Schadensversicherung, abgeschlossen für einen Fall, der mit Gewißheit eintrete, und gerade deswegen, weil er mit Gewißheit eintreten werde. Dem entspreche es, daß für eine solche Versicherung die Prämien höher festgesetzt würden als bei der Schadensversicherung; ihre Zahlung stelle sich als eine Art Spartätigkeit dar. Es handle sich übrigens bei der hier in Frage stehenden „Sterbegeldversicherung“ um eine reine „Lebens- bzw. Erlebensversicherung“.

Der erf. Sen. hat zu der Frage, inwieweit ein Schadensersatz, den der Geschädigte auf Grund eines Versicherungsvertrags erlangt, als Ersatz i. S. des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. zu gelten hat, zuletzt in seinem Ur. v. 14. Juli 1936, III 11/36 (RGZ. 152, 20 = JW. 1936, 3383⁴) Stellung genommen und dort an seiner bisherigen Rspr., insbes. auch gegenüber den von der Rev. angezogenen Ausführungen von Reischbaum: JW. 1935, 2600 ff., festgehalten. In der genannten Entsch. hat es der erf. Sen. abgelehnt, die versicherungsrechtliche Unterscheidung zwischen Schadensversicherungen einerseits und Personenversicherungsarten andererseits für die Anwendung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. maßgebend sein zu lassen. Er hat denn auch angenommen, daß sich der Geschädigte nach dieser Vorschrift auf seinen Schaden auch dasjenige anrechnen lassen müsse, was er auf Grund eines privaten Unfallversicherungsvertrags aus Anlaß des den Schaden verursachenden Unfalls erlangt hat.

Nunmehr ist zu der in der Entsch. offen gelassenen Frage Stellung zu nehmen, ob die gekennzeichneten Grundsätze auch bei einer Lebensversicherung des Geschädigten Anwendung finden müssen. Wenn auch das BG. die von G. abgeschlossene Versicherung „als Sterbegeldversicherung“ bezeichnet und die sog. „Kleinerlebensversicherung“ meist als „Sterbegeldversicherung“ gedacht sein mag, so ist doch auch die Kleinerlebensversicherung, und zwar gerade im vorl. Fall, nach den Grundsätzen der Lebensversicherung aufgebaut und geordnet.

Für die Lebensversicherung aber können die zur Frage der Anwendung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. für Schadensversicherungen und die Unfallversicherung maßgebenden Grundsätze nicht angewendet werden. Ziel und Zweck einer Lebensversicherung ist, in aller Regel wenigstens nicht eine Schadensdeckung, sondern eine Kapital- oder Rentenvorsorge, im Erlebensfall für eigene Zwecke des Versicherten, im Todesfall für die Angehörigen. Die Lebensversicherung stellt also eine besondere Art des Sparens dar, die bei der hier vorliegenden abgekürzten Lebensversicherung dadurch gekennzeichnet wird, daß die Sparsumme schon vor dem für den Erlebensfall bestimmten Zeitpunkt zahlbar ist, wenn der Versicherte vorher stirbt, dann allerdings mit einem von der Versicherungsgesellschaft getragenen Zuschlag zur Auffüllung des Sparguthabens auf die volle Höhe der Versicherungssumme. Bei der Lebensversicherung steht hiernach von vornherein fest, daß die Versicherungssumme (oder mindestens diese) dem Versicherten persönlich oder seinen Angehörigen in jedem Falle zugute kommen muß, mag der Versicherte den Zeitpunkt ihrer Fälligkeit erleben, mag er vorher sterben, mag sein Tod ein natürlicher oder mag er durch einen Unfall herbeigeführt sein. Diesem Zweck entsprechend und erst in zweiter Linie nach Maßgabe des durch die Möglichkeit eines frühzeitigen Todes des Versicherten bedingten Risikos wird die Höhe der Prämien bestimmt. Diese Prämien sind daher ihrem Wesen nach hier als Spargelder anzusehen. Stirbt der Versicherte vor dem Zeitpunkt der Fälligkeit infolge eines Unfalls, so ist der Unfall nur der äußere Anlaß für den vorzeitigen Eintritt der Fälligkeit. Sie würde genau so eintreten, wenn der frühzeitige Tod des Versicherten nicht durch den Unfall verursacht, sondern infolge Krankheit erfolgen würde. Der innere Grund für die Lebensversicherung ist daher auch beim Tod infolge Unfalls nicht die Sicherung einer Schadensdeckung, sondern die vorzeitige Auszahlung eines an sich einmal fällig werdenden Sparguthabens trotz nicht voller Leistung der Sparprämien. Wollte man den Anspruch aus einer Lebensversicherung auf den durch einen Unfall des

Vericherten herbeigeführten Schaden anrechnen, so würde man dem Vericherten einen Anspruch nehmen, den er ohne den Unfall behalten hätte und im Zeitpunkt seiner Fälligkeit hätte verwirklichen können. Übrigens stellt die Lebensversicherung auch schon vor der Fälligkeit einen Vermögenswert dar, der durch Rückkauf oder Beleihung usw. nutzbar gemacht werden kann. Dieser Vermögenswert ist kein Ersatz für den erlittenen Schaden und kann deshalb nicht nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. angerechnet werden. Dasselbe muß auch insoweit angenommen werden, als im Falle der durch den früheren Tod des Vericherten eintretenden vorzeitigen Fälligkeit des Versicherungsanspruchs Prämien erspart werden, zumal diese Ersparnis durch die Berücksichtigung des durch den früheren Tod bedingten Risikos bei der Bestimmung der Prämienhöhe einen gewissen Ausgleich findet. Der Versicherungsanspruch kann daher bei der Lebensversicherung nicht als Ersatzanspruch i. S. des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. angesehen werden.

(RG., III. Zivilsen., U. v. 29. Juni 1937, III 182/36.)
[v. B.]

15. RG. — § 844 BGB.; § 3 RAsPfStG. Schadenersatzanspruch der Witwe eines tödlich verunglückten Beamten. Die Beamtentwitwe kann von dem zum Schadenersatz Verpflichteten nicht als Schadenersatz den Unterschied zwischen der ihr zustehenden, nach dem Gehalt des Getöteten zur Zeit des Todes berechneten Witwenrente und denjenigen Beträgen verlangen, welche sie als Witwenpension bekommen haben würde, wenn ihr Ehemann ohne den Unfall weiter im Dienst verblieben und so die Höchstpension erreicht haben würde. Einen solchen Anspruch kann die Witwe auch nicht als Erbin ihres Mannes erheben. Die Entsch. RGZ. 135, 372 = JW. 1932, 3255⁷ wird nicht aufrechterhalten.

Der am 4. Okt. 1864 geborene Rektor G. erlitt am 27. Juni 1906 bei dem Betrieb der bekl. Eisenbahngesellschaft einen Eisenbahnunfall und verstarb am 30. Sept. 1906 an progressiver Paralyse. Die Kl. (und ihr damals minderjähriger Sohn) nahmen die Bekl. in dem Rechtsstreit ... auf Ersatz des ihnen durch den Tod ihres Ernährers entstandenen Schadens in Anspruch und beantragten Verurteilung der Bekl.:

I c) zur Zahlung einer Rente v. 1. April 1907 auf die Lebensdauer der Kl. zu 1,

II. ihnen den fernerer Schaden zu ersetzen, der ihnen infolge des Unfalls durch Entziehung des Anspruchs auf Unterstützung gegenüber dem verstorbenen Rektor G. entstanden ist.

Das BG. hat daraufhin durch Art. v. 18. Dez. 1907 erkannt:

„Der Anspruch der Kl. wird dem Grunde nach für berechtigt erklärt.“

Das Urteil ist rechtskräftig geworden. Im Verfahren über die Höhe haben die Kl. ihren Zahlungsanspruch neu gefaßt, soweit die Bekl. nicht inzwischen einen Teilanspruch anerkannt hatte. Die Kl. forderte nunmehr eine Rente in Höhe des Unterschieds zwischen ihrer Witwenpension, berechnet nach dem Gehalt am Todestage, und den anzunehmenden Unterhaltszahlungen entsprechend dem beamtenmäßig steigenden Gehalt ihres verstorbenen Mannes, falls er ohne den Unfall bis zum 65. Lebensjahr im Dienst geblieben wäre, und zwar eine Rente für die Dauer ihres Lebens, jedoch nicht über den 4. Okt. 1929 hinaus, an welchem Tage G. das 65. Lebensjahr erreicht haben würde. Durch die Urteile des LG. Königsberg v. 4. Dez. 1908 und des OLG. Königsberg v. 17. April 1909 ist diesen Anträgen im wesentlichen stattgegeben, und zwar in der den damaligen ärztlichen Gutachten entnommenen Annahme, daß G. ohne den Unfall seinen Beruf bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres ausgeübt haben würde.

Die Bekl. hat die inzwischen aufgewertete Rente unter Ablehnung einer Rechtspflicht und unter Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs auch noch nach dem 4. Okt. 1929 bezahlt, für die Zeit v. 1. April 1935 ab jedoch jede weitere Zahlung abgelehnt.

Die Kl. begehrt nunmehr die Fortzahlung der Rente in

Höhe des Unterschieds zwischen der ihr zustehenden, nach dem Gehalt zur Zeit des Todes berechneten Witwenrente und denjenigen Beträgen, welche sie als Witwenpension bekommen haben würde, wenn ihr Ehemann ohne den Unfall weiter im Dienst verblieben und so die Höchstpension erreicht haben würde. Die Kl. hat beantragt,

die Bekl. zur Zahlung einer Rente von monatlich 86,99 RM v. 1. April 1935 ab bis zum Lebensende der Kl. zu verurteilen.

Die Klage wurde in Abänderung der OLGEntsch. abgewiesen.

Das BG. läßt dahingestellt, ob die Kl. in Abweichung von der früheren Anspr. einen Anspruch auf den Unterschied der Witwenpension auf § 3 RAsPfStG. stützen kann. Es entnimmt vielmehr dem Erkenntnis des BG. Königsberg v. 18. Dez. 1907 hinsichtlich der Klageanträge I c und II die rechtskräftige Feststellung einer Schadenersatzpflicht der Bekl. für „allen weiteren Schaden der Kl. aus dem Unfall ihres verstorbenen Ehemannes v. 27. Juni 1906“ und bejaht im übrigen den Klageanspruch auf Grund der weiteren Feststellung, daß G. ohne den Unfall trotz seiner Erkrankung bis zur Erreichung der Höchstpension im Dienste verblieben wäre. Die Rev. macht hiergegen geltend, der Klageantrag II (Ersatz des fernerer Schadens) sei nicht zu einer rechtskräftigen Feststellung erwachsen, das Urteil habe auch die Voraussetzungen von § 256 ZPO. nicht geprüft, sondern auch insoweit nur ein Grundurteil ausgesprochen, dem infolge Fallenlassens dieses Antrags im Höbeverfahren kein Feststellungsanspruch gefolgt sei. Hinsichtlich des Klageanspruchs I c (Rente auf Lebenszeit der Kl.) habe das Urteil keine Entsch. über die Dauer der Rente getroffen wollen, wie sich bereits aus der Auslegung dieses Urteils durch die Entsch. des OLG. v. 17. April 1909 ergebe.

Dem BG. ist darin zu folgen, daß das Art. v. 18. Dez. 1907 über alle Anträge (zusammengefaßt als „der Anspruch“) erkennen und hierfür aussprechen wollte, der Tod. G.s beruhe mitursächlich auf dem Unfall, die Ansprüche der Kl. seien daher auf Grund der §§ 1, 3 RAsPfStG. gegeben.

1. Entgegen der Auffassung des BG. hat aber das Grundurteil hinsichtlich des bezifferten Klageantrages I c nur die Bedeutung eines Elements für das spätere Erkenntnis über die Höhe. In materielle Rechtskraft erwuchs der geltend gemachte Anspruch nur im Rahmen der zuletzt gestellten Anträge (§§ 304, 322 ZPO.).

Die Rechtskraft der Endentscheidung v. 17. April 1909 deckt den jetzt geltend gemachten Anspruch gleichfalls nicht. Der darin enthaltene Ausspruch, daß G. ohne den Unfall bis zum 65. Lebensjahr im Dienst verblieben sein würde, beschränkt sich lediglich auf die geltend gemachten Rentenansprüche, die auf die entfallenen Unterhaltsansprüche während der vermutlichen Lebensdauer des G. begrenzt worden waren. Damit ist nach § 322 ZPO. aber auch die Rechtskraftwirkung nur in diesem Rahmen von Bedeutung geworden.

2. Dem Urteilsausspruch v. 18. Dez. 1907 kommt dagegen allerdings insoweit selbständige Bedeutung zu, als er über die bezifferten Anträge hinaus auch den Anspruch auf Ersatz des fernerer Schadens (Antrag II) für gerechtfertigt erklärt. Dabei kann die Unterlassung, eine sachgemäße Fassung des Antrags auf dem Wege des § 139 ZPO. zu erfragen oder den Antrag unzulänglich, ebensowenig zu Lasten der Kl. gehen wie der Fehler in der Form des Ausspruchs, der eine Verurteilung zur Leistung eines unbezifferten Schadens für gerechtfertigt erklärt, statt auf Feststellung einer entsprechenden Ersatzpflicht zu lauten. Die Entsch. hat zwar abweichend von dem in RGZ. 122, 284 (290) = JW. 1929, 930 behandelten Rechtsstreit die Voraussetzungen des § 256 ZPO. zu prüfen übersehen, jedoch ist der Mangel durch die Rechtskraft geheilt worden.

Bei der Auslegung des Inhalts der damit getroffenen rechtskräftigen Feststellung ist das BG. jedoch über die durch den Antrag in Verbindung mit den Urteilsgründen gezogenen Grenzen hinausgegangen. Der Kl. ist nicht ein Ersatz „allen weiteren eigenen Schadens infolge des Unfalls“ zuerkannt worden. Es ist vielmehr lediglich eine Ersatzpflicht der Bekl. dahin festgestellt worden, der Kl. den fernerer Schaden zu er-

setzen, der ihr infolge des Unfalls „durch Entziehung des Anspruchs auf Unterstützung gegenüber G. entstanden ist“, ausweislich der Urteilsgründe auf Ansprüche beschränkt, die der Kl. aus §§ 1, 3 KStPflG. erwachsen.

Der in dem jetzigen Rechtsstreit geltend gemachte Anspruch auf den Unterschiedsbetrag der Witwenpension wird aber durch § 3 KStPflG. nicht mehr gedeckt. Das Gesetz hat ebenso wie § 844 BGB. dem nur mittelbar durch Verlust des Ernährers geschädigten Dritten ausdrücklich nicht den Ersatz des vollen Schadens zugebilligt, sondern den Besl. nur insoweit zum Schadensersatz verpflichtet, als der Getötete selbst während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung von Unterhalt an den Dritten verpflichtet gewesen wäre. Das Recht der hinterbliebenen Witwe auf Witwenpension gelangt für sie aber erst nach dem Tod ihres Ernährers zur Entstehung, es richtet sich gegen den Staat oder die Gemeinde und steht außerhalb der einer Ehefrau gegen ihren Ehegatten zu seinen Lebzeiten gegebenen geschlichen Unterhaltsansprüche. Es würde sonst ja auch eine durch nichts gerechtfertigte Bevorzugung der Hinterbliebenen eines Beamten gegenüber denjenigen der Angehörigen anderer Berufe gegeben sein. Denn Hinterbliebene etwa eines Kaufmannes, Arztes, Rechtsanwalts können keine Schadenersatzansprüche gegen den Schuldigen mit der Begründung erheben: Wenn der Getötete ohne den Unfall länger gelebt hätte, hätte er Vermögen gesammelt, dessen Erträge nach seinem zu vermutenden späteren Tode den Hinterbliebenen zugefallen wären, oder er hätte bei Lebzeiten später eine Versicherung für den Todesfall zugunsten der Hinterbliebenen abgeschlossen. Damit entfällt ein unmittelbarer Erbschaftsanspruch der Kl. aus § 3 KStPflG.

Die Kl. kann einen solchen Anspruch aber auch nicht als einen durch Erbgang auf sie übergegangenen Anspruch ihres verstorbenen Mannes aus § 3a KStPflG. geltend machen. Die Entsch. in RGZ. 135, 372 ff. = JW. 1932, 3255⁷ kann nicht aufrechterhalten werden. Sie würde nur gerechtfertigt sein, wenn auch der Ehefrau der Pensionsanspruch zustehen würde. Denn das Recht des Ehemannes, einen solchen Anspruch fürsorglich zum Vorteil der Frau geltend zu machen, entspringt nicht einem, das Bestehen eines Anspruchs der Frau nicht voraussetzenden selbständigen Anspruch des Mannes. Sonst könnte er durch seine Klage zugunsten der Frau einen Anspruch schaffen, der ihr nach der Lage des Rechts gar nicht zusteht. Im vorliegenden Falle wäre ein solcher Anspruch auch durch den oben gekennzeichneten, auf Ansprüche aus § 3 KStPflG. beschränkten Feststellungsauspruch nicht mehr gedeckt, so daß seiner jetzigen Geltendmachung die Einrede der Verjährung entgegenstehen würde.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 4. März 1937, VI 313/36.) [Hn.]
(= RGZ. 155, 20.)

16. RG. — §§ 994 ff., 812 ff. BGB. Wie nach der Entsch. des Senats in RGZ. 137, 206 = JW. 1933, 697^o die Vorschriften der §§ 987 ff. BGB. über die Pflicht des Besitzers zur Herausgabe gezogener Nutzungen, so stellen auch die Bestimmungen der §§ 994 ff. BGB. über die Pflicht des Eigentümers zum Ersatz der von dem Besitzer auf die Sache gemachtenwendungen eine erschöpfende Sonderregelung dar, die den allgemeinen Vorschriften des Bereicherungsrechts in den §§ 812 ff. BGB., diese ausschließend, vorgeht. Dies ergibt sich auch aus der Sondervorschrift des § 1002 BGB. über das Erlöschen der Verwendungsansprüche des Besitzers.

(RG., V. ZivSen., U. v. 9. Juni 1937, V 270/36.) [v. B.]

17. RG. — §§ 1274, 1291, 1154 BGB. Die Erklärung der Verpfändung einer Grundschuld muß die Forderung nennen, die durch das Pfandrecht gesichert werden soll. Insofern ist aber der nach § 1154 i. Verb. m. den §§ 1274, 1291 BGB. vorgeschriebenen Schriftform genügt, wenn die Forderung irgendwie in der Urkunde, wenn auch nur unvollkommen, so bezeichnet ist, daß sie in Verbindung mit anderen, selbst außerhalb der Urkunde liegenden Umständen, festgestellt werden kann (RGZ. 136, 422 [424/425] = JW. 1932, 3759¹).

(RG., V. ZivSen., U. v. 12. Juni 1937, V 298/36.) [v. B.]

18. RG. — §§ 1360, 1603 BGB.; §§ 6, 7 FürsPflWD.; § 16 der Reichsgrundzüge über die Voraussetzungen, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge v. 1. Aug. 1931 (RGBl. I, 439).

1. Ist der unterhaltspflichtige Ehemann bzw. Vater von der Wohlfahrtsbehörde unterstützt worden, so erwächst den Unterhaltsberechtigten durch eine Verringerung der Sozialrente kein Schaden, der durch den Unfall verursacht wäre.

2. Voraussetzungen für die Gewährung einer Sozialrente.

3. Wird der Ehemann von der Wohlfahrtsbehörde unterstützt, weil sein sonstiges Einkommen nicht für seinen und der Familie Unterhalt ausreicht, so kann der Schädiger mit der Einwendung, daß der Getötete sein sonstiges Einkommen für sich verbraucht hätte, so daß seine Familie von der Wohlfahrtsunterstützung gelebt hätte, also nicht geschädigt sei, nicht gehört werden.

Die Kl. machen als Schaden aus §§ 7, 10 KraftG., der dem Grunde nach unstrittig ist, die Verringerung des Einkommens infolge der Tötung des Ehemannes bzw. Vaters geltend, der ihnen gemäß §§ 1360, 1603 Abs. 2 BGB. unterhaltspflichtig gewesen sei.

Die Einnahmen des Getöteten setzten sich aus folgenden monatlichen Posten zusammen: Invalidenrente 69,50 RM, Sozialrente 50,50 RM, Krankheitszuschuß 30 RM, Arbeitsverdienst monatlich durchschnittlich 25 RM. Die Kl. behaupten, daß dieses Einkommen durch die Tötung weggefallen und ihnen infolgedessen ihr Unterhaltsrecht entzogen worden sei. Das trifft zu hinsichtlich des Arbeitsverdienstes von 25 RM monatlich sowie hinsichtlich der Invalidenrente von 69,50 RM, da hier der Versicherte selbst weggefallen ist.

Durch Wegfall des Krankheitszuschusses, der an den Verstorbenen mit Rücksicht auf seine schwere Hautkrankheit (Lupus) gezahlt worden ist, und eine zweckgebundene öffentliche Zuwendung darstellt, ist den Kl. kein Schaden entstanden.

Ebenso wenig ist den Kl. aber ein Schaden hinsichtlich der Sozialrente entstanden. Gemäß § 7 FürsPflWD. vom 13. Febr. 1924 muß jeder hilfsbedürftige Deutsche von dem Bezirksfürsorgeverband unterstützt werden, in dessen Bezirk er sich bei Eintritt der Hilfsbedürftigkeit befindet. Er hat aber keinen klagbaren Anspruch auf diese Unterstützung, sondern § 7 will lediglich die öffentlich-rechtliche Verpflichtung der Bezirksfürsorgeverbände untereinander regeln, wie auch die Überschrift über §§ 7 ff. „Zuständigkeit“ zeigt (ebenso Baath, Komm. zur FürsPflWD., 10. Aufl., S. 37 u. 266; Kompetenzkonfliktgerichtshof v. 20. Juni 1936 (in Ztschr. f. Heimatwesen 1934, 63)). In den Aufgabenkreis der Bezirksfürsorgepflicht fällt damit auch die Fürsorge für Rentempfänger der Invalidenversicherung, der der Berunglückte war, soweit die Fürsorge für ihn nicht schon einer Versicherung oblag (§ 1 Abs. 1 Ziff. a FürsPflWD.). Den Umfang der Fürsorge regelt § 6 der FürsPflWD., wonach die Reichsregierung in besonderen Vorschriften Art und Maß der zu gewährenden Fürsorge bestimmt. Diese besonderen Vorschriften sind in den Reichsgrundzügen über die Voraussetzungen, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge v. 1. Aug. 1931 (RGBl. I, 439) enthalten, die im § 16 besondere Bestimmungen über Sozialrentner treffen. Danach gehören zu diesen die unter § 1255 Abs. 1 fallenden Personen, d. h. auch der Verstorbenen, da er zu mehr als zwei Drittel seine Erwerbsfähigkeit verloren hatte (vgl. die amtliche Begründung zu § 16).

Hilfsbedürftig war er aber nicht nur allein, sondern ebenso die Kl., und zwar die Kl. zu 1 mit Rücksicht darauf, daß sie fünf kleine Kinder zu betreuen hatte (ebenso BA. f. HeimW. 69, 198), die Kl. zu 2—6 mit Rücksicht auf ihr Alter. Unterstützt wurde insofern also schon vor dem Tode des Berunglückten jedes einzelne Familienmitglied (vgl. Baath a. a. O., S. 333; BA. f. HeimW. 70, 51), nicht etwa nur der Verstorbene allein, der lediglich als Familienhaupt sämtliche Beträge ausgezahlt erhielt. An diesem Zustand hat sich durch seinen Tod nichts geändert. Auch jetzt werden die Kl. vom Bezirksfürsorgeverband wegen ihrer Hilfsbedürftigkeit unterstützt. Diese ist nicht etwa wegen des Unglücksfalles eingetreten, sondern bestand schon immer,

da der Unterhaltspflichtige, also der Verunglückte, infolge seiner stark geminderten Erwerbsfähigkeit, und zwar auch unter Berücksichtigung seiner Invalidenrente, nicht in der Lage war, seinen Unterhaltspflichten den Kl. gegenüber in vollem Umfang nachzukommen, vielmehr die Wohlfahrtsunterstützung hinzukommen mußte.

Auch hinsichtlich der Höhe der vom Wohlfahrtsamt gewährten Unterstützung hat sich nichts geändert. Wie die beim Wohlfahrtsamt geführten Unterstützungsakten ergeben, erhielten der Verunglückte und die Kl. zuletzt insgesamt 119 *RM* Unterstützung, auf die 69,50 *RM* Invalidenrente angerechnet wurde. Weggefallen sind jetzt lediglich 17 *RM*, und zwar mit Rücksicht darauf, daß eine erwachsene unterstützungsbedürftige Person weggefallen ist.

Es kann also nicht festgestellt werden, daß den Kl. durch den Unglücksfall hinsichtlich der Sozialrente das Recht auf Unterhalt entzogen worden ist, da es sich einmal hier nicht um Beträge handelt, die der Verstorbene aus eigener Kraft zahlte, die also von ihm erworben wurden, sondern um solche, die er gerade wegen seiner nicht ausreichenden Erwerbsfähigkeit vom Bezirksfürsorgeverband erhielt. Weiterhin kann aber auch eine Feststellung dahin nicht erfolgen, daß die Kl. durch den Unglücksfall hinsichtlich dieser Beträge der Höhe nach eine Einbuße erlitten hätten. Es fehlt mithin insofern an einer Schadensverursachung, sowohl dem Grunde wie der Höhe nach.

Wenn der Bekl. nun in seiner Anschlußberufung vorträgt, daß für die Kl. zu 1, die Ehefrau des Verunglückten, ein Schaden überhaupt nicht entstanden sei, da ihr Ehemann zu seinen Lebzeiten nicht genug verdient und das, was er durch Arbeitsverdienst und Invalidenrente, soweit die letztere auf ihn entfiel, erhielt, hätte für sich allein verbrauchen müssen, die Kl. zu 1 mithin schon damals von der Wohlfahrtsunterstützung gelebt habe, die sie auch heute noch erhalte, so kann dem nicht gefolgt werden. Der Ehemann ist verpflichtet, die Ehefrau zu unterhalten (§ 1360 BGB.). Er ist aber nicht berechtigt, das zu seinem eigenen notdürftigen Unterhalt Erforderliche ohne weiteres vorwegzunehmen (RG.: Warn. 1921 Nr. 74), d. h. seine Ehefrau auf die Sozialrente zu verweisen. Auch die Beträge, die ihm unter Außerachtlassung der Wohlfahrtsunterstützung zuzuflossen, mußte er mit ihr teilen. Demgemäß muß auch jetzt ein bestimmter Teil dieser Einkommensbeträge als auf die Kl. zu 1 entfallend angesehen werden. Dasselbe ist bei den Kl. zu 2—6 der Fall, wie sich aus § 1603 Abs. 2 BGB. ergibt.

(RG., 13. ZivSen., Ur. v. 1. März 1937, 13 U 3658/36.)

*

19. RG. — §§ 1482, 1483, 1511, 1516, 1931, 2100, 2269 Abs. 1, 2270 Abs. 2, 2271 Abs. 2 BGB.

1. Setzen in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Ehegatten in einem öffentlichen gemeinschaftlichen Testament sich gegenseitig als Vollerben und ihre sämtlichen gemeinschaftlichen Abkömmlinge als Erben des überlebenden Ehegatten ein, so liegt darin ein wirksamer stillschweigender Ausschluß des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

2. Setzen Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament sich gegenseitig als Vollerben und ihre Kinder als Erben des überlebenden Ehegatten ein und bestimmen sie weiter, daß im Falle der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten diesem die Verpflichtung auferlegt werde, sich mit den Kindern den gesetzlichen Vorschriften entsprechend auseinanderzusetzen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie für den Wiederverheiratungsfall den überlebenden Ehegatten mindestens von der Bindung an die von ihm verfügte Einsetzung der Kinder auf seinen Nachlaß haben befreien wollen. †)

Der im März 1935 verstorbene Erblasser war dreimal verheiratet gewesen. Aus seiner ersten Ehe stammen 4 Kinder, nämlich Paul, Franz, Max und Rudolf. Mit der zweiten, 1910 verstorbenen Ehefrau Auguste lebte der Erblasser in allgemeiner Gütergemeinschaft; aus dieser Ehe sind 2 Kinder, Friedrich und Elisabeth, hervorgegangen. Die dritte Ehe mit der im Febr. 1935 verstorbenen Minna W. geb. P. ist kinderlos geblieben.

In einem notariellen Testament v. 12. März 1910 hatten der Erblasser und seine zweite Ehefrau Auguste W. sich gegenseitig zu Vollerben eingesetzt und bestimmt, daß nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlaß nach Stämmen zu gleichen Tei-

len fallen solle an die Kinder aus der ersten Ehe und an die Kinder aus der zweiten Ehe des Erblassers; am Schluß dieses Testamentes heißt es sodann: „Falls der Überlebende sich wieder verheiratet, so wird ihm hiernit die Verpflichtung auferlegt, sich mit den vorbenannten 6 Kindern den gesetzlichen Vorschriften entsprechend auseinanderzusetzen . . .“

Im Jahre 1933 errichtete der Erblasser mit seiner dritten Ehefrau Minna W. ein gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Erben einsetzten. Erben des Letzlebenden sollten Franz, Fritz, Rudolf und Elisabeth je zu $\frac{1}{4}$ werden. Paul und Max sollten als Vermächtnis so viel ausgezahlt erhalten, wie sie als Pflichtteil erhalten würden, wenn sie pflichtteilsberechtigter Erben des Letzlebenden wären.

Franz und Fritz beantragten die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins auf Grund des zweiten Testamentes, dahin, daß ihr Vater von ihnen sowie von Rudolf und Elisabeth zu je $\frac{1}{4}$ beerbt worden sei. Sie wollten die Bestimmung in dem ersten Testament über die Auseinandersetzung im Falle der Wiederverheiratung dahin verstehen, daß der Erblasser durch eine — nach ihrer Behauptung erfolgte — Auseinandersetzung von der Bindung an das erste Testament befreit werden sollte.

Der nur mit einem Vermächtnis bedachte Sohn Paul widersprach der Erteilung des Erbscheins, da das zweite Testament ungültig sei. Das AG. hielt das zweite Testament für unwirksam und wies den Antrag zurück. Dem trat das LG. auf Beschw. bei. Die weitere Beschw. der Antragsteller hatte Erfolg.

Der in dem notariellen gemeinschaftlichen Testament vom Jahre 1910 gem. § 2269 BGB. erfolgten Einsetzung des Erblassers als Vollerben und der sechs Kinder zu dessen Erben für den gesamten Nachlaß stand nicht der Umstand entgegen, daß der Erblasser mit seiner zweiten Ehefrau Auguste W. in allgemeiner Gütergemeinschaft lebte. Im Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod eines gütergemeinschaftlichen Ehegatten wird gem. § 1483 Abs. 1 BGB. grundsätzlich die Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen fortgesetzt und gehört der Anteil des erstversterbenden Ehegatten am Gesamtgut nicht zu seinem Nachlaß, während sich die Beerbung hinsichtlich des sonstigen Vermögens (des Vorbehaltsgutes und des Sondergutes) nach den allgemeinen Vorschriften richtet. Die Ehegatten können aber in entsprechender Anwendung der §§ 1511 Abs. 1, 1516 BGB. sämtliche gemeinschaftlichen Abkömmlinge von der fortgesetzten Gütergemeinschaft (hinsichtlich des Gesamtgutes) durch ein gerichtliches oder notarielles gemeinschaftliches Testament ausdrücklich oder stillschweigend ausschließen. Ein solcher stillschweigender Ausschluß kann insbes. durch Bestimmungen erfolgen, die mit dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft unvereinbar sind, z. B. indem sich die Ehegatten gegenseitig als Vollerben oder auch als Vorerben und die gemeinschaftlichen Abkömmlinge als Erben des überlebenden Ehegatten bzw. als Nacherben einsetzen (vgl. RGZ. 94, 317; RG.: OLG. 40, 78 und OLG. München: JFG. 13, 357). So liegt der Fall hier. Die Ehegatten haben sich gegenseitig als Vollerben eingesetzt und insbes. die gemeinschaftlichen Kinder erst zu Erben des überlebenden Ehegatten berufen. Die Wirkung einer solchen Verfügung ist, daß in entsprechender Anwendung des § 1482 BGB. der Anteil des erstversterbenden Ehegatten zu seinem Nachlaß gehört und dem überlebenden Ehegatten als Vollerben zufällt, so daß sich das bisherige Gesamtgut in dessen Hand vereinigt und demnach für eine Auseinandersetzung in bezug auf das Gesamtgut kein Raum ist. Die Kinder aus der ersten Ehe des Erblassers waren als sog. einseitige Abkömmlinge gem. § 1483 Abs. 2 BGB. ohnehin von der Fortsetzung der Gütergemeinschaft ausgeschlossen, so daß sich ihr Erbrecht nach den allgemeinen Vorschriften richtet. Die Ehegatten konnten daher diese Kinder, obwohl sie nicht zu den gesetzlichen Erben der Ehefrau gehörten, den gemeinschaftlichen Kindern durch letztwillige Verfügung gleichstellen.

Es fragt sich weiter, ob die danach zulässige Einsetzung des Erblassers als Vollerben seitens der Ehefrau und die seitens des Erblassers verfügte Einsetzung der einseitigen und der gemeinschaftlichen Abkömmlinge zu seinen Erben in dem Testament vom Jahre 1910 gem. § 2270 Abs. 2 BGB. in vermuteter wechselseitiger Beziehung stehen. Die sog. Wiederverheiratungsklausel enthält zunächst die Anordnung einer bedingten befreiten Vorerbfolge, deren Verbindung mit einer gegenseitigen Einsetzung der Ehegatten zu Vollerben nach ständiger Mpr. des Senats zulässig ist (vgl. JFG. 13, 155 mit Nachweisen = JW. 1936, 395³²). Wie schon erwähnt, stand der testamentarischen Gleichsetzung der einseitigen Abkömmlinge mit den gemeinschaftlichen Abkömmlingen als Erben des überlebenden Ehegatten auf den beiderseitigen Nachlaß nichts im Wege, obwohl erstere an sich nicht zu den gesetzlichen Erben der Ehefrau gehörten. Dieselbe Gleichstellung haben die Ehegatten für den Fall der Wiederverheiratung vorgesehen, so daß also die

einsseitigen Abkömmlinge in dem gleichen Maße an der Auseinandersetzung beteiligt sein sollten, wie wenn sie gesetzliche Erben der Ehefrau des Erblassers gewesen wären. Begriffliche Voraussetzung einer Auseinandersetzung ist es aber, daß die Kinder im Zeitpunkt der Wiederverheiratung neben dem überlebenden Ehegatten ebenfalls Erben geworden sind. Die sechs Kinder sind, wie § 2100 BGB. ergibt, in Höhe gesetzlicher Erbteile erst Erben geworden, nachdem zuvor ein anderer, nämlich der überlebende Ehegatte, Erbe bis zur Wiederverheiratung gewesen ist. Bis zu diesem Zeitpunkt und nicht etwa, wie das LG. annimmt, bis zur tatsächlichen Durchführung der Auseinandersetzung, auf die allerdings die Kinder einen Anspruch haben, sind diese bedingte Nacherben und der überlebende Ehegatte bedingter Vorerbe gewesen, und zwar gem. § 1931 BGB. hinsichtlich $\frac{1}{4}$ des noch vorhandenen Nachlasses der Ehefrau des Erblassers, d. h. ihres früheren Anteils am Gesamtgut und ihres etwaigen früheren Sonderguts und Vorbehaltsguts. Diese $\frac{1}{4}$ des Nachlasses hatte hier der Erblasser an die sechs Kinder im Wege der Auseinandersetzung herauszugeben, während die restlichen $\frac{1}{4}$ des Nachlasses seiner Ehefrau ihm verblieben und weiterhin mit seinem Vermögen, nämlich seinem früheren Anteil am Gesamtgut, seinem früheren Sondergut und Vorbehaltsgut seinen dereinstigen Nachlaß bildeten.

In der Anordnung der bedingten Nacherbfolge allein erschöpft sich aber nicht der Inhalt der Wiederverheiratungsklausel. In der Entsch. OLG. 37, 261 hatte allerdings der Senat in einem gleichliegenden Falle die Annahme des LG. gebilligt, daß durch eine solche Klausel die wechselseitige Natur der seitens des überlebenden Ehegatten verfügten Einsetzung seiner Kinder auf seinen Nachlaß nicht berührt werde, und daß daher mit dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten eine Bindung des überlebenden Ehegatten an seine Verfügung gem. den §§ 2270 Abs. 2, 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB. eingetreten sei. Diesen Standpunkt hat aber der Senat bereits in dem Beschluß 1 b X 450/34 aufgegeben und ausgeführt, daß mit der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten dessen Verfügung über seinen Nachlaß gegenstandslos werde. Eine Mittelmeinung vertreten Pl a n d, 4. Aufl. § 2271 Anm. VIII und R i p p, 8. Aufl. S. 109, 110. Sie nehmen an, daß die Verfügung des überlebenden Ehegatten mit der Wiederverheiratung den Charakter der Wechselbezüglichkeit verliere und daher zu einer Änderung oder Aufhebung der Verfügung eine widersprechende neue Verfügung erforderlich und genügend sei. Welcher der beiden letztgenannten Ansichten der Vorzug zu geben ist, kann hier dahingestellt bleiben, da der überlebende Ehegatte eine neue letztwillige Verfügung errichtet hat. Zu der ersten Ansicht vermag der Senat auch bei wiederholter Prüfung nicht zurückzukehren. Denn, wie dargetan, hört der überlebende Ehegatte im Falle seiner Wiederverheiratung auf, alleiniger Erbe des erstverstorbenen Ehegatten zu sein und steht dessen Nachlaß nunmehr ihm und den Kindern gemeinsam als gesetzlichen Erben zu. Geht er aber seiner Vorrangstellung als alleiniger Erbe des erstverstorbenen Ehegatten verlustig, dann bestand für die Ehegatten grundsätzlich keine Veranlassung, auch für diesen Fall mindestens die Bindung des überlebenden Ehegatten an seine Verfügung in Ansehung seines Nachlasses fortbestehen zu lassen. Denn für diesen Fall lassen sich die Verhältnisse in der Regel in keiner Weise übersehen. Zudem würde es auch unbillig sein, den zweiten Ehegatten und die etwa aus der zweiten Ehe hervorgehenden Kinder von vornherein von jeder Erbvererbung am Nachlaß auszuschließen und diese wie den überlebenden Ehegatten erst auf den Weg der Anfechtung (§§ 2079, 2080 BGB.; vgl. auch RGZ. 77, 165 = JW. 1912, 23; RGZ. 87, 95 = JW. 1915, 1013) zu verweisen. Durch eine solche, nach den Erfahrungen des Senats im allgemeinen nur wenig bekannte und oft nicht rechtzeitig geltend gemachte Anfechtung wird auch die endgültige Vereinigung der Erbschaftsangelegenheit nur hinausgezogen und vielfach in tatsächlicher Hinsicht erschwert. Sie führt häufig zu langwierigen Streitigkeiten und damit zur Entfremdung der Beteiligten. Dem Interesse der Beteiligten und damit dem Interesse der Kinder und des überlebenden Ehegatten ist aber mehr gedient, wenn tunlichst bald, d. h. schon mit dem Eintritt des Falles der Wiederverheiratung wenigstens die Bindung des überlebenden Ehegatten an seine Verfügung beseitigt wird. Wenn daher die Ehegatten für den Fall der Wiederverheiratung bestimmt haben, daß in Ansehung des Nachlasses des erstverstorbenen Ehegatten die gesetzliche Erbfolge eintreten soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie für diesen Fall gleichzeitig den überlebenden Ehegatten zum mindesten von der Bindung an die von ihm verfügte Einsetzung der Kinder haben befreien wollen.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 13. Mai 1937, 1 Wx 120/37.) [S.]

Anmerkung: Dem ersten Leitsatz ist nichts hinzuzufügen, er entspricht der in Rspr. und Schrifttum herrschenden Ansicht. Irgegendwelche durchschlagenden Einwendungen gegen die in Be-

gründung und Ergebnis einwandfreie Feststellung können nicht erhoben werden.

Dagegen erweckt der zweite Leitsatz der Entsch. erhebliche Bedenken.

Zunächst legt das RG. (und dagegen ist nichts einzuwenden) die Wiederverheiratungsklausel dahingehend aus, daß sie die Anordnung der bedingten besetzten Vorerbfolge der Überlebenden mit Einsetzung der sechs Kinder (zu gleichen Teilen!) als Nacherben des Nachlasses des Erstverstorbenen enthält. Es will aber ferner aus dieser Klausel herauslesen, daß dadurch „im Zweifel“ gleichzeitig der überlebende Ehegatte „zum mindesten“ von der Bindung an die Einsetzung der Kinder befreit werden sollte. Das RG. nimmt also offensichtlich an, daß bis zur Wiederverheiratung eine Bindung bestehen soll. Dies setzt aber wieder eine Wechselbezüglichkeit der Erbeinsetzungen voraus, die von dem LG. — nicht nur von seinem Standpunkt aus — als vorliegend angenommen wurde.

Die somit ebenfalls auf dem „Rechtsverstoß“ des LG. beruhende Auslegung der Wiederverheiratungsklausel durch das RG. erscheint außerordentlich weitgehend. Man vergegenwärtige sich die Rechtsnatur des wechselseitigen Testaments: Gem. § 2271 BGB. soll der Überlebende grundsätzlich an das Testament gebunden sein. Will er davon loskommen, gibt ihm das Gesetz selbst zwei Mittel: entweder Ausschlagung des ihm Zustehenden (§ 2271 Abs. 2) oder Anfechtung gem. §§ 2294, 2336 (vgl. die K a g e r m a n n'sche Monographie „Die Bindung der Ehegatten und die Anfechtung letztwilliger Verfügungen bei einem wechselseitigen Testament nach deutschem bürgerlichen Recht“, insbes. S. 20).

Der Sinn dieser Vorschriften ist klar. Das Wesen des wechselseitigen Testaments besteht gerade in der gegenseitigen Bindung und soll eine spätere freie Verfügung des Überlebenden verhindern. Es muß sogar bei Einsetzung der Kinder der Testierenden zu Erben oder Vorerben davon ausgegangen werden, daß gerade diese Kinder geschützt und bevorzugt werden sollen, auch (und besonders!) weiteren Kindern des Überlebenden aus einer späteren Ehe gegenüber.

Es ist daher äußerst bedenklich, wenn der Beschluß 1 b X 450/34 einfach erklärt, daß mit der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten dessen Verfügung über seinen Nachlaß ohne weiteres gegenstandslos werde: vielmehr ist es im Regelfall durchaus denkbar, daß gerade bei einer neuen Heirat die Bindung erst eigentlich wirksam werden soll (ohne daß dies etwa besonders zum Ausdruck gebracht zu werden brauchte, denn vorher ist im allgemeinen nicht damit zu rechnen, daß andere als die etwa eingesetzten Kinder einen Anspruch auf den Nachlaß erhalten könnten).

Bedenklich ist es aus demselben Grunde auch, im Fall der Wiederverheiratung zur Aufhebung der Bindung eine widersprechende neue letztwillige Verfügung für „erforderlich und genügend“ anzusehen. Das RG. beruft sich hierfür zunächst auf Pl a n d, 4. Aufl., § 2271 Anm. VIII. Pl a n d sagt aber nichts Berichtigendes. An der angegebenen Stelle heißt es vielmehr: „Man muß... dem überlebenden Ehegatten selbst die Befugnis zugestehen, seine bindend gewordenen letztwilligen Verfügungen nach §§ 2079, 2281 anzufechten, um demnach (Sperrung vom Bearbeiter) zur Fürsorge für die neuen Pflichtteilsberechtigten ein anderes Testament zu errichten.“

R i p p sagt in der 7. Bearbeitung S. 109 nur: „Verfügungen, die der Überlebende nicht widerrufen kann, muß er unter den allgemeinen Voraussetzungen der Anfechtbarkeit anfechten können.“

In der 8. Bearbeitung (1930) heißt es dann: „Wenn der überlebende Gatte, der als Vorerbe vor den Kindern... eingesetzt ist, für den Fall der Wiederverheiratung auf das gesetzliche Erbteil beschränkt wird, so ist anzunehmen, daß die Zuwendung dieses Teils nicht wechselbezüglich mit den Verfügungen des überlebenden Gatten ist.“

Hier wird also von vornherein die Wechselbezüglichkeit selbst verneint. Eine Bindung tritt also gar nicht ein, es kann daher nicht untersucht werden, wie und ob eine Bindung bei Wiederheirat oder Testamentserrichtung wieder beseitigt wird. Die Ansicht des RG. wird daher durch die beiden angeführten Stellen in keiner Weise gestützt.

Die von Pl a n d vorgeschlagene Anfechtung ist zwar nicht im Gesetz vorgelesen, wird aber einhellig zugelassen (vgl. die neueste Zusammenstellung der Rspr. hierzu bei S o e r g e l, „BGB.“, 6. Aufl. 1937, Anm. 6 zu § 2271). Für den vorl. Fall wäre diese Möglichkeit aber auszuschließen, da keine neuen Pflichtteilsberechtigten oder Erben hinzugetreten, sondern lediglich eine Neuverteilung unter den Erstbenannten vorgenommen worden ist.

