

Juristische Wochenschrift

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

Das Ende des Umwandlungssteuerrechts

Von Oberregierungsrat Kaemmel, Reichsfinanzministerium, Berlin

I. Allgemeines

Es ist im allgemeinen heute keine Veranlassung mehr gegeben, zu Fragen des Umwandlungssteuerrechts das Wort zu ergreifen, denn die Möglichkeit, steuerbegünstigt Kapitalgesellschaften umzuwandeln, besteht nur noch bis zum Ende dieses Jahres, und die auf dem Gebiete des Umwandlungssteuerrechts entstandenen Zweifelsfragen sind im allgemeinen durch die ausgedehnte Erlaßpraxis des Reichsfinanzministeriums und durch ein reichhaltiges Schrifttum behandelt und zum größeren Teil auch geklärt und gelöst worden. Wenn hier heute noch einmal über das Umwandlungssteuerrecht berichtet wird, so geschieht dies ausschließlich im Hinblick darauf, daß zur Erleichterung der in den letzten Monaten stattfindenden Umwandlungen das gesamte Erlaßrecht kodifiziert worden ist, und zwar durch zwei Erlasse des Reichsfinanzministers, nämlich den Erlaß v. 25. Sept. 1937, S 2151 — 390 III (RStBl. 1937, 1095) und den Erlaß v. 22. Juli 1937, S 3533 — 20 III (RStBl. 1937, 921). Man wird diese Kodifizierung schon um deswillen begrüßen, weil in der Praxis, besonders in der Rechtsanwaltspraxis, die Arbeit mit den durch die Entwicklung der Gesetzgebung zum Teil überholten Erlassen des Reichsfinanzministeriums v. 9. März 1935, 28. Juni 1935 und 3. Febr. 1936 sich recht mühsam gestaltet hatte, zumal auch durch eine ganze Reihe von Durchführungsverordnungen das gesamte Rechtsgebiet nicht übersichtlicher geworden war. Durch den Erlaß v. 25. Sept. 1937 ist die Anwendung der früheren Umwandlungserlasse auf die steuerlich noch nicht erledigten und künftigen Umwandlungs- und Auflösungsfälle untersagt worden, so daß für die Behandlung noch laufender und künftiger Fälle keiner der Beteiligten auf das alte Erlaßmaterial zurückzugreifen braucht. Für den letzten Monat des Jahres, vor allen Dingen für Ende Dezember 1937, ist mit einer erhöhten Umwandlungstätigkeit zu rechnen, da nach den Vorschriften der 5. DurchfV.D. zum UmwandelStG. v. 24. Juni 1937 (RGBl. I, 262) die letzten steuerbegünstigten Umwandlungen spätestens am 31. Dez. 1937 beschlossen werden müssen. Mit einer Verlängerung dieser Frist ist nicht zu rechnen, und zwar weder allgemein, wie das bei den Verlängerungen auf den 30. Juni 1937 und den 31. Dez. 1937 der Fall war, noch auch für Einzelfälle, in denen die Beteiligten z. B. wegen formaler Schwierigkeiten oder materieller Unklarheiten nicht rechtzeitig zu einem Umwandlungsbeschlusse gekommen sind.

II. Geltendes Recht, Geltungsbereich, Geltungsdauer, Auskunftspflicht

Der Erlaß v. 25. Sept. 1937 beginnt mit einer Darstellung des geltenden Rechts, und es ist für die eigentümliche Entwicklung des Umwandlungsrechts charakteristisch, daß die bloße Aufzählung der unmittelbaren Rechtsquellen, nämlich der Gesetze und Durchführungsverordnungen, nicht weniger als 10 Nummern umfaßt. Die Übersicht wird hier im nachstehenden wiedergegeben, da es für den mit dem Stoff weniger Vertrauten fast unmöglich ist, sich in der Vielzahl

der Gesetze und Verordnungen, die einander teils ausschließen, teils aufheben, teils ergänzen, ohne weiteres zurechtzufinden.

Für das Umwandlungshandelsrecht gelten:

1. das Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften (UmwandlG.) v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569; RStBl. 1934, 801),
2. die 1. Durchführungsverordnung zum Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften (1. DurchfV.D. zum UmwandelG.) v. 14. Dez. 1934 (RGBl. I, 1262; RStBl. 1935, 454),
3. die 2. DurchfV.D. zum UmwandelG. v. 17. Mai 1935 (RGBl. I, 721; RStBl. 1935, 882),
4. die 3. DurchfV.D. zum UmwandelG. v. 2. Dez. 1936 (RGBl. I, 1003; RStBl. 1936, 1196),
5. die 4. DurchfV.D. zum UmwandelG. v. 24. Juni 1937 (RGBl. I, 661; RStBl. 1937, 753).

Für das Umwandlungssteuerrecht gelten:

1. das Gesetz über Steuererleichterungen bei der Umwandlung und Auflösung von Kapitalgesellschaften (UmwandelStG.) v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 572; RStBl. 1934, 804),
2. die 2. Durchführungsverordnung zum Umwandlungssteuergesetz (2. DurchfV.D. zum UmwandelStG.) v. 8. März 1935 (RGBl. I, 354; RStBl. 1935, 455),
3. die 3. DurchfV.D. zum UmwandelStG. v. 7. Juni 1935 (RGBl. I, 744; RStBl. 1935, 833),
4. die 4. DurchfV.D. zum UmwandelStG. v. 2. Dez. 1936 (RGBl. I, 1006; RStBl. 1936, 1197),
5. die 5. DurchfV.D. zum UmwandelStG. v. 24. Juni 1937 (RGBl. I, 662; RStBl. 1937, 754).

Über den Geltungsbereich und die Geltungsdauer des Gesetzes ist aus dem Erlaß v. 25. Sept. 1937 nichts Neues zu entnehmen, es sei denn der ausdrückliche aus der gesetzlichen Lage sich aber ohne weiteres ergebende Hinweis darauf, daß steuerliche Erleichterungen nur gewährt werden, wenn die Umwandlung oder Auflösung vor dem 1. Jan. 1938 beschlossen worden ist. Von Interesse ist weiter, daß in den Fällen, in denen Kapitalgesellschaften auf Grund besonderer Genehmigung des Reichsministers der Justiz gemäß § 10 der 1. DurchfV.D. zum UmwandelG. v. 14. Dez. 1934 umgewandelt werden, indem ihr Vermögen auf eine Personengesellschaft übertragen wird, an der auch juristische Personen beteiligt sind, ebenfalls die steuerlichen Vergünstigungen des Umwandlungssteuerrechts gewährt werden, soweit nicht in einzelnen Fällen besondere Bedenken bestehen. In derartigen Fällen haben sich also die Steuerpflichtigen von selbst an das zuständige Finanzamt zu wenden, das dann das Weitere (Prüfung des Antrags, etwaige Ablehnung, Auskunftserteilung, Steuerveranlagung usw.) veranlaßt. Der Erlaß behandelt endlich, wenn auch freilich recht kurz, die Auskunftspflicht und führt dazu aus:

„Die Finanzämter haben darüber Auskunft zu geben, welche Steuern durch die in Aussicht genommene Umwand-

lung oder Auflösung voraussichtlich entstehen werden und in welcher Höhe. Der Steuerpflichtige muß dem Finanzamt mindestens die Entwürfe der beabsichtigten Beschlüsse und Bilanzen einreichen."

Aus diesem Text ergibt sich zweifelsfrei, daß die Auskünfte unverbindlich sind. Sie binden also das Finanzamt nicht, sind vielmehr nur als Anhalt für die steuerliche Beurteilung anzusehen. Der Steuerpflichtige kann sich also nicht darauf verlassen, daß die Veranlagung unter allen Umständen so ausfällt wie die Auskunft. Der Steuerpflichtige wird sich also vor dem Antrag auf Eintragung beim Registergericht nochmals darüber vergewissern, ob das Finanzamt an seiner früheren Auskunft festhält. Die Gründe, aus denen ein Finanzamt seine Auffassung wechselt, können sehr verschiedener Natur sein. Es kann sich einmal um Fälle handeln, in denen die Umwandlung unter anderen Gesichtspunkten und unter anderen Tatbeständen durchgeführt wird als den Tatbeständen, die dem Finanzamt zwecks Auskunftserteilung vorgelegen haben. In derartigen Fällen hat das Finanzamt keine Veranlassung, sich durch eine frühere Auskunft gebunden zu fühlen oder dem Steuerpflichtigen bei Bemessung der Steuern im Billigkeitswege entgegenzukommen. Hier ist es Pflicht des Steuerpflichtigen, sich vorher aus eigener Initiative über die endgültige Rechts- und Sachlage zu unterrichten. Anders könnte man vielleicht die Fälle beurteilen, in denen das Finanzamt eine Auskunft erteilt hat und in denen zwar die Umwandlung nach Maßgabe des der Auskunft zugrunde liegenden Tatbestandes vollzogen wird, in denen aber z. B. der Oberfinanzpräsident das Finanzamt anweist, im Veranlagungsverfahren eine andere Rechtsauffassung zu vertreten, oder in denen das Finanzamt selbst seine Rechtsauffassung geändert hat (z. B. weil die Frage durch einen neuen Erlaß des Reichsfinanzministers oder durch eine Rechtsmittelentscheidung in einem ähnlich gelagerten Rechtsmittelfall geklärt ist). Auch hier ist das Finanzamt rechtlich an seine frühere Auskunft nicht gebunden, und der Steuerpflichtige kann eine Versteuerung nach Maßgabe der ursprünglichen Auskunft nicht verlangen. Ob eine Möglichkeit gegeben ist, dem Steuerpflichtigen gegebenenfalls im Billigkeitswege entgegenzukommen, wenn er im Vertrauen auf die Auskunft die Umwandlung durchgeführt hat, ist Tatfrage.

III. Steuererleichterungen bei der Umwandlung

1. Die Grunderwerbsteuer

Bei der Grunderwerbsteuer hat der Erlaß v. 25. September 1937 darauf verzichtet, eine systematische Erläuterung der Erleichterungen bei der Grunderwerbsteuer zu geben, vielmehr werden die Vorschriften in Form von Beispielen erläutert. Im Hinblick darauf, daß zwar nicht die Auslegung der Bestimmungen, fast immer aber die Handhabung der Vorschriften selbst auch erfahrenen Rechtsanwälten nicht leicht fällt, werden eine Reihe von besonders charakteristischen Beispielen nachstehend abgedruckt.

Das Grundkapital einer Aktiengesellschaft beträgt 1 000 000 *R.M.* Zum Vermögen der Aktiengesellschaft gehören sämtliche Anteile an einer Grundstücks-Gesellschaft m. b. H., die ein Grundstück besitzt. Die Vereinigung sämtlicher Anteile der Grundstücks-Gesellschaft m. b. H. war seinerzeit aus § 3 GrEwStG. versteuert worden. An der Aktiengesellschaft sind am 1. Jan. 1937 (Stichtag) A. und B. mit je 500 000 *R.M.* Aktien beteiligt. Am 1. Febr. 1937 verkauft A. dem B. Aktien mit einem Nennbetrag von 400 000 *R.M.* Am 1. Okt. 1937 beschließen A. und B., eine offene Handelsgesellschaft zu errichten, an der A. mit 10%, B. mit 90% beteiligt sein soll. Gleichzeitig beschließen sie, das Vermögen der Aktiengesellschaft, zu dem auch die sämtlichen Anteile an der Grundstücks-Gesellschaft m. b. H. gehören, auf die offene Handelsgesellschaft zu übertragen (Umwandlung). Am 1. Dez. 1937 wird der Umwandlungsbeschluß eingetragen. Mit der Eintragung ins Handelsregister gehen sämtliche Anteile an der Grundstücks-Gesellschaft m. b. H. von der Aktiengesellschaft auf die offene Handelsgesellschaft über. Der Übergang der sämtlichen Anteile an der Grundstücks-Gesellschaft m. b. H. (Er-

satzbestand) ist nach § 3 GrEwStG. dem Übergang des Eigentums an dem Grundstück (Haupttatbestand) gleichzuachten. Die für den Haupttatbestand geltenden Steuererleichterungen der Umwandlungs-Steuer-Gesetzgebung müssen auch bei der Besteuerung des Erbsatzbestandes angewendet werden (zu vgl. *R.F.S.* v. 29. Jan. 1937, II A 227/36: *R.F.S.* 40, 347; *RSBl.* 1937, 367). Für den Übergang der sämtlichen Anteile an der Grundstücks-Gesellschaft m. b. H. auf die offene Handelsgesellschaft ist, da B. an der Aktiengesellschaft am Stichtag mit 50% beteiligt war, während er an der offenen Handelsgesellschaft mit 90% beteiligt ist, nur $\frac{1}{10}$ der Grunderwerbsteuer vom Einheitswert des Grundstücks zu erheben.

Zu § 4 Abs. 2 der 2. Durchf. B. D. zum UmwandelStG.

Erstes Beispiel:

A. alleinige Inhaberin sämtlicher Anteile an einer Gesellschaft m. b. H. ist eine offene Handelsgesellschaft. Am Vermögen der offenen Handelsgesellschaft sind am 1. Jan. 1937 (Stichtag) zwei Gesellschafter je zur Hälfte beteiligt. Am 1. Okt. 1937 wird die Übertragung des Vermögens der Gesellschaft m. b. H., zu dem ein Grundstück gehört, auf die offene Handelsgesellschaft beschlossen (Umwandlung). Die Umwandlung wird am 1. Nov. 1937 eingetragen. Mit der Eintragung in das Handelsregister geht das Eigentum am Grundstück von der Gesellschaft m. b. H. auf die offene Handelsgesellschaft über. Für den Grundstücksübergang wird Grunderwerbsteuer nicht erhoben.

Zweites Beispiel:

A. alleinige Inhaberin sämtlicher Anteile an einer Gesellschaft m. b. H. ist eine offene Handelsgesellschaft. Am Vermögen der offenen Handelsgesellschaft sind am 1. Jan. 1937 (Stichtag) A. und B. je zur Hälfte beteiligt. Am 1. Okt. 1937 vereinbaren sie, daß A. am Vermögen der offenen Handelsgesellschaft nur noch mit 10%, B. dagegen mit 90% beteiligt sein soll. Am 1. Nov. 1937 wird die Übertragung des Vermögens der Gesellschaft m. b. H. auf die offene Handelsgesellschaft beschlossen (Umwandlung). Der Umwandlungsbeschluß wird am 1. Dez. 1937 eingetragen. Mit der Eintragung ins Handelsregister geht das Vermögen der Gesellschaft m. b. H., zu dem ein Grundstück gehört, auf die offene Handelsgesellschaft über. Für den Grundstücksübergang werden $\frac{1}{10}$ der Grunderwerbsteuer erhoben, weil am Stichtag B. mit 50% an der offenen Handelsgesellschaft beteiligt war, während er zur Zeit der Umwandlung mit 90% an ihr beteiligt ist.

Zu § 4 Abs. 3 der 2. Durchf. B. D. zum UmwandelStG.

Erstes Beispiel:

An einer Grundstücks-Gesellschaft m. b. H. sind am 1. Jan. 1937 (Stichtag) zwei Gesellschafter je zur Hälfte beteiligt. Bei der Auflösung übernehmen die Gesellschafter das Gesellschaftsgrundstück als Miteigentümer je zur Hälfte. Grunderwerbsteuer wird nicht erhoben.

Zweites Beispiel:

A. ist am 1. Jan. 1937 alleiniger Inhaber der Anteile an einer Grundstücks-Gesellschaft m. b. H., zu deren Vermögen zwei gleichwertige Grundstücke gehören. Am 1. Okt. 1937 tritt er die Hälfte seiner Anteile an B. ab. Bei der Auflösung der Gesellschaft am 1. Nov. 1937 übernimmt jeder Gesellschafter ein Grundstück. Der Erwerb des Grundstücks durch A. ist steuerfrei, für den Erwerb des Grundstücks durch B. wird Grunderwerbsteuer erhoben.

Zu § 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 9 Abs. 1 der 2. Durchf. B. D. zum UmwandelStG.

Beispiel:

A. ist am 1. Jan. 1937 an einer Grundstücks-Gesellschaft m. b. H. zur Hälfte beteiligt. Am 1. April 1937 erwirbt er 40% der Gesellschaftsanteile hinzu, so daß er nunmehr zu

90% beteiligt ist. Am 1. Juli 1937 wird die Umwandlung in der Weise beschlossen, daß das Vermögen unter Ausschluß der Abwicklung auf A. als den Hauptgesellschafter übertragen wird. Für den Grundstücksübergang sind in sinngemäßer Anwendung des § 4 Abs. 1 und 2 der 2. Durchf. VO. zum UmwandlStG. $\frac{2}{10}$ der Grunderwerbsteuer zu erheben, da A. den ganzen Grundbesitz erhält, also 50% mehr, als seinem Beteiligungsverhältnis an der Gesellschaft am Stichtag entspricht.

Über Stichtag und Beteiligung, Treuhandverhältnisse und Auflösung von Mutter- und Tochtergesellschaften werden in dem neuen Erlaß nur die Ausführungen wiederholt, die in früheren Erlässen über dieselben Fragen bereits gebracht worden sind. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang lediglich der Hinweis darauf, daß die Steuererleichterungen auf dem Gebiete der Grunderwerbsteuer nicht davon abhängig sind, daß die Grundstücke etwa bereits am Stichtag (1. Jan. 1937) im Eigentum der umgewandelten oder aufgelösten Gesellschaft gestanden haben, die Erleichterungen gelten vielmehr auch, wenn die Grundstücke erst nach dem Stichtag von der Gesellschaft erworben worden sind.

2. Einkommensteuer und Körperschaftsteuer

Auf dem Gebiete der Körperschaftsteuer und der Einkommensteuer sind die Fragen der Gesamtrechtsnachfolge, der Bewertungsfreiheit, des Bilanzstichtags und des laufenden Gewinns im Erlaß besonders behandelt.

Was die Frage der Gesamtrechtsnachfolge anlangt, so hat diese in gewissem Umfang beim Steuerrecht zu Schwierigkeiten und Mißverständnissen Anlaß gegeben. Es war nämlich zweifelhaft geworden, ob bei Umwandlungen nach dem UmwandlStG. das gesamte übergehende Vermögen einheitlich entweder einem Betriebsvermögen oder einem Privatvermögen zugeführt werden muß. Die Beantwortung der Frage war dadurch erschwert, daß Umwandlungsrecht und Umwandlungssteuerrecht in ihrer Terminologie voneinander abweichen. Das zivile Umwandlungsrecht steht unter dem Gedanken der Gesamtrechtsnachfolge und die Frage, ob das Vermögen einheitlich einem Betriebs- oder Privatvermögen zugewiesen werden oder teils einem Privatvermögen, teils einem Betriebsvermögen zugewendet werden kann, ist systematisch ohne Bedeutung, da von der Zuweisung zu der einen oder anderen Art die handelsrechtlichen Erleichterungen nicht abhängen, es kommt vielmehr nur auf die Auswirkung der Gesamtrechtsnachfolge an. Anders liegt die Frage beim Umwandlungssteuerrecht, bei dem der Umfang der Steuerbegünstigungen verschieden ist, je nachdem die übergehenden Wirtschaftsgüter in ein Betriebs- oder in ein Privatvermögen übernommen werden. Freilich kommt auch hier im Normalfall eine Zuweisung des durch Gesamtrechtsnachfolge übergehenden Vermögens zum Teil an ein Betriebsvermögen, zum Teil an ein Privatvermögen nicht in Frage. Denn das würde mit der Gesamtrechtsnachfolge nicht zu vereinbaren sein. Es ist daher zum Beispiel handelsrechtlich und steuerrechtlich unzulässig, daß die drei Gesellschafter einer GmbH. in der Form umwandeln, daß die Gesellschafter B. und C. $\frac{2}{3}$ des Betriebsvermögens in eine von ihnen betriebene Personengesellschaft übernehmen, während der dritte Gesellschafter A. $\frac{1}{3}$ des Gesellschaftsvermögens der GmbH. in sein Privatvermögen übernimmt. Unter bestimmten Voraussetzungen kann es aber vorkommen, daß das Gesellschaftsvermögen trotz der Gesamtrechtsnachfolge teilweise in ein Betriebsvermögen, teilweise in ein Privatvermögen übergeht. Das kann der Fall sein, wenn der Allein- oder Hauptgesellschafter das Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übernimmt und mit diesem Vermögen nach seinem Belieben verfährt und es teilweise seinem Betriebsvermögen, teilweise seinem Privatvermögen zuweist. Das ist mit den Vorschriften des zivilen Rechts, insbes. mit der Gesamtrechtsnachfolge nicht unvereinbar und wirkt sich steuerlich dahin aus, daß die Vorschriften der §§ 7, 8 der 2. Durchf. VO. zum UmwandlStG. in solchen Fällen auch nebeneinander zur Anwendung kommen können.

Was die Bewertungsfreiheit anlangt, so wird nach § 7 der 2. Durchf. VO. zum UmwandlStG. bei dem Übergang des Vermögens der umgewandelten oder aufgelösten Kapitalgesellschaft auf ein inländisches Betriebsvermögen die Einkommen- und Körperschaftsteuer dadurch erleichtert, daß für sogenannte Altgüter Bewertungsfreiheit gewährt wird. Die Bewertungsfreiheit ist steuerlich zunächst nach oben begrenzt durch den Teilwert, nach unten ist sie nicht begrenzt. Da im übrigen der Grundsatz der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz auch hier gilt, ist die steuerrechtliche Bewertungsfreiheit durch etwaige zwingende handelsrechtliche Bewertungsvorschriften begrenzt. Soweit solche zwingende handelsrechtliche Bewertungsvorschriften bestehen, kann steuerlich im Rahmen der Bewertungsfreiheit nicht davon abgewichen werden.

Beispiel:

Teilwert eines Gebäudes = 100 000 RM.

	Handelsbilanz	Steuerbilanz
a) aufgelöste Kapitalgesellschaft		
Schlußbilanz	80 000	100 000
Umwandlungsbilanz	50 000	50 000
b) aufnehmende Gesellschaft	50 000	50 000

Als Altgüter gelten diejenigen Wirtschaftsgüter, die mindestens seit dem Ende des Wirtschaftsjahrs 1934 (1933/34) zum Betriebsvermögen der Kapitalgesellschaft gehört haben. Bei Umwandlungen oder Auflösungen, die nach dem 31. Dez. 1936 beschlossen werden, darf jedoch die Bewertungsfreiheit nach der 4. Durchf. VO. zum UmwandlStG. v. 2. Dez. 1936 (RGBl. I, 1006; RStBl. 1936, 1197) nicht in Anspruch genommen werden:

- für kurzlebige Wirtschaftsgüter i. S. des § 6 Ziff. 1 Satz 4 EinkStG.
- für Ersatzbeschaffungen i. S. des Abschnitts II des Gesetzes zur Verminderung der Arbeitslosigkeit v. 1. Juni 1933.

Neugüter, d. h. Wirtschaftsgüter, die nach dem Ende des Wirtschaftsjahrs 1934 (1933/34) in das Betriebsvermögen der umzuwandelnden oder aufzulösenden Kapitalgesellschaft aufgenommen worden sind, sind beim Übergang in das Betriebsvermögen der Personengesellschaft oder in das Betriebsvermögen der Personengesellschaft oder in das Betriebsvermögen der Gesellschaft mit den Werten einzusetzen, die durch die Vorschriften der §§ 4—7 EinkStG., § 6 KörpStG. vorgeesehen sind.

Bei der Anwendung der 2. Durchf. VO. zum UmwandlStG. ist bei den laufenden Umwandlungs- und Auflösungs-fällen (sofern nicht die Auflösung oder Umwandlung vor dem 31. Dez. 1935 beschlossen worden ist) davon auszugehen, daß Waren und Außenstände nach dem 31. Dez. 1934 beschafft worden sind und daher für sie die Bewertungsfreiheit nicht gegeben ist.

Ausgenommen von der Bewertungsfreiheit sind auch die Kassenbestände und andere geldgleiche Güter (z. B. Bank- und Postsparguthaben) sowie Forderungen der Gesellschaft gegen den übernehmenden Haupt- oder Alleingesellschafter.

Der Bilanzstichtag ist für die Behandlung der Einkommensteuer und Körperschaftsteuer bei der Umwandlung aus verschiedenen Gründen von Bedeutung.

Nach § 3 UmwandlStG. muß nämlich dem Umwandlungsbeschluß eine Bilanz (Umwandlungsbilanz) zugrunde liegen, und diese Umwandlungsbilanz muß bei der Anmeldung der Umwandlung zum Handelsregister dem Registerrichter eingereicht werden. Nach § 3 der 3. Durchf. VO. zum UmwandlStG. v. 2. Dez. 1936 soll das Registergericht die Umwandlung in der Regel nur eintragen, wenn diese der Umwandlung zugrunde gelegte Bilanz für einen Stichtag aufgestellt ist, der höchstens vier Monate vor dem Tag der Eintragung liegt. Damit ist die Streitfrage, ob die Umwandlungsbilanz auf einen vor dem Umwandlungsbeschluß liegenden Tag, auf den Tag des Umwandlungsbeschlusses oder auf einen nach dem Umwandlungsbeschluß liegenden Tag

aufzustellen ist, im Sinn der ersten Auffassung entschieden. Handelsrechtlich ist die Umwandlungsbilanz auf einen vor dem Umwandlungsbeschluß liegenden Tag aufzustellen. Aus dem Grundsatz der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz folgt, daß der Stichtag der Umwandlungs-Handelsbilanz auch für die Umwandlungs-Steuerbilanz maßgeblich ist.

Zu entscheiden ist dabei, wie steuerrechtlich die Geschäftsergebnisse zu behandeln sind, die die Kapitalgesellschaft von dem Umwandlungs-Bilanzstichtag an bis zum Zeitpunkt der Eintragung der Umwandlung ins Handelsregister erzielt hat. Hier ist davon auszugehen, daß der Betrieb der Kapitalgesellschaft in dieser Zeit für Rechnung des Übernehmers geführt wird und die Ergebnisse deshalb der übernehmenden Personengesellschaft oder dem übernehmenden Gesellschafter zuzurechnen sind. Deshalb muß im Fall der Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf eine zu errichtende Personengesellschaft usw., die Eröffnungsbilanz der übernehmenden Personengesellschaft usw. auf den gleichen Tag wie die Umwandlungsbilanz aufgestellt werden. Bei der Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf eine schon bestehende Personengesellschaft usw. oder auf den Allein- oder Hauptgesellschafter muß dem entsprechend der Stichtag der Umwandlungsbilanz als Übernahmetag gelten. Im Fall der Auflösung einer Kapitalgesellschaft mit folgender Abwicklung tritt an die Stelle des Stichtags der Umwandlungsbilanz der Stichtag der Abwicklungsbilanz.

Bei der Vermögenssteuer ist diese Frage durch den Kundenerlaß v. 22. Juli 1937 (RStBl. 1937, 921) aus besonderen in der Struktur der Vermögenssteuer liegenden Gedankengängen abweichend geregelt worden.

Vom Standpunkt der Systematik aus kann es zweifelhaft sein, ob es richtig ist, als maßgebenden Bilanzstichtag für Einkommen- und Körperschaftsteuer den Tag anzusehen, auf den die Umwandlungsbilanz aufgestellt worden ist. Nach allgemeinen Grundsätzen hätte es vielleicht näher gelegen, handelsrechtlich als steuerrechtlich als maßgebenden Stichtag den Tag des Beschlusses aufzufassen. Eine derartige Annahme, die m. E. systematisch richtiger ist als die jetzt durch den Erlaß vorgeschriebene Lösung, hätte aber schwerwiegende Nachteile gehabt. Einmal hätte zu diesem Zweck der § 3 UmwandlG. geändert werden müssen, denn eine auf den Tag des Umwandlungsbeschlusses aufgestellte Bilanz kann natürlich nicht der Umwandlung zugrunde liegen, weil sie ja nach handelsrechtlichem Gebrauch erst am Schluß des Tages, also nach Vornahme des Umwandlungsbeschlusses, hätte aufgestellt werden können. Man hat also mit gutem Grund von einer Änderung des § 3 UmwandlG. abgesehen. Man hätte ja nun freilich erwägen können, neben der Handelsbilanz, die auf einen vor dem Tag des Umwandlungsbeschlusses liegenden Stichtag aufzustellen war, für sonstige handelsrechtliche und steuerrechtliche Zwecke eine zweite Bilanz, nämlich eine Bilanz auf den Tag des Umwandlungsbeschlusses, aufzustellen. Praktisch ist ein derartiger Gedankengang nicht zu verwirklichen, ohne das Unternehmen neuerdings mit Inventuren, Bilanzarbeiten und jährlichen und personellen Kosten von meist nicht unerheblicher Höhe zu belasten. Vom Standpunkt der Praxis aus wird man sich daher mit der getroffenen Lösung abfinden können, wenn gleich die Zurechnung der Geschäftsergebnisse aus der Zeit zwischen dem Bilanzstichtag und der Eintragung der Umwandlung ins Handelsregister zu manchen Zweifelsfragen Veranlassung geben kann.

Die Behandlung des laufenden Gewinns unterscheidet sich nach dem neuen Erlaß in nichts von der bisherigen Verwaltungsübung. Der bis zur Umwandlung der Kapitalgesellschaft sich ergebende Gewinn muß in vollem Umfang nach den allgemeinen Vorschriften zur Körperschaftsteuer herangezogen werden. Es muß also neben der Umwandlungsbilanz für Zwecke der Körperschaftsteuer auf den gleichen Stichtag unter Berücksichtigung der allgemeinen steuerrechtlichen Vorschriften eine Bilanz aufgestellt werden, die den laufenden Betrieb gegenüber dem letzten Geschäftsjahr ausweist (Ab-

schlußbilanz). Entsprechend ist im Fall der Auflösung und Abwicklung hinsichtlich der Abwicklungsbilanz zu verfahren.

Die auf den laufenden Gewinn entfallende Körperschaftsteuer darf steuerlich bei seiner Ermittlung nicht abgezogen werden (§ 12 Ziff. 2 KorpStG.). Das gleiche gilt hinsichtlich des Umwandlungs- oder Auflösungsgewinns für die auf diesen Gewinn entfallende Körperschaftsteuer. Dagegen mindert sowohl die auf den laufenden Gewinn als auch die auf den Umwandlungs- oder Auflösungsgewinn entfallende Körperschaftsteuer den Wert des zu übertragenden Vermögens und damit den bei der übernehmenden Gesellschaft oder bei dem übernehmenden Gesellschafter anlässlich der Übertragung entstehenden Gewinn (Veräußerungsgewinn). Die Kosten der Umwandlung (Notariats- usw. Gebühren) dürfen nicht den laufenden Gewinn mindern, sondern sind bei der Ermittlung des Umwandlungsgewinns zu berücksichtigen.

Steht den Gesellschaften der umgewandelten oder aufgelösten Kapitalgesellschaft aus der Beteiligung vor der Umwandlung oder Auflösung ein Gewinnanteil zu, so unterliegt dieser Gewinn gem. § 7 Abs. 3 der 2. DurchfW. zum UmwandlStG. der Einkommensteuer nach den allgemeinen Vorschriften. Diese Vorschrift betrifft lediglich den ausgeschütteten Gewinn. Er ist zur Einkommensteuer in voller Höhe nur heranzuziehen, wenn eine Gewinnausschüttung beschlossen und tatsächlich ausgeführt worden ist. Insofern handelt es sich um Kapitalerträge, die auch dem Steuerabzug unterliegen. Wird dagegen der Gewinn nicht ausgeschüttet, sondern nach dem Umwandlungs- oder Auflösungsbeschluß zusammen mit dem Vermögen der Kapitalgesellschaft auf den oder die Übernehmer übertragen, so gelten auch die Steuererleichterungen des § 7 Abs. 1 und 2 der 2. DurchfW. zum UmwandlStG. Danach wird eine durch die Übertragung entstehende Einkommensteuer nach § 34 Abs. 1 EinkStG. berechnet und nur in Höhe eines Drittels erhoben.

Eine Steuerbegünstigung wird der umgewandelten oder aufgelösten Kapitalgesellschaft nur gewährt, wenn ihre Wirtschaftsgüter auf ein inländisches Betriebsvermögen übertragen werden. In diesem Fall unterliegt bei der Berechnung der Körperschaftsteuer nur der Umwandlungsgewinn (Auflösungsgewinn), der auf Aktiva überfällt, der ermäßigten Steuer (ein Drittel der tariflichen Steuer). Der auf Neugüter entfallende Teil des Umwandlungsgewinns (Auflösungsgewinns) ist mit dem vollen Steuersatz zur Körperschaftsteuer heranzuziehen. Maßgebend sind die Steuerjahre des Jahres, in das der Stichtag der Umwandlungsbilanz fällt oder — bei Auflösungen — in dem die Abwicklung beendet wird.

Die Vorschriften über die Mindestbesteuerung finden hinsichtlich des übertragenen Vermögens bei der umgewandelten oder aufgelösten Kapitalgesellschaft keine Anwendung. In der Übertragung des Vermögens der umgewandelten oder aufgelösten Kapitalgesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft oder den übernehmenden Gesellschafter ist auch insoweit keine Gewinnausschüttung zu erblicken, als der Umwandlungsgewinn und offene Reserven mitübertragen werden. Die Übertragung unterliegt nicht der Mindestbesteuerung gemäß § 17 Abs. 1 Ziff. 1 KorpStG. Eine Mindestbesteuerung ist auch dann nicht vorzunehmen, wenn mit dem Vermögen der umgewandelten oder aufgelösten Kapitalgesellschaft der letzte laufende Gewinn (Betriebsgebarungsgewinn) übertragen wird.

Bei der Einkommensteuer wird nach § 7 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 2 Ziff. 2 der 2. DurchfW. zum UmwandlStG. die durch die Übertragung entstehende Einkommensteuer nach § 34 Abs. 1 EinkStG. berechnet und in Höhe eines Drittels erhoben. Nach § 34 ist die Einkommensteuer dann auf 10–25%, bei Ledigen auf 15–35% zu bemessen. Die Wahl des Hundertsatzes steht im Ermessen des Finanzamts, doch hat der Reichsfinanzminister im Erlaß, und zwar in Anlehnung an den früheren Erlaß, eine Steuerstufe vorgeschrieben, die bei einem Veräußerungsgewinn von 100 000 RM in der Regel den niedrigsten Satz von 10% (bei Ledigen 15%) angewendet wissen will und den Steuersatz bei höheren Beträgen an-

gemessen erhöhen will (bei 200 000 *RM* 12%, bei 300 000 *RM* 15%, bei 400 000 *RM* 18%, bei 500 000 *RM* 21% usw.).

3. Gewerbesteuer

Die Gewerbesteuer bietet weit weniger Schwierigkeiten und Undurchsichtigkeiten als die Einkommensteuer und die Körperschaftsteuer. Der Erlaß v. 25. Sept. 1937 unterscheidet hinsichtlich der Gewerbeertragssteuerpflicht des Übernehmers drei Fälle, die im nachstehenden wiedergegeben werden sollen.

1. Fall:

Das Unternehmen der umgewandelten oder aufgelösten Kapitalgesellschaft wird mit den Wirtschaftsgütern, die auf den Unternehmer übergegangen sind, unverändert fortgeführt. Hier liegt nur ein Wechsel in der Person des Unternehmers, also des Steuerschuldners, vor (§ 5 GewStG.). Das Unternehmen wird für das Rechnungsjahr veranlagt nach dem Ergebnis, das es im vorangegangenen Kalender- oder Wirtschaftsjahr erbracht hat. Soweit der Gewerbeertrag des Wirtschaftsjahrs, in dem der Übergang auf den neuen Unternehmer stattgefunden hat, auf die Inanspruchnahme der Bewertungsfreiheit nach § 7 der 2. DurchfV. zum UmwStG. zurückzuführen ist, wird die Gewerbesteuer nur in Höhe eines Drittels erhoben.

2. Fall:

Der gewerbliche Betrieb der aufzulösenden oder umzuwandelnden Kapitalgesellschaft verschwindet und die Wirtschaftsgüter der Kapitalgesellschaft gehen auf ein schon bestehendes gewerbliches Unternehmen (bereits bestehende offene Handelsgesellschaft, Einzelfirma) über, dessen Betrieb ohne wesentliche Änderung fortgeführt wird. Hier ergibt sich ein gewerbesteuerpflichtiger Buchgewinn infolge der Übertragung der Wirtschaftsgüter auf den Unternehmer in den Fällen, in denen die bisherige Beteiligung an der aufgelösten oder umgewandelten Kapitalgesellschaft bei dem Unternehmer niedriger angelegt war als die Werte, die er jetzt nach den Vorschriften des § 7 der 2. DurchfV. zum UmwStG. ansetzen muß. Dieser Buchgewinn unterliegt der Gewerbesteuer. Die Steuer selbst wird nur in Höhe eines Drittels erhoben.

3. Fall:

Die Kapitalgesellschaft wird aufgelöst oder umgewandelt und die Wirtschaftsgüter werden von den Gesellschaftern über-

nommen, die mit ihnen ein neues gewerbesteuerpflichtiges Unternehmen eröffnen. Hierin liegt eine Einlage, die den gewerbesteuerlichen Ertrag des Übernehmenden nicht beeinflusst.

4. Vermögensteuer

Auf dem Gebiete der Vermögensteuer sind Steuererleichterungen bei der Umwandlung oder Auflösung nicht vorgesehen. Von Bedeutung ist jedoch die Feststellung, an welchem Zeitpunkt die Vermögensteuerpflicht der Kapitalgesellschaft erlischt. Der Erlaß des Reichsfinanzministers v. 22. Juli 1937 (RStBl. 1937, 921) geht davon aus, daß die Vermögensteuerpflicht der Kapitalgesellschaft am Beschlußtag erlischt. Der Einheitswert des gewerblichen Betriebs ist dann auf den 1. Januar des folgenden Jahres wegen Änderung in der Zurechnung nach § 225 a Abs. 1 Ziff. 2 KAbgD. fortzuschreiben. Die sich hieraus ergebenden Einzelfragen sind im Erlaß durch eine Reihe von Beispielen erläutert, deren Wiedergabe oder Besprechung hier entbehrlich ist. Wesentlich ist, daß die gesamte Regelung auf dem Gebiete der Vermögensteuer von der auf dem Gebiete der Einkommen- und Körperschaftsteuer abweicht. Während bei der Körperschaftsteuer und der Einkommensteuer die Steuerfolgen auf den Tag zurückbezogen werden, auf den die Umwandlungsbilanz aufgestellt worden ist, verbleibt es bei der Vermögensteuer hinsichtlich der steuerlichen Wirkung bei dem Tag der Beschlußfassung.

IV. Rückblick

Die Geltungsdauer des Umwandlungssteuerrechts läuft am 1. Jan. 1938 ab. Man kann im allgemeinen sagen, daß es seine Aufgabe, den Übergang von der Kapitalgesellschaft zur Personengesellschaft und zum Einzelunternehmen in geeigneten Fällen zu erleichtern, erfüllt hat. Bis jetzt sind wohl 1500 Aktiengesellschaften, etwa 10 000 Gesellschaften m. b. H. und etwa 500 bergrechtliche Gewerkschaften in Personengesellschaften oder Einzelunternehmen umgewandelt worden. Das ist bei einem Gesamtbestand von rd. 9000 Aktiengesellschaften und etwa 60 000 Gesellschaften m. b. H. eine recht beachtliche Anzahl, zumal wenn man bedenkt, daß die Zahl der umgewandelten Gesellschaften sich durch die Umwandlung bis zum Ende des Jahres noch erheblich erhöhen wird. Auch vom Standpunkt der Gesetzgebung und Verwaltungstechnik aus hat sich die Methode, mit der man von der steuerrechtlichen Seite aus die Umwandlung zu fördern versucht hat, im allgemeinen bewährt.

Zum Reingewinnbegriff des Aktiengesetzes

Von Gerichtsassessor Hefermehl im Reichsjustizministerium, Berlin

Das am 1. Okt. 1937 in Kraft getretene AktG. scheidet schärfer, als es das bisherige Recht tat, zwischen der Feststellung des Jahresabschlusses (Jahresbilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung) und der Beschlußfassung über die Gewinnverteilung. Diese scharfe Trennung beruht vor allem darauf, daß nach dem neuen Recht für die Feststellung des Jahresabschlusses grundsätzlich der Vorstand unter Mitwirkung des Aufsichtsrats und nur ausnahmsweise die Hauptversammlung zuständig ist, während über die Gewinnverteilung ausschließlich die Hauptversammlung zu entscheiden hat (§§ 125, 126 AktG.).

Unter „Gewinnverteilung“ versteht das AktG. die Verteilung des Reingewinns (§ 126 Abs. 1 Satz 1). Diese Auffassung entspricht der des bisherigen Rechts. Denn wenn auch das bisherige Recht den Begriff der Gewinnverteilung nicht besonders erläuterte, so folgte doch mittelbar aus §§ 213, 215 HGB., wonach nur der Reingewinn unter die Aktionäre verteilt werden durfte, daß die Beschlußfassung über die Gewinnverteilung in § 260 HGB. gleichbedeutend war mit der Beschlußfassung über die Verteilung des Reingewinns. Trotz

dieser wörtlichen Übereinstimmung besteht zwischen der Gewinnverteilung des AktG. und der des HGB. ein großer Unterschied, da das Wesen des Reingewinns bzw. des Reingewinns eine Gestaltung erfahren hat, die von der des bisherigen Rechts abweicht.

Nach § 131 Abs. 3 Satz 1 AktG. ist Reingewinn der Überschuß der Aktivposten über die Passivposten, Reingewinn der Überschuß der Passivposten über die Aktivposten. Diese formale Betonung des Saldocharakters des Postens Reingewinn oder Reingewinn scheint bilanztechnisch gesehen zunächst nur eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck zu bringen. Die Bestimmung gewinnt aber ihre besondere Bedeutung durch die Vorschrift des § 131 Abs. 2 AktG., wonach Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rückstellungen und Rücklagen, die für das Geschäftsjahr gemacht werden, bereits in der Jahresbilanz vorzunehmen sind. Die Vornahme von Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen sowie die Bildung und Verstärkung von Rücklagen (gesetzliche Rücklage und freie Rücklagen) beschränkt daher nicht die Verteilung des Reingewinns, sondern hindert

seine Entstehung. Die Voraussetzungen der Ermittlung des Reingewinns bzw. Reinverlustes haben sich damit grundlegend geändert.

Während nach bisherigem Recht (§ 262 HGB.) die Bildung des „gesetzlichen Reservefonds“ erst nach der Feststellung des Jahresabschlusses geschah, so daß sich die Zuweisung erst im Abschluß des nächsten Geschäftsjahrs auswirkte, gehört jetzt die Bildung und Verstärkung der gesetzlichen Rücklage zur Bilanzfeststellung selbst. Dementsprechend bestimmt auch § 130 Abs. 2 Ziff. 1 AktG. nicht wie bisher § 262 Nr. 1 HGB., daß in den gesetzlichen Reservefonds vom jährlichen Reingewinn mindestens der zwanzigste Teil so lange einzustellen ist, als der Reservefonds den zehnten oder den in der Satzung bestimmten höheren Teil des Grundkapitals nicht überschreitet, vielmehr heißt es, daß ein Betrag einzustellen ist, der mindestens dem zwanzigsten Teil des Reingewinns entspricht (vgl. Schlegelberger-Quassowski, Kommentar zum AktG., Num. 4 zu § 130).

Bei freien Rücklagen war bisher davon auszugehen, daß ihre Bildung und Verstärkung nicht zur Bilanzfeststellung, sondern zur Gewinnverteilung gehörte. Nach dem AktG. müssen grundsätzlich freie Rücklagen schon in der Bilanz selbst gebildet und dotiert werden. § 126 Abs. 2 AktG. enthält nur eine scheinbare Ausnahme. Wenn nach dieser Vorschrift zugelassen ist, daß die Hauptversammlung bei der Beschlußfassung über die Gewinnverteilung Rücklagen „aus dem Reingewinn“ beschließen kann, so bedeutet dies lediglich, daß sie den Reingewinn kürzen kann. Der Vorstand muß dann den Jahresabschluß entsprechend ändern, d. h. in der Bilanz einen entsprechend niedrigeren Reingewinnsposten ausweisen.

Bei Rückstellungen nahm man schon in bisherigen Recht an, daß die bilanzmäßige Vorsorge für ungewisse Schulden in der Bilanz selbst vorgenommen werden konnte. Nach § 132 Abs. 2 AktG. müssen nunmehr die Rückstellungen in der Bilanz gebildet werden.

Bei Abschreibungen und Wertberichtigungen war es schließlich anerkannt, daß sie die Entstehung des Reingewinns hinderten und daher in der Bilanz selbst vorgenommen werden mußten. Dies galt sowohl für Abschreibungen und Wertberichtigungen, die nach den Bewertungsvorschriften notwendig vorgenommen werden mußten, als auch für solche Abschreibungen und Wertberichtigungen, welche nur die äußere Form für die Bildung stiller Rücklagen abgaben. Denn die Zulassung der Bildung stiller Rücklagen durch übermäßige Abschreibungen oder Wertberichtigungen bedingte naturgemäß auch ihre stille Bildung in der Bilanz selbst.

Die grundsätzliche Abweichung des neuen Aktienrechts besteht somit darin, daß nicht nur Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen, sondern auch die Bildung und Verstärkung von Rücklagen in der Bilanz selbst erfolgen muß. Dem bilanzfeststellenden Verwaltungsträger steht gewissermaßen das Recht „der ersten Gewinnverteilung“ zu. Er hat bereits einen Teil des Gewinns zur Bildung der gesetzlichen Rücklage sowie von freien offenen und stillen Rücklagen zu verwenden.

Vor Vornahme der Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rückstellungen und Rücklagen stellt der Saldo zwischen Aktiven und Passiven keinen bilanzmäßigen Reingewinn, sondern nur einen Rohertrag oder Bruttogewinn dar. Von diesem Rohertrag müssen zunächst sämtliche Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rückstellungen und Rücklagen gebildet werden, bevor der Reingewinn feststeht, über dessen Verwendung die Hauptversammlung nach § 126 AktG. ausschließlich zu entscheiden hat. Die Berechnung des in die gesetzliche Rücklage einstellungspflichtigen Betrages kann dabei im Einzelfall rechnerisch zu Schwierigkeiten führen, da der Posten Reingewinn, der als Berechnungsgrundlage dient, vor der Einstellung nicht feststeht. Praktisch wird sich indessen diese rechnerische Schwierigkeit leicht vermeiden lassen. Denn der bilanzfeststellende Verwaltungsträger wird in aller Regel den Posten Reingewinn, d. h. den verteilungsfähigen Gewinn, zweckmäßig zunächst bestimmen, so daß sich dann der in die gesetzliche Rücklage einstellungspflichtige Betrag ohne weiteres errechnen läßt. Wird

z. B. ein Reingewinn in Höhe von 200 000 RM festgesetzt, so sind 10 000 RM des Bruttogewinns der gesetzlichen Rücklage zu überweisen. — Etwaige Spitzenbeträge können als Gewinn vorgetragen werden.

Der Grund für die Einengung des Reingewinnbegriffs und damit der Gewinnverteilung liegt darin, daß nach neuem Aktienrecht der bilanzfeststellende Verwaltungsträger, d. h. in der Regel der Vorstand mit Billigung des Aufsichtsrats, auch berechtigt sein soll, über die Rücklagenpolitik der Gesellschaft selbständig zu entscheiden, ohne dabei Gefahr zu laufen, daß seine Maßnahmen von der Hauptversammlung sabotiert werden. Die Hauptversammlung ist vielmehr nach § 126 Abs. 2 Satz 1 AktG. an den vom Vorstand mit Billigung des Aufsichtsrats festgestellten Jahresabschluß gebunden. Sie kann die Rücklagenpolitik der Verwaltung nicht mehr negativ beeinflussen, vielmehr nur positiv unterstützen, indem sie die Verteilung des festgesetzten Reingewinns ganz oder teilweise ausschließt (§ 126 Abs. 3 Satz 2 AktG.).