Das RG. will nun aber weder sagen, daß schon die Wiederverheiratung selbst, noch, daß dann erst durch die Errichtung der neuen letztwilligen Verfügung eine Befreiung von der Bindung bewirkt wird, obwohl dies aus dem Satze: „Welcher der beiden letztgenannten Ansichten der Vorzug zu geben ist, kann hier

dahingestellt bleiben, da der überlebende Ehegatte eine neue letztwillige Verfügung errichtet hat", eigentlich zu schließen wäre, sondern es hat sich für eine ganz andere Möglichkeit entschlossen: Es behandelt gar nicht die Bindung des Überlebenden an das Testament, ihre Abgrenzung und etwaige Aufhebung, sondern stellt fest, daß eine derartige Bindung für den Fall der Wiederverheiratung überhaupt nicht besteht (was dann allerdings die vorher gemachten Ausführungen über Aufhebung der Bindung gerade vom Standpunkt des beschließenden Gerichts aus als überflüssig erscheinen läßt). Die Möglichkeit zu dieser Feststellung besteht. Die Bindung des überlebenden Ehegatten kann im Testament selbst ausgeschlossen sein. Daß dies a u s d r ü c k l i c h der Fall sein kann, ist selbstverständlich. Ob dies auch s t i l l s c h w e i g e n d geschehen kann, erscheint zweifelhaft. Eine Bindung an das gemeinschaftliche Testament ist grundsätzlich die so feste, daß der vom RG. entwickelte, „im Zweifel“ anzuwendende Satz in dieser Allgemeinheit als unhaltbar erscheint. Die hierfür angegebenen Gründe von a l l g e m e i n e r Bedeutung vermögen nicht zu überzeugen. Daß sich im Falle der Wiederverheiratung die Verhältnisse „in keiner Weise übersehen lassen“, spricht eher für als gegen eine Bindung. Auch kann es nicht von vornherein als unbillig bezeichnet werden, später hinzutretende Berechtigte vom Nachlaß auszuschließen, das kann vielmehr gerade der Zweck der Bindung gewesen sein. Auch die vom Senat festgestellte Tatsache, daß die Anfechtung „nur wenig bekannt“ ist und „oft nicht rechtzeitig geltend gemacht“ wird, vermag zwar vielleicht zur späteren Abschaffung dieses Rechtsbehelfs selbst beizutragen, kann aber, solange diese Möglichkeit besteht, nicht dazu führen, ihre Wahrnehmung gewissermaßen für „nicht zumutbar“ zu erklären. Die Ausführungen schließlich über die langwierige Dauer derartiger Prozesse treffen auf alle Erbtreitigkeiten zu und können nicht dazu führen, in diesem Sonderfall das Ergebnis derartig vorwegzunehmen, wie dies im zweiten Leitsatz der Entsch. geschieht. Richtig ist vielmehr die a l t e Fragestellung des RG. in DZS. 37, 261 ff. auf S. 263: „Schließen die Ehegatten für den Fall von Wiederverheiratung die Bindung aus, so kommt wieder Abs. 2 noch Abs. 1 des § 2270 zur Anwendung, es besteht dann insoweit ein Abhängigkeitsverhältnis nicht. Eine andere Frage ist es aber, ob eine Fassung wie die hier gewählte den Willen, für den Fall der Wiederverheiratung die gegenseitige Abhängigkeit... auszuschließen, unzweideutig ausdrückt...“

Ich neige dazu, auch im vorl. Fall diese Frage zu verneinen, wie es das RG. seinerzeit getan hat: „Einen klaren Ausdruck hat in der gewählten Fassung der etwaige Wille, die Abhängigkeit für den Fall der Wiederverheiratung... auszuschließen, nicht gefunden. Es ist daher nicht rechtsirrig, wenn das BG. den Ausdruck eines solchen Willens vermisst und die Bestimmung dahin erklärt, daß sie nur die Kinder für den Fall der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten habe sichern sollen.“

Selbst wenn man aber im vorl. Fall der vom RG. getroffenen tatsächlichen Feststellung, wonach eine Befreiung ausgesprochen ist, beitrifft, so ist doch die Aufstellung eines „im Zweifel“ anzuwendenden derartigen allgemeinen Grundgesetzes abzulehnen. Dies widerspricht dem oben erörterten richtigen Grundgedanken des Gesetzes (der auch keinesfalls vom heutigen Rechtsempfinden abweicht), wonach grundsätzlich eine feste Bindung des Überlebenden an das gemeinschaftliche Testament fortbesteht, die nur in besonderen Ausnahmefällen gelockert oder gar gelöst werden darf. Ob dies der Fall ist, kann allerdings stets nur Tatfrage sein. So mag trotz der hier geäußerten Bedenken der besprochene Beschluß im Ergebnis richtig gewesen sein, besonders deshalb, weil keine Kinder aus der nachfolgenden Ehe vorhanden waren. Ist dies aber doch der Fall, so erheben sich m. E. die hier aufgeworfenen Fragen mit solcher Stärke, daß die vom RG. aufgestellte Auslegungsregel nicht von Bestand sein kann.

RM. Dr. Wolf Dornke, Berlin.

Internationales Privatrecht

20. RG. — Art. 11 EGBGB.

1. Leben zwei Personen seit Jahren als Eheleute zusammen und erhebt ein Teil die negative Ehefeststellungsklage, so hat er jedenfalls dann die Beweislast für die Fehlerhaftigkeit der Eheschließung, wenn der andere Teil die Umstände dieser Eheschließung darzutun und sich aus diesen nichts Fehlerhaftes ergibt.

2. Eheschließungsform für die Ehe zwischen einem Evangelischen und einer Römisch-Katholischen im zaristischen Rußland.

Die Parteien sind Deutsche. 1917 ist in einem russischen Flüchtlingslager eine Trauung vollzogen worden. Seitdem haben sie als Eheleute gelebt, sind auch als solche nach Deutschland zurückgekommen. Der evangelische Kl. behauptet nun, mit der katholischen Bekl. nicht verheiratet zu sein, und will eine dahingehende negative Feststellungsklage erheben. Es ist zwar

richtig, daß die Bekl. die Eheschließung, die sie behauptet, zu beweisen hätte. Sie genügt aber dieser Beweislast, wenn sie ihrerseits, wie es geschehen ist, genau darzutun, unter welchen Umständen die Eheschließung erfolgt ist und diese Umstände für sich allein nichts dafür ergeben, daß die Eheschließung ungültig wäre. Das ist hier nicht der Fall.

Eine standesamtliche Eheschließung hat nicht stattgefunden. Nun ist allerdings richtig, daß nach den in Rußland vor der bolschewistischen Revolution geltenden Gesetzen bei Ehen von Angehörigen verschiedener geistlicher Bekenntnisse, soweit nicht ein Teil orthodox war, die Trauung im allgemeinen durch den Geistlichen des Bekenntnisses erfolgen sollte, dem die Frau angehörte. Das ergibt nicht nur Zvod Zakonow Teil X Art. 75, sondern auch Art. 192 ff. des an sich für Kongreßpolen geltenden EheG. von 1836 i. d. Fassung der Nov. v. 11./23. Juni 1891 (Rechtsverfolgung im intern. Verkehr Bd. IV, Eherecht, 2. Aufl., S. 382 u. 422 Num. 162), die ausdrücklich auch für dieses Verwaltungsgebiet ein zum Teil bis dahin gegebenes Vorrecht der Römisch-Katholischen Kirche beseitigte. Dieses EheG. von 1836 hatte aber deshalb für die übrigen Teile des zaristischen Rußlands besondere Bedeutung, weil es für diese die sonst vorhandene Lücke in der Ehegesetzgebung, die konfessionell geregelt war, für die Römisch-Katholischen ausfüllte. Man ging nämlich davon aus, daß die konfessionellen Vorschriften der Römisch-Katholischen Kirche für die Eheschließung den im kongreßpolnischen EheG. von 1836 niedergelegten Vorschriften für die Römisch-Katholischen entsprachen (Rechtsverfolgung a. a. O. S. 458). Nur in dieser säkularisierten Form sind also die Vorschriften des katholischen Kirchenrechts über die Eheschließung für das frühere Rußland beachtlich.

Art. 194 poln. EheG. sieht aber bereits vor, daß dann, wenn der römisch-katholische Geistliche sich weigern sollte, die Trauung im Falle einer solchen Ehe zu vollziehen, jene gültig von dem Geistlichen des anderen Bekenntnisses vollzogen werden kann. Eine gleiche Bestimmung für die übrigen Gebiete Rußlands erhielt der Erlaß des russischen Innenministers v. 2. April 1840 Nr. 884, dem mit Rücksicht auf die damalige Verfassung Rußlands Gesetzesähnliche Kraft zukommt. Aus diesen Bestimmungen hat die Rspr. des zaristischen Rußlands den Schluß gezogen, daß zwar grundsätzlich der Geistliche des Bekenntnisses der Braut für die Trauung derartiger Ehen zuständig ist, daß aber die Trauung durch einen Geistlichen des Bekenntnisses des Bräutigams die Eheschließung nicht etwa ungültig macht. Dieser Rspr. folgt übrigens für Kongreßpolen die Rspr. des poln. Obersten Gerichtes in Warschau heute noch (vgl. Menar-Entsch. der 1. Kammer v. 8. Nov. 1926: 33Jhr. f. Df. recht 1927, 1001 und Art. v. 25. Jan. 1928 ebd. 1931, 312). Da, wie oben erwähnt, die Vorschriften des Römisch-Katholischen Kirchenrechts über die Eheschließung nur in der durch den russischen Gesetzgeber im poln. EheG. von 1836 niedergelegten Form in Rußland anerkannt wurden, kann sich der Kl. auch nicht etwa auf das päpstliche Dekret „Ne temere“ vom 2. Aug. 1907, das auch in der Modifikation des Römisch-Katholischen Kirchenrechts, dem Codex iuris canonici von 1917 (can. 1060, 1063, 1064, 1095, 1099), Aufnahme gefunden hat, berufen, wo allerdings für Ehen mit einem Angehörigen eines anderen Bekenntnisses die Trauung durch einen römisch-katholischen Geistlichen vorgeschrieben ist. Ein Verstoß dagegen würde übrigens selbst nach diesen Vorschriften nur die Möglichkeit der Eheanfechtung eröffnen, so daß also selbst dann die Klage bei dem derzeitigen Stand der Angelegenheit aussichtslos wäre.

Die Vorschriften für die Evangelischen außerhalb Kongreßpolens im früheren Rußland waren im Zvod Zakonow Bd. XI Teil I über die auswärtigen Konfessionen Art. 252—898 in der Ausgabe von 1896 enthalten (deutsche Übersetzung bei v. Treumann, Reval 1901; vgl. ferner Rechtsverfolgung a. a. O., 1. Aufl., S. 770 f.; ferner Erdmann, „System des Privatrechts der Ostseeprovinzen“ Bd. I S. 349 ff., der allerdings die im allgemeinen inhaltlich, aber nichtiffermäßig übereinstimmende Ausgabe von 1861 seiner Darstellung zugrunde legt). Nach Art. 301 ist für die Trauung z w i n g e n d n u r v o r g e s c h r i e b e n, daß sie durch einen Geistlichen erfolgt ist, der die Eheschließenden fragt, ob ihre Einwilligung, die Ehe miteinander einzugehen, freiwillig und wahrhaft sei, daß die Eheschließenden das bejahen, ihre Einwilligung erklären und hierauf das Ehebündnis eingeseget wird. Weitere zwingende Erfordernisse bestanden nicht, was auch für die Beurteilung der Gültigkeit durch den deutschen Richter zu beachten ist (Art. 11 EGBGB.). Insbes. steht also die Trauung in einem dafür hergerichteten Saal im Flüchtlingslager ihrer Gültigkeit nicht entgegen, wenn auch die Trauung regelmäßig in der Kirche stattfinden soll (Art. 303, 837). Ebensovienig ist aus einer etwaigen Unzuständigkeit des evangelischen Geistlichen die Schluß-

folgerung auf die Ungültigkeit der Ehe zu ziehen, die dann übrigens binnen Jahresfrist hätte geltend gemacht werden müssen (Art. 367). Wenn der Kl. bei dem hiesigen Polizeirevier seinerzeit die Bell. schließlich als seine Ehefrau angemeldet hat, nun aber in Zweifel zieht, ob sie überhaupt durch einen Geistlichen getraut seien, so kann er angesichts der von der Bell. im einzelnen vorgebrachten Tatsachen und der oben entwickelten Rechtslage mithin so lange nicht gehört werden, als er nicht darlegt, inwiefern seine Behauptung zutreffen könnte.

(RG., 13. ZivSen., Beschl. v. 7. Juni 1937, 13 W 2571/37.)

21. RG. — Art. 13 Abs. 3, 29 EGBGB.; § 606 Abs. 2 ZPD.

1. Ein Angehöriger des früheren zaristischen Kaiserreichs, der i. S. des früher für Kongreßpolen geltenden Gesetzes in einem Orte dieses Gebietsteils ortsangehörig war, ist für die Zeit von der sowjetrussischen Revolution bis zur Errichtung der polnischen Republik als staatenlos anzusehen.

2. Schließt er in Deutschland vor dem 13. Nov. 1926 eine Ehe nur in standesamtlicher Form, so ist das eine in Deutschland zwar gültige Ehe, i. S. seines Heimatgesetzes aber eine Nichtehe, für deren Scheidung nur deutsches Recht zur Anwendung kommt.

3. Fehlt für eine derartige Klage ein deutscher Gerichtsstand, weil der Ehemann im Ausland wohnt, so ist § 606 Abs. 2 Satz 1 ZPD. entsprechend anzuwenden, so daß in erster Linie der Gerichtsstand des letzten gemeinsamen Wohnsitzes, erst in letzter Hinsicht der Reichshauptstadt in Betracht kommt. †)

Der Antragsgegner, der früher die Staatsangehörigkeit des russischen Kaiserreichs gehabt und ständig in Kongreßpolen gelebt hat, ist während des Krieges als Zivilgefangener nach Deutschland gekommen und hat die Antragstellerin am 20. Okt. 1918 in J., Str. Landsberg (Warthe), geheiratet. Die Trauung ist nur standesamtlich erfolgt. Er ist im Jahre 1920 nach Polen abgeschoben worden und ist dort eine neue Ehe eingegangen. Er ist heute Pole. Die Antragstellerin bittet um das Armeurecht für die Scheidungsklage, das das LG. im Hinblick auf die deutschen Zuständigkeitsvorschriften verweigert hat.

Der Antragsgegner wird als staatenlos zur Zeit der Eheschließung angesehen werden müssen; denn Sowjetrußland, das mit der Oktoberrevolution 1917 an die Stelle des zaristischen Rußland getreten ist, konnte die Einwohner Kongreßpolens, das damals noch von den Mittelmächten besetzt war, nicht als seine Staatsangehörigen in Anspruch nehmen; jedenfalls wurde eine derartige Inanspruchnahme von Deutschland nicht anerkannt. Andererseits bestand das zaristische Rußland nicht mehr, so daß damit auch die Zugehörigkeit zu ihm aufgehört hatte. Die polnische Republik war damals noch nicht errichtet. Maßgebend für die Beurteilung der Gültigkeit der Ehe, die der Antragsgegner in Deutschland schloß, war sein bisheriges Heimatrecht (Art. 29 EGBGB.), als welches in diesem Falle das Kongreßpolnische angesehen werden muß. Denn dieses galt damals in den Gebieten, in denen er vor seiner Überführung nach Deutschland ortsangehörig (d. h. i. S. der bisherigen russischen Gesetze „in die Bücher der ständigen Bevölkerung eingetragen“) war und gilt übrigens auf dem Gebiete des Eherechts dort auch heute noch. Sowjetrecht kann nicht in Betracht kommen, da der Antragsgegner, wie dargelegt, niemals Sowjetbürger geworden ist (vgl. auch den Beschluß des Sen.: JW. 1937, 1325 m. Anm. von S ü h.).

Das polnische Ehegesetz von 1836 verlangt zur Gültigkeit einer Ehe für die Angehörigen aller Religionen die kirchliche bzw. religiöse Eheschließung. Erfolgt eine religiöse Trauung nicht, so ist die Ehe selbst dann eine Nichtehe, wenn sie im Auslande geschlossen wird und die standesamtliche Form der Eheschließung am Eheschließungsort obligatorisch vorgeschrieben ist (vgl. die Darlegungen des Sen.: JW. 1936, 2464). Da die Parteien die Ehe nur standesamtlich geschlossen haben, liegt hier vom Standpunkt jenes Gesetzes eine Nichtehe vor. Das hat dem katholischen Antragsgegner auch ermöglicht, in Polen aufs neue zu heiraten, obwohl ihm gerade mit Rücksicht auf seine Religion bei einer nach dem Ehegesetz von 1836 gültigen Ehe sonst eine neue Heirat bei Lebzeiten des anderen Ehegatten unmöglich gewesen wäre (Art. 1 EheG. von 1836).

In Deutschland ist die von den Parteien geschlossene Ehe hingegen gültig, da die Vorschriften des BGB. (§§ 1317 ff.), die vom Standpunkt des deutschen Rechts aus ausschließlich für die Beurteilung der Gültigkeit einer in Deutschland geschlossenen Ehe in Betracht kommen (Art. 13 Abs. 3 EGBGB.), beachtet sind. Für die Antragstellerin hat das zur Folge, daß sie dadurch, daß sie einen Nichtdeutschen heiratete, damit zugleich ihre deutsche Staatsangehörigkeit verlor (§ 17 Ziff. 6 deutsches Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz) und mangels Erwerbes einer anderen Staatsangehörigkeit staatenlos geworden ist.

Der in Aussicht genommenen Scheidungsklage steht § 606

Abs. 4 ZPD. nicht entgegen, da die Zuständigkeit des deutschen Gerichts auch nach dem Heimatrecht des Ehemannes nur dann gegeben sein muß, wenn beide Ehegatten Angehörige eines anderen Staates sind (RGZ. 113, 40). Die heutige polnische Staatsangehörigkeit des Antragsgegners, die sonst zu einer Ablehnung der Zuständigkeit der deutschen Gerichte führen müßte (vgl. die Beschlüsse des Sen.: JW. 1935, 1709 und RGZ. 150, 295 = JW. 1936, 1663⁴ [M a f f e l e r]), hindert die Erhebung der Scheidungsklage vor einem deutschen Gericht also nicht. Allerdings fehlt es nach dem Wortlaut der deutschen Zuständigkeitsregelung für eine derartige Scheidungsklage an einem hiesigen Gerichtsstand. Denn die Antragstellerin ist weder Deutsche (Art. 2 Abs. 1 Ges. v. 24. Jan. 1935 [RGBl. I, 48]), noch hat der Ehemann in Deutschland seinen allgemeinen Gerichtsstand (§ 606 Abs. 1 ZPD.). Eberjowenig ist § 606 Abs. 2 ZPD. gegeben. Trotzdem wird die Zuständigkeit des deutschen Gerichts für die Scheidung dieser Ehe zu bejahen sein.

Wie aus den obigen Ausführungen hervorgeht, handelt es sich um eine Ehe, deren Wirksamkeit auf Deutschland beschränkt ist (matrimonium claudicans). Eine Scheidung dieser Ehe in dem Heimatstaat des Ehemannes kann nicht erfolgen, da sie dort nicht anerkannt wird. Die Verneinung der Zuständigkeit des deutschen Gerichts würde also dazu führen, daß diese Ehe überhaupt nicht geschieden werden kann. Damit würde sie lediglich aus Gründen des Prozeßrechts eine Wirkung erhalten, die ihr das materielle Recht nicht beilegt. Das gilt es zu vermeiden, zumal das formelle Recht dazu dienen soll, Ansprüche des materiellen Rechts zu verwirklichen, nicht ihre Durchsetzung zu verhindern. Die Lücke in der deutschen Zuständigkeitsregelung läßt sich nur durch eine entsprechende Anwendung von § 606 Abs. 2 Satz 1 ZPD. ausfüllen; diese Bestimmung soll nicht nur dazu dienen, den im Ausland lebenden deutschen Eheleuten die Klagemöglichkeit vor einem deutschen Gericht offen zu halten, sondern soll auch der in Deutschland zurückgebliebenen deutschen Ehefrau für ihre Klage die Anwendung deutschen Rechts sichern. Auch im vorl. Falle handelt es sich um die Sicherstellung der Anwendung deutschen Rechts, das allein für eine Scheidung dieser Ehe in Betracht kommen kann (vgl. den Beschluß des Sen.: JW. 1936, 2465). Entsprechend der Regelung in § 606 Abs. 2 Satz 1 ZPD. muß also in erster Linie das LG. zuständig sein, in dessen Bezirk der Ehemann seinen letzten deutschen Wohnsitz gehabt hat. Wenn das LG. im Anschluß an J o n a s (15. Aufl., Anm. II 2 h zu § 606 ZPD.), der im übrigen zu demselben Ergebnis wie die obigen Ausführungen kommt, meint, daß der Gerichtsstand der Reichshauptstadt in Betracht kommen müßte, so ist ein Grund dafür nicht ersichtlich. § 606 Abs. 2 Satz 1 schreibt ihn nur in letzter Hinsicht vor, d. h. wenn ein letzter Wohnsitz des Ehemannes im Inland nicht vorhanden war. Im übrigen sprechen aber auch Zweckmäßigkeitsgründe gegen eine Ausdehnung jenes Gerichtsstandes, da die Zeugen und sonstigen Beweismittel sich meistens gerade im Bezirk des letzten Wohnsitzes befinden werden, die Durchführung des Scheidungsprozesses vor einem Berliner Gericht diese also oft erschweren und unnötig verteuern würde.

(RG., 13. ZivSen., Beschl. v. 3. Mai 1937, 13 W 1948/37.)

Anmerkung: 1. Die Entsch. des RG. stößt im ersten Punkte auf große Zweifel. Der Antragsgegner, der heute Pole ist und früher Russe war, wird für die Zeit von der sowjetrussischen Revolution (25. Okt./7. Nov. 1917) bis zur Errichtung der polnischen Republik (November 1918) als staatenlos angesehen. Wann nach Ansicht des RG. die polnische Republik errichtet wurde, ist nicht ausgeführt. Diese Auffassung ist von größter Tragweite, denn damit wird der staats- und völkerrechtlich höchst seltsame Satz aufgestellt, daß eine Bevölkerung von etwa 14 Millionen Menschen — es handelt sich hier natürlich nur um Kongreßpolen — ein volles Jahr lang staatenlos gewesen sei. M. E. ist diese Ansicht unhaltbar! Es ist natürlich unmöglich, diese komplizierte Frage hier ausführlich zu erörtern, denn dazu ist eine eingehende historische und staatsrechtliche Untersuchung notwendig. Es seien aber die leitenden Gesichtspunkte dargelegt.

Für die Beurteilung der Staatsangehörigkeit müssen in erster Linie Gesetze und Auffassungen der in Frage stehenden Staaten herangezogen werden, hier also vor allem polnische und russische. Der Antragsgegner war in Polen in die Bücher der ständigen Bevölkerung eingetragen nach der PolStD. v. 18. Jan. 1810 (also aus der Zeit des Herzogtums Warschau!). Damit war er in Polen ortsangehörig.

Der Antragsgegner hatte vor der russischen Revolution vom März 1917 (16./29. März 1917) die russische Staatsangehörigkeit. Durch die Revolution wurde an dieser Staatsangehörigkeit nichts geändert; denn weder die Veränderung der Staatsform noch eine Besetzung im Kriege vermag eine Staatsangehörigkeit

zu ändern. Als Frankreich 1870 Republik wurde, blieben die bisherigen Franzosen in den von deutschen Truppen besetzten Gebieten auch weiterhin Franzosen. Die Begründung des RG., daß durch die Oktoberrevolution 1917 die zaristische russische Staatsangehörigkeit deshalb verloren ging, weil Kongreßpolen damals von den Mittelmächten besetzt war, ist daher nicht ganz korrekt, zum mindesten nicht vollständig. Das bolschewistische Rußland ist auch nicht an die Stelle des zaristischen Rußland getreten, wie das RG. schreibt, denn der Zar hatte schon vorher auf den Thron verzichtet und die Kerenski-Regierung hatte Rußland September 1917 zur Republik erklärt. Trotz Besetzung und Veränderung der Staatsform blieb aber für Kongreßpolen die russische Staatsangehörigkeit zunächst bestehen. Wenn man also mit der Oktoberrevolution 1917 die russische Staatsangehörigkeit für Ortsangehörige in Polen untergehen lassen will, so bedarf dies einer anderen Begründung: nämlich der Anführung der Tatsache, daß Sowjetrußland nicht der Rechtsnachfolger der russischen Kerenski-Republik ist, sondern ein neuer Staat, und daß infolgedessen dieser neue Staat auch nur Staatsangehörige in Anspruch nehmen kann aus Gebieten, die er beherrscht. Nur insofern ist die Besetzung entscheidend.

Der Antragsgegner war also zunächst Angehöriger des zaristischen Rußland, dann ohne Zweifel ein solcher der Kerenski-Republik, dagegen wurde er nicht Angehöriger des neuen Sowjetstaates. Die russische Staatsangehörigkeit ist also am 20. Okt. 1918, dem Tage der Ehefschließung, nicht mehr vorhanden. Für den Erwerb der deutschen oder einer sonstigen außerpolnischen Staatsangehörigkeit besteht keinerlei Anhaltspunkt. Es kommt also nur die polnische Staatsangehörigkeit oder Staatenlosigkeit in Frage. M. E. ist es aber unmöglich, die gesamte Bevölkerung von Kongreßpolen für ein volles Jahr als staatenlos anzusehen. Vielmehr wird man ihr die polnische Staatsangehörigkeit zubilligen müssen.

Die Begründung kann auf verschiedene Weise erfolgen. Man kann entweder annehmen, daß der polnische Staat die Fortsetzung des alten Königreichs Kongreßpolens ist, daß er also kein neuer Staat ist, oder daß neben der russischen Staatsangehörigkeit stets — auch zur Zeit des russischen Kaiserreichs — eine polnische Landeszugehörigkeit bestand, die mit dem Untergang des alten Rußland entscheidend wird.

Daß die November 1918 errichtete polnische Republik in rechtlicher Beziehung keine Anknüpfungen an das im Jahre 1832 untergegangene Kongreßpolen hat, sondern ein völlig neuer Staat ist, wird im allgemeinen angenommen, ist aber bestritten. 1815 war das Herzogtum Warschau beseitigt, an seine Stelle trat ein wesentlich verkleinertes Königreich Polen (sog. Kongreßpolen), dessen Rechtsstellung durch die Wiener Kongreßakte und die atrophierte Verfassung (15./27. Nov. 1815) Alexanders I. festgelegt wurde. Le Duché de Varsovie ... est réunie à l'Empire de Russie. Der Zar nimmt den Titel Roi de Pologne an (Acte final des Wiener Kongresses v. 9. Juni 1815, Art. I). Die Rechtsstellung dieses mit Rußland verbundenen Staates ist bestritten (Abspaltung der staatlichen Existenz oder ein mit Rußland verbundener Staat?). Man wird aber Kongreßpolen die Eigenschaft eines Staates nicht absprechen können¹⁾ trotz seiner Verbindung mit dem Russischen Reiche.

Nach dem polnischen Aufstand erließ Nikolaus I. am 14. Febr. 1832 das Organische Statut, dessen Art. I Polen als une partie inséparable von Rußland bezeichnet. Damit hätte Polen die Eigenschaft eines Staates verloren. Diesem organischen Statut folgt dann ein Assimilierungsprozeß von 1832—1861, der nach dem zweiten polnischen Aufstand noch verstärkt wurde.

Im Gegensatz zu dieser Auffassung, die Polen mit dem Organischen Statut von 1832 nicht mehr als Staat ansieht, vertritt die polnische Literatur und Ripr. den Standpunkt, daß die Staatseigenschaft Polens de jure niemals aufgehoben war, und daß darum auch das heutige Polen kein neuer Staat, sondern die Fortsetzung des Staates von 1815 bzw. 1832 sei — die Forderung für unsere hier zur Erörterung stehende Frage liegt auf der Hand. Entscheidend ist hier das Urteil des Obersten Polnischen Gerichtshofes im Falle Weisholz v. 19. Okt. 1919 (Zbiór orzeczeń Sądu Najwyższego, Orzeczenia Izby Karnej 1919, Nr. 65, 132—144). In ihm wird ausgeführt, das Statut von 1832 habe zwar die eiblich zugesicherte Verfassung vergewaltigt, aber

nicht die Selbständigkeit des Landes de jure vernichtet. Die staatspolitische Selbständigkeit sei nur tatsächlich beseitigt worden²⁾.

Folgt man dieser Ansicht, daß Polen als Staat niemals de jure seine staatspolitische Selbständigkeit verlor, daß somit das heutige Polen kein neuer Staat, sondern die Fortsetzung des früheren Staates Polen ist, so muß man auch annehmen, daß die Ortsangehörigen von Kongreßpolen von der Oktoberrevolution 1917 bis zur Konstituierung des heutigen Polen November 1918 nicht staatenlos waren, sondern eine polnische Staatsangehörigkeit besaßen. Eine solche polnische Staatsangehörigkeit bestand seit 1815. Bis 1832 war die Bevölkerung Polens von der Bevölkerung Rußlands streng abgegrenzt. Dementprechend bestand trotz der Eingliederung Polens in das Russische Reich eine von der russischen Staatsangehörigkeit getrennte polnische. Diese regelte sich nach dem in Polen rezipierten Code Civil (Umarbeitung 1825) Art. 9 und 17. Diese Artikel wurden durch das Organische Statut von 1832 nicht aufgehoben. Eine Änderung wurde durch den Ukas v. 31. Dez. 1867 hervorgerufen, der auf die polnischen Gouvernements die Vorschriften des russischen Gesetzes vom 10. Febr. 1864 über den Erwerb der russischen Staatsangehörigkeit ausdehnte (Sword Zakonow Art. 836—857 des IX. V. 1899). Damit konnte zwar ein Ausländer die polnische Landeszugehörigkeit nicht mehr unmittelbar erwerben (Art. 9 Polnischer Zivilkodex!), ohne vorher die russische Staatsangehörigkeit nach den russischen Gesetzen erworben zu haben, die polnische Landeszugehörigkeit blieb aber bestehen.

Daß die polnische Regierung selbst auf dem Standpunkt steht, Polen habe schon vor 1918 als selbständiger Staat bestanden, dafür seien einige Beispiele angeführt. Das Kabinett Baderewski (Januar 1919) — nach dem Rücktritt des Kabinetts Moraczewskis — stellte den Satz auf, daß Polen eine alliierte Macht sei und als solche bereits auf der Seite der Entente gekämpft habe³⁾. Die Zentralmächte, die durch den bekannten Akt vom 5. Nov. 1916 noch nicht die Konstituierung eines neuen polnischen Staates in ihrem Sinne herbeigeführt hatten, gestatteten, daß der Regentschaftsrat einen Bevollmächtigten außerhalb des Okkupationsgebietes ernannte. In dem Bestimmungsschreiben dieses Bevollmächtigten Lednicki v. 6. April 1918, den die Sowjetregierung in Moskau akzeptierte, ist sein Auftrag dahin formuliert, daß er im Namen der polnischen Krone alle Schritte unternahme zum tatsächlichen Schutze der Rechte aller Bürger des Königreichs Polen⁴⁾.

In diesem Zusammenhang sei ferner hingewiesen auf die Antwort des polnischen provisorischen Staatsrats v. 6. April 1917 auf die Proklamation der Kerenski-Regierung v. 16./29. März 1917, aus der klar hervorgeht, daß Polen sich damals schon als selbständiger Staat sah, selbst wenn die russische Proklamation nicht diese Auffassung teilt: „Le Conseil d'Etat provisoire, seul organe de de l'Etat polonais, voit avec joie ... Il prend acte avec satisfaction du fait que le nouveau gouvernement russe a reconnu l'indépendance de la Pologne“⁵⁾.

Aus all diesen Äußerungen der polnischen Gerichte, der Regierung und des wissenschaftlichen Schrifttums geht deutlich hervor, daß sich Polen bereits seit der ersten russischen Revolution März 1917 als einen selbständigen Staat betrachtete. Damit wird die polnische Staatsangehörigkeit, die auch nach 1832 unberändert als solche fortbestand⁶⁾, zur alleinigen Staatsangehörigkeit (ohne

²⁾ Ebenso Fall Pantola v. 29./30. Sept. 1922 (Orzecznictwo Sądów Polskich II Nr. 346); Fall Prokuratorji Generalnej przeciw Tompackiemu v. 1. Febr. 1923 (Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego, Orzeczenia Izby Pierwszej Civilnej 1923, 77); Entsch. des OBG. v. 14. Febr. 1923 (Zbiór Wyroków Najwyższego Trybunału Administracyjnego I, Nr. 243). Ferner Wacław Komarnicki, Upadek i wskrzeszenie Państwa Polskiego w literaturze niemieckiej — Rocznik prawniczy Wileński, Rok II, Wilno 1928, 255; Ludwik Ehrlich, Prawo Narodów, Lwów 1927, 267—270. — A. A. Cybichowski, Polskie prawo państwowe I, Warszawa 1925, 187; Makatow, a. a. D. S. 353 spricht von einem „rechtlichen Auferstehen“ des polnischen Staates und sieht das heutige Polen als einen neuen Staat an, S. 351 ff.

³⁾ Paul Roth, „Die Entstehung des polnischen Staates“, 1926, S. 33.

⁴⁾ Roth a. a. D. S. 27.

⁵⁾ Stan. Filasiewicz, „La question polonaise pendant la guerre mondiale“, Paris 1920, S. 154; Stanisław Kutrzeba, „Polskie prawo polityczne według traktatów I“, Kraków 1923, S. 29 f.

⁶⁾ Daß neben der russischen Staatsangehörigkeit und von ihr gesondert die polnische Staatsangehörigkeit nach Art. 9 poln. Zivilkodex von 1825 ununterbrochen fortbestand, nimmt sowohl die herrschende Doktrin, wie die polnische Rechtsprechung an. Siehe Makatow a. a. D. S. 365 und Rundstein, „Ustawa o obywatelstwie Państwa Polskiego“, Warszawa 1927, 10.

¹⁾ Näheres siehe Makatow, „Die russisch-polnischen Rechtsbeziehungen seit 1815 unter spezieller Berücksichtigung der Staatsangehörigkeitsfragen“, JfRuslStR. Bd. 1 S. 337. Streit besteht dann wiederum, ob es sich um zwei koordinierte Staatswesen (Reunion) oder um eine unio inaequali iure, eine Staatenverbindung mit einseitigem Abhängigkeitsverhältnis handelt. Das letztere dürfte zutreffen.

die gleichzeitige russische), und nichts wäre wohl polnischer Auffassung widersprechender, als die Ortsangehörigen von Kongresspolen in der Zeit von der russischen Revolution bis zur Anerkennung Polens November 1918 als Staatenlose anzusehen. Diese Staatsangehörigkeit richtet sich immer noch nach Art. 9 und 17 des polnischen Zivilkodex von 1825; denn das neue polnische StaatsangehörigkeitsG. v. 20. Jan. 1920 hatte nach seinem ausdrücklichen Wortlaut (vgl. Art. 2!) keine rückwirkende Kraft.

Selbst wenn man aber darüber im Zweifel ist, ob das heutige Polen ein neuer Staat oder nur die Fortsetzung von Kongresspolen ist, so kann man doch kaum darüber streiten, daß neben der russischen Staatsangehörigkeit auch nach dem Organischen Statut von 1832 eine polnische Staatsangehörigkeit immer bestand. Daß diese in dem Augenblick, in dem die russische auf Grund der bolschewistischen Revolution entfiel, nicht gleichfalls unterging, sondern im Gegenteil nun zur alleinigen Staatsangehörigkeit der Kongresspolen wurde, ist eine Auffassung, die wohl praktisch und theoretisch überzeugender ist, als die Staatenlosigkeit von 14 Millionen Rationalpolen.

Allerdings kann man bezweifeln, ob diese Kongresspolen nicht doch der Staatsangehörigkeit nach Russen geblieben sind bis zur völkerrechtlichen Anerkennung Polens. Staatsumwälzungen verändern an sich die Staatsangehörigkeit nicht. Und maßgebend für die Staatsangehörigkeit ist nicht so sehr die staatsrechtliche innerpolnische Auffassung, als vielmehr völkerrechtliche Gesichtspunkte. Danach aber sind die Kongresspolen aus dem russischen Staatsverbande de jure überhaupt erst durch den Vertrag von Riga entlassen (1920). Dies dürfte der bei den internationalen Verhandlungen nach dem Weltkrieg namentlich von den englischen Delegierten vertretenen Auffassung entsprechen. Von Polen wird allerdings diese Einstellung kaum anerkannt werden. Man mag also zwischen zwei Extremen schwanken: Polen seit der Oktoberrevolution 1917 oder Russen bis zum Vertrag von Riga; keinesfalls aber kommt Staatenlosigkeit in Frage.

Ubrigens kann dasselbe Problem auftauchen in Finnland, Estland, Lettland, Litauen und den russischen Teilen des polnischen Staates, die nicht zu Kongresspolen gehörten.

2. Für unseren Fall kommt es im Endergebnis auf dasselbe hinaus, ob man polnische oder russische Staatsangehörigkeit annimmt oder den Antragsgegner für staatenlos hält; denn nach Art. 29 EGVGB. kommt auch bei Staatenlosigkeit unbefristet kongresspolnisches Recht zur Anwendung. Das RG. bringt hierfür keine nähere Begründung. Der Antragsgegner war früher Russe. Rußland aber war ein Vielrechtsstaat, wie es Polen heute auch ist. Da er in Kongresspolen ortszugehörig war, so gilt das Recht des polnischen Zivilgesetzbuches von 1825 und das polnische Ehegesetz von 1836.

Die in Deutschland nur in standesamtlicher Form abgeschlossene Ehe ist in Deutschland vollgültig (Art. 13, Abs. 3 EGVGB.), dagegen ist sie in Polen nichtig. Dies ist immer dann der Fall, wenn es sich um einen Angehörigen eines Landes mit obligatorischer kirchlicher Trauung handelt (Polen, Griechenland, Bulgarien, Jugoslawien, das frühere Rußland). Es entsteht hier stets eine Ehe mit territorial beschränkter Wirksamkeit, die in dem Lande mit obligatorischer (Deutschland) oder fakultativer (Schweden, Norwegen, Dänemark) Ziviltrauung gültig, in dem Lande mit obligatorischer kirchlicher Trauung dagegen ungültig ist — mit matrimonium claudicans von sehr nachteiligen Folgen. Die Frau wird z. B. automatisch in diesen Fällen staatenlos, und zwar nicht nur dann, wenn man, wie es das RG. hier tut, den Ehemann für staatenlos ansieht. Ist er Pole, so erwarb die Frau nach polnischem Zivilkodex Art. 9 Ziff. 8, der zweifellos damals noch galt (s. o.), nicht die polnische Staatsangehörigkeit, da die Ehe nach polnischem Recht ungültig ist. Andererseits verlor die Frau nach § 17 Ziff. 6 des StaatsangehörigkeitsG. durch die Eheschließung mit einem Ausländer die deutsche Staatsangehörigkeit. Sie wird also in allen solchen Fällen staatenlos⁷⁾, selbst wenn der Mann nicht staatenlos ist. Im Zeitpunkt der Erhebung der Scheidungsklage ist daher die Frau weder Deutsche noch Polin, sondern staatenlos.

Die Nachteile eines solchen matrimonium claudicans zeigen sich gerade in unserem Falle: Der nach polnischem Recht nicht gültig verheiratete Ehemann kann in Polen wieder heiraten, die Frau dagegen ist in Deutschland rechtsgültig verheiratet mit ihrem in Polen anderweitig rechtsgültig verheirateten Manne und ist noch staatenlos dazu!

Leider hat das RG. nicht bestimmt genug erörtert, inwiefern

⁷⁾ So die herrschende Meinung: R a a p e, Art. 13 S. 248; a. A. E n d e m a n n, Matrimonium claudicans: ZB. 1914, 113.

in einem solchen Falle gerade deutsches Recht für die Scheidung Anwendung findet.

Nach der allgemeinen Regel Art. 17 Abs. 1 EGVGB. käme für die Scheidung das Recht der Staatsangehörigkeit des Ehemannes zur Zeit der Klagerhebung zur Anwendung. Dies wäre hier kongresspolnisches Recht, insbes. das EheG. von 1836. Der Ehemann ist zweifellos im Zeitpunkt der Klagerhebung Pole und hat seinen Wohnsitz in Kongresspolen. Zur Frage steht aber nicht nur die internationalrechtliche und interlokalrechtliche Kollision, sondern auch die interkonfessionelle; denn in Polen ist das Eherecht verschieden für Römisch-katholische, Griechisch-unierte, Russisch-Orthodoxe, Evangelische, Dissidenten, Juden. Es käme hier also das Recht für römisch-katholische Kongresspolen zur Anwendung. Das RG. betrachtet es aber trotz Art. 17 Abs. 1 EGVGB. für selbstverständlich, daß hier kongresspolnisches Recht keine Anwendung findet, da die Ehe nach polnischem Recht nichtig ist. Diese Ansicht ist aber keinesfalls unbestritten. Zunächst ist sogar bestritten, ob diese Ehe in Polen eine Nichtehe oder nur eine verneinbare Ehe ist. Für Ostpolen ist eine solche Ehe unbestritten eine Nichtehe. Für Kongresspolen wird von einigen eine Nichtigkeitserklärung für erforderlich erachtet, bevor eine neue Ehe eingegangen werden kann. Da hier der Antragsgegner bereits eine gültige zweite Ehe in Polen eingegangen ist, wird man annehmen können, daß entweder auch in Kongresspolen die Ehe als Nichtehe angesehen wurde, oder daß eine Nichtigkeitserklärung erfolgte.

Weiterhin ist aber auch bestritten, ob selbst dann, wenn in Polen diese Ehe eine Nichtehe ist, nicht doch von dem deutschen Gericht für die in Deutschland und in anderen Ländern mit Ziviltrauung territorial gültige Ehe polnisches Recht nach Art. 17 Abs. 1 EGVGB. anzuwenden ist. Für die Anwendung des Art. 17 Abs. 1 in solchen Fällen hat sich insbes. R a a p e: ZB. 1934, 2951 ff. ausgesprochen, indem er darlegt, daß Eheschließungs- und Ehescheidungsstatut prinzipiell auseinanderfallen, daß Art. 13 Abs. 3 EGVGB. ausgehöhlt würde, wenn man die Gültigkeit der Ehe immer auch zugleich nach dem Scheidungsstatut zu prüfen hätte. Ähnliches müßte dann auch für die Art. 14, 15, 17, 22, auch 18 und 19 EGVGB. gelten. Der Bestand der Ehe sei eine Vorfrage und nach Art. 13 Abs. 3 ausschließlich zu beurteilen. Diese Auffassung weicht von der herrschenden ab, wie sie insbes. von L e w a l d, „Das deutsche internationale Privatrecht“, S. 111 f., vertreten wird, der die lex fori anwendet. So sehr die Gründe von R a a p e im einzelnen zu überzeugen scheinen, so kann doch das Ergebnis nicht gebilligt werden, namentlich nicht in unserem Falle, in dem bei Anwendung kongresspolnischen Rechts für Römisch-katholische eine Scheidung überhaupt nicht möglich wäre; denn für römisch-katholische oder griechisch-unierte Kongresspolen fehlt es an materiellen Scheidungsvorschriften. Man kann daher in unserem Fall Art. 17 Abs. 1 aus zwei ganz verschiedenen Gründen ablehnen: einmal (Grund 1) weil überhaupt keine Ehe nach polnischem Recht geschieden werden kann, die nach polnischem Recht gar nicht besteht. Eine Nichtigkeitserklärung nach polnischem Recht würde aber, wenn man Art. 17 Abs. 1 allgemein für jede Art von Auflösung der Ehe gelten läßt, bedeuten, daß ein deutsches Gericht den deutschen Hoheitsakt (Abschluß der Ehe vor dem Standesbeamten) für ungültig erklärte, was unter keinen Umständen zulässig ist. Sodann (Grund 2) aber noch aus dem Grunde, weil ohne Rücksicht auf die ersten Bedenken hier die Ehe unbedingt aufgelöst werden muß (darüber kann kein Zweifel bestehen), dies aber nach polnischem Recht, selbst wenn die Ehe gültig wäre, nicht möglich ist. Scheidung kommt für römisch-katholische Kongresspolen nicht in Frage.

Diese beiden Begründungen sind verschieden. Die letztere schlägt auf jeden Fall durch; denn es ist unmöglich, daß die ehemalige deutsche Ehefrau mit dem Polen verheiratet bleibt, obwohl er selbst in Polen gültig mit einer Polin verheiratet ist, und daß ihre Ehe nicht geschieden werden kann. Daß hier deutsches Recht im Endergebnis angewendet werden muß, liegt auf der Hand. Man braucht sich daher über die Streitfrage L e w a l d - R a a p e eigentlich hier nicht auseinanderzusetzen. Polnisches Recht kann aus reinen Zweckmäßigkeitsgründen (Grund 2) unmöglich zur Anwendung kommen. Trotzdem soll, soweit es der beschränkte Raum erlaubt, kurz auf die Ansicht R a a p e s eingegangen werden. Mag man den sehr umstrittenen und zweifelhaften Begriff der Vorfrage anerkennen oder nicht, es erscheint unmöglich, polnisches Ehescheidungsrecht anzuwenden, wenn nach polnischem Recht eine Ehe gar nicht besteht. Deshalb behält Art. 13 Abs. 3 trotzdem noch seinen selbständigen Wirkungsbereich, wenn er zweifelsohne auch durch diese Auffassung eingeschränkt wird. Die Frage ist doch bei Art. 17 Abs. 1: Wie würde ein polnischer Richter über die Auflösung der Ehe entscheiden? Damit hängt aber untrennbar die Frage zusammen, liegt denn überhaupt eine Ehe vor. Diese zusammenhängende Frage ist aber logischerweise gleichfalls nach

polnischem Recht zu beantworten, wenn auch nur als Voraussetzung dafür, ob überhaupt begrifflich eine Scheidung in Frage kommen kann.

Selbstverständlich hat *R a a p e* Recht, daß die Begründung der *lex fori* nicht dadurch geschehen kann, daß man von einer „deutschen Ehe“ spricht. Es könnte sich ja auch um Personen handeln, die nur kurz in Deutschland waren. Die Frau könnte auch Nichtdeutsche (Schweizerin) gewesen sein, ferner richtet sich nur die Form nach deutschem Recht, nicht die materiellen Voraussetzungen, und endlich ist die Wirksamkeit dieser Ehe gar nicht auf Deutschland beschränkt⁹⁾.

Das *RG.* läßt die Frage offen, warum es die Anwendung des Art. 17 Abs. 1 ablehnt und warum es deutsches Recht anwendet. Letzteres kann aber eine verschiedene Anknüpfung haben: Personalstatut der Frau oder *lex fori*. Das *RG.* begründet die Zuständigkeit der deutschen Gerichte und folgert offenbar daraus die Anwendung deutschen Rechts als etwas Selbstverständliches (also *lex fori*). *Lex patriae* und *lex fori* fallen zwar hier zusammen, sie müssen es aber nicht tun. Nehmen wir an, es handelte sich um eine in Deutschland wohnhafte ehemalige Schweizerin, so wird man gleichfalls die Notwendigkeit, sie in Deutschland zu scheiden, anerkennen, man wird aber vielleicht das Schweizer Recht als das diesen Lebensverhältnissen näherstehende betrachten — also *lex patriae*, nicht *lex fori*!

Betrachten wir das FrauenscheidungsG. v. 24. Jan. 1935 (*RGBl.* I, 48), das hier entsprechend seinem Grundgedanken herangezogen werden kann, so sieht man, daß dort die Anwendung deutschen Rechts an die Staatsangehörigkeit der Frau geknüpft ist (Art. 1). Erst im Art. 2 ist die Zuständigkeit geregelt und nicht umgekehrt aus der festgelegten Zuständigkeit die Anwendung deutschen Rechts gefolgert. Man kann aber m. E. hier unbedenklich dieses Gesetz analog anwenden, ja sogar a fortiori. Zwar hat die Frau hier nicht mehr die deutsche Staatsangehörigkeit; da sie aber staatenlos ist und früher vor der Ehe Deutsche war, so ist sie nach Art. 29 *EGWB.* wie eine Deutsche zu behandeln. Alle Umstände sprechen auch hier dafür, sie in diesem Gesetz einer Deutschen gleichzustellen. Dieses Gesetz soll einer Deutschen ermöglichen, geschieden zu werden, wenn ihre Ehe nach Art. 17 Abs. 1 nicht geschieden werden könnte. Um wieviel mehr muß es dann erst einer deutschen Frau ermöglicht werden, von einer Ehe loszukommen, die nach dem Heimatstatut des Ehemannes gar nicht besteht. Der Grundgedanke des FrauenscheidungsG. dürfte daher auch hier anwendbar sein. Anwendbar aber ist die *lex patriae* der Frau, nicht die *lex fori*, wie das *RG.* offenbar annimmt.