Eine Verletzung des § 131 Abs. 2 AktG. hat nicht die Nichtigkeit des festgestellten Jahresabschlusses zur Folge. Auch die Anfechtbarkeit des Jahresabschlusses hängt davon ab, ob der Abschluß vom Vorstand mit Billigung des Aufsichtsrats oder von der Hauptversammlung festgesetzt worden ist. Hat der Vorstand mit Billigung des Aufsichtsrats den Jahresabschluß festgesetzt, so besteht keine Anfechtungsmöglichkeit (§ 202 AktG.). Hat dagegen die Hauptversammlung den Jahresabschluß festgesetzt, so kann eine Anfechtung auf Verletzung des § 131 Abs. 2 AktG. gestützt werden. Die Anfechtungsmöglichkeit dürfte durch § 197 Abs. 3 AktG. nicht beschränkt sein, daß es sich bei der Verletzung des § 131 Abs. 2 nicht um Verletzung einer reinen Gliederungsvorschrift handelt. Stets ist anfechtbar der Gewinnverteilungsbeschuß, wenn der Reingewinn unter Nichtbeachtung des § 131 Abs. 2 AktG. festgesetzt worden ist. Die Abschlußprüfung hat sich selbstverständlich auf die Befolgung des § 131 Abs. 2 AktG. zu erstrecken. Sind Einwendungen nach dieser Richtung zu erheben, so ist die Bestätigung entweder einzuschränken oder zu versagen (§ 140 AktG.). Bei Nichtbeachtung des § 131 Abs. 2 AktG. können ferner die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder nach §§ 84, 99 AktG. der Gesellschaft ersatzpflichtig sein.

Eine andere Frage ist, ob die Beachtung des § 131 Abs. 2 AktG. durch die Satzung abgedungen werden kann.

Diese Frage wird jedenfalls insoweit zu verneinen sein, wie dadurch eine Zuständigkeitsverschiebung eintritt. Denn da die Befugnis, Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rückstellungen und Rücklagen zu bilden, zur Bilanzfeststellung gehört, so kann diese Befugnis auch nicht dem bilanzfeststellenden Verwaltungsträger entzogen und auf eine andere Stelle übertragen werden (vgl. Schlegelberger-Quassowski, Kommentar zum AktG., Num. 2 zu § 125). Unzulässig würde daher eine Satzungsbestimmung sein, welche die Bildung von Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rückstellungen und Rücklagen der Entscheidung der Hauptversammlung bei der Beschlußfassung über die Gewinnverteilung oder der alleinigen Entscheidung des Vorstands bzw. des Aufsichtsrats unterstellt (vgl. auch Trumpler, Die Bilanz der AktG. S. 261). Unzulässig wäre es ferner, zu bestimmen, daß zwar die Hauptversammlung, wenn sie den Jahresabschluß feststelle, Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rückstellungen und Rücklagen bilden könne, gleiches jedoch nicht gelte, wenn die Zuständigkeit des Vorstands und des Aufsichtsrats zur Feststellung des Jahresabschlusses gegeben sei. Die Bildung der Abschreibungen und Wertberichtigungen sowie die Vornahme von Rückstellungen und Rücklagen gehört eben untrennbar zur Bilanzfeststellung. Auch vom bilanzfeststellenden Verwaltungsträger selbst könnte dieses Recht nicht auf eine andere Stelle übertragen werden.

Eine Folge dieser untrennbaren Verkopplung ist die Ermächtigung des bilanzfeststellenden Verwaltungsträgers zur Bildung von Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rückstellungen und Rücklagen. Hierin liegt hinsichtlich der freien Rücklagen eine grundsätzliche Neuerung. Nach bisherigem Recht konnte die Hauptversammlung Rücklagen nur bilden,

wenn sie durch die Satzung dazu ermächtigt war. Dies ergab sich aus § 213 HGB., wonach die Aktionäre den Reingewinn zu beanspruchen hatten, soweit nicht dessen Verteilung nach Gesetz oder Satzung ausgeschlossen war. Der gleiche Schluß kann heute aus der entsprechenden Vorschrift des § 52 AktG., der ebenfalls grundsätzlich den Anspruch des Aktionärs auf den Reingewinn feststellt, nicht mehr gezogen werden, da die Bildung und Verstärkung der freien Rücklagen jetzt grundsätzlich nicht mehr aus dem Reingewinn erfolgt, vielmehr ein Teil der Bilanzfeststellung ist. Das neue Recht enthält somit eine gesetzliche Ermächtigung des bilanzfeststellenden Verwaltungsträgers zur Bildung und Verstärkung freier Rücklagen. Diese Ermächtigung ist grundsätzlich unbeschränkt. Selbstverständlich darf dieses Recht nicht mißbräuchlich ausgeübt werden und zu einer willkürlichen Beschränkung der Gewinnausschüttung führen. In diesem Falle würde ein von der Hauptversammlung festgestellter Jahresabschluß zwar nicht nichtig, wohl aber mit der Beschränkung des § 198 Abs. 2 AktG. anfechtbar sein. Ein vom Vorstand mit Billigung des Aufsichtsrats festgestellter Jahresabschluß würde weder nichtig noch anfechtbar sein, jedoch würden u. U. die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder nach §§ 84, 99 AktG. ersatzpflichtig sein.

In diesem Zusammenhang gewinnt die Frage Bedeutung, ob die Satzung, wenn auch nicht die Übertragung der Befugnis, Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rückstellungen und Rücklagen zu bilden, auf eine andere Stelle anordnen, so doch die Höhe der vom bilanzfeststellenden Verwaltungsträger im einzelnen zu bildenden Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rückstellungen und Rücklagen vorschreiben kann. Dies dürfte, soweit die Satzung dem Vorstand bzw. der Hauptversammlung die mit dem Gesetz vereinbare Pflicht auferlegt, bestimmte Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rückstellungen und Rücklagen zu bilden, im allgemeinen zu bejahen sein. Die Verletzung dieser satzungsmäßigen Pflicht würde allerdings — abgesehen von der möglichen Ersatzpflicht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder — die Nichtigkeit des festgestellten Jahresabschlusses überhaupt nicht und die Anfechtbarkeit nur dann begründen, wenn der Jahresabschluß von der Hauptversammlung festgestellt worden ist (§ 202 AktG.).

Unzulässig dürfte es dagegen sein, wenn die Satzung den bilanzfeststellenden Verwaltungsträger hinsichtlich der Bildung von Abschreibungen und Wertberichtigungen beschränkt. Denn für ihre Bildung sind in erster Linie die gesetzlichen Bewertungsvorschriften maßgebend. Über die Höhe der durch Schätzung zu ermittelnden Abschreibungen und Wertberichtigungen im einzelnen entscheidet das pflichtmäßige Ermessen des bilanzfeststellenden Verwaltungsträgers. Gleiches wird man auch bei Rückstellungen annehmen müssen, da diese ihrer Natur nach echte Verbindlichkeiten sind.

Eine andere Beurteilung dürfte allein bei den freien Rücklagen Platz greifen. Mögen diese auch nicht mehr als Teile des Reingewinns, d. h. des verteilungsfähigen Gewinns, angesehen werden, so handelt es sich doch bei ihnen ihrem Wesen nach um echte Gewinne. Wenn das AktG. einerseits verhindern wollte, daß das Bestreben der Verwaltung, durch Schaffung freier Rücklagen das Unternehmen zu stärken und krisenfest zu gestalten, von der Hauptversammlung, d. h. der persönlich nicht verantwortlichen Mehrheit der Geldgeber, sabotiert wird, und daher die bisher zur Gewinnverteilung gehörige Rücklagenbildung mit der Bilanzfeststellung verdoppelte, so lag ihm andererseits fern, die Verwaltung auch gegenüber dem Grundgesetz der Gesellschaft, der Satzung, unabhängig zu machen. Es dürfte daher satzungsmäßig zulässig sein, die Höhe der Rücklagenbildung zu beschränken (vgl. Schlegelberger-Quassowski, „Komm. z. AktG.“ Anm. 4 zu § 125). Dagegen wäre es — wie oben erörtert — unzulässig, das Recht zur Bildung freier Rücklagen dem bilanzfeststellenden Verwaltungsträger zu nehmen und auf eine andere Stelle zu übertragen.

Während das AktG. ausdrücklich bestimmt, daß die Bil-

dung von Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rückstellungen und Rücklagen in der Bilanz erfolgt, ist eine derartige Bestimmung für die Auflösung nicht getroffen. Es kann indessen nach dem Inhalt der Rechnungslegungsvorschriften kein Zweifel sein, daß auch die Entscheidung über die Auflösung von Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rückstellungen und Rücklagen bereits in der Bilanz selbst geschieht und damit bewirkt, daß der bilanzmäßige Reingewinn erhöht bzw. der Reinverlust gemindert wird (vgl. Schlegelberger-Quassowski, Anm. 46 zu § 131). Die gleiche Auffassung wurde auch schon in bisherigen Recht hinsichtlich der Auflösung von Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen vertreten, nicht aber hinsichtlich des gesetzlichen Reservefonds, für den § 262 HGB. vorsah, daß er nur zur Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlustes verwandt werden durfte. Nach § 130 Abs. 3 AktG. kann jedoch die gesetzliche Rücklage zum Ausgleich von Wertminderungen und zur Deckung sonstiger Verluste schon verwandt werden, bevor der Verlust in der Bilanz in Erscheinung getreten ist. Die Verwendung in der Bilanz hat die Wirkung, daß im Bilanzsaldo als Reingewinn ein höherer bzw. als Reinverlust ein niedrigerer Betrag erscheint. Es ist dabei zu beachten, daß die Inanspruchnahme der gesetzlichen Rücklage stets in der Gewinn- und Verlustrechnung zum Ausdruck kommen muß. Nach § 132 Abs. 1 I Nr. 7, II Nr. 5 AktG. sind auf der Seite der Aufwendungen die Beträge von Wertminderungen und sonstigen Verlusten, zu deren Ausgleich die gesetzliche Rücklage verwandt worden ist, auf der Seite der Erträge die aus der Auflösung der gesetzlichen Rücklage gewonnenen Beträge auszuweisen. Das Gesetz fordert, wenn es auf der Seite der Aufwendungen den Ausweis der Wertminderungs- und Verlustbeträge vorschreibt, naturgemäß keinen Doppelausweis. Hat sich z. B. ein Reinverlust ergeben, der durch Inanspruchnahme der gesetzlichen Rücklage gedeckt werden soll, so ist nicht etwa der „Reinverlust“ auf der Seite der Aufwendungen als „Verlustbetrag“ unter Abs. 1 I Nr. 7 auszuweisen. Ein solcher Ausweis würde ein Doppelausweis sein, falls nicht zugleich die durch Inanspruchnahme der gesetzlichen Rücklage auszugleichenden Aufwendungen, und zwar sowohl die gesondert auszuweisenden als auch die einrechnungsfähigen, im einzelnen aus den verschiedenen Posten herausgezogen worden sind. Es dürfte in der Regel in einem solchen Falle genügen, wenn statt des auszugleichenden Postens „Reinverlust“ allein der aus der Auflösung der gesetzlichen Rücklage gewonnene Betrag auf der Ertragsseite unter Abs. 1 II Nr. 5 erscheint. Die Inanspruchnahme der gesetzlichen Rücklage ist damit genügend ersichtlich. — Aufgelöste freie Rücklagen sowie aufgelöste Wertberichtigungen und Rückstellungen sind nach Abs. 1 II Nr. 4 als außerordentlicher Ertrag in der Gewinn- und Verlustrechnung auszuweisen.

Der festgestellte Reingewinn bzw. Reinverlust ist nach § 131 Abs. 3 Satz 1 ungeteilt und gesondert auszuweisen (Verbot der Gewinn- oder Verlustaufteilung). Es würde also unzulässig sein, bereits die Verteilung des Reingewinns in der Bilanz zu berücksichtigen und z. B. für das Geschäftsjahr auszuschüttende Tantiemen und Dividenden als Passivposten einzusetzen. Die Verteilung des Reingewinns wirkt sich erst in der Bilanz des nächsten Geschäftsjahrs aus. Zulässig ist es jedoch, zur besseren Übersicht die Aufteilung des Reingewinns in einer Vorpalte der Bilanz oder der Gewinn- und Verlustrechnung zum Ausdruck zu bringen.

Das Teilungsverbot gilt nicht für die Deckung des Reinverlustes aus der gesetzlichen Rücklage (§ 130 Abs. 3 AktG.) sowie für den Fall, daß die Hauptversammlung bei der Beschlussfassung über die Gewinnverteilung die Bildung von Rücklagen aus dem zunächst festgestellten Reingewinn beschließt. Denn nach § 126 Abs. 3 Satz 2 AktG. hat der Vorstand in diesem Fall die dadurch nötigen Änderungen im Jahresabschluß nachträglich vorzunehmen. Es handelt sich jedoch dabei nicht um eine eigentliche Verteilung als vielmehr um eine Kürzung des Reingewinns.

Während der bilanzfeststellende Verwaltungsträger kraft Gesetzes ermächtigt ist, freie Rücklagen zu bilden, gilt eine solche

Ermächtigung nicht für die Hauptversammlung bei der Beschlußfassung über die Gewinnverteilung. Sie kann namentlich nicht aus § 126 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 AktG. hergeleitet werden (vgl. Schlegelberger-Quassowski, „Komm. z. AktG.“ Anm. 3 zu § 126). Vielmehr ist der Reingewinn, soweit nicht gesetzliche Vorschriften (z. B. nach dem AnleihenstockG. v. 4. Dez. 1934) oder schuldrechtliche Verpflichtungen gegenüber Dritten (z. B. Gläubigern von Gewinnschuldverschreibungen) entgegenstehen, grundsätzlich auch verteilungspflichtig. Dies folgt aus § 52 AktG., wonach die Aktionäre den festgestellten Reingewinn beanspruchen können, soweit nicht seine Verteilung nach Gesetz oder Satzung ausgeschlossen ist. Die Hauptversammlung kann daher bei der Beschlußfassung über die Gewinnverteilung Teile des Reingewinns, falls keine gesetzliche Verpflichtung besteht, nur dann von der Verteilung ausschließen, wenn die Satzung sie zur freien Verfügung über den Reingewinn ermächtigt hat (vgl. Schlegelberger-Quassowski, „Komm. z. AktG.“ Anm. 12 zu § 52; Anm. 4 zu § 126). Ohne eine derartige Ermächtigung würde ein Gewinnverteilungsbeschluß, der die Bildung weiterer Rücklagen vorsieht, anfechtbar sein (§ 197 AktG.). Eine Anfechtungsbefugnis von Aktionären ist nach § 198 Abs. 2 AktG. nur gegeben, wenn ihre Anteile zusammen den zwanzigsten Teil des Grundkapitals erreichen.

Abschließend sei noch auf die Behandlung des Gewinnvortrags bzw. des Verlustvortrags hingewiesen.

Die bilanzmäßige Behandlung des Gewinnvortrags hängt entscheidend davon ab, ob diesem die Natur einer Rücklage beizumessen ist oder nicht. Nach dem AktG. wird der Gewinnvortrag, obwohl es sich bei ihm regelmäßig

nur um einen vorübergehend von der Verteilung ausgeschlossenen Gewinn handelt, als freie Rücklage angesehen (vgl. amtliche Begründung). Als freie Rücklage ist daher der Gewinnvortrag in der Bilanz selbst vom bilanzfeststellenden Verwaltungsträger zu bilden. Der Gewinnvortrag ist somit kein Reingewinn, sondern Gewinnrücklage. Er fällt sachlich unter B II 2 des gesetzlichen Bilanzschemas (§ 131 AktG.). Sein gesonderter Ausweis ist an sich nicht vorgeschrieben, aber im Interesse der Bilanzklarheit am Schluß der Bilanz üblich und zu empfehlen. Wird der Gewinnvortrag im nächsten Geschäftsjahr aufgelöst, so erfolgt diese Auflösung ebenfalls schon in der Bilanz; sie vergrößert demnach den Reingewinn bzw. mindert den Reiverlust. Nach § 131 Abs. 3 Satz 2 AktG. muß jedoch der aufgelöste Gewinnvortrag, d. h. der durch die Auflösung des Gewinnvortrags vergrößerte Teil des Reingewinns bzw. geminderte Teil des Reiverlustes, nachrichtlich vor der Linie vermerkt werden. Soweit der Gewinnvortrag nicht zur Auflösung gelangt, sondern als freie Rücklage fortgeführt wird, ist ein gesonderter Ausweis nicht vorgeschrieben.

Ergibt sich ein Reiverlust, so besteht im Gegensatz zum bisherigen Recht (vgl. RGZ. 145, 336 = JW. 1935, 421⁵ [m. Anm.]) kein gesetzlicher Zwang, diesen durch Inanspruchnahme der gesetzlichen Rücklage oder sonstiger zur Verlustdeckung bestimmter freier Rücklagen zu decken. Vielmehr kann der Verlust auf neue Rechnung vorgetragen werden (vgl. Schlegelberger-Quassowski, „Komm. z. AktG.“ Anm. 14 zu § 130). In der Bilanz des folgenden Geschäftsjahrs muß der vorjährige Verlustvortrag nachrichtlich vor der Linie vermerkt werden (§ 131 Abs. 3 Satz 2 AktG.).

Die neue Mietregelung

Von Landgerichtsdirektor Dr. Römer, Berlin

In Ergänzung der bisherigen Ausführungen (vgl. JW. 1937, 2893) soll im folgenden zu einigen Zweifelsfragen Stellung genommen werden:

I. Der „Stichtag“

Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 der WD. über das Verbot von Preiserhöhungen v. 26. Nov. 1936 (RGBl. I, 955), kurz als PreisstopWD. bezeichnet, gilt das Verbot von Preiserhöhungen rückwirkend v. 18. Okt. 1936. Durch diese Bestimmung ist zum Ausdruck gebracht, daß mit Beginn des 18. Okt. 1936 Preiserhöhungen jeder Art unzulässig waren. Der Stichtag für den Preisstand, der nicht mehr überschritten werden darf und, soweit das bis zum Inkrafttreten der WD., dem 1. Dez. 1936, geschehen ist, nicht mehr überschritten werden durfte, ist also der 17. Okt. 1936. War aber der Preis am 30. Nov. 1936, dem Tage vor Inkrafttreten der WD., niedriger als am 17. Okt., so ist, da die WD. Preiserhöhungen schlechthin verbietet, der Preisstand am 30. Nov. 1936 maßgebend.

Diese allgemein für das gesamte Preisgebiet geltenden Grundsätze haben auf dem Gebiet der Miete eine wesentliche Abänderung erfahren. Durch die 1. AusfWD. z. PreisstopWD. v. 30. Nov. 1936 (RGBl. I, 956) sind hinsichtlich der Miet- und Pachtzinsfestsetzungen Sonderregelungen getroffen. Diese AusfWD. hat sich selbst keine rückwirkende Kraft beigelegt. Grund hierfür war, mit Rücksicht auf die zahlreichen laufenden Mietverträge keine Rechtsunsicherheit herbeizuführen. In solche Verträge sollte deshalb nicht eingegriffen werden. Aus diesem Grunde wurden die Vorschriften lediglich auf den Neuaufschluß von Mietverträgen abgestellt, d. h. auf Mietverträge, die nach dem Inkrafttreten der WD. geschlossen waren. Daraus ergab sich, daß die zwischen dem 18. Okt. 1936 und dem 1. Dez. 1936 abgeschlossenen Verträge von den Vorschriften der PreisstopWD. nicht berührt werden. Wenn auch zuerst einige Gerichte einen entgegengesetzten Standpunkt eingenommen hatten, so hat sich die hier niedergelegte Ansicht

jetzt allgemein durchgesetzt (vgl. RG.: JW. 1937, 3033²¹). Daß dieser Standpunkt dem Willen des Gesetzgebers entspricht, ist vom Reichskommissar für die Preisbildung im Erlaß v. 13. Mai 1937 (IV 5—22) sowie im Runderlaß 153/37 v. 9. Okt. 1937 = JW. 1937, 2757 ausdrücklich festgestellt.

Als Stichtag wird daher für die Miete allgemein der 30. Nov. 1936 bezeichnet. Durch die 3. AusfWD. z. PreisstopWD. v. 27. Sept. 1937 ist bestimmt, daß die bisherigen Ausnahmvorschriften für die Miete aufgehoben werden, d. h. die PreisstopWD. tritt in vollem Umfang auch für die Miet- und Pachtzinsbildung in Geltung. Die neue WD. ist am 15. Okt. 1937 im Reichsgesetzblatt veröffentlicht. Da somit vom Inkrafttreten der neuen AusfWD. an die künftige Mietzinsentwicklung auf diese Neuregelung abgestellt ist, könnte man folgerichtig in Zukunft als „Stichtagmiete“ diejenige bezeichnen, die am 15. Okt. 1937 galt. Der 15. Okt. 1937 wäre also hinfort der für die Miete maßgebende „Stichtag“. In dessen muß davor gewarnt werden, den Begriff „Stichtag“ dauernd zu wechseln. Deshalb soll hier weiter v. 30. Nov. 1936 als Stichtag gesprochen werden.

Diese neue Miete des 15. Okt. 1937 kann natürlich in vielen Fällen identisch sein mit der Stichtagmiete v. 30. Nov. 1936 oder sogar mit der v. 17. Okt. 1936. In vielen Fällen wird sie aber davon abweichen. Soweit diese Abweichung nach den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen zulässig war, bleibt sie kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung (3. AusfWD. Abs. 2 Satz 2) wirksam. Derartige Abweichungen waren in folgenden Fällen zulässig:

1. Wie bereits erwähnt, blieben die zwischen dem 18. Okt. 1936 und dem 1. Dez. 1936 geschlossenen Mietverträge von der PreisstopWD. unberührt. Das galt auch dann, wenn etwa die höhere Miete erst von einem Zeitpunkt an vereinbart war, der nach dem 30. Nov. 1936 lag. Maßgebend ist der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages, nicht der Zeitpunkt des Inkrafttretens. Wenn also vor dem 1. Dez.

1936 ein Mietvertrag zu einem höheren Mietpreis als dem 30. Nov. 1936 abgeschlossen war, so blieb das gültig. Der Vermieter kann diesen höheren Mietpreis also auch bei einer Neuvermietung wieder vereinbaren.

2. Auch nach dem bisherigen Rechtszustand war der Vermieter berechtigt, bei der Preisbildungsstelle eine Erhöhung der Miete zu beantragen, wenn dies aus volkswirtschaftlichen Gründen berechtigt war. Solche Anträge sind in zahlreichen Fällen gestellt. Soweit die Preisbildungsstellen solchen Anträgen stattgegeben haben, gilt die erhöhte Miete fortan als „Stichtagsmiete“.

3. Auch das Mieteinigungsamt konnte bisher eine Mieterhöhung dadurch herbeiführen, daß es entweder auf Grund des MietG. die Friedensmiete erhöhte oder eine Zusatzmiete bewilligte oder daß es auf Grund der 1. Ausf. B. d. PreisstopB. d., falls über die Voraussetzungen Streit bestand, eine Mieterhöhung zubilligte. Auch diese erhöhte Miete ist weiterhin gültig.

4. Außer dieser Mieterhöhung durch behördlichen Spruch war der Vermieter in einer Reihe von Fällen berechtigt, selbständig Mieterhöhungen vorzunehmen:

a) Bei Räumen, die dem MietG. unterliegen, durfte ein bisher unter der gesetzlichen Miete liegender Mietzins bei Neuvermietung bis zur gesetzlichen Miete erhöht werden.

b) Bei Räumen, die dem MietG. nicht unterliegen, war der Vermieter in einer Reihe von Fällen berechtigt, ohne Zustimmung der Preisbildungsstelle oder des M. E. A. die Miete zu erhöhen. Das war der Fall bei wesentlicher Änderung der Benutzungsart der Mieträume seit dem 30. Nov. 1936, ferner, wenn Änderungen vorgenommen sind, die den Mietwert der Räume erhöhen, endlich wenn sich die dem Vermieter vertraglich oder kraft Gesetzes obliegenden Lasten erhöht haben.

Hatte der Vermieter aus diesen Gründen den Mietzins erhöht, so ist der erhöhte Mietzins die „Stichtagsmiete“.

Während in allen genannten Fällen der Vermieter ohne weiteres berechtigt ist, die höhere Miete zu fordern, ist das zwar auch in den unter 4 b genannten Fällen zulässig. Da indessen in diesen Fällen bisher die behördliche Kontrolle hinsichtlich der Zulässigkeit der Mieterhöhung fehlte, falls nicht das Mieteinigungsamt darüber entschieden hat, ist im Rund-erlaß 153 besonders darauf hingewiesen, daß die Mieterhöhung nur dann gerechtfertigt sein soll, wenn die Erhöhung wirklich im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen stehen. Es wird also in Zweifelsfällen möglich sein, derartige Mieterhöhungen nachprüfen zu lassen.

Die nach diesen Grundätzen am 15. Okt. 1937 geltende Miete bildet also fortan die Grundlage für die künftige Mietzinsberechnung. Hier von gibt es indessen zwei Ausnahmen:

1. Maßgebend für die Feststellung des Stopppreises ist der bis zum 30. Nov. 1936 vereinbart gewesene Stand. Daraus folgt, daß im Falle einer zwischenzeitlichen Absenkung des Miet- oder Pachtzinses trotz einer Steigerung bis zur Stoppmiete v. 30. Nov. 1936 ohne besondere Ausnahmegenehmigung zulässig ist. Galt also am 30. Nov. 1936 ein Mietzins von 50 RM und ist dieser in der Zwischenzeit auf 40 RM gesenkt, so darf bei einer Neuvermietung dennoch wieder der Preis von 50 RM genommen werden, ohne daß ein besonderer Antrag auf Genehmigung der Erhöhung gestellt zu werden braucht.

2. War vor dem 15. Okt. 1937 eine höhere Miete bereits vereinbart, die aber erst nachher in Kraft treten sollte, dann bleibt das gültig. Wenn also am 15. Okt. 1937 ein Mietzins von 45 RM gezahlt wurde, dieser aber durch Vereinbarung mit Wirkung v. 1. Jan. 1938 auf 50 RM festgesetzt war, vielleicht als Angleichung an die gesetzliche Miete, dann bleibt diese Vereinbarung zulässig. Es gilt auch hier der Satz, daß maßgebend der Abschluß des Vertrages, nicht der Zeitpunkt des Inkrafttretens ist.

Mit der Frage des Stichtags hängt eng zusammen die Streitfrage, ob derjenige Mietzins einer späteren Mietzinsberechnung zugrunde zu legen ist, der am Stichtag tat-

sächlich gezahlt wurde, oder derjenige, der vertraglich für diesen Tag vereinbart war. Beides kann sehr wohl verschieden sein. Beispielsweise kann im Mietvertrag ein Mietzins von 100 RM festgesetzt sein, während der Vermieter aus irgendwelchen Gründen sich am Stichtag mit einer geringeren Mietzahlung einverstanden erklärt hat. Das O. G. Berlin hat in einem neueren Urteil (v. 14. Aug. 1937, 282 S 2937/37) den Standpunkt vertreten, daß als Höchstpreis im Sinne der PreisstopB. d. nicht die geringere tatsächlich gezahlte Miete, sondern die höhere nach dem Vertrag zu zahlende Miete zu gelten habe. Den gleichen Standpunkt hat das O. G. Hamburg im Ur. v. 2. Sept. 1937 hinsichtlich eines befristeten Mietrabatts ausgesprochen. Beide Urteile begründen ihren Standpunkt damit, daß maßgebend der Mietzins sei, der am Stichtag „galt“. Beiden Urteilen ist zuzustimmen, da der Tatbestand in beiden Fällen ergab, daß die geringere Zahlung gegen den Willen des Vermieters erfolgte. Es „galt“ also in Wirklichkeit der vertraglich festgelegte höhere Mietzins. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, wie es in einigen Vermieterzeitschriften geschieht, daß in jedem Fall nur die im schriftlichen Vertrag festgelegte Miete gilt. Wenn sich der Vermieter am Stichtag ausdrücklich oder stillschweigend mit einer geringeren Miete begnügt hat, als sie im Vertrag vorgesehen war, dann „galt“ eben diese Miete. Nur dann, wenn dieser Nachlaß nur für einen bestimmten Zeitraum, der im voraus genau festgelegt war, gelten sollte, kann sich der Vermieter nach Ablauf der Befristung wieder auf die ursprüngliche Abmachung stützen, ohne eine Ausnahmegenehmigung nötig zu haben. In allen andern Fällen ist er an den mit seinem Einverständnis geschaffenen tatsächlichen Zustand gebunden und bedarf der Genehmigung der Preisbehörde, falls er wieder auf die vertragliche Miete heraufgehen will.

II. Untermiete

Zweifel sind entstanden hinsichtlich der mit der Untervermietung zusammenhängenden Fragen. Zu unterscheiden ist dabei einmal die Frage, ob überhaupt eine Untervermietung zulässig ist, sodann, ob hierfür ein Zuschlag seitens des Vermieters genommen werden darf. Die Frage, ob eine Untervermietung vom Vermieter gestattet werden muß, richtet sich in erster Linie nach der Bestimmung des BGB. Nach § 549 BGB. ist der Mieter ohne die Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten zu überlassen. An dieser Bestimmung ist durch die Preisvorschriften nichts geändert. Die früher in § 29 MietSchG. bestehende Vorschrift, daß die fehlende Erlaubnis des Vermieters durch das M. E. A. ersetzt werden kann, ist seit 1. April 1932 aufgehoben. Wenn also jetzt eine Untervermietung erstmalig stattfinden soll, gilt § 549 BGB.

Etwas anderes ist es, wenn am Stichtag die Untervermietung gestattet war. Dann bildet diese Gestattung einen Teil der Gegenleistung für den Mietzins. Da der Vermieter diese Gegenleistung nicht verschlechtern darf, ohne die Zustimmung der Preisbildungsbehörde zu haben, darf folgerichtig die Genehmigung der Untervermietung nicht ohne eine solche Erlaubnis widerrufen werden.

Hinsichtlich des Untermietzuschlags ist folgendes zu sagen: war am Stichtag das Untervermieten gestattet, ohne daß ein Mietaufschlag genommen wurde, so bleibt es dabei. Wurde dagegen ein Entgelt gezahlt, so kann es weiter in gleicher Höhe gefordert werden. Wird die Untervermietung neu gestattet, so konnte man früher der Ansicht sein, daß das ohne weiteres den Vermieter berechtige, einen angemessenen Aufschlag zu fordern, da ja der Gebrauch der Mieträume ein anderer wurde. Indessen hat schon früher der Reichskommissar den Standpunkt vertreten, daß auch in diesem Fall eine Ausnahmegenehmigung erteilt werden müsse. Daß diese Rechtsauffassung heute seit Inkrafttreten der 3. Ausf. B. d. die allein zutreffende ist, kann keinem Zweifel unterliegen, da ja nichts den Vermieter mehr berechtigt, Mieterhöhungen ohne behördliche Genehmigung vorzunehmen.

Die Gewährung eines angemessenen Zuschlags wird in der Regel der Billigkeit entsprechen.

III. Mietkautionen

Die Erhebung von sogenannten Mietkautionen oder Baukostenzuschüssen bleibt weiterhin gültig, wenn sie bis zum 30. Nov. 1936 zwischen den Vertragspartnern vereinbart war. Jede spätere Neuforderung solcher Mietkautionen ist i. S. der PreisstopV.D. genehmigungspflichtig. Hatte der erste Mieter einen Baukostenzuschuß als Darlehen gezahlt, so wird nichts dagegen einzuwenden sein, wenn der Nachmieter verpflichtet wird, außer der Mietzahlung diesen Zuschuß zu verzinsen. Eine Mehrleistung im Verhältnis zum Vormieter liegt in diesem Fall nicht vor.

IV. Verfahrensvorschriften

1. Vom 16. Okt. 1937 ab sind für die Entscheidungen, die auf Grund des § 3 PreisstopV.D. zu treffen sind, nicht mehr die Preisbildungsstellen, sondern die Stadt- und Landkreise zuständig. Alle bei den Preisbildungsstellen bis dahin anhängigen Verfahren sind daher an diese neuen Preisbehörden abzugeben und von diesen zu entscheiden. Materielle Schwierigkeiten in der Beurteilung der Streitfälle können sich hier nicht ergeben, da die Voraussetzungen des § 3 die gleichen geblieben sind, wie sie vorher waren. Ein Unterschied zwischen dem früheren und dem jetzigen Verfahren besteht lediglich darin, daß das Verfahren vor der Preisbildungsstelle gebührenfrei war, während die jetzt zuständigen Behörden berechtigt sind, Gebühren für die Entscheidungen zu erheben.

2. Schwieriger stellte sich die Rechtslage, wenn am 16. Okt. 1937 ein Verfahren vor dem M.G.L. schwebte. Zu unterscheiden ist dabei, ob es sich um ein Verfahren auf Grund des RMietG. handelte, beispielsweise mit dem Ziel der Erhöhung der Friedensmiete, oder ob es ein Verfahren war, das sich auf Abschnitt III der 1. W. zur PreisstopV.D. stützte. War das Verfahren vor dem M.G.L. am 16. Okt. 1937 noch nicht abgeschlossen, so kann es, wenn es auf Grund der 1. W. zur StopV.D. anhängig war, nicht mehr weiter geführt werden, da die Rechtsgrundlage für eine Entscheidung in diesem Falle fehlen würde. Das Verfahren muß in diesem Fall vor dem M.G.L. sein Ende finden. Den Parteien muß es überlassen bleiben, das Verfahren bei der jetzt zuständigen Preisbehörde weiterzuführen. Die bisher beim M.G.L. entstandenen Vorgänge werden in solchen Fällen zweckmäßigerweise an die neue Behörde abgegeben.

Handelt es sich dagegen um ein Verfahren auf Grund des RMietG., das noch nicht abgeschlossen ist, so kann das M.G.L. in der Sache selbst weiter verhandeln und entscheiden. Eine höhere Festsetzung der Friedensmiete würde indessen zu einer Mieterhöhung führen. Für diese Entscheidung ist nicht allein das M.G.L. zuständig, sondern es bedarf nunmehr auch der Zustimmung der Preisbehörde.

Zweifelhaft kann es nur sein, ob die Zustimmung der Preisbehörde schon für die Erhöhung der Friedensmiete durch das M.G.L. oder erst für die Geltendmachung der auf dieser

Entscheidung beruhenden höheren Mietforderung des Vermieters erforderlich ist. Man wird sich für die erste Möglichkeit entscheiden müssen. Denn nach § 15 RMietG. erhöht sich im Falle einer Erhöhung der Friedensmiete durch das M.G.L. die tatsächliche Miete kraft Gesetzes vom ersten Mietzahlungstermin ab, der auf die Stellung des Antrags erfolgt. Diese Bestimmung ist gemäß § 19 RMietG. unabhängig. Der Mieter ist also von da ab zur Zahlung der höheren Miete verpflichtet, ohne daß es noch einer Rechtsbehandlung des Vermieters bedarf. Daraus folgt, daß die Genehmigung erfolgen muß, bevor das M.G.L. seine Entscheidung fällt. Dieses hat also das Verfahren auszuweisen und sich zunächst mit der Preisbehörde in Verbindung zu setzen. Erst wenn deren Zustimmung vorliegt, kann eine Erhöhung vom M.G.L. erfolgen. Diesem Verfahren ist auch um deswillen der Vorzug zu geben, um zu vermeiden, daß zwar das M.G.L. zunächst die Friedensmiete erhöht, nachträglich aber die Preisbehörde die Zustimmung versagt. Auch in Pachtverhältnissen, wo die Rechtslage ähnlich ist, wird bereits in der hier vorgeschlagenen Weise verfahren.

Die hier angeführten Gründe treffen allerdings nicht zu in dem kürzlich vom RG. entschiedenen Fall (RG. v. 22. Sept. 1937: JW. 1937, 2832), in dem eine Festmiete vereinbart war und die Erhöhung der Friedensmiete lediglich zu andern Zwecken erfolgen sollte, z. B. um zu erreichen, daß die betreffende Wohnung nicht mehr unter das MSchG. fallen soll. In solchem Fall wird eine Mitwirkung der Preisbehörde überhaupt nicht erforderlich sein, weil die Erhöhung der Friedensmiete, wenn damit keine höhere Mietzahlung erstrebt wird, überhaupt keine Preiserhöhung ist.

3. Wenn das Verfahren vor dem 16. Okt. 1937 bereits rechtskräftig abgeschlossen war, so bleibt die Entscheidung selbstverständlich gültig. Zu einer daraufhin vorgenommenen Mietzinserhöhung würde eine Genehmigung der Preisbehörde nicht erforderlich sein (§ 15 RMietG.).

War dagegen das Verfahren vor dem M.G.L. am 16. Okt. 1937 zwar beendet, die Entscheidung aber noch nicht rechtskräftig, dann würde gegen diese Entscheidung die Einlegung der Rechtsbeschwerde zulässig sein. Das VG. als Beschwerdeinstanz würde nicht gehindert sein, über die Entscheidung des M.G.L. weiter zu entscheiden, da es lediglich die Stellung als Revisionsgericht hat. In der Revisionsinstanz ist aber nach anerkannter Rechtsprechung lediglich nachzuprüfen, ob die Tatsacheninstanz das damals bestehende Recht richtig angewandt hat. Bei einer Änderung der Gesetzgebung ist in solchen Fällen das frühere Recht, nicht das neue Recht anzuwenden (vgl. RGZ. 63, 143).

Würde das VG. allerdings an das M.G.L. zurückverweisen, müßte dies nunmehr im neuen Verfahren nach neuem Recht entscheiden.

Soweit hinsichtlich der Auslegung der bisher ergangenen Bestimmungen noch Zweifel bestehen, ist zu erwarten, daß der RPr. diese in einem weiteren Erlaß klärt.

Gewährung von Zahlungsfristen bei der Verurteilung im bürgerlichen Rechtsstreit

Von Ministerialdirektor i. R. Lindemann, Berlin

Die Befugnis, dem Schuldner bei der Verurteilung Zahlungsfristen zu gewähren, hat die geltende ZPO. dem erkennenden Gericht nicht gewährt; § 14 Abs. 2 Nr. 4 EO-ZPO. hebt derartige Vorschriften der Landesgesetze ausdrücklich auf. Gleichwohl mehrten sich in neuerer Zeit die Stimmen, die die Gewährung einer solchen Befugnis befürworteten, namentlich mit Rücksicht auf das natürliche Volksempfinden, dem die Beschränkung des entscheidenden Richters auf die bloße Urteilsfindung ohne Rücksicht auf die Auswirkung der Vollstreckung seines Urteils fremd sei. Eine Prüfung der

Frage, ob nicht die ZPO. mit ihrer strengen Scheidung zwischen den Befugnissen des erkennenden Gerichts und des Vollstreckungsgerichts zu weit gegangen ist, erscheint nicht unnötig.

Wohl jedem Zivilprozeßrichter wird es in seiner Tätigkeit nicht eben selten vorgekommen sein, daß sich der bei Verkündung des Urteils anwesende verurteilte Schuldner an ihn mit der Bemerkung wendete: „Aber auf einmal kann ich das doch nicht bezahlen!“, worauf der Richter pflichtgemäß nur erwidern konnte: „Wenn Sie Zahlungsfristen haben wollen, müssen Sie sich an Ihren Gläubiger wenden“, ein etwas

magerer Trost, da der Gläubiger im Triumph des endlich erfochtenen Sieges häufig nicht gerade geneigt sein wird, Großmut zu üben. Dabei liegt die Sache doch nicht selten so, daß der Schuldner sich gegen die Zahlung durchaus in gutem Glauben sträubte und die Forderung des Gläubigers nicht über jeden Zweifel erhaben war. Kommt nun gar noch hinzu, daß der Schuldner in erster Instanz obgesiegt hatte und vom LG. oder OLG. erst in zweiter Instanz verurteilt wird, so ergibt sich beim LG. und in einer nicht revidiblen Sache auch beim OLG. für den Schuldner die sehr unerfreuliche, von ihm nicht verschuldete Lage, sofort eine für ihn vielleicht kaum erschwingliche Summe bar zahlen oder schon am nächsten Tage den Besuch des Gerichtsvollziehers erwarten zu müssen, was wahrscheinlich seinen kaufmännischen Kredit für immer untergraben wird. Es läßt sich also nicht leugnen, daß in zahlreichen Fällen, z. B. namentlich bei Schadenersatzansprüchen, illiquiden Erbschafts- und Teilungsfreitigkeiten, die Verurteilung des Schuldners zu fristloser Zahlung eine kaum zu rechtfertigende Härte bedeutet. Die mangelnde Befugnis des Gerichts, dem Schuldner bei der Verurteilung Ratenzahlungen zu gestatten, führt auch zu der in der Praxis hin und wieder zu beobachtenden unerfreulichen Erscheinung, daß der Schuldner die Zahlungsfrist, die er nicht offen beantragen kann, auf Schleichwegen dadurch zu erreichen sucht, daß er die Urteilsfindung durch fadenscheinige Einwendungen hinauszuziehen sucht.

Die meisten der älteren Prozeßordnungen trugen diesen Erscheinungen des Rechtslebens, die für eine Erweiterung der Befugnisse des erkennenden Richters in der zur Erörterung stehenden Richtung sprachen, Rechnung. Die alte preussische Prozeßordnung¹⁾ sah die Rechtswohlthat des „Specialmoralitorii“ oder „Specialindults“ vor mit der Absicht, „einem Schuldner, welcher an sich noch des Vermögens ist, seine Gläubiger zu befriedigen, den aber gewisse vorübergehende Umstände, ihnen sofort bar und auf einmal Zahlung zu leisten, verhindern, durch Gestattung einer gewissen Nachsicht in den Stand zu setzen, daß er den Forderungen dieser seiner Gläubiger ohne seinen Ruin ein Genüge leisten könne“, und schrieb vor, daß auf das Spezialmoralitorium sofort bei der Einlassung und Antwort auf die Klage „provociert“ werden könne. Der Code civil²⁾ und ihm folgend das Badische Landrecht bestimmte, daß die Richter mit Rücksicht auf die Lage des Schuldners mäßige Zahlungsfristen gestatten und, während alles in dem bisherigen Zustande bleibe, der Vollstreckung des gerichtlichen Verfahrens Einhalt tun könnten; doch sollten sie sich dieser Befugnis nur mit großer Vorsicht bedienen. Bei Erlass der ZPO. hat der Gesetzgeber alle diese Vorschriften beseitigt mit der Begründung, daß sie der Tendenz der ZPO., eine rasche und energische Rechtshilfe zu gewähren, zuwiderliefen³⁾. Erst bei Ausbruch des Weltkrieges besann man sich wieder auf die Verpflichtung, den Schuldner gegenüber dem andrängenden Gläubiger nicht ohne jeden Schutz zu lassen, da die durch den Kriegsausbruch entstandene tiefgreifende Störung des Wirtschaftslebens besonders dringend Abhilfe erforderte. Die BundesratsVO. v. 7. Aug. 1914 schrieb vor, daß das Prozeßgericht, wenn Gegenstand des Rechtsstreits eine vor dem 31. Juli 1914 entstandene Geldforderung war, auf Antrag des Beklagten eine mit der Verkündung des Urteils beginnende Zahlungsfrist von drei Monaten im Urteile bestimmen könne, wenn die Lage des Beklagten diese Bestimmung rechtfertige und die Zahlungsfrist dem Kläger nicht einen unverhältnismäßigen Nachteil bringe. Die Fristbestimmung konnte für den Gesamtbetrag oder für einen Teilbetrag der Forderung erfolgen und von der Leistung einer nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmenden Sicherheit abhängig gemacht werden. Auch diese Vorschrift hat, da sie sich nur auf vor dem 31. Juli 1914 entstandene Geldforderungen bezog, ihre Bedeutung verloren.

Dieser kurze historische Rückblick zeigt, daß die Bewilligung von Zahlungsfristen bei der Verurteilung im bürgerlichen Rechtskreis keineswegs etwas Unerhörtes und völlig Systemwidriges ist. Es ist verfehlt, wenn man in neuerer Zeit die Verurteilung zu Ratenzahlungen mit der Erwägung bekämpft⁴⁾, daß das erkennende Gericht nur die Berechtigung des Anspruchs nach materiellem Recht zu prüfen habe und, wenn das materielle Recht dem Schuldner keine Frist gewähre, es eine solche auch nicht unter Beeinträchtigung des fälligen Anspruchs des Gläubigers gewähren dürfe. Diese Erwägung würde allerdings dann, aber auch nur dann zutreffen, wenn das Verfahren bis zum Urteil nur den Zweck und Erfolg hätte, den Anspruch nach materiellem Recht festzustellen. Die Wirkung des Urteils geht aber viel weiter. Nach § 704 Abs. 1 ZPO. findet aus Endurteilen, welche rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind, die Zwangsvollstreckung statt. Der Richter stellt also nicht nur die Berechtigung der Forderung fest, sondern leiht auch dem Gläubiger den starken Arm des Staats zur sofortigen Verwirklichung seines Anspruchs. Die ZPO. verfährt also doch wohl reichlich doktrinär — was man übrigens auch bei einigen anderen Gelegenheiten feststellen kann —, wenn sie Erkenntnisverfahren und Vollstreckung streng sondert und alles, was nach „Vollstreckungsschutz“ aussieht, in das dem Urteil nachfolgende Vollstreckungsverfahren verweist. Systematisch gesehen handelt es sich bei der Gewährung von Zahlungsfristen zugleich mit der Verurteilung nicht um eine Schmälerung des materiellen Anspruchs des Gläubigers, sondern sein nach materiellem Recht fälliger Anspruch wird zwar festgestellt, zugleich aber gewährt der Richter diesem Anspruch die Vollstreckung nur mit gewissen Einschränkungen. Er bestimmt, daß der Gläubiger nur nach Maßgabe der im Urteil zu treffenden Feststellungen wegen der jeweils fälligen Raten vollstrecken kann. Darin liegt keinerlei Beeinträchtigung des materiellen Rechts des Klägers, ebensowenig wie eine solche Beeinträchtigung in anderen Vollstreckungsschutzmaßnahmen des Vollstreckungsgerichts zu finden ist. Es liegt auch keine Systemwidrigkeit darin, eine solche Befugnis — die natürlich eine Prüfungspflicht des Gerichts begründet — dem erkennenden Richter zu geben, denn dieser hat ja auch sonst nach §§ 708 ff. ZPO. über die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit zu entscheiden.

Liegen hiernach theoretische Bedenken gegen die Gewährung der Befugnis an das Prozeßgericht, die Vollstreckung eines von ihm zuerkannten Anspruchs nur wegen der vor ihm festgestellten Raten zu gewähren, nicht vor, so bleibt nur zu prüfen, ob etwa praktische Bedenken entgegenstehen. Es ist richtig, daß die im wesentlichen auf billiger Abwägung der Vermögenslage von Gläubiger und Schuldner beruhenden Schutzmaßnahmen⁵⁾ sich den wechselnden Verhältnissen leicht anpassen müssen und daß das Mittel der Abänderungsklage nach § 323 ZPO. zu schwerfällig ist, um eine entsprechende Abänderung der Fristsetzung des Urteils zu erlangen. Zudeffen zwingt ja auch nichts den Gesetzgeber, nur den Weg des § 323 ZPO. zur Abänderung des in Rede stehenden Urteilsinhalts zu eröffnen. Entschließt man sich, bereits dem erkennenden Richter die Befugnis zur Gewährung von Vollstreckungsfristen einzuräumen, so wird zur Abänderung dieser Bestimmung wegen veränderter Umstände ein von Formlichkeiten freies, beschleunigtes Verfahren zuzulassen sein. Ob man dies Verfahren dem Prozeßgericht oder dem Vollstreckungsgericht zuweist, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit, bei der systematische Erwägungen nicht den Ausschlag geben dürfen. Auch eine Verzögerung der Urteilsfindung würde durch die Zulassung der Gewährung von Vollstreckungsfristen nicht einzutreten brauchen. Solche Fristen würden wohl selbst-

¹⁾ Braun: ZW. 1937, 2816.

¹⁾ Koch, „Das preussische Zivilprozeßrecht“, Titel 47, §§ 1 und 7.

²⁾ Art. 1244 Abs. 2 c. c.

³⁾ Begr. d. Entwurfs (II) nach den Beschlüssen des Bundesrats S. 390.

⁵⁾ Vgl. über Anordnung von Zahlungsfristen § 18 Vollstr. ZPO.: „wenn dies nach der Persönlichkeit und den wirtschaftlichen Verhältnissen des Schuldners und der Art der Schuld angemessen erscheint und nicht überwiegende Befange des Gläubigers entgegenstehen.“

verständlich nur auf Antrag des Schuldners zu gewähren sein. Die Stellung eines solchen Hilfsantrags würde dem Gläubiger Gelegenheit geben, alle zur Abwehr dieses Antrags geeigneten Tatsachen rechtzeitig vorzubringen, so daß das Gericht in der mündlichen Verhandlung auch in dieser Beziehung ein klares Bild der Sachlage ohne Verzögerung gewinnen kann, zumal wenn für das beiderseitige Vorbringen nur Glaubhaftmachung verlangt wird. Natürlich würde der Antrag des Schuldners auf Gewährung von Fristen nicht in allen Prozeßarten zuzulassen sein. Wechsel- und Scheckprozeß schließen ihrer Natur nach die Gewährung von Vollstreckungsfristen aus; dies wäre, um unnötige Erörterungen über eine eigentlich selbstverständliche Sache zu vermeiden, ausdrücklich auszusprechen. Um dem Gläubiger Schutz dagegen zu gewähren, daß durch eine während des Fristenlaufs eintretende Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners die zur Zeit der Urteilsfällung noch vorhandene Vollstreckungsmöglichkeit schwindet, wäre dem Gericht die weitere Be-

fugnis einzuräumen, die Fristbewilligung von einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheit abhängig zu machen.

Man sieht also, daß weder theoretische noch praktische Bedenken gegen die Gewährung von Zahlungsfristen in dem oben entwickelten Sinne bestehen. Festzuhalten ist nur stets, daß es sich nicht um eine im materiellen Recht begründete Frist für die Leistung des Schuldners handelt, sondern lediglich um eine verfahrensrechtliche Einschränkung der Zwangsvollstreckung, die der erkennende Richter in geeigneten Fällen vorsehen kann, aber nicht anordnen muß. Es würde verfrüht sein, auch noch die Form zu erörtern, in der die Zahlungsfrist oder besser die Beschränkung der Vollstreckung des Urteils auf Ratenzahlungen im Urteil zum Ausdruck zu bringen wäre. Hier sollten nur die Grundzüge klargestellt werden, nach denen man einem wohl kaum zu bestreitenden, im sozialen Empfinden des Volkes hervortretenden Bedürfnisse genügen kann.

Der Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre

Ein Überblick über Rechtsprechung und Schrifttum

Von Assessor Rudolf Leppin, Berlin

I. Rassenmäßige Voraussetzungen der Beteiligten	3076
1. Jude	3076
2. Zugehörigkeit zur jüdischen Religionsgemeinschaft	3077
3. Deutschblütig	3077
4. Prüfung im Strafverfahren	3077
5. Besondere Eigenschaften der Beteiligten	3077
II. Außerrechtlichen Geschlechtsverkehr	3078
1. Die vollendete Tat	3078
2. Versuch und Vorbereitungshandlung	3079
3. Auslandsstat	3079
III. Die Schuld	3080
IV. Die Strafe	3080
V. Strafverfahren	3081
VI. Besondere Fälle	3081
1. Teilnahme	3081
2. Tateinheit, Fortsetzungszusammenhang	3081
3. Doppelstaater	3081

*

Seit zwei Jahren ist das BlutschutzG. in Kraft. Die große Zahl der inzwischen anhängig gewordenen und mit Verurteilung rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahren wegen Rassenchande zeigt, wie notwendig der Erlaß dieses Gesetzes war, um das deutsche Volk vor einer blutsmäßigen und seelischen Vergiftung zu bewahren. Freilich, Strafgesetze allein vermögen hier keine Änderung zu schaffen; die Tatsache, daß trotz der hohen angedrohten Strafen immer wieder Rassenchande getrieben wird und daß über 82% der Täter Juden sind (vgl. für das erste Jahr der Geltung des BlutschutzG. DZ. 1936, 1008; von den nachstehend verwerteten Entscheidungen betrafen 84,8% jüdische Täter), beweist, daß der Jude nicht gewillt ist, von seinem verbrecherischen Treiben zu lassen¹⁾.

¹⁾ Freisler berichtet in DStrM. 1936, daß vom 15. Sept. 1935 bis 15. Okt. 1936, also innerhalb rund eines Jahres, 299 rechtskräftig auf Strafe lautende Urteile wegen Verbrechens gegen § 2 BlutschutzG. ergangen waren, während — nicht gerechnet die Ermittlungsverfahren — 125 Verfahren schwebten. Der überwiegende Teil der Täter waren Juden.

Andererseits wird daraus deutlich, daß auch heute noch Angehörige des Deutschen Reiches gewissenlos die Ehre des deutschen Volkes mit Füßen treten und — selbst bar jeden Ehrgefühls — sich an Juden hingeben. Neben der Strafverfolgung, die sich ja nur in den seltensten Fällen auf die beteiligten deutschen Frauen erstreckt, muß also immer wieder und noch dringlicher Aufklärungs- und Erziehungsarbeit zu leisten sein, damit das schändlichste Verbrechen — Rassenverrat und Rassenerschändung — restlos ausgeremert wird, damit der verbrecherische Wille der Juden kein bereites Opfer mehr findet, damit kein deutscher Mann sich und sein Volk im Verkehr mit einer Jüdin entwürdigt. Den deutschen Gerichten aber fällt die verantwortungsschwere Aufgabe zu, das BlutschutzG. als eine scharfe Waffe des deutschen Volkes so anzuwenden, daß es einen wirksamen Schutz gegen Rassenerschändung und Rassenverrat bietet.

Die nachstehende Übersicht beschränkt sich auf die §§ 2, 5 BlutschutzG.; Zuwiderhandlungen gegen § 1 (Eheverbot) und § 4 (Flaggverbot) sind bisher nicht bekannt geworden. Diese Fälle bieten auch keine Schwierigkeiten, so daß von ihrer Erörterung hier abgesehen werden kann. § 3 BlutschutzG. wird demnächst in einem weiteren Aufsatz behandelt werden.

§ 2 BlutschutzG.: Außerrechtlichen Geschlechtsverkehr zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes ist verboten.

I. Rassenmäßige Voraussetzungen der Beteiligten

1. Jude

Jude ist, ohne Rücksicht auf seine Staatsangehörigkeit, wer von vier oder drei der Rasse nach volljüdischen Großeltern abstammt (§ 5 Abs. 1 der 1. W.D. z. RWürgerG.); als volljüdisch gilt ein Großelternanteil, wenn er der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört hat (§ 2 Abs. 2 Satz 2 der 1. W.D. z. RWürgerG.). Diese gesetzliche Vermutung ist, wie aus den Worten der W.D. „gilt ohne weiteres“ folgt, unwiderleglich. Ein Großelternanteil, der rassistisch deutschblütig war, aber der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört hat, gilt daher für die rassistische Bewertung seines Erbes als volljüdisch (ebenso Stuckart-Globke S. 64 Ziff. 8; Güttlingen-Masfeller, „Blutschutz- und EhegesundhG.“, S. 197 zu b).

Andererseits ist ein Großelternanteil nicht volljüdisch, wenn er — ohne der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört zu

haben — nicht selbst von 4 oder 3 volljüdischen Großeltern abstammt; eine Zusammenzählung der Blutzteile mehrerer Großeltern teile findet nicht statt, jeder Großeltern teil für sich gewertet (ebenso Stuckart-Globke S. 63 Ziff. 6 und Gütt-Linden-Mascheller S. 197). Dagegen muß die unwiderlegliche Vermutung des § 2 Abs. 2 Satz 2 der 1. WD. z. RWürgerG. auch für die rassistische Einordnung der Großeltern teile desjenigen gelten, dessen rassistische Bewertung in Frage steht. Beispiel: Jemand hat zwei rassistisch volljüdische Großeltern teile, einen deutschblütigen und einen Großeltern teil, der selbst nicht der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört, jedoch seinerseits von zwei rassistisch volljüdischen und einem nicht-rassistischen, aber der jüdischen Religionsgemeinschaft angehörenden Großeltern teil abstammt; in diesem Fall gilt der Ururgroßvater des rassistisch zu Beurteilenden als volljüdisch, dann aber ist auch der dritte Großeltern teil als von drei volljüdischen Großeltern teilen abstammend Jude und somit ebenfalls der rassistisch Einzuordnende, da auch er danach von drei volljüdischen Großeltern teilen abstammt. Insoweit kann der Auffassung von Stuckart-Globke (S. 63, im Widerspruch zu S. 65 unten) nicht gefolgt werden, die der Ansicht zu sein scheinen, daß durch § 2 Abs. 2 der 1. WD. z. RWürgerG. ein Zurückgehen auf entferntere, vor den Großeltern liegende Vorfahren generationen ausgeschlossen sei. Auch die rassistische Einordnung der Großeltern hat nach Maßgabe des § 5 der genannten WD. zu erfolgen (ebenso Stuckart-Globke S. 65/66, anscheinend im Widerspruch zu S. 63).

Als Jude gilt der staatsangehörige jüdische Mischling, der von zwei volljüdischen Großeltern abstammt (Mischling 1. Grades) und am 15. Sept. 1935 der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört hat oder danach in sie aufgenommen wird, oder am 15. Sept. 1935 mit einem Juden verheiratet war, oder sich danach mit einem Juden verheiratet, oder aus einer nach dem 16. Sept. 1935 geschlossenen Ehe mit einem Juden stammt, oder aus dem außerehelichen Verkehr mit einem Juden stammt und nach dem 31. Juli 1936 außerehelich geboren wird (§ 5 Abs. 2 der 1. WD. z. RWürgerG.). Ausländische Mischlinge 1. Grades, bei denen diese Voraussetzungen vorliegen, gelten nicht als Juden (Ammon: JW. 1936, 2962; Stuckart-Globke S. 75).

2. Zugehörigkeit zur jüdischen Religionsgemeinschaft

Die Zugehörigkeit zur jüdischen Religionsgemeinschaft ist nach objektiven Merkmalen zu beurteilen; ein solches äußeres Merkmal ist die Eintragung in die Liste der Synagogengemeinden (RG. 2 D 164/37 v. 22. April 1937) und die Zahlung von jüdischen Kultussteuern und die trotz Kenntnis nicht beanstandete Führung in den Listen einer jüdischen Synagogengemeinde (RG. 3 D 445/36 v. 2. Sept. 1936), ferner die Angabe der Religionszugehörigkeit in polizeilichen Meldelisten als „mosaisch“, die Aufnahme in die Synagogengemeinde nach jüdischem Ritus, Beschneidung u. a. (RG. 3 D 273/37 v. 21. Juni 1937). Die innere Einstellung zur jüdischen Religion ist belanglos; wer in die jüdische Religionsgemeinschaft aufgenommen worden ist und nicht formell ausgeschlossen ist, der gehört ihr an, auch wenn er stets am christlichen Religionsunterricht teilgenommen und der christlichen Religion zugeneigt hat (RG. 2 D 763/36 v. 7. Jan. 1937; 3 D 1053/36 v. 8. Febr. 1937).

Die Zugehörigkeit zur jüdischen Religionsgemeinschaft ist nur für Großeltern teile und für Mischlinge 1. Grades von Bedeutung, für andere nicht. Die Religionszugehörigkeit gibt daher für sich allein noch keinen ausreichenden Anhalt für die Rassezugehörigkeit (von der gesetzliche Vermutung für Großeltern teile — oben — abgesehen): RG. 1 D 775/36 vom 15. Jan. 1937.

3. Deutschblütig

Der andere Beteiligte muß deutschen oder artverwandten Blutes (deutschblütig) sein; der staatsangehörige (oder staatenlose, § 15 der 1. AusfWD. z. BlutschutzG.) jüdische Mischling mit nur einem volljüdischen Großeltern teil (Mischling 2. Grades) ist dem Deutschblütigen bzgl. § 2 BlutschutzG.

gleichgestellt (§ 11 Satz 2 der 1. AusfWD. z. BlutschutzG.). Er muß ferner entweder deutscher Staatsangehöriger im Sinne des § 1 RWürgerG. sein oder aber staatenlos mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt im Inland; Staatenlose, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben, fallen nur dann unter das BlutschutzG. und seine Ausführungsverordnungen, wenn sie früher die deutsche Staatsangehörigkeit bejessen haben (§ 15 der 1. WD. z. BlutschutzG.).

4. Prüfung im Strafverfahren

Die Rassezugehörigkeit und Staatsangehörigkeit der Beteiligten muß vom Instanzgericht sorgfältig geprüft und einwandfrei festgestellt werden (RG. 2 D 633/36 v. 12. Okt. 1936). Die Rechtsgültigkeit der Einbürgerung darf aber nach Ausfälligung der Urkunde nicht nachgeprüft werden (RG. 5 D 302/37 v. 7. Juni 1937). Für die Prüfung gilt zwar die Regel der freien Beweiswürdigung (§ 261 StPD., RG. 2 D 282/36 v. 25. Mai 1936, 1 D 988/36 v. 26. Jan. 1937); es bedarf aber nicht in jedem Fall eines vom Gericht aufzustellenden Stammbaums (RG. 2 D 633/36 v. 12. Okt. 1936), ebenso ist es in das pflichtmäßige Ermessen des Gerichts gestellt, ob es ein Sachverständigen Gutachten von der Reichsstelle für Sippenforschung einholen will (RG. 4 D 24/37 v. 29. Jan. 1937); aber das Gericht darf sich nicht nur auf die Angaben der Beteiligten, zumal des Angeklagten verlassen (RG. 2 D 282/36 v. 25. Mai 1936; 4 D 15/37 v. 22. Jan. 1937), wenn diese nicht durch sonstige Umstände bestätigt oder ergänzt werden (RG. 2 D 633/36 v. 12. Okt. 1936). Festgestellt werden müssen auch die Merkmale der Staatenlosigkeit (§ 15 der 1. AusfWD. z. BlutschutzG.), da sie Tatbestandsmerkmale sind; eine Rechtsvermutung, daß jemand im Zweifel staatenlos sei, gibt es nicht (RG. 4 D 15/37 vom 22. Jan. 1937).

Falsch ist die Annahme (RG. 2 D 633/36 v. 12. Okt. 1936), daß regelmäßig eine Verurteilung aus §§ 2, 5 Abs. 2 BlutschutzG. nur möglich ist, wenn der eine Beteiligte mindestens zu 75% Bluteile Jude und der andere Beteiligte deutscher Staatsangehöriger nach § 1 RWürgerG. und mindestens zu 75% deutschblütig ist. Der nach § 5 Abs. 2 der 1. WD. z. RWürgerG. als Jude geltende staatsangehörige Mischling 1. Grades kann ebenfalls an der Rassenhande beteiligt sein, er hat aber nur 50% jüdische Bluteile, möglicherweise sogar nur 25% (§ 2 Abs. 2 Satz 2 der WD., Großeltern: Volljude und deutschblütig, aber jüdische Religionsgemeinschaft, deutschblütig und deutschblütig, Enkel zur jüdischen Religionsgemeinschaft gehörig). Hinsichtlich des deutschblütigen Teilnehmers bedarf es nicht immer der Staatsangehörigkeit, da das BlutschutzG. auch auf Staatenlose Anwendung findet (§ 15 der 1. AusfWD. z. BlutschutzG.). Die Ausführungen des RG. dürften auch nur auf den jenem Urteil zugrunde liegenden Fall abgestellt sein (wie die Fassung des Rechtsfases JW. 1936, 3472⁵⁰ ergibt), für den sie zutrafen; sie dürften aber keinesfalls verallgemeinert werden, wie dies in der Fassung des Rechtsfases im „Jahrbuch des Deutschen Rechts“ 1937 S. 340 Nr. 3 und in RG. 4 D 15/37 v. 22. Jan. 1937 geschehen ist. Überhaupt ist es ratsam, von Hundertteilen jüdischen oder deutschen Blutes nicht zu sprechen; 75% jüdische Bluteile hat nämlich auch ein Mensch, der zwei volljüdische und zwei halb-jüdische Großeltern teile hat: $100 + 100 + 50 + 50$, er ist aber nur Jude, wenn

4
mindestens einer der halb-jüdischen Großeltern teile der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört hat. Andernfalls ist er es nicht, da eine Zusammenrechnung nicht stattfindet. Richtigerweise verwendet man vielmehr die Maßstäbe des Gesetzes und sagt statt 75% jüdischer Bluteile „Abstammung von drei volljüdischen Großeltern“.

5. Besondere Eigenschaften der Beteiligten

Tatbestandsmäßig kommt es nur auf die Erfüllung der rassistischen Voraussetzungen an (RG. 1 D 542/36 und 1 D 515/36, beide v. 21. Juli 1936); die charakteristische Bewer-

tung der Beteiligten ist in dieser Hinsicht ebenso bedeutungslos wie ihre äußere oder innere Stellung zu den Rassen und ihre Fortpflanzungsfähigkeit oder -unfähigkeit. Daher ist es völlig belanglos, ob die beteiligte Frau eine Dirne ist; denn das BlutschußG. schützt nicht die Rassenchre und Rassenreinheit des einzelnen, sondern es schützt die ideale Rassenchre und den tatsächlichen Rassenbestand des deutschen Volkes. Ein Angriff auf das deutsche Blut und die deutsche Ehre kann deshalb auch dann vorliegen, wenn der Staatsangehörige deutschen Blutes selbst unwürdig und artvergeffen ist (RG. 2 D 558/36 v. 7. Jan. 1937), was im übrigen für den an der Rassenschande beteiligten Deutschblütigen regelmäßig zutrifft. Das Verbrechen der Rassenschande wird nicht an, sondern mit der beteiligten Frau, aber am deutschen Volke begangen (Leppin: JW. 1936, 1219). Jede andere Auffassung ist unmöglich, da man andernfalls, wenn der Täter deutschblütig ist, zu der Ansicht kommen müßte, daß der Schutz auch der jüdischen Rasse gelte. Täter der Rassenschande sind — von den Fällen der Unzucht (§ 177 StGB.) und des Beischlafs mit einer Willenslosen (§ 176 Ziff. 2 StGB.) abgesehen — Mann und Frau; beider Tun ist gleich verwerflich. Beider Tun ist verboten; das Gesetz verbietet nicht etwa nur dem Mann, Rassenschande oder Rassenverrat zu begehen. Das Verbot ist schlechtthin ausgesprochen; es trifft jeden außerehelichen geschlechtlichen Verkehr zwischen Juden und deutschblütigen Staatsangehörigen oder Staatenlosen. Das Verbot trifft daher auch die widernatürliche Unzucht zwischen Männern wie zwischen Frauen, wenn die rassistischen Voraussetzungen erfüllt sind. Bei der Schaffung des Gesetzes wird an diese Fälle allerdings nicht gedacht worden sein; die Fassung der Bestimmungen läßt vielmehr darauf schließen, daß nur an den Verkehr zwischen Mann und Frau gedacht worden ist. Das Gesetz hat aber bewußt und ausdrücklich — aus welchen Gründen kann dahingestellt bleiben (vgl. hierzu W Leisbach: DR. 1936, 258) — lediglich das Tun des Mannes unter Strafe gestellt. Unbeachtlich ist, wenn die deutschblütige Frau, mit der ein Jude Rassenschande treibt, mit einem anderen Juden verheiratet ist (RG. 6 D 52/36 v. 12. Febr. und 6. März 1936); das gleiche gilt, wenn die beteiligte Frau die geschiedene Ehefrau des Rassenschänders ist, wenn also der früher mit einer deutschblütigen Frau verheiratete Jude nach der Scheidung die geschlechtlichen Beziehungen zu ihr wieder aufnimmt (RG. 2 D 164/37 vom 22. April 1937). Daß die beteiligte weibliche Person geschlechtsreif sein muß, ist gleichfalls nicht erforderlich (RG. 1 D 876/36 v. 9. Febr. 1937). Ebenso ist es für die Strafbarkeit ohne Belang, wenn einer der Beteiligten unfruchtbar ist (RG. 1 D 542/36 und 1 D 515/36, beide v. 24. Juli 1936). Die Frau kann also als Mittäter nicht bestraft werden. (Wegen Strafbarkeit der Frau aus anderen Gründen vgl. unter VI, 1.)

II. Außerehelicher Geschlechtsverkehr

1. Die vollendete Tat

Strafbar ist der außereheliche Geschlechtsverkehr (§§ 2, 5 BlutschußG., § 11 Satz 1 der 1. AusfW. z. BlutschußG.).

Nicht strafbar ist derjenige Verkehr, der nicht geschlechtlich ist, also z. B. rein gesellschaftlicher Verkehr; dieser Verkehr war auch nicht etwa v. 15. Sept. 1935 bis zum 14. Nov. 1935 (dem Erlaß der klarstellenden AusfW.) nach § 2 BlutschußG. strafbar (RG. 1 D 373/36 v. 15. Jan. 1937). Der gesellschaftliche Verkehr mit Juden ist zwar vom Gesichtspunkt des Rassenstolzes aus verwerflich, aber er fällt nicht unter die Strafbestimmungen des BlutschußG. (ebenso Stuckart-Globke S. 112; Maßfeller S. 210). Er kann auch nicht mit Hilfe des § 2 StGB. unter Strafe genommen werden; denn in § 11 der 1. AusfW. z. BlutschußG. ist ausdrücklich klargestellt worden, daß „nur“ der Geschlechtsverkehr verboten ist (RG. 1 D 373/36 v. 15. Jan. 1937).

Darüber, was unter „Geschlechtsverkehr“ im Sinne des § 2 BlutschußG. in Verbindung mit § 11 der 1. AusfW.

zu verstehen ist, bestand anfänglich Streit. Im Schrifttum wurde größtenteils eine enge Auffassung eingenommen: Lösen er-Knost („Die Nürnberger Gesetze“ 1. Aufl. S. 53) erklärten ausschließlich den vollzogenen Beischlaf (coniunctio membrorum) für verboten; ob sie diese zweifellos falsche Ansicht heute aufgegeben haben, ist aus der Fassung der 2. Auflage (S. 73) nicht klar ersichtlich. Zu eng war auch die Auffassung von Maßfeller (JW. 1935, 3427), daß nur „der Geschlechtsverkehr im eigentlichen Sinne erfasst wird; denn nur durch ihn kann eine rassistisch unerwünschte Blutmischung vermittelt werden“. Maßfeller hat hier übersehen, daß das Gesetz nicht nur die Reinheit des deutschen Blutes, sondern auch die deutsche Ehre schützen soll. Die Fassung der Überschrift darf man nicht als rhetorische oder propagandistische Leistung ansehen, sondern man muß sie als ernstes Ziel und verpflichtenden Inhalt des Gesetzes nehmen. Der Ehrenschutz ist auch nicht etwa nur beim Flaggenverbot ausschlaggebend, er ist maßgebend für jede Bestimmung des BlutschußG. Die Verhinderung der Erzeugung mischrasriger Kinder ist ein — und auch ein sehr wesentlicher — Grund für das BlutschußG. gewesen, aber nicht der einzige. Der Schutz des Rassenbewußtseins, des Rassenstolzes, der Rassenchre ist gleichfalls Grundlage des Gesetzes.

Auch Stuckart-Globke (S. 112 Ziff. 3) vertreten einen zu engen Standpunkt. Sie lassen zwar auch beischlafähnliche Handlungen, z. B. gegenseitige Onanie, unter das Verbot fallen, fahren dann aber fort: „Im Hinblick auf den Zweck des Verbots, mischrasrige Nachkommenschaft zu verhüten, verbietet sich aber jede hierüber hinausgehende Auslegung des Begriffs Geschlechtsverkehr.“ Nur Siebert-Meyer (Jug. u. R. 1936, 115) und Leppin (Jug. u. R. 1936, 161) betonen, daß in jeglicher Art geschlechtlicher Betätigung zwischen Juden und Deutschblütigen das Verbrechen der Rassenschande erfüllt sei, gleichviel, ob naturgemäßer oder naturwidriger Geschlechtsverkehr, Beischlaf oder beischlafsähnliche oder sonstige geschlechtliche Handlungen vorgenommen werden. Diese Auslegung allein wurzelt in dem richtigen Verständnis der nationalsozialistischen Grundforderung nach der Heinerhaltung der Rasse und in der richtigen Erkenntnis des Staatsgrundgesetzes der nationalen Ehre (vgl. Leppin a. a. D. S. 162). Abgesehen von der politisch-rassistischen Begründung — die freilich ausschlaggebend ist — läßt sich diese Auslegung auch nach der üblichen Auslegungsmethode begründen: Das StGB. spricht entweder von Beischlaf (§§ 173, 176, 177, 179, 182 StGB.) oder von Unzucht (§§ 174, 175, 175a, 176, 180, 181a, 183 StGB.); den Begriff „Geschlechtsverkehr“ verwendet es nicht. Wenn der Gesetzgeber nur den Beischlaf oder auch noch die beischlafsähnlichen Handlungen verbieten wollte, hätte er fraglos diese — ihm als strafrechtliche Begriffe bekannten — Worte gewählt; weil aber jede Art geschlechtlicher Betätigung unter Strafe gestellt werden sollte, darum nahm er ein — strafrechtlich — neues Wort (ebenso Siebert-Meyer und Leppin a. a. D.).

Die Rechtsprechung war gleichfalls uneinig. LG. Nürnberg-Fürth (AN 17 Js 15/36 v. 14. März 1936) machte sich ohne eigene Prüfung den Standpunkt von Lösen er-Knost zu eigen und sprach frei, da der „perverse“ Geschlechtsverkehr nicht unter Strafe gestellt sei. LG. Frankfurt a. M. (6b KLs 3/36 v. 12. Febr. 1936) nahm zwar an, daß auch beischlafsähnliche Handlungen verboten seien, ein weitergehendes Verbot erkannte es jedoch nicht an. Dagegen entschied das LG. Augsburg in dem ersten veröffentlichten Rassenschandurteil (StrPrReg 120/35 v. 19. Dez. 1935), daß der Begriff „Geschlechtsverkehr“ weit auszulegen sei und jegliche geschlechtliche Betätigung umfasse. Auf Veranlassung des 1. StrSen. befaßte sich schließlich der Große StrSen. mit dieser Frage und entschied am 9. Dez. 1936 dahin (GrSSt 4/36): „Der Begriff Geschlechtsverkehr im Sinne des BlutschußG. umfaßt nicht jede unzüchtige Handlung, ist aber auch nicht auf den Beischlaf beschränkt. Er umfaßt den gesamten natürlichen und naturwidrigen Geschlechtsverkehr, also außer dem Beischlaf auch alle geschlechtlichen Betätigungen mit

einem Angehörigen des anderen Geschlechts, die nach der Art ihrer Vornahme bestimmt sind, an Stelle des Beischlafs der Befriedigung des Geschlechtstriebes mindestens des einen Teils zu dienen.“ Damit ist die Frage endgültig im Sinne der vom LG. Augsburg, Siebert-Meyer (Zug. u. N. a. a. D.) und Leppin (a. a. D.) vertretenen Auffassung entschieden; die Strsl. der LG. setzen sich zwar bisweilen noch in Widerspruch zu dem Beschluß des Großen Senats, indem sie sich auf Löbener-Knost oder Stuckart-Globke beziehen; diese Urteile verfallen aber stets der Aufhebung durch das RG. (u. a. 5 D 824/36 v. 15. Febr. 1937; 5 D 891/36 v. 7. Jan. 1937; 1 D 942/36 v. 9. März 1937).

Im einzelnen ist dazu noch zu bemerken: Unter Geschlechtsverkehr fällt auch der widernatürliche Verkehr (RG. 4 D 584/36 v. 26. Jan. 1937; 1 D 373/36 v. 15. Jan. 1937); insbesondere jede Art Beischlafersatz (RG. 1 D 876/36 vom 9. Febr. 1937); auch bloße Duldungen (RG. 5 D 824/36 v. 15. Febr. 1937); desgl. Lecken am Geschlechtssteil (RG. 5 D 891/36 v. 7. Jan. 1937) und gegenseitige Onanie (LG. Augsburg, StrPrReg 120/35 v. 19. Dez. 1935 und RG. 1 D 942/36 v. 9. März 1937). Der perverse Verkehr auch eines Deutschblütigen mit einer Jüdin ist verboten (RG. 5 D 422/37 v. 5. Juli 1937). Küssen ist kein Geschlechtsverkehr (RG. 1 D 373/36 v. 15. Jan. 1937), ebenso nicht eine Umarmung (OLG. Dresden — Haftbeschwerde — 21 Ws 317/36 v. 23. Nov. 1936; Stuckart-Globke S. 113; Kuhn: DZ. 1936, 1007).

Wieviel Küsse, Umarmungen und unzüchtige Berührungen als Geschlechtsverkehr in Betracht kommen können, kann nicht mit einer einmaligen Feststellung ein für alle Male geklärt werden; man kann nicht generell sagen: derartige Handlungen sind Geschlechtsverkehr, ebenso aber kann man auch nicht generell sagen, daß sie kein Geschlechtsverkehr, allenfalls nur straflose Vorbereitungshandlungen wären. Es kommt auf die Situation des Einzelfalles an; so ist die einseitige vom Mann bei der Frau oder umgekehrt vorgenommene Onanie vollendete Rassenhande; Küsse auf den Geschlechtssteil sind mindestens als Versuch der Rassenhande strafbar.

2. Versuch und Vorbereitungshandlung

Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung zwischen vollendeter und versuchter Rassenhande und straflosen Vorbereitungshandlungen. Vollendet ist das Verbrechen dann, wenn die geschlechtliche Betätigung, die erfolgt, der Befriedigung der Beteiligten oder eines der Beteiligten dienen sollte und mehr, als geschehen ist, nicht geschehen sollte. Mit Recht hat daher das RG. z. B. das Lecken am Geschlechtssteil als vollendetes Verbrechen gewertet (5 D 891/36 v. 7. Jan. 1937). Daß die geschlechtliche Betätigung zum Samenerguß führt, ist nicht erforderlich. Ebenso ist es gleichgültig, wenn der natürliche Beischlaf gewollt ist, der Samenerguß aber schon vorzeitig erfolgt, ehe es zur Vollziehung des Beischlafs kommt (RG. 5 D 891/36 v. 7. Jan. 1937); vollendet ist das Verbrechen auch dann, wenn die Befriedigung der Geschlechtslust nicht erreicht worden ist (5 D 422/37 v. 5. Juli 1937).

Versuch ist nicht deswegen ausgeschlossen, weil es noch nicht zu irgendwelchen körperlichen Berührungen zwischen den Beteiligten gekommen ist (RG. 2 D 558/36 v. 7. Jan. 1937); um wieviel eher ist dann die Möglichkeit gegeben, daß auch Küsse, Umarmungen und unzüchtige Handlungen bereits den Versuch der Rassenhande darstellen können! Vgl. hierzu vorstehend II, 1 am Ende. „Erforderlich ist, daß der Täter begonnen hat, eine zum gesetzlichen Tatbestand des beabsichtigten Verbrechens gehörige Handlung auszuführen, oder doch eine solche, die vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit einer Tatbestandshandlung nach der natürlichen Auffassung als deren Bestandteil erscheint. Deshalb kommt es darauf an, was der Täter zur Vollendung seines verbrecherischen Entschlusses tun wollte, und ob er zu diesem Zwecke eine Handlung vorgenommen hat, welche tatsächlich oder doch wenigstens nach seiner Vorstellung auf die unmittelbare Verwirklichung des von ihm beabsichtigten Geschlechtsverkehrs gerichtet war. Stellen die von ihm in Ausführung seines Ent-

schlusses vorgenommenen einzelnen Handlungen sich nach der natürlichen Auffassung in ihrer Gesamtheit als eine einheitliche Angriffshandlung auf das geschützte Rechtsgut dar, durch die dieses objektiv oder wenigstens nach der Vorstellung des Täters unmittelbar gefährdet wurde, so liegt nicht mehr eine bloße Vorbereitungshandlung, sondern bereits ein Versuch vor“ (RG. 2 D 558/36 v. 7. Jan. 1937). (Der gleiche Grundgedanke liegt der zum DevG. ergangenen Entscheidung RG. 5 D 932/36 v. 8. Febr. 1937 zugrunde, in der das Einnähen der Geldscheine in eine Fußmatte bereits als Versuch der Überbringung von Zahlungsmitteln ins Ausland beurteilt wurde, obgleich die Fußmatte noch in der Wohnung des Täters lag.) In demselben Urteil ist als ausreichend für Versuch angesehen das Auffuchen des Schlafzimmers, Bereitlegen eines Schutzmittels und Beginnen mit dem Ausziehen. Ebenso RG. 2 D 622/36 v. 7. Jan. 1937 für den Fall des Ausziehens der Kleidung, ohne daß es zu körperlichen Berührungen gekommen ist.

Geschlechtsverkehr eines Deutschblütigen mit einem Mischling 1. Grades ausländischer Staatsangehörigkeit ist dann als versuchte Rassenhande (Rassenverrat) strafbar, wenn der Täter annahm, die Frau sei Volljüdin (RG. 1 D 775/36 vom 15. Jan. 1937). Ein Jude, der mit einer ausländischen Frau deutschen Blutes verkehrt, sie aber für eine Inländerin hält, ist wegen Versuchs am untauglichen Objekt strafbar (RG. 4 D 15/37 v. 22. Jan. 1937). Der Versuch der Rassenhande ist strafbar, wenn er auch nicht besonders unter Strafe gestellt ist. Das ergibt sich aus dem Zuchthaus androhenden Strafrahmen. Rassenhande ist ein Verbrechen, kein Vergehen (3 D 158/37 v. 22. März 1937; 1 D 876/36 v. 9. Febr. 1937).

3. Auslandstat

Gemäß § 4 Abs. 2 Ziff. 3 StGB. kann die im Ausland begangene Rassenhande regelmäßig nicht bestraft werden. Etwas anderes muß für die Fälle gelten, in denen die Tat zum Zwecke der Umgehung des Gesetzes im Ausland begangen wird, in denen sich die Beteiligten im Inland verabreden, eine Wochenendfahrt über die Grenze zu unternehmen, um jenseits der Grenze Rassenhande zu begehen. Hier auf die äußeren Zufälligkeiten abstellen zu wollen, daß etwa im Auslande das Konkubinats unter Strafe gestellt ist oder die Tat gerade auch einen Ehebruch darstellt (so Stuckart-Globke S. 123), ist verfehlt. Es geht nicht an, einen Teil solcher „Wochenendverbrechen“ zu bestrafen, den anderen aber straffrei ausgehen zu lassen. Hier muß vielmehr eine Bestrafung gemäß §§ 2, 5 BlutschußG. in Verbindung mit § 2 StGB. erfolgen, wie Ammon: JW. 1936, 2962 ff. mit eingehender Begründung überzeugend dargelegt hat; ebenso Kuhn: DZ. 1936, 1008; Schmidt-Liebenow: DR. 1936, 467; Gützlind-Maffeller S. 217 Ziff. 5; Freisler: DStrR. 1936, 395; RdWg. des RM. v. 2. April 1936: DStrR. 1936, 387. Der Ansicht des RG. (1 D 373/36 v. 15. Jan. 1937), daß eine Anwendung des § 2 StGB. auf § 2 BlutschußG. ausgeschlossen sei, kann nicht gefolgt werden. Der nationalsozialistische Gesetzgeber nimmt für sich keine Unfehlbarkeit in Anspruch, auch seine Gesetze können und werden in ihren Formulierungen nicht immer alle Möglichkeiten des Lebens erfassen; eine Anwendung des § 2 StGB. auf nationalsozialistische Gesetze ist keineswegs eine unzulässige Korrektur des „in dem Gesetz abschließend zum Ausdruck gekommenen Willens des Gesetzgebers“. Es sei nur darauf hingewiesen, daß das BlutschußG. durch die 1. AusfW. eine erhebliche Ausdehnung erfahren hat (§§ 15, 11). Man wird aber darüber hinaus in Fortentwicklung der Lehre von Versuch und Vorbereitungshandlung annehmen können, daß auf solche „Wochenendverbrechen“, d. h. also auf die bewußten Umgehungen des Gesetzes durch Verlegung der eigentlichen Tat ins Ausland, § 2 BlutschußG. unmittelbar angewandt werden kann. Begangen ist die Tat überall dort, wo ein Teil des Tatbestandes verwirklicht ist (statt vieler: Kohrausch, StGB., § 3 Anm. 2). Wenn sich ein Jude und eine deutschblütige Staatsangehörige

verabreden, zum Zwecke des in Deutschland verbotenen außerehelichen Geschlechtsverkehrs ins Ausland zu reisen, so hat der Jude „zur Vollendung seines verbrecherischen Entschlusses eine Handlung vorgenommen, welche tatsächlich auf die unmittelbare Verwirklichung des von ihm beabsichtigten Geschlechtsverkehrs gerichtet ist“. Diese Handlungen „stellen sich nach der natürlichen Auffassung in ihrer Gesamtheit als eine einheitliche Angriffshandlung auf das geschützte Rechtsgut dar, durch die dieses objektiv unmittelbar gefährdet wird“. Es liegt also nach der vom RG. (2 D 558/36 v. 7. Jan. 1937) entwickelten Versuchstheorie „nicht mehr eine bloße Vorbereitungshandlung, sondern bereits ein Versuch vor“. Wird also ein Jude, der mit einer deutschblütigen Staatsangehörigen zur Umgehung des Blutschutzes ins Ausland fahren will, vor Überschreitung der Grenze festgenommen, so ist er wegen versuchter Rassenschande strafbar. Gefängt ihm aber sein Vorhaben, so ist die Rassenschande sowohl im Inland als auch im Ausland begangen, er ist — ohne daß es eines Eingehens auf § 4 Abs. 2 Ziff. 3 oder § 2 StGB. bedarf — wegen vollendeter Rassenschande strafbar.

III. Die Schuld

Das Verbrechen der Rassenschande kann nur vorsätzlich begangen werden; bedingter Vorsatz genügt. Der Vorsatz muß sich auf die äußeren die Einordnung als Jude, Mischling, Deutschblütiger und die Feststellung der Religionszugehörigkeit, Staatenlosigkeit oder Staatsangehörigkeit rechtlich begründenden Merkmale erstrecken. Ein Jude, der in Deutschland mit einer Staatsangehörigen (Staatenlosen) außerehelich verkehren will, hat die Rechtspflicht, sich über die Rassenzugehörigkeit derselben einwandfrei zu unterrichten (RG. 5 D 619/37 v. 27. Sept. 1937). Irrt der Täter über die äußeren Merkmale (nimmt der deutschblütige Mann auf Grund des Namens, der ihm bekannten Zugehörigkeit zur christlichen Kirche und des Aussehens der Frau irrtümlicherweise an, diese sei deutschblütig), so ist der Irrtum beachtlich (RG. 5 D 619/37); unbeachtlich ist dagegen der Irrtum über Rechtsbegriffe, der sogenannte Strafrechtsirrtum, der als vorliegend erachtet worden ist, wenn der Täter annahm, die von ihm gewählte Art der geschlechtlichen Betätigung sei nicht „Geschlechtsverkehr“ im Sinne des Blutschutzes. (1 D 365/36 v. 15. Jan. 1937; 1 D 373/36 v. 15. Jan. 1937; 1 D 789/36 v. 3. Nov. 1936), wenn er angenommen hat — in Unkenntnis der 1. AusfWd. —, daß der Verkehr mit Staatenlosen nicht verboten sei (1 D 990/36 vom 26. Jan. 1937), wenn er geglaubt hat, daß der Verkehr mit einem zur jüdischen Religionsgemeinschaft gehörenden Mischling 1. Grades erlaubt sei (2 D 763/36 v. 7. Jan. 1937; 1 D 789/36 v. 3. Nov. 1936), wenn er in Kenntnis seiner Zugehörigkeit zur Synagogengemeinde annahm, weil er sich innerlich von der jüdischen Religionsgemeinschaft abgewandt habe, falle er nicht unter die Nürnberger Gesetze (3 D 1053/36 v. 8. Febr. 1937). Vgl. zu Rassenschande und Rechtsirrtum R. Lec.: DStrR. 1937, 14.

IV. Die Strafe

Da die erstinstanzlichen Entscheidungen im allgemeinen in der Fachpresse nicht bekannt werden, die Reichsgerichtsentscheidungen aber über das verhängte Strafmaß nur in den seltensten Fällen berichten, so kann nur auf die vom „Stürmer“ laufend mitgeteilten Verurteilungen abgestellt werden, aus denen sich eine auffallende Verschiedenartigkeit des Strafmaßes ergibt. In den vom „Stürmer“ berichteten Fällen gab es Urteile mit 5 Monaten Gefängnis und mit 2 Jahren Zuchthaus, ohne daß ein merklicher Unterschied in den abgeurteilten Verbrechen zutage trat. Diese Unterschiedlichkeit ist nicht angebracht; auffallend ist auch, daß die Mehrzahl der bekannt gewordenen Urteile auf Gefängnisstrafen, vielfach unter 1 Jahr, erkennt. Rassenschande ist immerhin ein Verbrechen, das in seiner Verwerflichkeit den anderen großen Verbrechen am Volkskörper — Hochverrat und Landesverrat — nahekommt. Dieser Beurteilung des Verbrechens gemäß ist ein Strafrahmen gewählt worden, der

eine harte Abmildung des Rassenverrats und der Rassenschandung ermöglicht. Nicht umsonst ist das Verbrechen mit Zuchthaus bis zu 15 Jahren bedroht!

Welche der beiden Strafarten — Zuchthaus oder Gefängnis — der Richter im Einzelfall anwenden will, ist seinem Ermessen überlassen (1 D 961/36 v. 19. Jan. 1937). „Er hat die Tat nach jeder Richtung zu prüfen, ihre Schwere abzuwägen, die Persönlichkeit des Täters zu ergründen und zu würdigen, und sich dann nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden“ (RG. 2 D 50/37 v. 18. Febr. 1937). Entscheidend kommt es auf die Stärke des gegen die Erhaltung der Rasseinheit des deutschen Volkes und seiner Ehre gerichteten Angriffs an: die Geschlechtszehr der beteiligten Frau wird nicht durch dieses Gesetz geschützt (RG. 1 D 365/36 v. 15. Jan. 1937). Zulässig ist es, die Strafe besonders hoch zu bemessen, um andere von demselben Verbrechen abzuhalten; der Umstand, daß nach der Tat die Fälle der Rassenschande stark zugenommen haben, darf zur Begründung der Höhe der Strafe verwertet werden (RG. 4 D 699/37 v. 12. Okt. 1937). Ein nach dem römischen Abkommen v. 3. Dez. 1934 zunächst nicht verfolgbares rassenschänderisches Verhalten kann, wenn die Voraussetzungen des Abkommens später entfallen, bei der Strafzumessung für das spätere Verbrechen berücksichtigt werden (RG. 3 D 514/37 v. 2. Aug. 1937).

Erschwerend kann berücksichtigt werden, wenn die Rassenschande zugleich einen Ehebruch darstellt (RG. 1 D 990/36 v. 26. Jan. 1937), bezgl. wenn der Täter mit mehreren Frauen Rassenschande treibt; dadurch kommt eine besondere Intensität des verbrecherischen Willens zum Ausdruck. Nicht aber darf der Gedanke eines „Trennbruchs“ (!) verwertet werden, den eine Strafkammer darin sah, daß der angeklagte Jude sein Dauerverhältnis zu einer deutschblütigen Frau durch einen „Seitensprung“ gebrochen hatte (RG. 1 D 373/36 v. 15. Jan. 1937).

Strafmildernd kann berücksichtigt werden, daß der Angeklagte sich in einem — unbeachtlichen — Strafrechtsirrtum befand und deswegen nicht bewußt gegen das Gesetz vertrieß (RG. 1 D 990/36 v. 26. Jan. 1937; 1 D 365/36 v. 15. Jan. 1937; 1 D 373/36 v. 15. Jan. 1937); auch das Verhalten des anderen Teils kann strafmildernd berücksichtigt werden (RG. 1 D 457/37 v. 16. Juli 1937). Keinesfalls darf eine angebliche Absicht des Täters, die Frau, mit der er Rassenschande trieb, zu heiraten, strafmildernd berücksichtigt werden (RG. 5 D 243/37 v. 31. Mai 1937).

Tatbestandsmerkmale „Gefährdung der Rasseinheit“, „nach Erlass des Gesetzes wider das deutsche Volk versündigt“, „die deutsche Ehre mit Füßen getreten“, dürfen für die Strafzumessung nicht verwertet werden (RG. 3 D 158/37 v. 22. März 1937; 4 D 584/36 v. 26. Jan. 1937; 1 D 542/36 und 1 D 515/36, beide v. 24. Juli 1936).

„Mildernde Umstände“ gibt es bei dem Verbrechen der Rassenschande nicht, da sie im Gesetz nicht besonders erwähnt worden sind (RG. 2 D 50/37 v. 18. Febr. 1937).

Die Nebenstrafe der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte (§ 32 StGB.) kann nach dem RG. nur erkannt werden, wenn die Strafe auf Zuchthaus lautet (RG. 5 D 616/37 v. 20. Sept. 1937). Bei Gefängnisstrafe ist die Aberkennung auch nicht durch entsprechende Rechtsanwendung (§ 2 StGB.) zulässig (RG. 2 D 282/36 v. 25. Mai 1936). Die Begründung scheint mir nicht stichhaltig. Wenn das RG. (RG. 1 D 515/36 und 1 D 542/36, beide v. 24. Juli 1936) sagt: „Dadurch, daß der Gesetzgeber Gefängnis und Zuchthaus nebeneinander androht, hat er zu erkennen gegeben, daß nicht nur die Höhe der Strafe, sondern auch die Wahl zwischen den beiden Strafarten von dem Maß des Verschuldens im Einzelfall abhängen soll“, so bedeutet das doch dem Sinne nach nichts anderes, als wenn im StGB. an anderen Stellen Zuchthaus angedroht und nur für besondere Fälle („mildernde Umstände“) Gefängnisstrafe für zulässig erklärt ist. Es ist bei der Rassenschande auch nicht etwa wie beim Betrug (§ 263 Abs. 4 StGB.), daß auf Zuchthaus nur in besonders schweren Fällen erkannt werden soll. Dann wäre — wie beim Betrug — Rassenschande nur ein Vergehen, was das RG. selbst ab-

lehnt. Ist aber Rassenschande ein Verbrechen, so ist es unbedenklich für die Frage der Ehrenstrafe, daß (zu lesen: für leichte Fälle) auch Gefängnisstrafe zugelassen worden ist; denn da „bei allen Verbrechen Aberkennung der Ehrenrechte zulässig ist“ (Kohlr aufsch § 32 Anm. 1), kann es keinen Unterschied machen, ob zu Gefängnis wegen geringerer Schuld oder „wegen milderer Umstände“ verurteilt wird. Daß das RG.: RGStr. 25, 408 anders entschieden hat, kam hier, wo es sich um eins der ehrlosesten Verbrechen handelt, dessen Ahndung gerade zum Schutz der deutschen Ehre angeordnet ist, von keiner Bedeutung sein.

V. Strafverfahren

Die Vernehmung des Kriminalbeamten über die Aussagen, die die beteiligte Frau im Ermittlungsverfahren gemacht hat, ist zulässig. Wird aber die Richtigkeit der Mitteilungen angefochten, so muß die Frau selbst vernommen werden (§ 250 StPD.; RG. 1 D 775/36 v. 15. Jan. 1937). Die Frau, die an der Rassenschande beteiligt ist, ist nicht Verletzte im Sinne des § 61 Nr. 2 StPD.; nicht zu ihrem Schutz ist das Gesetz erlassen, sondern zum Schutz des deutschen Volkes; durch die Rassenschande wird das deutsche Volk in seiner Gesamtheit verletzt. Die an der Rassenschande beteiligte Frau ist daher auf ihre Aussage zu beeidigen, wenn nicht andere Gründe für die Nichtbeeidigung vorliegen (RG. 1 D 39/37 v. 12. Febr. 1937).

Auch § 61 Nr. 4 StPD. greift nur dann ein, wenn das Gericht der Überzeugung ist, daß die Zeugin von der Wahrheit abgewichen ist, weil ihr die Befennung der Wahrheit zur Unehre gereichen würde (RG. 1 D 1076/36 v. 9. Febr. 1937).

Die Frau ist nicht etwa zur Aussageverweigerung oder Eidesverweigerung berechtigt, weil sie mit dem Angeklagten verlobt sei; denn ein Verlöbniß zwischen Juden und deutschblütigen Staatsangehörigen, dessen Erfüllung — die Ehe — nach §§ 1, 5 BlutschußG. unter Zuchthausstrafe steht, ist nichtig. Ein solches vor dem 15. Sept. 1935 bestehendes Verlöbniß ist durch das BlutschußG. nichtig geworden (RG. 2 D 50/37 v. 18. Febr. 1937; 4 D 513/37 v. 30. Juli 1937).

VI. Besondere Fälle

1. Teilnahme

Die Frau ist zwar nicht wegen Rassenschande strafbar, da § 5 BlutschußG. ausdrücklich nur den Mann für strafbar erklärt. Sie kann aber wegen Begünstigung bestraft werden, wenn sie zugunsten des Angeklagten unwahre Aussagen macht (RG. 3 D 55/37 v. 8. März 1937).