Die Ehe ist also hier nach deutschem Recht zu scheiden aus zwei ganz verschiedenen Gründen: einmal weil das Heimatstatut des Ehemannes nicht angewendet werden kann; denn nach polnischem Recht besteht überhaupt keine Ehe, die nach polnischem Recht geschieden werden kann. Sodann müßte der Frau auch geholfen werden, wenn die Ehe zwar nach dem Recht des Mannes gültig aber nicht scheidbar wäre, vorausgesetzt, daß die Frau nicht die ausländische Staatsangehörigkeit erworben. Gleiches müßte aber auch für eine in Deutschland wohnhafte Schweizerin gelten.

Der von *R a a p e* angeführte Fall (*JW.* 1934, 2951 ff.) deckt sich übrigens nicht mit dem hier vorliegenden. Man muß vielmehr drei Möglichkeiten unterscheiden:

I. Zwei Polen (römisch-katholische Kongregpolen) oder zwei Griechen heiraten in Deutschland standesamtlich. Scheidung nach *lex fori*, da nach polnischem Recht keine Ehe besteht. § 606 Abs. 4 *ZPD.* kommt daher auch nicht zur Anwendung (*Le w a l d* S. 112).

II. Eine Deutsche heiratet in Deutschland zivilrechtlich einen römisch-katholischen Kongregpolen (vor dem *ZPrivRG.* von 1926!). Der ehemaligen Deutschen, jetzt staatenlosen Ehefrau muß die Scheidung ermöglicht werden; sünngemäße Anwendung des FrauenscheidungsG. a fortiori. Wenn man sich, um der deutschen Frau zu helfen, schon über eine nach dem Recht des Mannes gültige Ehe hinwegsetzt, dann muß erst recht das Heimatrecht der Frau anwendbar sein, wenn die Ehe nach dem Heimatstatut des Ehemannes nichtig ist. *Lex patriae*, nicht *lex fori*, wenn auch beides hier regelmäßig zusammenfällt.

⁹⁾ Nach dem polnischen *ZPrivRG.* v. Aug. 1926, Art. 13, wäre die im Ausland geschlossene Zivilehe in Polen gültig (*B a b i n s k i*, *Cunet Journal* 1931, 28f.); Gutachten des Obersten Gerichtshofes v. 12. April 1929; *Ztschr. f. Dstrecht* 1930, 512 und *Revue Darras* 1929, 523 ff.

Dieses *ZPrivRG.* hat aber keine rückwirkende Kraft, ist also auf unseren Fall nicht anwendbar. Die vor dem Inkrafttreten des *ZPrivRG.* im Ausland geschlossenen Zivilehen sind daher nichtig. *Entsch. d. O.G.* v. 11. April 1928 (*DSB.* 1928 Nr. 282); vom 25. April 1928; *Ztschr. f. Dstrecht* 1929, 594; v. 6. Nov. 1928 (*Ztschr. f. Dstrecht* 1930, 515); v. 12. Juni 1929 (*DSB.* 1930 Nr. 312 = *Ztschr. f. Dstrecht* 1931, 72). —

III. Eine in Deutschland wohnhafte Schweizerin heiratet einen Polen zivilrechtlich — gleichgültig ob in Deutschland oder in der Schweiz. Auch hier wird man die Scheidung in Deutschland zulassen, und zwar gleichfalls nach der *lex patriae* der Frau. Hier zeigt sich der Unterschied von *lex patriae* und *fori*. Dieser Fall steht hier nicht zur Diskussion; er ist daher nicht näher begründet, sondern nur der Vollständigkeit halber erwähnt.

3. In der Frage der Zuständigkeit ist dem *RG.* zuzustimmen. Zur Begründung zieht es § 606 Abs. 2 Satz 1 mit Recht heran, da diese Bestimmung den Zweck hat, der in Deutschland zurückgebliebenen Ehefrau die Klage in Deutschland zu ermöglichen (das *RG.* spricht davon, daß die Anwendung deutschen Rechts gesichert würde, was wohl nicht der primäre Grund ist!). Man hätte sich aber auch ebenjogut — vielleicht noch richtiger — auf § 606 Abs. 3 berufen können, wo es sich zwar um die Nichtigkeits- oder Aufhebungsfrage handelt, aber um einen Ausländer wie in unserem Falle, der im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Da die Ehe im Ausland nichtig ist, bestehen keine Bedenken, diese Bestimmung sinngemäß auch auf die Auflösung der Ehe durch Scheidung anzuwenden. Ebenso könnte man § 2 FrauenscheidungsG. heranziehen. An der Zuständigkeit der deutschen Gerichte, d. h. richtiger an der deutschen Gerichtsbarkeit, ist nicht zu zweifeln. örtlich zuständig ist natürlich nicht das *LG.* der Reichshauptstadt, sondern wie aus all diesen Bestimmungen erhellt, das *LG.*, in dessen Bezirk der Ehemann (§ 606 Abs. 2 *ZPD.*!) oder die Ehefrau den letzten Wohnsitz hatte (§ 606 Abs. 3 *ZPD.*) oder ihren Wohnsitz zur Zeit hat (§ 2 FrauenscheidungsG.).

Prof. Dr. Theodor Süß, Berlin.

*

22. *RG.* — Art. 13, 18—20, 29, 30 *EGWB.*; §§ 1317, 1324, 1589, 1699, 1707, 1773 *BGB.*

Stamm ein Kind aus einer zwischen Staatenlosen (früher ausländischen Staatsangehörigen) in Deutschland geschlossenen, nach Art. 13 Abs. 3 *EGWB.* nichtigen Ehe, so beurteilt sich die Frage, ob das Kind im Verhältnis zum Vater als ehelich oder als unehelich gilt und ob dem Kindesvater demgemäß die elterliche Gewalt über das Kind zusteht, selbst dann nicht nach deutschem Recht, sondern nach den Gesetzen des früheren Heimatstaates des Vaters, wenn die Mutter später durch eine neue Heirat die deutsche Reichsangehörigkeit erworben hat.

Die Eltern des minderjährigen D. sind russische Emigranten und haben im Jahre 1920 vor einem russischen Geistlichen in Deutschland die Ehe geschlossen. Eine standesamtliche Eheschließung ist nicht erfolgt. Sie haben sich später getrennt. Auf Antrag der Kindesmutter, die im Jahre 1930 durch Heirat die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat, hat das *LG.* für den Minderjährigen einen Vormund bestellt. Die Maßnahme ist auf weitere Beschw. des Kindesvaters aufgehoben worden.

Das *LG.* geht zutreffend davon aus, daß die nach früherem russischen Kirchenrecht in Deutschland geschlossene Ehe der Kindesmutter mit dem Beschw. nichtig ist. Nach Art. 13 Abs. 3 *EGWB.* bestimmt sich die Form einer Ehe, die im Inlande geschlossen wird, ausschließlich nach deutschem Recht. Fehlt es an einer rechtswirksamen Eheschließung vor dem zuständigen Standesbeamten (§ 1317 *BGB.*), so ist die Ehe nach § 1324 Abs. 1 *BGB.* nichtig, selbst wenn sie bei Eingehung in der gleichen Form im Auslande Gültigkeit gehabt haben würde und dann auch nach deutschem Recht anzuerkennen gewesen wäre. Die Ausnahmebestimmung des § 1324 Abs. 2 *BGB.* findet mangels entsprechender tatsächlicher Voraussetzungen hier keine Anwendung.

Aus der Nichtigkeit der Ehe der Eltern ergibt sich aber noch nicht ohne weiteres, daß damit auch das Kind im Verhältnis zu seinen Eltern die Stellung eines unehelichen Kindes hat. Allerdings läßt sich eine eheliche Abstammung des Kindes und die daraus folgende Berechtigung des Beschw. zur Ausübung der väterlichen Gewalt für den Minderjährigen nicht etwa mit der Erwägung begründen, daß die Ehe der Eltern nach ihrem früheren Heimatrecht Gültigkeit gehabt haben würde. Die Gültigkeit der Ehe der Eltern ist vom deutschen Richter einzig und allein nach der deutschen Rechtsordnung zu entscheiden, die gem. Art. 13 Abs. 3 *EGWB.* die Eheschließung beherrscht. Jedoch ist Art. 13 Abs. 3 *EGWB.* eine Vorbehaltsklausel zugunsten des deutschen Rechts, die eng ausgelegt werden muß und nicht weiter geht, als der in ihr für das deutsche Recht aufgestellte Vorbehalt reicht. Die Rechtsbeziehungen nichtdeutscher Staatsangehöriger richten sich in erster Linie nach dem für sie geltenden Heimatrecht. Wenn trotzdem ihre Eheschließung in Deutschland gem. Art. 13 Abs. 3 *EGWB.* nach deutschem Recht beurteilt werden soll, so erschöpft sich darin auch die Vorbehaltsklausel. Die Fraae, welche Folgen sich aus der Ungültigkeit einer Ehe für die Rechtsstellung des aus ihr hervorgegangenen Kindes ergeben, lassen sich deshalb nicht aus dem

Rechtsgedanken des Art. 13 Abs. 3 EGVGB. lösen. Maßgebend hierfür ist vielmehr das nach Art. 18, 19 EGVGB. zuständige Recht.

Art. 18 und 19 EGVGB. sind zwar nur einseitige Kollisionsnormen, müssen aber nach herrschender Auffassung zu vollständigen ausgebeutet werden. Aus ihnen sind die allgemeinen Grundsätze zu entnehmen, daß die Ehelichkeit des Kindes nach den Gesetzen des Landes zu beurteilen ist, dem der Vater zur Zeit der Geburt des Kindes angehört hat, und daß ferner für das Rechtsverhältnis des Vaters zum Kinde zunächst die Staatsangehörigkeit des Vaters entscheidet. Es ist mithin darüber, ob das aus einer in Deutschland geschlossenen nichtigen Ehe nichtdeutscher Personen stammende Kind als ehelich oder als unehelich zu gelten hat, wie sich insolge dessen seine Rechtsbeziehungen zu seinem Vater gestalten, nicht nach deutschem Recht, sondern nach dem für den Vater geltenden Heimatrecht zu befinden. Die Frage ist also, soweit es sich um das Rechtsverhältnis zwischen Vater und Kind handelt, dahin zu stellen, ob das Kind nach dem für den Vater geltenden Heimatrecht, wenn es aus einer nichtigen Ehe stammte, gleichwohl als ehelich gelten würde oder nicht und welche Rechtsbeziehungen zwischen dem Vater und dem Kinde sich danach ergeben (vgl. Lewald, „Intern. Privatrecht“ S. 130; Standin-g e r = N a p e, „Intern. Privatrecht“, 9. Aufl., Art. 18 EGVGB., Anm. B IV, 1; RG.: OLG. 42, 97). Einen abweichenden Standpunkt vertritt allerdings das OLG. München: OLG. 42, 98. Es berücksichtigt aber nicht, daß ein Kind, trotzdem es aus einer nichtigen Ehe stammt, doch als ehelich gelten kann, wie es auch nach § 1699 BGB. unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist, und daß eine den Interessen des Kindes und seinen rechtlichen Belangen gerecht werdende Lösung nur dann zu gewinnen ist, wenn diese zweite Frage nach dem unter Berücksichtigung des Staatsangehörigkeitsprinzips zu bestimmenden ausländischen Recht entschieden wird. Auch die Entsch. des RG. (RZ. 1914, 869), die hinsichtlich des Namensrechts des Kindes aus nichtigen Ehen ausländischer Staatsangehöriger die vorbezeichneten Folgerungen nicht zieht, gibt dem Senat zu einer anderen Beurteilung der Rechtslage keinen Anlaß. Einer Vorlegung der Sache beim RG. bedarf es nicht, weil sie die hier allein zu entscheidende Frage, in welchem Umfang dem Kindesvater die elterliche Gewalt für ein Kind aus der nach deutschem Recht nichtigen Ehe gebührt, nicht entscheidet.

Diese Rechtsgrundsätze, die auf der Voraussetzung aufbauen, daß der Vater zur Zeit der Eheschließung eine ausländische Staatsangehörigkeit noch besessen hat, bedürfen vor ihrer Übertragung auf den vorl. Sachverhalt allerdings einer Nachprüfung noch in der Richtung, ob die Rechtslage etwa dadurch beeinflusst wird, daß der Beschw. zur Zeit der Eheschließung ebenso wie die Kindesmutter die frühere russische Staatsangehörigkeit bereits verloren hatte, ohne eine neue zu erwerben, also staatenlos ist. Aber auch in einem derartigen Fall müssen für das Rechtsverhältnis des Kindes zum Vater die Gesetze des Staates als maßgebend angesehen werden, dem der Vater zuletzt angehört hat. Es fehlt zwar an einer ausdrücklichen Vorschrift. Art. 29 EGVGB. muß aber auch in den Fällen für entsprechend anwendbar erklärt werden, in denen, wie hier, das Staatsangehörigkeitsprinzip infolge analoger Anwendung einer einseitigen Kollisionsnorm gilt (S t a u d i n g e r = N a p e a. a. D. Art. 29 Anm. A III 1 a). Denn aus Art. 29 EGVGB. folgt das Prinzip des deutschen Rechts, daß für den Staatenlosen die gesetzlichen Vorschriften zur Anwendung kommen sollen, die Platz greifen würden, wenn er noch seinem früheren Heimatstaat angehören würde. Da, wie ausgeführt ist, das Rechtsverhältnis des Kindes und seine Beziehungen zu seinem Vater sich nach den Grundsätzen des für den Vater geltenden Heimatrechts beurteilt, ist auch dann, wenn der Vater zur Zeit der Geburt des Kindes diese Staatsangehörigkeit verloren hatte und staatenlos war, doch sein früheres Heimatrecht entscheidend und nicht etwa deutsches Recht deshalb anzuwenden, weil das Kind bei der Geburt bereits staatenlos war, aber in Deutschland seinen Wohnsitz hatte.

Es ist mithin hier nach russischem Recht zu entscheiden, ob das Kind, wenn es aus einer nichtigen Ehe stammte, als ehelich oder unehelich gelten würde und wie demgemäß seine Rechtsbeziehungen zu seinem Vater sind. Dann aber ergibt sich, daß das Kind als ehelich gelten muß (K l i b a n s t i, „Handbuch des gesamten russischen Rechts“ S. 56; B e r g m a n n, „Internationales Ehe- und Kindschaftsrechts“ I, 567 ff.). Aus Art. 30 EGVGB. sind gegen dieses Ergebnis keine Bedenken herzuführen. Die Folge der Tatsache ist, daß dem Beschw. dann auch die elterliche Gewalt gebührt, so daß das Verlangen der Kindesmutter auf Bestellung eines Vormundes für den Minderjährigen nicht gerechtfertigt ist. Art. 20 EGVGB. greift hier nicht

Platz und kann jedenfalls die dem Vater zukommenden Rechte nicht beeinträchtigen.

(RG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 9. Juli 1937, 1 a Wx 563/37.)

*

23. RG. — Art. 25, 27 EGVGB.; § 27 RFGG.

1. Die weitere Beschw. gem. § 27 RFGG. kann auch auf die Verletzung ausländischen Rechts gestützt werden. Die Entsch. des Senats OLG. 42, 102 = RZA. 17, 70 wird aufgegeben.

2. Der Art. 25 Satz 1 EGVGB. findet entsprechende Anwendung, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz im Ausland gehabt hatte.

3. Ist der Erblasser Bürger der Vereinigten Staaten von Nordamerika und Bürger des Einzelstaates New York oder des Einzelstaates New Jersey gewesen, so richtet sich die Erbfolge in das bewegliche Vermögen nach dem Recht des letzten Wohnsitzes des Erblassers (lex domicilii) und die Erbfolge in sein unbewegliches Vermögen nach dem Recht der belegenen Sache (lex rei sitae). †

Im Jahre 1931 verstarb in Pittstown im Staate New Jersey (USA.) der Farmer Heinrich M., ohne ein Testament zu hinterlassen. Er war nach der Feststellung des RG. Bürger der Vereinigten Staaten von Nordamerika. Der Erblasser hatte im Jahre 1907 in New York mit Jenny M. die Ehe geschlossen, die die nordamerikanische Staatsangehörigkeit besitzt und in Pittstown wohnt. Außer der Ehefrau hinterließ der Erblasser mehrere in Deutschland lebende Geschwister und Geschwisterkinder. Er ist seit 1922 Eigentümer eines in Deutschland belegenen Grundstücks.

Im Jahre 1935 beantragte die Witwe, einen gegenständlich beschränkten Erbschein dahin zu erteilen, daß der Erblasser von ihr allein erbt worden sei. Sie überreichte einen undatierten, legalisierten Erbschein (Certificate of heir) des Hinterlassenschaftsgerichts der Grafschaft Hunterdon, demzufolge sie nach den Gesetzen des Staates New Jersey Alleinerbin ihres Ehemannes geworden ist. Das RG. wies den Antrag zurück, weil das nordamerikanische Recht im Falle der gesetzlichen Erbfolge hinsichtlich der Vererbung in Grundstücke auf das Recht der belegenen Sache, also das deutsche Recht, verweise, und nach deutschem Recht die Witwe des Erblassers nicht allein, sondern neben den Geschwistern erbe. Gegen diesen Beschluß legte die Witwe des Erblassers Beschw. ein. Sie überreichte eine von dem erwähnten Hinterlassenschaftsgericht gefertigte legalisierte Abschrift folgender Gesetzesstellen, die in Übersetzung lauten:

Kap. 130 — Gesetze von New Jersey — 1930.

Abf. 169. Der gesamte Nachlassüberschuß an Hab und Gut und an beweglichem Vermögen, in dessen Besitz irgendeine Person sterben sollte, ohne ein Testament zu hinterlassen, soll auf folgende Art und Weise verteilt werden, nämlich:

169 a). Im Falle, daß keine Kinder vorhanden sind und auch kein gesetzlicher Vertreter derselben, soll die Gesamtheit des erwähnten Nachlasses dem Ehegatten oder der Witwe des vorgenannten, ohne Testament Verstorbenen, zugewiesen werden, wie es der Fall sein mag.

Kap. 41 — Gesetze von New Jersey — 1926.

Ein Nachtrag zu einer Akte, die betitelt ist „Eine Akte, welche die Übertragung von unbeweglichem Vermögen regelt“ und die am 9. März 1877 (...) bestätigt wurde: Durch den Senat und die GenVers. des Staates New Jersey wurde verfügt:

1. Wenn irgendeine verheiratete Person hiernach sterben wird im Besitze von irgendwelchen Ländereien, Häusern oder Erbgütern, die seinen oder ihrem Recht als Eigentum zustehen, ohne daß derselbe bzw. dieselbe in rechts- und gesetzesgültiger Form ein Vermächtnis darüber hinterläßt, und ohne daß derselbe bzw. dieselbe rechtmäßige Nachkommenschaft hinterlassen, in dem sie nur einen Ehegatten oder eine Ehefrau hinterlassen, die ihn oder der sie überlebt, dann soll in diesem Falle die vorgenannte überlebende Person, mag es Ehegatte oder Ehefrau sein, den gesamten Nachlaß bzgl. der Ländereien, Häuser oder Erbgüter des Verstorbenen als Eigentum entgegennehmen; dies gilt jedoch unter der Voraussetzung, daß sich diese Akte nur auf das Vermögen bezieht, in dessen Besitz Ehegatte oder Ehefrau sterben und das von dem Ehegatten oder der Ehefrau während der Zeit des Ehestandes käuflich erworben worden war.

2. Alle Akte oder Teile von Akten, die mit dieser Akte unvereinbar sind, werden hierdurch ausdrücklich aufgehoben, und das soll sofort in Kraft treten.

Das RG. wies die Beschw. zurück. Gegen diesen Beschluß legte die Witwe des Erblassers weitere Beschw. ein. Sie überreichte eine Bestätigung (Acknowledgement) des amerikanischen Richters v. 25. Jan. 1937, wonach das Gesetz des Staates New Jersey 1926 (Kap. 41) auf alles unbewegliche Vermögen anwendbar ist,

gleichviel, ob es in den Vereinigten Staaten von Nordamerika oder in Deutschland gelegen ist. Die weitere Beschw. hatte keinen Erfolg.

Nach der Rspr. des Senats (RGZ. 36, A 102 und 41, 62, 1 Wx 501/36) hat das Nachlassgericht und das an seine Stelle tretende BeschwG. im Erbscheinsverfahren die Staatsangehörigkeit des Erblassers von Amts wegen festzustellen, weil von der Entsch. dieser Frage die Vorfrage abhängt, welches Recht für die Erbfolge maßgebend ist, und ob demgemäß eine sachliche Zuständigkeit des deutschen Nachlassgerichts überhaupt gegeben ist. Nach der nordamerikanischen Bundesverfassung von 1789 (Art. I Sekt. 8) und dem 14. Amendment (Art. 14 Sekt. 1) beruht die Staatsangehörigkeit in den Vereinigten Staaten ausschließlich auf Bundesrecht und ist „jeder, der in den Vereinigten Staaten geboren oder eingebürgert ist und ihrer Staatshoheit unterliegt, Bürger der Vereinigten Staaten und Bürger des Einzelstaates, in welchem er seinen Wohnsitz hat“; die Bundesstaatsangehörigkeit ist die primäre; die Möglichkeit der Zugehörigkeit zu einem Einzelstaat ohne Bundesstaatsangehörigkeit besteht nicht (Vedder: *Zeitschr. f. d. R. 1935*, 261). Der Erblasser war vor etwa 35 Jahren von Deutschland nach Nordamerika ausgewandert, hatte zunächst im Staate New York und in den letzten Jahren im Staate New Jersey seinen Wohnsitz gehabt. In dem vom Staatsdepartement Washington am 27. Sept. 1920 ausgestellten Reisepaß wurde er als Bürger der Vereinigten Staaten (a citizen of the United States) bezeichnet. Ausweislich des Passes hatte er sich von Anfang 1921 bis Mitte 1922 in Deutschland „zum Besuch seiner Geschwister“ aufgehalten und sich während dieser Zeit mehrmals beim amerikanischen Konsul gemeldet. Auf diesen Paß nimmt die vom LG. angezogene Aufenthaltbescheinigung der Polizeidirektion München v. 29. Nov. 1935 Bezug. Gemäß Sekt. 1 des Bundesgesetzes vom 2. März 1907 (34 Stat. 1228) wurden nun allerdings amerikanische Pässe nach dreijährigem Aufenthalt in den Staaten auch für solche Nichtamerikaner ausgestellt, die die Erklärung abgegeben hatten, Bürger der Vereinigten Staaten werden zu wollen. Diese Bestimmung ist aber durch ein am gleichen Tage in Kraft getretenes Gesetz v. 4. Juni 1920 (41. Stat. 739 ff., 751) wieder aufgehoben worden. Deshalb bestehen keine Bedenken, den nach diesem Zeitpunkt am 27. Sept. 1920 auf den Erblasser ausgestellten Paß als ausreichenden Beweis für die Bundesstaatsangehörigkeit des Erblassers anzusehen, zumal wenn man berücksichtigt, daß der Erblasser jahrzehntelang in den Vereinigten Staaten seinen Wohnsitz gehabt hat. Anhaltspunkte dafür, daß der Erblasser später diese Staatsangehörigkeit wieder verloren hätte, fehlen. Nach Sekt. 2 des erwähnten Bundesgesetzes v. 2. März 1907 begründet zwar ein zweijähriger Aufenthalt eines eingebürgerten amerikanischen Staatsangehörigen in seinem früheren Heimatland die allerdings widerlegbare Vermutung, daß er auf seine amerikanische Staatsangehörigkeit verzichtet habe. Der Aufenthalt des Erblassers in Deutschland in der Inflationszeit ist aber von kürzerer Dauer gewesen. Er trug, wie sich aus dem Paß ergibt, auch einen nur vorübergehenden, gegen einen Verzicht sprechenden Charakter. Der Erblasser war daher zur Zeit seines Todes Bürger der Vereinigten Staaten und des Einzelstaates New Jersey.

Der zwischen dem Deutschen Reich und den Vereinigten Staaten von Amerika abgeschlossene Freundschafts-, Handels- und Konsularvertrag v. 8. Dez. 1923 (Reichsg. v. 16. Aug. 1925 (RGBl. II, 1925, 795) enthält keine Bestimmungen über das anzuwendende Erbrecht. Maßgebend sind daher die Vorschriften der Art. 25 ff. EGVGB. (vgl. RG.: *JZG.* 15, 78 = *JW.* 1937, 1728).

Nach Art. 25 Satz 1 EGVB. wird ein Ausländer, der zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz im Inlande hatte, nach den Gesetzen des Staates beerbt, dem er zur Zeit seines Todes angehörte. Diese Bestimmung ist aber, ebenso wie die des Art. 24 EGVGB., nur ein Ausdruck des das deutsche internationale Privatrecht beherrschenden Grundsatzes, daß die Beerbung primär dem Heimatrecht des Erblassers folgt. Sie findet daher entsprechende Anwendung, wenn der Ausländer seinen letzten Wohnsitz im Auslande gehabt hat (RG.: *RGZ.* 91, 139 = *JW.* 1918, 173; RG.: *RGZ.* 42, 141). Dem steht nicht entgegen, daß der Satz 2 des Art. 25 EGVGB. im Falle des ausländischen Wohnsitzes des Erblassers einer entsprechenden Anwendung nicht fähig und bedürftig ist. Denn der Satz 1 des Art. 25 beruht auf dem Prinzip der Maßgeblichkeit des Heimatrechtes des Erblassers für seine Beerbung. Dagegen enthält der Satz 2 eine Ausnahmsvorschrift, deren Zweck gerade darin besteht, den vielfach in ausländischen Staaten geltenden Grundsatz des letzten Wohnsitzes abzuwehren und die deshalb voraussetzt, daß der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in Deutschland hatte (ebenso Lewald, „Das Deutsche Internationale Privatrecht“ 1931 S. 294; Staubinger, 9. Aufl., Art. 25 Anm. DI, 2; Planck, 3. Aufl., Art. 25 Anm. 4 d). So hat denn auch, wie

Lewald zutreffend bemerkt, das RG. in der Entsch. *RGWarn.* 8 Nr. 293 den Gedanken einer entsprechenden Anwendung des Satzes 2 des Art. 25 überhaupt nicht erwogen und damit ersichtlich abgelehnt.

Es fragt sich daher, in welcher Weise das Heimatrecht des Erblassers, d. h. hier das Recht des Staates New Jersey, auf das Art. 25 Satz 1 EGVB. verweist, die Erbfolge regelt.

Die Art der Beurteilung dieser Frage hängt hier davon ab, ob die weitere Beschw. gem. § 27 *RFGG.* auch auf die Verletzung ausländischen Rechts gestützt werden kann. Der Senat hat dies allerdings im Anschluß an zwei Entsch. des OLG. Hamburg (OLG. 30, 405 und *RGZ.* 49, 244) in dem in OLG. 42, 182 abgedruckten Beschluß verneint, während das OLG. Karlsruhe in *JZG.* 8, 116 und *Schlegelberger*, 4. Aufl., § 27 Anm. 6 die gegenteilige Ansicht vertreten. Der Senat vermag bei nochmaliger Nachprüfung der Rechtslage seinen bisherigen Standpunkt nicht mehr aufrechtzuerhalten. Nach § 27 *RFGG.* muß die Entsch. auf einer Verletzung des „Gesetzes“ beruhen. Als Gesetz in diesem Sinne kann man schon im Hinblick auf die ganz allgemein gehaltene Fassung der Vorschrift jede nach deutschem Recht für die zur Entsch. stehende Angelegenheit maßgebende Rechtsnorm bezeichnen. Hinzu kommt, daß in Satz 2 des § 27 nur die §§ 550, 551, 561, 563 *BPd.* für entsprechend anwendbar erklärt worden sind, nicht aber der § 549 *BPd.*, der ausländisches Recht für nicht revizibel erklärt. Ferner spricht der Zweck des § 27 dafür, die Nachprüfung ausländischen Rechts im Verfahren der Beschw. schlechthin zuzulassen. Dieser Zweck geht nicht so sehr dahin, die Einheitslichkeit des deutschen Rechts, als vielmehr die der deutschen Rspr. zu gewährleisten. Auch praktische Gründe lassen diese Auslegung geboten erscheinen. Das RG. hat in der Entsch. *RGZ.* 136, 361 ausgesprochen, daß trotz § 549 *BPd.* im Falle des Art. 27 EGVGB. die Feststellungen des BG. über den Inhalt des ausländischen Rechts der Nachprüfung durch das RevG. unterlägen, da der Inhalt des ausländischen Rechts insoweit lediglich eine Vorfrage für die dem Art. 27 zu entnehmende Entsch. über die Anwendbarkeit der deutschen Gesetze sei. Entsprechendes müßte insbes. auch im Anwendungsgebiet der Art. 25 Satz 2, 28 und 29 EGVGB. gelten. Dies würde aber, wenn man mit der bisherigen Rspr. des Senats den § 27 *RFGG.* einschränkend auslegen würde, dazu führen, daß die Feststellungen des Gerichts der ersten Beschw. über die Anwendbarkeit ausländischen Rechts ohnehin in weitestem Umfang mittelbar im dritten Rechtszuge nachgeprüft werden müßten. Die gleichzeitig dadurch bedingte Spaltung hinsichtlich der Nachprüfbarkeit ausländischen Rechts würde aber leicht zu materiell unrichtigen Entsch. führen können und den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs nicht entsprechen.

Die Nachprüfung der Feststellungen des LG. über das Recht des Staates New Jersey durch den Senat führt zur Zurückweisung der weiteren Beschw.

Die Beschw. ist nach dem maßgeblichen Recht des Staates New Jersey nicht alleinige gesetzliche Erbin des Erblassers hinsichtlich des in Deutschland gelegenen Grundstücks geworden.

Ob und inwieweit der legalisierte Erbschein des amerikanischen Gerichts außerhalb der Vereinigten Staaten von Amerika, insbes. in Deutschland im allgemeinen Rechtsverkehr schlechthin oder mit Rücksicht auf eine in den Vereinigten Staaten etwa geübte Gegenseitigkeit anzuerkennen ist, kann dahingestellt bleiben (vgl. zu dieser Frage Müller, „Die Anerkennung von Urteilen, Beschlüssen und Anordnungen ausländischer Gerichte in den Vereinigten Staaten von Amerika“: *Zeitschr. f. d. R.* 1931, 905). Denn mangels einer Bestimmung des oben erwähnten deutsch-amerikanischen Vertrages v. 8. Dez. 1923 sind jedenfalls das deutsche Nachlassgericht und die an seine Stelle tretenden BeschwG. dann nicht an den amerikanischen Erbschein gebunden, wenn es sich um die Erteilung eines deutschen allgemeinen oder gegenständlich beschränkten Erbscheins handelt. Im Rahmen dieses Verfahrens ist vielmehr der deutsche Richter zur selbständigen Prüfung in der Richtung berechtigt und verpflichtet, ob die Voraussetzungen für die Erteilung eines solchen Erbscheins gegeben sind. Der ausländische Erbschein und etwaige anderweitige von den ausländischen Behörden ausgestellten Urkunden können daher nur als Beweismittel verwertet werden.

Nach den durch die Staatsurkunden nachgewiesenen Gesetzen des Staates New Jersey vom Jahre 1930 und v. 17. März 1926 fällt allerdings, falls ein Ehegatte ohne Testament kinderlos stirbt, das bewegliche Vermögen und das unbewegliche während der Ehe erworbene Vermögen an den überlebenden Ehegatten. Das amerikanische Hinterlassenschaftsgericht ist nun, wie der legalisierte Erbschein und die Bestätigungsurkunde v. 25. Jan. 1937 ergeben, der Ansicht, daß „das Gesetz v. 17. März 1926 auf alles unbewegliche Vermögen anwendbar ist, gleichviel, ob dasselbe in den Vereinigten Staaten von Amerika oder in Deutschland gelegen ist“. Dieser Auslegung des amerikanischen Gesetzes durch das amerikanische

Gericht vermag aber der Senat nicht zu folgen. In der deutschen Rpr. und im deutschen Schrifttum ist bisher allgemein angenommen worden, daß nach den internationalen Privatrechten fast sämtlicher nordamerikanischer Einzelstaaten, insbes. auch nach demjenigen des Staates New Jersey für die Erbfolge in das bewegliche Vermögen das Recht des letzten Wohnsitzes des Erblassers (*lex domicilii*) und für die Erbfolge in das unbewegliche Vermögen das Recht der belegenen Sache (*lex rei sitae*) gilt: vgl. RZ. JW. 1912, 22 betr. den Staat New York; RG. JW. 1916, 1593 betreffend den Staat Alaska, in 1 x 184/23 betreffend den Staat New York, in 1 x 408/23 betreffend den Staat Ohio, in JW. 1933, 2068 betreffend den Staat New York, OLG. Karlsruhe: BadRpr. 1910 Nr. 89 betreffend den Staat Pennsylvania und in OLG. 40, 159 betreffend den Staat New York, OLG. Dresden: JRWpr. 1931 Nr. 95 betreffend den Staat New Jersey, vgl. Lorenzen, „Probleme des internationalen Erbrechts in den Vereinigten Staaten“: AuslJntPrR. 1933, 495 ff., insbes. S. 519 ff., Müller, „Die Grundfragen des internationalen Güter- und Erbrechts der Ehegatten in der Rechtspredung der Vereinigten Staaten“ in derselben Zeitschrift 1934, 252 ff., insbes. S. 269. Der erwähnten Entsch. des OLG. Dresden lag ein durch Vermittlung des RZM. beigegebenes Gutachten des R. v. Supreme Court des Staates New Jersey vom Jahre 1930 zugrunde, der sich ohne jede Einschränkung dahin äußerte, daß in diesem Staate für den unbeweglichen Nachlaß der Grundsatz *lex rei sitae* gelte. Dieser Grundsatz beruht auf dem sog. Common Law, dem ungeschriebenen Recht, das aus dem überkommenen alten englischen Recht, den Entsch. der Gerichte und der Rechtslehre erwachsen ist. Nun kann allerdings das Common Law sowohl durch eine ungeschriebene Fortentwicklung desselben, als auch durch geschriebenes Recht (Statutes) eine Änderung erfahren. Dafür aber, daß in der einen oder der anderen Weise der Grundsatz *lex rei sitae* im Gebiete des Staates New Jersey aufgegeben ist und nunmehr auch für den unbeweglichen Nachlaß der Grundsatz *lex domicilii* gilt, wie das Hinterlassenschaftsgericht ohne jede rechtliche Begründung annimmt, hat der Senat in dem ihm zugänglichen Material keine Bestätigung finden können. Der Senat hat daher über diese Frage von dem Kaiser-Wilhelm-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht in Berlin ein Gutachten erfordert. Das Institut gelangt in dem Gutachten unter eingehender Berücksichtigung der Gesetze des Staates New Jersey, der Rpr. des Supreme Court dieses Staates und der nordamerikanischen Rechtslehre in überzeugenden Ausführungen zu dem Ergebnis, daß das internationale Privatrecht des Staates New Jersey von der allgemeinen Regel des amerikanischen internationalen Privatrechts, daß die Erbfolge in alle zum Nachlaß gehörigen Grundstücke ohne Rücksicht auf den letzten Wohnsitz des Erblassers ausschließlich der *lex rei sitae* unterliegt, bisher nicht abgewichen sei und daß daher die von dem amerikanischen Hinterlassenschaftsgericht hier vertretene Ansicht mit dem im Staate New Jersey geltenden internationalen Privatrecht im Widerspruch stehe. Das Institut weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß die Erbrechtsnovellen des Staates New York von 1929 und 1930, die eine grundsätzliche Gleichstellung der Erbfolge in den unbeweglichen Nachlaß mit dem beweglichen Nachlaß gebracht haben (vgl. Müller, „Der Erbanfall nach dem Recht der Vereinigten Staaten“ in der erwähnten Zeitschrift 1933, 815 und Fußnote 8 ebenda), ebenfalls eine Änderung des in New York geltenden internationalen Privatrechts nicht herbeigeführt hätten. Der Senat trägt keine Bedenken, sich diesen Rechtsausführungen, die mit der bisherigen Rpr. im Einklang stehen, anzuschließen. Danach rechtfertigt sich die Feststellung, daß das Gesetz des Staates New Jersey v. 17. März 1926 nur eine Sachnorm ist und keine Kollisionsnorm darstellt, daß es also das auf dem Common Law beruhende Kollisionsrecht (das internationale Privatrecht = Conflict of Laws) unberührt gelassen hat und daß daher der von dem Hinterlassenschaftsgericht vertretene Standpunkt mit der herrschenden Rechtsanschauung des Staates New Jersey nicht zu vereinbaren ist.

Das gem. Art. 25 Satz 1 GGWB. in erster Linie anwendbare Heimatrecht des Erblassers verweist also hinsichtlich des in Deutschland gelegenen Nachlaßgrundstücks auf das deutsche Erbrecht zurück. Diese Rückverweisung ist gem. Art. 27 GGWB. für den deutschen Richter bindend (RGZ. 136, 365 = JW. 1932, 2808¹², 3817⁹; 1933, 1587⁷ und RGZ. 42, 144). Sie hat zur Folge, daß der Nachlaß in zwei Teile zerfällt, die verschiedenen Rechten unterliegen (RG. 15, 78 = JW. 1937, 1728²⁰) und daß auf die gesetzliche Erbfolge in das Grundstück in S. deutsches Erbrecht ausschließlich anzuwenden ist. Gemäß den §§ 1931, 1925 BGB. ist die Beschw. hinsichtlich des deutschen Grundstücks nicht Alleinerbin, sondern Miterbin zur Hälfte neben den Geschwistern bzw. den Geschwisterkindern des Erblassers. Für diesen „Nachlaß-

teil“ kann kein gegenständlich beschränkter Erbschein, sondern muß ein allgemeiner Erbschein in entsprechender Anwendung des § 2353 BGB. erteilt werden (RG. 15, 78).

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 24. Juni 1937, 1 Wx 60/37.) [S.]

Anmerkung: Zum Nachlaß eines mit Wohnsitz in New Jersey verstorbenen amerikanischen Staatsangehörigen gehört ein in Deutschland gelegenes Grundstück. Die Witwe des Erblassers, nach dem Recht von New Jersey seine alleinige gesetzliche Erbin, beantragt Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins gem. § 2369 BGB. Das UG. lehnt den Antrag ab mit der Begründung, daß infolge Rückverweisung die Erbfolge in das deutsche Grundstück nach deutschem Recht als der *lex rei sitae* zu beurteilen sei, und daß nach diesem der Ehefrau mit Rücksicht auf das Vorhandensein von Erben der zweiten Parentel die Stellung der Alleinerbin nicht zukomme. Beschwerde und weitere Beschwerde blieben erfolglos. Die obenstehende, die weitere Beschwerde zurückweisende Entsch. ist in doppelter Hinsicht interessant und bedeutungsvoll.

1. Die weitere Beschwerde ist darauf gestützt, die unteren Instanzen hätten zu Unrecht die Erbfolge in das deutsche Grundstück dem deutschen Erbrecht unterstellt. Das UG. sowohl wie das Beschw. seien zwar richtigerweise vom Heimatrecht des Erblassers als dem Erbstatut ausgegangen, hätten jedoch durch die irrtümliche Annahme einer die Rückverweisung aussprechenden amerikanischen Kollisionsnorm das Recht von New Jersey unrichtig angewendet. Unterliegt die Anwendung des ausländischen Rechts durch das Beschw. der Nachprüfung des Gerichts der weiteren Beschwerde? Dies die erste Frage, zu der das RG. Stellung nimmt.

Der Wortlaut des für diese Frage in Betracht kommenden § 27 BGB. schließt — im Gegensatz zu dem des § 549 ZPO. — eine Nachprüfung der Anwendung ausländischen Rechts in keiner Weise aus. Trotzdem hat das RG. bisher in konstanter Praxis (vgl. den Beschl. v. 22. Febr. 1934, 1 X 719/33; JRWpr. 1934 Nr. 135) den Standpunkt eingenommen, daß die weitere Beschwerde auf die Verletzung einer ausländischen Rechtsnorm nicht gestützt werden könne, da dieses Rechtsmittel lediglich die Aufgabe habe, die einheitliche Anwendung des deutschen Rechts zu gewährleisten. Es ist m. E. in hohem Grade zu begrüßen, daß das RG. nunmehr in der vorliegenden Entsch. diesen Standpunkt aufgibt und sich die entgegengesetzte Ansicht zu eigen macht, die bisher m. W. nur vom OLG. Karlsruhe (Beschl. v. 20. März 1931; JRWpr. 1931 Nr. 96) vertreten worden ist. In unserem konkreten Fall hätte es allerdings einer Stellungnahme zu diesem Problem nicht bedurft, um eine Nachprüfung der vom Beschw. vorgenommenen Anwendung des ausländischen Rechts als zulässig erscheinen zu lassen. Wie die Entsch. selbst hervorhebt, betrifft die in casu von der Beschw. behauptete unrichtige Anwendung des ausländischen Rechts die Bestimmung der für die deutsche Immobilienerbfolge maßgebenden Rechtsordnung, d. h. die Lösung der Kollisionsfrage. Diese hat der deutsche Richter grundsätzlich auf Grund des eigenen PR. vorzunehmen, in dessen Rahmen, bei Anerkennung der Rückverweisung, die ausländische Kollisionsnorm berücksichtigt werden muß. Wenn die frühere Rpr. des RG. dahin ging, auch in diesen Fällen die Feststellungen über den Inhalt des ausländischen Kollisionsrechts als der Nachprüfung entzogen zu betrachten, so hat das RG. neuerdings, gerade für den Fall der Rückverweisung, trotz prinzipieller Irreversibilität des ausländischen Rechts, eine Ausnahme zugelassen, da hier die ausländische Kollisionsnorm lediglich eine Voraussetzung für die Anwendung des inländischen Rechts darstelle, deren Vorliegen der Nachprüfung des RG. unterliegen müsse (vgl. RGZ. 136, 361 = JW. 1932, 2808¹²; JW. 1932, 3817⁹; 1933, 1587⁷). Eine derartige Sachlage ist vorliegendenfalls gegeben. Die weitere Beschwerde hätte somit auch vom Boden der bisher vom RG. vertretenen Auffassung aus auf die unrichtige Lösung der Kollisionsfrage gestützt werden können (vgl. zu diesem Fragenkomplex meine Haager Vorträge über die Nachprüfung der Anwendung ausländischen Rechts, Recueil des Cours de l'Académie de droit internationale de la Haye, Bd. 57, S. 253 ff. und S. 286 ff.).

2. Der zweite Punkt, für den die obige Entsch. von Interesse ist, betrifft die Voraussetzungen der Erteilung eines beschränkten Erbscheins gem. § 2369 BGB. Nachdem das RG. die Anwendbarkeit des deutschen Erbrechts auf das deutsche Grundstück bejaht hat, hebt die Entsch. hervor, daß bei dieser Sachlage ein gegenständlich beschränkter Erbschein überhaupt nicht in Frage komme, daß vielmehr hier nur ein allgemeiner Erbschein gem. § 2353 BGB. erteilt werden könne. Ich halte dies für richtig. Die Praxis der deutschen Gerichte ist in dieser Beziehung allerdings nicht einheitlich. In einer Reihe von Entsch. wird ein Erbschein des § 2369 BGB. auch für den Fall zugelassen, daß infolge einer vom Heimatrecht des Erblassers ausgesprochenen Rückverweisung auf die deutsche *lex rei sitae* eine Nachlaßspaltung eintritt, wobei nur die

in Deutschland gelegenen Grundstücke der Herrschaft des deutschen Rechts unterliegen. So mehrere Entsch. des früheren OVG. Colmar sowie das RG. in seinem Beschl. v. 22. März 1922: JW. 1922, 1131. Die nunmehr vom RG. vertretene Ansicht, die bereits dem Beschl. v. 3. Febr. 1937, 1 Wx 716/36: JW. 1937, 1728 zugrunde liegt, scheint mir dem Gedanken der Nachlasspaltung besser zu entsprechen. Mobilien- und Immobilienarternachlass bilden bei Anerkennung dieses Prinzips getrennte Vermögensmassen, deren jede als selbständiger Nachlass zu behandeln ist, genau als ob sie von verschiedenen Erblassern herrührten (vgl. hierzu mein JWR. S. 336). Prof. H. Lewald, Basel.

*

24. OVG. — Zuständigkeitsfrage bei Scheidung englischer Staatsangehöriger. Begriff des „domicile“. Materielle Entsch. nach deutschem Recht. f)

I. Die Angriffe der Vekl. gegen das landgerichtliche Urteil hinsichtlich der Zuständigkeitsfrage entbehren der Begründung. Denn das LG. hat mit Recht seine Zuständigkeit bejaht.

Die Parteien sind englische Staatsangehörige.

Die englische Staatsangehörigkeit der Parteien hat zur Folge, daß die Zuständigkeit des LG. Hamburg nach deutschem wie nach englischem Recht gegeben sein muß (§ 604 Abs. 4 ZPO.). Daß sie nach deutschem Recht gegeben ist, ist unzweifelhaft, da der Kl. infolge seines jahrelangen Aufenthalts und seiner jahrelangen beruflichen Tätigkeit in Hamburg daselbst seinen Wohnsitz i. S. des § 7 BGB. hat und dieser Wohnsitz gemäß §§ 606 Abs. 1, 13 ZPO. die Zuständigkeit des LG. Hamburg begründet. Aber auch nach englischem Recht ist sie gegeben, da nach ihm für die Zuständigkeitsfrage das „domicile“ der Parteien maßgebend ist (Bergmann, „Intern. Ehe- und Kindschaftsrecht“, Bd. 2, S. 217; „Das Zivilrecht Englands“ in „Die Zivilgesetze der Gegenwart“, Bd. 2, § 27 I, S. 221 und das Ur. des erf. Sen. v. 31. März 1927, Vf. II 593/26; HansGRZ. Beiblatt 27 Nr. 999 S. 139) und die Parteien ihr „domicile“ in Hamburg haben.

Nach englischem Recht teilt die Ehefrau das „domicile“ des Ehemannes („Das Zivilrecht Englands“ a. a. D. § 4 S. 183, 184 und § 27 I S. 221, 222 und RG.: JW. 1907, 127). Das gilt ausnahmslos und nicht nur für tatsächlich aufrecht erhaltene Ehen, wie die Vekl. meint („Das Zivilrecht Englands“ a. a. D. § 27 I S. 221). Die Vekl. hat daher, auch wenn sie in Frankreich lebt, ihr „domicile“ in Hamburg, falls der Kl. dort sein „domicile“ hat. Dies ist der Fall.