Im Gegensatz zu Stuckart-Globke (S. 122) und in Übereinstimmung mit der Forderung von Glöckner (DR. 1936, 258) bin ich der Meinung, daß auch die Anstiftung der Frau zur Rassenschande des Mannes strafbar ist. Falsch ist die Begründung von Stuckart-Globke, die getroffene Regelung diene dem Schutz der Frau. Es war mit dem BlutschußG. keineswegs daran gedacht, die jüdische Frau oder einen artvergeessenen deutschen Mann zu „schützen“, das Gesetz dient auch nicht dem Schutz der sich an einen Juden wegwerfenden ehrlosen deutschblütigen Frau, oder gar der Straßendirne, das Gesetz schützt vielmehr einzig und allein das deutsche Volk gegen die Angriffe des Judentums auf seinen rassischen Bestand und gegen den ehrlosen Rasserverrat „deutscher“ Frauen und „deutscher“ Männer. Die „notwendige“ Teilnahme der Frau am Verbrechen der Rassenschande liegt nur in dem Mitwirken bei der geschlechtlichen Betätigung des Mannes, gleichviel, ob dies Mitwirken ein Dulden oder Tun ist; alles, was über dieses bloße Mitwirken hinausgeht, wird durch die straflose „notwendige“ Teilnahme nicht mehr gedeckt, also auch nicht das vorangehende Tun, die Anstiftung; das ist für andere Fälle der notwendigen Teilnahme in zahlreichen Urteilen angenommen (vgl. JW. 1937, 174⁹⁷ mit Zitate), und das muß auch für die Rassenschande gelten (ebenso Kohlr aufsch S. 113 Ziff. 7, Vorbem. zu § 47 StGB.).

Ein nicht zu den Beteiligten gehöriger Dritter kann Beihilfe zur Rassenschande begehen, diese kann in Tateinheit mit Kuppelei stehen (RG. 4 D 604/36 v. 5. Febr. 1937).

2. Tateinheit, Fortsetzungszusammenhang

Rassenschande kann mit anderen Straftaten in Tateinheit begangen werden, so z. B. mit einem Verbrechen gegen § 176 Ziff. 3 StGB. (1 D 876/36 v. 9. Febr. 1937) oder § 176 Ziff. 1 StGB. (5 D 288/37 v. 3. Mai 1937).

Ob Rassenschande gegenüber mehreren Frauen in Fortsetzungszusammenhang begangen werden kann, hat das RG. (4 D 604/36 v. 5. Febr. 1937) offen gelassen. Die Frage ist zu bejahen, da nicht die einzelne Frau das geschützte Rechtsgut ist und das Verbrechen nicht an, sondern mit ihr begangen wird. Auf den Nachweis des generellen Vorsatzes wird aber besonders Gewicht zu legen sein, wie überhaupt bei der Annahme von Fortsetzungszusammenhang ganz allgemein Zurückhaltung geboten ist.

Es braucht keineswegs zur Bestrafung ein rassischanderisches Dauerverhältnis vorzuliegen. Jeder einzelne Fall von Geschlechtsverkehr (Beispiel: mit einer Dirne) ist strafbar (RG. 1 D 876/36 v. 9. Febr. 1937). Vielmehr muß ein Dauerverhältnis als straferschwerend angesehen werden (ebenso Freisler: DStrR. 1936, 394).

3. Doppelstaater

Zur Verfolgung von Ausländern bedarf es der Zustimmung des RM. und des RMdJ., das gilt jedoch nicht für Doppelstaater, die neben der deutschen noch eine fremde Staatsangehörigkeit besitzen. Sie sind nur nach ihrer deutschen Staatsangehörigkeit zu behandeln (OLG. Hamm, 1 Ws 287/36 v. 30. Juni 1936).

Sundstellenverzeichnis der einschlägigen Entscheidungen

- 1 D 365/36 v. 15. Jan. 1937: JW. 1937, 699¹⁰
 1 D 373/36 v. 15. Jan. 1937: JW. 1937, 753¹²
 1 D 515/36 v. 24. Juli 1936: JW. 1936, 2714¹⁴; RGSt. 70, 290; DJ. 1936, 1374 mit Anm. Kuhn; DJZ. 1936, 1178
 1 D 542/36 v. 24. Juli 1936: JW. 1936, 2714¹⁴; RGSt. 70, 290; DJ. 1936, 1374 mit Anm. Kuhn; DJZ. 1936, 1178
 1 D 775/36 v. 15. Jan. 1937: JW. 1937, 752¹¹
 1 D 789/36 v. 3. Nov. 1936: JW. 1937, 160¹²; RGSt. 70, 353; DJ. 1937, 42
 1 D 876/36 v. 9. Febr. 1937: JW. 1937, 1783¹³; RGSt. 71, 129; MdB. 1937, 408 m. Anm. Kuhn; HöchstRRspr. 1937, 1365
 1 D 942/36 v. 9. März 1937: JW. 1937, 1338¹⁶
 1 D 961/36 v. 19. Jan. 1937: JW. 1937, 2371²⁴; RGSt. 71, 147
 1 D 988/36 v. 26. Jan. 1937: nicht veröffentlicht
 1 D 990/36 v. 26. Jan. 1937: JW. 1937, 882⁷
 1 D 1076/36 v. 9. Febr. 1937: JW. 1937, 1358⁷⁸; HöchstRRspr. 1937, 1358
 1 D 39/37 v. 12. Febr. 1937: JW. 1937, 1068¹⁹; HöchstRRspr. 1937, 1357
 1 D 457/37 v. 16. Juli 1937: JW. 1937, 2509¹
 2 D 282/36 v. 25. Mai 1936: JW. 1936, 1780¹⁶; RGSt. 70, 218; DJ. 1936, 970; DJZ. 1936, 770
 2 D 558/36 v. 7. Jan. 1937: JW. 1937, 468¹²; RGSt. 71, 4; DJ. 1937, 284
 2 D 622/36 v. 7. Jan. 1937: JW. 1937, 467¹¹; RGSt. 71, 7; DJ. 1937, 283; DR. 1937 Nr. 100
 2 D 633/36 v. 12. Okt. 1936: JW. 1936, 3472⁵⁰; HöchstRRspr. 1937, 283
 2 D 763/36 v. 7. Jan. 1937: JW. 1937, 881⁶; RGSt. 71, 28
 2 D 50/37 v. 18. Febr. 1937: JW. 1937, 996¹⁰; RGSt. 71, 70; DJ. 1937, 589; DR. 1937 Nr. 154; MdB. 1937, 214
 2 D 164/37 v. 22. April 1937: JW. 1937, 1781¹¹
 3 D 445/36 v. 2. Sept. 1936: JW. 1936, 3052¹¹; RGSt. 70, 301; DJ. 1936, 1470
 3 D 1053/36 v. 8. Febr. 1937: nicht veröffentlicht
 3 D 55/37 v. 8. März 1937: JW. 1937, 1781⁹
 3 D 158/37 v. 22. März 1937: nicht veröffentlicht
 3 D 273/37 v. 21. Juni 1937: DStrR. 1937, 259
 3 D 514/37 v. 2. Aug. 1937: DJ. 1937, 1319
 4 D 584/36 v. 26. Jan. 1937: nicht veröffentlicht
 4 D 604/36 v. 5. Febr. 1937: nicht veröffentlicht
 4 D 15/37 v. 22. Jan. 1937: JW. 1937, 753¹³; HöchstRRspr. 1937, 781; DStrR. 1937, 161
 4 D 24/37 v. 29. Jan. 1937: nicht veröffentlicht

4 D 513/37 v. 30. Juli 1937: *JW.* 1937, 2445¹
4 D 699/37 v. 12. Okt. 1937: *JW.* 1937, 3083²

5 D 824/36 v. 15. Febr. 1937: *JW.* 1937, 942¹⁵
5 D 891/36 v. 7. Jan. 1937: nicht veröffentlicht
5 D 932/36 v. 8. Febr. 1937: *JW.* 1937, 1784¹⁶; *RGSt.* 71, 53; *NöchtlNpr.* 1937, 838
5 D 243/37 v. 31. Mai 1937: *JW.* 1937, 1782¹²; *RGSt.* 71, 244; *DZ.* 1937, 1039; *AbdZ.* 1937, 503 m. Anm. P u h n; *DRechtspfl.* 1937 Nr. 346
5 D 288/37 v. 3. Mai 1937: *JW.* 1937, 1781¹⁰
5 D 302/37 v. 7. Juni 1937: *JW.* 1937, 2372²⁵; *DZ.* 1937, 1085; *DRechtspfl.* 1937 Nr. 396
5 D 422/37 v. 5. Juli 1937: *JW.* 1937, 2371²³; *DZ.* 1937, 1188; *DRechtspfl.* 1937 Nr. 397

5 D 616/37 v. 20. Sept. 1937: *JW.* 1937, 2905¹³
5 D 619/37 v. 27. Sept. 1937: *JW.* 1937, 2905⁶

6 D 52/36 v. 12. Febr. u. 6. März 1936: *JW.* 1936, 1218¹⁰ mit Anm. L e p p i n; *DZ.* 1936, 517; *DZ.* 1936, 450; *DRechtspfl.* 1936 Nr. 242
GSSt 4/36 v. 9. Dez. 1936: *JW.* 1937, 160¹⁰; *RGSt.* 70, 375; *DZ.* 1937, 122; *DRechtspfl.* 1937 Nr. 42; *AbdZ.* 1937, 56 mit Anm. G l o b b e

OG. Augsburg, StrPrReg 120/35 v. 19. Dez. 1935: *JW.* 1936, 750³⁵
DOG. Dresden, 21 Ws 317/36 v. 23. Nov. 1936: *JW.* 1937, 184⁵⁵
OG. Frankfurt a. M., 6 h KLS 3/36 v. 12. Febr. 1936: *JW.* 1936, 1396⁵¹
OG. Nürnberg-Fürth, AN 17 Js 15/36 v. 14. März 1936: *JW.* 1936, 1397⁵²

Schrifttum

RegR. Johannes Abraham, Berlin: Praktischer Führer durch das Gewerbesteuerrecht. Köln 1937. Verlag Dr. Otto Schmidt. 578 S. (Looseblattbuch.) Preis kart. 10,80 *R.M.*, in Kunstleder 11,80 *R.M.*

Verf., der über eine langjährige Praxis auf dem Gebiete des Gewerbesteuerrechts verfügt und bereits 1931 durch ein Erläuterungsbuch zum Preussischen Gewerbesteuerrecht schriftstellerisch hervorgetreten ist, hat vorliegend ein Werk geschaffen, das er mit Recht als einen praktischen Führer durch das Gewerbesteuerrecht bezeichnen kann. Denn es ist ihm gelungen, im Anschluß an den zusammenhängend vorausgeschickten Text des Ges. vom 1. Dez. 1936 und der dazu ergangenen 1. DurchfVO. eine systematische Abhandlung über dieses schwierige Rechtsgebiet einschließlich des Verfahrensrechts zu geben, die sich durch übersichtliche Anordnung des Stoffes und eine anschauliche, mit zahlreichen Beispielen verdeutlichte Darstellungsweise auszeichnet, also geeignet ist, der Praxis als Leitfaden bei allen auftauchenden Zweifelsfragen zu dienen. Besonders hervorzuheben sind die Gründlichkeit und Wissenschaftlichkeit, mit der Verf. an die einzelnen Probleme herangeht, die erschöpfende Berücksichtigung, die er dabei dem Schrifttum und der Rechtsprechung, vor allem auch den Entscheidungen des PrOVG., zuteil werden läßt, und die selbständige Stellungnahme, die er nie verabsäumt, wo abweichende Meinungen einander gegenüberstehen. Dabei ist es für die Bewertung des Buches unerheblich, ob man den vertretenen Ansichten überall folgen kann. Bedenklich kann z. B. der § 73 eingenommene Standpunkt sein, eine OStG., die eine nicht in Land- und Forstwirtschaft bestehende, ihrer Art nach nichtgewerbliche Tätigkeit, z. B. Verwaltung des eigenen Vermögens, entfalte, müsse im Gegensatz zur Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gewerbesteuerrechtlich gleichwohl als gewerblich tätig betrachtet werden. Dies läßt sich m. E. mit dem Wortlaut des § 2 Abs. 2 Ziff. 1 GewStG. nicht vereinigen, der bei allen Personalgesellschaften einen Gewerbebetrieb voraussetzt. Verpachtet also z. B. eine OStG. ihren Gewerbebetrieb in der Gesamtheit, so hört sie damit auf, gewerblicher Unternehmer zu sein und kann dann nicht neben dem Pächter lediglich kraft ihrer Rechtsform noch zur Gewerbesteuer herangezogen werden. Wie man aber auch zu den einzelnen Problemen stehen mag, in jedem Fall bleibt es das Verdienst des Verf., sie aufgezeigt und Wege zu ihrer Lösung gewiesen zu haben. Man kann daher seinem Werk, das als Looseblattbuch mit Druckkopfmechanik ausgestattet ist und für das im Bedarfsfalle Ersatz- und Ergänzungsblätter vorgesehen sind, nur weite Verbreitung in Fachkreisen wünschen.

DOG. Seydman n, Berlin.

Prof. Dr. Friedrich Schmidt, MünK., und Dr. Hermann Dellinger, DRegR., beide im ArbM.: Die Kleiniedlung. (Hauptbücherei des Wohnungs- u. Siedlungswesens. Heft 25.) Eberswalde 1937. Verlagsgef. Rudolf Müller. XII, 447 S. Preis kart. 6,85 *R.M.*

Die Verf., die weit über die Fachkreise hinaus als hervorragende Kenner des Kleiniedlungswesens bekannt sind, haben im Anschluß an die neuen Bestimmungen über die Kleiniedlung v. 14. Sept. 1937 in diesem Heft eine umfassende Darstellung des gesamten geltenden Rechts der Kleiniedlung gegeben. Gerade das Kleiniedlungsrecht hat in den letzten Jahren wiederholte Änderungen und Ergänzungen erfahren, und zwar nicht nur durch besondere, allein das Kleiniedlungswesen be-

handelnde, sondern auch durch andere, die Kleiniedlung berührende oder sich auf diese erstreckende Gesetze, Verordnungen und Erlasse. Die Verf. haben damit einem in der Praxis in der letzten Zeit immer stärker auftretenden Bedürfnis Genüge getan. Sie haben in besonders glücklicher Weise ihre Aufgabe gelöst, alle auf dem Gebiete der Kleiniedlung erlassenen oder doch für die Kleiniedlung bedeutsamen Vorschriften in einer für den Praktiker übersichtlichen und klaren, dabei handlichen Form zusammenzustellen.

Teil I des Heftes gibt eine kurze, trotzdem aber erschöpfende systematische Darstellung und Einführung in die neuen Bestimmungen über die Förderung der Kleiniedlung v. 14. Sept. 1937, die bekanntlich die letzte zusammenfassende Neuordnung dieser Vorschriften v. 21. April 1936 abgelöst haben. Hier werden die Grundgedanken und die Zielrichtung der Kleiniedlung in ebenso geschickter wie allgemeinverständlicher Form entwickelt. In Teil II werden die grundlegenden Gesetze und Verordnungen, insbesondere die Bestimmungen über die Förderung der Kleiniedlung v. 14. Sept. 1937, erläutert. Gerade die Ausführlichkeit unter Beschränkung auf das Notwendige macht das Buch zu einem wertvollen Hilfsmittel für den Praktiker. Das gilt aber in gleichem Maße auch für Teil III, der alle sonstigen Vorschriften, die die Kleiniedlung berühren oder sich doch auf diese mit erstrecken, umfaßt. Theoretiker und Praktiker werden diesem Teil ihre besondere Aufmerksamkeit schenken, weil er alle nur irgendwie mit der Kleiniedlung in Zusammenhang stehenden Vorschriften nach Sachgebieten übersichtlich und zweckmäßig ordnet. Der Schluß des Heftes bringt ein Verzeichnis der Bewilligungs- und Anerkennungsbörden, des Reichsheimstättenamtes der DRG. und der Gauheimstättenämter sowie Anschriften der Arbeitsgemeinschaften zur Förderung des Arbeiterwohnstättenbaues und endlich eine Übersicht über die bisherigen Ergebnisse der Kleiniedlung.

Angeichts des besonderen Wertes, der diesem Buch für Theoretiker und Praktiker zukommt, ist ihm weiteste Verbreitung zu wünschen.

OG. Dr. Koenig, Berlin.

Die Gesetzgebung Adolf Hitlers. Hrsg. von Dr. Werner Hoche, MünK. im R- u. PrMdz. Heft 24. Berlin 1937. Verlag Franz Vahlen. 632 S. Preis geb. 6,80 *R.M.*, kart. 6,30 *R.M.*

Wer sich durch die zahlreichen gesetzlichen Bestimmungen, vor allem durch die Änderungen bestehender Gesetze, nicht mehr durchfindet, der kann getrost zu Hoche's „Gesetzgebung Adolf Hitlers“ greifen. Dort findet er alle Gesetze nebst Durchführungsvorschriften einschl. wichtigen Erlassen und Bestimmungen im Reich und Preußen seit dem 30. Jan. 1933. Alle Bestimmungen sind systematisch geordnet, vorangegangene Änderungen sind jeweils durch einen besonderen Hinweis auf die Abdruckstelle in der Sammlung kenntlich gemacht. Die Berichterstattung ist zuverlässig und schnell; so bringt der Ende Oktober erschienenen 24. Band den gesamten Gesetzstoff der Monate Juli, August und September. Ein sehr ausführliches Sachregister macht das Auffinden der gesuchten Gesetze äußerst leicht. Mit der Sammlung von Hoche arbeitet es sich leicht und angenehm.

Rechtssprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

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

Strafrecht

Blutschutzgesetz

1. RG. — §§ 3, 5 BlutschutzG. Tarnung eines jüdischen Haushalts. Der Versuch, das Gesetz zu umgehen, und der Verdacht der Rassenchande dürfen straferschwerend verwertet werden.

Der angekl. Jude war vor Erlass der Nürnberger Gesetze Haushaltungsvorstand einer Wohnung, in die er die Sch., eine deutsche Staatsangehörige deutschen Blutes unter 45 Jahren, im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses aufgenommen hatte. Hieran hat sich in Wahrheit auch nach Erlass der Nürnberger Gesetze nichts geändert. Der Angekl. hat nur insofern den wahren Zustand getarnt, als er nach einer vorübergehenden völligen Trennung sein Wohnungsschild entfernte und das der Sch. anbrachte und als Schlafstelle für die Nacht ein möbliertes Zimmer benutzte. Er stellte der Sch. wie zuvor die Mittel zur Führung des gemeinsamen Haushalts und zur Pflege der Wohnung zur Verfügung und entlohnte sie für ihre Tätigkeit. Der ganze Zuschnitt des täglichen Zusammenlebens blieb der einer Hausgemeinschaft, und so wirkte er auch nach außen.

Daran ändert nichts der Umstand, daß der Angekl. in der Wohnung nachts nicht schlief, sondern zum Schlafen ein möbliertes Zimmer benutzte und vielleicht nur dort polizeilich gemeldet war. Jeder Mensch kann mehrere Wohnungen haben; jede bildet dann seinen „Haushalt“ i. S. des § 3 BlutschutzG. Anderenfalls könnte jeder Jude die Vorschrift des § 3 BlutschutzG. dadurch umgehen, daß er sich eine Schlafstelle mietet, aber sein Leben hauptsächlich in einer anderen Wohnung verbringt, in der eine deutsche weibliche Staatsangehörige deutschen oder artverwandten Blutes der Gefährdung durch ihn ausgesetzt wäre, die der Gesetzgeber durch § 3 BlutschutzG. gerade ausschalten wollte. Das kann unmöglich der Wille des Gesetzgebers gewesen sein.

Auch der Umstand, daß die Möbel der gemeinsamen Wohnung schon vor Erlass der Nürnberger Gesetze der Sch. gehörten, schließt nicht aus, daß die gemeinsame Wohnung auch der Haushalt des Angekl. war. Auch bei Eheleuten gehören die Möbel oft nur der Ehefrau.

Das VG. hat daher ohne Rechtsirrtum den Angekl. als Haushaltungsvorstand des in der gemeinsam benutzten Wohnung geführten Haushalts angesehen. Es handelte sich in Wahrheit trotz des Namensschildes auf den Namen Sch. um einen „jüdischen Haushalt“, dessen Haushaltungsvorstand der Angekl. war (vgl. § 12 Abs. 1 der 1. Ausf. VO. zum BlutschutzG.). Der Angekl. durfte daher nach § 3 BlutschutzG. die Sch. in seinem Haushalt nicht „beschäftigen“.

Für den Vorsatz des Angekl. ist nur erforderlich, daß er die Tatsachen kennt, aus denen sich seine Strafbarkeit ergibt, und hiergegen bestehen keine Bedenken. Selbst wenn er geglaubt haben würde, sich bei dem von ihm beachteten Vorgehen nicht strafbar zu machen, so würde das nur einen für die Schuldfrage unbeachtlichen Strafrechtsirrtum darstellen. Er ist daher mit Recht aus §§ 3, 5 Abs. 3 BlutschutzG. bestraft worden.

Die Angriffe gegen die Strafzumessungsgründe sind ebenfalls unbegründet, da bei ihnen ein Rechtsirrtum nicht ersichtlich ist und die Strafe sich innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens hält. Über die Höhe der Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens hat nur der Tatrichter zu entscheiden. Das VG. war im Rahmen des ihm zustehenden freien richterlichen Ermessens auch durchaus befugt, das Ver-

halten des Angekl. dahin zu beurteilen, daß er nach Maschen sucht, durch die er den durch die Nürnberger Gesetze getroffenen Anordnungen straflos entweichen kann, daß er sich aber darüber klar war, daß sein Zusammenleben mit der Sch. in dieser Form nicht zulässig war. Selbst wenn er es auf Grund eines Strafrechtsirrtums nicht für strafbar hielt, kann er nach der ersichtlichen Annahme des VG. doch nicht darüber im Zweifel gewesen sein, daß ein so enges Zusammenleben mit einem deutschen weiblichen Staatsangehörigen deutschen Blutes dem im BlutschutzG. verankerten Willen des deutschen Volkes nach scharfer Trennung der deutschen Volksgenossen von den Juden aufs schwerste widerspricht und geeignet sein muß, schärfste Empörung der deutschen Volksgenossen hervorzurufen. Schon dieses Verhalten berechtigte das VG. zur Verhängung einer empfindlichen Freiheitsstrafe. Die Annahme, daß das VG. die Strafe nur deshalb so hoch bemessen habe, weil dringender Verdacht der Rassenchande bestehe, ergibt sich nicht aus dem Urteil. Das VG. wäre aber durchaus berechtigt gewesen, auch aus diesem Grunde auf eine harte Strafe zu erkennen, da bei der Strafzumessung alle Umstände des Falles berücksichtigt werden müssen, im vorl. Falle also auch, daß er die deutschen Volksgenossen in ihrer Ehre schon dadurch auf das schwerste verletzt hat, daß er durch ein so enges Zusammenleben mit der Sch. in einer gemeinsamen Wohnung den dringenden Verdacht erregen mußte, er treibe mit ihr Rassenchande, auch wenn dieser Verdacht unbegründet war.

(RG., 5. StrSen. v. 21. Okt. 1937; 5 D 558/37.)

2. RG. — § 5 BlutschutzG. Es ist zulässig, die Strafe besonders hoch zu bemessen, um andere von derselben Untat abzuhalten. Deshalb darf zur Begründung der Höhe der Strafe neben dem Sühnezweck auch der Umstand herangezogen werden, daß nach der Tat die Fälle der Rassenchande stark zugenommen hätten.

(RG., 4. StrSen. v. 12. Okt. 1937, 4 D 699/37.)

Strafgesetzbuch

**** 3. RG. — §§ 2, 259 StGB. „Ersaghehlerei.“ — Wittgenauß eines Überflusses an strafbar erworbenen Sachen ist wie Fehlerei strafbar. — § 2 StGB. kommt erst zum Zuge, wenn feststeht, daß ein gesetzlicher Straftatbestand nicht erfüllt ist. — Wahlweise Feststellung der unmittelbaren oder der entsprechenden Anwendung eines Strafgesetzes ist grundsätzlich zulässig.**

Die Strk. hat nicht feststellen können, daß die beiden Ehefrauen den Willen betätigt hätten, die gestohlenen Lebensmittel und Bekleidungen in ihre eigene Verfügungsgewalt von den Ehemännern zu übernehmen, sondern es ist nur erwiesen, daß sie sich am Genuß dieser Dinge innerhalb des gemeinschaftlichen Haushalts beteiligten. Hier fehlt es also an einem wesentlichen Merkmal des Anschbringens i. S. der ständigen Rspr. zum § 259 StGB. (vgl. RGSt. 39, 308). In Kenntnis dieser Rspr. stützt die Strk. den Schuldspruch hinsichtlich des Mitverzehrns nur auf die von ihr bejahte entsprechende Anwendbarkeit der Strafvorschrift gegen Fehlerei unter Berufung auf den § 2 StGB. n. F.

Wenn davon abgesehen werden könnte, zu welcher Zeit die hier in Betracht kommenden Straftaten begangen worden sind, so wäre die Entsch. des VG. zutreffend. Aus dem erwiesenen Sachverhalt ist zu entnehmen, daß die Ehefrauen bei dem Mitverzehrns der Lebensmittel und Bekleidungen nicht etwa nur den

notwendigen Lebensunterhalt angenommen haben, den die Ehemänner auf Grund ihrer gesetzlichen Unterhaltspflicht zu gewähren verpflichtet waren, sondern offensichtlich wurde durch die großen Mengen von Geflügel, Kaninchen, Süßigkeiten usw., die als Diebstahlsbeute zur Verfügung gestellt wurden, das Maß dessen weit überschritten, was die Ehemänner unter den für sie gegebenen Lebensverhältnissen als notwendigen Lebensunterhalt ihren Ehefrauen zu leisten hatten. Ein solcher Miteigentum eines Überflusses an strafbar erworbenen Sachen verdient nach gesundem Volksempfinden Bestrafung. Sie entspricht in einem solchen Falle auch einem Grundgedanken des § 259 StGB., nach dem eine Strafe dafür eintreten soll, daß jemand aus Eigennutz zum Nachteil des Geschädigten einen rechtswidrigen Zustand aufrechterhält oder sogar verschlimmert, der durch eine vorhergehende strafbare Tat eines anderen herbeigeführt worden ist (RGSt. 70, 377 = JW. 1937, 172³⁰; Gürtner, „Das kommende Strafrecht“, Besond. Teil, 2. Aufl., S. 499); denn wer gestohlene Gegenstände mitverzehrt, also verbraucht, macht es durch diese Tätigkeit dem rechtmäßigen Eigentümer der verbrauchten Sachen unmöglich, sie wiederzuerlangen.

Aber die Str.R. hat nicht beachtet, daß die entsprechende Anwendbarkeit der Strafgesetze zugunsten des Angekl. durch den § 2 StGB. n. F. erst mit Wirkung v. 1. Sept. 1935 an eingeführt worden ist.

Auf das vor dem 1. Sept. 1935 liegende Verhalten darf der § 2 StGB. n. F. nicht angewendet werden (RGSt. 70, 173 = JW. 1936, 1673¹¹; RGSt. 70, 277 = JW. 1936, 2995²⁰). Allerdings hat die Str.R. ohne Rechtsirrtum angenommen, daß sich die Beschw. einer fortgesetzten Handlung schuldig gemacht habe, und fortgesetzte Handlungen sind im Falle eines Wechsels der Strafgesetze regelmäßig nach den Vorschriften zu beurteilen, die am Ende der fortgesetzten Handlung in Kraft stehen. Aber Einzelhandlungen, die zur Zeit ihrer Begehung noch überhaupt nicht strafbar waren, dürfen in den Zusammenhang der fortgesetzten Straftat nicht einbezogen werden; sie bleiben also straflos (RGSt. 62, 1, 3).

Die Sachlage spricht dafür, daß das LG. die Möglichkeit gehabt hätte, nähere Feststellungen über den Hergang bei dem Erwerb von Kleidungsstücken für die Beschw. zu treffen, solche Feststellungen aber für unnötig gehalten hat, weil in jedem Falle auf Grund des § 2 StGB. nach dem § 259 StGB. Strafe zu verhängen sei. Auf dieser Grundlage hat das LG. die Tat der Ehefrau J. entsprechend dem § 259 StGB. wegen des „Kleidererwerbs“ als sogenannte Ersahhehlerei für strafbar gehalten, ohne den Hergang dieses Erwerbs näher darzulegen. Eine solche Beurteilung ist, auch abgesehen von den §§ 155 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPD., schon aus sachlich-rechtlichen Gründen zu beanstanden. Der Sachverhalt muß stets so weit aufgeklärt werden, daß entschieden werden kann, ob ein Strafgesetz unmittelbar anzuwenden ist. Erst wenn aus dem festgestellten Tatbestande für die unmittelbare Anwendung des Strafgesetzes ein Hindernis hervorgeht, kann in der Regel überhaupt in Frage kommen, ob das Gesetz entsprechend anzuwenden sei. Nur ausnahmsweise, falls sich aus der Beweislage die Unmöglichkeit ergibt, den Sachverhalt vollkommen aufzuklären, kann es zulässig und sogar geboten sein, im Einzelfalle wahlweise — in entsprechender Anwendung der Vorschriften über Schuldsprüche auf der Grundlage von Wahlfeststellungen (§ 2 b StGB.) — auf Grund unmittelbarer oder entsprechender Anwendung eines Strafgesetzes Strafe zu verhängen. Das bedarf jedoch in jedem Falle einer besonderen Begründung (vgl. § 267 b Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 StPD.). Daran fehlt es in dem angefochtenen Urteil.

(RG., 1. Str.Sen. v. 28. Sept. 1937, 1 D 1100/36.)

*

4. RG. — § 20 a StGB. Bei der Entsch. darüber, ob die Voraussetzungen des § 20 a vorliegen, dürfen bloße Verdachtsgründe gegen den Angekl. nicht verwertet werden (vgl. Ur. vom 7. Jan. 1937, 2 D 834/36: JW. 1937, 699¹¹).

Tatsachen, die nicht erwiesen sind, sondern nur für möglich oder wahrscheinlich gehalten werden, können eine Verurteilung

nicht begründen, und zwar weder im Schuldspruch noch im Strafausspruch. Dies gilt auch für die Vermutung, daß der Angekl. noch ein anderes Vergehen, das nicht Gegenstand der Anklage ist, wahrscheinlich begangen hat. Auch sie ist daher nicht geeignet, zu dem Nachweis der Voraussetzungen, daß der Angekl. als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher handelte, beizutragen.

(RG., 2. Str.Sen. v. 18. Okt. 1937, 2 D 583/37.)

*

** 5. RG. — §§ 61, 185 StGB. Strafantrag ist rechtzeitig gestellt, wenn ein Angehöriger der Wehrmacht ihn in Urchrift und Abschrift seiner vorgelegten Dienststelle einreicht und diese auch nur die Abschrift innerhalb der Frist an die Staatsanwaltschaft weiterreicht.

Der Verletzte, der damals noch Kapitänleutnant der Marineverwaltung war, reichte beim Kommando der Marine-Station der Nordsee ein „an die Amts- und Staatsanwaltschaft Bremerhaven“ gerichtetes, mit Datum vom 2. Okt. 1936 versehenes und von ihm unterschriebenes Schriftstück ein, in dem er gegen den Angekl. Strafantrag stellte. Das Kommando gab eine Abschrift des Schriftstücks „an die Staatsanwaltschaft Bremerhaven“ weiter. Die Abschrift ging am 17. Okt. 1936 bei der Amtsanwaltschaft Bremerhaven ein. Auf deren Ersuchen reichte das Kommando der Marine-Station der Nordsee auch die Urchrift ein, die am 23. Okt. 1936 bei der Amtsanwaltschaft in Bremerhaven einging und von dieser alsbald dem dortigen Oberstaatsanwalt übermittelt wurde.

Der dem Strafantrag zugrunde liegende Vorgang hat sich am 23. Juli 1936 zugetragen. Der Verletzte hat sich sofort Kenntnis von der Person des Täters verschafft. Demgemäß war nach § 61 StGB. der 22. Okt. 1936 der letzte Tag der Antragsfrist. Der Antrag wäre somit verspätet gestellt, wenn es darauf ankäme, wann die Urchrift bei dem Amtsanwalt eingingen ist.

Wie der Senat schon in seiner Entsch. v. 3. Juli 1890 (GoldArch. 38, 337) dargelegt hat, will der § 158 StPD., wenn er schriftliche Form des Antrags fordert, eine sichere Grundlage dafür schaffen, daß die Strafverfolgung vom Verletzten ernstlich beabsichtigt wird; es soll verhütet werden, daß dies später besritten und in Zweifel gezogen werden kann. Im vorl. Fall hat der Verletzte den von ihm eigenhändig unterschriebenen Strafantrag bei seiner vorgelegten Behörde eingereicht und diese ersichtlich ermächtigt, ihn der zuständigen Strafverfolgungsbehörde zu übermitteln. Die vom Gesetz erforderte Gewähr für die Ernstlichkeit des Willens des Verletzten, die Tat verfolgt zu wissen, ist auch dann vorhanden, wenn die vorgelegte Behörde zunächst nur eine Abschrift des in ihrer Verwahrung befindlichen Strafantrags an die Staatsanwaltschaft weitergibt. Daß es sich um eine mit der Urchrift übereinstimmende Abschrift handelte, ergab sich schon aus der Mitteilung der vorgelegten Behörde, wurde aber auch durch die spätere Übermittlung der Urchrift bestätigt. Unter diesen Umständen ist die Antragsfrist hier dadurch gewahrt worden, daß während ihres Laufs eine Abschrift des in den Händen der vorgelegten Behörde befindlichen Strafantrags bei der Staatsanwaltschaft eingereicht worden ist.

(RG., 3. Str.Sen. v. 11. Okt. 1937, 3 D 625/37.)

*

** 6. RG. — § 153 StGB. Ist die Aussage, soweit sie unter den Eidesatz fällt, richtig, soweit sie von ihm nicht gedeckt wird aber falsch, so ist keine Eidesverletzung gegeben.

Die Angekl. war im bürgerlichen Rechtsstreit zur Leistung des Offenbarungseides verurteilt worden. Sie sollte unter ihrem Eide gemäß §§ 2027 Abs. 2, 260 BGB. Auskunft erteilen und gemäß §§ 681, 666, 259 BGB. Rechnung legen. Der Eidesatz ging dahin, daß sie den Bestand des Nachlasses und die Angaben über die Einnahmen nach bestem Wissen so vollständig angegeben bzw. gemacht habe, als sie dazu imstande sei. Diesen Eid hat die Angekl. geleistet. Sie hatte dem Gericht vor Leistung des Offenbarungseids ein Verzeichnis vorgelegt, das u. a. einen Schuldenposten von 7000 RM enthielt, mit dem der Nachlass bei dem Erbfall belastet gewesen sein sollte. Das

SchwG. unterstellt als möglich, daß jene Schuld bei dem Erbfall nicht mehr bestand und daß die Angekl. dies wußte. Das SchwG. hält diese Möglichkeit jedoch für rechtlich unerheblich, weil sich die Offenbarungspflicht der Angekl., die über den Bestand des Nachlasses Auskunft geben sollte, auf die Schulden nicht erstreckt habe und die Angekl., wie ihr nicht zu widerlegen sei, auch selbst der Überzeugung gewesen sei, ihre Auskunftspflicht erstrecke sich, soweit sie den Bestand des Nachlasses offenbaren sollte, nur auf den Aktbestand des Nachlasses. Die Rechtsansicht des SchwG., daß sich die Offenbarungspflicht der Angekl., die gemäß § 2027 BGB. Auskunft erteilen sollte, nur auf den Aktbestand des Nachlasses erstreckt, trifft zu. Es kann daher auch die Auffassung des SchwG., die Schutzbehauptung der Angekl. habe sich nicht widerlegen lassen, insoweit nicht von Rechtsirrtum beeinflusst sein. Auch sonst sind diese Ausführungen des Urteils rechtlich bedenkenfrei. Ob es für die Gegner der Angekl., die das Urteil im bürgerlichen Rechtsstreit erlangt hatten, etwa von Interesse sein konnte, auch über diesen Schuldposten unterrichtet zu werden, ist gegenüber dem durchaus eindeutigen Wortlaut des Eidesatzes ohne Belang. Die Angekl. kann daher nicht wegen Verletzung der Eidespflichten bestraft werden.

Gegenüber den Ausführungen des Oberreichsanwalts, der das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft gegen das freisprechende Urteil des SchwG. vertreten hat, sei noch folgendes bemerkt: Ein Testamentvollstrecker, der gemäß §§ 2218, 666, 667, 260 BGB. ein Bestandsverzeichnis vorzulegen hat, macht sich allerdings der Verletzung seiner Eidespflichten schuldig, wenn er unter seinem Offenbarungseide — § 260 Abs. 2 BGB. — wider besseres Wissen bekundet, er habe einen in Ausgabe gestellten Posten, der tatsächlich nicht für Nachlasszwecke geleistet worden ist, für den Nachlass bezahlt. Ein solcher Vorwurf wird aber gegen die Angekl. gar nicht erhoben. Schulden sind zwar eine Last des Vermögens, sie mindern aber noch nicht seinen Bestand. Das geschieht erst dadurch, daß aus dem Vermögen — hier aus dem Nachlass — eine Leistung bewirkt wird. Letzteres kommt aber nach den Feststellungen des SchwG. nicht in Frage.

Durch die Vorlage des Verzeichnisses kann sich die Angekl. allerdings noch eines Betrugsversuchs schuldig gemacht haben. Diese etwaige Straftat war auch, ganz abgesehen von dem Falle einer Tateinheit, durch den Eröffnungsbeschluss jedenfalls deshalb zur Untersuchung gezogen worden, weil sie mit dem Offenbarungseid, der den Gegenstand des Eröffnungsbeschlusses bildete, ein geschichtliches Vorkommnis darstellte. Übrigens ist dieser Vorgang in der Anlagenschrift, die zur Erläuterung des Eröffnungsbeschlusses heranzuziehen ist, ausdrücklich erwähnt. Der etwaige Betrugsversuch mußte daher auch bei der Urteilsfindung berücksichtigt werden (§ 264 StPD.).

(RG., 5. StrSen. v. 14. Okt. 1937, 5 D 556/37.)

*

**** 7. RG. — § 174 Nr. 1 StGB. Nicht nur die Hausfrau, sondern auch der Mann ist Erzieher des für einige Zeit in den Haushalt aufgenommenen Ferienkinds. — Ruß und Umarmung sind regelmäßig keine unzüchtigen Handlungen.**

Der Angekl. hat im Sommer 1934 die ihm durch die NSG. für 6 Wochen als Ferienkind überwiesene Anneliese S., die damals, wie der Angekl. wußte, erst 13 Jahre alt war, öfter trotz ihrer Abwehr ohne erkennbaren äußeren Anlaß auf den Mund geküßt und zuweilen über dem Kleid an die Brust gefaßt. Er tat das nicht aus väterlichen Empfindungen heraus, sondern entsprechend seinem auch sonst zutage tretenden „zügellos geilen Verhalten“ aus geschlechtlichen Beweggründen. Die Anwendung des § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB. auf diesen Sachverhalt ist rechtlich bedenkenfrei. Nicht frei von Rechtsirrtum ist aber die Annahme des LG., daß der Angekl. in Tateinheit mit dem genannten Verbrechen sich auch gegen den § 174 Nr. 1 StGB. vergangen habe, da er als Pflegevater des Kindes anzusehen sei. Die Eigenschaft eines Pflegevaters kam dem Angekl. schon deshalb nicht zu, weil rein zeitlich betrachtet kein Verhältnis zu dem Kinde hergestellt war, das dem natürlichen Verhältnis zwischen Eltern und Kindern entspricht. Außerdem war die dem Angekl.

übertragene Fürsorge nicht unbeschränkt und selbständig, sondern weitgehend abhängig von der Einmischung und Entscheidung der leiblichen Eltern des Kindes und des Wohlfahrtsamtes, das ihm das Mädchen zugeteilt hatte (vgl. RG.: JW. 1929, 594²⁴). Zur Aufhebung des Urteils nötigt dieser Rechtsfehler jedoch nicht, weil die Strk. die Anwendung des § 174 Nr. 1 StGB. weiterhin auch noch damit begründet hat, daß der Angekl. für das geistige und sittliche Wohl des Kindes verantwortlich gewesen sei und daher als dessen Erzieher betrachtet werden müsse. Diese Auffassung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Wie das RG. in der Entsch. v. 25. Juni 1937, 1 D 361/37 = JW. 1937, 2384¹¹ näher dargelegt hat, erfordern die Zeitverhältnisse eine Ausdehnung des Begriffs „Erzieher“. Es liegt auf der Hand, daß Kinder im Alter der Anneliese S., die auf 6 Wochen der Obhut der Eltern entzogen werden, in diesem Zeitraum nicht ohne sorgfältige und verantwortungsbewußte Überwachung und Erziehung in körperlicher und geistiger, namentlich auch sittlicher Beziehung bleiben können, und die hieraus erwachsenden Aufgaben, wenn auch nicht ausschließlich, so doch im weitgehenden Maße demjenigen zufallen, dem das Ferienkind zugeteilt wird. Es liegt hiernach in der Natur der Sache, daß gegenüber dem in die Familie aufgenommenen Ferienkind neben der Hausfrau auch dem Mann die Stellung eines Erziehers zuerkannt werden muß. Im Ergebnis ist daher die Entsch. des LG. zutreffend.

Nicht haltbar ist das Urteil im Fall der Charlotte P. Wie das RG. in seinem Urteil v. 24. März 1924 (JW. 1925, 366⁴) ausgesprochen hat, wird ein Ruß nur deshalb, weil er zur Befriedigung der Sinneslust dient, im Volksempfinden noch nicht als unzüchtig angesehen. Dasselbe gilt von einer Umarmung. Von entscheidender Bedeutung sind hier erst die näheren Umstände des Einzelfalles (vgl. RGSt. 67, 110 = JW. 1933, 1260²⁰ und RGSt. 67, 170).

(RG., 5. StrSen. v. 25. Okt. 1937, 5 D 734/37.)

*

**** 8. RG. — § 175 b StGB. (§ 175 a. F.); § 2 b StGB. Strafbare widernatürliche Unzucht liegt vor, wenn der Täter sich durch körperliche Betätigung am Geschlechtssteil des Tieres zum Zwecke der geschlechtlichen Befriedigung desselben zugleich selbst sinnlich erregen will.**

Die Mitangeklagte A. hat auf Veranlassung und mit Unterstützung des Angekl. einem männlichen Hunde so lange am Geschlechtssteil gerieben, bis bei dem Tiere geschlechtliche Erregung und schließlich Samenerguß eintrat. Dieser Erfolg war von beiden Angekl. beabsichtigt. Beide bezweckten damit, die Sinnenslust des Beschw. vor der von ihm beabsichtigten Vollziehung des natürlichen Verkehrs mit einer weiblichen Person „aufzupeitschen“. Daß die A. zur Erregung auch ihrer eigenen Sinnenslust handelte, ist nicht festgestellt.

Die Tatzeit, ob vor oder nach dem Inkrafttreten des § 175 b StGB. in der neuen Fassung, ist nicht ermittelt. Das LG. hat den Beschw. wegen Vergehens gegen § 175 StGB. a. F. „bzw.“ § 175 b StGB. n. F. bestraft. Hiergegen sind keine rechtlichen Bedenken zu erheben.

Die genannten — in ihrem sachlichen Inhalt übereinstimmenden — Gesetzesbestimmungen bedrohen nicht jede unzüchtige Handlung eines Menschen mit einem Tiere mit Strafe. Die frühere, zu § 175 a. F. ergangene Rspr. und Rechtslehre erforderte dazu Berührung des Körpers des Tieres durch den Geschlechtssteil des Täters, und zwar unter beischlafsähnlichem Gebrauche, begangen in der Absicht geschlechtlicher Befriedigung des Täters. Zur Frage der Beischlafsähnlichkeit ist dabei die zur gegenseitigen Onanie unter Männern entwickelte Rspr. sinngemäß angewendet worden (vgl. u. a. RGSt. 3, 200; 23, 289; 48, 235). Diese Begriffsbestimmung ist zu eng. Durch den Wortlaut des Gesetzes alter wie neuer Fassung ist sie nicht geboten. Sie kann nach dem jetzigen Rechtsempfinden nicht aufrechterhalten werden. Es seien für die rechtliche Betrachtung der Frage zwei Fälle herangezogen, die in der Enzyklopädie der Kriminalistik, Bd. 8, „Der Sexualverbrecher“, S. 554 und „Das Weib als Sexualverbrecherin“, S. 335 berichtet sind. In dem einen hatte ein gleichgeschlechtlich veranlagter Mann eine männliche

Dogge dazu gebracht, mit ihm den Verkehr in seinen After auszuüben. In dem anderen hatte eine Lohndirne sich gegen Entgelt vor Zuschauern durch eine männliche Bulldogge begatten lassen. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß von dem gesunden Empfinden des deutschen Volkes beide Fälle als Unzucht mit Tieren angesehen und für strafwürdig erachtet werden. Das aber führt zu folgenden Ergebnissen. Aufrechterhalten werden kann das Erfordernis einer körperlichen Berührung des Körpers des Tieres durch den Menschen. Dagegen ist nicht voranzusehen, daß der Täter dies mit seinem eigenen Geschlechtssteil vornimmt. Es genügt ebenso, daß der Geschlechtssteil des Tieres mit dem Körper des Täters in Berührung gebracht wird. Der gegenteilige Standpunkt würde dahin führen, daß in den oben erörterten Fällen der Mann straflos bliebe, ebenso die Frau, wenn sie mit dem Hund Asierverkehr begangen hätte.

An dem Erfordernis der Beischlafsähnlichkeit ist — ebenso wie bei dem Vergehen der widernatürlichen Unzucht zwischen Männern im Falle des § 175 a. F. — festzuhalten. Die Wandlung, die dieser Begriff aber für den Verkehr unter Männern in der neueren Rspr. erfahren hat (vgl. die Entsch. des erf. Sen. v. 3. Juli 1937, 3 D 289/37: RGSt. 71, 281 = JW. 1937, 2386⁴³), ist auch hier sinngemäß anzuwenden. Dort wird jetzt der Standpunkt eingenommen, daß es für die Beischlafsähnlichkeit nicht darauf ankomme, ob die unzüchtige Handlung im äußeren Geschehen mehr oder weniger dem normalen Geschlechtsverkehr ähnelt, sondern darauf, ob dadurch eine geschlechtliche Befriedigung ähnlich der mit dem natürlichen Beischlaf verbundenen herbeigeführt werden soll, sei es auch nur bei einem der beteiligten Männer. Die entsprechende Anwendung dieser Grundsätze auf den widernatürlichen Verkehr von Menschen mit Tieren führt dazu, den Strafstatbestand nicht nur dann zu bejahen, wenn die Betätigung auf Erregung und Befriedigung der Geschlechtslust des Täters abzielt, sondern auch dann, wenn der Täter die Geschlechtslust des Tieres erregen und zur Befriedigung wie bei der natürlichen tierischen Begattung führen will. Zweifelhaft kann nur sein, ob in solchen Fällen weiter erforderlich ist, daß der Täter zugleich zur Befriedigung oder wenigstens zur Erregung seiner eigenen Sinneslust handelt, oder ob es genügt, daß er die Sinneslust einer anderen Person hat erregen wollen, oder aber ob eine derartige Zielsetzung nicht vorausgesetzt ist. Für die letzte Annahme spräche die Erwägung, daß sonst in dem oben erörterten Falle die Frau straflos wäre, wenn sie nur aus Gewinnsucht, nicht aus eigenen sinnlichen Trieben, auch nicht zur geschlechtlichen Erregung des Zuschauers gehandelt hätte, z. B. wenn — ihr bewußt — der Zuschauer nicht eigene Erregung, sondern nur ihre Entwürdigung bezweckt haben sollte. Ein solches Ergebnis wäre mit dem Rechtsempfinden nicht vereinbar. Andererseits wird es nicht als strafbar, jedenfalls nicht als widernatürliche Unzucht angesehen werden können, wenn z. B. ein Forscher aus rein wissenschaftlichen Zwecken den Geschlechtstrieb eines Tieres zur Erregung und Befriedigung bringt.

Die letzte Frage kann aber hier auf sich beruhen. Nach natürlichem Rechtsempfinden ist widernatürliche Unzucht und damit Strafbarkeit jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Täter sich durch körperliche Betätigung am Geschlechtssteil des Tieres zum Zwecke der geschlechtlichen Befriedigung desselben zugleich selbst sinnlich erregen und danach befriedigen will. Das aber ist in der Person des Angekl. hier festgestellt.