Richtig ist, daß der Begriff des „domicile“ sich nicht mit dem deutschen Begriff des Wohnsitzes deckt, und daß unter Umständen die in weiter Ferne liegende Absicht, nach England zurückzukehren, die Begründung eines „domicile“ in einem fremden Lande ausschließen kann (Bergmann a. a. D., Bd. 2, S. 217). Diese Absicht ist aber ohne Bedeutung, wenn sie wie im vorl. Falle — der Kl. wohnt seit elf Jahren in H. und ist seit dieser Zeit daselbst beruflich tätig — nur ganz unbestimmt ist und wohl nur für den Fall besteht, daß der Kl. eines Tages seine Stellung in Deutschland infolge hohen Alters und Zerrufsetzung aufgeben oder sie aus irgendeinem anderen Grunde verlieren sollte. So ist die in einem Testament ausdrücklich erklärte Absicht eines Verstorbenen, sobald er genug Geld verdient habe, nach England zurückzukehren, für unbeachtlich erklärt worden („Das Zivilrecht Englands“ a. a. D. § 4 I S. 179). Dasselbe ist hinsichtlich der in einem Testament enthaltenen Erklärung eines in Auslande lebenden Engländer, er habe sein englisches „domicile“ nicht aufgeben wollen, geschehen („Das Zivilrecht Englands“ a. a. D. § 4 I S. 179). Es ist festzustellen, daß der Kl. sein „domicile“ in Hamburg hat.

II. Die Frage, ob ein Scheidungsgrund vorliegt, ist im Gegensatz zu der Auffassung der Vekl. und in Übereinstimmung mit dem LG. nach deutschem Recht zu entscheiden, da das gemäß Art. 17 Abs. 1 EGBGB. zunächst anzuwendende englische Recht das „domicile“ nicht nur hinsichtlich der Zuständigkeit, sondern auch hinsichtlich des materiellen Rechts für maßgebend erklärt, also rückverweist (Bergmann a. a. D., Bd. 2, S. 218 und „Das Zivilrecht Englands“ a. a. D. § 27 S. 224) und das deutsche Recht (Art. 27 EGBGB.) diese Rückverweisung anerkennt.

(OVG. Hamburg, Ur. v. 22. April 1937, 2 U 40/37.)

Anmerkung: Der Entsch. ist beizutreten.

Nach englischem Common Law ist für die Ehefreitigkeiten englischer Staatsangehöriger, die ihr „domicile“ i. S. des englischen Rechts im Auslande haben, das ausländische Gericht ihres „domicile“ zuständig, welches sein eigenes Recht anzuwenden hat. Die Urteile werden in England auch dann anerkannt, wenn der in dem Urteil festgestellte Scheidungsgrund kein solcher des englischen Rechts ist. Die Anerkennung ist nur dann ausgeschlossen, wenn Kollision oder Betrug vorliegt.

Gewisse Schwierigkeiten bereitet es, ein „domicile“ i. S.

des englischen Rechts festzustellen. Das englische Recht bestimmt den Domicilbegriff wie folgt: „residence at a particular place accompanied with positive or presumptive proof of an intention to remain there for an unlimited time“ („Die Zivilgesetze der Gegenwart“, Bd. 2, S. 177). Erforderlich ist also tatsächlicher Aufenthalt und die Absicht, an diesem Ort für unbegrenzte Zeit zu bleiben. Kann man diese Voraussetzungen nicht feststellen, so ist ein „domicile of choice“ nicht gegeben; es besteht nur das „domicile of origin“, also das domicile des Ortes, an dem die Eltern zur Zeit der Geburt des Kindes ihren Wohnsitz hatten. Die Ausführungen des OVG. reichen zur Annahme eines „domicile of choice“ aus.

Richtig ist auch die Feststellung, daß die Frau nach englischem Recht das domicile ihres Mannes teilt, auch wenn sie nicht mit ihm zusammen lebt. Ein eigenes domicile kann sie nur begründen, wenn gerichtlich festgestellt ist, daß sie zum Getrenntleben befugt ist.

OLG. Maßfeller, Berlin.

Ausbürgerungsgesetz

25. RG. — RGef. v. 14. Juli 1933 über den Widerruf von Einbürgerungen usw. (RGBl. I, 480); DurchfVO. vom 26. Juli 1933 (RGBl. I, 538); § 71 GVO. Die Eintragung, daß das Eigentum am Grundstück auf Grund des RGef. über den Widerruf von Einbürgerungen und die Aberkennung der deutschen Staatsangehörigkeit v. 14. Juli 1933 dem Deutschen Reich verfallen ist, hat lediglich in Abt. I, nicht in Abt. II des Grundbuchs zu erfolgen. Die Vornahme einer ordnungsmäßigen Eintragung im vorstehenden Sinne kann vom Deutschen Reich im Beschwerdewege verlangt werden.

Als Grundstückseigentümerin war früher die Ww. Jda R. als befreite Vorerbin eingetragen. Nach ihrem Tode ist der Nachlaß auf drei Nachrben in ungeteilter Erbengemeinschaft übergegangen.

Das Vermögen des einen Nachrben Kurt R. ist auf Grund des RGef. v. 14. Juli 1933 über den Widerruf von Einbürgerungen und die Aberkennung der deutschen Staatsangehörigkeit und der DurchfVO. v. 26. Juli 1933 zugunsten des Deutschen Reiches beschlagnahmt und sodann als dem Deutschen Reich, vertreten durch das FinA. für Liegenschaften in Berlin, verfallen erklärt. Die drei Miterben wurden auf ihren Antrag in Abt. I als Miteigentümer in ungeteilter Erbengemeinschaft eingetragen. Gleichzeitig wurden in Abt. II die erwähnte Beschlagnahme und Verfallenserklärung zugunsten des Deutschen Reiches vermerkt.

Das zuständige FinA. erhob gegen diese Eintragungen Beschw. mit dem Antrage, den Vermerk in Abt. II zu löschen. Ferner beantragte es bei dem GVA., das Deutsche Reich in Abt. I an Stelle des Kurt R. als Miteigentümer zu ein Drittel einzutragen. Das LG. wies die Beschw. zurück. Die weitere Beschw. hatte Erfolg.

Das Ziel der Beschw. des FinA. ist trotz der auf Anregung des LG. erfolgten Beschränkung nicht die bloße Löschung des in Abt. II eingetragenen Beschlagnahme- und Verfallensermerks; denn das würde entgegen der objektiven Rechtslage und unter Schädigung der Belange des Deutschen Reiches dazu führen, daß Kurt R. nunmehr als unbefränkter Miteigentümer kraft Erbengemeinschaft im Grundbuche erschiene. Das FinA. will vielmehr mit der Beschw. erreichen, daß der auf Grund der Verfallenserklärung erfolgte Eintritt des Deutschen Reiches in die Miteigentümerstellung des Kurt R. im Grundbuche dort vermerkt werde, wo sie nach § 9 der Grundbuchverfügung hingehört, nämlich in Abt. I; es sollen also die bisherigen auf die Rechtsstellung des Kurt R. am Grundstück bezüglichen Vermerke in Abt. I und II, die im Zusammenhang miteinander den Anschein eines für Kurt R. bestehenden und durch die Rechte des Deutschen Reiches nur beschränkten Miteigentums erwecken könnten, eine Eintragungsstelle und Eintragungsfassung erhalten, die äußerlich vorschriftsmäßig und inhaltlich unzweifelhaft anstatt des Kurt R. das Deutsche Reich als Miteigentümer ausweisen. Die Beschw. betrifft also die äußere Fassung der die Miteigentumsrechte des Deutschen Reiches betreffenden Eintragungsvemerke. Die Beschw. ist als Fassungsbeschwerde unbefränkt zulässig. Wenn es auch richtig ist, wie das LG. ausführt, daß die zur Zeit bestehenden Eintragungen in den Abt. I

und II bei zusammenhaltender Betrachtung erkennen lassen, daß auf Grund der in Abt. II eingetragenen Verfallenserklärung das Deutsche Reich Miteigentümer des Grundstücks ist, so ist diese Eigentumsverlautbarung doch nicht in den Weisung erfolgt, wie sie nach dem Gesetz zu geschehen hatte und zur klaren zweifelsfreien Darstellung der Eigentumsverhältnisse am besten geeignet ist. Auf eine klare geschmäßige Kumbarmachung ihrer dinglichen Rechtsstellung haben aber die Beteiligten einen schußfähigen Anspruch; durch eine diesen Erfordernissen nicht entsprechende Darstellungsweise ihrer Rechte werden sie i. S. des § 71 BGB. beschwert.

Die nach § 22 Abs. 2 BGB. zur Eintragung der Eigentumsberichtigung erforderliche Zustimmung des einzutragenden Eigentümers kann hier in den die Form des § 29 BGB. erfüllenden Erklärungen der Beschwerdeschrift gefunden werden.

Hiernach war die Vorentscheidung aufzuheben. Das OVL wird nunmehr die Eintragung in Abt. II Nr. 9 löschen und in Abt. I unter Rötung des Namens des Kurt K. vermerken müssen, daß dessen Erbanteil dem Deutschen Reich auf Grund des Ges. v. 14. Juli 1933 und der Bef. v. ... verfallen und daß diese Eintragung an Stelle der gleichzeitig gelöschten Eintragung in Abt. II Nr. 9 erfolgt ist. Einer Erwähnung der Beschlagnahme bedarf es nicht, da deren Rechtswirkungen durch die Verfallenserklärung zu einem Eigentumserwerb erstarkt sind.

Die Frage, ob das auf das Deutsche Reich übergegangene Miteigentum des Kurt K. ein gesamthänderisches Miteigentum kraft Erbengemeinschaft oder ein Bruchteilseigentum zu einem Drittel geworden ist und ob das Deutsche Reich auf Grund des Überganges des Miteigentumsrechts des Kurt K. für die Nachlassverbindlichkeiten oder doch mindestens dinglich für die Grundstückslasten haftet, ist für die Entscheidung über die vorliegende Beschwerd. ohne Bedeutung. Nur so viel mag schon jetzt bemerkt werden, daß, da Gegenstand der Verfallenserklärung der Erbanteil des Kurt K. ist und nicht ein Drittel Bruchteilseigentum am Grundstück — ein solches Recht stand dem Kurt K. vor einer Auseinandersetzung nicht zu —, der von der Verfallenserklärung betroffene Vermögenswert nur so auf das Deutsche Reich übergegangen sein kann, wie er in der Person des Kurt K. bestand, also als gesamthänderische Mitberechtigung. Die für Bruchteilberechtigung sprechende Vermutung des § 741 BGB., auf die sich das FinV. beruft, dürfte hier nicht Platz greifen, weil sich aus §§ 1922, 2032 BGB. „ein anderes ergibt“.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 13. Mai 1937, 1 Wx 162/37.) [S.]

*

26. RG. — RGef. über die Einziehung volls- und staatsfeindlichen Vermögens v. 14. Juli 1933; AusbürgerungsG. v. 14. Juli 1933; DurchfW.D. v. 26. Juli 1933 (RGBl. I, 538). Auf Grund einer Vermögensverfallenserklärung gemäß dem bezeichneten RGef. v. 14. Juli 1933 nebst der DurchfW.D. v. 26. Juli 1933 kann das Deutsche Reich in bezug auf ein dem Betroffenen in ungeteilter Erbengemeinschaft gehöriges Grundstück nur als Miteigentümer in ungeteilter Erbengemeinschaft, nicht als Miteigentümer zu einem dem Erbanteil entsprechenden Bruchteil des Grundstückseigentums in das Grundbuch eingetragen werden.

Nach Erlass der vorstehenden Entsch. des Sen. hat das OVL als Eigentümer das Deutsche Reich, Frau Anna P. und Frau Erna G. in ungeteilter Erbengemeinschaft eingetragen und in Spalte 3 (Grund des Erwerbs) angegeben: Das Deutsche Reich auf Grund des Ges. v. 14. Juli 1933 und der Bef. vom 18. Sept. 1934 an Stelle des unter 10a eingetragen gewesenen Kurt K. unter Löschung der Eintragung in Abt. II Nr. 9 in ungeteilter Erbengemeinschaft mit den am 14. Jan. 1937 unter 10 b u. c eingetragen gewesenen Miterben Frau Anna P. und Frau Erna G.

Gegen diese Eintragung legte das FinV. namens des Deutschen Reiches Beschwerde ein mit der Begründung, daß durch die Verfallenserklärung $\frac{1}{3}$ des Aktivnachlasses und mithin auch $\frac{1}{3}$ des Aktivwertes des Grundstücks, also frei von Hypotheken, auf das Reich übergegangen sei, so daß an dem Grundstückseigentum eine Gemeinschaft folgender Art bestehe: 1. Eine Miterbengesamthandgemeinschaft zwischen Frau Anna P. und Frau Erna G. zu je $\frac{1}{3}$ des Nachlasses; 2. ein Bruchteilsgemeinschaftsanteil des Deutschen Reiches zu $\frac{1}{3}$ des Nachlasses; 3. eine

Gemeinschaft bisher unbekannter Art, gemischt aus den Gemeinschaften zu 1 und 2, die man kurz als Verfallenserklärungsgemeinschaft bezeichnen könnte.

Beschwerde und weitere Beschwerde hatten keinen Erfolg.

Die Verfallenserklärung bezweckt und bewirkt die Enteignung des Vermögens desjenigen, gegen den die Maßnahme aus staatspolitischen Gründen gerichtet ist; sie hat, wie der Beschwerd. insoweit zutreffend ausführt, die Folge, daß das Vermögen des Betroffenen auf das Deutsche Reich übergeht; gehört zum Vermögen des Enteigneten ein Erbanteil an einem ungeteilten Nachlaß, so gehen die in dem Anteilsrecht verkörpert Rechte des Enteigneten auf das Deutsche Reich in derjenigen rechtlichen Bedeutung und Eigenschaft auf das Reich über, in welcher sie bisher in der Person des Enteigneten bestanden. Da ein Miterbe vor erfolgter Auseinandersetzung an den einzelnen zum Nachlaß gehörigen Gegenständen kein seinem selbständigen Verfügungsrecht unterliegendes Bruchteilrecht, sondern nur ein der Verfügung der Erbengemeinschaft unterstehendes Gemeinschaftsrecht hat, kann auf Grund der Verfallenserklärung auch nur diese gesamthänderische Rechtsstellung des Enteigneten auf das Deutsche Reich übergehen.

Die Auffassung des Beschwerd., daß infolge der Verfallenserklärung ein Drittelbruchteil des Grundstückseigentums, und zwar unter Befreiung von den Hypotheken auf das Reich übergegangen sei, würde bedeuten, daß die Enteignungswirkung der Verfallenserklärung sich auf Personen ausdehnte, die an dem staatsfeindlichen Verhalten nicht beteiligt sind; denn einmal würde den Miterben ihre gesamthänderische Berechtigung am Grundstück in Höhe von $\frac{1}{3}$ Bruchteil entzogen werden, und ferner würden die Hypothekengläubiger ihr Pfandrecht an einem Drittelbruchteil des Grundstücks einbüßen; die in der Verfallenserklärung liegende Vermögensstrafe würde also auch unschuldige Dritte treffen. Daß dies nicht im Sinne des Gesetzes liegt, ergibt sich aus § 3 Satz 2 des nach dem VermögensentziehungsG. v. 14. Juli 1933 anwendbaren Ges. v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 293), wonach durch die Einziehung eines Grundstücks die an dem Grundstück bestehenden Rechte — abgesehen von dem hier nicht vorliegenden Ausnahmefall des § 3 letzter Satz — nicht berührt werden. Als Recht am Grundstück im Sinne dieser Vorschrift ist auch die gesamthänderische Mitberechtigung Dritter an dem eingezogenen Grundstück anzusehen. Darauf, daß eine solche Wirkung nicht aus § 741 BGB. hergeleitet werden kann, ist bereits in dem Vorbeschuß hingewiesen. Aus der DurchfW.D. v. 26. Juli 1933 zum AusbürgerungsG. ist gleichfalls ein Anhalt für eine derartige in das Vermögen unbeteiligter Dritter eingreifende Wirkung der Verfallenserklärung nicht zu entnehmen.

Das Deutsche Reich hat also durch die Verfallenserklärung nicht ohne weiteres $\frac{1}{3}$ Bruchteilseigentum am Grundstück erworben; vielmehr ist das Deutsche Reich auf Grund derselben hinsichtlich des Grundstückseigentums in das gesamthänderische erbrechtliche Miteigentumsrecht des Kurt K. eingetreten. Diese Rechtsstellung ist durch die angegriffene Eintragung im Grundbuch richtig zur Darstellung gelangt.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 29. Juli 1937, 1 Wx 381/37.) [S.]

Beamtenrecht

27. RG. — §§ 97 ff. DBeamtG. Zur Frage, ob der Wittwengeldanspruch einer Beamtewitwe als Folge von Vergehen des Beamten auch ohne Durchführung eines Straf- oder Dienststrafverfahrens verwirklicht sein kann, wenn die Durchführung dieses Verfahrens durch Selbstmord des Beamten verhindert wurde. Es muß auch heute angenommen werden, daß die Voraussetzung, unter der die Versorgungsansprüche eines Beamten entfallen, im Gesetz erschöpfend geregelt sind und daß insbes. keine Veranlassung besteht, den Fortfall von Dienstbezügen oder der Hinterbliebenenversorgung als Folge von kriminellen oder Dienststrafstaten ohne die Durchführung eines Strafverfahrens oder eines Dienststrafverfahrens für möglich zu halten. Eine Verwirkung des Wittwengeldanspruches der Beamtewitwe in dem Falle, in dem sich der Beamte der Durchführung des Straf- oder Dienststrafverfahrens durch Selbstmord entzogen hat, ist daher nicht anzunehmen.

Die Kl. ist die Witwe des Stadtinspektors B. B. war Beamter im Dienste der beklagten Stadtgemeinde und als solcher Leiter einer Zweigstelle der Stadtparaffine gewesen. Er endete durch Selbstmord. Die Kl. hat die Erbschaft ausgeschlagen.

Das der Kl. zustehende Witwengeld würde monatlich 173,76 RM betragen. Die Bekl. verweigert die Zahlung des Witwengeldes.

Die Kl. begehrt im Rechtsstreit die Zahlung des Witwengeldes.

Die Bekl. wendet ein, der verstorbene Ehemann habe im Dienst erhebliche Summen unterschlagen, von denen nur ein verhältnismäßig kleiner Teil wieder eingebracht worden sei. Die Kl. habe von den Taten ihres Mannes Kenntnis gehabt, sie sei deren Mitnuznieherin gewesen — die Eheleute hätten über ihre Verhältnisse gelebt — und es sei zu vermuten, daß die Kl. einen Teil des unterschlagenen Betrages hinter sich gebracht habe. Die Kl. hafte somit für den Schaden gesamtschuldnerisch mit dem Nachlaß. Sie, die Bekl., rechne gegenüber der Klageforderung auf, und zwar, da die Schadenserfassungsforderung aus einer vorzüglich begangenen unerlaubten Handlung herrühre, in voller Höhe des Witwengeldes. Sollte sich ihre Schadenserfassungsforderung aber nicht gegen die Kl. persönlich, sondern nur gegen den Nachlaß richten, so könnte sie trotzdem gegenüber der Klageforderung aufrechnen; denn der Anspruch der Kl. auf Witwengeld sei ein Anspruch aus dem Dienstverhältnis ihres Ehemanns, kein Anspruch, der der Kl. aus eigenem Recht zustehe.

Wäre der Ehemann der Kl. am Leben geblieben, so wäre er jedenfalls im Dienststrafverfahren mit Dienstentlassung bestraft worden, sofern nicht bereits die Beurteilung im ordentlichen Strafverfahren den Amtsverlust zur Folge gehabt hätte. Damit hätte der Ehemann auch den Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung verloren. Entziehe sich ein Beamter der Strafverfolgung durch Selbstmord, so sei zwar im Gesetz keine positive Bestimmung dahin enthalten, daß der Witwe kein Witwengeld zustehe. Hier sei eine Lücke im Gesetz. Diese Lücke müsse im Sinne nationalsozialistischer Anschauung und damit gesunden Volksempfindens dahin ausgefüllt werden, daß der Anspruch auf Witwengeld dennoch entfalle. Ein anderes Ergebnis wäre untragbar.

Beide Vorinstanzen haben zugunsten der Kl. entschieden. Die Rev. war erfolglos.

Unter den Parteien ist unstreitig, daß der Kl. an sich ein Witwengeld zustehen würde. Es sind auch gegen die Berechnung des Anspruches Einwendungen von der Bekl. nicht erhoben. Es bleibt lediglich zu untersuchen, ob die Bekl. wegen der Unterschlagungen des Ehemanns der Kl. dem Witwengeldanspruch widersprechen kann.

Das BG. verneint, daß der Witwengeldanspruch einer Beamtenwitwe als Folge von Vergehen des Beamten dann auch ohne die Durchführung eines Straf- oder Dienststrafverfahrens verwirkt sein könne, wenn der Tod, insbesondere im Falle eines Selbstmordes des Beamten, die Durchführung dieser Verfahren gehindert habe. Dieser Standpunkt des BG. wird von der Rev. — zu Unrecht — beantragt. Das BG. befindet sich mit seiner Stellungnahme in Übereinstimmung mit der ständigen Rspr. des RG. Der erf. Sen. hat in RGZ. 125, 315 (318) = JW. 1929, 3377 ausgeführt: „Aber die Berufung auf die Grundsätze von Treu und Glauben, die sonst im öffentlichen Recht ebensowohl Geltung haben wie im bürgerlichen Recht, muß hier daran scheitern, daß für die Beamten die Einwirkung von Straftaten und disziplinarischen Vergehen auf ihre Gehaltsansprüche durch die Gesetze erschöpfend geregelt ist. Aus allgemeinen Erwägungen können über die bestehenden gesetzlichen Vorschriften hinaus weitere Gründe für die Verwirkung eines Gehaltsanspruches um so weniger geschaffen werden, als die Besoldung des Beamten keine Entlohnung für die einzelnen von ihm geleisteten Dienste bildet, sondern eine ihm für die Dauer des Dienstverhältnisses zugebilligte, für den standesgemäßen Unterhalt bestimmte Rente ist.“ An diesen Grundsätzen ist in der späteren Entsch. RGZ. 140, 118 (125) = JW. 1933, 2449¹ m. Anm. und RGZ. 146, 194 (200) = JW. 1935, 1683² festgehalten worden. Eine ältere Entsch. des RG. (RGZ. 38, 321 [323]) hatte in einem dem jetzt zu entscheidenden Fall sehr ähnlich liegenden Fall bereits den gleichen Grundsatz ausgesprochen. Von dieser Recht-

sprechung abzugehen, liegt auch unter den geänderten staatspolitischen Anschauungen kein Anlaß vor.

Es muß auch heute angenommen werden, daß die Voraussetzungen, unter denen die Versorgungsansprüche eines Beamten entfallen, im Gesetz erschöpfend geregelt sind und daß insbesondere keine Veranlassung besteht, den Fortfall von Dienstbezügen oder der Hinterbliebenenversorgung als Folge von kriminellen oder Dienststrafataten ohne die Durchführung eines Strafverfahrens oder eines Dienststrafverfahrens für möglich zu halten. Es kann der Bekl. vielleicht zugegeben werden, daß im vorliegenden Fall der von ihr behauptete objektive Tatbestand, insbesondere bei Berücksichtigung des hohen Umfangs der Unterschlagungen, den Verlust des Amtes des Ehemanns der Kl. und damit den des Witwengeldanspruches bei Durchführung des Straf- oder des Dienststrafverfahrens mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zur Folge gehabt haben würde. Es bleibt aber auch hier zum mindesten die Möglichkeit des Vorliegens einer geistigen Erkrankung des Ehemannes offen, die nach seinem Tode nicht mehr mit voller Sicherheit nachgeprüft werden kann. Es kann aber die grundsätzliche Entscheidung dieser Frage überhaupt nicht auf den vorliegenden Einzelfall abgestellt werden. Die Entscheidung darüber, ob der Verlust eines Amtes mit seinen weiteren Folgen eintritt, soll nur auf Grund eines durchgeführten Verfahrens auf Grund einer Einlassung des Beamten gefällt werden. Gerade in den Fällen, in denen es fraglich ist, ob die Dienstentlassung als Strafe im Dienstverfahren auszusprechen ist, kommt es für das Strafmaß entscheidend darauf an, ob dem Beamten Umstände, z. B. unverschuldete wirtschaftliche Not, zur Seite stehen, die eine mildere Beurteilung zulassen können. Derartige Umstände werden in vielen Fällen ohne eine eigene Einlassung des Beamten wahrscheinlich nicht zur Kenntnis des Dienststrafrichters kommen können.

Es besteht auch keine Veranlassung, unter Berücksichtigung einer Änderung der Rechtsanschauungen das Vorliegen einer Gesetzeslücke anzunehmen. Die Beamtenengesetzgebung ist nach der Staatsumwälzung vom Januar 1933 gerade auch in der Frage der Beurteilung von Vergehen der Beamten auch vor Erlass des DBeamtG. v. 26. Jan. 1937 (RGBl. I, 39) mehrfach geändert worden. Hier mag auf Kap. 7 des KGeF. zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgemeinen Beamten-, des Besoldungs- und des Versorgungsrechts v. 30. Juni 1933, auch auf das PreußGef. zur Änderung des Dienststrafrechtes v. 18. Aug. 1934 (PrGS. 353) verwiesen werden. Der nationalsozialistische Gesetzgeber hat keine Veranlassung genommen, Vorschriften in das Gesetz einzufügen, die den Standpunkt der Bekl. rechtfertigen könnten. Gerade dieser Umstand aber erweist, daß der Gesetzgeber das Vorliegen einer Lücke und das Bedürfnis zu einer Gesetzesänderung in dieser doch bereits mehrfach auch zur gerichtlichen Entscheidung gekommenen und deshalb sicher nicht übersehenen Frage nicht angenommen hat.

Daß der Gesetzgeber im Gegenteil nicht auf dem grundsätzlichen Standpunkt steht, daß die Ehefrau und die Kinder in jedem Fall das Schicksal des bestraften Beamten teilen müssen, ergibt z. B. die Bestimmung im § 13 Abs. 2 Pr-VDStrD., die es zuläßt, die einem entlassenen Beamten noch zugebilligte Unterstützung nicht diesem selbst, sondern seiner Ehefrau oder seinen Kindern zu zahlen, eine Bestimmung, die auch im § 64 Abs. 2 RDienststrD. v. 26. Jan. 1937 (RGBl. I, 71) wiederkehrt.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß ohne gestaltendes Urteil des Strafrichters oder des Dienststrafrichters der Verlust der Versorgungsansprüche nicht eintreten kann. Können somit Straf- oder Dienststrafverfahren infolge des Todes des Beamten nicht durchgeführt werden, so bleibt das Recht auf die Hinterbliebenenfürsorge bestehen. Auch der Umstand, daß ein schuldiger Beamter durch Selbstmord seinen Angehörigen die Versorgung retten kann, kann ein anderes Ergebnis nicht rechtfertigen. Für die Anwendung der in den §§ 162, 334 BWB. niedergelegten Rechtsgrund-

sätze auf den öffentlich-rechtlichen Versorgungsanspruch aus dem Beamtenverhältnis ist somit insoweit kein Raum.

Ein abweichendes Ergebnis kann auch nicht, wie die Rev. weiter ausführt, aus § 97 Abs. 1 Satz 1 DBeamtG. gefolgert werden. Die Rev. will aus der Fassung des neuen Gesetzes, daß die Witwe und die ehelichen Kinder eines Beamten, „der zur Zeit seines Todes Ruhegehalt erhalten hätte“, Witwen- und Waisengeld erhalten soll, folgern, daß der Klagenanspruch nach neuerer Rechtsanschauung entfallen müsse. Denn der verstorbene Ehemann der Kl. hätte im Zeitpunkt seines Todes Ruhegehalt weder zugesprochen noch ausbezahlt erhalten. Es kann nun dahingestellt bleiben, ob diese Folgerung aus dem neuen Gesetz gezogen werden müßte und ob dann daraus geschlossen werden müßte, daß in ihm eine geänderte Rechtsanschauung niedergelegt ist. Denn der § 97 Abs. 1 Satz 1 des neuen Gesetzes ist auf den streitigen Anspruch nicht anzuwenden. Das neue Gesetz bestimmt ausdrücklich, inwieweit es sich für Ruhestandsbeamte und deren Hinterbliebene rückwirkende Kraft zulegen will (§ 184 Abs. 1 Satz 3); dem § 97 ist rückwirkende Kraft nicht beigelegt. Aus dieser positiven Regelung ergibt sich, daß § 97 auf den vorliegenden Fall keinesfalls Anwendung finden kann. Seine Tragweite kann daher unerörtert bleiben.

Eine eigene Beteiligung der Kl. an den etwaigen Unterschlagungen ihres Mannes hat das BG. auf Grund des Beweisergebnisses verneint und damit auch die Möglichkeit einer hierauf gestützten Aufrechnung.

Eine Aufrechnung mit einer der Bekl. etwa gegen den Nachlaß des Ehemannes zustehenden Schadenersatzforderung läßt das BG. nicht zu; der Witwengelbanspruch sei selbständiger Natur. Auch diese Ausführungen des BG. sind bedenkenfrei. Die Ansprüche der Hinterbliebenen eines Beamten auf Versorgung haben ihre Ursache zwar in dem Beamtenverhältnis, sind aber doch Ansprüche, die nicht unmittelbar aus dem Recht des Beamten erwachsen, nicht den Erben als dessen Rechtsnachfolgern zustehen und somit auch nicht zum Nachlaß des Beamten gehören. Diese Ansprüche entstehen vielmehr unabhängig von der Erbfolge — ja sogar im Fall der Enterbung der Versorgungsberechtigten — neu in den Personen des gesetzlich bestimmten Kreises von Hinterbliebenen und sollen diesen die Versorgung in dem gesetzlich umrissenen Rahmen sichern. Aus den gleichen grundsätzlichen Erwägungen heraus gehört auch in der Sozialversicherung der Anspruch der Hinterbliebenen auf Witwen- oder Waisengeld nicht zum Nachlaß des verstorbenen Versicherten, sondern steht der Witwe und den Kindern aus eigenem Recht zu.

Erwächst somit der Versorgungsanspruch der Kl. aus eigenem Recht, so kann die Bekl. ihr gegenüber, nachdem sie die Erbschaft ausgeschlagen hat, und somit nicht Rechtsnachfolgerin ihres Mannes geworden ist, nicht mit ihrer etwaigen Schadenersatzforderung aus den Unterschlagungen des Ehemannes gegen dessen Nachlaß aufrechnen.

(RG., III. Zivilsen., II. v. 25. Mai 1937, III 218/36.)

[v. B.]

*

28. RG. — I. § 4 BBG.; §§ 1 Abs. 2 u. 5, 9 BeamtUnfFürsG. Wenn das RG. zu § 9 BeamtUnfFürsG. gesagt hat, die „allgemeinen“ Bestimmungen über die Pension seien auf die nach §§ 1—3 BeamtUnfFürsG. zu gewährenden Bezüge anzuwenden, so sind als „allgemeine“ Bestimmungen u. a. die Bestimmungen außerhalb des BeamtUnfFürsG. gemeint, während das UnfallfürsorgeG. „besondere“ Bestimmungen für die Betriebsunfälle von Beamten gibt. Danach gehören aber die Bestimmungen des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums gleichfalls zu den allgemeinen Bestimmungen, im Gegensatz zu denen des BeamtUnfFürsG.

II. § 7 BBG. Nr. 9 der 3. DurchfVd. v. 6. Mai 1933 zum BBG. Bei Prüfung der Frage, ob ein Beamter nicht die Gewähr dafür bietet, daß er jederzeit rückhaltlos für den nationalen Staat eintritt, handelt es sich um eine Entscheidung, die der obersten Reichsbehörde unter Ausschluß des Rechtsweges zugewiesen ist. Der Ausschluß des Rechtsweges verbietet schlechthin die Nachprüfung der getroffenen Entscheidung, sei es auf

ihren sachlichen Rechtsgrund, sei es auf das dabei beobachtete Verfahren.

I. Die Erklärung, die sich der Kl. auf der Dienstreise von Königsberg nach D. in der Nacht v. 10. zum 11. Sept. 1914 zugezogen hat, und die darauf zurückzuführende Tuberkulose sind als Betriebsunfall anerkannt worden. Zu seinem Ausscheiden aus dem Dienste der Reichspost hat aber der Betriebsunfall nicht geführt, vielmehr hat das Dienstverhältnis bis zum 21. Sept. 1933 fortgedauert. An diesem Tage ist der Kl. durch Verfügung des Reichspostministers auf Grund des § 4 BBG. aus dem Postdienst entlassen worden. Nach § 4 Abs. 1 Satz 3, § 8 BBG. kann er daher nur $\frac{3}{4}$ des erbienten Ruhegehalts beanspruchen. Er glaubt, wegen seines Betriebsunfalls nach § 1 Abs. 5 BeamtUnfFürsG. das volle Ruhegehalt des § 41 BBG. beanspruchen zu können. Gewährt wird ihm auf Grund des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BeamtUnfFürsG. seit dem 1. Aug. 1932 auf die Dauer von zwei Jahren die Unfallpension in Höhe von $66\frac{2}{3}\%$ seines jährlichen Dienst Einkommens. Wäre er wegen Dienstunfähigkeit zum 1. Okt. 1933 in den Ruhestand versetzt worden, so würde er nach §§ 34, 41 ff. BBG. $\frac{73}{100}$ seines ruhegehaltstfähigen Dienst Einkommens beanspruchen können. Ohne den Ausdruck der vorgesetzten Dienstbehörde, daß der Beamte wegen dauernder Dienstunfähigkeit in den Ruhestand versetzt werde, besteht aber dieser Anspruch nicht, vielmehr sind insoweit die Gerichte nach § 155 BBG. an die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden gebunden (vgl. RGZ. 110, 263 ff. mit w. Nachw.). Übrigens folgt — wie in dem angeführten Urteil dargelegt ist — aus § 9 BeamtUnfFürsG., daß die Entscheidung darüber, ob eine den Pensionsanspruch nach § 1 Abs. 1 dieses Ges. begründende dauernde Dienstunfähigkeit vorliegt, gleichfalls den Verwaltungsbehörden gebührt. Da im vorliegenden Fall von der vorgesetzten Verwaltungsbehörde des Kl. dauernde Dienstunfähigkeit wegen seines Dienstunfalls nicht anerkannt worden ist, seine Entlassung aus dem Dienst nicht aus diesem Grunde, sondern wegen seiner politischen Einstellung aus § 4 BBG. erfolgt ist, bleibt nur zu prüfen, ob der Kl. für die hier in Frage kommende Zeit mehr als $66\frac{2}{3}\%$ des ruhegehaltstfähigen Dienst Einkommens auf Grund des § 1 Abs. 2 und 5 BeamtUnfFürsG. beanspruchen kann.

§ 1 Abs. 2 gewährt einen außerordentlichen Ruhegehaltsanspruch dem Beamten, dessen im Dienst erlittener Betriebsunfall keine dauernde Dienstunfähigkeit zur Folge hatte, bei dem aber bei der Entlassung aus dem Dienste völlige oder teilweise Erwerbsunfähigkeit infolge des früher erlittenen Unfalls vorliegt. Abs. 2 des § 1 greift auch dann ein, wenn der Beamte auf Grund der allgemeinen Pensionsgesetze ein hinter der Unfallpension zurückbleibendes Ruhegehalt beziehen würde. Ja die Unfallpension steht dem Beamten selbst dann zu, wenn er nach dem Unfall, aber vor dem Eintritt der Erwerbsunfähigkeit durch Disziplinarurteil oder durch eine gleiche Maßregel oder durch strafgerichtliches Urteil des Amtes verlustig geht, sofern dies nicht etwa dadurch geschieht, daß er selbst den Unfall vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt hat (RGZ. 72, 70 ff. = JW. 1909, 741). Die letztgenannte Entscheidung bezieht sich zwar auf einen preuß. Eisenbahnbeamten. Sie ist zu den preuß. Gesetzen betreffend die Fürsorge für Beamte infolge von Betriebsunfällen i. d. Fass. des Ges. v. 2. Juni 1902 ergangen. Dessen Bestimmungen entsprechen jedoch den Bestimmungen des für die Reichsbeamten geltenden UnfFürsG. v. 18. Juni 1901. Das preuß. Gesetz ist, wie auch die Entscheidung hervorhebt, dem Fürsorgegesetz für die Reichsbeamten nachgebildet worden. Der Kl. sucht zu Unrecht aus der Entscheidung abzuleiten, daß bei früher erlittenem Betriebsunfall der entlassene Beamte stets eine $66\frac{2}{3}\%$ seines jährlichen Dienst Einkommens übersteigende Pension beanspruchen könne, wenn die Zahl der von ihm zurückgelegten Dienstjahre eine höhere Pension rechtfertigen könnte. Er übersieht dabei, daß § 1 Abs. 5 BeamtUnfFürsG. die Voraussetzungen für den Erwerb des vollen Ruhegehaltsanspruchs nicht geändert hat, also das volle Ruhegehalt des § 41 BBG. nur beansprucht

werden kann, wenn die Verletzung in den Ruhestand infolge dauernder Dienstunfähigkeit erfolgt ist (§ 34 RBG.).

Das UnfZürfG. selbst gewährt eine 66²/₃% des jährlichen Diensteinkommens übersteigende Unfallpension nur im Falle der Hilflosigkeit des Verletzten früheren Beamten (§ 1 Abs. 3). Im übrigen kann der Verletzte eine über die im § 1 Abs. 1 und 2 BeamtUnfZürfG. festgelegten Sätze hinausgehende Pension nach § 1 Abs. 5 nur beanspruchen, wenn ihm nach anderweiter reichsgesetzlicher Vorschrift ein höherer Betrag zusteht. Es war also zu prüfen, ob Vorschriften außerhalb des UnfZürfG. dem Kl. einen höheren Hundertsatz als 66²/₃% gewähren. Das würde für den Kl. zutreffen, wenn er wegen dauernder Dienstunfähigkeit in den Ruhestand versetzt worden wäre. Denn dann würde er nach dem RBG. ⁷³/₁₀₀ seines ruhegehaltsfähigen Dienstinkommens beanspruchen können. Er ist aber nach § 4 BBG. entlassen worden und hat danach nur Anspruch auf 54³/₄% seines ruhegehaltsfähigen Dienstinkommens, also auf weniger als 66²/₃%. Wenn das RG. in früheren Entscheidungen zu § 9 BeamtUnfZürfG. gesagt hat, die „allgemeinen“ Bestimmungen über die Pension seien auf die nach §§ 1—3 BeamtUnfZürfG. zu gewährenden Bezüge anzuwenden, so sind hier als „allgemeine“ Bestimmungen die Bestimmungen außerhalb des BeamtUnfZürfG. gemeint, während das UnfZürfG. „besondere“ Bestimmungen für die Betriebsunfälle von Beamten gibt. Danach gehören aber die Bestimmungen des BBG. gleichfalls zu den allgemeinen Bestimmungen im Gegensatz zu denen des BeamtUnfZürfG. Die Annahme des Kl., daß i. S. des § 1 Abs. 5 BeamtUnfZürfG. die Bestimmungen des BBG. nicht in Frage kommen könnten und eine Entlassung nach den Vorschriften dieses Gesetzes einer Pensionierung i. S. des § 34 RBG. gleichzuachten sei, entbehrt jeder rechtlichen Grundlage. Wenn die Rev. sich noch auf Bestimmungen des DBeamtG. v. 26. Jan. 1937 (RGBl. I, 39) beruft, so ist dem entgegenzuhalten, daß dieses Gesetz noch nicht in Kraft getreten ist.

II. Aber auch der Schadenersatzanspruch des Kl. wegen Amtspflichtverletzung ist unbegründet. Der Kl. erblickt eine solche zunächst darin, daß der Minister bei ihm die Voraussetzung für die Entlassung aus § 4 BBG. für vorliegend erachtet und demgemäß auf Grund dieser Gesetzesbestimmung seine Entlassung verfügt hat. Er meint, hierbei sei von den Sachbearbeitern nicht mit der erforderlichen Sorgfalt und nicht unter Beachtung der von dem Reichspostminister gegebenen Vorschriften verfahren worden. Die Sachbearbeiter sollen deshalb ihm gegenüber pflichtwidrig ihre Amtspflicht verletzt haben. Indessen handelt es sich bei der Prüfung der Frage, ob ein Beamter nach seiner bisherigen politischen Betätigung nicht die Gewähr dafür bietet, daß er jederzeit rückhaltlos für den nationalen Staat eintritt, um eine Entscheidung, die durch § 7 BBG. und der dazu unter Nr. 9 der 3. DurchfVd. v. 6. Mai 1933 (RGBl. I, 245) gegebenen Vorschrift der obersten Reichsbehörde unter Ausschluß des Rechtswegs zugewiesen ist. Der Ausschluß des Rechtswegs verbietet schlechthin die Nachprüfung der getroffenen Entscheidung, sei es auf ihren sachlichen Rechtsgrund, sei es auf daß dabei beobachtete Verfahren. Es ist daher den ordentlichen Gerichten auch verwehrt nachzuprüfen, ob der Reichspostminister zu seiner Entschliessung durch angeblich pflichtwidrig angefertigte Berichte nachgeordneter Dienststellen oder ungenügende Ermittlungen irgendwie zuungunsten des Kl. beeinflusst worden ist. Um das feststellen zu können, müßte das Gericht prüfen, welche Erwägungen die Entscheidung des Ministers bestimmt haben und hierüber eine Erklärung des Bfkl. erfordern. Schon das würde den Eintritt in eine dem Gericht nicht zustehende sachliche Nachprüfung der ergangenen Entscheidung bedeuten (vgl. RGZ. 149, 149 [153] = JW. 1936, 722⁷; NArbG. 14, 248; 15, 1 und 337; Urt. des RG. v. 6. Mai 1936, V 279/36; JW. 1936, 2982⁶ = DJ. 1936, 1175 und JW. 7, 159). Aus demselben Grunde kann es für das Gericht nicht darauf ankommen, ob der Postminister die Anhörung des Kl. zu den einzelnen Beschuldigungen über seine politische Betätigung angeordnet hatte und aus welchem Grunde der Minister seine Entschei-

dung gleichwohl ohne eine solche Anhörung getroffen hat. Die Anhörung bildet einen Teil des gerichtlich nicht nachzuprüfenden Verfahrens. Die hier eingreifende Vorschrift des § 7 BBG. und die dazu unter Nr. 9 der 3. DurchfVd. gegebene Bestimmung gehen dem allgemeinen Rechtsatz des Art. 131 Abs. 1 Satz 3 WeimVerf. vor (vgl. Urt. v. 6. Mai 1936 a. a. O.), so daß insoweit eine Schadenersatzklage auf Art. 131 der Verfassung nicht gestützt werden kann.

(RG., III. Zivilsen., U. v. 27. April 1937, III 197/36.)
[v. B.]

Enteignungsrecht

**** 29. — Entschädigung nach dem PrGes. über die Enteignung von Grundeigentum v. 11. Juni 1874.** Wertbewegungen können, auch wenn sie aus einer Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse hervorgehen, nicht mehr berücksichtigt werden, wenn die Entschädigung bei der Enteignung festgestellt ist, außer wenn sich im Falle einer dauernden Beschränkung eines von der Enteignung betroffenen Rechts die Veranschlagung nicht im Voraus abschätzen läßt. — Wenn aber die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse durch den Unternehmer der Enteignung selbst nachträglich herbeigeführt wird, so verstößt eine Berücksichtigung dieser Veränderung keineswegs gegen den Grundsatz, daß für die Schätzung des Werts des enteigneten Rechts der Zeitpunkt der Zustellung des Beschlusses über die Entschädigung maßgebend ist.

Die Kl. betreibt auf dem Hintergelände ihres Grundstücks eine Drahtflechterei und -weberei, für welche die Drähte von ihrem Werk in W. herangefahren werden. Die Fabrik hat drei Zugänge. Einer von ihnen führt von der Du.-Straße über das Grundstück Du.-Straße Nr. 13 an die Fabrik. Für ihn ist eine Grunddienstbarkeit eingetragen. Im Jahre 1922 baute die Reichsbahn den an der Du.-Straße liegenden Bahnhof um. Auch das Haus Du.-Straße 13 wurde dabei in Mitleidenschaft gezogen. Die Eigentümerin verglich sich mit der Reichsbahn. Aber auch die Durchfahrt der Kl. über das Grundstück wurde von der Tieserlegung der Straße betroffen, zumal da der Bürgersteig gegenüber der Ausfahrt verbreitert wurde. Der Reg. Präf. hat Entschädigungsansprüche der Kl. abgelehnt; sie begehrt deshalb im Wege der Klage eine Entschädigung.

Das LG. hat der Kl. nunmehr am 30. Jan. 1934 einen Betrag von 16 155,20 RM zugesprochen. Beide Parteien haben Berufung eingelegt. Im Sept. 1935 hat die Bfkl. den Bürgersteig gegenüber der Ausfahrt schmaler gemacht, so daß der Fahrdamm wieder breiter geworden ist. Das DLG. hat aber durch das jetzt angefochtene Urteil die Berufung der Bfkl. zurückgewiesen und der Kl. auf ihre Berufung insgesamt 56 231,20 RM nebst 4% Zinsen seit dem 30. Juli 1926 zugebilligt. Die Rev. führte zur Aufhebung.

Mit Recht hat das DLG. als maßgeblichen Zeitpunkt für die Bemessung der Höhe der Entschädigung, welche der Kl. für die Beschränkung ihrer Dienstbarkeit zuzusprechen ist, den 30. Juli 1926, d. h. den Tag der Zustellung des Beschlusses angesehen, durch welchen der Reg. Präf. über die Entschädigung entschieden hat. In diesem Augenblick war ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien des Enteignungsverfahrens entstanden, und die Bfkl. war an die Enteignung gebunden (§ 42 PrGes. über die Enteignung von Grundeigentum v. 11. Juni 1874 (GG.)). Diesen Zeitpunkt hat deshalb die Rspr. von jeher der Schätzung des Werts enteigneter Grundstücke zugrunde gelegt und hat spätere Ereignisse, die nicht in der Beschaffenheit der Grundstücke selbst ihre Grundlage hatten, für unbeachtlich erklärt (RGZ. 27, 264; 131, 125 = JW. 1931, 927¹ m. Anm.). Dies gilt sowohl für die Entziehung und die dauernde Beschränkung von Grundeigentum (§ 2 GG.) wie auch für die Entziehung und dauernde Beschränkung von Rechten der sog. Nebenberechtigten nach § 11 des Gesetzes. Von diesen Grundfällen abzugehen besteht kein Anlaß.