Daß der Beschw. die widernatürlichen Handlungen an dem Tier nicht mit eigener Hand, sondern durch die Mittäterin als sein Werkzeug vorgenommen hat, ist hierfür unerheblich. Ähnlich wie bei dem Verbrechen gegen § 177 StGB. (vgl. z. B. 2 D 1021/20 v. 9. Nov. 1920: LZ. 1921 Sp. 109) ist auch hier nicht erforderlich, daß alle Tatbestandsmerkmale in der Person jedes einzelnen Mittäters gegeben sind. Bei dem vom BG. angenommenen inneren Tatbestand ist die Verurteilung des Angekl. als Mittäter rechtlich nicht zu beanstanden, seine Verurteilung wie geschehen daher gerechtfertigt. Die wahlweise Feststellung (Verlehung sei es alten Rechtes sei es neuen Rechtes), die das BG. ersichtlich gemeint hat, ist zulässig.

(RG., 3. StrSen. v. 11. Okt. 1937, 3 D 425/37.)

**** 9. RG. — § 176 Ziff. 2 StGB. Mittäterschaft zweier Männer bei einem Verbrechen nach § 176 Ziff. 2 StGB. ist nicht begrifflich ausgeschlossen. Ist nicht feststellbar, wer von zwei Angekl. Täter und wer Gehilfe ist, dann sind beide als Gehilfen zu bestrafen.**

In sachlicher Beziehung weist das angefochtene Urteil Mängel auf, die zur Aufhebung bezüglich beider Angekl. führen müssen.

Allerdings ist die Geisteskrankheit der angeblich mißbrauchten Frauensperson Anna D. genügend festgestellt. In subjektiver Beziehung wird aber nur gesagt, die Angekl. hätten sehr wohl gewußt, daß die Anna D. geistig beschränkt sei. Zu einer Bestrafung nach § 176 Ziff. 2 StGB. ist es erforderlich, daß der Täter weiß, entweder daß die Frauensperson im eigentlichen Sinne geisteskrank ist oder doch daß ihre Geisteschwäche einen solchen Grad erreicht hat, daß sie infolge ihres Geisteszustandes außerstande ist, zwischen einer dem Sittengesetz entsprechenden und einer ihm widerstrebenden Befriedigung des Geschlechtstriebes zu unterscheiden (RGSt. 70, 32 = JW. 1936, 881⁴⁴ und die dort angeführten Entsch.).

Sodann rügt die Rev. zutreffend, daß die Feststellung der Mittäterschaft der beiden Angekl. unzureichend sei. Eine Mittäterschaft zweier Männer ist bei einem Verbrechen nach § 176 Ziff. 2 StGB. nicht begrifflich ausgeschlossen. Sie kann sich so vollziehen, daß beide Männer den Vorstoß fassen, die geisteskranke Frauensperson zum außerehelichen Beischlaf zu mißbrauchen, daß jeder von ihnen den Plan des anderen kennt und billigt, daß sie den Plan zusammen ausführen und daß wenigstens einer den Beischlaf tatsächlich vollzieht. In einem solchen Falle kann man annehmen, daß jeder den ausgeführten oder beabsichtigten Beischlaf des anderen als eigene Tat gewollt hat. Mittäterschaft kann aber auch dann vorliegen, wenn nach dem Plan der beiden Männer nur einer den Beischlaf ausführen sollte, nämlich dann, wenn der andere diese Handlung als seine eigene, nicht als fremde gewollt hat. Das RG. hat in ständiger Rspr. den Unterschied zwischen Täter und Gehilfen in der Willensrichtung des Mitwirkenden gefunden, und es liegt kein Grund vor, von dieser allgemein durchgeführten Rspr. dann abzugehen, wenn die strafbare Handlung nur in einer Beischlafvollziehung besteht (vgl. das vorstehend abgedruckte Ur. vom 11. Okt. 1937, 3 D 425/37). Ob derjenige Teilnehmer, der den Beischlaf nicht ausgeübt hat und auch nicht ausüben wollte, mit Täter oder Gehilfenvorstoß gehandelt hat, ist Tatfrage. Nun hat die Str.R. festgestellt, daß die geisteskranke Anna D. bei dem Zusammensein mit den Angekl. entjungfernt worden ist, ferner daß vielleicht beide Angekl. den Beischlaf mit ihr ausgeführt haben, daß es aber auch möglich ist, daß nur einer von ihnen — wer, ist nicht gesagt — es getan hat und fügt dann hinzu, nach dem ganzen Sachverhalt sei es erwiesen anzusehen, daß beide Angekl. in bewußter und gewolltem Zusammenwirken die Tat vollführt hätten. Gerade in einem Falle wie dem vorliegenden, in dem der Hergang der Handlung beim Bestreiten der Angekl. und dem Schweigen der geisteskranken Jungin nur aus Anzeichen geschlossen werden kann, genügt eine Feststellung der Täterschaft durch eine solche formelhafte Wendung allein nicht. Es muß festgestellt werden, ob beide Angekl. den Beischlaf ausführen wollten. Ist diese Feststellung nicht möglich, so wird die Str.R. beachten müssen, daß im Regelfalle bei natürlicher Betrachtungsweise die Tätigkeit desjenigen Beteiligten, der den Beischlaf nicht selbst vollzieht und vollziehen will, nur als Beihilfe erscheinen wird. Es bedarf daher einer Feststellung, worin der Tatbeitrag dieses Beteiligten besteht, und einer Begründung, daß sich daraus das Wollen des Beischlafs des anderen als eigener Tat ergibt. Es wird sich dann möglicherweise herausstellen, daß einer der Angekl. Täter und der andere Gehilfe ist, daß aber nicht feststellbar ist, wer Täter und wer Gehilfe ist. Dann bleibt nichts anderes übrig, als beide als Gehilfen zu bestrafen. Ein innerer Widerspruch liegt in einem solchen Urteil nicht; denn das Gericht stellt nicht fest, daß keine Haupttat vorliegt, sondern nur, daß nicht zu ermitteln ist, wer der Haupttäter ist. Für eine Anwendung des § 2b StGB. ist bei einem Zweifel, ob die schwere Form der Mittäterschaft oder die leichtere der Beihilfe vorliegt, kein Raum. Vielmehr muß bei mi-

behebaren Zweifeln nach einem allgemeinen strafrechtlichen Grundsatz die leichtere Form angenommen werden.

Endlich läßt auch die Wendung in den Strafzumessungsgründen, die Strafe hätte mit Rücksicht auf die Gemeinheit der Handlungsweise der Angekl. empfindlich gestraft werden müssen, einen Rechtsirrtum vermuten. Die Schändung einer geisteskranken Frauensperson ist ihrem Wesen nach immer eine „gemeine“ Handlungsweise. Dies kommt aber schon im gesetzlichen Strafrahmen zum Ausdruck. Als strafscharfend kann daher nur ein Umstand gewertet werden, der die zur Aburteilung stehende Tat als außergewöhnlich niedrig und verächtlich kennzeichnet.

(RG., 4. Str.Sen. v. 26. Okt. 1937, 4 D 695/37.)

10. RG. — § 183 StGB. Zum inneren Tatbestande genügt bedingter Vorsatz (so auch RG. v. 10. März 1936, 4 D 149/36; JW. 1936, 1375¹⁴).

(RG., 3. Str.Sen. v. 18. Okt. 1937, 3 D 698/37.)

**** 11. RG. — § 185 StGB.** Die Einwilligung eines noch nicht 18jährigen Mädchens in eine unzüchtige Handlung ist bedeutungslos, wenn das Mädchen den Begriff der Geschlechtschre infolge ihres kindlichen Wesens noch nicht erfaßt hat.

Ein Verhalten, wie es der Angekl. am Nachmittag des 19. Nov. 1936 der am 27. Okt. 1922 geborenen, also damals eben dem Kindesalter erwachsenen Liselotte B. gegenüber nach der Feststellung des Tatrichters an den Tag gelegt hat, bedeutet eine Beleidigung i. S. des § 185 StGB. Die Einwilligung der B. in sein Tun, die der Beschw. teilweise angenommen haben mag, ist hier rechtlich belanglos. Nach der ständigen Rspr. des RG. ist nämlich bei einem Mädchen unter 18 Jahren in der Einwilligung in eine unzüchtige Handlung ein Verzicht auf die Geschlechtschre nur dann zu erblicken, wenn dargetan ist, daß das Mädchen nicht bloß die Bedeutung einer Tat als unzüchtige Handlung, sondern auch den Begriff der Geschlechtschre erfaßt hat und sich dessen bewußt ist, daß die Duldung einer unzüchtigen Handlung oder die Einwilligung in eine solche die Preisgabe der Geschlechtschre in sich schließen kann (RGSt. 29, 398; 41, 392; 45, 344; 60, 34). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Liselotte B. ist, wie die Strk. ausdrücklich feststellt, „in ihrem Wesen noch absolut kindlich“. Sie hat „noch kein rechtes Verständnis für weibliches Schamgefühl und für die weibliche Geschlechtschre“. Ih“ „fehlt noch das volle Verständnis für den Wert einer Wahrung ihrer Geschlechtschre“.

Aus dem Zusammenhang der Urteilsgründe ist zu entnehmen, daß sich der Angekl. dieses noch durchaus unentwickelten Wesens des Mädchens auch bewußt gewesen ist, er also einen Ausnahmefall in dem oben bezeichneten Sinne nicht angenommen hat; nur letztere Annahme hätte zu einer Anwendung des § 59 StGB. führen können (vgl. RGArt. v. 28. Sept. 1916, 2 D 298/16; Recht 1916 Nr. 2160 und RGArt. v. 10. Sept. 1936, 5 D 584/36). Sollte er aber irrtümlich angenommen haben, daß Einverständnis eines in seinem Wesen noch durchaus unentwickelten Mädchens schließe den Tatbestand der Beleidigung aus, so würde er sich in einem für die Schuldfrage unbeachtlichen Strafrechtsirrtum befunden haben (vgl. RGArt. v. 17. Mai 1930, 2 D 1429/29).

Der Angekl. hat auch das Bewußtsein von der ehrenkränkenden Art seiner Handlungen gehabt. Darauf, ob die B. das Verhalten des Beschw. ihr gegenüber als Beleidigung empfunden hat, kommt es nicht an (vgl. RGSt. 70, 250 = JW. 1936, 2229²⁵ m. Anm. S. 2554²² und Aufsatz Dahm: JW. 1936, 2497 und die dort angegebene weitere Rspr.).

(RG., 5. Str.Sen. v. 7. Okt. 1937, 5 D 364/37.)

12. RG. — §§ 193, 186 StGB. Der Schutz des § 193 StGB. versagt allerdings, wenn der Täter seine beleidigenden — § 186 StGB. — Vorwürfe „leichtfertig“ erhoben hat. Das ist aber nur der Fall, wenn es dem Täter objektiv möglich ist, sich die erforderlichen Unterlagen zu beschaffen, um seinen Irrtum einzusehen, und wenn er auch subjektiv in der Lage ist, diese Möglichkeit und die Tragweite der betreffenden Unterlagen zu

erkennen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Begriff der Leichtfertigkeit erst dem Begriff der groben Fahrlässigkeit etwa gleichzuachten ist (vgl. RGSt. 66, 1; 71, 34 = JW. 1937, 754¹⁴; RGSt. 71, 174/175 = JW. 1937, 1793²²).

(RG., 5. Str.Sen. v. 18. Okt. 1937, 5 D 661/37.)

13. RG. — § 218 StGB. Die wahlweise Feststellung, daß der Angekl. entweder als unmittelbarer oder als mittelbarer Täter der Abtreibung gehandelt hat, ist rechtlich zulässig (vgl. RG. 1 D 28/16 v. 23. Jan. 1916; Recht 20 Nr. 1821 und 1 D 520/29 v. 11. Juni 1929; JW. 1930, 937²¹).

(RG., 2. Str.Sen. v. 7. Okt. 1937, 2 D 520/37.)

14. RG. — § 222 StGB. Die homöopathische Heilweise steht der allopathischen dergestalt gleich, daß die Anwendung der Homöopathie keinen Kunstfehler bedeutet. — Behandlung ohne Diphtherieserum. — Der Arzt ist grundsätzlich verpflichtet, den Kranken selbst oder die Eltern erkrankter Kinder über die Art der Krankheit aufzuklären. †)

Der Angekl. ist seit Oktober 1923 als praktischer Arzt approbiert. Seit 1928 behandelt er nach Ablegung einer besonderen Prüfung seine Kranken ausschließlich nach den Grundsätzen der Homöopathie.

Am 2. März 1935 übernahm er die Behandlung der zehnjährigen Grete und der sechsjährigen Marianne K. Er stellte bei beiden eine Halsentzündung fest, erkannte aber am folgenden Tage, daß es sich um Diphtherie handelte. Er setzte die Eltern K. hiervon nicht in Kenntnis, obwohl ihn der Vater K. tags zuvor gefragt hatte, ob Diphtherie vorliege, und hierbei darauf hingewiesen hatte, daß sie vor einiger Zeit den Besuch eines an Diphtherie erkrankt gewesenen Verwandten gehabt hätten.

Der Angekl. behandelte die Kinder nur mit homöopathischen Heilmitteln, ohne Anwendung des Diphtherieserums.

Am 5. März erkrankte auch der Vater K. an Diphtherie und am 9. März die Mutter. Der Angekl. behandelte sie in derselben Weise.

Der Vater war nach einigen Tagen wiederhergestellt. Die Mutter dagegen wurde am 15. März ins städtische Krankenhaus verbracht, und zwar auf Anordnung einer Ärztin, die auf Veranlassung der Ehefrau des Angekl. gekommen war, weil der Angekl. selbst infolge anderer Krankenbesuche nicht hatte erreicht werden können. Frau K. bekam im Krankenhaus außer Kreislaufmitteln auch Einspritzungen von Diphtherieserum. Sie starb nach fünf Tagen in der Nacht zum 20. März. Die Ursache des Todes ist im Urteil nicht besonders angegeben.

Als der Angekl. am 15. März erfahren hatte, daß Frau K. ins Krankenhaus verbracht worden war, teilte er dem Ehemann K. mit, daß es sich bei allen Erkrankungen um Diphtherie handle. Auf die Frage einer Nachbarin, ob es nicht rasam sei, auch die Kinder ins Krankenhaus zu überführen, stellte er das anheim; er äußerte dabei aber starke Bedenken, da durch den Transport und eine grundsätzlich andere Behandlung eine Verschlimmerung im Krankheitsverlauf eintreten könne. Der Ehemann K. gab sich damit zufrieden. Er selbst ließ sich jedoch aus eigenem Antrieb noch im Krankenhaus an den Mandeln behandeln.

Am 17. März wurden auch die beiden Kinder ins Krankenhaus überführt, und zwar auf Veranlassung eines Arztes, der den Sonntagsdienst versah und vom Ehemann K. gerufen worden war, nachdem dieser den Angekl. nicht hatte erreichen können. Beide Kinder erhielten im Krankenhaus herz- und kreislauffördernde Mittel, sowie Diphtherieserum.

Die sechsjährige Marianne starb bereits am folgenden Tage, am 18. März, an Herzschwäche. Die Leichenöffnung ergab die bei Diphtherieerkrankung typische hochgradige Verfettung des Herzmuskels.

Die zehnjährige Grete starb nach 18 Tagen, am 4. April. Die Todesursache ist im Urteil nicht ausdrücklich angegeben. Es wird aber mitgeteilt, daß bei ihrer Behandlung im Krankenhaus Schädigung des Herzens und der Nieren festgestellt worden sei, und daß weiterhin noch eine Lähmung des Zwerchfells

und in deren Folge eine Stauung und Entzündung in der Lunge hinzuge treten sei.

Der Angekl. hat die Kranken nach ihrer Einlieferung in das Krankenhaus nicht mehr besucht.

Dem Angekl. ist berufsfahrlässige Tötung der Frau K. und der beiden Kinder zur Last gelegt.

Das LG. hat ihn freigesprochen. Es hat weder ein Verschulden des Angekl. bei der ärztlichen Behandlung der drei Personen noch auch den ursächlichen Zusammenhang zwischen seiner ärztlichen Behandlung und dem Tode der drei Personen als erwiesen angesehen.

Die Rev. der StA. beanstandet das Urteil des LG. nach beiden Richtungen. Nach den das RevG. bindenden tatsächlichen Feststellungen des LG. muß jedoch die Rev. ohne Erfolg bleiben.

I. Zum Verschulden.

Dem Angekl. wird in der Hauptsache als Verschulden zur Last gelegt, daß die Diphtheriekranken nicht von ihm selbst mit dem Diphtherieserum behandelt worden sind, sowie ferner, daß er durch sein ganzes Verhalten die Anwendung dieses Mittels durch einen anderen Arzt verhindert habe.

1. Einer näheren Erörterung bedarf die Frage, ob dem Angekl. ein Verschulden zur Last fällt, weil er den Eltern die wahre Natur der Krankheit verheimlicht hat, obwohl er vom Ehe mann K. schon am ersten Tage der Behandlung nach dieser Richtung ausdrücklich befragt worden ist, also erkannt haben mußte, daß dieser Wert darauf legte, richtig unterrichtet zu werden. Dieser Frage kommt nach zwei Richtungen Bedeutung zu, zunächst in der Hinsicht, ob bei Offenbarung der Wahrheit die Erkrankung der Frau K. dadurch verhindert worden wäre, daß wirksamere Desinfizierungs- und Isolierungsmaßnahmen von den Eltern selbst angewandt worden wären, und sodann in der Hinsicht, ob der Angekl. durch die Verheimlichung der Krankheitsart verhindert hat, daß die drei Kranken, die später gestorben sind, anders, insbes. durch einen anderen Arzt mit Diphtherieserum behandelt worden wären.

a) Das LG. hält es für wahrscheinlich, daß bereits die ganze Familie K., also auch die Eltern und somit insbes. Frau K., infolge des Besuchs des diphtheriekrank gewesenen Verwandten „angesteckt“ worden seien, bevor überhaupt der Angekl. gerufen worden sei. Damit bringt das LG. mit hinreichender Deutlichkeit seine Überzeugung zum Ausdruck, es sei nicht feststellbar, daß Frau K. nicht erkrankt sein würde, wenn der Angekl. sofort offenbart hätte, daß es sich bei der Erkrankung der beiden Kinder um Diphtherie handle. Es verneint also in rechtlich einwandfreier Weise die Ursächlichkeit der Unterlassung des Angekl. hinsichtlich der Erkrankung der Frau K. Bei dieser Sachlage braucht demnach im Rahmen des Strafverfahrens nicht weiter darauf eingegangen zu werden, ob auch die Annahme des LG. rechtlich einwandfrei begründet ist, dem Angekl. falle keine Verschuldung hinsichtlich der Anordnung und Durchführung der notwendigen Isolierungs- und Desinfizierungsmaßnahmen zur Last. Denn eine etwaige Pflichtwidrigkeit des Angekl. in dieser Hinsicht wäre weder für den Tod eines der beiden Kinder, noch für die Erkrankung der Frau K. ursächlich. Dasselbe gilt übrigens auch dafür, daß der Angekl. vorschriftswidrig die Anzeige an die Gesundheitsbehörde unterlassen hat, was nach der rechtlich nicht zu beanstandenden Überzeugung des LG. nicht vorsätzlich geschehen ist, also höchstens eine — allerdings erhebliche — Fahrlässigkeit des Angekl. darstellen kann. Auch diese Frage ist demnach vom LG. ohne Rechtsirrtum als für das Strafverfahren unerheblich ausgeschieden worden.

b) Darüber hinaus hat das LG. angenommen, die Verheimlichung der wahren Natur der Krankheit stelle aus besonderen Gründen keine Pflichtwidrigkeit des Angekl. dar. Die Ausführungen des LG. zu diesem Punkt sind allerdings etwas knapp, lassen indes doch erkennen, daß das LG. bei der Prüfung dieser Frage von rechtlich zutreffenden Erwägungen ausgegangen ist. Im einzelnen muß dazu folgendes bemerkt werden.

Das LG. geht — rechtlich zutreffend — davon aus, daß der Arzt in aller Regel verpflichtet ist, den Kranken selbst oder, wie hier, bei kleinen Kindern, die Eltern über die Art der Krankheit aufzuklären. Diese Pflicht ist vom Arzt sehr ernst zu

nehmen. Denn dem Kranken selbst oder seinem gesetzlichen Vertreter, insbes. also den Eltern, soll und muß hierdurch die Möglichkeit gegeben und gewahrt sein, eigene Entscheidungen zu treffen, insbes. bei Zweifelsfragen, und der Arzt ist verpflichtet, gerade hierbei selbst weiter aufklärend und beratend mitzuwirken. Der Arzt darf demnach die in der Regel gebotene Aufklärung nicht schon aus Bequemlichkeit oder sonstigen unsachlichen Erwägungen, auch nicht schon aus grundsätzlicher Ablehnung der gegenteiligen Meinung in den hier erörterten Meinungsfragen, unterlassen. Er muß vielmehr triftige Gründe haben, die in den besonderen Umständen des Falles liegen (vgl. RGSt. 66, 181). Die Entsch. darüber freilich, ob solche Gründe im einzelnen Falle gegeben sind, kann nach der Natur der Sache nur der Arzt selbst treffen; er muß unter Beachtung der gesamten ihm erkennbaren Umstände nach pflichtmäßiger Ermessen abwägen, welche Interessen im gegebenen Falle höher zu bewerten sind, und danach entscheiden, ob diese Abwägung einen ausreichenden Grund ergibt, die an sich gebotene Aufklärung zu unterlassen. Auf dieser Grundlage ist es rechtlich denkbar und tatsächlich möglich, daß den Ausschlag Umstände gaben, die in der Art der Krankheit selbst oder in der Persönlichkeit des Kranken wie auch seiner Angehörigen begründet sind.

Die Urteilsausführungen bieten keinen Anhalt dafür, daß das LG. nicht auf dieser rechtlichen Grundlage den Sachverhalt ermittelt und gewürdigt hat. Es ist ihnen insbes. die Überzeugung des LG. zu entnehmen, dem Angekl. sei zum mindesten nicht zu widerlegen, daß er in der hiernach für ihn als Arzt gebotenen Weise verfahren habe und so zu der Auffassung gelangt sei, er dürfe die Aufklärung der Eltern K. mit Rücksicht auf die in ihrer Persönlichkeit begründeten besonderen Umstände unterlassen. Nach dem Inhalt des Urteils kommt zwar insoweit nur in Betracht, daß die Eltern K. „sich schon ohnehin sehr ängstlich gezeigt hatten“ und daß daher „der Angekl. befürchtete“, daß durch die Aufklärung bei ihnen „eine große Aufregung hervorgerufen werde, die für die ganze Behandlung der Kinder nachteilig sei“. Aber wenn das LG., das außer dem Angekl. auch den Ehe mann K. gehört und gesehen hat, ihn also in der in Betracht kommenden Richtung selbst hat beurteilen können, zu der tatrichterlichen Überzeugung gelangt ist, der Angekl. habe seine Entsch. „unter gewissenhafter Abwägung“ getroffen, so ergibt sich daraus weiter als Ausnahme des LG., es lasse sich zum mindesten nicht nachweisen, daß dem Angekl. eine Pflichtwidrigkeit bei der Beurteilung und Abwägung der Umstände des Falles zur Last falle. Diese Annahme des LG. und damit das Schlussergebnis, zu dem es in dem hier erörterten Punkte gelangt ist, könnte aus Rechtsgründen nur beanstandet werden, wenn davon auszugehen wäre, daß nach der Lebenserfahrung, sei es ganz allgemein, sei es im vorl. Falle, die vom Angekl. als entscheidender Anstand vorgebrachte und vom LG. insoweit als nicht widerlegt gewürdigte Befürchtung des Angekl. hinsichtlich der Eltern K. unmöglich habe begründet sein können. Das jedoch kann nicht gesagt werden. Es können vielmehr Fälle vorkommen, wo sogar die Aufklärung der Eltern, selbst nur eines Teiles, nachteilige Folgen haben kann und daher eine hierin ruhende Besorgnis des Arztes den Ausschlag bei der gebotenen pflichtmäßigen Abwägung geben darf. Wenn auch, wie bereits gesagt, die gesamten Ausführungen des LG. hinsichtlich der Verheimlichung der Krankheitsart knapp gehalten sind, so kann aus ihnen doch nicht entnommen werden, daß das LG. bei der Würdigung des Verteidigungsvorbringens des Angekl. die Lebenserfahrung außer acht gelassen hätte. Es kommt daher auch nicht aus einer solchen Erwägung heraus in Betracht, die Würdigung des LG. als rechtlich fehlerhaft zu erachten.

2. Entscheidend kommt es sonach auf die Frage an, ob der Angekl. verpflichtet war, entweder die Serumbehandlung selbst vorzunehmen oder doch wenigstens zu ermöglichen, daß ein anderer Arzt sie anwende.

Nur unter diesem Gesichtspunkt kommt weiter in Betracht, ob der Angekl. pflichtwidrig dadurch gehandelt hat, daß er selbst keinen weiteren Arzt zuzog und auch nicht die Überführung der Kranken ins Krankenhaus veranlaßte. Denn nach den rechtlich nicht angreifbaren Feststellungen des LG. hatte der Angekl. bei

allen Kranken rechtzeitig die richtige Diagnose gestellt; er hatte sich entschlossen, die Kranken ebenso wie früher die etwa zwanzig bis dahin von ihm erfolgreich behandelten Diphtheriekranken ausschließlich mit den in der Homöopathie üblichen besonderen Heilmitteln und weiteren Mitteln zu behandeln, war sich über die danach in Betracht kommende Behandlungsweise klar und hat keinen Kunstfehler begangen, soweit es sich nur um sie handelt. Die Zuziehung eines weiteren Arztes oder die Überführung der Kranken ins Krankenhaus kann für den Angekl. demnach nur dann als geboten erachtet werden, wenn ihm die Verpflichtung oblag, die Behandlung der Kranken mit Diphtherieserum zu ermöglichen, er selbst aber die Behandlung nicht vornehmen wollte. Nur nach dieser Richtung kann somit die Unterlassung des Angekl. hinsichtlich jener beiden besonderen Maßnahmen als eine Pflichtwidrigkeit in Frage kommen. Das hat das LG. richtig erkannt.

Das LG. kommt in längeren Ausführungen zu dem Ergebnis, daß dem Angekl. hinsichtlich der Nichtanwendung der Serumbehandlung keine Pflichtwidrigkeit nachzuweisen sei. Es prüft diese Frage sowohl für den Beginn der Erkrankung wie für ihren weiteren Verlauf. Wie die Urteilsausführungen in ihrem Zusammenhalt deutlich erkennen lassen, hat es dabei auch die Frage zu klären versucht, wie die ärztliche Wissenschaft und Praxis zur Serumbehandlung bei Diphtherieerkrankungen stehen.

Das LG. kommt dabei zunächst zu dem richtigen Ergebnis, daß diese Behandlung nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, der Angekl. also insoweit nicht gegen ein gesetzliches Gebot verstoßen hat. In diesem Zusammenhang hat es insbes. die Richtlinien des Reichsgesundheitsamts zutreffend gewürdigt.

Das LG. hat ferner damit richtig gehandelt, daß es sich bei der Bildung seiner tatrichterlichen Überzeugung nicht nur auf Sachverständige gestützt hat, die für die Serumbehandlung eintreten und ihre Anwendung als geboten erachten, sondern auch auf solche, die anderer Meinung sind. Als Ergebnis der in dieser Weise durchgeführten umfangreichen Beweiserhebung stellt sich nach dem Inhalt der Urteilsgründe die Überzeugung des LG. dar, die Frage sei in der Wissenschaft wie in der Praxis noch nicht soweit geklärt, daß schon in der grundsätzlichen Ablehnung der Serumbehandlung ein Verschulden des Angekl. gefunden werden könne. Das LG. legt auf Grund der Befundungen der in der Hauptverhandlung vernommenen Sachverständigen des näheren dar, daß die Ansichten einerseits der Allopathen und andererseits der Homöopathen stark auseinandergehen, daß ferner die Homöopathie „heute“ — also im Gegensatz zu der Beurteilung in früheren Jahren — „nicht etwa als die Theorie eines krassen Aussenstehers zu werten ist, sondern als wissenschaftlich anerkannte Richtung der Medizin, die auch auf erhebliche praktische Erfahrung und Erfolge zurückblicken kann“, und zwar auch „gerade bei der Diphtheriebehandlung“. Die so auf Grund eingehender Prüfung gewonnene tatrichterliche Beurteilung des LG. kann nicht vom RevG. als rechtlich fehlerhaft bezeichnet werden, muß also der weiteren Nachprüfung des Urteils zugrunde gelegt werden. Dasselbe gilt von der weiteren Feststellung des LG., daß auch der Angekl. selbst mit der homöopathischen Behandlungsweise bei Diphtherieerkrankungen — wobei gemeint ist, unter Ablehnung der Serumbehandlung — in einer größeren Zahl von Fällen Erfolg gehabt habe. Dem LG. kann danach nicht aus Rechtsgründen entgegengetreten werden, wenn es dem Angekl. zubilligt, er sei aus wohlwollenden sachlichen Gründen der Überzeugung gewesen, daß die von ihm angewandten homöopathischen Heilmittel zum mindesten nicht derart minderwertig gegenüber dem Diphtherieserum seien, daß die Unterlassung der Serumbehandlung unter allen Umständen eine Pflichtwidrigkeit und damit einen ärztlichen Kunstfehler darstelle. In diesem Sinne sind die Ausführungen des Urteils zu verstehen.

Nach dem Inhalt dieser Ausführungen ist das LG. insbes. gerade auch auf die Frage eingegangen, auf die es nach seinen rechtlich unangreifbaren Feststellungen über den Verlauf der Erkrankungen während der Behandlung durch den Angekl. ankommen kann.

Bereits in der Entsch. des erf. Sen. 1 D 465/30 v. 8. Juli

1930: RGSt. 64, 263 — die ebenfalls die Serumbehandlung bei Diphtherie betrifft, zu deren rechtlichen Ausführungen in allen Einzelheiten Stellung zu nehmen der vorl. Fall indes keinen Anlaß bietet — ist auch die Frage erörtert worden, inwieweit der Arzt verpflichtet ist, ein ihm als das wirksamste bekanntes Heilmittel anzuwenden. Rechtlich denkbar und tatsächlich möglich wäre es in diesem Zusammenhang, daß bei einer bestimmten Krankheit ein bestimmtes Mittel besonders wirksam wäre und in Verhältnis zu allen anderen Heilmitteln einen solchen Vorrang hinsichtlich der Wirksamkeit hätte, daß die anderen neben ihm erkennbar weit zurücktreten. In einem solchen Falle könnte es ganz gleich sein, ob es sich um ein allopathisches oder um ein homöopathisches Mittel handelte, könnten vielmehr alle Ärzte, gleichviel welcher wissenschaftlichen Richtung sie angehören, als grundsätzlich verpflichtet erachtet werden, es anzuwenden, und die Unterlassung der Anwendung könnte grundsätzlich als ärztlicher Kunstfehler erscheinen. Wie der Zusammenhalt der Ausführungen im angefochtenen Urteil erkennen läßt, hat das LG. den Sachverhalt gerade auch unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt geprüft. Die Urteilsausführungen ergeben deutlich die auf die Befundungen der Sachverständigen gestützte tatrichterliche Überzeugung des LG., es stehe nicht fest, daß das Diphtherieserum eine derartige Stellung einnehme, insbes. sei der Angekl. ohne Verschulden der Auffassung gewesen, daß dem Serum dieser Vorrang vor den von ihm in den früheren Fällen und auch jetzt wieder verwendeten Diphtherieheilmitteln der Homöopathie nicht zukomme. Dem kann das RevG. nicht aus Rechtsgründen entgegengetreten. Hinzukommt ferner die Feststellung des LG., daß sich dem Angekl. die von ihm behandelten Erkrankungen in der Familie K. nicht als besonders schwere, sondern als normale Fälle dargestellt hätten, sowie die weitere Feststellung, daß auch die Allopathen — womit hier die Anhänger der Serumbehandlung gemeint sind — bei leichteren Fällen von der Serumbehandlung absehen. Wenn das LG. in diesem Zusammenhang ausführt, die dem Angekl. erkennbaren Umstände des Falles hätten kein Abweichen von seiner sonst geübten Behandlung bei Diphtherieerkrankungen geboten, so ergibt sich auch hieraus, daß das LG. die ganze Frage von den richtigen rechtlichen Gesichtspunkten aus geprüft hat. Das auf dieser Grundlage gewonnene tatrichterliche Ergebnis kann somit nicht als rechtlich fehlerhaft bezeichnet werden.

Das gilt sowohl für den Beginn der Behandlung bei jedem der drei Erkrankten, wie auch für den weiteren Verlauf der Behandlung. Für die rechtliche Nachprüfung des Urteils in letzterer Hinsicht kommt wesentlich auch die weitere Feststellung des LG. in Betracht, daß anerkanntermaßen die Wirksamkeit der Serumbehandlung mit jedem Tage der Erkrankung rasch abnehme. Die Annahme des LG., auch die Nichtanwendung des Serums im weiteren Verlauf der Erkrankungen sei nicht pflichtwidrig gewesen, kann somit um so weniger als rechtlich fehlerhaft bezeichnet werden.

Auf dieser Grundlage kann endlich dem LG. auch nicht aus Rechtsgründen insoweit entgegengetreten werden, als es sein Verschulden des Angekl. darin findet, daß er keinen weiteren Arzt zugezogen und auch nicht die Überführung der Kranken ins Krankenhaus veranlaßt, vielmehr allein die Behandlung unter Ausschaltung des Diphtherieserums fortgesetzt hat.

II. Zum ursächlichen Zusammenhang.

Das LG. hat ohne Rechtsirrtum in allen drei Fällen allgemein den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Behandlungsweise des Angekl. und dem tödlichen Ausgang der Krankheit verneint. Die Urteilsausführungen sind zwar in diesem Punkt knapp, ermöglichen indes dem RevG., das Urteil auch in dieser Beziehung rechtlich nachzuprüfen.

Rechtsirrig ist die Ansicht der Rev., der ursächliche Zusammenhang hatte nur dann verneint werden können, wenn mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit festgestellt werden könnte, daß der Verlauf der Krankheit bei Serumbehandlung genau derselbe gewesen und der Tod zur selben Zeit eingetreten sein würde. Erste Voraussetzung für die Ursächlichkeit einer Handlung oder einer Unterlassung ist immer der Nachweis, daß durch sie nach dem tatsächlichen Verlauf der Dinge überhaupt eine Bedingung für den Eintritt des Erfolges

gesetzt worden ist. Steht das nicht fest, so gehört sie nicht in die Ursachenreihe. Danach ergibt sich eine verschiedene rechtliche Beurteilung je nachdem, ob es sich um eine Handlung oder um eine Unterlassung handelt. Bei einer Handlung ist die Ursächlichkeit zu bejahen, wenn die Handlung nicht weggedacht werden kann, ohne daß zugleich der Erfolg wegfiel. Eine Unterlassung dagegen ist nur dann ursächlich, wenn die unterlassene Handlung nicht hinzugegaddt werden kann, ohne daß zugleich der Erfolg wegfiel. Da es sich beim Angekl. nach den Urteilsfeststellungen nur um Unterlassungen handelt, kann ihre Ursächlichkeit nur bejaht werden, wenn eine an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß der Tod bei Vornahme der unterlassenen Handlungen nicht oder doch jedenfalls wesentlich später eingetreten wäre; nur dann gehört die Unterlassung in die Ursachenreihe hinein (vgl. RGSt. 63, 211; RGUrt. 1 D 956/30 v. 10. März 1931; JW. 1932, 415; so auch RGUrt. 2 D 872/29 v. 14. Juli 1930). Diese Voraussetzung aber hat das LG. nicht festzustellen vermocht.

Was insbes. die Unterlassung alsbaldiger Serumbehandlung betrifft, hätte also eine an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit bestehen müssen, daß die Kranken am Leben geblieben wären oder ihr Leben wenigstens verlängert worden wäre, falls sie alsbald mit Serum behandelt worden wären. Gerade das aber hat das LG. auf Grund der eingehenden Beweiswürdigung, insbes. der in diesem Punkt übereinstimmenden Gutachten aller Sachverständigen, nicht feststellen können. Zwar verneint es diese Frage ausdrücklich nur für den tödlichen Ausgang als solchen, aber nach Lage der Sache muß daselbe auch für den Zeitpunkt des Todes gelten (vgl. RGSt. 50, 43). Das LG. hat ersichtlich auch in dieser Beziehung keine Feststellungen gegen den Angekl. treffen können.

(RG., 1. StrSen. v. 19. März 1937, 1 D 19/37.)

Anmerkung: Die Leitsätze der Entsch. mögen allein gesehen zunächst kaum Anlaß zur Kritik bieten. Um so mehr Bedenken tauchen jedoch auf, wenn man den Sachverhalt und die Begründung des Urts. im einzelnen einer näheren Betrachtung unterzieht.

Der Eindruck des reinen Tatbestandes — ohne juristische Zergliederung — muß niederschmetternd wirken. Ein Arzt behandelt eine Familie, in der Diphtherie ausgebrochen war. Resultat: Die Mutter und ihre beiden Kinder sterben. Allein der nur leicht erkrankte Vater kommt mit dem Leben davon. Der homöopathische Arzt hatte die Kranken nur mit homöopathischen Heilmitteln behandelt. Mit welchen gibt das Ur. leider nicht an. Eine Behandlung mit dem Behring'schen Serum hatte er nicht vorgenommen.

Es ist hier nicht der Platz und nicht meine Aufgabe, Stellung zu den Fragen von Wert und Verhältnis der beiden großen Lehren der medizinischen Wissenschaft, Allopathie und Homöopathie, zu nehmen. Es kann jedenfalls nur von Segen für die leidende Menschheit sein, wenn die noch vor kurzer Zeit so feindlichen Schwestern sich heute und in Zukunft nähern, einigen und durchdringen. Wenn aus jeder Schule jeweils das Beste erwählt und dann gemeinsam anerkannt und geübt wird.

Wir scheint aber ein Verschulden des Arztes hier auf jeden Fall schon darin zu bestehen, daß er die Kranken 13 Tage lang an der von ihm bereits am zweiten Tage erkannten Krankheit behandelt hat, ohne sie über die Art dieser Krankheit aufzuklären. Es bedarf hier wirklich keiner besonderen Ausführungen über die Streitfragen der ärztlichen Aufklärungspflicht und ihre Grenzen (s. RG. v. 24. Nov. 1936; JW. 1937, 927 mit Anm. Kallfelz; König, „Haftpflicht des Arztes“, Leipzig 1937, Kap. III (Röstlin) und V; Ebermayer, „Der Arzt im Recht“, Leipzig 1930 S. 97 und 156; Goldhahn und Hartmann, „Chirurgie und Recht“, Stuttgart 1937 S. 33). Es ist aber auch nicht der geringste vernünftige Grund ersichtlich, weshalb der Arzt schon anfangs, als zunächst nur die beiden Kinder erkrankt waren, den Eltern den wahren Charakter des Leidens verschweigen mußte oder durfte. Es ist vielmehr so eindentig klar, daß der Arzt sofort nach der festgestelltemaßen von ihm

ja am zweiten Tage richtig gestellten Diagnose diese den Eltern eröffnen mußte, daß man zwangsläufig auf den Gedanken kommen muß, die wahren Gründe des Verschweigens der Diagnose seien mehr als nur mißbilligenswerter Natur gewesen. Hinzu kommt noch, daß der Ehemann den Arzt sofort gefragt hatte, ob Diphtherie vorliege, und diese Frage noch besonders damit begründet hatte, daß sie vor einiger Zeit den Besuch eines an Diphtherie erkrankten Verwandten gehabt hätten. Die Eltern waren also durchaus gefaßt und vorbereitet auf den wahren Charakter der Krankheit, sie rechneten damit, wie fast jeder Laie in einem solchen Falle damit gerechnet haben würde. Es ist vollkommen unverständlich, wie unter diesen Umständen der Arzt sich veranlaßt fühlen konnte, die Eltern in den falschen Glauben zu verfehen und zu belassen, es handele sich nur um eine mehr oder weniger harmlose Halsentzündung. Wenn das RG. ausführt, die Entscheidung darüber, ob im Einzelfall Gründe für ein Abgehen von der prinzipiell dem Arzt obliegenden Aufklärungspflicht vorhanden seien, läge dem Arzt nach seinem freien, pflichtmäßigen Ermessen ob, so ist das grundsätzlich natürlich richtig. Aber selbstverständlich unterliegt die ärztliche Entscheidung und die Frage des Ermessens der richterlichen Nachprüfung. Und wenn diese auch in solchen Fällen grundsätzlich nicht eugherzig sein darf und dem freien pflichtmäßigen ärztlichen Ermessen genügenden Spielraum gewähren muß, so muß ebenso selbstverständlich darauf gehalten werden, daß aus dem freien Ermessen nicht einfache Willkür wird. Die tatsächlichen Feststellungen des LG., die das RG. selbst als „knapp gehalten“ bezeichnet, besagen in dieser Beziehung nur, der Angeklagte habe „befürchtet“, daß durch die Aufklärung bei den Eltern „eine große Aufregung hervorgerufen werde, die für die ganze Behandlung der Kinder nachteilig sei“. Das ist ganz offenbar kein ernsthafter Grund für die Nichterfüllung der grundsätzlichen ärztlichen Aufklärungspflicht in einem solchen Falle, sondern eine bloße nachträgliche Ausrede. Leider liegt nach dem ganzen Sachverhalt der Verdacht allzu nahe, daß der Angeklagte nicht aus dem oben angegebenen Grunde, nicht einmal aus bloßer Nachlässigkeit, sondern aus einem viel mißbilligenswerteren Grunde die Eltern — insbesondere den Vater — nicht genügend aufgeklärt hat, nämlich aus dem Grunde, um eine Diskussion über die Behandlungsweise überhaupt nicht aufkommen zu lassen. Bekanntlich pflegen selbst überzeugte Anhänger der homöopathischen Lehre — und es steht keineswegs fest, daß der Ehemann in unserem Falle überhaupt ein solcher war — bei gewissen ernstlichen Krankheiten doch zu den bewährten Heilmitteln der allopathischen „Schulmedizin“ zu greifen. Es kann daher unter den gegebenen Umständen nur als eine kaum zu überbietende Leichtfertigkeit und Eigenmächtigkeit des Arztes angesehen werden, wenn er den Eltern nicht nur nicht sofort die richtige Diagnose eröffnete — um ihnen neben aller anderen Einstellung z. B. betr. die Verhütung weiterer Ansteckungen die Möglichkeit zu geben, sich über die Behandlungsart zu entscheiden —, sondern sogar die von den Eltern bereits vermutete richtige Erkenntnis verhinderte. Der imaginäre Schaden, der durch eine selbst übernormale Aufregung und Besorgnis der Eltern hätte hervorgerufen werden können, verliert wohl jede Bedeutung gegenüber dem nie mehr wieder gutzumachenden Schaden, der durch die auf unwahrer Grundlage beruhende „Beruhigung“ der Eltern verursacht werden konnte und auch verursacht worden ist. Es paßt nur zu gut zu diesem Verhalten des Arztes, daß er nicht einmal die vorgeschriebene Anzeige an die Gesundheitsbehörde erstattet hat, was nach „der rechtlich nicht zu beauftragenden Überzeugung des LG.“ nicht vorsätzlich geschehen ist, nach der Ansicht des RG. aber eine — allerdings erhebliche — Fahrlässigkeit des Angekl. darstellen kann. Hierzu mag noch ergänzend bemerkt werden, daß eine derartige Fahrlässigkeit geeignet sein kann, eine epidemische Verbreitung der Krankheit mit allen ihren unabsehbaren Folgen hervorzurufen!

Die „knappen“ tatsächlichen Feststellungen des LG., mit denen es das Schweigen des Angekl. billigt oder wenigstens eine Pflichtwidrigkeit als nicht nachweisbar ansieht,

waren ohne weiteres revidibel, weil sie auf einer offenbar falschen Anwendung der für die ärztliche Aufklärungspflicht maßgeblichen Rechtsgrundsätze beruhten. Hierbei muß immer wieder betont werden, daß der Angekl. selbst die richtige Diagnose bereits am zweiten Behandlungstage gestellt hatte.

Die zweite vom RG. behandelte Frage, ob der Angekl. vom Standpunkt der homöopathischen, wenn nicht gar von dem der allopathischen Schule aus gesehen keinen Kunstfehler begangen habe, wenn er statt die Seruminjektion vorzunehmen, nur mit homöopathischen Mitteln (welchen?) behandelte, ist zweifellos schwerer zu entscheiden. M. E. muß heute vom Standpunkt beider Schulen aus (oder vielleicht richtiger von einem übergeordneten Standpunkt aus) die Serumbehandlung bei der Diphtheritis als das Mittel der Wahl angesehen werden. Es kann hierbei nicht darauf ankommen, daß sich für fast jede Ansicht Sachverständige, die sie vertreten, finden lassen werden. Auch nicht darauf, daß der Nachweis gelingt, daß in mehr oder weniger zahlreichen Fällen Kranke auch ohne Serumbehandlung — ich will mich mit Absicht nur so negativ ausdrücken — gesundet sind. In der Praxis des täglichen Lebens muß der Praktiker — auf allen Gebieten — das praktisch hauptsächlich Erprobte tun. Will er experimentieren, so bedarf er hierzu jedenfalls mindestens der ausdrücklichen Einwilligung seiner Opfer. Auch der Rechtswahrer ist in gewissen Fragen ja nicht berechtigt, ohne weiteres von der herrschenden Meinung abzuweichen, und er wird nicht dadurch gedeckt, wenn er auch für seine abweichende Meinung irgendeinen gedruckten Vertreter findet. Für praktisches, schlichtes Empfinden genügt die unbestreitbare Tatsache, daß vor der Entdeckung der Serumbehandlung Tragödien wie die vorliegende eine häufige Folge der damals so verbreiteten und gefürchteten Diphtherieepidemien waren, während nachher und heute Todesfälle an Diphtherie immerhin relativ selten geworden sind. Das genügt und muß genügen, wollte man mehr verlangen und dazu noch etwas, was ebenso unmöglich wie nebensächlich ist, nämlich die absolute Einhelligkeit von Wissenschaftlern über eine zugehörige Frage, käme man nie zu praktisch brauchbaren, verständlichen und notwendigen Entscheidungen. M. E. muß die Serumbehandlung bei Diphtherie als ein Mittel angesehen werden, das von allen Schulen der Medizin als das so weitans wirksamste anzuerkennen ist, das jeder Arzt, gleich welche Richtung er sonst vertritt, zu seiner Anwendung verpflichtet ist. Die einen ähnlichen Fall behandelnde Entsch. RG., 1. Str. Sen. v. 8. Juli 1930 (RGSt. 64, 262) stellt auch fest, daß selbst ein Teil der damals als Sachverständige gehörten homöopathischen Ärzte die Serumbehandlung auch für ihre Heilweise anerkannt hätten. Es muß hier das gelten, was heute die hohen (am 5. Nov. 1937) von dem Reichsärztesführer auf Grund des § 14 ÄrzteD. erlassene „Berufsordnung für die deutschen Ärzte“ (Deutsches Ärzteblatt v. 13. Nov. 1937 Nr. 46 S. 1031 ff.) in § 4 mit den Worten ausdrückt: „Der Arzt hat die Pflicht, sich beruflich fortzubilden und ohne Voreingenommenheit für oder gegen eine bestimmte Richtung in der Heilkunde sich mit allen wichtigen Heilverfahren vertraut zu machen. — Bei jedem Krankheitsfall muß der Arzt bestrebt sein, auf einfachstem Wege den besten Heilerfolg zu erzielen.“

Ich bin daher keineswegs der Ansicht, daß jeder Arzt — oder gar jeder sonstige Heilbehandler — seiner Pflicht dadurch genügt, daß er sich nach den Regeln „seiner“ Methode richtet (König a. a. O. S. 72), ohne Rücksicht auf ihre etwaige Zweifelhaftheit und ein zweifellos besseres, aber einer anderen „Richtung“ angehörendes anderes Mittel. Das würde ein „fiat Justitia“ der Medizin bedeuten, das sich auf diesem Gebiete zweifellos noch viel verhängnisvoller auswirken müßte als je auf dem des Rechtslebens.