Nun hat aber die Bfkl. vor der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Tatrichter den Bürgersteig gegenüber der Ausfahrt der Kl. verschmälert, so daß der für die Ausfahrt zur Verfügung stehende Fahrdamm wieder breiter geworden ist. Zu Unrecht hat das DLG. angenommen, dies sei unter lei-

nen Umständen für die Entsch. des Rechtsstreits von Bedeutung. Zwar soll nicht etwa an den oben wiedergegebenen Grundsätzen gerüttelt werden, aber sie stehen einer Berücksichtigung der Änderung der in Betracht kommenden tatsächlichen Verhältnisse nicht entgegen. Wertbewegungen, mögen sie auch aus einer Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse hervorgehen, können nicht mehr berücksichtigt werden, wenn die Entschädigung bei der Enteignung festgestellt ist, außer wenn sich im Falle einer dauernden Beschränkung eines von der Enteignung betroffenen Rechts die Benachteiligung nicht im Voraus abschätzen läßt. In diesem Falle kann der Eigentümer eine Sicherheit und eine erneute Festsetzung der Entschädigung alle halbe Jahre verlangen (§ 12 Abs. 2 EGB.). Wenn aber die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse durch den Unternehmer der Enteignung selbst nachträglich herbeigeführt wird, so verstößt eine Berücksichtigung dieser Veränderung keineswegs gegen den Satz, daß für die Schätzung des Wertes des enteigneten Rechts der Zeitpunkt der Zustellung des Beschlusses über die Entschädigung maßgebend ist. Daß der Unternehmer nach diesem Zeitpunkt noch die ganzen Rechtsverhältnisse maßgebend beeinflussen kann, ergibt § 42 Abs. 2 EGB. Danach kann er selbst nach Zustellung des Beschlusses über die Enteignungsentuschädigung noch von dem Unternehmen zurücktreten, und der Enteignete hat dann die Wahl zwischen dem Anspruch auf Ersatz der bloßen Nachteile des Verfahrens oder dem auf Durchführung des Verfahrens trotz des Rücktritts. Der Unternehmer hat das Recht zur Enteignung damit verloren. Dies Recht zum Rücktritt ist aber keineswegs nur für das ganze Unternehmen gegeben, es kann sich auch auf einen Teil beschränken. Im vorl. Falle hat zwar die Befl. einen teilweisen Rücktritt nicht erklärt, sie hat aber die Beschränkung der Dienstbarkeit, die der Kl. auferlegt worden war, zum Teil wieder aufgehoben. Wäre diese Aufhebung endgültig und unabänderlich, so gäbe eine Nichtberücksichtigung der Änderung der Kl. die Entschädigung für die ganze ursprüngliche Beschränkung ihrer Dienstbarkeit und daneben die Möglichkeit der fortdauernden Ausübung der Dienstbarkeit in einem weit größeren Maße, als es die Enteignung und die Entschädigung vorsahen. Wenn es sich dabei auch nicht um einen eigentlichen teilweisen Rücktritt der Befl. von dem Unternehmen handeln mag, so steht die Verschmälerung des Bürgersteigs und die Verbreiterung des Fahrdamms einem teilweisen Rücktritt doch so nahe, daß man eine Berücksichtigung der neuen Tatsache als dem Gesetz entsprechend ansehen muß. Bis zu der Änderung muß bei Feststellung der Entschädigung der volle Wert der Beschränkung ange setzt werden, dieser vermindert sich aber um einen der Aufhebung der Beschränkung entsprechenden Wert in dem Augenblick der teilweisen Aufhebung der Beschränkung. Ebenso wie ein Rücktritt nach § 42 Abs. 2 EGB. kann die neue Tatsache auch im Rechtswege geltend gemacht werden. Von der Zustimmung der Kl., die übrigens in dem von der Rev. erwähnten Briefwechsel zwischen den Parteien im Juni 1934 gefunden werden könnte, kann die Berücksichtigung nicht abhängig sein; auch kann die Kl. nicht eine Durchführung der Enteignung im alten Umfange fordern, wie sie dies im Falle eines teilweisen Rücktritts verlangen könnte.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 4. Mai 1937, VII 326/36.) [N.]
(= RGZ. 155, 61.)

*

30. RG. — Hamburg-EnteignungsG. v. 17. Aug. 1933; NotB.D. des RPräs. v. 5. Juni 1931 Teil 6 Kap. III; § 1 Abs. 2, § 10 Gef. über Groß-Hamburg und andere Gebietsbereinigungen v. 26. Jan. 1937; §§ 5, 10 Gef. über die Gerichtsgliederung in Groß-Hamburg und anderen Gebietsteilen v. 16. März 1937; § 549 Abs. 1 ZPO.

1. Teil 6 Kap. III NotB.D. des RPräs. v. 5. Juni 1931 steht dem Erlaß neuer landesrechtlicher Enteignungsbestimmungen nicht entgegen.

2. Seit dem 1. April 1937 sind die hamburgischen EnteignungsG. revivibel.

3. Für die Frage, in welchem Umfange das RevG. zur Nachprüfung des Bll. berufen ist, ist die zur Zeit der Revisionsverhandlung bestehende Rechtslage maßgebend.

Gegen die Gültigkeit des hamburgischen EnteignungsG. v. 17. Aug. 1933 bestehen keine Bedenken. Denn die NotB.D.

des RPräs. v. 5. Juni 1931, Teil 6 Kap. III, steht der Erlassung neuer landesrechtlicher Enteignungsbestimmungen nicht entgegen. Auch mit Art. 153 Abs. 2 WeimVerf. steht das Gef. v. 17. Aug. 1933 nicht in Widerspruch, da in ihm bestimmt ist, daß die Enteignung gegen angemessene Entschädigung erfolge, und da wegen der Höhe der Entschädigung der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offengelassen ist.

Die Vorschriften des hamburgischen Landesrechts waren bisher nicht revivibel, da sich ihr Geltungsbereich nur auf den Bezirk des OLG. Hamburg erstreckte. Hierin ist aber mit dem am 1. April 1937 erfolgten Inkrafttreten des Gesetzes über Groß-Hamburg und andere Gebietsbereinigungen v. 26. Jan. 1937 (RGBl. I, 91) und des Gesetzes über die Gerichtsgliederung in Groß-Hamburg und anderen Gebietsteilen v. 16. März 1937 (RGBl. I, 312) eine Änderung eingetreten. Nach § 1 Abs. 2 des zuerst genannten Gesetzes sind hamburgische Gebietsteile auf das Land Preußen übergegangen; diese sind dann teils dem OLGBez. Kiel, teils dem OLGBez. Celle zugelegt worden (§ 5 Nr. 1 u. 2 und § 10 Nr. 1 des Gef. v. 16. März 1937). Eine Einführung des preussischen an Stelle des hamburgischen Enteignungsrechts gem. § 10 des Gef. v. 26. Jan. 1937 ist bisher in diesen Gebietsteilen nicht erfolgt. Der Geltungsbereich des hamburgischen Enteignungsrechts erstreckt sich daher jetzt über den Bezirk des BG. hinaus auf Teile der OLGBez. Kiel und Celle, so daß die Anwendung dieser landesrechtlichen Vorschriften nunmehr der Nachprüfung durch das RevG. unterliegt (§ 549 Abs. 1 ZPO.). Für die dem Gebiete des Verfahrensrechts angehörige Frage, in welchem Umfange das RevG. zur Nachprüfung des Bll. berufen ist, ist die zur Zeit der Revisionsverhandlung bestehende Rechtslage maßgebend.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 16. Juli 1937, VII 1/37.) [N.]

Preussisches allgemeines Landrecht

31. RG. — §§ 88 ff. II 10, 91 II 10 ALR. Rüdgriffsrecht des Staates. § 91 II ALR. verträgt nicht eine Auslegung dahin, jeder der mitschuldigen Beamten der betr. Körperschaft habe erst dann, wenn von den anderen der Ersatz nicht zu erlangen sei. Der Grundsatz der Gesamthaftung gilt auch dann, wenn die mehreren Beamten desselben Dienstherrn unabhängig voneinander eine ihnen obliegende Pflicht verletzt und hierauf je für sich zur Entstehung des Schadens beigetragen haben.

Das Reich macht dem bef. Justizinspektor zum Vorwurf, er habe in einer Zwangsversteigerungssache als Rechnungsbeamter Kosten zu niedrig berechnet, weshalb 9,91 RM uneinziehbar geworden seien. Das LG. wies den Ersatzanspruch ab, das RG. gab ihm statt. Das BG. bejahte, daß dem Befl. ein schuldhaftes Amtsversehen i. S. von §§ 88, 89 II 10 ALR. zur Last falle, verneinte aber unter Berufung auf § 254 BGB. die Haftpflicht des Befl. um deswillen, weil das Reich die überwiegende Mitschuld trage, da es der Schaden nach seiner Entdeckung durch andere Beamte hätte abwenden können. Das RG. ist anderer Ansicht, es hält den mitgeteilten Einwand des Befl. gegen den auf §§ 88 ff. II 10 ALR. gestützten Anspruch des Reichs für unzulässig und verneint die Verjährung, weil nicht ein Fall des § 852 BGB. gegeben sei und daher die allgemeine Verjährungszeit von 30 Jahren Platz greife.

Die Rev. war erfolglos.

Zutreffend haben die Gerichte den Ersatzanspruch des Reichs den §§ 88 ff. II 10 ALR. unterstellt (RGZ. 145, 258/262 = JW. 1934, 2544⁵ und JW. 1934, 3193² und RG.: JW. 1937, 1321¹⁴ m. Anm. Wittland). Kein Streit herrscht über die nach dem Sachverhalt bedenkenfreie Auffassung des BG., daß in der Unterlassung der angeführten Gebührenanforderung eine schuldhaftige Verletzung der Amtspflicht des Befl. gegenüber dem Land Preußen (Justizverwaltung), jetzt dem Reich, liegt. Ohne Grund bemängelt die Rev. auch die Verneinung einer Verjährung des Anspruchs (RG.: JW. 1927, 1249⁴). Zu entscheiden bleibt die Frage, ob der Befl. sich darauf berufen kann, der von ihm überschene Betrag hätte sich nach der Entdeckung des Fehlers — Mitte 1929 — von den übrigen Antragstellern hereinholen lassen, andere Beamte der Justizverwaltung hätten sich eine Verletzung ihrer Amtspflicht zuschulden kommen

lassen, indem sie diesen naheliegenden Versuch unterlassen hätten. Hierzu hat das BG. ausgeführt:

Dieses Vorbringen lasse eine mehrfache rechtliche Würdigung zu, nämlich aus § 91 II 10 WR., aus § 254 BGB. und aus § 839 BGB. i. Verb. m. Art. 131 WeimVerf. Auf die beiden ersten Bestimmungen könne sich der Bekl. nicht berufen, weil nach dem Beamtenrecht alle schuldigen Beamten als Gesamtschuldner hafteten. Auch § 90 II 10 WR. spreche für diese in RGZ. 95, 344 (347) erläuterte Auffassung. Nur sie sei brauchbar; es könne nicht angehen, daß der öffentliche Dienstherr von keinem seiner Beamten etwas erlange, weil jeder ihn auf den andern mitschuldigen Beamten verweise. Aber der Bekl. könne auch nicht Befreiung von der Klageschuld als Schadensersatz wegen Amtverschuldens anderer Beamten gem. § 839 BGB. i. Verb. m. Art. 131 WeimVerf. verlangen; denn der öffentlich-rechtliche Grundsatz der Gesamthaftung der schuldigen Beamten stehe entgegen, auch hätten die andern Beamten keine Pflicht dem Kl. gegenüber gehabt.

Wie auch die Rev. nicht verkennt, kann der Bekl. nichts aus Art. 131 WeimVerf. i. Verb. m. § 839 BGB. für sich geltend machen. Auch die Anwendung des § 254 BGB. entfällt hier, wo es sich nicht um die Frage der Haftung einer öffentlichen Körperschaft für mitwirkendes Verschulden eines ihrer Beamten handelt, sondern nur Beamte derselben Körperschaft in Frage kommen (vgl. die von Wittland a. a. D. erörterte Rspr. des RG.). Auch § 91 II 10 WR. bringt dem Bekl. keine Hilfe. Er bestimmt, die Vertretung (das Einstehen) der Amtspflichtverletzung finde „nur alsdann statt, wenn kein anderes gesetzmäßiges Mittel, wodurch den nachteiligen Folgen eines solchen Vergehens abgeholfen werden könnte, mehr übrig ist“. Hiermit wird — wie im Falle des § 839 BGB. bei fahrlässigem Amtsvergehen nach Abs. 1 Satz 2 — eine Klagevoraussetzung (kein Einwand) eingeführt (JW. 1937 a. a. D.). Diese Vorschrift verträgt aber nicht eine Auslegung dahin, jeder der mitschuldigen Beamten der betr. Körperschaft hafte erst dann, wenn von dem andern der Ersatz nicht zu erlangen sei. Der Grundsatz der Gesamthaftung gilt auch dann, wenn die mehreren Beamten desselben Dienstherrn unabhängig voneinander eine ihnen obliegende Pflicht verletzt und hierdurch je für sich zur Entstehung des Schadens beigetragen haben. Hier greifen die Ausführungen der Rev. ein, welche eine Mitverursachung durch den Bekl. verneinen.

Weber eine Berufung auf § 254 BGB. noch die Grundsätze des ursächlichen Zusammenhangs kann der Bekl. zu seiner Entlastung heranziehen. Erstere Bestimmung muß hier, wie schon gezeigt, ausscheiden, da die andern Beamten ebenfalls der Justizverwaltung angehören. In dem Verhalten der andern Beamten liegt aber auch nicht ein vom Fehler des Bekl. völlig losgelöster Sachverhalt, der den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Fehler des Bekl. und dem Verlust der Kostensforderung unterbrochen habe. Der ursächliche Zusammenhang wird auch dann nicht ausgeschlossen, wenn durch fahrlässiges Verhalten eines anderen eine Zwischenursache gesetzt wird, ohne die der rechtswidrige Erfolg nicht eingetreten wäre, sofern nur ein solches Zwischentreten im Rahmen der täglichen Erfahrung liegt (RGKomm. zum BGB., Vorbem. vor §§ 249 ff. S. 411).

(RG., V. ZivSen., U. v. 16. Juni 1937, V 294/36.) [v. B.]

*

** 32. RG. — §§ 88 ff. II 10 WR. i. Verb. m. Art. 80 GGWB.; § 127 KrD. Schadensersatzpflicht eines Landrates wegen Überschreitung des Haushaltsplanes des Kreises. Das Haushaltsrecht des Kreistages war ein Grundpfeiler der östlichen Kreisordnung. Auch im Rahmen der laufenden Geschäfte war der Landrat an den Haushaltsplan gebunden. Dennoch mußte vor Erlaß der neueren, einschlägigen Gemeindeverfassungsgesetze und Gemeindefinanzgesetze die Verwaltungspraxis Durchbrechungen des Grundgesetzes, daß außerplanmäßige Ausgaben der besonderen Bewilligung der Vertretungskörperschaft bedurften, in Kauf nehmen. Für die Verschuldensfrage bei Prüfung der Ersatzverbindlichkeit des Landrates darf somit für die Vergangenheit mangels klarer Richtlinien, die erst jetzt bestehen, nicht schon entscheidend sein, ob sich die ausführende Verwaltungsstelle mit der Vornahme von Ausgaben bewußt

über das gesetzliche Haushaltsrecht der Vertretungskörperschaft hinweggesetzt hat, sondern ob sie angesichts einer besonderen Einbedürftigkeit der Sache der Überzeugung sein durfte, die Verantwortlichkeit hierfür im Interesse der öffentlichen Körperschaft übernehmen zu können.

Der Bekl. war bis zum Jahre 1933 Landrat des klagenden Landkreises. Der Kreisausschuß dieses Kreises hatte am 16. Aug. 1930 den Ankauf eines Gutshauses zwecks Errichtung eines Säuglings- und Mütterheims beschlossen. Nach einem weiteren Beschluß des Kreisausschusses v. 13. Nov. 1930 sollte dem Kreistag vorgeschlagen werden, den Ankauf des Gutshauses und der Einrichtungsgegenstände sowie die Annahme eines Darlehns von 30 000 RM für den Umbau des Hauses zu dem obengedachten Zweck zu genehmigen. Bereits vor dieser Vorlage an den Kreistag hatte der Bekl. im September 1930 für Rechnung des Kreises Möbel, Wäscheküche und andere Einrichtungsgegenstände gekauft. Der Kaufpreis belief sich einschließlich von Nebenunkosten und Fracht auf 6258,17 RM. Die nächste Kreistagsitzung fand am 15. Dez. 1930 statt. In dieser Sitzung zog der Kreisausschuß die Vorlage zurück; daran knüpften sich Erörterungen der Angelegenheit, die indessen nicht zu einer Abstimmung führten. Die Bezahlung der entstandenen Kosten ist sodann aus einem Sonderfonds erfolgt. Diese vom Bekl. angeordnete Entnahme wurde durch Beschluß des Kreisausschusses v. 16. April 1931 genehmigt, während eine Genehmigung des Kreistages nicht herbeigeführt worden ist.

Da die angekauften Einrichtungsgegenstände dem ursprünglich gedachten Zweck nicht zugeführt werden konnten, hat sie der Kreis weiterveräußert. Die Auslagen des Kreises sollen hiernach bis auf einen Restbetrag von 1428,62 RM ausgeglichen sein. Der klagende Kreis nimmt den Bekl. auf Erstattung dieses Betrags in Anspruch. Die Klage ist damit begründet, daß der Bekl. gegen die ihm obliegenden Dienspflichten verstoßen habe.

Das RG. verwies an das BG. zurück.

Nach feststehender Rspr. macht sich der preuß. Landrat durch dienstliche Vergehen auf dem Gebiete der Kreis kommunalverwaltung dem Kreise gegenüber gem. §§ 88 ff. II 10 WR. i. Verb. m. Art. 80 Abs. 1 GGWB. schadenersatzpflichtig. Die Klage vertritt die Ansicht, daß der Bekl. als damaliger Landrat in der Angelegenheit der Errichtung eines kreiseigenen Säuglings- und Mütterheims nach mehrfacher Richtung hin dienstpflichtwidrig vorgegangen sei.

In seiner Bedeutung am weitgehendsten ist dabei der Gesichtspunkt, die Errichtung eines solchen Heims habe überhaupt jenseits der Aufgaben des Kreis kommunalverbandes gelegen und sei ausschließlich Sache des Bezirksfürsorgeverbandes gewesen. Träfe das zu, so wäre der Vorwurf der Dienstpfllichtverletzung ohne weiteres begründet. Nach § 76 preuß. Kreisordnung für die östlichen Provinzen v. 13. Dez. 1872 (KrD.) (GS. 661) war der Bekl. als Vorsitzender des Kreis ausschusses und des Kreistags für die ordnungsmäßige Leitung der Kreis kommunalverwaltung verantwortlich. Er hätte also ein Übergreifen des Kreises in den Zuständigkeitsbereich anderer Behörden — gegebenenfalls auf dem Wege des § 178 KrD. — verhindern müssen und sich keinesfalls selbst durch den Ankauf der Einrichtungsgegenstände an einem solchen Unterfangen beteiligen dürfen. Das BG. hat diesen Teil des Klagevorbringens kurz damit abgetan, daß zahlreiche Städte und Landkreise Heime ähnlicher Art besäßen. Mag diese Begründung auch nicht erschöpfend sein, so hat das BG. im Ergebnis doch das Richtige getroffen. Nach § 4 Abs. 1 RJugWohlfG. v. 9. Juni 1922 (RGW. I, 633) gehört es zur Aufgabe der Jugendämter: Einrichtungen und Veranstaltungen anzuregen, zu fördern und gegebenenfalls zu errichten, die dem Mutter schutz vor und nach der Geburt und der Wohlfahrt der Säuglinge dienen. Die hiernach aufgestellte bedingte Verpflichtung der Jugendämter zur Errichtung von derartigen Einrichtungen und Anstalten ist allerdings durch Art. 8 Nr. 4 EinfG. zum JugWohlfG. i. d. Fassung der WD. v. 14. Febr. 1924 (RGW. I, 110) beseitigt und in eine freiwillige Aufgabe umgewandelt worden. Grundsätzlich fällt diese Aufgabe aber nach wie vor

in den Tätigkeitsbereich der Jugendämter und damit der Kreis-
kommunalverbände als deren Träger. Die preuß. Ausf. Anw.
v. 29. März 1924 („Volkswohlfahrt“ 1924 Nr. 8 Beil. 167)
bestätigt das ausdrücklich, indem sie in II C 2 die Erwartung
auspricht, daß die Gemeinden und Gemeindeverbände die in
dieser Richtung hin bisher freiwillig übernommenen Aufgaben
auch weiterhin nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit durch-
führen.

Die anderen gegen den Befl. erhobenen Vorwürfe spizen
sich darauf zu, daß er durch die Anschaffung der Einrichtungs-
gegenstände für das geplante Heim die Haushaltsbefugnisse des
Kreisrates verlegt habe. Nach § 127 Abs. 4 KrD. bedurften
Ausgaben, die außer dem Etat geleistet werden sollten, der
Genehmigung des Kreistages. Daraus folgt ohne weiteres,
daß solche Ausgaben vom Landrat vorher weder übernommen
noch geleistet werden durften. Das Haushaltsrecht des Kreis-
tages war ein Grundpfeiler der örtlichen KrD., an dem nicht
gerüttelt werden konnte. Diese nahm insoweit durchaus keine
Sonderstellung ein. Der gleiche Grundsatz beherrschte auch
die übrigen preuß. Kreisordnungen, Städteordnungen, Land-
gemeindeordnungen und Provinzialordnungen. Sie alle wiesen
die Bestimmung über zu leistende Ausgaben der Vertretungs-
körperschaft zu und banden die ausführenden Organe an den
Haushaltsplan oder hinsichtlich der außerplanmäßigen Aus-
gaben an die besondere Bewilligung der Vertretungskörpers-
chaft. Auf der anderen Seite mußte die Verwaltungspraxis
aber notgedrungen Durchbrechungen dieses Grundsatzes in Kauf
nehmen. Es war eben nicht durchführbar, die Vertretungskörpers-
chaften — insbes. die Kreistage — so häufig zu Tagungen
heranzuziehen, daß sie über jede außerplanmäßige Ausgabe,
die der Verwaltungsbetrieb mit sich brachte, rechtzeitig vorher
befragt werden konnten. Ohne solche Ausgaben wird daher keine
Verwaltung ausgekommen sein. An festen Grundsätzen in dieser
Richtung hat es jedenfalls früher gefehlt, so daß die Hand-
habung mehr oder weniger von der Tatkraft und Verantwor-
tungsfreudigkeit der ausführenden Organe abhängig war. Erst
die Gesetze der neueren Zeit haben in Ansehung der unleg-
baren Schwierigkeiten und mit Rücksicht auf die in der System-
zeit eingetretenen Mißstände eine klare Grenze gezogen. Sie
lassen gewisse Ausnahmen von dem Grundsatz zu, allerdings
nur hinsichtlich solcher Ausgaben, bei denen für eine freie Ent-
scheidung insofern kein Raum bleibt, als sie zwangsläufig
erfolgen müssen oder sonst unvermeidbar sind. Hierfür kann
auf § 11 PrGemFinD. v. 2. Nov. 1932 (GS. 341), auf
§ 39 PrGemFinG. v. 15. Dez. 1933 (GS. 442) und auf § 91
PrGemD. v. 30. Jan. 1935 (RWB. I, 49) verwiesen werden.
Demnach hält auch die neuere Gesetzgebung im Grunde streng
an der Verbindlichkeit des Haushaltsplans fest und läßt Lan-
deiten der Verwaltungsorgane in dieser Hinsicht nicht zu. Un-
sich würde es naheliegen, die jetzt klar unrisernen Ausnahme-
fälle auch für den früheren Rechtszustand gelten zu lassen, da
sie von einer inneren Selbstverständlichkeit sind. Dazu braucht
aber nicht abschließend Stellung genommen zu werden, weil
es sich im gegenwärtigen Falle nicht um solche Aufgaben han-
delt, die mit zwingender Notwendigkeit übernommen werden
mußten.

Das BG. ist nun der Meinung, daß das eigenmächtige
Handeln des Landrats dann eine gesetzliche Rechtfertigung
erhalte, wenn die Beschaffung der Gegenstände den — vom
Landrat zu führenden — laufenden Verwaltungsgeschäften
i. S. des § 137 Abs. 1 KrD. zuzurechnen sei. Ob letzteres ge-
boten ist, hat das BG. allerdings offen gelassen. Demgegen-
über muß jedoch betont werden, daß der Landrat auch im
Rahmen der laufenden Geschäfte an den Haushaltsplan ge-
bunden war. Er war zwar nach § 136 Abs. 1 a. a. O. berech-
tigt und verpflichtet, die zur Aufrechterhaltung eines ord-
nungsmäßigen Geschäftsgangs erforderlichen Maßnahmen kraft
eigener Entscheidung — selbst gegen den Willen des Kreis-
tags — zu treffen. Höchstens in diesem beschränkten Umfange
könnte ihm die Befugnis zur Verfügung über die Geldmittel
des Kreises unabhängig vom Haushaltsplan zugekommen sein.
Das liegt aber jenseits des hier gegebenen Tatbestands, da die
Anschaffung der Gegenstände mit der Aufrechterhaltung eines
ordnungsmäßigen Geschäftsgangs offensichtlich nichts zu tun

hatte. Es kann daher nicht daran gezweifelt werden, daß das
Einkaufsgeschäft einer ordnungsmäßigen verwaltungsrecht-
lichen Grundlage entbehrte.

Allerdings hätte dieser Mangel durch eine nachträgliche
Genehmigung des Kreistags wieder beseitigt werden können.
In dieser Hinsicht hat das BG. dahingestellt gelassen, ob der
Kreistag seine Genehmigung in der Sitzung v. 15. Dez. 1930
nicht wenigstens stillschweigend erteilt hat. Nach dem fest-
gestellten Sachverhalt scheidet diese Möglichkeit aber ohne wei-
teres aus. Die bloße Kenntnisnahme von der Zurückziehung
der Vorlage und die hieran anknüpfenden Äußerungen einzel-
ner Kreistagsmitglieder enthalten keine dem § 124 KrD.
entsprechende Stellungnahme, die irgendetwas einem Abstim-
mungsergebnisse gleichzusetzen wäre und in welcher sich eine
abschließende Willensäußerung der Vertretungskörperschaft im
Sinne der Genehmigung des Kaufgeschäfts verborgen haben
könnte. Grundsätzlich ist also daran festzuhalten, daß das Vor-
gehen des Befl. den Bestimmungen in § 127 Abs. 4 KrD.
wider sprach. Dann kann aber nicht geäußert werden, daß der
Befl. insoweit sein Amt unrichtig ausgeübt, also im Rechts-
sinne ein dienstliches „Versehen“ begangen hat, das ihn des-
halb noch keineswegs einem moralischen Vorwurf aussetzt und
seine Haftung auch nur dann begründet, wenn es als schuld-
haft angesehen werden muß.

Was die Verschuldensfrage anlangt, so ist bereits hervor-
gehoben, daß eine strenge Beachtung des Haushaltsrechts des
Kreisrags wegen der Schwerfälligkeit seines Tätigwerdens die
ausführenden Organe nicht selten in eine schwierige Lage
brachte. Sie hatten sich dann zu entscheiden, ob sie die Ver-
antwortung für außerplanmäßige Ausgaben übernehmen woll-
ten, wenn ein Zuwarten den Interessen des Kreises nachteilig
war. Die neueren einschlägigen Gesetze, die oben bezeichnet
sind, haben insoweit klare Richtlinien durch die Zulassung be-
stimmter Ausnahmen geschaffen. Zur in Betracht kommenden
Zeit mußte aber auch die sorgfältigste Verwaltung zwischen
dem Grundsatz des Gesetzes einerseits und seiner praktisch nicht
immer vermeidbaren, im übrigen auch heilbaren Durchbrechung
andererseits schwanken. Eine feste Grenze hierfür war nicht
vorhanden. Daher kann den damaligen Verwaltungsorganen
ein ausgleichender Schutz billigerweise nicht versagt werden.
Für die Verschuldensfrage darf somit nicht schon entscheidend
sein, ob sich die ausführende Verwaltungsstelle mit der Vor-
wegnahme von Ausgaben bewußt über das gesetzliche Haus-
haltsrecht der Vertretungskörperschaft hinweggesetzt hat, son-
dern ob sie angesichts einer besonderen Eilbedürftigkeit der
Sache mit Recht der Überzeugung sein durfte, die Verantwor-
tung hierfür im Interesse der öffentlichen Körperschaft über-
nehmen zu können.

Von diesem zutreffenden Gesichtspunkt ist das BG. aus-
gegangen, jedoch reicht die Begründung des BG. für die Ver-
neinung eines Verschuldens des Befl. nicht aus. (Wird aus-
geführt.)

(RG., III. ZivSen., II. v. 29. Juni 1937, III 236/36.)

[v. B.]

Preussische Landgemeindeordnung

** 33. RG. — § 28 Kreisordnung von 1872; § 86 Pr-
LGemD. v. 3. Juli 1891; §§ 985, 986 BGB.

Die Vorschriften im § 28 Kreisordnung von 1872 (§ 86
LGemD.) beschäftigen sich mit der Eigentumsfrage an den Land-
dotationen (Schulzenädern) überhaupt nicht, sondern haben
der Gemeinde lediglich ein Besitzrecht eingeräumt, das dem auf
etwaiges Eigentum der Gutsherrschaft (§ 985 BGB.) gestützten
Herausgabeanpruch entgegensteht (§ 986 Abs. 1 Satz 1 BGB.;
§ 86 Abs. 4 Satz 1 PrLGemD.).

Die Parteien streiten um das Eigentum an einer Par-
zelle der Gemarkung B. Diese Parzelle bildet das sog.
„Schulzenland“ der bekl. Landgemeinde. Im Grundbuch ist
die Parzelle nicht vermerkt. Im Flurbuch ist sie für „das
Schulzenamt“ eingetragen. Der Kl. verlangt nun als Eigen-
tümer des ehemaligen Ritterguts B. mit der Klage 1. Fest-
stellung seines Eigentums an dem Schulzenland; 2. Heraus-

gabe der streitigen Parzelle. Er stützt sich dabei auf Rezeffe aus den Jahren 1814 und 1851, insbes. aber auch auf eine Verhandlung v. 4. Sept. 1874, in welcher der damalige Besitzer des Ritterguts und elf Gemeindevertreter einen „Vergleich“ dahin geschlossen haben: Die Gemeinde erkannte das Eigentum des Rittergutsbesizers an dem Schulzendienstande an; dieser überließ das Land der Gemeinde zum Riefbrauch unter der „Bedingung“, daß der Schulze wie bisher die Gutsvorstehergeschäfte führe; die Gemeinde verzichtete auf jeden weiteren Beitrag der Gutsherrschaft zur Befoldung des Schulzen.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Das RG. hat die Rev. insoweit zurückgewiesen, als sie die Abweisung des zweiten Klagantrages (Herausgabe des Schulzenlandes) bekämpft, jedoch den Rechtsstreit an das BG. zurückverweisen.

Das BG. war im Wege der Auslegung der Rezeffe von 1814 und 1851 zu dem Ergebnis gelangt, daß streitige Schulzenland sei bei der Gemeinheitsteilung zwischen dem Rittergut und der Bauernschaft von B. Bauernland geworden und stehe daher im Eigentum der bekl. Gemeinde. Die Verhandlung v. 4. Sept. 1874 habe das Eigentum der Gemeinde nicht auf den Besitzer des Ritterguts übertragen können, da hierzu nach dem PrEigentumsverwG. v. 5. Mai 1872 Auflassung und Umschreibung im Grundbuch erforderlich gewesen wären.

Das RG. glaubt den Rezeffen von 1814 und 1851 eine bestimmte Feststellung über die Eigentumsverhältnisse an dem Schulzenland vorerst nicht entnehmen zu können, einer endgültigen Stellungnahme zu der Frage, wer bis zum Jahre 1891 Eigentümer gewesen sei, für die Entsch. des Rechtsstreits aber auch nicht zu bedürfen. Es stützt seine dem Kl. ungünstige Entsch. lediglich auf den § 86 der PrVGemD. für die sieben östlichen Provinzen v. 3. Juli 1891. Dazu führt es aus:

Die Streitparzelle stelle eine Landdotations dar, welche für die Verwaltung des Schulzenamts ausgewiesen sei. Sie könne daher nach § 86 Abs. 4 VGemD. nicht zurückgefordert werden. Sei aber die Rückforderung nach dem Willen des Gesetzgebers unzulässig, so müsse das Schulzenland als im Eigentum der politischen Gemeinde stehend angesehen werden. An dieser rechtlichen Beurteilung könne das Abkommen vom 4. Sept. 1874 nichts ändern. Die Rechtsnatur der Parzelle als Landdotations für die Verwaltung des Schulzenamts sei nicht dadurch berührt worden, daß die Überlassung des Landes an die Gemeinde fortan, über den ursprünglichen Zweck (Entlohnung des Schulzen für die Ausführung der Schulzengeschäfte) hinausgehend, nebenbei auch die Vergütung für die Wahrnehmung anderer Geschäfte (Gutsvorstehergeschäfte) durch den Schulzen habe bilden sollen.

Diese Begründung hält der von der Rev. erbetenen rechtlichen Nachprüfung nur teilweise stand. Rechtsirrig ist die Ansicht des RG., daß die Streitparzelle kraft der gesetzlichen Vorschriften im § 86 VGemD. Eigentum der Bekl. sei, auch wenn sie früher dem Kl. gehört haben sollte. Richtig ist aber die Ansicht, daß der Kl. die Herausgabe des Schulzenlandes von der Bekl. selbst dann nicht verlangen kann, wenn er Eigentümer sein sollte.

Daß der Schulzenacker ursprünglich als eine Landdotations für die Verwaltung des Schulzenamts ausgewiesen worden ist, steht außer Zweifel und wird auch von der Rev. nicht in Frage gestellt. Mit Recht hat das RG. aber auch angenommen, daß die Streitparzelle durch die Verhandlung vom Jahre 1874 ihre Rechtsnatur als eine solche Dotations nicht verloren hat. Die Verhandlung sollte offensichtlich nur die zuvor bestehenden Rechtsverhältnisse klären, aber nicht die Zweckbestimmung des Schulzenackers ändern. Insbes. sollte das ausdrücklich als „Schulzendienstand“ bezeichnete Landstück keiner irgendwie neuen Verwendung zugeführt werden. Es blieb nach wie vor in erster Reihe Vergütung für die Verwaltung des Schulzenamts der Gemeinde. Daß es daneben den Schulzen auch für die Fortführung der Gutsvorstehergeschäfte, die er schon bislang wahrgenommen hatte, entschädigen sollte, änderte an seiner tatsächlichen und rechtlichen Bewertung als einer Landdotations i. S. des § 28 der KreisD.

v. 13. Dez. 1872 und später des § 86 der VGemD. v. 3. Juli 1891 nichts. Das ergibt sich ohne weiteres aus § 28 Abs. 4 Satz 2 KreisD. und § 86 Abs. 4 Satz 2 VGemD. Der Rev. kann daher nicht beigetreten werden, wenn sie meint, die Verhandlung v. 4. Sept. 1874 stehe grundsätzlich der Anwendung des § 86 VGemD. entgegen.

Mit Recht wendet sich die Rev. aber gegen die Auslegung des § 86 VGemD. im angef. Urteil. Die Ansicht des RG., aus der Verfassung des Rückforderungsrechts im Abs. 4 Satz 1 des Gesetzes ergebe sich zwangsläufig das Eigentum der Bekl. an der Streitparzelle, findet im Gesetz keine Stütze. Für die gleichlautenden Vorschriften im § 28 der KreisD. von 1872 hat bereits das PrObTrib. in einer Entsch. v. 23. Mai 1876 (Striethorfs Archiv 99, 19) überzeugend dargelegt, daß der Gesetzgeber sich mit der Eigentumsfrage an den Landdotations (Schulzenäckern) überhaupt nicht beschäftigt, sondern der Gemeinde lediglich ein Besizrecht eingeräumt habe, das dem auf etwaiges Eigentum der Gutsherrschaft gestützten Herausgabeanspruch entgegenstehe. Dieselbe Rechtsauffassung für § 86 VGemD. liegt zugrunde einem Urteil des OVG. vom 14. März 1910 (Ztschr. für die Landeskulturgefetzgebung in Preußen 38, 34 = PrVerwBl. 33, 211 Nr. 6). Das Schrifttum (vgl. G e n z m e r, VGemD., 5. Aufl., S. 163 Anm. 29 a zu § 86) teilt diese Ansicht. Widerspruch gegen sie ist, soweit ersichtlich, bisher nirgends erhoben worden. Sie entspricht auch der Fassung und dem Inhalt der Vorschriften in § 86 Abs. 4—6 VGemD., die keinen Anhalt dafür bieten, daß der Gesetzgeber unmittelbar in die privatrechtlichen Eigentumsverhältnisse hätte eingreifen wollen. Eine Änderung dieser Verhältnisse würde sich allerdings mittelbar ergeben können aus einem Verfahren nach §§ 86 Abs. 5, 6, 97 ff. VGemD., das aber nicht vor die ordentlichen Gerichte gehört. Das Preuß. Gesetz v. 27. Dez. 1927, durch dessen §§ 11 ff. die Auflösung der selbständigen Gutsbezirke angeordnet wurde, hat die aus § 86 VGemD. sich ergebende Rechtslage nicht wesentlich geändert. Zwar mag § 86 Abs. 4 Satz 2 VGemD. durch das Gef. v. 27. Dez. 1927 seine Bedeutung verloren haben (vgl. M a u l l, VGemD., 2. Aufl., S. 14 Fußnote 43 a zu § 86) und ferner mag durch § 12 Abs. 2 dieses Gesetzes ein außerhalb des gerichtlichen Verfahrens laufender neuer Weg zur Änderung der Eigentumsverhältnisse an Landdotations eröffnet worden sein. Solange aber kein Verfahren nach §§ 86 Abs. 5, 6, 97 ff. VGemD. oder § 12 Abs. 2 des Gef. v. 27. Dez. 1927 durchgeführt ist, bleibt es bei der durch § 86 Abs. 4 Satz 1 VGemD. (früher § 28 KreisD.) geschaffenen Rechtslage. Auch das neue Reichsrecht (vgl. die Deutsche GemD. v. 30. Jan. 1935, §§ 65, 119 Nr. 2, 5, 6 nebst den dazu ergangenen Durchführung-, Ausführungs- und Überleitungsvorschriften) hat, soweit ersichtlich, den früheren Rechtszustand bisher nicht umgestaltet. Dem auf § 985 BGB. gestützten Herausgabeanspruch des Kl. steht also jedenfalls ein auf § 86 Abs. 4 Satz 1 PrVGemD. gegründetes Besizrecht der Bekl. entgegen, das jenen Anspruch gemäß § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB. zu Fall bringt. Insoweit ist die Klageabweisende Entsch. der Vorinstanzen mithin im Ergebnis zu Recht ergangen.

Anderz liegt es aber mit dem Begehren des Kl., sein Eigentum an dem Schulzendienstande festgestellt zu sehen. Nachdem die vom RG. vertretene Ansicht, das Eigentum der Bekl. folge aus § 86 VGemD., sich als unhaltbar erwiesen hat, bedarf dieser Klageantrag einer neuen Prüfung des Tatsachenrichters (§ 565 Abs. 1 ZPO.). Dabei wird zunächst zu untersuchen sein, ob der Kl. — insbes. jetzt nach rechtskräftiger Abweisung seines Herausgabeanspruchs — ein rechtliches Interesse daran hat, im ordentlichen Rechtsstreit die Eigentumsfrage alsbald geklärt zu wissen (§ 256 ZPO.). Erst wenn diese bisher überhaupt noch nicht erörterte prozeßrechtliche Vorfrage zu bejahen sein sollte, wird das RG. die Eigentumsverhältnisse der Streitparzelle an der Hand des gesamten Prozeßstoffes, insbes. der Rezeffe von 1814 und 1851 und der Verhandlung von 1874, erforschen müssen.

(RG., V. ZivSen., II. v. 12. Mai 1937, V 193/36.) [v. B.]
(= RGZ. 155, 87.)

Preussisches Oberverwaltungsgericht

34. §§ 70, 103 VerwG.; §§ 13 Ziff. 4, 17 RVGebD. Zu den gemäß § 103 VerwG. vom unterliegenden Teil zu erstattenden baren Auslagen des obsiegenden Teils gehören auch die Auslagen eines Beigeladenen, sofern über diese nicht anders entschieden ist. Die erhöhte Gebühr für die „weitere“ Verhandlung nach einer Beweisaufnahme gemäß § 17 RVGebD. steht dem Rechtsanwalt nicht zu, wenn er erst nach der Beweisaufnahme zum ersten Male aufgetreten ist. †)

Dem Kl. sind die Kosten des Streitverfahrens, zu denen auch die baren Auslagen der obsiegenden Partei gehören, rechtskräftig auferlegt worden. Die Beigeladene hat die Erstattung ihrer baren Auslagen in Höhe von 743,04 RM beantragt. Das BezVerwGer. in W. hat den zu erstattenden Betrag jedoch nur auf 595,14 RM festgesetzt. Hiergegen haben der Kl. und die Beigeladene Beschw. eingelegt. Der Kl. bestreitet, daß die Beigeladene berechtigt sei, überhaupt bare Auslagen erstattet zu verlangen, und jedenfalls, daß unter diese baren Auslagen die Gebühren für ihren rechtskundigen Vertreter zu rechnen seien. Die Beschw. der Beigeladenen richtet sich gegen die Absetzung von 145 RM Verhandlungsgebühr nebst 2,90 RM Umsatzsteuer für die Wahrnehmung der mündlichen Verhandlung am 27. Juni 1935 vor dem BezVerwGer. im zweiten Rechtsgang.

Die Beschw. des Kl. ist, soweit sie die Kostenerstattungspflicht gegenüber der Beigeladenen betrifft, unbegründet. Das Gesetz stellt einen Beigeladenen für das Streitverfahren prozessualisch den Parteien insofern gleich, als die ergehende Entscheidung auch dem Beigeladenen gegenüber gültig ist (§ 70 VerwG.). Infolgedessen kann der Beigeladene gleich den Parteien zur Vertretung seiner eigenen im Streitverfahren verfolgbarer Belange Rechtsmittel im Streitverfahren einlegen sowie überhaupt an dem Verfahren in den für die Parteien vorgeschriebenen Formen teilnehmen und gleich den Parteien obsiegen oder unterliegen (vgl. DVG. 82, 333; 92, 189, 200 und 201; 94, 157). Nach § 103 VerwG. sind außer den Kosten des gerichtlichen Verfahrens von dem unterliegenden Teil auch die erforderlichen baren Auslagen des obsiegenden Teils zu erstatten. Wenn daher durch das Endurteil des DVG. v. 18. Juni 1936 die Pflicht zur Tragung der Kosten dem Kl. auferlegt worden ist, so umfaßt diese Pflicht außer den Gerichtskosten und den erforderlichen baren Auslagen des bes. RegPräf. auch diejenigen der Beigeladenen Stadtgemeinde H., die ebenfalls zu dem „obsiegenden Teil“ gehört. Unter die erforderlichen baren Auslagen fallen nach § 103 Satz 2 VerwG. auch die Gebühren eines Rechtsanwalts, der von dem obsiegenden Teil zu seiner Vertretung in der mündlichen Verhandlung bevollmächtigt worden war. Der Kostenfestsetzungsbeschuß ist daher grundsätzlich zu Recht ergangen.

Dagegen ist der Kl. hinsichtlich der Höhe der festgesetzten Kosten teilweise beschwert.

Der Prozeßbevollmächtigte der Beigeladenen hat im ersten Rechtsgang vor dem BezAussh. nur die Verhandlung am 24. Aug. 1933, aber nicht die frühere v. 7. April 1933, in der Beweis beschlossen worden war, wahrgenommen; hierfür stehen ihm an Gebühren gem. § 43 RVGebD. i. d. Fass. v. 5. Juli 1927 die Verhandlungsgebühr mit 145 RM und $\frac{5}{10}$ Prozeßgebühr mit 72,50 RM, zusammen 217,50 RM, zu; eine Gebühr für eine weitere Verhandlung kann er nicht verlangen, da er in einer weiteren Verhandlung vor dem BezAussh., d. h. in einer solchen, die sich für ihn als eine „weitere“ darstellte, in diesem Rechtsgang nicht aufgetreten ist. Eine andere Auslegung ist mit dem Sinne des § 17 RVGebD. nicht vereinbar. Die dort ausgesprochene Erhöhung der dem Rechtsanwalt zustehenden Verhandlungsgebühr ist nur dadurch begründet, daß die Prozeßführung nach einer Beweisaufnahme eine Umstellung von der Beweisvorbereitung auf die Beweiswürdigung erforderlich macht. Die dadurch entstehende Mehrarbeit soll durch die erhöhte Verhandlungsgebühr abgegolten werden. Von einer solchen Umstellung kann jedoch keine Rede sein, wenn der Rechtsanwalt erst nach der Beweisaufnahme seine gebührenpflichtige Tätigkeit begonnen hat. So lag der Fall aber in diesem Prozeß. Die vom BezVerwGer. festgesetzte weitere Verhandlungsgebühr mit 72,50 RM war daher abzulehnen.

Die Beschw. der Beigeladenen richtet sich dagegen, daß das BezVerwGer. das Verfahren, das sich in zwei Rechtsgängen vor dem BezVerwGer. und dem DVG. abgespielt hat, gebührenrechtlich nur als ein Verfahren angesehen und demgemäß die Gebühren des die Beigeladene vertretenden Rechtsanwalts auch

nur für eine Instanz festgesetzt hat. Diese Beschw. ist begründet. Nach § 27 RVGebD. wird im Falle der Zurückverweisung einer Sache an das Gericht unterer Instanz das weitere Verfahren vor diesem Gericht für die Gebühren der Rechtsanwälte, mit Ausnahme der Prozeßgebühr, als neue Instanz behandelt. Der Prozeßbevollmächtigte der Beigeladenen hat daher für die im zweiten Rechtsgange wahrgenommene mündliche Verhandlung vor dem BezVerwGer. in W. v. 27. Juni 1935 den Anspruch auf Erstattung einer weiteren vollen Verhandlungsgebühr mit 145 RM — nebst 2,90 RM Umsatzsteuer — erworben. (DVG. v. 25. März 1937, IV ER 8/37.)

Anmerkung: Die Entsch. behandelt die wichtige Frage der verfahrensrechtlichen Stellung des Beigeladenen im Streitverfahren, besonders hinsichtlich der Kostenerstattung. Der Senat knüpft in den Gründen des Beschlusses an § 70 Satz 2 VerwG. an, in dem bestimmt ist, daß die Entsch. im Streitverfahren, sofern eine Beiladung erfolgt war, „auch dem Beigeladenen gegenüber gültig“ ist. Aus dieser Vorschrift wird im vorl. Beschuß hergeleitet, daß der Beigeladene nicht nur „gleich den Parteien zur Vertretung seiner eigenen, im Streitverfahren verfolgbarer Belange Rechtsmittel einlegen“, sondern darüber hinaus „überhaupt an dem Verfahren in den für die Parteien vorgeschriebenen Formen teilnehmen und gleich den Parteien obsiegen und unterliegen“ kann. Eine derart weitgehende Gleichstellung des Beigeladenen mit den Parteien des Streitverfahrens findet sich, soweit ersichtlich, bisher weder in der eigenen Rechtsprechung des PrDVG. noch auch im einschlägigen Schrifttum. Die bisherige Rechtsprechung des PrDVG. zur verfahrensrechtlichen Stellung des Beigeladenen zeigt sogar eine betonte Zurückhaltung. Soweit in ihr ein Vergleich dieser Stellung mit der verfahrensrechtlichen Stellung der Parteien vorgenommen wird, läßt sich als herkömmliche Handhabung feststellen, daß eine Gleichheit der verfahrensrechtlichen Stellung der Parteien einerseits und des Beigeladenen andererseits stets zunächst grundsätzlich verneint und erst im Anschluß an diese grundsätzliche Verneinung in einzelnen genau umschriebenen Beziehungen eine beschränkte Gleichstellung des Beigeladenen mit den Parteien als zulässig bezeichnet wird. Auch die im abgedruckten Beschuß angeführten früheren Entsch. des PrDVG. halten sich von der nunmehr vom erf. Sen. vorgenommenen weitgehenden verfahrensrechtlichen Gleichstellung des Beigeladenen mit den Parteien fern. So heißt es z. B. in DVG. 82, 333: „Der Beigeladene ... hat im Streitverfahren nicht (!) die Stellung einer Partei. ... Er tritt durch die Beiladung neben den Parteien mit der Wirkung in das Streitverfahren ein, daß er Gelegenheit zur Wahrnehmung seiner Interessen erhält. ... Die Npr. hat mit Rücksicht darauf, daß nach § 70 Satz 2 VerwG. die Entsch. auch dem Beigeladenen gegenüber gültig ist, seine Befugnis zur Einlegung von Rechtsmitteln anerkannt, aber zur Begründung eines solchen verlangt, daß der Beigeladene durch die angefochtene Entsch. in seinen eigenen, seiner Verfügung unterliegenden Rechten verletzt sei und diese im Streitverfahren verfolgbar seien. ... Im wesentlichen (!) ist die Stellung des Beigeladenen in dieser Beziehung (!) nicht anders als diejenige der Partei selbst, der ebenfalls ein Rechtsmittel nur insoweit zur Verfügung steht, als die gefällte Entsch. sie beschwert“. Die Gleichstellung des Beigeladenen mit der Partei ist hier, wie man sieht, nur eine partielle, und auch diese partielle Gleichstellung hat keine positive, sondern eine negative Funktion: sie soll verhüten, daß der Beigeladene eine weitergehende Rechtsmittelbefugnis besitzt als die Partei selbst (so richtig: *B r a u c h t i t s c h*, „Verwaltungsrecht für Preußen“, Erster Band, 24. Aufl., S. 104, Anm. 2 Abs. 2 a. E. zu § 70 VerwG.). Eine Stütze für die weitergehende, im obigen Beschuß vertretene Rechtsauffassung läßt sich der genannten Entsch. somit nicht entnehmen. Insbesondere läßt sich aus ihr nicht herleiten, daß man auch zu positivem Zweck, nämlich um dem Beigeladenen Rechte zuzusprechen, von einer Gleichstellung des Beigeladenen mit der Partei ausgehen darf. Auch aus der im abgedruckten Beschuß weiter angeführten Entsch.: DVG. 92, 189 ff. läßt sich eine ähnlich weitgehende Gleichstellung zwischen den Parteien und dem Beigeladenen, wie sie im vorl. Beschuß erfolgt, nicht entnehmen. A. a. O. (S. 201) wird vielmehr nur eine geringfügige Erweiterung der Rechtsmittelbefugnis des Beigeladenen vorgenommen; es wird dort nämlich ausgeführt: „Über den eigentlichen Rahmen seiner Rechtsmittelbefugnis hinaus muß es dem Beigeladenen gestattet werden, sich des zulässigen Rechtsmittels zu bedienen, wenn in einem Art. eine Entsch. über von ihm vorgenommene Prozeßhandlungen getroffen worden ist. Das hat besonders dann zu gelten, wenn die Entsch. in dieser Richtung

von der Gegenseite angefochten worden ist. Der Beigeladene muß Gelegenheit haben, sich im prozessordnungsmäßigen Wege selbständig gegen Entsch. zu wehren, die über die von ihm gestellten Anträge ergangen sind. Unter solchen Umständen (!) hat er das Recht, das für die Parteien zulässige Rechtsmittel zu gebrauchen." In gleicher Weise läßt sich die im vorstehenden Beschluß vertretene Rechtsauffassung auch nicht durch die in ihm schließlich noch angeführte Entsch.: DW. 94, 156 ff. stützen. In dieser Entsch. waren dem auf eigenen Antrag Beigeladenen die Kosten der Beiladung auferlegt und es ist sein gegen diese Kostenentscheidung eingelegtes Rechtsmittel als unzulässig verworfen worden, „da lediglich wegen der Kosten ein Rechtsmittel wie für eine Partei so auch für den Beigeladenen nicht gegeben ist“ (a. a. D. S. 157). Mehr enthält die angeführte Entsch. zu dem hier erörterten Thema nicht.

Ob der im abgedruckten Beschluß zum Ausgangspunkt genommene Satz 2 des § 70 WVG. die aus ihm hergeleitete Folgerung wirklich rechtfertigt, ist äußerst fraglich. Mit Recht sagt Schulkenstein aus Anlaß dieser Bestimmung: „Bei der Beiladung ist noch immer, wenn nicht fast alles, so doch sehr vieles zweifelhaft. Das gilt sowohl für ihr Wesen im allgemeinen wie auch für ihre Einzelheiten, insbesondere auch dafür, was der letzte, die Wirkung der Beiladung betreffende Satz des § 70 WVG. bedeutet“ (VerwArch. 19, 2). Man nimmt mit Recht überwiegend an, daß es sich bei diesem Satz nicht um eine Erstreckung der Rechtskraft des verwaltungsgerichtlichen Urteils über die Parteien hinaus auf den Beigeladenen handelt. Im allgemeinen hält man die Bestimmung in § 70 Satz 2 WVG. für eine Präklusionsnorm, derzufolge der Beigeladene durch die Beiladung für jedes spätere Verfahren um den Einwand gebracht wird, „daß die Entsch. anders hätte ausfallen können, wenn er seinen Tatsachenstoff vorgebracht hätte. ... Mit diesem Tatsachenstoff wird er für alle Zukunft präkludiert. Es sind dies diejenigen Tatsachen, die er im Verwaltungsstreitverfahren, zu dem er beigeladen war, hätte vorbringen können, aber nicht vorgebracht hat“ (Satschek-Kurzig, „Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts“, 7. und 8. Aufl., S. 417; vgl. auch Brauchitsch a. a. D. Anm. 3). Entgegen dieser üblichen Auslegung des § 70 Satz 2 WVG. hat es den Anschein, als ob der oben abgedruckte Beschluß diese Vorschrift i. S. einer Rechtskrafterstreckung auf den Beigeladenen verstanden wissen will. Das hätte dann zumindest einer genaueren Begründung und einer Auseinandersetzung mit der abweichenden herrschenden Meinung bedurft. „Daß die Entsch. ... auch gegenüber dem Beigeladenen ... vollstreckt werden könne ... oder er die Kosten, die der Partei auferlegt worden sind, zu zahlen oder zu verauslagern habe, ist ausgeschlossen“ (Schulkenstein a. a. D. S. 10).

Man nimmt allerdings fast allgemein an, daß der Beigeladene, der auf seinen eigenen Antrag beigeladen worden ist, in die durch seine Beiladung verursachten Kosten verurteilt werden kann, wenn er für den von ihm vertretenen Standpunkt keinen Erfolg erzielt hat (vgl. Brauchitsch a. a. D. S. 106 Anm. 6). Dieser Auffassung ist auch Frickrich („Verwaltungsrechtspraxis“, Bd. II S. 623 ff.), der über die allgemeine Meinung hinaus auch eine Verurteilung der Partei zur Tragung der Kosten des Beigeladenen für zulässig erachtet (a. a. D. S. 655). Auch wird dem Beigeladenen herbörsicherweise die Kostenlast für ein von ihm eingelegtes, aber zurückgenommenes oder zurückgewiesenes Rechtsmittel auferlegt (vgl. DW. 92, 201). Eine wirklich überzeugende, aus dem Gesetz selbst herzuleitende Begründung für diese Handhabung gibt es aber m. E. nicht. Insbesondere bezieht sich die Gegenüberstellung des „unterliegenden“ und des „obliegenden Teils“ in § 103 WVG. offensichtlich auf die wirklichen Parteien des Verfahrens. Der Beigeladene wird aber niemals selbst Prozesspartei, auch nicht Mitspartei oder Streitgenosse. Er braucht sich auch keiner Partei anzuschließen, sondern kann jeder Partei entgegentreten; er steht vielmehr neben den Parteien und verfolgt seine eigenen Interessen (vgl. Reuß, „Das Verwaltungsstreitverfahren nach dem Recht Preußens“ [Nr. 7 der Schriftenreihe der JW.], S. 20/21). Es ist sogar streitig, ob der Beigeladene überhaupt eigene Anträge in der Hauptsache stellen darf, was die gebührenrechtliche Voraussetzung für den Anfall der anwaltlichen Verhandlungsgebühr darstellt. Wie soll es mit der Frage der Kostenerstattung gehandhabt werden, wenn der Beigeladene im Verwaltungsstreitverfahren als ein über den Parteien stehender neutraler Rechtsfindungsgehilfe des Gerichts im wechselnden Parteivortrag bald der einen und bald der anderen Partei zugestimmt oder widersprochen, sich aber eigener Sachanträge enthalten hat und lediglich auf die Förderung der Rechts- und Wahrheitsfindung bedacht war? Wie will man einen solchen „idealen“ Beigeladenen in die

Gegenüberstellung „unterliegender“ und „obliegender Teil“ ein-gruppieren?

Man sieht: Die Rechtsfigur des „Beigeladenen“ ist völlig unklar. Das liegt aber nicht an der Rspr. oder am Schrifttum, sondern an der völligen Dürftigkeit der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen, die in einem praktisch nicht erträglichen Ausmaß Lücken gelassen und dadurch kaum überwindliche Zweifel und Unklarheiten geschaffen haben. Was innerhalb dieser Zweifel und Unklarheiten die Sonderfrage der Kostenerstattung in bezug auf den Beigeladenen angeht, so scheint es mir nicht möglich, mit den Grundsätzen des oben abgedruckten Beschlusses der hierauf bezüglichen Zweifel Herr zu werden. Es ist zu hoffen, daß die künftige Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit das Institut der Beiladung reifer durchdenkt, als dies vom geltenden Recht des WVG. behauptet werden kann. Zu ihm ist das Recht der Beiladung nicht einmal in den Grundzügen angedeutet, geschweige denn in den Einzelheiten geregelt. Es ist daher kein Wunder, daß weder die Rspr. noch das Schrifttum genügend Licht in diesen Dunkel gebracht haben.

Die Ausführungen des Beschlusses zu § 17 RWG. entsprechen in jeder Hinsicht der Rechtslage (vgl. z. B. Baumbach, „Reichskostengesetz“, 6. Aufl., Anm. 1 zu § 17 RWG., S. 198).

W. Reuß, Berlin.

*

35. §§ 103, 108 VerwG. Ein Antrag auf Kostenfestsetzung gemäß §§ 103, 108 VerwG. ist grundsätzlich dahin aufzufassen, daß nur der beantragte Betrag, nicht etwa die gesamten möglicherweise zustehenden Gebühren und Auslagen Gegenstand des Kostenfestsetzungsverfahrens sind. Der Rechtsgrund für den beantragten Betrag kann im Laufe des Kostenfestsetzungsverfahrens gewechselt, nicht beantragte Beträge können nach Rechtskraft des Kostenfestsetzungsbeschlusses nachgefordert werden. f)

Nach dem Urteil des BezVerwGer. in M. v. 29. Sept. 1936 und § 103 WVG. hat der Vekl. dem Kl. die erforderlichen baren Auslagen zu erstatten. In der mündlichen Verhandlung vor dem BezVerwGer. am 29. Sept. 1936, in der eine Beweis-erhebung stattgefunden hatte, war der Kl. im Beistande des RA. Dr. B. erschienen. Dieser beantragte unter dem 29. Sept. 1936 die Erstattung der Prozessgebühr, Verhandlungsgebühr, Kostenfestsetzungsgebühr, Umsatzsteuer und gehabter Auslagen mit insgesamt 40 RM.

Diesen Betrag setzte das BezVerwGer. durch Beschluß vom 28. Okt. 1936 fest, wobei es die Kostenfestsetzungsgebühr von 1,20 RM als solche zwar als nicht erstattungsfähig bezeichnete, ihre Erstattung aber als Teil der nicht beantragten Beweis- und weiteren Verhandlungsgebühr für gerechtfertigt hielt. Der Beschluß wurde dem Prozeßbevollmächtigten des Kl. am 31. Okt. 1936 zugestellt. Darauf beantragte dieser unter dem 3. Nov. 1936 die Erstattung von noch 12,50 RM Beweisgebühr, 12,50 RM weiterer Verhandlungsgebühr und 0,50 RM Umsatzsteuer, abzüglich 1,20 RM aus dem Kostenfestsetzungsbeschl. v. 28. Okt. 1936. Das BezVerwGer. wies den Antrag auf weitere Festsetzung ab.

Auf die Beschwerde des Kl. setzte das DWG. weitere 24,30 RM fest:

Der Kl. begehrt in seinem Schreiben v. 3. Nov. 1936 die Erstattung von Kosten, deren Festsetzung er bisher noch nicht beantragt hatte. Das BezVerwGer. hat diesen Antrag abgelehnt, weil der Festsetzung dieser Gebühren die Rechtskraft des Kostenfestsetzungsbeschlusses v. 28. Okt. 1936 entgegenstehe.

Es hat sich dabei auf die Entsch. des DWG. v. 6. April 1933 (VerwArch. 31, 285) bezogen, in welcher ausgeführt ist, daß ein einmal geltend gemachter Gebührenersatzanspruch des Rechtsanwalts auch unter anderen rechtlichen Verhältnissen nicht nochmals geltend gemacht werden kann. Jener Entsch. lag jedoch ein Fall zugrunde, in dem bereits der erste Kostenfestsetzungsbeschl. den gesamten Anspruch zum Gegenstand gehabt hatte und in diesem Umfang rechtskräftig geworden war. So liegt der Fall hier jedoch nicht. Der Kl. hat vielmehr in seinem ersten Kostenfestsetzungsantrag eine Beweis- und eine weitere Verhandlungsgebühr noch nicht gefordert. Sie waren auch mir dadurch in Höhe von 1,20 RM Gegenstand des Kostenfestsetzungsbeschlusses geworden, daß das BezVerwGer. den aus anderem Rechtsgrunde beantragten Betrag von 1,20 RM in Anrechnung auf die dem Kl. an sich noch zustehenden weiteren Gebühren zugesprochen hat. Es besteht daher hier keine Veranlassung, dem Kl. den noch ausstehenden weiteren Gebührenbetrag vorzuentfallen.

Die für die Vertretung durch den Rechtsanwalt in der mündlichen Verhandlung vor dem BezVerwGer. nachträglich geforderte Beweis- und weitere Verhandlungsgebühr nebst Umsatzsteuer ist mit 12,50 + 12,50 + 0,50 = 25,50 RM richtig berechnet. Der Vekl., der hiervon bisher nur 1,20 RM aus dem ersten

Kostenfestsetzungsbeschluss erstattet hat, ist danach zur Erstattung weiterer 24,30 RM an den Kl. verpflichtet.

(OBG. v. 5. April 1937, IV ER 14/37.)

Anmerkung: Die Entsch. behandelt die wichtige Frage der Zulässigkeit einer Nachliquidation im verwaltungsgerichtlichen Kostenfestsetzungsverfahren und der Rechtskraft des in ihm ergehenden Kostenfestsetzungsbeschlusses. Dieser Gegenstand der Entsch. ist für die Anwaltschaft von erheblicher Bedeutung. Es mag daher der gebotene Anlaß wahrgenommen werden, um einmal grundsätzlich zu dem erwähnten Thema Stellung zu nehmen.

Das PrOBG. hat in einer früheren Entsch. (OBG. 69, 449) im Hinblick auf den Zivilprozeß und das Verwaltungsstreitverfahren gelegentlich von einer „großen Gleichheit der beiden Kostenfestsetzungsverfahren“ gesprochen. Es glaubte jedoch (a. a. O.), trotz dieser „großen Gleichheit“ zwischen dem Kostenfestsetzungsverfahren der ZPD. (§§ 104 ff.) und des OBG. (§ 108) einen grundlegenden Unterschied aufzeigen zu können. Zu der zitierten Entsch. erklärte es nämlich: „Während im Zivilprozeß grundsätzlich die Verhandlungsmaxime Geltung hat, wird der Verwaltungsprozeß von der Unteruchungsmaxime beherrscht. ... Was hiernach für das Verwaltungsstreitverfahren überhaupt Rechtsens ist, ist es für das Kostenfestsetzungsverfahren ebenfalls. ... In ihm soll ermittelt und festgestellt werden, was die unterliegende Partei der obsiegenden nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften zu erstatten hat. ... Es ist lediglich zu prüfen, was nach dem Gesetz dem Kläger zu erstatten ist“ (OBG. a. a. O. S. 449—451). In dieser Entsch. ging es um die Frage, ob ein von der unterlegenen Partei im Kostenfestsetzungsverfahren anlässlich ihrer Anhörung über die vom Gegner eingereichte Kostenrechnung abgegebenes Auerkenntnis den Verwaltungsrichter mit der Maßgabe binde, daß in der anschließend erfolgenden Festsetzung der Kosten die von der unterlegenen Partei anerkannte Höhe des Erstattungsbetrages nicht unterschritten werden dürfe. Der Verwaltungsrichter hatte in dem erörterten Fall nicht den von der unterlegenen Partei anerkannten, sondern einen nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften errechneten niedrigeren Betrag festgesetzt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der obsiegenden Partei erklärte das OBG. mit der wiedergegebenen Begründung für unberechtigt. Das war — dem Ergebnis nach — zweifellos zutreffend. Irrtümlich war jedoch die vom OBG. aus diesem Anlaß vorgenommene Konstruktion eines Gegensatzes zwischen dem Kostenfestsetzungsverfahren der ZPD. und des OBG. Denn auch nach den Bestimmungen der ZPD. wäre in einem gleichliegenden Fall genau so zu entscheiden gewesen. Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle, dem im Kostenfestsetzungsverfahren der ZPD. gem. § 104 Abs. 1 das die Entscheidung über das Festsetzungsgeuch obliegt, hat diese Entscheidungsbefugnis nur auf der unverrückbaren Grundlage des Kostenauspruchs im Urteil. Dieser erstreckt sich aber nur auf die gem. den §§ 91 ff. ZPD. „notwendigen“ Kosten der Rechtsverfolgung. Lediglich bezüglich dieser Kosten ist die Erstattungspflicht der unterlegenen Partei in der Kostenentscheidung des Urteils dem Grunde nach festgesetzt. Nur insoweit kann daher eine dem Urkundsbeamten obliegende Bestimmung der Höhe der zu erstattenden Kosten in Frage kommen. Der Urkundsbeamte ist dagegen nicht befugt, über diesen gesetzlich gezogenen Rahmen hinaus einen Vollstreckungstitel zu schaffen. Er ist ausschließlich zur Festsetzung der Höhe der von der unterlegenen Partei gem. den §§ 91 ff. ZPD. der obsiegenden Partei zu erstattenden Kosten zuständig, weil insoweit die Erstattungspflicht der unterlegenen Partei im Kostenauspruch des Urteils, den der Urkundsbeamte lediglich zu konkretisieren hat, dem Grunde nach festgesetzt worden ist. Die Zuständigkeit des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle und die Zulässigkeit des Kostenfestsetzungsverfahrens erstreckt sich jedoch nicht darauf, auch für solche Ansprüche, die nicht zuvor in einem Urteil dem Grunde nach festgesetzt worden sind, einen Vollstreckungstitel zu schaffen. Eine solche Zuständigkeit kann für den Urkundsbeamten auch nicht durch Übereinkunft der Parteien des Festsetzungsverfahrens und ebenso wenig durch ein Auerkenntnis der unterlegenen Partei begründet werden. Wenn eine unterlegene Partei bei ihrer Anhörung im Kostenfestsetzungsverfahren die Kostenberechnung der obsiegenden Partei anerkennt, so entbindet dieses Auerkenntnis den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle nicht von der Pflicht, die Grenzen seiner gesetzlich umschriebenen Zuständigkeit zu wahren und eine Festsetzung von anerkannten Kosten, die nicht vom Kostenauspruch des ergangenen Urteils umfaßt werden, abzulehnen. Nimmt der Urkundsbeamte gleichwohl solche anerkannten, aber nicht gem. den §§ 91 ff. ZPD. „notwendigen“ Kosten in den Kostenfestsetzungsbeschluss auf, so

hat er die Grenzen seiner Zuständigkeit zur Schaffung von Vollstreckungstiteln überschritten. Es läge dann insoweit ein am Mangel der Zuständigkeit des Subjektes krankender „fehlerhafter Staatsakt“ vor. Das alles hat, wie man sieht, mit den Prozeßmaximen nichts zu tun; es handelt sich vielmehr um eine reine Zuständigkeitsfrage. Diese Erkenntnis hat dem PrOBG. bei der Entsch. OBG. 69, 449 ff. gefehlt, so daß es zu der in dieser Richtung abwegigen Konstruktion eines auf der Unterschiedlichkeit der Prozeßmaximen beruhenden Gegensatzes zwischen dem Kostenfestsetzungsverfahren der ZPD. und des OBG. gekommen ist. Die Herrschaft der Prozeßmaximen endet mit der Verkündung des Urteils. Jetzt ist für die Anwendung der Grundsätze, nach denen das Verfahren und sein Ergebnis gestaltet wird, kein Raum mehr. Diese Gestaltung, auf die die Prozeßmaximen ihrem Wesen nach gerichtet sind, ist mit dem Erlass des Urteils abgeschlossen. Es kommt daher nunmehr nur noch eine Durchführung des Urteils in Frage. Diese hat aber, wenn und soweit sie überhaupt erfolgt, im Entscheidungssatz (Tenor) des Urteils eine gebundene Marschroute. An sie ist auch das mit der Kostenfestsetzung betraute Organ gebunden, denn „der Kostenfestsetzungsbeschluss bringt die im Urteil getroffene Grundentscheidung über die Kostenlast zur Ausführung. Er hat lediglich die Festsetzung des Betrages der Kosten zum Gegenstand“ (Reuß, „Das Verwaltungsstreitverfahren nach dem Recht Preußens“, Nr. 7 der Schriftenreihe der ZV., S. 58).

Es ist in diesem Zusammenhang nicht ohne Interesse, daß auch das RG. gelegentlich das Kostenfestsetzungsverfahren zu den Prozeßmaximen in Beziehung gesetzt hat. In RGZ. 35, 427 ff. (428) heißt es: „Der Anwalt des Bekl. hatte, wenn er auch in dem eigentlichen Festsetzungsgeuch keine bestimmte Summe forberte, doch durch die beigelegte Berechnung der Kosten deutlich zu erkennen gegeben, daß sein Auftraggeber nicht mehr als ... RM begehre. Über diesen Betrag hinaus durfte das LG. letzterem nichts zusprechen. Wie die ZPD. überhaupt, so wird auch das Kostenfestsetzungsverfahren von der sogenannten Verhandlungs- oder Dispositionsmaxime herart beherrscht, daß das Gericht nicht befugt ist, einer Partei Kosten anzubilligen, welche dieselbe nicht verlangt hat. Zwar hat das Gericht nach § 279 Abs. 2 (jetzt 308 Abs. 2) ZPD. über die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, auch ohne Antrag zu erkennen. Aber dies gilt, wie keiner näheren Ausführung bedarf, nur für das Urteil, nicht für den Kostenfestsetzungsbeschluss.“ Meines Erachtens ist die Bezugnahme des RG. auf die Verhandlungsmaxime in diesem Zusammenhang verfehlt, denn die Verhandlungsmaxime ist ihrem Wesen nach auf das richterliche Erkenntnisverfahren zugeschnitten, indem sie die richterliche Entscheidung und deren Grundlage in Abhängigkeit von den Anträgen, Behauptungen und Beweisführungen der Parteien bringt (vgl. Reuß a. a. O. S. 22 ff.). Die bloße Gestaltung eines Verfahrens nach den beiden Grundsätzen „ne procedat iudex ex officio“ und „ne eat iudex ultra petita partium“ läßt das Verfahren noch nicht von der Verhandlungsmaxime beherrscht erscheinen. Die eigentliche „Domäne“ der Prozeßmaximen, auf der sich ihr unterschiedliches Wesen offenbart, ist die Feststellung des Sachverhalts als Grundlage der Entscheidung (Reuß a. a. O.). Allein deshalb, weil auch das Kostenfestsetzungsverfahren nicht von Amts wegen eröffnet wird, sondern eines „Anstoßes“ seitens der interessierten Partei bedarf und in seinem Gegenstand durch das Begehren der Partei bestimmt und begrenzt wird, läßt sich nicht berechtigterweise behaupten, daß es von der Verhandlungsmaxime beherrscht wird. Dieses „Antragsprinzip“ ist sogar, wie die Regelung des preußischen Verwaltungsstreitverfahrens zeigt, mit der Geltung der „Untersuchungsmaxime“ für das von ihm beherrschte Verfahren wohl vereinbar. Daß sich aus der Unterschiedlichkeit der Prozeßmaximen im richterlichen Erkenntnisverfahren der ZPD. und des OBG. für das Kostenfestsetzungsverfahren dieser beiden Gesetze nichts herleiten läßt, ergibt sich vor allem daraus, daß das „Antragsprinzip“ für das Kostenfestsetzungsverfahren beider Gesetze in völlig gleicher Weise gilt.

Um Sinn und Tragweite des verwaltungsgerichtlichen Kostenfestsetzungsverfahrens, das übrigens nur in den technischen Einzelheiten seiner Regelung, nicht aber in irgendeiner grundsätzlichen Richtung vom Kostenfestsetzungsverfahren der ZPD. abweicht, richtig zu erfassen, läßt man somit am besten die Frage der Prozeßmaximen ruhig beiseite. Unabhängig von dieser „Maximen-Frage“ hat Schulkenstein zum Gegenstand der oben abgedruckten Entsch. wie folgt Stellung genommen: „Ganz zweifellos ist die Fähigkeit, materiell rechtskräftig zu werden, bei den Beschlüssen, welche von dem Gericht erster Instanz über die Festsetzung der von der obsiegenden Partei zur Erstattung seitens der unterlegenen Partei berechneten Auslagen zu er-

lassen sind (§ 108 ZPO.). Eine solche Festsetzung entbehrt der rechtlichen Selbständigkeit. Sie ist nichts als eine Ergänzung und Vervollständigung des Urteils, auf Grund dessen sie erfolgt, und zwar desjenigen Teiles des Urteils, der die Pflicht trifft, die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, . . . und sie beschränkt sich deshalb darauf, die Höhe dieses Betrages ziffernmäßig festzustellen. . . . Diese rechtliche Natur der Festsetzung folgt von selbst aus ihrem Wesen und Zweck. Als bloße Ergänzung des Urteils, das ja auch hinsichtlich der Verpflichtung zur Kostenerstattung eine Streitentscheidung ist und materielle Rechtskraft genießt, nimmt der unanfechtbar gewordene Kostenfestsetzungsbeschluss an dieser materiellen Rechtskraft teil. . . . Im übrigen äußert die materielle Rechtskraft der Kostenfestsetzungsbeschlüsse . . . die Wirkung, daß hinsichtlich derselben Auslagen keine anderweitige Festsetzung mehr zulässig ist, weder eine höhere noch eine niedrigere. Dagegen steht sie einer — jetzt für den Zivilprozeß allgemein als statthaft anerkannten und auch für das Verwaltungsstreitverfahren anzuerkennenden — nachträglichen Berechnung und Festsetzung noch nicht liquidierter und von dem Beschlusse nicht betroffener Beträge nicht entgegen. Denn insofern ist keine eadem res vorhanden, erstreckt sich also die materielle Rechtskraft des bereits ergangenen Beschlusses nicht“ (VerwArch. 11, 416/17). Die hier behandelte Frage hat für das Kostenfestsetzungsverfahren der ZPO. sogar einmal die Vereinigten Zivilsenate des RG. beschäftigt, die sich für die Zulässigkeit von Nachliquidationen selbst für den Fall ausgesprochen haben, daß die Nachliquidation an sich hätte vermieden werden können. In dieser grundlegenden Entsch. (RGZ. 27, 402) heißt es wie folgt: „Die Zulässigkeit wiederholter Kostenfestsetzungen in demselben Verfahren wird in der Theorie allgemein angenommen, und es können dawider entscheidende Bedenken aus der Rechtskraft eines früheren Kostenfestsetzungsbeschlusses nicht entnommen werden. Für die Beurteilung des Umfanges der Rechtskraft ist der Grundsatz des § 293 (jetzt: 322 ZPO.) maßgebend. Wäre davon auszugehen, daß es sich bei der Kostenfestsetzung nicht um eine Entscheidung über die Erstattungsfähigkeit der einzelnen im Festsetzungsgesuch enthaltenen Posten handele, sondern um die Festsetzung des einer Partei von der anderen Partei zu erstattenden Betrages, daß also Gegenstand der richterlichen Entscheidung der Gesamtanspruch einer Partei auf die gesamte Kostenmenge sei, für welche die einzelnen Posten nur die rechnerische Grundlage bilden, so würde sich die Rechtskraft des Festsetzungsbeschlusses nicht auf die liquidierten und festgestellten Ansätze beschränken. Es müßte von diesem Standpunkte angenommen werden, daß die Kostenfestsetzung einen umfangreicheren Charakter habe und wenigstens alle Kosten umfasse, welche der die Kostenfestsetzung Nachsuchende bei seinem Kostenfestsetzungsgesuche geltend zu machen in der Lage war. Indessen dieser Auffassung steht entgegen, daß der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten . . . aus selbständigen Einzelansprüchen besteht, so daß die Entscheidung über einzelne liquidierte Ansätze nur auf diese bezogen werden kann, und dem nicht entgegensteht, daß nachträglich ein weiterer Anspruch über die Erstattungsfähigkeit der im Festsetzungsgesuche nicht enthaltenen Forderungen nachgesucht wird. Dafür, daß die ZPO. den Anspruch auf Ersatz der Prozeßkosten nicht im Sinne von Einzelansprüchen, die nur auf der einheitlichen Rechtsgrundlage der die Kostenerstattungspflicht regelnden Entscheidung beruhen, beurteilt habe, sondern als einen Gesamtanspruch auf die zu ersetzende Kostenmenge, bietet sie nach ihrem Wortlaut keinen genügenden Anhalt.“ In dieser Entsch. wird richtig darauf abgestellt, ob es für das Kostenfestsetzungsverfahren nur einen einheitlichen und unteilbaren „Gesamtanspruch auf die ganze Kostenmenge“ gibt — der im Festsetzungsverfahren ohne Rücksicht auf die zum Ansatz gebrachten einzelnen Kostenpositionen stets in seiner unteilbaren Einheit, also mit dem Höchstmaß seines möglichen Umfangs, anhängig wird — oder ob eine solche unteilbare Einheit des Kostenanspruchs mit den daraus herzuleitenden Folgen für die Anhängigkeit im Festsetzungsverfahren und die Reichweite der Rechtskraft nicht anzunehmen ist. Angesichts des auf eine Geldleistung — also auf eine anerkanntermaßen teilbare Leistung — gerichteten Gegenstandes des Kostenfestsetzungsverfahrens muß es fast verwunderlich erscheinen, daß man in dieser Frage überhaupt ein Problem sehen kann. Man sollte meinen, daß es sich mit einem Kostenfestsetzungsgesuch ebenso verhalte wie mit einer nach vorangegangener Feststellungsfrage über den Grund eines Anspruchs erhobenen Klage auf bestimmte auf dem festgestellten Grund des Anspruchs erwachsene Leistungen. Wer würde je auf den Gedanken kommen, daß eine solche Klage, auch wenn mit ihr nur einzelne Positionen geltend gemacht werden, das gesamte Klagerecht bezüglich der Höhe des Anspruchs endgültig konsumiere! Nicht anders aber

steht es mit dem Kostenfestsetzungsverfahren, das gleichfalls auf eine solche „Streitentscheidung zwischen den Parteien, nämlich auf eine Endentscheidung zu der im Urteil enthaltenen Grundentscheidung“ (Friedrichs, „Streitverfahren“ S. 299) gerichtet ist. Merkwürdigerweise ist dann später — in den Entscheidungen verschiedener Gerichte — der Standpunkt vertreten worden, daß wenigstens die einzelnen Kostenpositionen für sich eine unteilbare Einheit in dem zuvor erörterten Sinne seien. Dem ist das RG. mit Recht entgegengetreten. In einem Beschl.: ZW. 1929, 877, in dem es sich zunächst dem oben dargelegten Standpunkt der VerZivSen. des RG. anschließt, führt es aus: „Wenn in der späteren Zeit die Abpr. insofern nicht einheitlich ist, als es sich um die Frage handelt, inwieweit die Entscheidung des Kostenfestsetzungsbeschlusses über die einzelnen Posten der Kostenrechnung der Rechtskraft fähig ist und einer neuen Forderung entgegensteht, so vermag der Senat, indem er von den zutreffenden Erwägungen des Beschl. der VerZivSen. ausgeht, nicht anzuerkennen, daß die Tragweite der Entscheidung über einen einzelnen Ansatz der Kostenrechnung weiter reiche als die Forderung, die die Partei damit geltend gemacht hatte. Demnach werden Abstriche, die an dem einzelnen Posten der Kostenrechnung gemacht sind, in der Regel bindend sein und mit Rechtskraftwirkung auch für die Zukunft bleiben, Nachforderungen dagegen hinsichtlich neuer Rechnungsposten im allgemeinen immer, und für alte Posten dann statthaft sein, wenn diese unbeanstandet festgesetzt worden sind und kein Anhalt dafür vorliegt, daß das Gericht damit zugleich eine Nachprüfung in der Richtung, ob der berechnete der Höchstbetrag oder etwa noch eine höhere Berechnung dieses Ansatzes möglich sei, vornehmen und dies verneinen wollte“ (vgl. auch RG.: ZW. 1934, 496). Jonas („Komm. zur ZPO.“, 15. Aufl., § 103 Num. II, 4) führt aus: „Eine wiederholte Festsetzung auf Grund desselben Titels ist statthaft, soweit nicht die Rechtskraft des früheren Beschlusses entgegensteht. Diese aber bezieht sich arg. § 322 nur auf die geforderten Beträge, hindert also eine Nachforderung auch bezüglich desselben Postens nicht.“ Abweichend hat sich das Pr. OVG. — der 3. Sen., nicht der 4. Sen., von dem der oben abgedruckte Beschl. stammt, — in seiner Entsch. vom 6. April 1933 geäußert. Diese Entsch. ist, wie im hier besprochenen Beschl. angegeben, im VerwArch. 31, 285 veröffentlicht. Ihr lag folgender Fall zugrunde: Der Rechtsanwalt hatte in seinem ersten Festsetzungsgesuch nur die Gebührensätze erster Instanz liquidiert, obwohl ihm die um $\frac{2}{10}$ höheren Gebühren der VerZinst. zustanden. Er verlangte später den Differenzbetrag, der sich auf über 2000 RM belief, in einem zweiten Kostenfestsetzungsgesuch nach, wurde hiermit jedoch in allen Instanzen abgewiesen. Die höchst anfechtbare Begründung dieser Entsch. des OVG. lautet: „Es war . . . zu prüfen, ob und inwieweit eine wiederholte Kostenfestsetzung im Verwaltungsstreitverfahren anhängig ist. Nach allgemeiner Auffassung — es folgen zahlreiche Nachweisungen aus Abpr. und Schrifttum — ist sowohl der auf Grund des § 104 ZPO. als auch der gemäß § 108 Abs. 2 ZPO. erlassene Kostenfestsetzungsbeschl. der materiellen Rechtskraft fähig. Gegenstand der Entscheidung über das Kostenfestsetzungsgesuch ist aber nicht der Gesamtanspruch einer Partei auf die gesamte Kostenmenge, für welche die einzelnen Posten nur die Grundlage bilden, sondern die Erstattungsfähigkeit der einzelnen im Festsetzungsgesuch enthaltenen Posten, so daß im ersten Kostenfestsetzungsgesuch übergangene oder vergessene oder erst später entstandene Auslagen nachliquidiert werden können, und zwar auch dann, wenn eine Nachliquidation von vornherein hätte vermieden werden können. Hiervon verschieden ist jedoch die zur Entscheidung stehende Frage, ob eine Nachforderung auch bezüglich eines Postens erfolgen kann, der bereits in den ersten Kostenfestsetzungsbeschl. aufgenommen worden ist. Unbestritten ist in dieser Hinsicht nur so viel, daß infolge der Rechtskraftwirkung des ersten Beschlusses die Festsetzung vom erstattungspflichtigen und die Abhebung vom erstattungsberechtigten Teil nicht mehr angegriffen werden kann. Dagegen herrscht keine Einigkeit darüber, ob die Rechtskraft einer neuen Forderung bezüglich desselben Rechnungspostens entgegensteht oder nicht. So liegt es aber hier. Der vom Beschw. zunächst geforderte Gebührenbetrag ist antragsgemäß ohne Abstriche festgesetzt und darauf erst die Nachforderung erhoben worden, bei der es sich um denselben Auslagenposten handelt, nämlich die Gebühren des von der obsiegenden Partei mit der Wahnehmung der mündlichen Verhandlung betrauten Rechtsanwalts. . . . Ob von der Rechtskraft der einzelne Posten in seinem vollen Bestande oder nur hinsichtlich des angemeldeten Betrags ergriffen wird, hängt davon ab, ob Gegenstand der Festsetzung der Gesamtposten seinem ganzen möglichen Umfange nach oder nur der gerade geforderte Betrag ist. Denn je nach-

dem steht der erhobenen Nachforderung entgegen oder nicht, daß es sich um eadem res handelt. Die Erstattungsanmeldung der Gebührenforderung des bevollmächtigten Rechtsanwalts erfolgt nun regelmäßig im ganzen und wird als Ganzes anhängig und zum Gegenstand des Kostenfestsetzungsverfahrens gemacht. In gleicher Weise war auch hier das ursprüngliche Festsetzungsbegehren des Beschwz., wenn es auch beziffert war, darauf gerichtet, die höchstzulässige Gebühr in einem Betrage zum Ansatz zu bringen. . . . Dann aber ist klar, daß der gesamte Erstattungsanspruch vom Festsetzungsverfahren betroffen werden sollte und betroffen worden ist. Seiner wiederholten Geltendmachung auch unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten steht daher die Rechtskraft des ergangenen Kostenfestsetzungsbeschlusses entgegen. Eine Nachforderung über den damals festgesetzten Betrag hinaus ist sonach ausgeschlossen" (OBG.: GewArch. 31, 285 ff., 288/89). Dieser Entsch. muß widerprochen werden. Sie verkennet, daß ein Kostenansatz objektiv gewertet werden muß und nicht deshalb ein Nachliquidat für die im Kostenaufsatz textlich bezeichnete Auslage ausschließt, weil der zu dem Text der einzelnen Position ausgeworfene Betrag nach der subjektiven Ansicht des Erstattungsberechtigten das Ausmaß dessen, was zu verlangen war, erschöpfen sollte. Objektiver Inhalt des Erstattungsverlangens ist der im Kostenansatz unter Angabe einer textlichen Erläuterung ausgeworfene Betrag; warum der Betrag so und nicht anders beziffert worden ist, ist eine für die gegenständliche Reichweite des Erstattungsverlangens unbeachtliche Frage des Motivs. Würde, was allerdings der Regel entspricht, die Bemessung des Betrages nach dem angenommenen Höchstmaß an berechtigter Forderung vorgenommen und stellt sich diese Annahme nachher als unrichtig heraus, so liegt ein Irrtum im Motiv vor, der völlig außerhalb des objektiven Inhalts des Erstattungsverlangens liegt. Mit einem Kostenfestsetzungsgeheuch verlangt der Rechtsanwalt nicht die „höchstzulässige Gebühr“, sondern einen mit einer bestimmten Gebührenbezeichnung versehenen Betrag, von dem der Anwalt allerdings in aller Regel annimmt (Beweggrund!), daß er den Umfang seines berechtigten Verlangens auch ziffernmäßig erschöpfe. Das im Text der einzelnen Position der Art der Auslage nach begründete Erstattungsbegehren wird nicht für die bezeichnete Auslagenart schlechtthin, sondern nur im Umfang des eingesehten Betrages zum Gegenstand des Kostenfestsetzungsverfahrens. Das OBG. sagt übrigens in § 108 Abs. 2 zutreffenderweise, daß „die von der obliegenden Partei zur Erstattung liquidierten Auslagen“, also nicht einfach die erstattungsfähigen Auslagen, festgesetzt werden. Gegenstand des Kostenfestsetzungsverfahrens ist also nur das effektive Liquidat. Was die obliegende Partei nicht liquidiert, wird nicht nur in dem Sinne nicht zum Gegenstand des Festsetzungsverfahrens, daß es ihr nicht zugesprochen, sondern auch in dem anderen Sinne, daß es ihr nicht abgesprochen werden darf. Die Rechtsauffassung des Urt. des PrOBG. v. 6. April 1933 läuft aber darauf hinaus, daß der erstattungsberechtigten Partei, obwohl ihr vom Gericht niemals mehr zugewilligt wird, als sie verlangt, durch den Kostenfestsetzungsbeschluss jede Mehrforderung aus einer ihrer Art nach im Festsetzungsgeheuch enthaltenen Position für alle Zukunft abgesprochen wird. Diese einseitig zum Nachteil der erstattungsberechtigten Partei ausschlagende Handhabung der Kostenfestsetzung kann keinesfalls als gesetzmäßig anerkannt werden. Wenn in dem oben abgedruckten Beschluss bezüglich der hier erörterten Entsch. v. 6. April 1933 gesagt wird, ihr habe ein Fall zugrunde gelegen, „in dem bereits der erste Kostenfestsetzungsbeschluss den gesamten Anspruch zum Gegenstand gehabt hatte“, so gibt diese unzutreffende Behauptung in Wahrheit erst das thema probandum an. Es wird gerade bestritten, daß in jenem Fall der erste Kostenfestsetzungsbeschluss „den gesamten Anspruch“ zum Gegenstand gehabt hat!

Im übrigen ist zu begründen, daß die oben abgedruckte Entsch. in dem ihr selbst zugrunde liegenden Fall eine durchaus zutreffende Lösung gefunden hat.

RA. Reuß, Berlin.

*

36. § 112 BVerwG. An die persönliche Sorgfaltspflicht in Prozeßangelegenheiten dürfen keine Anforderungen gestellt werden, die über das sonst im Geschäftsverkehr übliche Maß wesentlich hinausgehen. Das gilt auch für den Rechtsanwalt als Prozeßbevollmächtigten. †)

Durch Bfz. v. 29. Dez. 1934 forderte der bekl. Oberbürgermeister die Kl. auf, den Bürgerfreitag vor ihrem Hause F.-Str. 24 in näher bezeichneter Weise in stand zu setzen. Ihren Einspruch wies er durch Beschl. v. 4. Febr. 1935 zurück. Der Beschl. wurde dem Bevollmächtigten der Kl., Prof. Dr. R., am 8. Febr. 1935 zugestellt.

Unter dem 3. April 1935 (eingegangen am 6. April 1935) reichte der Prozeßbevollmächtigte der Kl., RA. Dr. R., bei dem BezVerwGer. in Berlin eine Klage im Verwaltungsstreitverfahren gegen diesen Beschl. ein und beantragte gleichzeitig Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Er erklärte: Unmittelbar nach der Zustellung des Einspruchsbeschlusses habe er die vorliegende Sache von dem Prof. R. übergeben erhalten. Sie sei jedoch in seinem Büro fehlerhaft behandelt worden. Er habe eine Rückfrage an den Prof. R. und die Vorlage der Angelegenheit an seinen Hilfsarbeiter, den RA. Dr. A., verfügt. Inzwischen habe Prof. R. eine ähnlich lautende Bfz. des Oberbürgermeisters bet. das Grundstück F.-Str. 25 (v. 6. Febr. 1935, zugestellt am 10. Febr. 1935) übersandt. Diese beiden Sachen seien dem RA. Dr. A. zusammen in der Form vorgelegt worden, daß nur die polizeiliche Verfügung in die Akten eingeklebt, der Einspruchsbeschl. jedoch, entgegen der Übung und den gegebenen Anordnungen, in eine Hülle unter dem Aktendeckel gesteckt worden sei. Infolgedessen habe Dr. A. zwar den Einspruch gegen die polizeiliche Verfügung rechtzeitig eingelegt, dabei aber übersehen, daß in der zweiten Sache noch eine Klage einzureichen sei. Erst bei einer Rücksprache mit dem Sachbearbeiter des Bfz. am 2. April 1935 sei das Versehen entdeckt worden. Es handle sich um einen Fehler seines Büros, der als unabwendbar i. S. des § 112 OBG. angesehen werden müsse. Eine eidesstattliche Versicherung des RA. Dr. A., in der die vorstehende Darstellung bestätigt wird, befindet sich bei den Akten.