Aber selbst wenn man dem homöopathischen Arzt die grundsätzliche Ablehnung der Serumbehandlung konzedieren wollte, würde jede Nichtanwendung einer in der Praxis so erprobten und bewährten Behandlungsweise zur unbedingten Voraussetzung haben müssen, daß der Arzt den Kranken bzw. seine Angehörigen über die Sachlage restlos aufklären müßte, um ihnen eine Entscheidung darüber zu ermöglichen, ob sie

den allgemein bewährten Weg oder den besonderen des betreffenden Arztes gehen wollen. Gilt dies schon allgemein, wieviel mehr bei einer Krankheit, die außer ihrer hohen akuten Lebensgefährlichkeit so schwere Folgeerscheinungen haben kann, die ebenfalls bei rechtzeitiger Serumbehandlung in den meisten Fällen vermieden werden können. Hier besteht ein unlösbarer Zusammenhang zwischen der besonderen Heilmethode und einer erhöhten Aufklärungspflicht.

Die immer wiederholte Betonung des RG., den tatsächlichen Feststellungen des LG. könne aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden, kann die Aufrechterhaltung der Entsch. der Vorinstanz m. E. schon deshalb nicht rechtfertigen, weil die tatsächlichen Feststellungen des LG. eben die aus ihnen gezogenen rechtlichen Folgerungen auf keinen Fall mit genügender Klarheit und Überzeugung stützen.

Es bleibt somit noch die Frage des ursächlichen Zusammenhanges. Sie ist meines Erachtens zu bejahen, mag man das Verhalten des Angeklagten mehr unter dem Gesichtspunkt seines positiven Tuns oder dem seines Unterlassens werten, was vorliegend schließlich auf dasselbe herauskommt. Mit Recht verlangt das RG. für die Ursächlichkeit einer Unterlassung nur eine an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit, daß der Erfolg (hier der Tod der drei Patienten) nicht oder jedenfalls wesentlich später eingetreten wäre. Zu Unrecht hält es aber wiederum die diese Ursächlichkeit verneinenden tatsächlichen Feststellungen des LG. für nicht angreifbar. Der bei Beantwortung solcher Fragen von Berufs wegen meist etwas übervorsichtige und sozusagen — man verstehe mich nicht falsch — befangene Sachverständige (befangen in den durch zu großes Fachwissen begründeten Zweifeln an der Richtigkeit absoluter Werturteile) muß hier dem „Laien“ weichen. Der Laie aber weiß, daß Tragödien, wie hier geschehen, seit der Einführung der Serumbehandlung normaler Weise mit einer fast an Gewißheit grenzenden Wahrscheinlichkeit nicht mehr vorzukommen brauchen. Ob ein Schwerkranker auch trotz richtiger Behandlung nicht doch seiner Krankheit erlegen wäre, wird im Einzelfall nie ein Mensch mit einem irgendwie sicheren Gewißheits- oder Wahrscheinlichkeitsfaktor ausschließen können. Hier muß die allgemeine Sterblichkeitsstatistik genügen. Und wenn diese auch nur erweisen sollte, daß eine bestimmte Behandlungsweise die frühere Sterblichkeit einwandfrei und auf die Dauer erheblich gedrückt hat, so kann es weder darauf ankommen, ob die angeführte der Gefährlichkeit der Krankheit verbleibende Sterblichkeitsziffer größer oder kleiner ist, noch auch darauf, ob eine andere Heilweise auch Heilerfolge aufweisen kann. Denn bei der geringeren Zahl der letzteren, weniger geübten Methode wird das propter oder post hier immer zweifelhaft sein. Jeder Patient hat das Recht darauf, entweder von vornherein mit dem besten, bewährtesten und durchschlagendsten Heilmittel behandelt zu werden, oder aber mindestens offen aufgeklärt und belehrt zu werden, ob er sich einer noch weniger eingeführten Methode anvertrauen will. Es stände m. E. 1000 : 1, daß die Eltern, insbesondere der Vater, bei richtiger Belehrung und Aufklärung auf sofortiger Serumbehandlung bestanden hätten, und ebenso sicher, daß dann alle gerettet worden wären. (Trotz der berühmten mehr theoretischen anderweitigen Möglichkeit, die der Sachverständige, durch Laienfragen von drei Seiten her gepeinigt, meist zugeben muß.)

Nur zur Abrundung des Bildes dieser so unglücklichen Behandlung sei noch die Feststellung des LG. erwähnt, daß der Angekl. zweimal nicht erreicht werden konnte, so daß andere Ärzte eingreifen mußten, leider in beiden Fällen zu spät. Bei der ohne weiteres doch vorliegenden Schwere und Lebensgefährlichkeit der Erkrankungen spricht dies auch nicht gerade für den Angekl.

M. E. hat der Angekl. nach dem klaren Akteninhalt durch grobe Fahrlässigkeit den Tod der Mutter und ihrer beiden Kinder verursacht.

Sachverständige und Richter mögen in solchen Fällen, zumal wenn es sich um einen sonst unbescholtenen und gewissenhaften Arzt handelt, leicht eine instinktive Abneigung empfinden, mit der Feststellung eines Kunstfehlers die Schuld der

fahrlässigen Körperverletzung oder gar der fahrlässigen Tötung zu verbinden. Sie mögen es in diesem Sinne ungerecht empfinden, den Arzt, der doch subjektiv gesehen nicht nur nicht den Tod, sondern im Gegenteil die Genesung des Patienten wollte, gleichzusetzen mit anderen Gesetzesbrechern, deren fahrlässige Schuld unmittelbar wirkt. Vom Standpunkt des geltenden Rechts bedeutet aber eine derartige Einstellung eine offenbare Verkennung des Begriffs der Fahrlässigkeit, den gerade mehr noch als die Außerachtlassung der allgemeinen die der besonderen Berufspflicht und Berufsvorsicht kennzeichnet. Die öffentliche Gesundheitspflege und die Rechtspredung werden jedenfalls trotz der allzu negativ-skeptischen Einstellung Königs (a. a. O. Kap. VI „Kunstfehler, eine notwendige Auseinandersetzung“ S. 43 ff.) den Begriff des Kunstfehlers in der Beurteilung ärztlichen Tuns nicht entbehren können. Sie werden vielmehr zum notwendigen Schutze des einzelnen und der Gesamtheit gerade bei der Beurteilung ärztlichen Handelns, das nun einmal soviel schwerwiegender und folgenreicher wirken muß als die meisten anderen menschlichen Betätigungen, besonders scharf darauf achten müssen, daß die Freiheit subjektiven Ermessens verbunden mit dem ewigen Streit wissenschaftlicher Meinungen nicht zu einer Auflösung und Regellosigkeit im Bereich der praktischen ärztlichen Berufsausübung führt, die sich für das Objekt, den Patienten, verhängnisvoll auswirken kann.

De lege ferenda wäre es schon aus diesen Gründen allerdings, wie ich das schon mehrfach betont habe, wünschenswert, die schuldhaft fehlerhafte ärztliche Behandlung strafrechtlich zu einem Sonderdelikt zu gestalten.

WR. Dr. Kallfelz, Cottbus.

*

15. RG. — §§ 257, 2 StGB. Eine erweiterte Anwendung des § 257 StGB. auf Grund des § 2 StGB. ist nicht möglich.

Eine Absicht der Begünstigung liegt nur vor, wenn der Angekl. die den Haupttäter begünstigende Handlung deshalb vornimmt, zum mindesten mit deshalb begehrt, um diesen der Bestrafung zu entziehen. Das Bewußtsein, die Beistandsleistung werde dazu führen können, daß der Haupttäter der Bestrafung entzogen werde, genügt nicht. Es muß vielmehr das Ziel des Angekl. mit gewesen sein, dies zu erreichen (RGSt. 32, 24; 54, 351). Da diese Zweckrichtung das eigentliche Wesen der Begünstigung darstellt, ist es auch nicht möglich, auf Grund des § 2 StGB. zu einer erweiterten Anwendung des § 257 StGB. zu kommen (vgl. RGSt. 70, 377, 384 = JW. 1937, 172³⁰).

(RG., 1. StrSen. v. 15. Okt. 1937, 1 D 642/37.)

*

16. RG. — § 263 StGB. Betrug. Nach ständiger Rpr. des RG. ist nach einem durch Abschluß eines Vertrages begangenen Betrug der Eintritt der Vermögensbeschädigung danach zu bestimmen, ob das Vermögen des angeblich Geschädigten infolge der Vermögensverfügung des Getäuschten im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags durch diesen einen geringeren Wert als vorher hatte, ob also die übernommene Verpflichtung oder die Leistung höher zu bewerten war als die Verpflichtung oder Leistung, die der Täuschende vertragsmäßig übernahm oder bewirkte (vgl. RGSt. 16, 1, 10; 68, 379, 380 = JW. 1935, 288¹⁶ m. Anm.).

(RG., 2. StrSen. v. 18. Okt. 1937, 2 D 571/37.)

*

17. RG. — § 266 StGB. Ein Rechtsanwalt, der nicht durch Anlegung eines Sonderkontos verhindert, daß ihm übergebene Fremdgelder von seinen persönlichen Gläubigern angegriffen werden, verletzt seine Treupflicht. (.)

Ein Rechtsanwalt, der sich in einer bedrängten wirtschaftlichen Lage befindet, muß von vornherein dafür Sorge tragen, daß Fremdgelder, die ihm überwiesen werden, auf ein Sonderkonto gelangen, das ein Zugreifen seiner persönlichen Gläubiger ausschließt. Unterläßt er das, so verstößt er schon damit gegen seine Treupflicht. Werden ihm Beträge ohne sein Zutun und ohne sein Wissen auf sein eigenes Konto überwiesen, so muß er sein möglichstes tun, daß sie alsbald auf ein Sonderkonto gelangen; auch ein Untätig-

bleiben in dieser Hinsicht verstößt gegen die Treupflicht, die durch das Auftragsverhältnis gerade auch in bezug auf die Behandlung der Fremdgelder begründet wird. Die Rev. ert durchaus, wenn sie annimmt, Verstöße gegen die in dieser Hinsicht in den Richtlinien der Reichs-Rechtsanwaltskammer und schon vorher immer wieder nachdrücklich betonten Pflichten des Rechtsanwalts stellten nur ehrengerichtlich zu ahnende standesrechtliche Verfehlungen dar. Sie können vielmehr, wenn auch die weiteren Merkmale, insbes. zur inneren Tatseite, gegeben sind, durchaus auch die Grundlage für eine Bestrafung wegen Untreue nach § 266 bilden; denn es kann gerade darin der Treubruchstatbestand verwirklicht sein. Der Nachteil kann in solchen Fällen dadurch gegeben sein, daß die Forderung des Auftraggebers aus dem Auftragsverhältnis infolge der wirtschaftlichen Lage des Rechtsanwalts und seines eigenen, insbes. seines damit in Zusammenhang stehenden Verhaltens in einem Maße gefährdet ist, daß sie der Vermögensschädigung gleichkommt. Dieser Nachteil kann also bereits in dem Augenblick entstanden sein, in dem durch die Überweisung der Beträge auf das eigene Konto des Rechtsanwalts dessen eigene, von ihm aber treuhänderisch zu verwaltende Forderung gegen die Bank oder die Reichspost entsteht. Sind insoweit alle Erfordernisse, insbes. zur inneren Tatseite gegeben — bei der, wie bereits erwähnt, bedingter Schädigungsvorsatz ausreicht —, so kommt es nicht mehr entscheidend darauf an, ob sich die wirtschaftliche Lage des Rechtsanwalts später bessert; darin könnte nur ein nachträglicher Wegfall des bereits eingetretenen Nachteils liegen. Verschlechtert sich die wirtschaftliche Lage des Rechtsanwalts noch weiter, so könnte sein weiteres Untätigbleiben als eine Fortsetzung der Untreue angesehen werden.

(RG., 1. StrSen. v. 17. Sept. 1937; 1 D 573/37.)

Anmerkung: Der Entscheidung ist zuzustimmen. Die Standesorganisation der Rechtsanwälte ist von jeher bemüht gewesen, etwaige Gefahrenquellen bei der Anvertraung von Geldern an einen Rechtsanwalt für die Rechtsuchenden anzuschließen. Durch die Schaffung der „Anderkonten“ bei den Banken auf Grund von Geschäftsbedingungen, die 1931 zwischen dem Vorstand der Berliner Anwaltskammer und dem Zentralverband des Bankgewerbes vereinbart wurden, ist dieses Ziel weitgehend erreicht worden. Durch die Anlegung fremder Gelder auf „Anderkonto“ sichert der Rechtsanwalt das anvertraute Geld vor Zugriffen der Bank selbst — durch Aufrechnung, Zurückbehaltung od. dgl. — und seiner persönlichen Gläubiger. Ein Angreifen des fremden Geldes durch Versehen oder Fahrlässigkeit des Anwalts wird ausgeschlossen, eine vorläufige Vermittlung erschwert. Die sichere Anlage fremder Gelder, möglichst auf „Anderkonto“, ist durch Ziff. 30 der „Richtlinien der Reichsrechtsanwaltskammer für die Ausübung des Anwaltsberufs“ zur Standespflicht erklärt worden. Daß diese Art der Anlegung aber nicht nur eine ehrengerichtlich zu ahnende Standespflicht, sondern auch eine Rechtspflicht ist, wird vom RG. zutreffend hervorgehoben. Wer als Anwalt fremdes Geld aufzubewahren hat, ist nicht nur standesrechtlich, sondern auf Grund des durch Vertrag oder Gesetz im Einzelfall begründeten Treuverhältnisses seinem Auftraggeber oder dem sonst Berechtigten gegenüber gebunden, alle Einrichtungen zu benutzen, die zur Sicherstellung der den Rechtsanwälten anvertrauten Vermögenswerte geschaffen sind. So kann auch die Nichtbenutzung der Form des Anderkontos bei einem Rechtsanwalt, der in schlechter Vermögenslage ist und mit Zugriffen seiner Gläubiger mindestens bedingt rechnen muß, strafbare Untreue darstellen.

WR. Dr. Neubert, Berlin.

*

18. DRG. — §§ 267, 263 StGB. Das durch das Gesetz vom 26. Febr. 1935 (RGBl. I, 311) eingeführte Arbeitsbuch fällt nicht unter die Urkunden des § 263 StGB.; seine Verfälschung oder fälschliche Anfertigung ist eine Urkundenfälschung nach § 267 StGB.

Der Angekl. hat im Nov. 1936 das ihm auf Grund des Gesetzes über die Einführung eines Arbeitsbuches v. 26. Febr. 1935 (RGBl. I, 311) vom Arbeitsamt R. ausgestellte Arbeitsbuch in

verschiedener Beziehung verfälscht, namentlich hat er den Vermerk „Ja“ über den Besitz landwirtschaftlicher Kenntnisse ausradiert und statt dessen eingetragen: „keine“; er hat das verfälschte Arbeitsbuch dem Arbeitsamt A. und dann einer Baufirma B. vorgelegt in der Absicht, nachdem er in der Landwirtschaft keine Arbeit hatte finden können, sich Beschäftigung in einer anderen Berufsgruppe zu verschaffen. Das AG. hat lediglich den Tatbestand des § 363 StGB. als gegeben angenommen und das Strafverfahren wegen eingetretener Verjährung der Strafverfolgung eingestellt. Die auf Verletzung sachlich-rechtlicher Vorschriften gestützte Rev. des StA. ist begründet.

Die Bestimmung des § 363 StGB. findet Anwendung nur auf die sog. Personalspapiere, d. h. auf Urkunden, zu deren Wesen es gehört, die Person oder bestimmte persönliche Verhältnisse des Inhabers auszuweisen. Nicht unter die Bestimmung des § 363 StGB. fallen Urkunden, welche andere tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse betreffen, wenn sie auch nebenher über gewisse persönliche Verhältnisse des Inhabers sich äußern; solche Urkunden zählen vielmehr zu den Urkunden i. S. des § 267 StGB. unter der Voraussetzung des Vorliegens der dort bestimmten Merkmale (vgl. Lps.Komm. z. StGB., § 363 Bem. 1 a; Schwarz, „StGB.“, § 363 Bem. 1). Weiter erfordert die Anwendung der Vorschrift des § 363 StGB., daß der Täter lediglich die Absicht hat, mit Hilfe der falschen oder verfälschten Personalspapiere Behörden oder Privatpersonen zum Zwecke seines besseren Fortkommens zu täuschen. Sobald aber die Handlung des Täters über diesen Rahmen hinausgreift und bestimmte Rechte oder Rechtsverhältnisse privater oder öffentlicher Natur beeinträchtigt, ist der Rahmen der Sondervorschrift des § 363 StGB. überschritten und findet die allgemeine Bestimmung des § 267 StGB. Anwendung (vgl. Lps.Komm. a. a. O. Bem. 1 b; Schwarz a. a. O., Bem. 2 A). Die Einführung des Arbeitsbuches durch das Gef. v. 26. Febr. 1935 ist, wie § 1 dieses Gesetzes mit ausdrücklichen Worten hervorhebt, erfolgt, um die zueffizienteste Verteilung der Arbeitskräfte in der deutschen Wirtschaft zu gewährleisten. Diese Maßregel bedeutete einen weiteren Schritt der Reichsregierung auf dem Wege zur Sicherung des planmäßigen Arbeitseinsatzes, den sie schon mit dem Gesetz über die Regelung des Arbeitseinsatzes v. 15. Mai 1934 (RGBl. I, 381) und mit der VO. über die Verteilung von Arbeitskräften v. 10. Aug. 1934 (RGBl. I, 786) beschritten hatte. Das Arbeitsbuch soll als amtlicher Ausweis über die Berufsausbildung und die berufliche Entwicklung der Arbeiter und Angestellten dienen, der es erleichtern soll, in der Wirtschaft den richtigen Mann an den richtigen Platz zu stellen, den Andrang zu überfüllten Berufen und die Landflucht abzumildern und Schwarzarbeit zu verhindern (vgl. Pfundtner-Neubert, „Die neue Reichsgesetzgebung“ Bd. IV 11, einleitende Bemerkung zum Gef. v. 26. Febr. 1935). Hiernach dient das durch das genannte Gesetz eingeführte Arbeitsbuch dem Zwecke, den Arbeitsbehörden, deren Aufgabe die Regelung des Arbeitseinsatzes ist, Kenntnis über die bisherige Beschäftigung und die Berufsausbildung des einzelnen Arbeiters zu vermitteln und die entsprechende Einsetzung des Arbeiters zu ermöglichen. Wenn das Arbeitsbuch auch über gewisse persönliche Verhältnisse des Arbeiters Auskunft zu geben und ihn zu legitimieren geeignet ist, so ist doch nicht dies der Zweck seiner Ausstellung, vielmehr dient es dem öffentlichen-rechtlichen Zwecke des planmäßigen Arbeitseinsatzes durch die hiermit betrauten Behörden. Schon aus diesem Grunde kann das Arbeitsbuch nach dem oben Ausgeführten nicht unter die Urkunden des § 363 StGB. fallen. Dazu kommt aber weiter, daß nach dem angeführten Zwecke des Arbeitsbuches die Fälschung oder Verfälschung desselben und der Gebrauch des gefälschten oder verfälschten Arbeitsbuches den planmäßigen Einsatz der Arbeiter durch die Arbeitsbehörden, mithin bestimmte Rechte öffentlicher Behörden zu beeinträchtigen geeignet ist. Endlich kommt folgendes in Betracht. Nach Abs. 2 des § 363 StGB. trifft die gleiche Strafe wie denjenigen, der Legitimationspapiere i. S. des § 363 falsch ausfertigt, verfälscht oder wissenschaftlich von solchen falschen oder verfälschten Urkunde Gebrauch macht, auch den, welcher zum gleichen Zwecke von solchen für einen anderen ausgestellten echten Urkunden, als ob sie für ihn ausgestellt wären, Gebrauch macht oder welcher solche für ihn ausgestellte Urkunden einem anderen zu dem gedachten Zweck überläßt. Diese Tatbestände des Abs. 2 des § 363 StGB. sind durch § 16 Nr. 1 und 2 der 1. VO. zur Durchführung des Gef. über die Einführung eines Arbeitsbuches v. 16. Mai 1935 (RGBl. I, 602), insoweit die gleichen Handlungen sich auf das durch dieses Gesetz eingeführte Arbeitsbuch beziehen, mit Gefängnis bis zu einem Jahre bedroht, sofern nicht nach anderen Strafbestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt ist. Die Vorschrift des § 363 Abs. 2 StGB. ist also nicht anwendbar für den Bereich der Arbeitsbücher nach dem Gef. v. 26. Febr. 1935. Diese Tatsache läßt es aber als unmöglich erscheinen, daß

der Gesetzgeber die Absicht gehabt hat, die falsche Ausfertigung und die Verfälschung von Arbeitsbüchern des genannten Gesetzes oder den Gebrauch von falschen und gefälschten Arbeitsbüchern lediglich mit der Strafe des § 363 Abs. 1 StGB. zu bedrohen. Wenn der Gesetzgeber für diese Handlungen in der VO. v. 16. Mai 1935 keine besonderen Strafbestimmungen vorgesehen hat, so kann dies nur darin seinen Grund haben, daß die Arbeitsbücher nicht unter die Urkunden des § 363, sondern des § 267 StGB. fallen; weil die Arbeitsbücher nicht unter die Bestimmung des § 363 StGB. fallen, war hinsichtlich ihrer für die Fälle des § 363 Abs. 2 eine neue Strafbestimmung nötig.

Nach dieser Auffassung, die auch von der Rpr., insoweit sie sich bisher mit der Frage beschäftigt hat, und dem Schrifttum vertreten wird (RG. Kleinig: Df. 1937, 400; DIschausen, „StGB.“, § 267 Bem. 8 a a in ErgBd. S. 264; Dalcke, „StGB.“, § 363 Bem. 86 a; unklar dagegen Pfundtner-Neubert a. a. O. S. 9), ist die Anwendung der Bestimmung des § 363 StGB. auf die Handlung des Angekl. rechtsirrig. Da statt des § 363 StGB. die Vorschrift des § 267 StGB. in Betracht kommt, kann von einer Verjährung der Strafverfolgung keine Rede sein. Infolgedessen mußte das angefochtene Urteil samt den ihm zugrunde liegenden Feststellungen aufgehoben und die Sache an das AG. zur anderweitigen Verhandlung und Entsch. zurückverwiesen werden.

(OG. München, 2. StrSen., Ur. v. 23. Sept. 1937, 2 Ss Nr. 123/37.)

*

19. RG. — § 351 StGB. Niemand ist verpflichtet, selbst zu seiner Bestrafung beizutragen. Wo aber außerhalb der Selbstbegünstigung durch Verwirklichung eines anderen strafrechtlichen Tatbestandes oder eines strafserhöhenden Umstandes zur Verdeckung eigener Straftaten erneut in die strafrechtlich geschützte Ordnung eingegriffen wird, ist dieser Eingriff auch dann strafbar, wenn die Unterlassung desselben der Offenbarung der früheren Straftaten gleichkommt.

Die Verurteilung des Angekl. wegen Verbrechens gegen § 351 StGB. ist nicht zu beanstanden. Der Angekl. hat als Postagent die rechtswidrige Zueignung von 50 RM aus den von ihm verwalteten Postgeldern dadurch verschleiert, daß er in den Abschlüssen und den Barbestandsmeldungen, die er etwa zweimal im Monat seiner vorgelegten Behörde einzureichen hatte, entsprechender höhere Beträge als vorhandenen Kassenbestand einsetzte.

Der Angekl. beruft sich darauf, daß er bei wahrheitsgemäßer Angabe des um den untergeschlagenen Betrag verminderten Kassenbestandes seine Straftat hätte offenbaren müssen, was man von ihm nicht fordern könne. Diese Zwangslage, in die der Angekl. sich vorsätzlich selbst versetzt hatte, rechtfertigt es aber nicht, von der Anwendung des § 351 StGB. abzugehen. Die Rpr. hat allerdings für diejenigen Straftaten, die tatbestandlich in der Vereitelung der Strafverfolgung (§ 257 StGB.) oder der Verletzung der Pflicht bestehen, bei der Verhütung (§ 139 StGB.) oder der Aufdeckung von Straftaten oder der Vollstreckung von Strafen oder Sicherungsmaßnahmen (§ 346 StGB.) mitzuwirken, den Grundsatz ausgesprochen, daß niemand verpflichtet ist, zu seiner eigenen Bestrafung beizutragen, oder strafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann, wenn er sich selbst der Bestrafung zu entziehen sucht (natürliches Recht der Selbstverteidigung; vgl. zu § 257 StGB.: RGSt. 21, 376; 63, 233 [234/35]; zu § 139 StGB.: ROLrt. 2 D 234/34 v. 22. März 1934; JW. 1934, 1357¹⁵; ROLrt. 3 D 210/35 v. 1. April 1935; JW. 1935, 2053¹⁸; zu § 346 StGB.: RGSt. 31, 196, 198; 70, 251 — JW. 1936, 2556²⁶). Dieser Rechtsgedanke kann dort nicht angewandt werden, wo außerhalb des Rahmens der oben gekennzeichneten tatbestandlichen Selbstbegünstigung durch Verwirklichung eines anderen strafrechtlichen Tatbestandes oder eines strafserhöhenden Umstandes zur Verdeckung eigener Straftaten erneut in die strafrechtlich geschützte Rechtsordnung eingegriffen wird, und zwar auch dann nicht, wenn die Unterlassung dieses erneuten strafbaren Tuns der Offenbarung der Straftaten gleichkommt; denn gegenüber dem Interesse des einzelnen, seine Straftat zu verheimlichen, gehen hier die Belange der Gesamtheit vor, die Rechtsordnung vor weiteren Eingriffen zu schützen. Wollte der Angekl. sich also der er-

schweren Bestrafung nach § 351 StGB. nicht aussetzen, so mußte er den Kassenbestand wahrheitsgemäß angeben, auch wenn er dadurch seine Straftat aufdeckte.

(RG., 4. StrSen. v. 19. Okt. 1937, 4 D 741/37.)

Strafrechtliche Nebengesetze

20. RG. — § 18 Nr. 6 DevWD. 1931; § 45 DevG.; § 8 VolksverrG.; §§ 26, 31 StAnpG.; §§ 396, 401 RAbgD. Ist die mit einer Zuwiderhandlung gegen das VolksverrG. zusammenhängende Devisenzuwiderhandlung gemäß § 26 StAnpG. nach den Vorschriften für Steuerhinterziehung zu bestrafen, so ist die Strafe ausschließlich dem § 396 RAbgD. zu entnehmen; auf Einziehung der Devisen kann nicht erkannt werden. f)

Der Angekl. hatte schon seit dem Jahre 1930 oder noch länger einen Vorrat von Devisen — teils außer Kurs gesetzte ausländische Goldmünzen, ohne besonderen Sammelwert, also Gold, teils ausländische Zahlungsmittel, und zwar französische Goldmünzen und amerikanische Dollarnoten — im Gesamtwerte von etwa 1000 RM in seinem Besitz. Er hat diese Devisen weder nach Maßgabe der 6. Durchf. v. 2. Okt. 1931 zur DevWD. 1931 (RGBl. I, 533) der Reichsbank angeboten noch entsprechend dem § 1 Abs. 1 Nr. 2, §§ 3—6 VolksverrG. v. 12. Juni 1933 (RGBl. I, 360) i. d. Fass. des StAnpG. v. 16. Okt. 1934 (RGBl. I, 925, 937) einer Behörde der Reichsfinanzverwaltung angezeigt. Gelegentlich von Ermittlungen der Zollfahndungsstelle wurden die Devisen in der Wohnung des Angekl. im Dez. 1935 bemerkt und beschlagnahmt. Durch das jetzt angefochtene Urteil hat das LG. den Angekl. wegen der Zuwiderhandlung gegen die 6. Durchf. v. 2. Okt. 1931 i. Verb. m. den §§ 1, 18 Abs. 1 Nr. 6 DevWD. 1931 zu sechs Wochen Gefängnis und 2000 RM Geldstrafe — hilfsweise 20 Tagen Gefängnis — und wegen des Verbrechens gegen das VolksverrG. zu 1000 RM Geldstrafe — hilfsweise 10 Tagen Gefängnis — verurteilt und die Devisen einschließlich der außer Kurs gesetzten Goldstücke eingezogen.

Das angefochtene Urteil kann insoweit nicht aufrechterhalten werden, als es sich auf die Devisenzuwiderhandlung bezieht. Zutreffend verweist die Rev. nämlich auf ein rechtliches Bedenken gegen den Strafausspruch des LG. Die Zuwiderhandlungen gegen die DevWD. 1931 und gegen das VolksverrG., die dem Angekl. zur Last gelegt sind, bezogen sich auf einen und denselben, von ihm verschwiegenen Devisenvorrat. Es handelt sich also um zusammenhängende Zuwiderhandlungen i. S. der §§ 26, 31 Nr. 1 StAnpG. (v. 16. Okt. 1934, RGBl. I, 925, 938). Da der Wert des Devisenvorrats den Betrag von 10 000 RM bei weitem nicht erreichte, könnte die Strafe des Angekl. für die Devisenzuwiderhandlung nach dem genannten § 26 „beim Vorliegen mildernder Umstände so bemessen werden, als habe er eine Steuerhinterziehung begangen“, also auf Grund des § 396 RAbgD., der nicht dazu nötigt, auf Gefängnis zu erkennen, verhängt werden. Daß die Strk. diese Rechtslage erkannt hätte, läßt sich aus der Urteilsbegründung nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen. Denn der § 26 StAnpG. ist im Urteil überhaupt nicht erwähnt, die Frage, ob mildernde Umstände vorliegen, ist im Zusammenhang mit dem Verbrechen gegen das VolksverrG. bejaht, aber im Zusammenhang mit der Devisenzuwiderhandlung nicht behandelt worden, und die Strafzumessungsgründe für die Devisenzuwiderhandlung sprechen in ihrer Fassung dafür, daß das Gericht nach dem Gesetz eine Gefängnisstrafe für durchaus unvermeidlich gehalten habe. Der Strafausspruch muß daher von dem Tatrichter nochmals geprüft werden. Die Aufhebung des Strafausspruchs umfaßt auch die Einziehung, die das LG. angeordnet hat; denn die devisenrechtliche Einziehung ist keine reine Sicherungsmaßnahme, sondern eine Nebenstrafe (RGSt. 69, 385, 388/389 = JW. 1936, 461²⁹).

Sollte die Strk. bei ihrer neuen Entscheidung auf Grund des § 26 StAnpG. die Strafe des Angekl. für die Devisenzuwiderhandlung so bemessen wollen, als ob er eine Steuer-

zuwiderhandlung begangen hätte, so könnte auf Einziehung oder Wertersatzleistung nicht erkannt werden. Das ergibt sich aus folgender Erwägung:

Das Wort „Strafe“ im § 26 StAnpG. kann nicht anders verstanden werden als in dem Sinn, daß bei Anwendung dieser Vorschrift den Täter auch keine Nebenstrafe treffen soll, die ihn im Falle einer Steuerhinterziehung nicht treffen würde. Hätte § 26 StAnpG. im Falle mildernder Umstände den Täter nur an Stelle der Hauptstrafe für die Devisenzuwiderhandlung mit der Strafe für eine Steuerhinterziehung belegen und daneben unter allen Umständen die devisenrechtliche Nebenstrafe der Einziehung bestehen lassen wollen, so hätte sich das Gesetz anders ausdrücken müssen. Es ist auch kein innerer Grund erkennbar, aus dem der § 26 StAnpG. den Sinn haben sollte, daß neben der Strafe für eine Steuerhinterziehung noch auf Einziehung nach der DevWD. (oder dem DevG.) zu erkennen sei; denn einerseits ist schon nach den devisengesetzlichen Vorschriften die Einziehung nicht zwingend vorgeschrieben, sondern in das Ermessen des Gerichts gestellt, andererseits kann die Geldstrafe, die nach § 396 RAbgD. für Steuerhinterziehungen angedroht ist, ohne jede Beschränkung so hoch festgesetzt werden, daß es nicht notwendig ist, daneben den Täter auch noch durch Einziehung zu strafen; die aus Gründen der Devisenwirtschaft notwendige Überführung rechtswidrig behandelte Devisen in den regelrechten Devisenverkehr — meist also an die Reichsbank — wird auch ohne Einziehung im Strafverfahren stets gesichert werden, da regelmäßig solche Devisen, mit denen eine Devisenzuwiderhandlung begangen worden ist, schon im Ermittlungsverfahren beschlagnahmt werden, wenn sie überhaupt greifbar sind. Also ist die Strafe, wenn der § 26 StAnpG. angewendet wird, ausschließlich nach der RAbgD. zu bestimmen, und zwar kann dabei nur der § 396, nicht auch der § 401 RAbgD. in Fällen wie der hier vorliegende in Betracht kommen. Denn der § 401 RAbgD. bezieht sich nur auf Hinterziehung von Zöllen oder Verbrauchssteuern, nicht auf Hinterziehung von anderen, insbes. Einkommens- oder Vermögenssteuern; Devisenzuwiderhandlungen werden innerhalb des Zahlungs- oder Kapitalverkehrs oder wenigstens der Kapitalbewirtschaftung begangen; daher stehen sie ihrer Natur nach einer Steuerhinterziehung, die mit Bezug auf Einkommen oder Vermögen begangen wird, viel näher als einer Hinterziehung von Verbrauchsabgaben oder Zöllen; insbes. das heimliche Behalten anbieterpflichtiger Devisen zeigt unverkennbar eine große Ähnlichkeit mit dem Verschweigen steuerpflichtigen Vermögens; daher sind hier gegebenenfalls nur die Strafvorschriften anzuwenden, die für Hinterziehung anderer Steuern als der Verbrauchssteuern oder Zölle gelten. Ob hiervon abweichend der § 401 RAbgD. i. Verb. m. § 26 StAnpG. etwa bei solchen Devisenzuwiderhandlungen anwendbar wäre, die als Banbruch gelten (vgl. § 13 DevG.), kann hier dahingestellt bleiben.

(RG., 1. StrSen. v. 15. Okt. 1937; 1 D 1062/36.)

Anmerkung: Die Entscheidung ist zutreffend. In seiner ursprünglichen Fassung drohte das VolksverrG. v. 12. Juni 1933 (RGBl. I, 360) demjenigen, der der ihm durch § 1 Abs. 1 Ziff. 2 dieses Gesetzes auferlegten Verpflichtung, nach den Devisenvorschriften am 1. Juni 1933 anbieterpflichtige Devisen im Werte von mehr als 200 RM anzuzeigen, nicht nachkam, in § 8 als Mindeststrafe drei Jahre Zuchthaus, bei mildernden Umständen ein Jahr Zuchthaus an. Zur Abstellung der Härten, die sich aus dieser schweren Strafandrohung insbes. dann ergeben hatten, wenn geringe Beträge nicht angezeigt worden waren, wurde durch § 23 StAnpG. v. 16. Okt. 1934 in § 8 VolksverrG. ein Abs. 4 eingefügt, der dem Gericht die Möglichkeit gibt, in Fällen, in denen die nicht angezeigten Werte 10 000 RM nicht übersteigen, beim Vorliegen mildernder Umstände die Strafe so zu bemessen, als habe der Täter eine Steuerhinterziehung begangen (vgl. im einzelnen die Begründung zum StAnpG., abgedr. in RGStBl. 1934, 1398, insbes. S. 1425 und DJ. 1934, 1526). Sind diese Voraussetzungen gegeben, so ist die Zuwiderhandlung gegen das

VollsverratG. mit dem Strafmaß des § 396 RAbgD., also mit Geldstrafe in unbeschränkter Höhe zu bestrafen; neben der Geldstrafe kann auf Gefängnis bis zu zwei Jahren erkannt werden. Nun liegt, wenn es sich bei den nicht angezeigten Werten um Devisen handelt, stets neben der Nichterfüllung der Anzeigepflicht nach dem VollsverratG. in Tateinheit eine Verletzung der devisenrechtlichen Anzeigepflicht vor (vgl. das in JW. 1937, 759 abgedr. Ur. des RG.). Der Geschw. geber mußte deshalb dazu Stellung nehmen, ob für die Devisenunwiderhandlung die im DevG. vorgesehenen Strafen zu verhängen oder ob diese in gleicher Weise zu mildern sind. Um zu vermeiden, daß die Abschwächung der Strafe für das Vollsverratvergehen dadurch hinfällig wurde, daß das Gericht verpflichtet blieb, die in § 42 DevG. (damals § 36 DevVD. 1932) angedrohte Freiheitsstrafe (Gefängnis, in besonders schweren Fällen Zuchthaus) und Geldstrafe zu verhängen, wurde der letztere Weg gewählt und in § 26 StAnpG. vorgesehen, daß die Devisenunwiderhandlung ebenfalls beim Vorliegen mildernder Umstände so zu bestrafen ist, als habe der Täter eine Steuerhinterziehung begangen. Demnach sind nicht nur die Strafvorschriften des VollsverratG., sondern auch die des DevG. für diese Sonderfälle ausgeschaltet und durch das Strafmaß des § 396 RAbgD. ersetzt worden. Damit sind sämtliche im DevG. angedrohten Strafen, und zwar Haupt- und Nebenstrafen, darunter auch die Einziehung des § 45 DevG., unanwendbar geworden.

RegR. L. Tur owski, Berlin.

21. OLG. — § 22 KraftfG. Die Fahrerflucht setzt voraus, daß jemand vorhanden ist, der sich über die Person des Kraftfahrers oder die Nummer des Fahrzeugs vergewissern will. Der Fahrer ist nicht verpflichtet, an der Unfallstelle zu warten, bis eine zu dieser Feststellung bereite Person erscheint.

Der Angekl. ist vom OLG. Hamburg wegen Fahrerflucht verurteilt worden. Er hat einen Poller angefahren und beschädigt. Er hat gehalten, ist ausgestiegen und hat festgestellt, daß der Poller zwar beschädigt war, aber nicht verkehrshindernd stand und daß das Licht noch brannte. Dann ist er weitergefahren und hat am andern Tage seiner Versicherungsgesellschaft den Schadensfall angezeigt.

Unbemerkt vom Angekl. hat ein Zeuge die Nummer seines Fahrzeuges festgestellt.

Das OLG. führt aus, daß sich der Angekl. der Fahrerflucht schuldig gemacht habe, weil er sich von der Unfallstelle entfernte, ohne die Feststellung seines Fahrzeuges und seiner Person zu ermöglichen. Daß sich ein Zeuge seine Nummer gemerkt habe, habe er nicht gewußt. Da er nur seiner Versicherungsgesellschaft, nicht aber auch der Polizei Anzeige gemacht habe, sei er straffällig.

Die Rev. hatte Erfolg.

Die Fahrerflucht i. S. des § 22 KraftfG. setzt voraus, daß jemand vorhanden ist, der sich über die Person des Kraftfahrers oder die Nummer des Fahrzeugs vergewissern will. Nur der Fahrer handelt strafbar, der sich dieser, im konkreten Falle drohenden Feststellung entziehen will. Er ist aber nicht verpflichtet, an der Unfallstelle zu warten, bis eine zu dieser Feststellung bereite Person erscheint. Die Nichtanzeige bei der Polizeibehörde ist keine selbständige Gesetzesverletzung, sondern durch rechtzeitige Anzeige wird eine begangene Gesetzesverletzung straflos.

Die tatsächlichen Feststellungen des OLG. rechtfertigen nicht die Annahme einer Fahrerflucht. Der Angekl. ist nicht sofort davongefahren, sondern ausgestiegen, er hat den Schaden besehen und sich vergewissert, daß für den Verkehr keine Gefahr bestand. Es ist aber nicht festgestellt, daß er um die Absicht anwesender Personen, sich seine Nummer zu merken, wußte und das durch Fortfahren verhindern wollte. Da das Halten und Aussteigen, in gewissem Sinne auch die Anzeige des Vorfalls bei seiner Versicherungsgesellschaft gegen eine solche Absicht sprechen und irgendwelche Anhaltspunkte für ein schuldhaftes Verhalten i. S. des § 22 KraftfG. in den Urteilsgründen sonst nicht gegeben sind, war der Angekl. freizusprechen.

(OLG. Hamburg, I. StrSen., Ur. v. 27. Sept. 1937, Ss 86/37.)

22. RG. — § 25 RStrafVerfO. Eine Einstellung des Kraftwagenführers auf ein unvorschriftsmäßiges Verhalten von Fußgängern kann nur in den Grenzen erfordert werden, wie sie sich aus den Bedürfnissen des täglichen Lebens und aus der Rücksicht auf Wesen, Eigenheiten und Erfordernisse des Kraftwagenverkehrs ergeben (RGSt. 70, 71, 74 = JW. 1936, 452¹⁰ und Aufsatz G ü l d e S. 423).

In einer Großstadt wie Berlin mit ihrem regen Verkehr kann nicht schlechthin bereits die Tatsache, daß am Straßenrand ein Kraftwagen parkt und irgendeinen der Übersicht entzogenen versteckten Winkel bildet, den Kraftwagenführer zur Herabminderung einer an sich zulässigen Geschwindigkeit nötigen. Es kommt vielmehr darauf an, ob nach Lage der Verhältnisse erkennbar eine derartige Gefahrenquelle vorhanden war, daß sie dem Kraftwagenführer zu besonderer Vorsicht Veranlassung geben mußte.

(RG., 2. StrSen. v. 11. Okt. 1937, 2 D 589/37.)

*

23. RG. — § 1 Abs. 5 VD. gegen unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern v. 20. Okt. 1932. Anhängewagen („Anhänger“) sind den Kraftfahrzeugen nicht gleichzusetzen. Für eine entsprechende Anwendung gemäß § 2 StGB. ist kein Raum.

Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 1 Abs. 5 der VD. v. 20. Okt. 1932 (RGBl. I, 496) ist es für den Begriff des Kraftfahrzeugs wesentlich, daß es durch Maschinenkraft bewegt wird. Das gilt für die Kraftfahrzeuge i. S. dieser VD. ebenso wie für diejenigen i. S. des KraftfG. v. 3. Mai 1909 (RGBl. I, 437) nach § 1 Abs. 2 daselbst. Anhängewagen („Anhänger“) gehören deshalb nicht dazu, weil sie nicht durch Maschinenkraft bewegt werden, sondern durch die von dem vorherfahrenden Kraftfahrzeug ausgehende Zugwirkung. Der Auffassung der Rev., daß die Anhänger den Kraftfahrzeugen gleichgesetzt werden müßten, weil Sinn und Zweck der VD. v. 20. Okt. 1932 dies erforderten, kann nicht zugestimmt werden. Denn die Bedeutung der VD. liegt nicht darin, daß der Gebrauchsdiebstahl von Fahrzeugen, die im heutigen Verkehr unentbehrlich sind, allgemein rücksichtslos bekämpft wird, da sonst nicht einzusehen wäre, warum nicht auch Pferdebestenwerke, Leiterwagen usw. dazu gehören sollten. Zweck der VD. ist vielmehr im wesentlichen, die sogenannten Schwarzfahrten mit Kraftwagen und Kraft- rädern und daneben die rechtswidrigen Gebrauchsfahrten mit Fahrrädern zu treffen, da alle derartigen Fahrzeuge verhältnismäßig leicht in Bewegung gesetzt werden können, daher einen großen Anreiz zum unerlaubten Gebrauch bieten und damit zum rücksichtslosen, schnellen Fahren verleiten, wodurch die allgemeine Verkehrssicherheit aufs schwerste gefährdet werden kann und, wie die Erfahrung gezeigt hat, häufig auch gefährdet worden ist, oft unter Herbeiführung von erheblichen Verkehrsunfällen. Das dringende Bedürfnis, hier Abhilfe zu schaffen, hat daher zum Erlaß der VD. vom 20. Okt. 1932 geführt. Alle diese Gefahrenmomente aber treffen auf die Anhängewagen, die als solche wesentlich schwerer beweglich sind und nach allgemeiner Erfahrung nicht zu den Fahrzeugen gehören, die als Gegenstände des Gebrauchsdiebstahls eine Rolle zu spielen pflegen, nicht oder doch nur in geringem Maße zu. Es ist deshalb nicht angängig, den Begriff des Kraftfahrzeugs über den Wortlaut des Gesetzes hinaus auch auf sie auszudehnen. Auch für eine entsprechende Anwendung gemäß § 2 StGB. ist entgegen der Meinung der Rev. kein Raum, weil aus Vorstehendem zu schließen ist, daß die unbefugte Benutzung von Kraftfahrzeuganhängern in der VD. v. 20. Okt. 1932 bewußt straflos gelassen worden ist (RGSt. 70, 173/75).

(RG., 4. StrSen. v. 26. Okt. 1937, 4 D 546/37.)

*

24. OLG. — § 6 PreßG. Angabe des Druckers neben der des Verfassers bei Personengleichheit.

Die Rev. des StA. wird auf Verletzung der §§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 6 RPreßG., § 59 StGB. gestiftet.

Nach § 6 RPreßG. muß auf jeder im Geltungsbereich

dieses Gesetzes erscheinenden Druckschrift der Name und Wohnort des Druckers und, wenn sie zur Verbreitung bestimmt ist, beim Selbstvertrieb der Druckschrift der Name und Wohnort des Verfassers oder Herausgebers genannt sein.

Die tatsächlichen Feststellungen des angef. Urteils, wonach die verbreiteten Stücke des hier in Frage stehenden Elternbriefes nicht etwa gleichzeitig mit der Umschrift auf der Schreibmaschine, sondern auf mechanischem, zur Massenherstellung geeigneten Wege hergestellt worden sind, tragen die Annahme des Erstrichters, daß die Schrift eine Druckschrift i. S. des PreßG. ist. Ebenjowenig läßt die Annahme des Erstrichters, daß diese Druckschriften zur Verbreitung bestimmt waren, einen Rechtsirrtum erkennen.

Keiner Begründung bedarf, daß die Ausnahme des Abs. 2 des § 6 PreßG. nicht Platz greift. Auch für die Anwendung der Ausnahmevorschrift des § 12 l. c. ist kein Raum, da kirchliche Behörden zu den dort genannten Behörden nur zu rechnen sind, soweit sie Organe der Staatsgewalt sind, die hier in Frage stehende Kundgebung aber keine amtliche Mitteilung des Pfarramtes in Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse darstellt (vgl. Ur. des 1. Sen. v. 26. Juli 1937, 2 Ss 78, 1937; abgedr. JZ. 1937, 2705 — DStrM. 1937, 373).

Die tatsächlichen Feststellungen des angef. Urteils ergeben, daß der Angekl. die Schrift verfaßt hat, daß er sie mit dem der Pfarrei W., deren Inhaber er ist, gehörigen vervielfältigungsapparat hat vervielfältigen lassen und daß er die Stücke an die in seiner Pfarrei wohnenden Eltern, deren Kinder klostertliche Schulen besuchen, hat verbreiten lassen; jedes Stück wurde, wie das Urteil und das ihm beigelegte und zu seinem Bestandteil erklärte Flugblatt ergeben, von dem Angekl. vor der Verbreitung mit seinem Namen „A. . . F.“ und dem Zusatz „Pf.“ (= Pfarrer) unterzeichnet, ohne daß er aber der Druckschrift seine Eigenschaft als Verfasser, Herausgeber und Drucker mit ausdrücklichen Worten beigelegt hat.

Der Erstrichter hat auf Grund dieser tatsächlichen Feststellungen angenommen, daß der Angekl. sich durch die Unterzeichnung der Schrift als deren Verfasser und zugleich als Drucker bezeichnet und der Vorschrift des § 6 PreßG. genügt hat. Während die Rev. zugibt, daß auf der Schrift durch deren Unterzeichnung durch den Angekl. der Name und Wohnort des Verfassers hinreichend benannt ist, bekämpft sie die Annahme des Erstrichters, daß der Angekl. sich durch die Unterzeichnung auch als Drucker bezeichnet und daß die Vorschrift des Gesetzes, nach der auch der Name und Wohnort des Druckers auf der Druckschrift genannt werden müsse, erfüllt sei.

Nach der einseitigen Meinung in der Rpr. und im Schrifttum (vgl. u. a. RGSt. 28, 399; 63, 340; ferner RG.: DZ. 1902, 52; RG.: DZ. 1898, 82 und GoldtArch. 45, 376; Schwarze-Apeltus, „PreßG.“, 4. Aufl., § 6 S. 33; Kitzinger, „PreßG.“, § 6 Bem. 5c; Stenglein, „Strafrechtl. Nebengesetze“, 5. Aufl., „PreßG.“, § 6 Bem. 3) ist nicht erforderlich, daß die Angabe von Namen und Wohnort des Druckers (ebenso des Verfassers und Herausgebers) mit dem ausdrücklichen Zusatz „als Drucker“ od. dgl. oder einem ausdrücklichen Hinweis auf die Drucker Eigenschaft erfolgen muß. Die Bezeichnung muß aber derart sein, daß der Name und Wohnort des Druckers — wie der des Verlegers, Herausgebers, Verfassers — aus der Druckschrift als solcher mit zweifelsfreier Bestimmtheit zu erkennen ist; Angaben, welche einem Zweifel Raum geben, genügen nicht.