Das BezVerwGer. in B. lehnte durch Urt. v. 7. Jan. 1936 den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ab und erkannte auf Klageabweisung. Es führte aus: Der Prozeßbevollmächtigte der Kl. habe von der Zustellung des Bescheides unbestrittenermaßen alsbald Kenntnis gehabt und es habe ihm zur Einlegung der Klage die gesamte zweimöchige Klagefrist zur Verfügung gestanden. Ein Fall der in § 112 Satz 2 OBG. behandelten Art liege also nicht vor. Ebenso wenig sei es für den Prozeßbevollmächtigten unabwendbar gewesen, daß es zur fristgemäßen Einlegung der Klage infolge des Versehens in seinem Büro bzw. bei seinem Hilfsarbeiter nicht gekommen sei. Büroversehen rechtfertigten nicht ohne weiteres eine Wiedereinsetzung; die Mspr. befage lediglich, daß nicht jedes Büroversehen schon als Verschulden des Anwalts gelten müsse, sondern daß Fälle vorkommen könnten, wo der letztere ungeachtet aller Sorgfalt durch fehlerhaftes Verhalten des Büropersonals in Unkenntnis und Unmöglichkeit, die Rechtsmittelfrist zu wahren, gehalten werde, wie namentlich bei dem Sachverhalt des § 112 Satz 2. Unbedingte Voraussetzung für die Wiedereinsetzung sei aber, daß der Zufall wirklich für den Kl. oder den Bevollmächtigten auch bei Aufgebot aller Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt nicht zu vermeiden, also schlechtthin „unabwendbar“, gewesen sei. Daraus fehle es hier. Der Prozeßbevollmächtigte habe die Pflicht und die Verantwortung, für die ordnungsmäßige Wahrnehmung der Interessen und Rechte seiner Partei und für das, was er in dieser Beziehung übernommen habe, einzustehen, gleichgültig, ob er eine Fristsache persönlich bearbeite oder einer von ihm beschickten Hilfskraft übertrage. Er könne und müsse die Zuneigung der Fristen von sich aus kontrollieren. Unterlasse er diese Kontrolle, so treffe ihn ein Veräumnis nicht unverschuldet. Mindestens an dieser Kontrolle habe es hier gefehlt. Sie sei ebenso angebracht wie möglich gewesen und sie würde die Veräumnis abgewendet haben.

Die Rev. der Kl. ist begründet.

Allerdings hat das OBG. wiederholt ausgesprochen, daß die Einhaltung der Fristen zu denjenigen Obliegenheiten gehört, die der Anwalt persönlich wahrnehmen oder wenigstens wirksam überwachen muß, und daß die Unterlassung dieser Pflicht ein Verschulden darstellt (OBG. 70, 459, 460). Allein das OBG. hat in einer jüngeren Entsch. auch bereits darauf hingewiesen, daß ein Anwalt regelmäßig Termine vor den Gerichten wahrzunehmen hat und daher in der Behandlung seiner Eingänge vielfach auf sein Büropersonal angewiesen ist (R. u. PrVerwBl. 55, 776). Diese Darlegung trägt der Tatsache Rechnung, daß die Arbeitskraft des einzelnen in der heutigen Zeit im Durchschnitt erheblich stärker in Anspruch genommen wird als früher und daß dementsprechend auch an die persönliche Sorgfaltspflicht in Prozeßangelegenheiten keine Anforderungen gestellt werden dürfen, die über das sonst im Geschäftsverkehr übliche Maß wesentlich hinausgehen. Dies gilt in gleicher Weise für den einzelnen Volksgenossen in seiner Eigenschaft als Prozeßpartei wie für den Anwalt als Prozeßvertreter, dessen Verschulden die Partei nach der Mspr. des OBG. wie ihr eigenes gegen sich gelten lassen muß. Es kann daher nicht vorausgesetzt werden, daß der Anwalt die Wahrung der Fristen in jedem einzelnen Falle persönlich überwacht — das würde

nur durch die Führung eines eigenen Fristkalenders möglich sein —, sondern nur, daß er bei der Auswahl und Überwachung der mit dieser Aufgabe betrauten Bürokräfte mit genügender Sorgfalt zu Werke geht. Da diese Voraussetzungen erfüllt waren, hat das OVG. in der zuletzt erwähnten Entsch. das verheerliche Vorgehen eines Einganges in ein falsches, nicht mehr in Gebrauch befindliches Aktenstück dem Anwalt nicht als Verschulden angerechnet.

Auch im vorl. Falle ist nicht ersichtlich, daß die mit der Prozeßvertretung beauftragten Rechtsanwälte es bei der Auswahl ihrer Hilfskräfte oder bei der Regelung und Überwachung ihres Bürobetriebs an der nötigen Sorgfalt hätten fehlen lassen. Daß in einer Anwaltsgemeinschaft die Bearbeitung einer Sache einem anderen Mitgliede der Gemeinschaft oder einem als Hilfsarbeiter tätigen anderen Anwalt zur verantwortlichen Bearbeitung übertragen und daß zwischen den Eingang der Schriftstücke und die Vorlegung zur Bearbeitung eine registraturmäßige Tätigkeit des Büros eingeschaltet ist, kann nicht als unzulässig angesehen werden. Ein derartiges Verfahren ist vielmehr in Anwaltsgemeinschaften unentbehrlich; es ähnelt der bei Behörden üblichen Geschäftsordnung.

Nach der vorgelegten eidesstattlichen Versicherung hat das Büro den Einspruchsbescheid wegen des Hauses F.-Str. 24 dem mit der Bearbeitung beauftragten RA. Dr. N. nicht als selbständige Klagesache vorgelegt, sondern mit der kurz darauf eingegangenen polizeilichen Verfügung wegen des Hauses F.-Str. 25 zusammen in einem Aktenstück vereinigt. In diesem war nur die polizeiliche Verfügung für F.-Str. 25 als Hauptsache eingeschaltet, der Einspruchsbescheid für F.-Str. 24 aber in einer Hülle unter dem Aktendeckel verwahrt, also wie eine unwichtige Anlage jener polizeilichen Verfügung behandelt. Unter diesen Umständen war der Einspruchsbescheid in der fast völlig gleichliegenden Sache F.-Str. 24 nur bei einer genaueren, über das gewöhnliche Maß des Aktenstudiums hinausgehenden Untersuchung als selbständig zu bearbeitende Angelegenheit erkennbar. Die Fristveräumnis ist daher auf ein Zusammentreffen ungewöhnlicher Umstände, aber nicht auf ein Verschulden der Anwälte zurückzuführen.

Das Urteil des BezVerwGer., welches diese Rechtslage erkannt hat, beruhte hiernach auf einem Rechtsirrtum, der zur freien Beurteilung des Sachverhalts durch das RG. führte. Dabei war den Kl. die beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zuzubilligen und die Streitfrage so zu behandeln, als wenn die Klagefrist gewahrt worden wäre.

(OVG. v. 7. Jan. 1937, IV C 41/36.)

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen. Sie beruht auf der richtigen Erkenntnis, daß die Beantwortung der Frage, ob ein bestimmtes Ereignis ein „unabwendbarer“ (§ 233 ZPO.) oder — wie es in § 112 OVG. heißt — ein „unabweisbarer Zufall“ ist, weniger eine Handhabung des logischen Denkens als vielmehr den Vollzug eines Werturteils darstellt. Der Begriff des „unabweisbaren“ oder „unabweisbaren Zufalls“ ist nicht im naturwissenschaftlich-mathematischen Sinne, sondern als Wertbegriff aufzufassen. Das Verhalten, welches zur Veräumnis der Frist geführt hat, wird nicht an der Logik, sondern an einem normativen Soll, am Postulat der zuzumutenden Sorgfalt gemessen und entweder als entschuldbar oder als unentschuldbar bewertet. Als Maßstab der Zumutbarkeit gilt die praktische Vernunft. Diese gebietet, dem Wechsel der sozialen Verhältnisse Rechnung zu tragen und das Maß der berechtigten Anforderungen dem örtlichen, sozialen und zeitlichen Standort anzupassen. Mit Recht geht die Entsch. somit davon aus, „daß die Arbeitskraft des einzelnen in der heutigen Zeit im Durchschnitt erheblich stärker in Anspruch genommen wird als früher und daß dementsprechend auch an die persönliche (!) Sorgfaltspflicht in Prozeßangelegenheiten keine Anforderungen gestellt werden dürfen, die über das sonst im Geschäftsverkehr übliche Maß wesentlich hinausgehen“. Dabei bleibt selbstverständlich zu beachten, daß auch „das sonst im Geschäftsverkehr übliche Maß an Sorgfalt“ — je nach der Wichtigkeit der einzelnen Sache — unterschiedlich groß ist und jedenfalls hinsichtlich entscheidender Fristen ausreichend genug zu sein pflegt, um keine Nachlässigkeitschäden fernzuhalten. Die Entsch. milbert ja, wie man bei aufmerksamem Studium sieht, nicht die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht schlechthin, sondern nur diejenigen an die persönliche Sorgfalt. Sie trägt damit der Tatsache Rechnung, daß wir unser modernes Leben nicht nach Robinson-Parolen gestalten, sondern nur mit Hilfe einer zweckmäßigen Organisation und Arbeitsteilung meistern können. Diese Einsicht verbindet sich für den Verständigen mit der Erkenntnis, daß die zufälligen Gefahren und Fehlerquellen der Einschaltung eines organisatorischen Apparates als Spesen, die wir für den Fortschritt an das

Schicksal zahlen, in Kauf genommen werden müssen und somit nicht als persönliches Verschulden des „Herrn“ der Organisation gewertet werden dürfen, sofern diesen nicht in dem ihm arbeitsmäßig vorbehaltenen Bereich ein eigenes Verschulden trifft. Das ist der eigentliche Sinn der oben abgedruckten Entsch., die der unvermeidlichen „Rationalisierung“ der neuzeitlichen Arbeitsweise — auch in Anwaltsbüros — erfreulich Rechnung trägt.

In ihrem Ergebnis zeigt die Entsch., wie sich aus dieser Betrachtung ergibt, ein begreifenswertes Verständnis für die Voraussetzungen der eigentlichen geistig-schöpferischen Arbeit des Anwalts. Würde die Rspr. den Anwalt durch kleinliche Auslegung des Begriffs „unabweisbarer Zufall“ nötigen, sich selbst in einzelnen in den Ablauf seines Bürobetriebs einzuschalten, statt ihn auf die Pflicht zur Wahrung des „strategischen Überblicks“ zu beschränken, so bliebe in vielen Fällen dem Anwalt für eine wirklich würdevolle geistige Arbeit kein Raum. Deswegen aber bedarf der Anwalt ebenso wie der Richter, um als echter Wahrer des Rechts ein wertvolles Organ der Rechtspflege zu sein.

Im übrigen verweise ich zur Frage des Büroverschulden als Wiedereinsetzungsgrund auf den Aufsatz von Friedrichs: JW. 1930, 103 ff. sowie die Entscheidungen des RG.: RGZ. 43, 411 — für die Frage des „unabweisbaren Zufalls“ im allgemeinen — und vor allem auf RG.: JW. 1930, 130/31; RG.: JW. 1937, 229; RG.: JW. 1937, 540/41; OVG.: JW. 1930, 215/16; OVG.: JW. 1934, 2286; OVG.: RVerwBl. 1934, 776 und BadOVG.: JW. 1934, 2591.

Es ist bemerkenswert, daß die Rspr. in zunehmendem Maße gegen eine rein doktrinaire Auslegung des Begriffs „unabweisbarer Zufall“ Stellung nimmt. Es genügt durchaus, „daß der Rechtsanwalt das nach Lage des Falles vernünftigerweise zu vertretende“, aber in diesem Rahmen immerhin „größtmögliche Maß an Vorsicht und Sorgfalt betätigt hat“ (RG.: JW. 1937, 230); der Anwalt darf es „an der ihm nach den Umständen verständigerweise zuzumutenden Sorgfalt“ nicht fehlen lassen (RG.: JW. 1937, 541). In einen glatten Widerspruch zu den Erfordernissen der oben erwähnten „praktischen Vernunft“ tritt durch „eine untragbare Überspannung der Sorgfaltspflicht des Anwalts“ (so mit Recht Flottrung: JW. 1937, 840) die Entsch. des OVG. Ellwangen: JW. 1937, 839/40. — Es ist für den realistischen Blick unserer Zeit bezeichnend, worauf zutreffend Carl, „Straßenverkehrs- und Verkehrshaftpflichtrecht“, 1937, Vorbemerkung S. 3, hinweist, daß auch auf anderen Rechtsgebieten, z. B. dem Verkehrsrecht, die Anforderungen an die „Unabweisbarkeit“ eines Ereignisses zunehmend gemildert werden („Die Anforderungen an die Unabweisbarkeit eines Ereignisses dürfen nicht überspannt werden“, d. S. 49).

Da sowohl die ZPO. (§ 234 Abs. 3) wie auch das OVG. (§ 112) für den Antrag auf Wiedereinsetzung eine äußerste Frist von einem Jahre — vom Ende der veräumnten Frist an gerechnet — festlegen, sind auch die gelegentlich gegen die Rspr. vorgebrachten Bedenken aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit nicht allzu schwerwiegend.

RA. Reuß, Berlin.

37. §§ 59 Abs. 1, 40 PolVerwG. Rechtsbehelf gegen eine gebührenpflichtige polizeiliche Verwarnung ist lediglich die Dienstaufsichtsbeschwerde.

In der B.-Straße zu N. liegt seitlich neben dem Fahrdamm zunächst ein Radfahrweg und sodann der Bürgersteig. Ungefähr auf der Grenze zwischen diesen beiden befindet sich eine Tankstelle. Am 18. Nov. 1935 besuhr der Kl. auf seinem Fahrrad den Radfahrweg. An der Tankstelle tankte ein Kraftwagen. Durch den Verbindungsschlauch war der Radfahrweg gesperrt. Der Kl. mußte daher den Radfahrweg verlassen und umfuhr den Kraftwagen auf dem Fahrdamm. Da nach seiner Angabe der Bordstein bei der nächsten Auffahrt vom Fahrdamm auf den Radfahrweg etwa 7 cm hoch, scharfkantig und daher unbefahrbar war und die beiden anderen bis zur nächsten Straßentrennung vorhandenen Auffahrten ebenfalls nicht befahrbar waren, blieb der Kl. bis dahin auf dem Fahrdamm und erhielt deswegen von einem dort stehenden Polizeibeamten eine gebührenpflichtige Verwarnung.

Nach vergeblicher Beschwerde beim Landrat erhob er Klage im Verwaltungsverfahren. Das BezVerwGer. wies die Klage als unzulässig ab.

Die Rev. des Kl. hatte keinen Erfolg.

Das BezVerwGer. ist mit Recht davon ausgegangen, daß die Klage im vorliegenden Falle nicht gegeben ist. Die Klage im Verwaltungsstreitverfahren ist lediglich in denjenigen Fällen zulässig, in denen dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist. Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor. Es handelt sich um eine polizeiliche Verwarnung gemäß § 59 Abs. 1 Satz 4 PolVerwG. Eine solche Verwarnung enthält kein Verbot, kein Gebot und keine Verfügung einer polizeilichen Erlaubnis (§ 40 PolVerwG.) und ist daher keine polizeiliche Verfügung im Rechtsinne. Sie ist vielmehr lediglich eine Kundgebung der Polizeibehörde, daß sie im Wiederholungsfalle entweder mit einer Strafverfügung oder mit einer polizeilichen Verfügung und den polizeilichen Zwangsmitteln vorgehen werde (Drews, Preussisches Polizeirecht, Bd. 1, 5. Aufl., S. 129). Wegen einer Verwarnung ist daher nicht die nur gegen polizeiliche Verfügungen im engeren Sinne (§ 40 PolVerwG.) zulässige förmliche Beschwerde mit anschließendem Verwaltungsstreitverfahren gegeben, sondern lediglich die formlose Aufsichtsbeschwerde.

Für den Verwaltungsakt der Verwarnung ist im vorliegenden Fall eine Verwaltungsgebühr erhoben worden. Nach § 11 VerwGebD. v. 30. Dez. 1926 ist auch hiergegen lediglich die Dienstaufsichtsbeschwerde zulässig und kein sonstiger Rechtsbehelf.

(PrDVG., Urf. v. 29. April 1937, IV C 50/37.)

*

38. § 56 Abs. 5 und 7 ZuständigkeitsG.; §§ 79, 61 ff., 68 Abs. 3 Kreisordnung für die Provinz Westfalen v. 31. Juli 1886; Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 Gef. über die Übertragung der Zuständigkeiten v. 17. Juli 1933. Wegebaulast; Brückenbaulast; Rampenbaulast. Rückwirkende Kraft von Beschlüssen der Kreisaußschüsse.

Hat statt des nach der Kreisordnung zuständigen Kreistages nur der Kreisaußschuß die Übernahme einer Belastung auf den Kreis beschlossen und beschließt neuerdings der für derartige Beschlüsse nach der neueren Gesetzgebung zuständig gewordene Kreisaußschuß unter Bestätigung des alten Beschlusses, diese Belastung mit rückwirkender Kraft zu übernehmen, so ist dieser Beschluß jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn er lediglich den anders nicht zu beseitigenden Formfehler heilen will und der Kreis in der Zwischenzeit tatsächlich die Last getragen hat.

Wird eine Brücke über einen öffentlichen Kanal gehoben, so ist, auch wenn dies aus Gründen der Schifffahrt geschieht, zur entsprechenden Hebung der Rampen nicht der Brückenbaupflichtige, sondern der Träger der Wegebaulast für die anschließenden Wege verpflichtet.

Über den Dortmund-Ems-Kanal führt im Zuge der Straße N.-D. eine Brücke. Infolge ihrer niedrigen Lage über dem Wasserspiegel hat sie, wie der Kl. — das Deutsche Reich — ausgeführt hat, wiederholt erhebliche Störungen und Gefährdungen der Schifffahrt verursacht. Sie wurde daher im strom- und schifffahrtspolizeilichen Interesse vom Deutschen Reich (Reichswasserstraßenverwaltung) als Eigentümer des Wasserlaufs und der Brücke um 30 cm höher gesetzt. Der Oberpräsident der Provinz Westfalen als Vertreter der Reichswasserstraßenverwaltung forderte gleichzeitig den Kreis S., in dem die Brücke liegt, als angeblich Unterhaltungspflichtigen der beiderseits anschließenden Straßenteile auf, die anschließenden Wegebaulasten ebenfalls um 30 cm zu heben.

Der Kreis weigerte sich mit der Begründung, daß die Hebung der Brücke nicht im Interesse des über die Brücke führenden Landverkehrs, sondern lediglich im Interesse der Schifffahrt erforderlich sei. Der Kl. führte daher im Frühjahr 1933 diese Leistungen unter Aufwendung eines Kostenbetrages von 291,10 RM selbst aus und behielt sich die Einleitung eines gerichtlichen oder verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zur Klarstellung der Verpflichtung vor.

Demnachst erhob er Klage im Verwaltungsstreitverfahren

und beantragte gemäß § 56 Abs. 5 (ZustG.), festzustellen, daß zu der dem Befl. an der Kreisstraße N.-D. obliegenden Wegeunterhaltungslast auch die Verpflichtung gehöre, gleichzeitig mit einer durch den Kl. erfolgenden Höherlegung der erwähnten Brücke die anschließenden Rampen zu heben.

Der Kreisaußschuß in M. wies die Kl. ab. In den Gründen wurde u. a. folgendes ausgeführt:

Bezüglich der Pflicht zum Bau und zur Unterhaltung von Wegebaulasten, die den Anschluß zu einer Brücke bilden, solle nach einem Aufsatze im RVerwBl. 54, 968 gewohnheitsrechtlich zwar im allgemeinen der Grundsatz anerkannt sein, daß die Brückenbaupflicht die Rampenbaupflicht nicht mitumfasse. Vielmehr solle der Wegebau- und -unterhaltungspflichtige gehalten sein, bei Verlegung und Erhöhung einer Brücke seine Wege mit entsprechenden Rampen an die betreffende Brücke heranzuführen, ohne eine Entschädigung für die Mehrbelastung verlangen zu können. Die bisher veröffentlichte Rspr. des OVG. erstreckte sich aber nur auf Fälle, in denen Mehranforderungen aus Anlaß eines vermehrten oder veränderten Straßenverkehrs von Seiten des Wegeunterhaltungspflichtigen an den Brückenbaupflichtigen heranzutragen seien. Im vorliegenden Rechtsstreit liege es jedoch anders, hier bestehe eine im Schifffahrtsinteresse notwendig gewesene Veränderung der Brückenlage die Anpassung auch der anschließenden Rampen an die neue Lage der Brücke, und jedes eigene Interesse des Straßenverkehrs an den Veränderungen fehle.

Auf einen solchen Fall scheine sich die Entsch. des OVG. Bd. 94 S. 148 zu beziehen. Nach dieser trete bei Wegeunterhaltungspflichtigen, die ein Unternehmer aus Anlaß seines Unternehmens öffentlich-rechtlich übernimmt, dieser dauernd in den Kreis der Wegeunterhaltungspflichtigen ein und habe, wie jeder andere Wegeunterhaltungspflichtige, alles zu leisten, was erforderlich und zweckmäßig sei, damit den jeweils gegebenen Bedürfnissen des öffentlichen Verkehrs Genüge geschehe. Dies ergebe sich u. a. aus der Erwägung, daß die erschwerenden Wirkungen des Unternehmens andauern und es an jedem Anlaß fehle, etwa nach einer bestimmten Zeit einen anderen mit diesen erschwerenden, namentlich bei Brücken kostspieligen Wirkungen zu belasten.

Der Kreisaußschuß habe den Sinn dieser Entsch. auf den vorliegenden Streitfall angewandt und nehme danach an, daß der Kl. als Unternehmer des Dortmund-Ems-Kanals und der im Zuge der Kreisstraße angelegten Kanalbrücke insoweit, als dieses Unternehmen verändernde Wirkungen auf die Unterhaltungspflicht in der Kreisstraße nach sich ziehe, dauernd in den Kreis der Straßenbau- und -unterhaltungspflichtigen eingetreten sei. Er sei darum im vorliegenden Falle auch allein zur Tragung der Kosten für die der neuen Brückenhöhe entsprechende Rampenerhöhung verpflichtet.

Die Rev. des Kl. hatte Erfolg.

Infolge von Rückfragen des Senats ergab sich, daß der Kreisaußschuß des Kreises S. am 8. Febr. 1907 beschlossen hatte, die ursprünglich der Gemeinde N. obliegende Unterhaltungspflicht der hier in Betracht kommenden Straße N.-D. auf den Kreis zu übernehmen. Vom Senat auf die einem solchen Beschluß entgegenstehenden §§ 79 und 61 ff. sowie § 68 Abs. 3 der KreisD. für die Provinz Westfalen vom 31. Juli 1886 hingewiesen, erwirkte der Kl. einen Beschluß des Kreisaußschusses v. 28. April 1936, wonach der Kreis die Wegeunterhaltungspflicht für die Straße N.-D. rückwirkend vom 1. April 1907 ab übernahm und den am 8. Febr. 1907 von dem damals unzuständigen Kreisaußschuß gefaßten Beschluß hinsichtlich der Wegeunterhaltungspflicht des Kreises in vollem Umfange bestätigte. Dieser neue Beschluß fand aus Anlaß einer weiteren Rückfrage des Senats am 31. Okt. 1936 die Genehmigung des Regierungspräsidenten.

Nach § 56 Abs. 5 ZustG. unterliegen Streitigkeiten der Beteiligten darüber, wem von ihnen die öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Anlegung oder Unterhaltung eines öffentlichen Weges obliegt, der Entscheidung im Verwaltungsstreit-

verfahren. Um eine solche Streitigkeit handelt es sich hier. Da ein Kreis kommunalverband beteiligt ist, so war nach Abs. 7 in erster Instanz der Bezirksausschuß zuständig.

Der Kreisausschuß des Kreises S., der am 8. Febr. 1907 die Übernahme der Wegeunterhaltungspflicht für die Straße R.-D. von der Gemeinde R. auf den Kreis beschloß, hatte, war für einen derartigen Beschluß nach der damaligen Gesetzgebung nicht zuständig. Nach den oben angeführten Bestimmungen der KreisD. war hierzu vielmehr nur der Kreistag zuständig und auch dieser nur mit verstärkter Mehrheit. Nach der neueren Gesetzgebung (Gesetz über die Übertragung der Zuständigkeiten v. 17. Juli 1933 Art. I § 1 Abs. 1 Satz 1) ist für derartige Beschlüsse an Stelle des Kreistages nunmehr der Kreisausschuß zuständig. Wenn demgemäß auf Grund dieser Bestimmung jetzt der Kreisausschuß den oben erwähnten Beschl. v. 28. April 1936 gefaßt hat, so hat der Senat in Übereinstimmung mit dem Kl. und dem Vekl. einen derartigen Beschluß für zulässig und rechtswirksam erachtet. Denn der für solche Beschlüsse jetzt zuständige Kreisausschuß hat unter Genehmigung des Regierungspräsidenten nunmehr den Beschluß mit rückwirkender Kraft gefaßt, und zwar in der ausgesprochenen Absicht, hierdurch einen lediglich formellen Fehler zu heilen, der auf andere Weise nicht zu beseitigen war; materiell hat der Kreis seit dem Beschluß des Kreisausschusses von 1907 den darin ausgesprochenen Gedanken zur Tat werden lassen und seitdem, also annähernd 30 Jahre lang, die Wegestrecke auf seine Kosten unterhalten.

Hiernach und nach dem Aktieninhalt war davon auszugehen, daß es sich um eine Brücke im Zuge eines öffentlichen Weges handelt, für den der Kreis S. bau- und unterhaltungspflichtig ist, sowie daß der Weg schon vor Erbauung des ihn schneidenden Kanals vorhanden war und daß die Höherlegung der Brücke nicht im Interesse des Verkehrs auf dem Wege, sondern lediglich im strom- und schiffahrtspolizeilichen Interesse erforderlich geworden ist.

Die Brücke ist unbestritten von einem anderen als dem für die anschließenden Wege Pflichtigen zu unterhalten, nämlich vom Deutschen Reich; die Brücke ist also eine sogenannte eigene Kommunikationsanstalt. Bei solchen Brücken sind nach der ständigen Rspr. des OBG. die zur Brücke führenden Zufahrtswege und Rampen Bestandteile der Wege und nicht der Brücke. Ihre Herstellung und Unterhaltung liegt daher dem Wege- und nicht dem Brückenunterhaltungspflichtigen ob, sofern nicht Abweichendes besonders festgesetzt ist oder sich eine abweichende Observanz gebildet hat (OBG. 42, 207). Dafür, daß die eine oder die andere dieser beiden Ausnahmen hier vorliegt, ergibt weder das Vorbringen der Parteien noch der Aktieninhalt einen Anhalt. Das OBG. hat in Fällen der hier vorliegenden Art mehrfach anerkannt, daß Veränderungen der Brücke eine Vermehrung der Wegebaulast des Wegebaupflichtigen herbeiführen können; denn im Falle der Aufhöhung der Brücke muß der Wegebaupflichtige auch den angrenzenden Weg aufhöhen, und die Verlegung der Brücke an eine andere Stelle kann unter Umständen erhebliche Aufwendungen des Wegebaupflichtigen für die Herstellung neuer Zufahrtswege und Rampen bedingen (OBG. 40, 276; 73, 357). Ebenso ist aber auch umgekehrt im Falle der im öffentlichen Interesse erfolgenden Aufhöhung des Weges der Brückenbaupflichtige zur Veränderung der Brücke gezwungen (OBG. 33, 268).

In allen derartigen Fällen ist es nicht von entscheidender Bedeutung, aus welcher Veranlassung die Brückenanlage verändert worden ist; der Wegeunterhaltungspflichtige kann auch nicht den Einwand erheben, daß die Veränderung der Brücke und damit die Veränderung der Rampen lediglich durch dem Wegewesen fremde, z. B. — wie hier — schiffahrtspolizeiliche Interessen veranlaßt und für den öffentlichen Wegeverkehr nicht notwendig sei (OBG. 40, 276; Germerzhaujen-Sendel, „Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen“, 4. Aufl., Bd. 1 S. 39/40). Diese Rspr. geht von dem Grundsatz aus, daß jeder Unterhaltungspflichtige nur seinen eigenen Teil des über die Rampen führenden Weges zu unter-

halten hat, der eine die Rampen, der andere die Brücke. Die Ansicht des Bezirksausschusses, welcher denjenigen der beiden Baupflichtigen, in dessen Interesse die Brücken- und Rampenänderung erfolgt, als Träger der gesamten Umbaufkosten in Anspruch nehmen und dadurch etwaige aus der jetzigen Rspr. sich ergebende Härten für den Wegebaupflichtigen vermeiden will, führt nicht zu dem erstrebten Ziele. Denn nach dieser Ansicht hätte bei einer infolge des Straßenverkehrs, insbesondere des neuzeitlichen Lastkraftwagenverkehrs, erforderlichen Verstärkung und Verbreiterung der Straße der Wegebaupflichtige auch die im Verhältnis zu den Aufwendungen für eine gleich lange Wegestrecke außerordentlich hohen Kosten des entsprechenden Brückenumbaus zu tragen.

Der Senat hat daher keinen Anlaß gesehen, von seiner bisherigen Rspr. abzugehen. Zutreffend ist hiernach der Ausgangspunkt der Vorentscheidung, daß nämlich die Brückenbaupflichtigen nicht die Rampenbaupflichtigen mitumfaßt. Nicht zutreffend ist jedoch die Annahme des Vorderrichters, daß die angeführte Rspr. des OBG. nur für solche Fälle gelte, in denen Mehranforderungen aus Anlaß vermehrten Straßenverkehrs an den Brückenbaupflichtigen herangetragen seien. Auf einem Mißverständnis beruht auch die Auslegung, die er der Entsch. des OBG. 94, 148 ff. gibt. In dem vom Vorderrichter zutreffend wiedergegebenen Wortlaut dieser Entsch. wird S. 153 ausgeführt: „Bei Wegeunterhaltungspflichtigen, die ein Unternehmer aus Anlaß schädigender Wirkungen seines Unternehmens öffentlich-rechtlich übernimmt, tritt er zudem dauernd in den Kreis der Wegeunterhaltungspflichtigen ein und hat wie jeder andere Wegeunterhaltungspflichtige alles zu leisten, was erforderlich und zweckmäßig ist, damit den jeweils gegebenen Bedürfnissen des öffentlichen Verkehrs Genüge geschieht.“ Die Entsch. bezieht sich hiernach nur auf einen solchen Fall, in dem ein Unternehmer durch besonderen Akt die Unterhaltungspflicht übernommen hat. Der hier vorliegende Fall ist aber nicht dieser Art. Überdies betrifft jene Entsch. auch lediglich die Unterhaltungspflicht des Unternehmers an der Brücke selbst; über eine Verpflichtung des Unternehmers zur Unterhaltung der Rampen ist nichts darin enthalten.

Auch der Hinweis des Bezirksausschusses auf die dort angeführte Bestimmung in § 39 RBahnG. ist in einem Falle wie dem vorliegenden nicht zu verwerten. Denn diese Vorschrift enthält ein Sondergesetz für die Verhältnisse der Reichsbahn, das nach allgemeinen Rechtsregeln auf andere Rechtsgebiete nicht angewendet werden darf (OBG. 94, 148, 155).

Da, wie sich aus den vorstehenden Darlegungen ergibt, die angefochtene Entsch. des Bezirksausschusses auf einem Rechtsirrtum beruht, so hatte das OBG. die Sache in freier Beurteilung über die der Rev.Just. sonst gezogenen Schranken hinaus zu prüfen. Dabei ergab es sich, daß aus den erörterten Gründen die Vorentscheidung aufzuheben und der Klage stattzugeben war.

(PrOBG., Urt. v. 7. Jan. 1937, IV C 43/34.)

*

39. Leistungsfähigkeit, Wegebau, Miteigentümer, Bürgersteigerstellung, Observanz.

Werden mehrere Miteigentümer eines Hauses auf Grund einer Observanz zur Herstellung des Bürgersteiges herangezogen, so ist die Leistungsfähigkeit der einzelnen Miteigentümer für jeden gesondert festzustellen.

Die observanzmäßige Pflicht zur Herstellung und Unterhaltung der Bürgersteige in Berlin beschränkt sich auf die erstmalige Herstellung des Bürgersteiges und die regelmäßige durch die Bedürfnisse des Verkehrs auf dem Bürgersteige selbst bedingte Unterhaltung. Sie umfaßt nicht die erforderliche Geländebeschaffung sowie eine etwaige Niveauänderung (Aufschüttung, Senkung) und auch nicht Veränderungen und Instandsetzungen, die nicht durch die Bedürfnisse des Verkehrs auf dem Bürgersteig notwendig werden, sondern z. B. durch den Fahrham-

verkehr oder durch bürgersteigfremde Eingriffe, wie Tieserlegung des Fahrdamms, Einführung von Röhren und Kabeln in den Bürgersteig usw.

Soweit aus derartigen vom Observanzpflichtigen nicht zu vertretenden Gründen eine Neuverlegung der Bürgersteigdecke zu erfolgen hat, entfällt die an sich bestehende Pflicht des Observanzpflichtigen zur Beseitigung etwaiger Versackungen oder sonstiger Unebenheiten der Bürgersteigdecke.

Durch polizeiliche Vfg. v. 6. Febr. 1935 forderte der bekl. Oberbürgermeister die Kl. als observanzmäßige Wegebaupflichtige auf Grund des § 18 Abs. 2 BürgersteigPolVO. vom 4. März 1933 auf, den Bürgersteig vor ihrem Hause F.-Str. 25 in B., der in ganzer Ausdehnung einschließlicly der Bord-schwellen versackt und teilweise schadhast sei, umzulegen und instandzusetzen.

Die nach fruchtlosem Einspruch von den Kl. erhobene Klage im Verwaltungsstreitverfahren wurde durch das BezVerwGer. abgewiesen. Die von ihnen eingelegte Rev. ist begründet.

Das BezVerwGer. hat sich zunächst mit der Behauptung der Kl. befaßt, daß sie wegen mangelnder Leistungsfähigkeit zu den ihnen aufgegebenen Arbeiten nicht herangezogen werden könnten. Es hat ausgeführt: Nach der höchstgerichtlichen Rspr. finde allerdings eine wegebaupolizeiliche Forderung dann ihre Grenze, wenn die Ausführung die wirtschaftliche Existenz des Betroffenen zunichte machen oder doch schwer und ernstlich in Frage stellen würde. Der Nachweis der behaupteten Notlage sei jedoch in bezug auf keine der Kl. erbracht worden. Es bedürfe dieses Nachweises aber auch nicht, denn es handle sich um eine unteilbare Leistung, für die die Miterben nach § 431 BGB. als Gesamtschuldner hafteten. Die Verfügung sei also mindestens für diejenigen unter den Kl. berechtigt gewesen, deren Leistungsfähigkeit nicht bestritten sei.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum. Das BezVerwGer. dürfte sich schon nicht mit der Feststellung begnügen, daß die Kl. es unterlassen haben, Beweise für ihre mißliche Vermögenslage beizubringen. Denn im Verwaltungsstreitverfahren hat das Gericht die erforderlichen Beweise zu erheben, auch wenn von den Parteien keine dahingehenden Anträge gestellt sind (§ 76 VVG.). Waren dazu im vorliegenden Falle irgendwelche Angaben oder Erklärungen der Parteien notwendig, so hatte der Vorsitzende des BezVerwGer. nach § 71 Abs. 3—5 VVG. dahin zu wirken, daß sie in sachdienlicher Form von den Parteien abgegeben wurden (OVG. 91, 235).

Sieht das BezVerwGer. aber für erwiesen, daß mindestens einige der Kl. die zur Ausführung der geforderten Arbeiten erforderliche Leistungsfähigkeit besitzen, so war es doch der Verpflichtung nicht überhoben, die Leistungsfähigkeit auch der übrigen im einzelnen zu prüfen. Richtig ist zwar, daß der Bekl. seine Forderung, wenn sie sachlich berechtigt war, gegen jede der Miterbinnen in voller Höhe richten konnte. Dieses Recht ergibt sich jedoch nicht aus § 431 BGB., sondern aus dem das gesamte Polizeirecht beherrschenden Grundsatz, daß beim Vorhandensein mehrerer polizeipflichtiger Personen, z. B. Miteigentümer, jeder einzelne der Polizei gegenüber, soweit seine Verfügungsmacht reicht, für die vollständige Beseitigung polizeiwidriger Zustände haftet (OVG. 34, 438; Schulz, „Handbuch des gesamten öffentlichen Grundstücksrecht“, Bd. 1 S. 47 bei Anm. 66; Drews, „Preussisches Polizeirecht“, Bd. 1, 5. Aufl., S. 67). Es ist also unerheblich, ob die geforderte Leistung teilbar ist oder nicht.

Wenn es aber zutrifft, daß einige der Miteigentümerinnen wegen Leistungsunfähigkeit zu den geforderten Instandsetzungsarbeiten nicht verpflichtet sind, so hätte das BezVerwGer. die angefochtene Verfügung, insoweit sie an diese Miteigentümerinnen gerichtet war, nicht bestehen lassen dürfen, sondern außer Kraft setzen müssen. Denn auf Grund des Vorberurteils würde im Falle seiner Rechtskraft die

Polizeibehörde nach dem oben erörterten Grundsatz wegen der ganzen in der angefochtenen Verfügung geforderten Leistung gerade an die nichtverpflichteten Miteigentümerinnen sich halten können, und diese würden im Vollstreckungsverfahren keine Möglichkeit mehr haben, sich dagegen zu wehren. Die Entscheidung hätte also im Ur. getroffen werden müssen.

Wegen dieser Rechtsirrtümer hatte das OVG. die Sachlage ohne die sonst für die RevInst. geltenden Schranken frei zu prüfen. Da jedoch über die Leistungsfähigkeit der Kl. auf Grund der bisher vorhandenen Unterlagen einwandfreie Feststellungen nicht getroffen werden können, so ist die Sache nicht spruchreif und mußte daher zur weiteren Aufklärung an das BezVerwGer. zurückverwiesen werden (§ 99 VVG.).

Soweit sich hierbei Kl. als leistungsfähig erweisen sollten, kommt ihnen gegenüber folgendes in Betracht: Nach den übereinstimmenden Erklärungen der Parteien ist die streitige Verfügung dahin aufzufassen — was aus ihrem Wortlaut nicht ohne weiteres zu erkennen ist —, daß mit der geforderten Umlegung und Instandsetzung nicht in erster Linie die Ausbesserung der versackten und sonst schadhast gewordenen Stellen, sondern vielmehr unter Herstellung eines vollständig neuen Quergeländes die Tieserlegung der Bordsteine erreicht werden sollte. Diese liegen zur Zeit 23—24 cm über der Fahrdammfläche, während nach § 5 Abs. 5 BürgersteigPolVO. v. 4. März 1933 ihre Höhe 18 cm nicht überschreiten darf.

Gegenüber dieser Forderung haben die Kl. eingewendet, daß sie den bestehenden polizeiwidrigen Zustand nicht verschuldet hätten. Der Bürgersteig sei von ihren Rechtsvorgängern ursprünglich weniger hoch über dem Fahrdamm angelegt worden. Die Stadt Berlin habe jedoch die Straße nachträglich tiefer gelegt und damit den jetzigen Zustand ihrerseits verschuldet. Diesen Einwand hat das BezVerwGer. mit der Begründung für unerheblich erklärt, daß nach der Rspr. des OVG. die öffentliche Straße als Ganzes behandelt werden müsse und hinsichtlich der Verkehrsbedürfnisse nicht in Bürgersteig einerseits und Fahrdamm andererseits zerlegt werden könne, und daß deshalb Veränderungen am Bürgersteig, die durch eine erforderlich gewesene andere Höhenlage des Fahrdammes nötig würden, auch vom Bürgersteigunterhaltungspflichtigen zu fordern und zu tragen seien (OVG. v. 26. Jan. 1912: PrVerwBl. 33, 702). Diese nicht für Berliner Verhältnisse ergangene Entsch. kann jedoch für den vorliegenden Fall nicht herangezogen werden. Sie hat zur Voraussetzung, daß die Bürgersteigunterhaltungspflicht der Anlieger die gesamte den Bürgersteig betreffende Wegeunterhaltungspflicht umfaßt und daher die Herstellung des dem jeweiligen Verkehrsbedürfnis entsprechenden Zustandes zum Gegenstande hat ohne Rücksicht darauf, wodurch der polizeimäßige Zustand gestört ist.

Eine solche Auffassung wird dem Wesen der Berliner Bürgersteigobservanz nicht gerecht. Der Inhalt einer Bürgersteigobservanz steht nicht allgemein fest. Vielsach erstreckt sie sich nur auf einen bestimmten Teil der Bürgersteigunterhaltung mit der Wirkung, daß der übrige Teil auf den ordentlichen Wegebaupflichtigen, die Gemeinde, entfällt (OVG. 92, 135, 136). So ist die Rechtslage auch in Berlin. Bereits in zwei die Stadt Berlin und die frühere Gemeinde Deutsch-Wilmersdorf betreffenden (nicht veröffentlichten) Entscheidungen hat der Senat die Bürgersteigobservanz von der allgemeinen Straßenbauhaftung abgegrenzt und begrenzt, daß die observanzmäßige Anlegung des Bürgersteiges nicht die Beschaffung des dazu erforderlichen Grund und Bodens und auch nicht die zur Herstellung des Straßenniveaus erforderlichen Aufschüttungen mitumfaßt (Ur. v. 28. März 1896, IV B 110/95, und v. 21. Jan. 1901, IV C 208/99). In einer anderen Entscheidung ist der Inhalt der in der früheren Stadtgemeinde Sp. geltenden Observanz dahin festgestellt, daß die Anlieger nur die regelmäßige, durch die Bedürfnisse des Verkehrs auf dem Bürgersteige hervorgerufene Unterhaltungslast zu tragen haben, daß aber, wenn aus anderen Ursachen Veränderungen an den Bürgersteigen notwendig sind,

die Stadt dazu verpflichtet ist, und zwar insbesondere auch für den Fall, daß die Straße einschließlich des Bürgersteiges höher gelegt werden muß (Urt. v. 16. März 1903, IV B 70/02). In der gleichen Richtung liegen die Erwägungen, die der Senat in neuerer Zeit in zwei die Stadt Berlin, Bezirk Friedrichshain und Bezirk Tempelhof, betreffenden Entscheidungen über den Umfang der Bürgersteigobseranz ange stellt hat. Aus der ersteren Entscheidung (OBG. 90, 301 ff., 307, 308), die sich auf ein ähnliches bereits in Bb. 25 S. 203 veröffentlichtes Urt. bezieht, ist zu entnehmen, daß zwar eine Vermehrung des Verkehrs auf dem Bürgersteige eine dem Obseranzpflichtigen zur Last fallende Verbreiterung des Bürgersteigs rechtfertigt, daß eine derartige Verbreiterung aber nicht begründet werden kann mit Interessen des Fahr dammverkehrs, für den die aus dem Wegfall einer Mittel promenade oder sonst sich ergebende übermäßige Breite der Fahrbahn unnötig oder hinderlich ist. In der zweiten Entsch. (OBG. 92, 134, 136) ist ausgeführt, daß sich die Obseranz nicht auf eine vollständige Umlegung des Bürgersteigs er strecken kann, die nicht durch ein organisches Anwachsen des straßeneigenen Verkehrs, sondern durch eine künstliche Um leitung des Durchgangsverkehrs einer anderen Straße er forderlich wird.

Allen diesen Entsch. liegt der Gedanke zugrunde, daß die Bürgersteigobseranz nicht gleichbedeutend ist mit der den Bürgersteig betreffenden allgemeinen Straßenbaulast — als solche würde sie auch die Geländebeschaffung, die Niveau aufschüttung sowie die ihr gleichzustellende Ribeaufenkung und alle im Verkehrsinteresse erforderlichen Veränderungen und Wiederherstellungen ohne Ausnahme mitumfassen —, sondern daß sie nach der erstmaligen Herstellung des Bürger steigs sich auf die regelmäßige, durch die Bedürfnisse des Verkehrs auf dem Bürgersteige selbst bestimmte Unterhaltung des Bürgersteigs beschränkt. Diese Auffassung muß heute um so mehr als die allein zutreffende anerkannt werden, als der Bürgersteig in zunehmendem Maße von bürgersteigfremden Einrichtungen, wie Kabel- und Rohrleitungen aller Art, in Anspruch genommen wird, deren Einbringung, Instandhal tung und Auswechslung fortlaufend Eingriffe in den Bestand des Bürgersteiges zur Folge hat. Es kann nicht angenommen werden, daß die Rechtsüberzeugung der Straßenanlieger bei der Bildung der Obseranz dahin gegangen sein sollte, bei städtischen Werken selbst vorgenommenen Eingriffen, die nichts mit dem Verkehr auf dem Bürgersteig zu tun haben, jedesmal zur Beseitigung der in Verfolg solcher Eingriffe eingetretenen verkehrswidrigen Zustände der Polizei gegenüber verpflichtet zu sein. Wenn in anderen Entsch. eine andere Auffassung vertreten worden ist, so kann daran nicht mehr festgehalten werden.

Geht man hiervon aus, so ist die Behauptung der Kl., daß der unvorschriftsmäßige Zustand erst durch Tieferlegen des Fahrdammes von der Stadtgemeinde Berlin herbei geführt worden sei, erheblich. Denn wenn sie zutrifft — und der Bekl. hat sie nicht bestritten —, so ist die geforderte Veränderung der Höhenlage nicht durch die Verkehrsbedürfnisse auf dem Bürgersteig selbst notwendig geworden, sondern durch einen „bürgersteigfremden“ Eingriff, den die obseranzpflichtigen Kl. nicht zu vertreten haben. Die Verpflichtung der Kl. beschränkt sich dann, soweit sie nicht aus einem anderen Rechtsgrunde zur Erfüllung der polizeilichen Verfügung ver pflichtet sind, auf den Ersatz der durch die Abnutzung des Bürgersteigs schadhast gewordenen Bordkanten, Granitplatten und anderen Steine, während die Tieferlegung und Neuver legung der Bürgersteigoberfläche der Stadtgemeinde als der ordentlichen Trägerin der Wegebaulast obliegt. Denn da lektäre ohnehin den Bürgersteigbelag aufzunehmen und ord nungsmäßig neu zu verlegen hat, entfällt in solchem Falle die an sich bestehende Pflicht des Obseranzpflichtigen zur Be seitigung etwaiger Verackungen oder anderer Unebenheiten der Bürgersteigoberfläche.