Ob die Angaben auf der Druckschrift den Drucker mit dieser Bestimmtheit erkennen lassen, ist im wesentlichen Tatfrage.

Daß der Angekl. durch die Unterzeichnung der Stücke der Schrift mit seinem Namen sich als Verfasser und Herausgeber der Schrift bezeichnet hat, obwohl auch hier ein ausdrücklicher Zusatz „als Verfasser“ oder „als Herausgeber“ auf der Schrift sich nicht befindet, steht außer allem Zweifel und wird, wie bereits hervorgehoben, auch von der Rev. nicht bestritten.

Was die Bezeichnung des Druckers anlangt, so stellt der Erstrichter in tatsächlicher Beziehung weiterhin fest, daß die Schrift mit einem vervielfältigungsapparat vervielfältigt worden ist, daß fast jedes Pfarramt einen solchen vervielfältigungsapparat besitzt und daß diese Art der vervielfältigung allgemein üblich ist. Aus diesen Tatsachen im Zusammenhalt mit der Tatsache, daß die Schrift die Unterzeichnung des Angekl. mit dem Zusatz „Pf.“ (= Pfarrer) enthält, zieht der Erstrichter den Schluß, daß kein Zweifel darüber bestehen konnte, daß der Verfasser durch die Unterzeichnung mit Namen und Wohnort und Amtsbezeichnung sich gleichzeitig auch als Hersteller, Drucker der von ihm unterzeichneten Schrift bezeichnen wollte und — wie aus dem Zusammenhange des Urteils hervorgeht — sich bezeichnet hat. Diese Schlussfolgerung läßt sei-

nen Verstoß gegen allgemeine Gesetze der Erfahrung und der Logik erkennen, sie enthält keine Widersprüche; es ist auch nicht ersichtlich, daß der Erstrichter den Rechtsbegriff der Benennung des Druckers auf der Druckschrift verkannt und gegen die oben entwickelten Sätze verstoßen hat.

Es entspricht in der Tat der natürlichen Sachlage, daß eine durch Schreibmaschine hergestellte und durch einen vervielfältigungsapparat vervielfältigte, von einem Pfarramt ausgehende und vom Pfarrer mit seinem Namen und seiner Amtsbezeichnung unterzeichnete Schrift vom Pfarrer nicht nur verfaßt, sondern auch vom Pfarramt, dessen Inhaber der Pfarrer ist, also vom Pfarrer, hergestellt worden ist. Selbstverständlich ist, daß die Frage, ob die Druckschrift selbst den Drucker mit einer jeden Zweifel ausschließenden Bestimmtheit bezeichnet, unter Benützung von allgemeinen Erfahrungstatsachen zu entscheiden ist — ebenso wie dies bei der Angabe des Verfassers und Herausgebers anzunehmen ist. Ergibt sonach die äußere Erscheinung der Druckschrift, daß sie vom Pfarramt selbst gedruckt worden ist, so ist durch die Angabe des Namens und Wohnortes des Pfarrers als des Inhabers des Pfarramts nicht nur der Verfasser und Herausgeber, sondern auch der Drucker genügend bezeichnet. Hiernach ist aber schon der äußere Tatbestand einer Zuweilendhandlung gegen § 6 PreßG. und damit der Übertretung nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 a. a. O. nicht gegeben.

Wäre aber auch anzunehmen, daß die Bezeichnung des Druckers auf der hier in Frage stehenden Druckschrift der Vorschrift des § 6 PreßG. nicht genügen würde und daß deshalb der äußere Tatbestand einer Übertretung nach §§ 6, 19 Abs. 1 Nr. 1 PreßG. erfüllt wäre, so fehlt es am inneren Tatbestand. Der Angekl., der nach den tatsächlichen Feststellungen des angef. Urteils den Willen hatte, sich auf der Druckschrift als Drucker zu bezeichnen, hätte sich in einem Irrtum über die Tragweite der Benennungspflicht des Druckers befunden. Dies wäre ein Irrtum über das Strafgesetz selbst, der allerdings nach der ständigen Rpr. des RG. gem. § 59 StGB. den Vorfall nicht anschlief. Allein nach der seit Jahrzehnten feststehenden Rpr. des BayObLG., an der auch das OLG. München festgehalten hat (vgl. u. a. ObLGSt. 10, 388; 14, 96, 99; 22, 57, 59; 26, 181, 184; 27, 136, 143; 28, 60; 31, 13; Ur. des ObLG. v. 16. Nov. 1933, RR II 211/1933, und v. 12. Febr. 1934, RR II 3/1934; Ur. des OLG. München v. 26. Okt. 1936, 2 Ss 86/1936), kann der Strafrechtsirrtum, wenn der Täter zu seiner irtümlichen Anschauung über die Erlaubtheit seiner Handlung durch Umstände, die er von berufener Seite erhalten hatte und denen zu mißtrauen für ihn kein Anlaß bestand, namentlich durch die Entsch. einer zuständigen Behörde verleitet worden ist, ausnahmsweise zur Vermeidung unbilliger Härte als Schuld- ausschließungsgrund gelten. Der Senat hat keinen Anlaß, von dieser Rpr. abzugehen. Das angef. Urteil stellt nun tatsächlich fest, daß dem Angekl. bei Abfassung des Textes und der Festlegung der äußeren Form der Schrift eine ihm durch das Ordinariat W. übermittelte Abschrift eines rechtskräftigen Urteils des OLG. München v. 11. Febr. 1936 (1 Cs 1/1936) vorlag, durch das ein Pfarrer in einem gleichgelagerten Falle von einer Übertretung des PreßG. freigesprochen worden ist, da die Angabe des Namens und Wohnortes des Pfarrers auf einer Druckschrift in dem bezeichneten Falle vom Gericht als zur Bezeichnung auch des Druckers genügend angesehen wurde mit Rücksicht auf die Identität von Verfasser und Drucker. Eine Belehrung des Ordinariats über die Tragweite des § 6 PreßG. vermöchte zwar den Angekl. nicht zu entlasten, da die kirchlichen Behörden zur maßgebenden Auslegung von Strafgesetzen nicht zuständig sind. Wohl aber durfte der Angekl. sich auf die Auslegung der hier in Frage kommenden Strafbestimmung durch ein rechtskräftig gewordenes Urteil des zur Beurteilung der Übertretung des PreßG. zuständigen OLG. verlassen; daran kam der Umstand nichts ändern, daß dieses Urteil nicht in einer Sache gegen den Angekl. selbst ergangen ist, wenn nur der Fall gleich gelagert gewesen ist; und dies war nach den tatsächlichen Feststellungen des Erstrichters der Fall. Hiernach sind die Voraussetzungen für einen ausnahmsweise entschließbaren Rechtsirrtum nach der Rpr. des ObLG. und des OLG. München gegeben. Dieser Irrtum schließt im vorl. Falle jegliche Schuld, Vorfall und Fahrlässigkeit aus.

(OLG. München, 2. StrSen., Ur. v. 28. Okt. 1937, 2 Ss 107/37.)¹⁾

*

¹⁾ Gleiches Urteil erging an demselben Tag in der Sache 2 Ss 106/37.

25. AG. — § 60 Abs. 2 Ziff. 13 RJagdG. Begriff und Voraussetzungen einer fahrlässigen Übertretung nach § 60 Abs. 2 Ziff. 13 RJagdG.

Der Angekl. ist Eigentümer eines wertvollen Rassehundes (Kottweiler). Wie er angibt, ist ihm für das Tier schon ein Preis von 6000 RM geboten worden. Die Wohnung liegt inmitten eines bergigen Geländes. An einer, einige Meter vom Wege abseits liegenden Stelle im Unterholz des Bergabhanges, die von dem Wohnhaus des Angekl. etwa 300 Meter entfernt ist, wurde das umherlaufende Tier am 15. Jan. 1937 gegen 12 Uhr von dem Jagdberechtigten mittels Schrot erschossen. Etwa 50 Schritte von dieser Stelle sind dem Zeugen B. im Jahre 1926 fünf große Rehe und ein Hix gerissen worden.

Der Angekl., dem eine Übertretung des § 60 Abs. 2 Ziff. 13 a. a. D. zur Last gelegt wird, hatte sich, wie immer, am Morgen zu der Fabrik seines Vaters begeben. Als er um die Mittagsstunde zurückkehrte, war das Tier, das sich einige hundert Meter bergab geschleppt hatte, verendet.

Einen Vertreter zur Beaufsichtigung des Tieres hatte der Angekl. nicht bestellt. Im Hause war seine Ehefrau und die Hausangestellte anwesend.

Der Angekl. bestritt die ihm zur Last gelegte Tat. Der Hund sei nicht unbeaufsichtigt im Jagdbezirk des Zeugen B. gewesen, da er nicht außerhalb der Einwirkung seines Herrn gestanden habe (§ 40 Abs. 2 Ziff. 2 a. a. D.). Das Tier sei so gut dressiert, daß es auf einen Pfiff ohne weiteres zurückkehre. Noch bei einer Entfernung von 800 m vom Hause sei der Hund auf einen Pfiff zurückgelaufen. Das Tier habe an dem Tage seinen gewöhnlichen Spaziergang gemacht. Er, der Angekl., habe sich auf seine Frau verlassen können.

Der Einlassung des Angekl. kann nicht gefolgt werden. Zwar hat er sich keiner vorsätzlichen, wohl aber einer fahrlässigen Übertretung des § 60 Abs. 2 Ziff. 13 a. a. D. schuldig gemacht, da die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Gesetzes gegeben sind. Der Hund befand sich, als er erschossen wurde, in einem fremden Jagdbezirk. Er war auch unbeaufsichtigt. Diese Begriffsbestimmung kann nicht, wie der Angekl. meint, so verstanden werden, daß auf den Hund jederzeit eingewirkt werden konnte. Die Begriffsbestimmung kann nur so verstanden werden, daß der Hund tatsächlich unbeaufsichtigt war. Bei der Entfernung, in der sich der Hund von den möglicherweise für seine Beaufsichtigung in Frage kommenden Personen, der Frau des Angekl. und der Hausangestellten, befand, war dies der Fall. In subjektiver Hinsicht erfordert die Gesetzesbestimmung fahrlässiges Handeln oder Verschlenlassen. Die Ehefrau des Angekl. wie die Angestellte haben es, obwohl sie dazu in der Lage waren, an jeder Aussicht fehlen lassen. Der Angekl. hat keine von beiden auch nicht als Stellvertreter bestellt und keine Anweisung hinsichtlich der Beaufsichtigung des Hundes gegeben, obwohl er als Herr des Hundes im Hinblick auf das RJagdG. hierzu verpflichtet war. Die von ihm billigerweise zu erwartende Vorsicht zur Vermeidung eines für ihn voraussehbaren Umhertreibens des Tieres in dem nahegelegenen Jagdrevier B. hat er vernachlässigt. Wenn er des Glaubens war, der Hund könne in einem fremden Jagdrevier umherlaufen, ohne bei an sich bestehender Einwirkungsmöglichkeit tatsächlich unbeaufsichtigt zu sein, so befand er sich in einem, strafrechtlich unbeachtlichen, Rechtsirrtum. Wollte man der Auffassung des Angekl. folgen und die Einwirkungsmöglichkeit als ausreichend ansehen, so würde der dem Schutz des Wildbestandes und seiner Hege und Pflege dienende Zweck des § 60 Abs. 2 Ziff. 13 a. a. D. geradezu vereitelt werden.

Da der Angekl. durch Unterlassung entsprechender Anweisung es an der erforderlichen Sorgfalt hat fehlen lassen, hat er fahrlässig gehandelt und war demgemäß in Strafe zu nehmen.

Die Fahrlässigkeit des Angekl. kann vom Standpunkt des RJagdG. aus nicht als gering angesehen werden. Andererseits ist der ihm durch seine Fahrlässigkeit entstandene Schaden ein recht beträchtlicher, da es sich offenbar um ein sehr wertvolles Tier gehandelt hat. Daß der Hund des Angekl. tatsächlich wild in dem Jagdbezirk B. gerissen hat, ist nicht festgestellt.

Nach Lage der Sache erschien eine Geldstrafe von 20 RM als angemessene, aber auch ausreichende Sühne.

(AG. Zierlohn, UrL. v. 28. April 1937, 5 Cs 91/37.)

*

**** 26. AG. — §§ 4 ff., 26, 28, 31 WeinG.; § 4 LebMittG.; § 40 StGB. Das „Vakuumverfahren“ ist durch die Sondervorschriften des § 5 WeinG. nicht erlaubt worden. — Verfälschung und falsche Kennzeichnung von Wein, der als „Konzentrat-Wein“ gewonnen worden ist. — Für das LebMittG.**

ist da Raum, wo sich das WeinG. einer Regelung bewußt enthalten oder unbeabsichtigt eine Lücke gelassen hat.

I. Die Angekl. haben Weinmost im sogenannten „Vakuum-Verfahren“ konzentriert, d. h. in einem Verdampfapparat unter verdünnter Luft bei 40 bis 45 Grad Celsius zum Sieden gebracht und ihm durch Verdampfen so viel Wasser entzogen, daß sich die Gesamtmenge des Mostes um etwa $\frac{1}{4}$ bis $\frac{1}{3}$ verminderte. Den hierdurch gewonnenen „Konzentrat“-Most haben sie alsdann in der allgemein üblichen Weise ausgären lassen und zu Wein („Konzentratwein“) ausgebaut, zum Teil mit anderem Wein verschnitten und unter Bezeichnungen in den Verkehr gebracht, die auf die Reinheit des Weines deuteten, die Bearbeitung im „Vakuum“-Verfahren aber nicht erkennen ließen; bei der Bezeichnung der Verschnitte haben sie nach der Annahme des LG. die Anteilsvorschriften des § 7 Abs. 1 WeinG. nicht eingehalten, haben überdies dem demselben Faß entstammenden Verschnitt zum Teil bis zu sieben verschiedene Herkunftsbezeichnungen gegeben.

II. Das LG. sieht in dem „Konzentrieren“ des Mostes ein Verfälschen i. S. des § 4 Nr. 1 LebMittG.; durch das Entziehen des Wassers gewinne der Most, dessen übrige Bestandteile in ihrem Verhältnis zueinander unverändert blieben, eine Süße, die sonst nur bei Qualitätsweinen aus besonders lange ausgereiften Trauben auf biologischem und physiologischem Wege unter dem Einfluß guter Witterung durch die Edelkäule auftrete, wenn auch deren Eigenart des Duftes und der Süße von den Konzentrat-Weinen nicht vollständig erreicht werde. Dadurch haben die Angekl. nach der Annahme des LG. diesen Konzentrat-Weinen den Anschein eines in einem besonders ausgedehnten und gepflegten Reifeprozess gewonnenen Weines und damit den Anschein einer besseren Beschaffenheit gegeben, während es sich hier in Wahrheit um eine Art Kunstprodukt gehandelt habe; gegen solche habe die Verbraucherschaft eine gefühlsmäßige Abneigung und bewerte sie geringer als ein auf natürlichem Wege gewonnenes Erzeugnis, das zu erwarten die Verbraucherschaft nach dem ihm gegebenen Anschein berechtigt sei. Diesen Irrtum der Verbraucherschaft über die bessere Beschaffenheit der Konzentrat-Weine hätten die Angekl. um der besseren Absatzmöglichkeiten willen absichtlich herbeigeführt, somit die Weine vorsätzlich verfälscht.

Eine durch § 4 WeinG. verbotene Art der Kellerbehandlung sei das Konzentrieren des Mostes jedoch nicht, weil dem Wein kein Stoff irgendwelcher Art zugesetzt, sondern nur Wasser entzogen werde; der Konzentrat-Wein sei auch Wein i. S. des WeinG., nicht etwa ein nicht verschmittfähiger „Fremdstoff“, wie dies in einigen Erläuterungsbüchern vom „eingedickten Most“ gesagt werde; denn in diesen werde der Most wesentlich stärker konzentriert und seine Zusammensetzung stärker verändert als durch das Vakuumverfahren.

Dagegen ist nach der Annahme des LG. der Konzentrat-Wein, weil er durch einen rein künstlichen Eingriff gesüßt worden sei, kein „reiner Wein“ i. S. des WeinG.; er dürfe daher nicht mit irgendwelcher, auf die Reinheit des Weines deutenden Bezeichnung versehen und in Verkehr gebracht werden; hiergegen hätten die Angekl. verstößen.

Abschließend crachtet das LG. die Angekl. eines gemeinschaftlich begangenen fortgesetzten Inverkehrbringens der Konzentrat-Weine und Verschnitte unter irreführenden Bezeichnungen hinsichtlich der Reinheit und der Lagebezeichnung nach dem § 26 Abs. 1 Nr. 3 i. Verb. m. den §§ 5, 7, 6 WeinG. für schuldig, neben dem die §§ 4 Nr. 1, 13 LebMittG. gemäß § 31 WeinG. keine Anwendung fänden.

III. Das angefochtene Urteil ist im Ergebnis und in den wesentlichen Punkten seiner Begründung nicht zu beanstanden.

1. Das gilt zunächst von dem Ausgangspunkt des LG., daß die Herstellung des Konzentrat-Weines als Verfälschung eines Lebensmittels nach § 4 Nr. 1 LebMittG. strafbar sein kann, obwohl sie keine nach § 4 WeinG. unzulässige Kellerbehandlung ist. Denn die Anwendbarkeit des LebMittG. wird nicht grundsätzlich dadurch ausgeschlossen, daß Gegenstand der zur Verurteilung stehenden Behandlungsweise Wein ist, der an sich den Vorschriften des WeinG. unterliegt (vgl. Zeller,

„WeinG.“, 1921, S. 120 oben; Günther-Marschner, 1910, S. 331; vielmehr stellt das WeinG. nur da, wo sich eine Behandlungsweise aus ihm unmittelbar als erlaubt oder verboten ergibt, die gesetzliche Sonderregelung dar; hinter ihm hat jedoch, wenn es sich um Wein handelt, das LebMittG. immer noch da Raum, wo sich das WeinG. einer Regelung bewußt enthalten oder unbeabsichtigt eine Lücke offengelassen hat.

Das WG. geht nun zutreffend davon aus, daß das WeinG. in § 4 nur das Zusetzen nicht ausdrücklich zugelassener Stoffe zum Wein verbietet, eine Regelung darüber aber nicht enthält, ob und in welchem Umfang dem Wein Stoffe entzogen werden dürfen; insofern fällt also das Vakuum- oder Konzentrierverfahren, durch das dem Wein nur ein Stoff (Wasser) entzogen wird, nicht unter die (ausdrücklich) verbotenen Kellerbehandlungen des § 4 WeinG.

2. Die Angekl. haben sich zur Rechtfertigung dessen, daß sie die Konzentrat-Weine als naturrein bezeichnet haben, auf den § 5 Abs. 3 WeinG. berufen. Diese erst durch das Ges. vom 25. Juli 1930 geschaffene Bestimmung läßt ausdrücklich das Entkeimen des Weins durch Filtration als eine erlaubte Art der Kellerbehandlung zu und bestimmt weiterhin, daß die so entkeimten Weine nicht als gezuckert gelten, vielmehr unter dem im Satz 2 des Abs. 3 ebendort näher bezeichneten Voraussetzungen mit einer auf die Reinheit des Weins oder auf besondere Sorgfalt bei der Traubengewinnung deutenden Bezeichnung in den Verkehr gebracht werden dürfen. Auch dieses Entkeimen durch Filter wird u. a. zu dem Zweck vorgenommen, dem Wein auf andere Weise als durch Zuckering einen höheren Gehalt an Süße zu erhalten oder zu verleihen (vgl. Sepp, „WeinG.“, S. 48), nur daß hier — ohne Erhöhung des Mostes — durch Entfernung der Bakterien und Gärpilze die Vergärung des Zuckers unterbrochen wird, während sich beim Vakuumverfahren der im Most enthaltene Zucker nach Verdampfung eines Teiles des Wassers auf eine geringere Gesamtmenge verteilt und deshalb zu einem größeren Teil nicht vergärt, als dies ohne „Konzentration“ der Fall wäre. Aus der amtlichen Begründung zum WeinG. von 1930 (zu § 4) ergibt sich, daß man durch die Bestimmung des jetzigen § 5 Abs. 3, entsprechend dem Geschmack der Verbraucherschaft, den vielfachen Verfahren zur Herstellung süßen Weines einen Platz einräumen wollte. Würde das Vakuumverfahren in der Tat unter diese Bestimmung fallen, so gehörte es damit zu den vom WeinG. ausdrücklich geregelten Behandlungsarten; das würde nach dem oben Dargelegten die Anwendung des § 4 Nr. 1 LebMittG. auf dieses Verfahren ausschließen. Die weitere Rechtsfolge wäre dann, daß die Konzentrat-Weine mit einer auf Reinheit oder besondere Sorgfalt bei der Traubengewinnung deutenden Bezeichnung d a n n in den Verkehr gebracht werden dürften, wenn sie zugleich eine auf die „Konzentrierung“ deutlich hinweisende Bezeichnung trügen.

Für diese rechtliche Behandlung läßt sich manches ins Feld führen, insbes. die Gleichartigkeit des erstrebten Ziels: nämlich dadurch, daß der Süßegehalt des Mostes auf künstlichem Wege, jedoch ohne Stoffzusatz, über das Maß hinaus gesteigert wird, das bei der gewöhnlichen Kelterung zu erreichen wäre, Weine zu erzielen, die den aus lange gereiften Trauben gewonnenen Dualitätsweinen gleichen.

Daß dies hier durch teilweise Verdampfung des im Most enthaltenen Wassers statt durch Unterbrechung der Gärung erreicht wird, brauchte für die rechtliche Beurteilung nicht unbedingt ausschlaggebend zu sein; ebensowenig, ob das Ziel der Most- oder Weinbehandlung durch das eine Verfahren vollkommener erreicht wird als durch das andere, oder ob die Zusammensetzung des Mostes im übrigen beim einen Verfahren stärker verändert wird als beim anderen.

Gegen eine solche Rechtsanwendung besteht jedoch das grundsätzliche Bedenken, daß der Gesetzgeber mit dem § 5 Abs. 3 WeinG. offensichtlich und eindeutig eine Ausnahmebestimmung hat schaffen wollen, die nur für dieses namentlich bezeichnete Verfahren gilt, daß es sich hier gewissermaßen um einen gesetzgeberischen Versuch handelt. Denn beim Erlaß dieser Gesetzesbestimmung waren andere, demselben Zweck dienende Verfahren bereits bekannt, z. B. das „Eindicken“ des Mostes im offenen

Kessel, die Gewinnung von Strohwein oder von Eis- oder Gefrierwein. Gleichwohl hat man sie nicht unter die — den Hersteller teils begünstigenden, teils einengenden — Vorschriften des § 5 Abs. 3 WeinG. gestellt. Das nötigt zu dem Schluß, daß man die dort getroffene Regelung auf dieses Filterverfahren hat beschränkt und der Gesetzgebung die Entsch. darüber hat vorbehalten wollen, ob die fortschreitende Entwicklung in Weinbau und Technik die Übertragung dieser Regelung auf andere Behandlungsweisen angezeigt erscheinen lasse. Die Rspr. würde mit einer solchen Übertragung die ihr gezogenen Grenzen überschreiten.

3. Wird hiernach das Vakuumverfahren nicht durch die Sondervorschriften des WeinG. erfasst, so ist grundsätzlich Raum für eine Anwendung des LebMittG. Der festgestellte Sachverhalt läßt es auch — vorbehaltlich der Anwendbarkeit des § 4 Nr. 2, vgl. unten Nr. 4 — nicht als rechtsirrig erscheinen, daß das WG. den § 4 Nr. 1 LebMittG. auf das Tun der Angekl. angewendet hat. Verfälscht ist ein Lebensmittel, wenn an der körperlichen Beschaffenheit des Stoffes (hier: des Mostes oder des Weins) eine Änderung (hier: eine Entziehung von Wasser durch Verdampfen) vorgenommen worden ist, der zufolge das gewonnene Ergebnis (hier: der Konzentrat-Wein) von anderer, und zwar besserer körperlicher Beschaffenheit zu sein scheint, als es tatsächlich ist. Mit Recht geht das WG. bei der hiernach gebotenen Wertvergleichung von der Auffassung der (weintrinkenden) Verbraucherschaft aus, die Wert und Güte eines Weines entscheidend danach beurteilt, ob er auf natürlichem Wege gewonnen ist, und die eine gefühlsmäßige Abweicung habe gegen jeden in irgendeinem Abschnitt seiner Herstellung mit künstlichen (physikalischen oder chemischen) Hilfsmitteln bearbeiteten Wein, den sie deshalb auch als ein „Kunstprodukt“ geringer bewerte.

Es kann dahingestellt bleiben, ob auch sonst auf dem Gebiet des LebMittG. dem Wertegang des Erzeugnisses ohne Rücksicht auf dessen hierdurch erzielte (nach den Urteilsfeststellungen hier annähernd gleiche) geschmackliche und sonstige Beschaffenheit eine so ausschlaggebende Bedeutung für die Anwendbarkeit des § 4 Nr. 1 LebMittG. zukommen kann. Jedenfalls läßt die Annahme des WG., daß dies beim Wein der Fall sei, keinen Rechtsirrtum erkennen; es konnte diese Auffassung der Verbraucherschaft bei seiner Entsch. berücksichtigen.

Die Angekl. haben nun allerdings die (ursprünglichen) Weine, aus denen sie die Konzentrate gewannen, auch tatsächlich verbessert, indem sie ihnen durch das Vakuumverfahren eine höhere Süße und damit — nach dem Urteil der Verbraucherschaft — einen höheren Wert verliehen, insoweit wäre eine Bestrafung nach § 4 Nr. 1 LebMittG. nicht gerechtfertigt. Sie findet jedoch ihre rechtlich bedenkenfreie Grundlage darin, daß sie den Weinen durch die „Konzentration“ den Anschein von naturreinen, im Wege natürlicher Kelterung gewonnenen Weinen gegeben und dies in der Absicht getan haben, sie ohne Hinweis auf das Vakuumverfahren als naturrein in Verkehr zu bringen. Da solche Weine auch bei sonst gleicher Beschaffenheit für besser und hochwertiger angesehen werden, als mit künstlichen Mitteln hergestellte, so ist den Weinen der Anschein einer besseren Beschaffenheit gegeben worden, als ihnen tatsächlich innewohnte; sie sind also zur Täuschung in Handel und Verkehr i. S. des § 4 Nr. 1 LebMittG. verfälscht worden. Diese Täuschungsabsicht wird entgegen der Meinung der Rev. dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Angekl. die Konzentrat-Weine zu Preisen in Verkehr bringen wollten oder gebracht haben, die erheblich unter denen der „Dualitätsweine“ lagen.

4. Soweit sie sie jedoch — ohne sie als solche ausreichend zu kennzeichnen — in Verkehr gebracht haben, muß ihre Bestrafung aus § 4 Nr. 2 LebMittG. erfolgen, wodurch die nach § 4 Nr. 1 an sich begründete Strafbarkeit der Verfälschungshandlungen aufgezehrt wird, und zwar auch insoweit, als das Erzeugnis etwa teilweise noch nicht in Verkehr gebracht worden sein sollte (RGSt. 71, 18/19 = JW. 1937, 2421¹⁰²). Einer Verurteilung des angeprochenen Urteils bedarf es insoweit jedoch nicht, da wegen der Verfehlungen der Angekl. gegen das WeinG. ihre Bestrafung im Endergebnis nur aus diesem Gesetz erfolgt ist.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich ohne weiteres, daß die Konzentrat-Weine von den Angekl. nicht mit Bezeichnungen versehen werden durften, die auf ihre Reinheit oder auf besondere Sorgfalt bei der Gewinnung der Trauben deuteten; denn ihr hoher Gehalt an Süße war ja nur durch dieses künstliche Verfahren herbeigeführt worden; sie enthielten im Gegensatz zu „naturreinen“ Weinen i. S. des WeinG. nicht bloß die Süße, die ein Wein nach natürlicher Vergärung ohne Zuderzusatz enthält. Das LG. hat auf sie daher mit Recht die Vorschrift des § 5 Abs. 2 WeinG. angewandt.

IV. Verfehlungen gegen das WeinG.

1. Ohne Rechtsirrtum sieht das LG. eine Verfehlung der Angekl. darin, daß sie Weine aus solchen Trauben als „Spätlese“ bezeichnet haben, die nicht (entsprechend Art. 5 Abs. 6 Ausf.-VO. zum WeinG. v. 16. Juli 1932) erst nach der allgemeinen Lese in vollreifein Zustand, sondern nur gegen Ende der allgemeinen Lese geerntet worden waren. Die Rev. bringt hiergegen nichts Schlußiges vor.

2. Rechtlich bedeutsam stellt das LG. ferner fest, daß sich die Angekl. auch bei der Bezeichnung ihrer mittels der Konzentrat-Weine hergestellten Verschnitte gegen § 7 i. Verb. m. § 6 WeinG. vergangen haben, sofern sie diese nach einem der in dem Verschnitt enthaltenen Anteile bezeichnet haben ohne Rücksicht darauf, ob dieser Anteil $\frac{1}{3}$ der Gesamtmenge betrug. Daß die Angekl. so verfahren sind, hat das LG. bei dem sehr großen Umfange des „Weingewinnungsgeschäfts“ der Angekl. nicht für jedes einzelne Erzeugnis anteilmäßig festzustellen vermocht, sondern nur aus der Tatsache gefolgert, daß sie Weine aus demselben Faß mit Herkunftsbezeichnungen ganz verschiedenartiger und verschiedenwertiger Weine benannt haben; wenn es daraus entnimmt, daß bei dieser Bezeichnungsweise dem betreffenden Verschnitt nach seiner anteilmäßigen Zusammensetzung unmöglich die sämtlichen ihm beigelegten Bezeichnungen zugekommen sein könnten, so liegt diese Folgerung auf dem Gebiet der tatsächlichen Würdigung.

Rechtlich zutreffend verlag das LG. den Angekl. unter Hinweis auf das Urteil des erf. Sen. RGSt. 69, 26 = JW. 1936, 728¹¹ m. Anm. insoweit auch die Berufung auf die „Produzentenklausel“ des § 7 Abs. 3 WeinG., weil durch sie die Vorschrift des § 7 Abs. 1 S. 1 WeinG. nicht außer Kraft gesetzt worden ist.

3. Daß die Angekl. einen aus demselben Faß herrührenden Konzentratverschnitt unter mehreren verschiedenen Herkunftsbezeichnungen in Verkehr gebracht haben, verstieß aber auch unabhängig von der Vorschrift des § 7 Abs. 1 WeinG. schon gegen den in den §§ 5 und 6 WeinG. allgemein zum Ausdruck genommenen Grundsatz der Bezeichnungswahrheit, findet insbes. in der Ausnahmenvorschrift des § 6 Abs. 2 S. 2 WeinG. keine Rechtfertigung; statt näherer Ausführungen kann hierzu auf die Entsch. des erf. Sen. v. 2. März 1937: RGSt. 71, 87 = JW. 1937, 1353⁶⁴ verwiesen werden.

4. Daß es endlich nicht durch § 7 Abs. 3 gedeckt wird, wenn die Angekl. 1921er Flaschenwein in ein Faß zusammengegoßen, mit einem Teil Konzentrat-Wein zwölf Teile des alten Weins verschnitten und das Gemisch dann wieder auf Flaschen gefüllt und unter der alten oder einer neuen Bezeichnung (Auslese, Originalabfüllung) in den Verkehr gebracht haben, bedarf angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts keiner näheren Erörterung. Die Angekl. haben sich vielmehr auch hierdurch gegen § 5 WeinG. vergangen.

V. Da gegenüber beiden Angekl. die tatsächlichen Voraussetzungen eines gemeinschaftlich, je im Fortsetzungszusammenhang begangenen Handelns ausreichend festgestellt sind, das sowohl gegen die Vorschriften des WeinG. wie gegen die des LebensmittelG. (§ 4 Nr. 2) verstieß, so hat das LG. ohne Rechtsirrtum gemäß § 31 WeinG. nur dessen Vorschriften angewandt und die Angekl. demgemäß nach dem § 26 Abs. 1 Nr. 3 i. Verb. m. den §§ 5, 6 und 7 WeinG., § 47 StGB. bestraft.

VI. Es läßt auch keinen Rechtsirrtum oder Ermessensmißbrauch erkennen, daß das LG. von der durch § 28 Abs. 1 S. 2 WeinG. und § 40 StGB. gegebenen Möglichkeit der Einziehung Gebrauch gemacht hat.

(RG., 1. Str.Sen. v. 17. Aug. 1937, 1 D 177/37.)

27. RG. — § 6 Abs. 1 Nr. 4 ZollTarG. (Zollfreiheit von Umzugsgut) ist eine Ausnahme von den regelmäßig geltenden Zollvorschriften und daher eng auszulegen. Zum Begriff des „anziehenden“ Ausländers.

In Frage steht eine Steuerhinterziehung in der Form des Erschleichens eines nicht gerechtfertigten Steuervorteils. Ohne Zweifel war der Kraftwagen des Angekl. bei seinem Einbringen nach Deutschland grundsätzlich zoll- und ausgleichssteuerpflichtig; das Hauptzollamt hat ihn aber bei der Einfuhr als Umzugsgut abgabenfrei abgefertigt, und es ist nunmehr zu prüfen, ob die Zollbehörde durch täuschende Angaben des Angekl. irreführt und dadurch bewogen worden ist, die Einfuhrabgaben außer Ansatz zu lassen.

Auszuhehen ist von der Bestimmung des § 6 Abs. 1 Nr. 4 ZollTarG. v. 25. Dez. 1902. Nach ihr bleiben bei der Einfuhr nach Deutschland zollfrei „gebrauchte Gegenstände“, die „von Anziehenden zur eigenen Benutzung“ eingebracht werden.

Darüber, ob der Angekl. bei seiner Einreise aus Belgien im April 1935 i. S. der genannten Vorschrift ein „Anziehender“ war, hat er vorgetragen, er habe in Deutschland zwar keine feste Wohnung genommen, sondern im Hotel gewohnt, habe aber „in Wirklichkeit tatsächlich in Deutschland festen Wohnsitz genommen“. Dies hält die Strsk. für nicht widerlegbar „in einem Umfange, daß hieraus strafrechtliche Folgen gezogen werden könnten“; zugleich stellt sie fest, der Angekl. habe sich in der Zeit zwischen seiner Einreise — Ende April — und seiner Verhaftung — am 22. Aug. 1935 — „meist in Deutschland, wenn auch an verschiedenen Plätzen und immer wieder auch nach dem Ausland reisend aufgehalten“. Diese Würdigung ist widerspruchsvoll. Denn da feststeht, daß der Angekl. sich während der in Betracht kommenden etwa vier Monate zwar hauptsächlich in Deutschland aufgehalten hat, dabei aber in seinen Geschäften an verschiedenen Orten von Gasthaus zu Gasthaus und dazu auch im Ausland herumgereist ist, so steht auch fest, daß er einen festen Wohnsitz in Deutschland bisher noch nicht begründet hat. Denn zum Wohnsitz gehört die ständige Niederlassung an einem Orte (§ 7 BGB.) und in dem besonderen Sinne der hier in Betracht kommenden Steuer-gesetze das Innehaben einer Wohnung unter Umständen, die auf die Absicht schließen lassen, sie beizubehalten (§ 13 St.-AnpG.). Diesen Sinn verbindet man mit dem Worte „Wohnsitz“ auch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch. Unwiderlegt ist also das Vorbringen des Angekl. nach den Feststellungen der Strsk. höchstens vielleicht insofern, als der Angekl. möglicherweise Grund gehabt und daher beabsichtigt hat, nicht mehr nach Belgien zurückzukehren.

Unter diesen Umständen kann der Angekl. nicht als ein Anziehender i. S. des § 6 Abs. 1 Nr. 4 ZollTarG. angesehen werden. Die genannte Vorschrift stellt eine Ausnahme von den regelmäßig geltenden Zollvorschriften dar und ist daher als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen (vgl. RGSt. 8, 210, 211 = IV A 75/21 v. 22. Febr. 1922). Im vorl. Falle kommt hinzu, daß der Angekl. nach seiner Staatsangehörigkeit ein Ausländer ist. Es würde sich, ohne daß dies hier entschieden zu werden braucht, sowohl nach dem allgemeinen Sprachgebrauch als auch nach dem Zwecke der in Betracht kommenden Bestimmung vielleicht vertreten lassen, von einem Umzug und von einem Anziehenden zu sprechen, wenn ein deutscher Staatsangehöriger aus dem Auslande unter Aufgabe seines früheren ausländischen Wohnsitzes nach Deutschland einreist und sich dann in Deutschland aufhält, ohne bis auf weiteres einen festen Wohnsitz zu wählen. Wenn aber ein Ausländer wie der Angekl. nach Deutschland kommt und dort, ohne eine auf dauerndes Beibehalten berechnete Wohnung zu suchen, mit Handels- oder Geldgeschäften in Gasthäusern an verschiedenen Orten und dazwischen wieder im Auslande umherreist, so ist die erste Einreise weder nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch noch i. S. des § 6 ZollTarG. ein Umzug. Es ist kein ausreichender Anlaß für das Gesetz ersichtlich, einem solchen Ausländer die Eingangsabgaben zu ersparen, während er sich durch das Umherreisen den Steuerlasten der fest Niedergelassenen zu entziehen vermag. Übrigens hätte das LG. auch noch die Bedeutung der festgestellten Tatsache erwägen sollen, daß der An-

gefl. in Frankreich ein eigenes Kraftwagengelaf und ein erhebliches Warenlager hatte, während er es in Deutschland nicht einmal zu einem eigenen Kraftwagengelaf gebracht zu haben scheint. Dabei hätte allerdings auch nicht verkannt werden dürfen, daß es möglich ist, in zwei Staaten je einen Wohnsitz zu haben.

Es wird auch nicht in Frage kommen können, ob der Kraftwagen aus einem anderen Grunde — etwa nach § 114 BZollG. als zu vorübergehendem Gebrauch eingeführt — hätte zollfrei abgefertigt werden können; denn der Angekl. hat eine solche Abfertigung nicht beantragt (vgl. RGSt. 71, 209 = JZB. 1937, 2407⁸¹ m. Anm.).

(RG., 1. Str.Sen. v. 28. Sept. 1937, 1 D 1029/36.)

*

28. RG. — §§ 413, 205, 325 RAbgD. Wie im Steuerermittlungsverfahren nach den §§ 205 ff. RAbgD., so hat das FinA. nach § 325 Abs. 1 Satz 2 auch im Beitreibungsverfahren das Recht auf Auskunft des Steuerschuldners und auf Einsicht in seine Geschäftsbücher. Diefem Rechte entspricht die Pflicht des Steuerschuldners, die Bücher vorzulegen. Das wird im § 171 Abs. 2 RAbgD. ausdrücklich ausgesprochen und gilt nach § 325 Abs. 1 Satz 2 RAbgD. unbedenklich auch für das Beitreibungsverfahren. †)

Der Angekl. hatte kein Recht, den Standpunkt einzunehmen, daß er die Bücher nur einem Buch- und Betriebsprüfer, nicht aber dem Vollziehungsbeamten des FinA. vorzulegen brauche. Die FinA. können Buch- und Betriebsprüfer mit Einsicht in die Geschäftsbücher des Steuerschuldners beauftragen (§ 206 RAbgD. und § 25 Abs. 2 BeitreibungsD.). Aber es liegt nichts vor, weshalb nicht das FinA. mit einer bestimmten Ermittlung durch Einsicht in die Geschäftsbücher des Steuerschuldners auf einen anderen Beamten des Amtes im Einzelfall sollte beauftragen können, namentlich den Vollziehungsbeamten, dessen Tätigkeitskreis im § 40 BeitreibungsD. nicht erschöpfend umschrieben ist (vgl. daselbst Abs. 1 Satz 1: „insbesondere“), jedenfalls aber auch die Befugnis zur Durchsuchung bei dem Steuerschuldner für den Zweck der Vollstreckung umfaßt (§ 27 der Geschäftsanweisung für die Vollziehungsbeamten).

(RG., 1. Str.Sen. v. 12. Okt. 1937, 1 D 458/36.)

Anmerkung: 1. Aus dem nicht veröffentlichten Teil des Urteils ergibt sich folgender Tatbestand:

Der Angekl. war mit der Zahlung von Steuern in Säumnis geraten. Er hatte dem FinA. gegenüber seine wirtschaftliche Lage als außerordentlich schlecht bezeichnet. Das FinA. wollte im Beitreibungsverfahren zur Pfändung von Forderungen schreiten. Um die hierfür notwendigen Kenntnisse zu erlangen (Bestand der Forderungen, Name des Schuldners usw.), erteilte es dem Steuersekretär B. den Auftrag, bei dem Angekl. die Bücher einzusehen und Forderungen zu ermitteln, falls die rückständigen Steuerforderungen nicht auf einem anderen Weg beigetrieben werden könnten. Als der Angekl. von B. aufgefordert wurde, die Bücher vorzulegen, ist er dem Verlangen nicht nachgekommen, hat sich sogar ausdrücklich und nachhaltig geweigert, dies zu tun. Das FinA. hatte dem StPfl. keine Mitteilung darüber gemacht, welche Person mit der Einsichtnahme in die Bücher beauftragt worden war.

2. Das RG. hat in dem Steuerstrafverfahren gegen den Angekl. festgestellt, daß das FinA. ein Recht auf Auskunft des Steuerschuldners und auf Einsicht in seine Geschäftsbücher hat. Gemäß § 325 Abs. 1 Satz 2 RAbgD. stehen dem FinA. im Beitreibungsverfahren die gleichen Rechte zu, die ihm im Steuerermittlungsverfahren gegeben sind. Im Steuerermittlungsverfahren kann das FinA. weitgehendst die StPfl. zu Auskünften heranziehen und Einsicht in die Bücher nehmen (vgl. im einzelnen auch Megow, „Auskunftsrechte und Auskunftsspflichten Steuerpflichtiger und Dritter im Steuerermittlungsverfahren in wichtigen Steuerfragen der Praxis“, Deutscher Betriebswirteverlag 1937, S. 5 ff.). Nach § 206 RAbgD. können die FinA. Sachverständige hinzuziehen oder Prüfungsbeamte, die ihnen zugeordnet sind, verwenden. Jedoch hat das FinA., soweit nicht Gefahr im Verzuge ist, die Person, die es beauf-

tragen will, dem StPfl. mitzuteilen. Eine solche Mitteilung war unterblieben. Das RG. hat im nicht veröffentlichten Teil des Urteils ausdrücklich hervorgehoben, daß die Unterlassung der Mitteilung sich rechtfertige, weil nach Lage der Dinge Gefahr im Verzuge war. Denn nach den festgestellten Verhältnissen lag es offenbar in der Möglichkeit, daß der Angekl. bestrebt sein könnte, Forderungen einzuziehen oder zu verheimlichen, deren Pfändung drohte. Man wird grundsätzlich nicht in allen Fällen, in denen jemand mit der Zahlung von Steuerschulden in Rückstand geraten ist, ohne weiteres unterstellen können, daß Gefahr im Verzuge vorliegt. Insbes. dürften solche Feststellungen nicht geboten sein, wenn der StPfl. sonst seinen Steuerpflichten nachgekommen ist und steuerrechtlich war. Grundsätzlich ist daher davon auszugehen, daß das FinA. den Namen der Personen, die mit der Einsicht in die Bücher beauftragt werden, vorher dem StPfl. mitzuteilen hat. Dies fordert auch, insbes. in großstädtischen Verhältnissen, die Sicherheit des Verkehrs. Ferner sind solche Maßnahmen geeignet, das von der Finanzverwaltung wiederholt geforderte Vertrauen zwischen den Finanzbehörden und dem StPfl. aufrechtzuerhalten.

3. Der Angekl. war wegen Steuerhinterziehung angeklagt. Es konnte ihm gegenüber nicht festgestellt werden, daß das Borenthalten der Geschäftsbücher ein bewußt steuerunehrliches Verhalten gewesen ist; denn es war nicht beweisbar, daß in den Geschäftsbüchern von den Beamten des FinA. überhaupt pfändbare Forderungen hätten entdeckt werden können. Auch war, wie das RG. anerkennt, davon auszugehen, daß der Angekl. in dem Augenblick, in dem für ihn überraschend seine Bücher eingesehen werden sollten und er dies aus dem Gedankengang heraus verweigerte, er brauche nur Betriebsprüfern Einsicht zu gewähren, nicht bedacht hat, es könne sich für das FinA. bei der Büchereinsicht „doch ausnahmsweise“ die eine oder andere Forderung ergeben, die noch nicht zur Sicherheit abgetreten worden sei. Eine Verurteilung wegen Steuerhinterziehung oder vermindelter Steuerhinterziehung mußte unterbleiben, weil schon wegen des ersten Arguments die Tatsache der Verfürgung einer Steuer nicht bewiesen werden konnte. Damit fällt aber auch der Tatbestand der Steuergefährdung. Wohl aber ist, wie auch das RG. hervorhebt, zu prüfen, ob der Tatbestand des § 413 RAbgD. gegeben ist. Hiernach wird mit einer Ordnungsstrafe bis zu 10 000 RM bestraft, wer den im Interesse der Besteuerung erlassenen Vorschriften der Steuergesetze oder der dazu ergangenen und öffentlich oder den Beteiligten besonders bekanntgemachten Verwaltungsbestimmungen durch andere als die in den Steuergesetzen unter Strafe gestellten Handlungen oder Unterlassungen zuwider handelt. Jedoch wird die Ordnungsstrafe nicht verhängt, wenn festgestellt wird, daß Strafausschließungsgründe vorliegen oder die Zuwiderhandlung auf einem unabwendbaren Zufall beruht. Solche Strafausschließungsgründe sind die Irrtumsbestimmungen des § 59 RStGB., § 395 RAbgD. Der Tatbestand scheint Veranlassung dazu zu geben, anzunehmen, daß der Angekl. in unerschuldetem Irrtum über die Anwendbarkeit steuerrechtlicher Vorschriften die Tat für erlaubt gehalten hat. Mangelnde Sorgfalt kann dem Angekl. (§ 395 Abs. 2 RAbgD.) nicht vorgeworfen werden, da er ja von dem Steuerbeamten überrascht wurde und daher nicht Gelegenheit hatte, sich über diese spezielle Steuerrechtsfrage vorher an sachverständiger Stelle zu unterrichten.

RM. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

Verfahren

29. RG. — §§ 169, 176 GWG.; § 338 Nr. 6 StPD. Über die während der Hauptverhandlung erforderlichen führungspolizeilichen Maßnahmen hat nach § 176 GWG. ausschließlich der Vorsizende zu befinden. Fällt er es bei einer Augenscheinseinnahme wegen der Enge des zur Verfügung stehenden Raumes für erforderlich, die Zulassung des Publikums einzuschränken oder es überhaupt fernzuhalten, weil sonst eine ordnungsgemäße Hauptverhandlung undurchführbar ist, so liegt keine unzulässige Beschränkung der Öffentlichkeit vor (RGSt. 47, 322).

(RG., 4. Str.Sen. v. 22. Okt. 1937, 4 D 691/37.)

**** 30. RG. — §§ 81, 244, 245, 155 StPD.** Auch das freie richterliche Ermessen über Beweis durch Sachverständige und Unterbringung des Angekl. zur Beobachtung seines Geisteszustandes unterliegt dem obersten Grundsatz, alles zu tun, was zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist. †)

Der Verfahrensrüge ist der Erfolg nicht zu versagen:

Besonders bedeutsam für die ganze Urteilsfindung war die Entsch. der Frage, ob der Angekl. für seine Tat voll verantwortlich oder ob seine Zurechnungsfähigkeit infolge Schwachsinn erheblich vermindert sei (§ 51 Abs. 2 StGB.). Das SchwG. hat darüber zwei Sachverständige gehört. Der Strafanstalts-Medizinrat Dr. L. hat bei dem Angekl. „einen gewissen Schwachsinn“ festgestellt und hält die Fähigkeit des Angekl., das Unverlaubte der Tat einzusehen, zwar für „beschränkt, aber doch keineswegs in dem Umfang, daß das Vorliegen des § 51 Abs. 2 StGB. bejaht werden müßte“. Prof. S. hält den Angekl. für „von Natur aus schwachsinnig“ und bezeichnet den Grad dieses Schwachsinn mit „mehr als einfache Beschränktheit“; er hält die Bejahung des § 51 Abs. 2 für möglich, erklärt aber, das nicht entscheiden zu können, weil er den Angekl. nicht genügend oft gesehen habe. Das SchwG. führt aus, es habe sich dem überzeugenden Gutachten des Dr. L. angeschlossen, das auch durch die Ansicht des Prof. S. nicht erschüttert werden könne; denn dieser komme zu einem abschließenden Ergebnis überhaupt nicht, und es könne keineswegs gesagt werden, daß er zu einem Ergebnis gekommen wäre, das mit dem des Dr. L. in Widerspruch stünde.