Der Bekl. hat jedoch behauptet, der unvorschriftsmäßige Zustand sei deshalb von den Kl. zu beseitigen, weil der Bür-

gersteig vor ihrem Hause nicht das vorgeschriebene Quergefälle aufweise und dessen Herstellung den Kl. obseranzmäßig ob liege. Denn allein schon durch die Herstellung dieses Quer gefälles ohne besondere Änderungen in der Gesamthöhe des Bürgersteiges werde die geforderte Tieferlegung der Bord steine gegenüber dem Fahrdamm erreicht. Wenn diese Dar stellung richtig ist, was vom BezVerwGer. nachzuprüfen sein wird, so ist die angefochtene Verfügung gerechtfertigt. Denn dann trifft die Pflicht zur Beseitigung des polizeiwdrigen Zustandes nicht nur die Stadtgemeinde auf Grund der (in ihrer Wirkung unbestrittenen) Senkung des Fahrdammes, sondern ebenso auch die Kl., denen obseranzmäßig die Her stellung des fehlenden Bürgersteigquergelälles obliegt. Beim Vorhandensein zweier (oder mehrerer) verschiedener Polizei pflichtigen aber kann sich die Polizei nach ihrer Wahl an einen derselben halten, und sie konnte sich daher beim Vor liegen der obigen Voraussetzungen mit ihrer Forderung auch an die Kl. wenden (vgl. Scholz, „Handbuch des gesamten öffentlichen Grundstücksrechts“, Bd. 1 S. 44 ff.). Daß die obseranzmäßige Wegeunterhaltungspflicht der Kl. die Her stellung eines Quergelälles, das zur ordnungsmäßigen Ver legung eines Bürgersteigbelags gehört, umfasst, kann nicht zweifelhaft sein. Auch gegen den geforderten Neigungswinkel von 1:40 bestehen keine Bedenken, da es sich um die Art und Weise der Durchführung der bestehenden Obseranzpflicht handelt und darüber rechtsgültig durch PolizeiBD. Bestim mungen erlassen werden können und im vorliegenden Falle erlassen worden sind (vgl. Scholz a. a. O. S. 60). Ein Quergefälle von 1:40 gehört nicht nur nach der zur Zeit geltenden, sondern gehörte auch nach allen in Betracht kom menden früheren BürgersteigPolBD. für die Stadt Berlin zu den Voraussetzungen der polizeimäßigen Beschaffenheit des Bürgersteigs (PolizeiBD. v. 17. Jan. 1873 § 5; vom 30. Nov. 1907 § 2; v. 2. Aug. 1928 § 3 Abs. 1; v. 4. März 1933 § 3 Abs. 1). Zur Herstellung dieses der ordnungs mäßigen Entwässerung des Bürgersteiges dienenden Quer gefälles waren die Rechtsvorgänger der Kl. daher schon bei der Anlegung des Bürgersteiges in seiner jetzigen Gestalt ver pflichtet. Wenn der Bürgersteig also dieses Quergefälle nicht aufweist, so fällt den Kl. nach § 1 BürgersteigPolBD. vom 4. März 1933 die Beseitigung dieses polizeiwdrigen Zustan des zur Last. Genügt die Herstellung des Quergelälles, um den Abstand der Bordkante vom Fahrdamm auf das vor geschriebene Maß zu vermindern, so sind die Kl. durch die angefochtene Wg. in ihren Rechten nicht beeinträchtigt. Die Klage ist daher in diesem Falle abzuweisen. Wird jedoch durch die Herstellung des richtigen Quergelälles die durch die polizeiliche Verfügung geforderte vorschriftsmäßige tiefe Lage der Bordsteine zum Fahrdamm nicht erreicht, so tritt im Er gebnis keine Änderung der Rechtslage ein, wie sie oben be züglich des bürgersteigfremden Eingriffs der Fahrdamm senkung dargelegt ist. Denn dann gehört die Herstellung der richtigen Lage der Bordsteine nicht zu den Verpflichtungen der Kl., da sie sich nur durch eine Ribeaufänderung (Senkung) des Bürgersteiges erreichen läßt, eine solche aber nicht dem Ob seranzpflichtigen, sondern dem ordentlichen Wegebaupflich tigen, der Stadt, obliegt. Es bleibt dann dabei, daß die Stadt die streitige Bordsteintieferlegung vorzunehmen hat, die nicht nur durch den bürgersteigfremden Eingriff der Fahr dammsenkung allein nötig geworden, sondern auch nur durch die ohnehin nicht dem Obseranzpflichtigen obliegende Ribeauf änderung des Bürgersteigs zu erreichen ist. Die Pflicht der Kl. beschränkt sich alsdann gemäß den obigen Ausführungen auf den Ersatz etwaigen durch Gebrauch schadhast gewordenen Belagmaterials.

Bei den weiteren Verhandlungen wird das BezVerwGer. die Stadt Berlin als Abbürdungsbelagte zu dem Verfahren hinzuzuziehen haben. (Im Urt. wird näher ausgeführt, daß die Abbürdungsklage rechtzeitig erhoben ist.)

(PrOBG., Urt. v. 7. Jan. 1937, IV C 40/36.)

40. § 15 FluchtG. Die Anlieger können, da das von der Gemeinde aufgestellte und durchgeführte Ausbauprogramm in erster Linie für die Beitragsverpflichtung maßgebend ist, zu den Kosten einer im Rahmen des Ausbauprogramms notwendig werdenden geringfügigen Veränderung der Höhenlage der Straße auch dann herangezogen werden, wenn diese Veränderung nicht auf eine förmliche Abänderung des Fluchtlinienplanes gestützt ist. Ein durch eine Fluchtlinienfestsetzung aus einem bereits vorhandenen Wege ausgeschiedener Streifen bleibt Teil des bestehenden Weges, bis ihm die Eigenschaft als Straßenland rechtswirksam entzogen ist, und trennt daher, solange er rechtlich noch zu dem von früher her vorhandenen Wege gehört, ein an ihn angrenzendes Grundstück nicht von der durch den Fluchtlinienplan ausgewiesenen Straße. Die rein rechnungsmäßige nachträgliche Zerlegung einer in einem Zuge ausgebauten Straße ist keine die getrennte Heranziehung der Anlieger begründende Abschnittsbildung. Die verschiedene Art des Ausbaues sowie die Absicht, die Anlieger des einen Abschnittes, insbes. die Gemeinde, günstiger zu stellen als die des anderen, ist keine die Abschnittsbildung rechtfertigende sachliche Erwägung. Zu den Kosten der fünfjährigen Unterhaltung einer Straße können die Straßenanlieger auf Grund des § 15 FluchtG. nur nach Maßgabe der der Gemeinde für die Straße tatsächlich entstandenen Kosten, nicht auf Grund von Einheitsätzen, herangezogen werden. †)

1. Verfehlt war der Einwand des Kl., die Höhenlage der Straße, für die er einen Anliegerbeitrag zahlen sollte, hätte mit Rücksicht auf die in den §§ 4, 10 FluchtG. gegebenen Vorschriften nur in einem ordnungsmäßigen Fluchtlinienfestsetzungsverfahren abgeändert werden können, so daß die Mehrkosten, welche bei dem Ausbau der G.-Straße durch Abweichung von der fluchtlinienplanmäßig ausgewiesenen Höhenlage entstanden seien, in der Kostenberechnung den Anliegern nicht zur Last hätten gelegt werden dürfen. Das OVG. hat in ständiger Rspr. (vgl. OVG. 38, 141/43; 41, 117 ff., 120) den Standpunkt vertreten, daß zwar regelmäßig die Anlegung einer Straße mit der Fluchtlinienfestsetzung beginnt, daß aber eine Fluchtlinienfestsetzung keine notwendige rechtliche Voraussetzung der Straßenanlegung und der Beitragsverhebung bildet. Es unterlag daher keinen Bedenken, daß die Anlieger zu den Mehraufwendungen, welche der Gemeinde bei der Durchführung ihres Ausbauprogramms etwa durch eine notwendig gewordene oder für zweckmäßig erachtete geringfügige Veränderung der Höhenlage der Straße erwachsen sind, selbst dann herangezogen wurden, wenn diese Veränderung sich nicht auf eine förmliche Abänderung des Fluchtlinienplanes stützte. Dieser Rechtsauffassung stand die Entsch. des 4. Sen. v. 28. Mai 1936 (OVG. 98, 211 = JW. 1937, 425⁴²) schon deshalb nicht entgegen, weil der Umfang der den Anliegern einer Straße durch den § 15 FluchtG. auferlegten Beitragsverpflichtung in erster Linie durch das von der Gemeinde aufgestellte und durchgeführte Straßenausbauprogramm bestimmt wird und der Kl. nichts dafür beigebracht hat, daß Mehrkosten durch die bei der Durchführung des Ausbauprogramms angeblich ohne nochmaliges Fluchtlinienverfahren vorgenommene Abänderung der Höhenlage der G.-Straße überhaupt entstanden sind.

2. Ferner ist der Kl. mit Recht als Anlieger der G.-Straße angesehen worden. Zwar war durch die Fluchtlinienfestsetzung ein an das Grundstück des Kl. grenzender Streifen des bereits vorhandenen öffentlichen Weges für die künftige Anlegung der G.-Straße ausgeschieden worden. Durch die bloße Feststellung des Fluchtlinienplanes verlor dieser Streifen aber noch nicht die Eigenschaft als Straßenland; er blieb vielmehr Teil des bestehenden öffentlichen Weges, bis ihm diese Eigenschaft in rechtswirksamer Weise entzogen worden war. Ob hier dazu das förmliche Verfahren nach § 57 ZustG. erforderlich sein oder nicht schon eine Regulierung der Straße unter Zustimmung der Wegpolizeibehörde genügen würde (vgl. OVG. 19, 259), konnte für das vorliegende Verfahren dahingestellt bleiben (OVG. 43, 24 u. 26/27 Anm.). Denn jedenfalls trennte der in Rede stehende Streifen, solange er noch rechtlich zu dem von früher her vorhandenen öffentlichen Wege gehörte, das an ihn angrenzende Grundstück des Kl. nicht von der fluchtlinienplanmäßig vorgesehenen und alsbald ausgebauten Straße.

3. Zu besonderen Bedenken gab die Bildung des der Heranziehung zugrunde gelegten Straßenabschnittes Anlaß. Grundsätzlich hat bei dem Ausbau von Straßen die Gemeinde vorzuleisten. Sie kann die Erstattung der Kosten, die sie aufgewendet hat, erst verlangen, wenn die Straße in ihrer ganzen Länge und Breite hinsichtlich aller dazugehörigen Einrichtungen fertig hergestellt ist. Bei der Berechnung der Kosten sind nach § 15 Abs. 2 FluchtG. die Kosten der gesamten Straßenanlage zusammenzurechnen und den Eigentümern nach Verhältnis der Länge ihrer die Straße berührenden Grenze zur Last

zu legen. Um den Gemeinden jedoch den Ausbau der Straßen nicht über Gebühr zu erschweren, ließ die Rspr. einmal die Kostenpaltung, d. h. die Heranziehung der Anlieger, sobald nur eine oder die andere der nach § 15 Abs. 1 FluchtG. zum Ausbau der Straße gehörigen Teilleistungen vollendet war, zum anderen die Bildung von Straßenabschnitten zu. Gegenüber beiden Ausnahmen besteht das Bedenken, daß der Anlieger für eine Teilleistung zahlen muß, die ihm vielleicht zunächst noch keinen Vorteil bringt. Während aber bei der Kostenpaltung wenigstens die Anlieger wie bei der alsbaldigen Fertigstellung der Straße gleichmäßig nach der Länge ihrer Grundstücksfront belastet werden, besteht bei der Bildung von Querabschnitten die Gefahr der ungleichmäßigen Belastung der Anlieger der verschiedenen Abschnitte je nach der Beschaffenheit des Geländes sowie der Zeit und der Art des Ausbaues der einzelnen Abschnitte, ohne daß deshalb die Anlieger des höheren Aufwendungen erfordernden Abschnittes etwa immer auch größeren Vorteil von der Anlegung der Straße als solcher hätten. Deshalb hat die Rspr. zwar die Abschnittsbildung an sich gleichfalls dem Ermessen der Gemeinde überlassen, diesem Ermessen aber doch insofern Schranken gesetzt, als sie verlangt, einerseits daß der Abschnitt sich äußerlich durch gewisse Merkmale, wie Querstraßen, Brücken u. dgl., als solcher kennzeichne, andererseits daß seine Bildung sachlichen Erwägungen entspringe (OVG. 55, 81; 69, 174; 94, 51, 60; RVerwBl. 56, 1025). Es muß also zunächst der Wille der Gemeinde aus den von ihren Organen über den Straßenausbau gefaßten Beschlüssen erkennbar sein, die Straße nicht alsbald in ihrer vollen Länge, sondern eben erst in Länge eines solchen Abschnittes auszubauen, und sodann außerdem diese von der Gemeinde getroffene Entscheidung sachlich gerechtfertigt erscheinen. Daß diesen an eine zulässige Abschnittsbildung zu stellenden Anforderungen im vorl. Falle genügt ist, mußte nach den bisher beigebrachten Aktenunterlagen bezweifelt werden. (Folgt tatsächliche Ausführungen; das Urteil fährt fort.)

Nach alledem mußte zum mindesten der Eindruck entstehen, als ob es sich überhaupt nicht um eine ernstliche Bildung von Abschnitten zwecks allmählichen Ausbaues der Straße, sondern lediglich um eine nach vollendetem Ausbau vorgenommene, rein rechnungsmäßige Einteilung der Kosten gehandelt hat, die mit dem Grundsatz der einheitlichen Herstellung der Straße und einheitlichen Verteilung der Kosten dieser Herstellung in Widerspruch steht.

4. Zu beanstanden war ferner die vorgenommene Heranziehung des Kl. zu den Kosten der 5jährigen Unterhaltung der Straße. Nach der von dem Vertreter des Bevl. in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat abgegebenen Erklärung ist der Kl. zu dem von ihm für die 5jährige Unterhaltung der G.-Straße geforderten Beitrag nach Maßgabe von „Erfahrungssätzen“, nicht nach Maßgabe der der Gemeinde tatsächlich entstandenen Kosten veranlagt worden. Da der Gemeinde auf Grund des § 15 FluchtG. nur ein Erstattungsanspruch zusteht, ist das von dem Bevl. beliebte Verfahren um so weniger zuzulassen, als die Gemeinde unschwer festzustellen vermag, welche Aufwendungen ihr wirklich für die Unterhaltung der G.-Straße während der ersten 5 Jahre nach dessen Fertigstellung erwachsen sind, und deshalb keine Veranlassung besteht, für die Heranziehung zu den Straßenunterhaltungskosten im Rahmen des § 15 FluchtG. Einheitsätze zu erlauben.

(PrOVG., 2. Sen., Entsch. v. 6. April 1937, II C 85/36. Auszug.)

Anmerkung: 1. Das Urteil behandelt zunächst die Frage, inwieweit die Festsetzung von Fluchtlinien für die Belastung der Anlieger mit Beiträgen gem. § 15 FluchtG. von Bedeutung ist.

Der Anliegerbeitrag ist eine Gemeindelast; diese Last beruht auf der Verpflichtung der Anlieger, die Aufwendungen zu erstatten, welche der Gemeinde aus der Herstellung der im § 15 benannten Straßen erwachsen; welche Beitragsansprüche gegen die Anlieger zu erheben sind, ergibt sich aus dem durchgeführten Bauprogramm der Gemeinde (JW. 1937, 663). Demgegenüber hat die Festsetzung von Fluchtlinien nur Bedeutung für die Entscheidung, ob eine Straße in der Anlegung begriffen ist; diese Anlegung kann mit der Fluchtlinienfestsetzung beginnen, sie kann aber aus anderen Tatsachen, wie Gemeindecapitulationen, gefolgert werden; die Änderung von Fluchtlinien kann also die Beitragspflicht nicht beeinflussen; in Übereinstimmung mit der vorliegenden Entsch. hat daher das OVG. im Urk. v. 17. Jan. 1933 (RVerwBl. 55, 80) ausgesprochen, daß es „für das Beitragsrecht der Gemeinde nicht entscheidend ist, ob eine Änderung des Bauprogramms gleichzeitig die Abänderung eines bestehenden Fluchtlinienplanes bedingt und ob die letztere in den dafür vorgeschriebenen Formen erfolgt ist“.

2. Durch die Festsetzung von Fluchtlinien entsteht noch kein öffentlicher Weg; die gemäß dem FluchtliG. (§§ 1, 4) erteilte Zustimmung der Polizei bedeutet nur die Zustimmung zum Straßenprojekt. Zur Widmung zum öffentlichen Verkehr, also zur Entziehung einer öffentlichen Stadtstraße, ist eine weitere Zustimmung der Polizei erforderlich (Entsch. des OVG. vom 28. April 1901: OVG. 39, 217). Der vorhandene öffentliche Weg wurde also, wie das Urteil darlegt, durch die Festsetzung von Fluchtlinien in seinem gegenwärtig bestehenden Umfange nicht berührt.

3. Die Frage der Straßenabschnitte hat das OVG. wiederholt beschäftigt (JW. 1937, 664). Daß ein solcher Abschnitt nicht nur rechnerisch gebildet werden kann, sondern äußerlich erkennbar sein muß, hebt das Urteil gemäß der bisherigen Rspr. nachdrücklich hervor.

4. § 15 FluchtliG. begründet einen Erstattungsanspruch auch für die Kosten der fünfjährigen Unterhaltung eines Straßenausbauens. Der Erstattungsanspruch bedingt, daß nur die tatsächlich erwachsenen Unterhaltungskosten auf die Anlieger umgelegt werden dürfen. (OVG. 41, 116). Sogenannte Einheitsätze hat das OVG. u. a. in der Entsch. v. 20. Febr. 1934 (OVG. 92, 39) unter bestimmten Voraussetzungen bisher nur für Beleuchtungs- und Kanalisationsanlagen zugelassen.

DOG. a. D. Dr. v. Tse, Berlin.

*

41. §§ 8, 20 BerlinZuwStD. v. 28. März 1928 i. d. Fassung v. 10. Juni 1931. Die Vorschrift einer Steuerordnung, daß bei vertraglicher Übernahme der Wertzuwachssteuer durch den Erwerber diese dem im Regelfalle für die Steuerberechnung maßgebenden Veräußerungspreise hinzuzurechnen sei, findet keine Anwendung, wenn an Stelle eines vereinbarten Preises ein in der Zwangsversteigerung abgegebenes Meistgebot oder der Einheitswert oder der gemeine Wert des Grundstücks als Veräußerungspreis in Ansatz zu bringen ist.

Als berechtigt erweist sich die Bemängelung der Steuerberechnung durch die Kl., die hierzu in der Rev. noch geltend macht, daß die Voraussetzungen für die vorgenommene Erhöhung der Steuer gemäß § 20 BerlinZuwStD. v. 28. März 1928 i. d. Fassung v. 10. Juni 1931 nicht gegeben seien, obwohl der Erwerber in der notariellen Verhandlung vom 15. April 1932 die Wertzuwachssteuer übernommen habe. Mit Rücksicht darauf, daß sich aus den Vereinbarungen anlässlich der Grundstücksübergabe gemäß der bezeichneten notariellen Verhandlung der Preis für die Überlassung des Grundstücksdrittels der Kl. ziffernmäßig nicht feststellen läßt, ist von dem ersten Richter zutreffend gemäß § 10 Abs. 1 der Steuerordnung der Einheitswert in Ansatz gebracht worden. Unter Berufung auf die Stellungnahme von Cuno („Erläuterungsbuch zum Zuwachssteuergesetz“, Abschn. B, Ziff. 1 Abs. 2 zu § 24) hat der erste Richter die Beanstandung der Kl. hinsichtlich der Berechnung der erhöhten Steuer nicht als berechtigt erachtet. Dem konnte nicht gefolgt werden.

§ 20 Abs. 1 der Steuerordnung lautet: „Hat der Erwerber des Grundstücks die Zahlung der Wertzuwachssteuer übernommen, so gehört diese zum Veräußerungspreis i. S. des § 8 der Ordnung.“ Dadurch hat der Gesetzgeber klar zum Ausdruck gebracht, daß in den Fällen, in denen an Stelle eines Preises i. S. des § 8 das Meistgebot (§ 9) oder der Einheits- oder gemeine Wert (§ 10 der Steuerordnung) tritt, die Erhebung der in dem § 20 vorgesehenen erhöhten Steuer nicht erfolgen soll. Die Regelung der Steuerordnung ist wesentlich enger gefaßt als die entsprechende Bestimmung des § 24 des Zuwachssteuergesetzes, wo ganz allgemein angeordnet worden ist, daß im Falle der Übernahme der Zahlung der Zuwachssteuer durch den Erwerber ein nach den sonstigen Vorschriften dieses Gesetzes berechneter Steuerbetrag dem Veräußerungspreise hinzuzuzählen und hiernach die Steuer festzusetzen ist. Ob unter Zugrundelegung des Zuwachssteuergesetzes die — im übrigen auch nicht näher begründete — Auffassung von Cuno als zutreffend anzuerkennen wäre, steht hier nicht zur Erörterung. Als Stütze für die von dem ersten Richter dem § 20 Abs. 1 der hier maßgebenden Steuerordnung gegebene Auslegung kann sie schon deswegen nicht herangezogen werden, da der Inhalt der beiden Bestimmungen verschieden ist. Die Anwendbarkeit des § 20 Abs. 1 der Steuerordnung ist ausdrücklich nur für den Fall einer Preisfestsetzung i. S. des § 8 der Steuerordnung vorgesehen, ein solcher Fall ist vorliegend nicht gegeben.

Die von dem ersten Richter vertretene Ansicht wird übrigens auch dem Sinn und Zweck jener Bestimmung nicht gerecht. Denn sie soll — ebenso wie § 24 des Zuwachssteuergesetzes — der Möglichkeit vorbeugen, daß der Betrag der Steuer dadurch herabgemindert wird, daß infolge vertraglicher Abwälzung der Steuer

auf den Erwerber der maßgebende Veräußerungspreis entsprechend niedriger bestimmt wird (vgl. OVG. 76, 14). Solche künstliche Preisminderung ist aber ausgeschlossen, wenn, wie hier, ein Preis gar nicht vereinbart ist und an seine Stelle der Wert gemäß § 10 der Steuerordnung tritt. Durch die objektive Wertermittlung an Stelle des Preises ist eine Steuerumgehung infolge Übernahme der Steuer durch den Erwerber ausgeschlossen und damit auch der Anlaß für eine erhöhte Steuer nicht gegeben. Es fehlt in solchem Fall die Grundlage des § 20, ein Veräußerungspreis.

(PrOVG., 7. Sen., Art. v. 29. Jan. 1937, VII C 34/35.)

*

42. § 1 StAnpG. v. 16. Okt. 1934 (RGBl. I, 925). Ist bei Veräußerung eines mehreren Miteigentümern nach Bruchteilen gehörigen Grundstücks die Wertzuwachssteuer einem Miteigentümer im ganzen auferlegt, so kann in einem hierüber unabhängigen Streitverfahren die Steuer auf den dem klagenden Miteigentümer nach Maßgabe seines Anteils zur Last fallenden Betrag ohne förmliche Außerkräftsetzung des Steuerbescheides herabgesetzt werden (Abweichung von der bisherigen Rspr.; vgl. u. a. VII C 13/30: OVG. 88, 66).

Da die Kl. Miteigentümer des in Frage stehenden Grundstücks je zur Hälfte waren, hätte jeder von ihnen besonders wegen Veräußerung des ihm gehörigen Bruchteils veranlagt werden müssen. Im Gegensatz hierzu sind beide gemeinschaftlich als Veräußerer des Grundstücks im ganzen zur Wertzuwachssteuer herangezogen worden. Die von der bisherigen Rspr. verneinte Frage, ob in solchem Falle eine Berichtigung der Veranlagung im Streitverfahren rechtlich zulässig sei, ist von dem Senat bei einer durch § 1 StAnpG. notwendig gewordenen Nachprüfung der Rechtslage bejaht worden. Der Gerichtshof ist zu der Auffassung gelangt, daß die von der bisherigen Rspr. geforderte Außerkräftsetzung des Veranlagungsbescheides (vgl. u. a. VII C 13/30: OVG. 88, 66; VII C 140/31: R. u. PrVerwBl. 55, 57; JW. 1933, 936) den Grundsatz nicht hinreichend berücksichtigt, daß der zur Nachprüfung der Steuererhebung berufene Verwaltungsrichter sowohl den gerechtfertigten Ansprüchen des StPfl. als auch denen des den Gemeinnutz vertretenden Steuergläubigers gebührend Rechnung zu tragen hat. Tatsächlich handelt es sich nur darum, daß der Steuergläubiger im vorl. Falle auf Grund des die Steuerpflicht begründenden Rechtsvorganges den Umfang der Steuerpflicht der einzelnen Beteiligten in einem nicht begründeten Ausmaß angenommen hat. Es liegt also im Ergebnis nur eine falsche Berechnung der auf die einzelnen Steuerschuldner entfallenden Steuerbeträge vor. Der sich hierbei ergebende Mangel des Heranziehungsverfahrens erscheint indes nicht so erheblich, daß die Nichtigstellung im Streitverfahren als ausgeschlossen zu erachten und das ganze Heranziehungsverfahren außer Kraft zu setzen wäre. Vielmehr war unter Zurückweisung der Rev. im Urteilspruch eine Berichtigung der Veranlagung vorzunehmen.

(PrOVG., 7. Sen., Art. v. 29. Jan. 1937, VII C 8/36.)

*

43. § 5 Nr. 1 GewStVD. Der Ehemann als Angestellter im Gewerbebetriebe seiner Ehefrau. Die Grundsätze des Urteils vom 10. Jan. 1936 (OVG. 97, 12; RVerwBl. 57, 296), handelnd von der Ehefrau als Angestellte ihres Ehemanns, sind entsprechend anwendbar. Es widerspricht Recht und Billigkeit, ein Unternehmen, dessen besondere Rechtsgestaltung zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung geformt ist, steuerlich zu bevorzugen gegenüber einem Unternehmen, bei dem derartige Absichten nicht obwalten.

Bei der Veranlagung der OHG. E. R. & Co. in R. ist allein noch streitig, ob die an die Brüder E. R. und G. R., die Ehemänner der alleinigen Gesellschafterinnen, gezahlten Prokuristengehälter vor zusammen 12 907 RM vom steuerbaren Gewerbeertrage als Betriebsausgaben abgesetzt werden können. Der Gewerbebesteuerungs- und der Gewerbesteuerberufungsausschuß haben die Frage verneint. Der Berufungsausschuß hat dies wie folgt begründet: Die Ehemänner der Geschäftsinhaberinnen seien nicht Angestellte sondern stille Gesellschafter. Ihre Geschäftseinlagen beständen in ihren Diensten. Ihre angeblichen Gehälter seien lediglich ihr Einkommen aus der stillen Gesellschaft und könnten daher nicht vom steuerbaren Gewerbeertrage der Firma abgezogen werden. Mit der hiergegen von der beanlagten OVG. erhobenen RBeschw. wird gerügt: Der Berufungsausschuß habe die Prokuristen als stille Gesellschafter angesehen, obwohl sie in keiner Weise am Geschäftsgewinn beteiligt seien; hierin liege eine Verkennung des Rechtsbegriffs der stillen Gesellschaft

Die Beschw. konnte im Ergebnis keinen Erfolg haben.

Die Rüge der StPfl., daß der Berufungsausschuß den Rechtsbegriff der stillen Gesellschaft verkannt habe, ist allerdings gerechtfertigt. Zum Besen der stillen Gesellschaft gehört, daß der stille Teilhaber Anspruch auf quotenmäßige Beteiligung am Gewinn hat. Dieser Anspruch kann gemäß § 336 Abs. 2 BGB. nicht ausgeschlossen werden. Wo er fehlt, da liegt auch keine stille Gesellschaft vor. Der Berufungsausschuß hat den Sachverhalt — offenbar aus Rechtsirrtum — in dieser Richtung überhaupt nicht geprüft. Wegen dieses Rechtsirrtums müßte das auf ihm beruhende Urteil aufgehoben werden, wenn es nicht aus anderen Gründen im Ergebnis zutreffend wäre.

Nach feststehender Rspr. des OBG. (R. u. PrVerwBl. 51, 694; 52, 231) kann auch ein Ehemann im Gewerbebetrieb seiner Ehefrau angestellt sein. Ob ein echtes und ernst gemeintes Angestelltenverhältnis, bei dem der Ehemann ganz wie ein fremder Angestellter in den Betrieb seiner Ehefrau eingegliedert sein muß, rechtlich wie wirtschaftlich vorliegt, hängt von der Lage des einzelnen Falles ab. Bei Prüfung dieser Frage ist mit Rücksicht auf das enge rechtliche und wirtschaftliche Band, das die Ehegatten umschließt, ein strenger Maßstab anzulegen. Die vom OBG. in der Rspr. zu dem weit häufigeren umgekehrten Falle, daß die Ehefrau im Geschäft des Ehemannes angestellt ist, wiederholt — insbes. in einer grundlegenden Entsch. v. 10. Jan. 1936 (OBG. 97, 12; RVerwBl. 57, 296) — entwickelten Grundsätze sind hier entsprechend anzuwenden.

Wird das Erwerbsgeschäft, wie hier, von der Ehefrau in der Form einer OHG. betrieben, also von ihr nicht allein sondern zusammen mit anderen Personen, so wird ein echtes Angestelltenverhältnis eher vorliegen als wenn das Geschäft der Ehefrau allein gehört. Auch dann können aber — zumal wenn an der OHG. außer der Ehefrau nur noch eine oder mehrere andere ihr nahe verwandte oder verschwägerete Personen beteiligt sind — die tatsächlichen Verhältnisse so liegen, daß ein echtes Angestelltenverhältnis zu verneinen ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Ehemann kraft seiner familienrechtlichen Stellung die Rechte und Pflichten wahrnimmt, die sich für seine Ehefrau aus dem Gesellschaftsverhältnis ergeben, so daß er nicht als Angestellter der OHG., aber auch nicht als Angestellter seiner Ehefrau erscheint. Eine solche Stellung des Ehemannes kann, wenn die Ehegatten im gesellschaftlichen Güterstand oder im Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft oder der allgemeinen Gütergemeinschaft leben (sofern das Erwerbsgeschäft oder die Beteiligung an der OHG. nicht ausnahmsweise zum Vorbehaltsgut der Ehefrau gehört), sich aus dem ihm zustehenden ehemännlichen Verwaltungsrecht ergeben (§§ 1374 Abs. 1, 1525 Abs. 2, 1443 Abs. 1 BGB.). Wenn die Ehegatten Gütertrennung vereinbart haben oder das Erwerbsgeschäft zum Vorbehaltsgut der Ehefrau gehört, kann die gleiche Sach- und Rechtslage entstehen aus der Überlassung der Verwaltung des Erwerbsgeschäfts seitens der Ehefrau an den Ehemann gemäß § 1430 BGB. In allen diesen Fällen bedarf es aber der Erteilung einer Generalvollmacht oder der Procura an den Ehemann, um ihn in die Lage zu setzen, durch sein geschäftliches Handeln die OHG. und insbes. auch seine Ehefrau persönlich gegenüber Dritten zu verpflichten, wozu er auf Grund des ehemännlichen Verwaltungsrechts gemäß §§ 1375, 1443 Abs. 2, 1525 Abs. 2 BGB. sonst nicht ohne jedesmalige Zustimmung seiner Ehefrau befugt sein würde (RVerwBl. 58, 63). Ist die Sachlage so, ist also die Tätigkeit des Ehemanns in der OHG. unabhängig und im wesentlichen nur ein Ausfluß seiner familienrechtlichen Stellung, vertritt er also in der Gesellschaft seine Ehefrau gemißmaßen als Teilhaberin, so ist für ein Angestelltenverhältnis kein Raum und es fehlt für eine Gehaltszahlung der OHG. an ihn die rechtliche Grundlage.

Im vorl. Falle ist die Sachlage nach der eigenen Darstellung der Beschw. folgende: Die beiden Procuristen der StPfl., E. K. und G. K., waren früher Komplementäre einer KommGes. J. K. in R., die in Vermögensverfall geraten ist. Sie haften für deren Schulden noch jetzt. Um ihnen die Möglichkeit einer neuen geschäftlichen Betätigung zu geben, gründeten ihre Ehefrauen die steuerpflichtige OHG., übertrugen ihnen deren Leitung und erteilten ihnen hierzu Procura. Aus dieser Entwicklung der Dinge kann aber ohne weiteres entnommen werden, daß die beiden Ehemänner hier nicht in dem Verhältnis abhängiger Angestellter, sondern als selbständige Betriebsführer die Geschäfte der OHG. leiten. Ihre Bezüge sind, wirtschaftlich betrachtet (§ 1 ErAnpG.), nichts anderes als Vorschüsse auf den Reingewinn des Geschäfts, der ihnen, da das Geschäft nicht von ihren Ehefrauen sondern von ihnen selbst betrieben wird (§ 1367 BGB.), je nach dem zwischen ihnen und ihren Ehefrauen bestehenden Güterstande entweder allein gemäß § 1383 BGB. in Verbindung mit dem hier entsprechend anzuwendenden § 1655 BGB., oder gemäß § 1430 BGB.,

oder aber gemeinsam mit ihren Ehefrauen gemäß § 1438 Abs. 1 Satz 2 oder § 1525 BGB. zukommt.

Auch nach der Volkanschauung würden die beiden Procuristen unter diesen Umständen niemals als Angestellte, sondern eher als Unternehmer gelten, deren Bezüge nach § 5 Ziff. 2b GewStW. i. d. Fassung v. 8. Mai 1929 (BG. 47) gleichfalls nicht als Betriebsausgaben abzusetzen wären. Es widerspricht den Anschauungen von Recht und Billigkeit, ein Unternehmen, dessen unnatürliche Rechtsgestaltung gerade zu dem Zwecke der Benachteiligung der Gläubiger geformt worden ist, steuerlich zu bevorzugen gegenüber einem Unternehmen, bei dem derartige Absichten nicht obwalten.

(PrOBG., 8. Sen., Ur. v. 23. März 1937, VIII GSt 188/35.)

Sächsisches Oberverwaltungsgericht

44. § 1 SächsVerunstaltungsG. v. 10. März 1909. Aufstellung von Zigarettenautomaten. Die Begehrverwaltung darf dem Anlieger in dem Gebrauch seines Grundstücks, wenn damit eine geringfügige Benutzung der Straße verbunden ist, nur insoweit entgegengetreten, als es die Rücksicht auf den Verkehr und den Bestand des Weges oder die Berücksichtigung sonstiger Gemeinschaftsbelange erfordert. †)

Am 14. Juni 1936 hat der Kl. den Bürgermeister zu F. um Genehmigung zur Anbringung eines Zigarettenautomaten an der in der Straßenschluchlinie stehenden Mauer seines Hauses. Der Bürgermeister forderte mit Vfg. v. 18. Juni 1936 auf Grund von § 1 Ges. gegen die Verunstaltung von Stadt und Land v. 10. März 1909 den Kl. auf, den inzwischen angebrachten Automaten wieder zu entfernen, da dieser geeignet sei, das Haus und damit das Ortsbild zu verunstalten. Er passe sich der symmetrischen Aufteilung der Vorderfront des Gebäudes nicht an und beeinträchtige damit stark die Fassade des Hauses.

Der Einspruch war erfolglos.

Die Anfechtungsklage ist begründet.

Nach § 1 Ges. gegen die Verunstaltung von Stadt und Land v. 10. März 1909 (Sächs. G. 219) sind die Polizeibehörden befugt, die Anbringung von Reklamezeichen aller Art, insbes. von Schaukästen u. dgl. zu verbieten, wenn sie geeignet sind, u. a. Straßen oder einzelne Bauwerke oder das Ortsbild zu verunstalten.

F. gehört zu den Städten, denen die Geschäfte der unteren Verwaltungsbehörden voll übertragen sind. Der Bürgermeister war also zuständig, das Verbot nach § 1 des erwähnten Gesetzes zu erlassen.

Warenautomaten an der Straße erfüllen einen ähnlichen Zweck wie Schaukästen, da sie dem Käufer die Ware anbieten sollen. Es bestehen keine Bedenken, den § 1 des genannten Gesetzes auf sie anzuwenden. Die Gesetzesbestimmung richtet sich gegen ein übertriebenes und aufdringliches Reklameunwesen. Dabei sollen einer als natürliche und berechtigte Folgeerscheinung des Wettbewerbs in Handel und Gewerbe anzusehenden Reklame selbstverständlich keine Fesseln angelegt werden; lediglich dort, wo die Reklame durch die Wahl ihrer Mittel höhere Interessen, und zwar solche der „Allgemeinheit“ verletzt, sind Schranken zu ziehen und diese Interessen zu schützen. Ob eine Verunstaltung vorliegt, ist nach dem Maßstab eines gesunden Volksempfindens zu beurteilen. Auf das Empfinden eines begrenzten Teiles des Volkes, des „gebildeten“ (vgl. Jahrbücher 17, 109; 20, 300) ist die Beurteilung nach heutiger Rechtsauffassung nicht abzustellen. Was durch seinen Anblick den natürlichen, artgemäßen Schönheits Sinn des gefunden unverbildeten deutschen Menschen zu verletzen oder erheblich zu stören geeignet ist, ist verunstaltend und soll nach dem Willen des Gesetzgebers ferngehalten werden. Im Einzelfalle kommt es dabei auf die Gesamtwirkung, d. h. den Eindruck an, die der betr. Gegenstand innerhalb seiner Umgebung hervorruft.

Im Streitfalle handelt es sich um die Straße einer Kleinstadt, in der sich Wohn- und Geschäftshäuser befinden, fast durchgängig einfache zweigeschossige Häuser mit ausgebautem Dach, aber ohne künstlerische oder städtebauliche Eigenart oder geschichtliche Bedeutung. Die Straße macht mit ihrer Bauweise einen gepflegten geordneten, weder einen unschönen noch einen besonders günstigen Eindruck. Das Gebäude des Kl. enthält 2 Läden mit je einem größeren Schaufenster. Neben der Eingangstür zum Laden befindet sich rechts das Schaufenster, links ist über der Sockelmauer der Automat angebracht. Er hat eine Größe von etwa 1,60 m Höhe,

80 cm Breite, 20 cm Tiefe und ist mit blaßblauer Farbe angestrichen.

Der zur Besichtigung hinzugezogene Sachverständige hat in seinem Gutachten erklärt, daß nach seiner Meinung eine Verschandelung der Straße oder des Ortsteils durch den Automaten nicht festzustellen sei. Im Gegenteil bringe der Automat durch seine Farbe sogar etwas Leben in die Straße. Solange noch Plakate (z. B. Jini und Alta) an den Giebelwänden großer Häuser gebuldet werden, dürften derartige Kleinigkeiten nicht störend wirken.

Dieses Gutachten entspricht im Ergebnis in vollem Umfang dem Eindruck, den der Senat selbst bei der Besichtigung gewonnen hat. Der Automat fällt weder durch seine Farbe noch sonstige Gestaltung auf, paßt sich vielmehr dem auf deren Seite der Ladenrückseite befindlichen, mit Waren ausgelegten und sonst schon durch Reklameschilder ins Auge fallenden Schaufenster durchaus an. Er stört auch keineswegs das Verhältnis der Formen und Linien, die die Schaufseite des Gebäudes aufweist. Die Gesamtwirkung des Automaten in seiner Umgebung ist danach jedenfalls nicht so, daß er vom Standpunkte eines gesunden Schönheitsempfindens irgendwie als störend bezeichnet werden könnte.

Ein Verbot des Automaten auf Grund des Gesetzes gegen die Verunstaltung von Stadt und Land ist deshalb nicht begründet.

Wenn der Amtshauptmann weiterhin das Verlangen auf Besichtigung des Automaten schon deshalb für gerechtfertigt erklärt hat, weil der Automat in den Straßenraum hineinragt und der Bürgermeister aus diesem Grunde ihn nach freiem Ermessen hätte verbieten können, so kann dieser Auffassung aus nachstehenden Gründen nicht beigeprägt werden.

Es trifft zu, daß der A. durch das Aufhängen des Automaten an seiner Hauswand den über dem öffentlichen Wege befindlichen Luftraum und damit das Wegegrundstück selbst in Anspruch nimmt. In einer derartigen Benutzung pflegt ein Sondergebrauch am Wege erblickt zu werden, der über den jedermann zustehenden und deshalb keiner Erlaubnis bedürftigen Gemeingebrauch hinausgeht. Ein solcher Sondergebrauch am öffentlichen Wege bedarf deshalb in der Regel der besonderen behördlichen Zulassung, die man als „Gebrauchserlaubnis“ bezeichnet und die von demjenigen, der die Herrschaft über den Weg ausübt, nicht erteilt zu werden braucht, sondern nach Ermessen versagt werden kann (vgl. Jahrbücher 15, 175, bes. 201, 202; 34, 249, bes. 253 und Ur. v. 3. Juli 1936 — 65 I 1936).

Von den für einen Sondergebrauch bestehenden allgemeinen Regeln bedarf es aber einer Ausnahme für denjenigen Gebrauch, den ein Anlieger an dem Wege dadurch ausübt, daß er sein angrenzendes Grundstück und damit zugleich den Weg selbst oder den Luftraum über dem Wege mitbenutzt. Ein solcher Gebrauch ist zwar ein Sondergebrauch und kein Allgemeingebrauch, nimmt aber eine Ausnahmestellung ein und kann deshalb rechtlich den anderen Sonderbenutzungen nicht gleichgestellt werden.

Die rechtliche Ordnung des öffentlichen Weges und seiner Benutzung ergibt sich, soweit nicht besondere Rechtsvorschriften darüber bestehen, unmittelbar aus seiner Zweckbestimmung und aus der natürlichen Stellung, die er infolge dieser Zweckbestimmung innerhalb der Gemeinschaft einnimmt. Der diesem seinem Wesen entsprechende Ordnungszustand bildet den Ausgangspunkt für das Recht, das auf den Weg anzuwenden ist, und zwar nicht nur für die, die ihn benutzen, sondern auch für die Verwaltung selbst.

Der öffentliche Weg dient der Allgemeinheit zum Verkehr, er untersteht deshalb der öffentlichen Verwaltung, die diesen Verkehr betreut und regelt. In der Bestimmung für den allgemeinen Verkehr ist aber das Wesen und die Ordnung des öffentlichen Weges nicht erschöpft. Der Weg dient gleichzeitig und in besonderem Maße auch der Verbindung mit den anliegenden Grundstücken und damit den Anliegern selbst für die Benutzung ihrer Grundstücke, vor allem auch zum Zwecke des Anbaues von Gebäuden usw. Aus der Nachbarschaft des Weges ergeben sich Folgen verschiedener Art. So muß der Anlieger einerseits solche Einwirkungen und Vorrichtungen, die sich aus der Lage seines Grundstücks an der Straße ergeben (z. B. Straßenlärm, Erschütterungen durch schwere Fahrzeuge, Wandhaken, Laternen, Schilder am Hause usw.) ohne weiteres hinnehmen und dulden, die nicht notwendig hin-

genommen zu werden brauchen, wenn sie von anderen Grundstücken ausgehen. Ferner hat er regelmäßig für den Ausbau der Straße sowie für ihre Reinigung (oft recht erhebliche) Lasten zu tragen und Pflichten zu erfüllen. Andererseits ist er auf den Weg und dessen Benutzung in besonderer Weise angewiesen; er nimmt den Raum der Straße als unmittelbare Luft- und Lichtquelle in stärkerem Maße in Anspruch als den anderer Nachbargrundstücke. Fenster und Türen auf der Grenze gehen unmittelbar nach der Straße. Sime, Fahnenstangen, Balkone reichen in ihren Luftraum usw. Der Anlieger macht somit von der Straße einen dauernden besonders gearteten Gebrauch, wie ihn kein anderer ausübt und wie er ihn auch keinem anderen Grundstücke gegenüber ausüben könnte oder dürfte. Das alles geschieht nicht auf Grund einer besonderen dem Anlieger gewährten Vergünstigung, sondern folgt aus dem Bestande des Weges ganz von selbst und ist deshalb auch seit alters her jederzeit als Rechtens angesehen worden.

Aus diesem von Wesen und Zweck des öffentlichen Weges bestimmten natürlichen Zustande ergeben sich für den Anlieger und die Wegeverwaltung beiderseitige rechtliche Bindungen, kraft deren der Anlieger bei der Benutzung seines Grundstücks gewisse Rücksichten auf die Belange der Allgemeinheit zu nehmen hat und die andererseits auch eine besondere Berücksichtigung seiner Belange seitens der Allgemeinheit erheischen. In diesem Zusammenhang hat das OVG. (Jahrbücher 40, 16) von einer besonderen Treupflicht des Grundstückseigentümers gegenüber der Gemeinschaft gesprochen, kraft deren er verpflichtet ist, gewisse notwendige und geringfügige Einwirkungen an seinem Grundstücke zu dulden. Einer solchen Verpflichtung des Anliegers entspricht es aber, daß auch die Verwaltung ihm in dem Gebrauche seines Grundstücks, wenn damit eine geringfügige Benutzung der Straße verbunden ist, nur soweit entgegengetreten darf, als es die Rücksicht auf den Verkehr und den Bestand des Weges oder die Berücksichtigung sonstiger Gemeinschaftsbelange erfordert. Wenn auch daran festzuhalten ist, daß die Verwaltung allein über den Wegeraum zu verfügen hat und es deshalb grundsätzlich in ihrem Ermessen liegt, ob sie einen über den Gemeingebrauch hinausgehenden Sondergebrauch einzelner zulassen will, so macht hiervon der oben dargelegte besonders geartete Gebrauch eine Ausnahme, den der Anlieger durch eine an sich zulässige Benutzung seines Grundstücks von der Straße oder dem Luftraum über ihr macht. Insofern ist die Verwaltung an die sich aus der Bestimmung und dem Wesen des öffentlichen Weges ergebende natürliche Ordnung rechtlich gebunden. Sie kann zwar einen solchen Anliegergebrauch polizeilich oder satzungsmäßig regeln. Sie kann ihn aber im übrigen nur verbieten, wenn er sich für den Weg selbst und seine Benutzung schädlich erweist oder sonstige überwiegende Belange der Gemeinschaft ihm entgegenstehen. Unberührt bleibt dabei die etwaige Befugnis des Trägers der Wegeverwaltung, eine Anerkennungsgeld (Bezugungsgeld) zu erheben, wie dies das OVG. in dem Urteil Jahrbücher 35, 111 ausgesprochen hat.

Hiernach ist aber im Streitfall festzustellen, daß durch den Automaten weder die Benutzung des Weges gestört wird noch sonstige Belange der Verwaltung oder der Gemeinde irgendwie nachteilig beeinflusst werden. Das Einschreiten der Verwaltungsbehörden gegen den Automaten war nach alledem nicht gerechtfertigt.

Die Frage, ob etwa die Gemeinde als „Eigentümerin“ des Straßenlandes dem Anbringen des Automaten widersprechen könnte, ist ebenfalls zu verneinen, da der „Privatigentümer“ des Landes als solcher von der tatsächlichen Einwirkung auf den öffentlichen Weg durch dessen Verkehrsbestimmung in vollem Umfang rechtlich ausgeschlossen ist und deshalb seine Belange durch den Automaten in keiner Hinsicht berührt werden. Dabei kann die im Schrifttum seit langem stark unstrittene Frage unerörtert bleiben, ob nach den heute im Klusse befindlichen allgemeinen Anschauungen über das „öffentliche Recht“ ein wie immer geartetes „privatrechtliches“ Eigentum am öffentlichen Wege überhaupt noch anzuerkennen oder nicht vielmehr der öffentliche Weg in seinen sämtlichen Beziehungen einheitlich und ausschließlich der Verwaltung zu unterstellen wäre.

(SächSVG., 1. Sen., Ur. v. 22. Mai 1937, 146 I 1937.)

Bemerkung: Vgl. hierzu PrOVG., Ur. v. 21. Dez. 1936: JZ. 1937, 1587⁴⁶ nebst Anmerkung. D. S.