Die Verteidigung hat in der Hauptverhandlung — wie auch schon früher — beantragt, anzuordnen, daß der Angekl. zur Vorbereitung eines Gutachtens über seinen Geisteszustand auf mehrere Wochen in eine Heil- oder Pflegeanstalt verbracht und dort beobachtet werde, und hat außerdem folgende Beweis-anträge gestellt:

a) den Banern B. als Zeugen darüber zu vernehmen, daß die Mutter des Angekl. geisteschwach war und von 1918 bis zu ihrem Tode (1925) ärztlich behandelt wurde,

b) den Bruder des Angekl. (Albert), „der geisteschwach sein soll“, die jüngere Tochter des Angekl. (Melitta), „die in Wesen ihrem Vater sehr ähnlich und sehr nervös und erregbar ist“, und die ältere Tochter des Angekl. (Else), „die von Zeit zu Zeit Zustände hat, in denen sie wie von Sinnen ist“, durch einen Sachverständigen auf ihren Geisteszustand untersuchen zu lassen.

Das SchwG. hat nun zunächst zu diesen Anträgen die beiden Sachverständigen sich gutachtlich äußern lassen, hierbei hat Prof. S. gemäß § 81 StPD. beantragt, den Angekl. auf zwei bis drei Wochen in einer öffentlichen Heil- oder Pflegeanstalt zur Beobachtung seines Geisteszustandes unterbringen zu lassen. Nachdem dann die beiden Sachverständigen ihr Gutachten zur Sache selbst erstattet hatten, hat das SchwG. die Anträge auf Unterbringung des Angekl. abgelehnt, weil nach dem ausführlichen Gutachten des Sachverständigen Dr. L. die Frage der Zurechnungsfähigkeit für das Gericht einer weiteren Klärung nicht bedürfe; die übrigen Anträge hat das SchwG. abgelehnt, weil die unter Beweis gestellten Tatsachen unerheblich seien.

Durch dieses gesamte Verfahren sind, wie die Rev. unter näherer Darlegung mit Recht rügt, die Vorschriften über das Beweisrecht und über die richterliche Aufklärungspflicht (§§ 244 Abs. 2, 245, 155 Abs. 2 StPD.) verletzt worden. Freilich entscheidet der Tatrichter über den Beweis durch Sachverständige und ebenso über eine Unterbringung des Angekl. zur Beobachtung seines Geisteszustandes, wie schon der Wortlaut der §§ 245 Abs. 1 und 81 Abs. 1 StPD. ergibt, nach seinem freien Ermessen. Aber auch dieses freie Ermessen kann nach dem Willen des Gesetzes nur so ausgeübt werden, daß der das ganze Beweisverfahren beherrschende oberste Grundsatz, nämlich alles zu tun, was zur Erforschung der Wahrheit notwendig ist, gewahrt bleibt; immer und überall bestimmt die Vorschrift des § 244 Abs. 2 StPD. den Umfang, die Tragweite und die Handhabung der Ermessensfreiheit des § 245 Abs. 1 StPD. So hat das RG. wiederholt ausgesprochen, daß auch unter der

Gestaltung der §§ 244, 245 neuer Fassung der Tatrichter die Vernehmung eines Sachverständigen nicht ablehnen darf, wenn es sich um Fragen handelt, für die dem Gericht die eigene Sachkunde nach der Erfahrung des Lebens fehlt (RGUrt. 2 D 151/36 v. 6. April 1936; JW. 1936, 1976). Gleiches muß aber auch dann gelten, wenn der Tatrichter von vornherein zu erkennen gegeben hat, daß er bei der Verwickeltheit des Einzelfalles und bei der Schwierigkeit der dabei zu entscheidenden Sachverständigenfragen seine richterliche Überzeugung sich erst nach Vernehmung mehrerer Sachverständiger bilden könne und wolle, und wenn ihm solchensfalls der eine Sachverständige erklärt, daß er möglicherweise zu einem anderen Ergebnis als der andere Sachverständige kommen würde, daß er aber zur Erstattung eines abschließenden Gutachtens aus bestimmten Gründen noch nicht in der Lage sei, und dem Richter die Mittel und Wege bezeichnet, die ihm eine endgültige Stellungnahme ermöglichen; dann muß der Tatrichter, will er sich im Rahmen des obersten Gebotes halten, die ihm gezeigten Erkenntnisquellen ganz ausschöpfen und darf nicht schließlich doch an dem Gutachten des einen Sachverständigen sich genügen lassen. Das würde auf eine unzulässige — weil eben nicht mehr im Rahmen pflichtmäßigen Ermessens sich haltende — Vorwegnahme des Beweisergebnisses hinauslaufen. War es aber geboten, von dem vorhandenen Beweismittel eines zweiten Sachverständigen erschöpfenden Gebrauch zu machen, so konnte das hier nicht anders geschehen, als daß der Sachverständige in den Stand gesetzt wurde, sein Gutachten so, wie er es für nötig bezeichnete, vorzubereiten, also gemäß § 81 StPD. anzuordnen, daß der Angekl. auf angemessene Zeit in einer öffentlichen Heil- oder Pflegeanstalt auf seinen Geisteszustand beobachtet werde. Mit der gebotenen erschöpfenden Vernehmung des zweiten Sachverständigen stand aber auch die gebotene Behandlung der von der Verteidigung gestellten Beweis-anträge in einem inneren Zusammenhange. Denn der Sachverständige Dr. S. hatte seinen Antrag aus § 81 StPD. gerade „zu diesen Beweis-anträgen“ gestellt, hat also die Erhebung dieser Beweise für erforderlich zur Abgabe seines endgültigen Gutachtens gehalten, und es besteht auch nach der allgemeinen Lebenserfahrung, nicht minder aber nach den von der ärztlichen Wissenschaft gerade im heutigen Staate besonders durchforschten und aufgezeigten erbbiologischen Gesetzen alle Wahrscheinlichkeit dafür, daß es für eine umfassende Beurteilung des Geisteszustandes des Angekl. wesentlich darauf ankam, ob seine Mutter, sein Bruder und seine zwei Töchter geistig von der Norm so sehr abweichen, wie es die Verteidigung in ihren Beweis-anträgen behauptet hatte. Diese Anträge durfte daher das SchwG. nicht einfach als „unerheblich“ bezeichnen, ganz abgesehen davon, daß es in seinem Gerichtsbeschlusse die Tatsachen hätte angeben müssen, aus denen sich nach seiner Auffassung die Unerheblichkeit jener Beweistatsachen ergab.

(RG., 4. StrSen. v. 24. Sept. 1937, 4 D 657/37.)

Anmerkung: Das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des GG. v. 28. Juni 1935 hat durch die Neufassung der §§ 244, 245 StPD. das Recht der Beweisaufnahme im Strafverfahren von formalen Bindungen befreit und den Vorschriften über den Umfang der Beweisaufnahme den früher aus § 155 Abs. 2 StPD. abgeleiteten Satz vorangestellt, daß das Gericht von Amts wegen alles zu tun hat, was zur Erforschung der Wahrheit notwendig ist. Dieser Grundsatz beherrscht das gesamte Beweisrecht des Strafverfahrens und verlangt Beachtung, auch wenn der Staatsanwalt, der Angekl. oder der Verteidiger nicht durch die Stellung von Beweis-anträgen eine Ergänzung der Beweisaufnahme nach bestimmter Richtung verlangen. Werden aber solche Beweis-anträge gestellt, so beschränkt die Pflicht zur Wahrheitsforschung aber auch die Befugnis des Gerichts, über Beweis-anträge nach freiem Ermessen zu entscheiden.

Die neue Fassung des § 245 Abs. 1 Satz 2 StPD. spricht ausdrücklich aus, daß das Gericht einen Beweis-antrag auf Vernehmung von Sachverständigen oder auf Einnahme

eines Augenscheins ablehnen darf, wenn es nach seinem freien Ermessen die Erhebung des Beweises zur Erforschung der Wahrheit nicht für erforderlich hält. Die Handhabung der den Gerichten in dieser Vorschrift eingeräumten Ermessensfreiheit ist von der Nachprüfung durch das RevG. nicht ausgenommen. Zunächst hat das RG. daran festgehalten, daß auch nach der neuen Fassung des § 245 StPD. das freie Ermessen des Tatrichters bei der Hinzuziehung von Sachverständigen da seine Grenze findet, wo der Tatrichter nach der Lebenserfahrung nicht über eigene Sachkunde verfügen kann (JW. 1936, 882, 1976 und die vorliegende Entsch.). Die dem Gericht durch § 244 Abs. 2 StPD. auferlegte Aufklärungspflicht kann bei der Hinzuziehung von Sachverständigen aber auch in anderer Weise verletzt werden. Ein lehrreiches Beispiel dafür liefert die vorl. Entsch., die ein Verfahren wegen Verletzung der Aufklärungspflicht beanstandet, in dem zwei Sachverständige zur Begutachtung der verminderten Zurechnungsfähigkeit des Angekl. zugezogen worden waren. Nach dieser Entsch. darf das Gericht, das mehrere Sachverständige für erforderlich gehalten hat, sich nicht dem Gutachten des einen Sachverständigen ohne weiteres anschließen, wenn der andere Sachverständige erklärt, daß er möglicherweise zu einem anderen Ergebnis kommen würde, aber zur Erstattung eines abschließenden Gutachtens noch nicht in der Lage sei, und dem Gericht die Mittel und Wege bezeichnet, die ihm eine endgültige Stellungnahme ermöglichen. Das Gericht sei in solchen Fällen verpflichtet, von dem vorhandenen Beweismittel eines zweiten Sachverständigen erschöpfenden Gebrauch zu machen und auf den Antrag des Sachverständigen auch die Unterbringung des Angekl. in einer Heilanstalt zur Beobachtung anzuordnen. Dieser Stellungnahme des RG. ist in dem von ihm entschiedenen Fall unbedenklich zuzustimmen. Dabei muß aber, um Mißverständnisse zu vermeiden, zugleich auch auf die Grenzen hingewiesen werden, innerhalb deren die erwähnten Sätze allein Anspruch auf unbedingte Geltung haben. Das Urteil des RG. betrifft nämlich ein Strafverfahren wegen Mordes und von dem Ergebnis der Sachverständigen-gutachten hing es ab, ob nach § 51 Abs. 2 StGB. von der Verhängung der Todesstrafe abgesehen und auf Freiheitsstrafe erkannt werden konnte. Daß in solchen Verfahren an die Aufklärungspflicht des Gerichts die höchsten Anforderungen gestellt werden müssen, bedarf keiner weiteren Ausführung. Handelt es sich aber um Straftaten von wesentlicher geringerer Bedeutung, so wird eine Verletzung der Aufklärungspflicht nicht schon dann angenommen werden dürfen, wenn das Gericht bei Vernehmung mehrerer Sachverständiger, von denen der eine erklärt, kein abschließendes Gutachten abgeben zu können, sich dem wohlbegründeten Gutachten des anderen anschließt, dessen Sachkunde auf dem begutachteten Gebiet unzweifelhaft vorhanden ist. Für solche Straftaten wird der in RGSt. 64, 114 ausgesprochene Satz seine Bedeutung behalten: „Nach Einholung von Gutachten steht es auch dann, wenn es sich um schwierige, nur auf Grund fachwissenschaftlicher Kenntnisse zu beantwortende Fragen handelt, im Ermessen des Gerichts, ob es noch weitere Aufklärung für erforderlich hält.“

Die vorl. Entsch. des RG. ist wichtig auch für die Anwendung des § 81 StPD. Aus der Kamrvorschrift des § 81 StPD. ist die Folge hergeleitet worden, daß die Anordnung der Unterbringung des Beschuldigten in einer Heil- oder Pflegeanstalt zu seiner Beobachtung in das pflichtmäßige Ermessen des Gerichts gestellt sei und das Gesetz nicht verletzt sei, wenn das Gericht von seinem Ermessen verneinenden Gebrauch mache (vgl. *Sindel-Hartung-Dingemann-Nietzhammer*, StPD., 19. Aufl., zu § 81 Anm. 1). Die Entsch. des RG. stellt demgegenüber klar, daß auch die dem Gericht in § 81 StPD. eingeräumte Ermessensfreiheit nur innerhalb der Schranken besteht, die sich aus der in § 244 Abs. 2 StPD. ausgesprochenen Aufklärungspflicht des Gerichts ergeben, und daß ein Urteil auch deshalb aufgehoben werden kann, weil das Gericht es unter Verletzung dieser Pflicht unterlassen hat, auf den Antrag des Sachverständigen die Unterbringung des Angekl. in einer Heilanstalt zur Be-

obachtung anzuordnen. Auch hier muß freilich darauf hingewiesen werden, daß die Maßnahme des § 81 StPD. nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung der abzurteilenden Straftat stehen darf. Kommt es auf die Frage an, ob der Angekl. die Tat im Zustand der vollen oder der verminderten Zurechnungsfähigkeit begangen hat, so darf bei der Prüfung, ob zur Beobachtung seines Geisteszustandes seine Unterbringung in einer Heilanstalt angeordnet werden soll, die Schwere der Straftat nicht außer acht gelassen werden.

Mit Recht beanstandet das RG. auch die Ablehnung der Beweisangebote, die sich auf den Geisteszustand der Mutter, des Bruders und der beiden Töchter des Angekl. beziehen. Die Ablehnung dieser Beweisangebote als unerheblich bedeutet eine Verkennung wichtiger Erkenntnisse der menschlichen Erblehre, die gerade bei der Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit eines Angekl. nicht übersehen werden dürfen.

LGDir. Dr. Schafheutle, Berlin.

*

** 31. RG. — 261 StPD. Dem Richter ist gestattet, seiner Erinnerung an den Gang der Hauptverhandlung durch geeignete Mittel — z. B. eigene Niederschriften oder Rücksprache mit den anderen beteiligten Richtern — nachzuhelfen. Aus dem Grundsatz, daß dem Urteil nur der Inhalt der Hauptverhandlung zugrunde gelegt werden darf, folgt aber eine wesentliche Einschränkung: es darf sich bei jeder solchen Nachhilfe unbedingt nur darum handeln, die Erinnerung an den Gang der Hauptverhandlung aufzufrischen, nicht aber darum, Lücken des Sachverhalts auszufüllen, die bei der Niederschrift des Urteils dem Urteilsverfasser bemerkbar werden. †)

Nach der Verkündung des angefochtenen Urteils hat der Berichterstatter der Strk., LGK. S., anlässlich der Niederschrift der Urteilsgründe den in der Hauptverhandlung als Zeugen vernommenen Bezirksdirektor K. des Versicherungsvereins H. fernmündlich angerufen und mit ihm über den Vertrag gesprochen, den der Angekl. am 1. Juli 1935 mit dem Versicherungsverein geschlossen hatte, und ferner auch über die Höhe und den genauen Zeitpunkt der Zahlungen, die der Angekl. im Juli 1935 als Provisionsvorschüsse von dem Versicherungsverein erhalten hatte. Feststellungen über diesen Vertrag und diese Zahlungen bilden einen wesentlichen Teil der Urteilsbegründung des LGK. S. hat hierzu dienstlich erklärt, er habe sich bei dem Ferngespräch bestätigen lassen wollen, ob er die Aussage des K. in der Hauptverhandlung richtig verstanden und behalten habe; er hat in seiner dienstlichen Erklärung auch auf mehrere Aktenstellen verwiesen, an denen bei den Ermittlungen im Vorverfahren die Zahlungen an den Angekl. schon so angegeben worden sind, wie sie das angefochtene Urteil feststellt.

Dieser Hergang wird mit Recht von der Rev. gerügt.

Die Revisionsrüge kann nicht etwa von vornherein an der Erwägung scheitern, daß das Urteil nicht auf einem Vorgang beruhen könne, der sich erst nach der Urteilsverkündung zgetragen habe. Denn das RevG. kann weder den entscheidenden Teil des Urteils der Vorinst. unabhängig von den Entscheidungsgründen noch die mündlich verkündeten Urteilsgründe prüfen, sondern hat die Vorentschr. in der untrennbaren Einheit nachzuprüfen, die der entscheidende Teil des Urteils und die schriftliche Begründung miteinander bilden. Auf die schriftliche Urteilsbegründung aber und dadurch auf das nachzuprüfende Urteil in seiner Gesamtheit kann der gerügte Hergang Einfluß gewonnen haben. Das Urteil kann also auf ihm beruhen (§ 337 StPD.). Somit muß Stellung dazu genommen werden, ob dieser Hergang einen Verstoß gegen das Verfahrensrecht enthält. Das kann nicht verneint werden.

Auszugehen ist hierbei davon, daß es infolge der Unvollkommenheit des menschlichen Erinnerungsvermögens dem Richter in der Regel nicht möglich sein wird, den Inhalt der Hauptverhandlung bis zum Niederschreiben der Entscheidungsgründe in allen Einzelheiten — womöglich wörtlich — sicher im Gedächtnis zu behalten. Daher muß dem Richter gestattet sein, seiner Erinnerung an den Gang der Hauptverhandlung

durch geeignete Mittel — wie etwa eigene Niederschriften oder Rücksprache mit den anderen beteiligten Richtern — nachzu-
helfen. Deshalb muß es auch nicht unter allen Umständen als
unzulässig angesehen werden, daß der Richter zur Auffrischung
seines Gedächtnisses nach der Hauptverhandlung mit anderen
bei ihr anwesend gewesenen Personen als den mitwirkenden
Richtern spricht, — wenigstens ein nachträgliches Besprechen
mit vernommenen Zeugen schon mit Rücksicht auf das Ansehen
der Gerichte tunlichst zu vermeiden sein wird. Aus dem Grund-
satz aber, daß dem Urteil nur der Inhalt der Hauptverhand-
lung zugrunde gelegt werden darf (§ 261 StPD.), folgt hier
eine sehr wesentliche Beschränkung: es darf sich bei jeder solchen
Nachhilfe unbedingt nur darum handeln, die Erinnerung an
den Gang der Hauptverhandlung aufzufrischen, nicht aber dar-
um, Lücken des Sachverhalts auszufüllen, die bei der Nieder-
schrift des Urteils dem Urteilsverfasser bemerkbar werden.

Wenn im vorl. Falle der Verfasser des Urteils es nicht
umgehen zu können glaubte, sich noch einmal mit dem Be-
zirksdirektor R. in Verbindung zu setzen, so hätte sich dabei
verfahrensrechtlich nur vertreten lassen, daß er den R. befragte,
ob und wie er über diesen oder jenen Punkt in der Haupt-
verhandlung als Zeuge gehört worden sei und was er dabei
als Zeuge in der Hauptverhandlung ausgesagt habe. Schon aus
der dienstlichen Erklärung des BG. S. ist jedoch zu entnehmen,
daß sein nachträgliches Ferngespräch mit R. nicht streng
nur diese Richtung auf eine bloße Wiederholung des Inhalts
der vorhergegangenen Hauptverhandlung einhielt, sondern sich
auf eine Klarstellung des abgeurteilten Tatbestandes richtete.

Das Bedenken gegen dieses Verfahren des BG. wird in
der vorl. Sache noch durch folgende Erwägungen besonders
verstärkt:

Über die Zahlungen der S. an den Angekl. vom Juli
1935 enthalten die Akten des Verfahrens schon genaue An-
gaben; auch der Vertrag vom 1. Juli 1935 war im vollen
Wortlaute bei den Akten des Wohlfahrtsamts der Stadt W.
bekannt, die nach Mitteilung der Urteilsgründe „zum Gegen-
stande der Hauptverhandlung vor der Strk. gemacht worden
sind“. Wenn völlig einwandfrei verfahren worden wäre, so
müßte sich R. in der Hauptverhandlung erschöpfend über die
in Rede stehenden Zahlungen und Vereinbarungen ausgelassen
haben und müßte der Richter, der in der vorl. Sache zugleich
Vorsitzender und Berichterstatter der Strk. war, in der Haupt-
verhandlung es bemerkt haben, falls R. als Zeuge dabei gerade
das bestätigt hätte, was die Akten schon enthielten und was
dem Richter auf Grund seiner Vorbereitung auf die Haupt-
verhandlung als Akteninhalt bekannt sein mußte. Daß die
Zeugenaussage in der Hauptverhandlung den in Betracht kom-
menden Akteninhalt voll bestätigt hätte, wäre aber ein Um-
stand gewesen, der dem Richter schwerlich aus dem Gedächtnis
hätte entfallen können. Daher ist es nicht recht erklärlich, wie
es im Falle eines verfahrensrechtlich völlig einwandfreien Vor-
gehens überhaupt dazu kommen konnte, daß der Richter die
sehr ungewöhnliche Maßregel einer nachträglichen Erkundigung
bei dem Zeugen für unvermeidlich hielt. Deshalb muß damit
gerechnet werden, daß — vielleicht von dem Richter selbst nicht
klar empfunden — nicht lediglich in der Erinnerung des Rich-
ters, sondern in den Feststellungen der Hauptverhandlung eine
Lücke vorhanden war, die eine Unklarheit über den Sachverhalt
verursachte und das Ferngespräch mit R. veranlaßte.

Ein nachträgliches Verhandeln mit einem Zeugen in die-
sem Sinne ist gegenüber dem Grundsatz des § 261 StPD. un-
zulässig; es bestünde dabei eine große Gefahr, daß auf Grund
eines solchen späteren Verhandels nachträgliche Feststellungen
in die Urteilsgründe gelangen, die das Urteil als einwandfrei
begründet erscheinen lassen, während der Angekl. diese Fest-
stellungen hätte verhindern können, wenn er in der Hauptver-
handlung ordnungsmäßig dazu gehört worden wäre.

Das angefochtene Urteil muß daher aufgehoben werden.

Was die Rev. sonst noch in verfahrensrechtlicher Hinsicht
vorbringt, kann allerdings nicht durchgreifen. Das Gericht ist
nicht verpflichtet, in der Urteilsbegründung alle einzelnen
Umstände mitzuteilen, auf Grund deren es sich von einer be-

stimmten Gestaltung des festgestellten Sachverhalts überzeugt
hat. Trotz der Vorschrift des § 267 Abs. 1 Nr. 1 StPD. ist es
nicht einmal ein durchschlagender Revisionsgrund, wenn die An-
gabe wesentlicher Beweiszeichen in den Urteilsgründen unter-
blieben ist (RGSt. 47, 109).

(RG., 1. StrSen. v. 24. Sept. 1937, 1 D 812/36.)

Anmerkung: Die Entsch. ist im wesentlichen zu billigen.

I. Das RG. sagt zutreffend, daß die Rücksprache des
Berichterstatters nach der Urteilsverkündung mit einem der
in der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen im Wege der
Rev. angegriffen werden kann. Zwar kann das verkündete
Urteil nicht auf dieser Rücksprache beruhen. Diese ist jedoch
geeignet, dem RevG. Mängel der vorausgegangenen Ur-
teilsfindung zu verdeutlichen. Sie legt darum die Möglichkeit
nahe, daß das Urteil auf einer unklaren oder lückenhaften
Tatsachensfeststellung und demnach auf einer Gesetzesverletzung
beruht. Der RevR. wird durch diese Art „revisionsfester“
Urteilsbegründung an der Nachprüfung der materiellen Rechts-
fragen gehindert.

II. Die Rspr. hat seit langem anerkannt, daß in tat-
sächlich schwierigen Sachen die Richter Erinnerungstüßen
brauchen, welche den Vorgang der Hauptverhandlung für sie
festhalten, z. B. Niederschriften in Kurzschrift. In der vorl.
Entsch. wird sodann mit Recht zum Ausdruck gebracht, daß eine
Rücksprache der Richter untereinander zulässig ist.

Bedenklich ist dagegen der Ausspruch, daß gegebenenfalls
eine Rücksprache mit anderen in der Hauptverhandlung an-
wesend gewesenen Personen zulässig sei. Das RG. sagt selbst,
daß das Besprechen mit Zeugen im Interesse des Ansehens
der Gerichte tunlichst zu vermeiden sei. Meines Erachtens
kann hier nur eine Rücksprache mit den an der Rechtspflege
beruflich beteiligten Personen, insbes. mit der Staats-
anwaltschaft oder dem Verteidiger geduldet werden, und nur
zu dem Zweck, um die eigene Erinnerung an den Gang der
Hauptverhandlung aufzufrischen. Wenn der Richter nachträglich
mit einem Zeugen über dessen Aussage spricht, so leidet
nicht nur das Ansehen des Gerichts. Vielmehr besteht auch
die Gefahr, daß der Zeuge etwas anderes sagt, als er in der
Hauptverhandlung bekundet hat, und so stillschweigend das
Ergebnis der Hauptverhandlung verändert. Meines Erachtens
hätte das RG. jegliche Neigungen zu Rücksprachen mit
Zeugen im Keime ersticken sollen. Viel ungefährlicher ist es
m. E., wenn etwa der Richter sich die Aufzeichnungen der
übrigen Prozeßbeteiligten geben läßt, um kleine Erinnerungslücken
zu schließen.

Geradezu ungläublich ist es aber, wenn ein Richter, wie
im vorl. Falle mit einem Zeugen nachträglich ein Fern-
gespräch über die Klarstellung des abgeurteilten Tatbestandes
führt. Der Zeuge wird hier zum geheimen Richter erhoben.
Die Unmittelbarkeit und Mündlichkeit wird hier aufs schwerste
beeinträchtigt. An die Stelle des Richterkollegiums setzt sich
der einzelne Richter. Die übrigen Prozeßbeteiligten werden
von der Mitwirkung völlig ausgeschlossen. Nach dem Urteil
des RG. besteht sogar die Möglichkeit, daß nicht lediglich eine
Unklarheit, sondern eine Lücke in den Feststellungen der
Hauptverhandlung bestanden hat und daß somit die Lücke in
einem geheimen Verfahren zwischen Richter und Zeugen ge-
schlossen worden ist. Man versteht nicht recht, daß ein solcher
Fall überhaupt möglich gewesen ist. Um so mehr ist es er-
wünscht, daß selbst jeder Anseh ein eines solchen Geheim-
verfahrens vermieden wird. Ich möchte der Hoffnung Aus-
druck geben, das RG. möge seine eindeutige Mißbilligung
gegenüber dem im vorl. Falle durchgeführten Verfahren bei
sich bietender Gelegenheit dahin verstärken, daß es jede ein-
seitige nachträgliche Rücksprache mit Zeugen für unzulässig
erklärt, auch dann, wenn es sich eindeutig um Beseitigung
von Erinnerungslücken handelt.

Prof. Dr. Karl Siegert, Göttingen.

Zivilrecht

Bürgerliches Gesetzbuch

32. RG. — §§ 765 ff., 157, 242, 254 BGB. Einem Anspruch aus Bürgschaftsvertrag als solchem gegenüber kann § 254 BGB. keine Anwendung finden. Aber auch der Bürgschaftsvertrag steht unter den Regeln von Treu und Glauben nach §§ 157, 242 BGB., die unter besonderen Umständen gegebenenfalls die Verneinung der Bürgschaftsverpflichtung gerechtfertigt erscheinen lassen können.

Einen Anspruch aus dem Bürgschaftsvertrag als solchem gegenüber kann der § 254 BGB. keine Anwendung finden, denn diese Vorschrift bezieht sich nur auf Schadenserfordernisse. Nun steht die Bürgschaftsforderung allerdings in einem Abhängigkeitsverhältnis zu der durch die Bürgschaft gesicherten Forderung aus dem Hauptschuldverhältnis und es kann der Bürge nach § 768 BGB. alle Einreden geltend machen, die dem Hauptschuldner zustehen. Ein Bürge kann sich danach an sich auch auf ein mitwirkendes Verschulden des Gläubigers berufen, wenn die gesicherte Forderung eine Schadenserfordernis ist. Er hat jedoch aus dem Hauptschuldverhältnis keinesfalls mehr Einreden als der Hauptschuldner selbst.

Im vorl. Fall konnte sich der Hauptschuldner, der Veruntreuungen im Dienst als Beamter beging, und können sich jetzt seine Erben zur Abwendung oder Minderung ihrer Haftung nicht auf eine Vernachlässigung der Aufsichtspflicht und ein daraus sich ergebendes Mitverschulden i. S. des § 254 BGB. berufen. Denn nach ständiger Rspr. des Senats begründet das Mitverschulden eines übergeordneten Beamten durch Vernachlässigung der Aufsichtspflicht kein Mitverschulden der Gemeinde (vgl. RGZ. 95, 347, ferner Urf. v. 28. Febr. 1936, III 135/35; JW. 1936, 2213¹; ScuffArch. 90 Nr. 97 vom 15. Sept. 1936, III 359/35; JW. 1936, 3529¹; HöchstRSpr. 1936 Nr. 1615 und v. 15. Dez. 1936, III 83/36; JW. 1937, 995²).

Die Ausscheidung des § 254 BGB. braucht jedoch an dem Ergebnis der angefochtenen Entsch. nichts zu ändern. Denn die tatsächlichen Feststellungen des Vorderrichters rechtfertigen die Verneinung der Bürgschaftshaftung aus einem anderen, im BU. auch schon angedeuteten Gesichtspunkt. Zutreffend ist nämlich darauf hingewiesen, daß auch der Bürgschaftsvertrag unter den Regeln von Treu und Glauben nach §§ 157, 242 BGB. steht (vgl. hierzu HöchstRSpr. 1930 Nr. 1212 mit Nachw., auch RGZ. 29, 141 ff.). Mit Treu und Glauben ist es aber nicht in Einklang zu bringen, wenn das leitende Organ einer Gemeinde jahrelang in gröblicher Weise gegen seine Aufsichtspflicht verstößt, wenn durch solches Verschulden Veruntreuungen ermöglicht und Schäden verursacht werden und dafür dann seitens der Gemeinde ein Dritter auf Grund einer Bürgschaft in Anspruch genommen werden soll, nachdem der Bürge selbst sogar mehrfach vergebens um Abhilfe bei dem Gemeindevorstand vorstellig geworden ist. Die tatsächlichen Feststellungen des Vorderrichters lassen deshalb die Verneinung der Bürgschaftsverpflichtung aus diesem Gesichtspunkt gerechtfertigt erscheinen und es fragt sich hiernach nur noch, ob die Feststellung der gröblichen Verletzung der Aufsichtspflicht rechtlichen Bedenken begegnet. (Wird ausgeführt.)

(RG., III. ZivSen., U. v. 14. Sept. 1937, III 26/37) [v. B.]

*

33. RG. — §§ 812, 822 BGB.; § 1 FürsorgPfVf. — Vor der Geldentwertung geschlossene Verträge auf Einkauf in ein Altersheim, deren Einkaufspreis vor der Entwertung gezahlt worden ist, sind von der Inflation nicht berührt worden. Ersappflicht des Altersheim gegenüber dem Bezirksfürsorgeverband.

Die Bfll. unterhält als Zweiganstalt in Berlin ein Altersheim, das St. N.-Stift. In dieses hatten sich in den Jahren 1910—1914 die Witwe Marie Sch., Klara F., Martha B., Karoline K. durch Zahlung von 15 000, 18 000, 3000 bzw. 3000 M eingekauft. Nach den Einkaufsverträgen hat sich die Bfll. diesen

Personen gegenüber zu laufenden Unterhaltsleistungen, insbes. zur Gewährung von Wohnung, Verpflegung, Pflege und ärztlicher Behandlung in Krankheitsfällen usw. verpflichtet.

Im Okt. 1923 erklärte die Bfll. ihren Ansassen, daß sie wegen der eingetretenen Geldentwertung die Unterhaltsleistungen nicht weiter fortsetzen könne, und forderte sie auf, beim Bezirksfürsorgeverband laufende Unterstützung durch diesen zu beantragen. Dies haben die genannten vier Ansassen getan. In den von ihnen ausgefüllten Fragebogen haben sie ihre Verträge mit der Bfll. nicht mit angegeben.

Der Bezirksfürsorgeverband hat den gestellten Anträgen entsprochen und laufend Unterstützung in Geld gewährt. Die Geldebeträge sind der Bfll. in voller Höhe zugeflossen. Die Bfll. hat den vier Frauen auch weiterhin Wohnung und Lebensunterhalt im Stift gewährt.

Am 31. Juli 1936 stellte der Kl. seine Zahlungen ein und teilte der Bfll. mit, daß er die Unterhaltsansprüche der vier von ihm unterstützten Frauen aus den zwischen diesen und der Bfll. abgeschlossenen Unterhaltsverträgen gemäß § 21 a FürsPfVf. auf sich überleite.

Unstreitig hat der Kl. seit dem 1. Jan. 1932 bis zum 31. Juli 1936 insgesamt 9908,50 RM, von denen 3302,10 RM auf die Zeit v. 1. Jan. 1935 bis zum 31. Juli 1936 entfallen, gezahlt.

Das BG. hat die Klage abgewiesen und in den Gründen dargelegt, daß der Geldentwertung der vom Kl. vor dem 1. Jan. 1935 gezahlten Beträge schon § 1 Abs. 2 Gef. über die Befreiung von der Pflicht zum Erfasse der Fürsorgekosten v. 22. Dez. 1936 entgegenstehe. Im übrigen sei das Stammrecht der vier Frauen durch Nichterhebung ihrer Ansprüche auf den Unterhalt gegen die Bfll. verwirkt, so daß auch der Kl. kein Recht erworben habe.

Der auf Zahlung von 3302,10 RM nach dem 1. Jan. 1935 gezahlter Unterstützungsbeträge beschränkten Berufung war stattzugeben. Allerdings ist ein Anspruch des Kl. aus § 21 a FürsPfVf. nicht gegeben. Die zwischen der Bfll. und den vier Frauen abgeschlossenen Unterhaltsverträge sind durch die Geldentwertung der Nachkriegszeit ihrer Wirksamkeit nicht beeinträchtigt worden. Die Frauen haben von der Bfll. mit Abschluß der Verträge in den Jahren 1910—1914 das Recht auf Unterhalt bis an ihr Lebensende eingeräumt erhalten. Sie haben dafür als Gegenwert nennenswerte größere Geldebeträge an die Bfll. gezahlt. Damit waren diese Verträge beiderseits voll erfüllt. Die Erfüllung seitens der Bfll. bestand in der Einräumung des Stammrechts auf Unterhalt. Die aus diesem Rechte fließenden Unterhaltsansprüche waren auf Naturalleistungen gerichtet und konnten deshalb ihrer Natur nach durch den Währungsverfall nicht betroffen werden (RGZ. 107, 218 ff.).

Steran vermag auch der Einwand der Bfll., daß sie wegen der durch die Inflation hervorgerufenen veränderten Umstände ihren Rücktritt von diesen Verträgen erklärt habe, nichts zu ändern. Es entspricht der ständigen Rspr. und der einhelligen Rechtslehre, daß eine Befreiung von einer vertraglich übernommenen Verbindlichkeit nur dann angenommen werden darf, wenn bei Berücksichtigung aller obwaltenden Umstände nach Treu und Glauben die Leistung nicht mehr zumutbar erscheint. Nur soweit dies der Fall ist, kann einer Partei das Recht zugebilligt werden, durch einseitige Rücktrittserklärung sich der übernommenen Verpflichtung zu entziehen.

Derartige Umstände sind aber im vorl. Falle nicht ersichtlich, insbes. auch im Hinblick auf die Inflation, auf die sich die Bfll. allein beruft, nicht anzunehmen.

Die vier Ansassen der Bfll. haben sich in das Stift eingekauft, um für ihren Lebensabend der ständigen Sorge um die Erhaltung ihres Vermögens entgehen zu sein. Zum Ausgleich hierfür haben sie an die Bfll. diese hohen Geldebeträge gezahlt. Diese sind dem Vermögen der Bfll. damals zu ihrem vollen Werte zugeflossen. Wollte die Bfll. ihren Rücktritt von den Verträgen damit rechtfertigen wollen, daß sie diese Werte durch die Inflation wieder verloren habe, so würde, wollte man ihr aus diesem Grunde ein Rücktrittsrecht von den Verträgen zubilligen wollen, die Folge hiervon sein, daß das von der Bfll. nun einmal übernommene Risiko nachträglich wieder auf die Frauen abgewälzt würde. Zudem ist nach der Lage der Sache denkbar, daß ihr diese Gelder auch späterhin wertmäßig erhalten geblieben sind. Sei es, daß sie mit diesem Gelde laufende eigene Schulden bezahlt hat, sei es, daß sie die Geldebeträge vor dem Kriege wertbeständig angelegt hat. Ferner war zu berücksichtigen, daß den in Frage stehenden Einkaufsverträgen ein spekulatives Moment insofern zugrunde liegt, als die Dauer der Leistungspflicht der Bfll. von der Lebensdauer ihrer Vertragspartner abhängt, während die Höhe des Entgelts hiervon unabhängig festgesetzt worden ist. Die Tatsache, daß

es sich bei der Besl. um eine sog. milde Anstalt handelt, vermag an dem Vorstehenden nichts zu ändern.

Es kann aber auch aus dem Umstände, daß die vier Anstaltsinsassen der Aufforderung der Besl. nachgekommen sind, und beim Kl. Anträge auf Kleinrentnerunterstützung gestellt haben, kein Verzicht der Insassen auf ihre vertraglichen Rechte entnommen werden. Hierfür wäre in erster Linie notwendig gewesen, daß die Berechtigten selbst diesen Verzicht leisten wollten. Dies kann keinesfalls angenommen werden. Am wenigsten konnte die Besl. dies annehmen; sie hatte die Frauen ja selbst zur Antragstellung veranlaßt, indem sie in ihnen die Überzeugung weckte, daß ihre alten Unterhaltsansprüche durch die Inflation hinfällig geworden seien. Die letztere Tatsache steht auch der Annahme einer Verwirkung des Stammrechts entgegen, denn es verstößt gegen Treu und Glauben, wenn der Schuldner sich auf die Nichtgeltendmachung von Ansprüchen seitens des Gläubigers beruft, wenn er — Schuldner — dieses Verhalten des Gläubigers selbst veranlaßt hat.

Bestanden die aus den alten Verträgen fließenden Unterhaltsansprüche weiter fort, so können sie doch nicht auf den Kl. übergegangen sein, weil sie vom Besl. laufend erfüllt worden sind. Es ist zwischen den Parteien unstrittig, daß die vier Frauen nach wie vor im St. N. -Stift unterhalten worden sind. Die Besl. hat somit während der hier in Frage stehenden Zeit ihre Unterhaltspflicht, wenigstens soweit der Kl. diese Unterhaltsansprüche geltend macht, freilich ohne es zu wollen, erfüllt, mag dies auch unter Verwendung der Zahlungen des Kl. geschehen sein. § 362 BGB. bestimmt, daß das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Maßgeblich ist also allein, daß die geschuldete Leistung vom Schuldner erbracht wird; aus welchen inneren Motiven er die Leistung erbringt, kommt nicht in Betracht. Unterhaltsansprüche der Frauen bestanden daher nicht mehr und konnten vom Kl. nicht auf sich überleitet werden.

Aus derselben Erwägung ergibt sich, daß dem Kl. Ansprüche aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag nicht zur Seite stehen können, denn wenn die Besl. die Unterhaltung ihrer Insassen selbst getätigt hat, so kann nicht angenommen werden, daß gleichzeitig dies vom Kl. geschehen sei.

Gleichwohl ist das Zahlungsbegehren des Kl. gerechtfertigt.

Es ist von der Besl. nicht bestritten worden, daß ihr die Rentenzahlungen des Kl. in voller Höhe zugeflossen sind. Die Besl. ist damit um diese Beträge ungerechtfertigt bereichert worden, denn wie sie selbst dem Kl. in einem Falle mitgeteilt hat, hat sie die vom Kl. gezahlten Beträge für den Unterhalt ihrer Insassen verwendet. Durch die Leistungen des Kl. hat sie mithin die Befreiung von ihrer Vertragspflicht erlangt, wofür ein rechtlicher Grund nicht gegeben war; denn ihre Verpflichtung zur Erfüllung der Unterhaltsverträge hat, wie oben ausgeführt ist, unverändert fortbestanden. Hätte sie diese Pflicht erfüllt, so wären die Zahlungen des Kl. unterblieben. Zweifel könnten lediglich hinsichtlich der Unmittelbarkeit der Bereicherung bestehen, doch kann auch insofern dahingestellt bleiben, ob die Rentenbeträge unmittelbar an die Besl. gesandt worden sind oder ihr erst von den Insassen ausgehändigt worden sind. Im ersteren Falle ergäbe sich die Bereicherung und damit die Rückzahlungspflicht aus § 812 BGB., in dem anderen Falle wäre die Besl. gemäß § 822 BGB. zur Erstattung dieser Beträge verpflichtet.

(RG., 13. ZivSen., Ur. v. 22. Juli 1937, 13 U 1706/37.)

*

34. RG. — §§ 823, 1004 BGB.; Gef. über die Gewährung von Straffreiheit v. 23. April 1936.

1. Eine ehrenkränkende Äußerung gibt, falls Wiederholungsgefahr besteht, grundsätzlich Anlaß zur Erhebung der vorbeugenden Unterlassungsklage. Durch das StraffreiG. vom 23. April 1936 ist hierin keine Änderung in bezug auf Vorgänge eingetreten, die sich vor seinem Inkrafttreten abgespielt haben.

2. Wer wegen ehrenkränkender Äußerungen über seine Ehefrau die vorbeugende Unterlassungsklage erhebt, muß gegen sich gelten lassen, daß seine Ehefrau den Besl. ebenfalls beleidigt hat; dies ist bei Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses für die Klage zu berücksichtigen.

Der Kl. hatte gegen den Besl. Privatklage wegen Beleidigung seiner Ehefrau erhoben. Das Verfahren war jedoch auf Grund des § 2 Nr. 2 des Gef. über die Gewährung von Straffreiheit v. 23. April 1936 (RGBl. I, 378) eingestellt worden.

Im jetzigen Rechtsstreit hat der Kl. die vorbeugende Unterlassungsklage erhoben; der Besl. sollte es unterlassen,

über die Ehefrau des Kl. ehrenkränkende Behauptungen aufzustellen. Das BG. hat die Klage abgewiesen; das BG. hat das Urteil des BG. aufgehoben und der Klage stattgegeben. Die Rev. des Besl. hatte Erfolg.

1. Der Besl. leugnet das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage. In der früheren Rspr., insbes. auch des erf. Sen., ist das Rechtsschutzbedürfnis für die vorbeugende Unterlassungsklage regelmäßig dann verneint worden, wenn die zu unterlassende Handlung mit öffentlicher Strafe bedroht war; auf dem Gebiet des Ehrenschutzes wurde der Weg der Privatklage als der regelmäßig gegebene bezeichnet, die Unterlassungsklage nur aus besonderen Gründen für zulässig erachtet. Diese Rspr. hat der II. ZivSen. in dem Ur. RGZ. 116, 151 = JW. 1927, 1471, 1997 verlassen; es wurde angenommen, daß ein Bedürfnis für eine Unterlassungsklage in Fällen, wo die Handlung mit Strafe bedroht sei, nicht allgemein gelehrt werden könne. Dieser Auffassung hat sich der erf. Sen. in dem Ur. v. 24. Mai 1937, VI 379/36: RGZ. 155, 92 = JW. 1937, 2357³ angeschlossen und ausgeführt, der Verletzte dürfe in der Regel nicht genötigt werden, die kriminelle Bestrafung des Täters herbeizuführen. Von dieser Auffassung geht der Senat auch jetzt aus. Es handelt sich im vorl. Falle um eine Ehrverletzung, die der Besl. der jetzigen Ehefrau des Kl. und damit diesem selbst zugefügt haben soll. An sich ist damit, falls eine Wiederholungsgefahr besteht, der Anlaß zur vorbeugenden Unterlassungsklage gegeben. Durch das StraffreiG. ist hierin keine Änderung in bezug auf Vorgänge, die sich vor seinem Inkrafttreten abgespielt haben, eingetreten. Es ist insbes. kein Anhalt dafür gegeben, daß dieses Gesetz über die von ihm angeordnete Straffreiheit hinaus eine Rechtsbefriedigung in dem Sinne einführen wollte, daß eine anderweitige Rechtsverfolgung auf diesem Gebiet nach Lage des Einzelfalles nicht mehr zulässig sein solle. Das BG. wird aber — davon abgesehen — das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses, das stets nur nach sorgfältiger Würdigung der Umstände des Einzelfalles festgestellt werden kann, insbes. nach folgender Richtung einer Prüfung zu unterziehen haben:

2. Das BG. unterstellt, daß die „Gegenseite“ — gemeint ist wohl die Ehefrau des Kl. — und ihre Mutter sich viel gemeiner benommen und üblere Vorwürfe gemacht hätten als der Besl.; es meint aber, das sei unerheblich, da der Kl. ein selbständiges Recht verfolge und der Besl. nicht behaupten könne, daß etwa der Kl. ihn beschimpft habe. Das ist rechtlich verfehlt. Wenn der Kl. auch selbst in seiner Ehre durch den gegen seine Ehefrau gerichteten Vorwurf verletzt ist, so ist das doch nur deshalb der Fall, weil die Ehre seiner Ehefrau verletzt ist. Begriffsnotwendig setzt also die Verletzung seines Rechtsguts die Verletzung des Rechtsguts seiner Ehefrau voraus. Alles das, was mit den Umständen zusammenhängt, unter denen seine Ehefrau beleidigt ist, hängt mit seiner Rechtsstellung zusammen, und er muß es gegen sich gelten lassen. Dann wird es sich aber fragen, ob die Auffassung der Beteiligten hinsichtlich der Ehrverletzung, wenn diese eine gegenseitige ist, ein Rechtsschutzbedürfnis erfordert, zu dessen Befriedigung die von der Rspr. zur Ausfüllung einer Lücke für dringende Fälle entwickelte Einrichtung der Unterlassungsklage geboten ist.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 2. Sept. 1937, VI 82/37.) [N.]

*

35. RG. — § 826 BGB. Schadensersatzpflicht eines Kaufmanns, der einem leitenden Angestellten bei seiner Entlassung ein unrichtiges Zeugnis ausgestellt hat, gegenüber demjenigen, der den Angestellten im Hinblick auf dieses Zeugnis in seinem Betriebe eingestellt hat, nach § 826 BGB. — Der Leser eines Zeugnisses für einen leitenden Angestellten erwartet, daß Eigenschaften, die den Angestellten als Leiter unfähig erscheinen lassen, hervorgehoben werden. Der Aussteller eines in den entscheidenden Punkten unrichtigen Zeugnisses kann sich nicht darauf berufen, daß er sich auf eine bei vorsichtigen Kaufleuten bestehende Übung, auf ein Zeugnis hin noch Erkundigungen einzuziehen, habe verlassen können. †)

Die Besl. hat ihrem früheren Angestellten M. bei seiner Entlassung ein Zeugnis ausgestellt, in dem u. a. folgendes steht:

„Seit Januar 1932 war es die Aufgabe des Herrn M., in unserem Werk die Einrichtungen für die Herstellung von Kunstharz zu schaffen. Diese Aufgabe ist heute erfüllt, auch wurde unsererseits die Gm.b.H. K. zur Herstellung obengenannten Produkts gegründet und Herrn M., als technischem Leiter, Kollektiv-Profura erteilt.

Herr M. hat während der Zeit seiner Tätigkeit seine ganze Kraft in die Dienste des Unternehmens gestellt und auch die Angaben für die Einrichtungen fach- und sachgemäß gemacht, so daß wir einen leistungsfähigen Betrieb schaffen konnten.

Die augenblicklichen wirtschaftlichen Verhältnisse lassen es jedoch nicht ratsam erscheinen, dieses Unternehmen weiter zu führen, und haben wir aus diesem Grunde auch das Engagement mit Herrn M. gelöst. Sein Austritt erfolgt heute in gegenseitigem Einvernehmen.“

Auf dieses Zeugnis hin schloß der Kl. mit M. einen Vertrag, durch den er ihn als technischen Leiter für einen Fabrikbetrieb zur Herstellung von Kunstharzen anstellte. Der Kl. ist auf diesem Gebiet kein Fachmann und überließ deshalb M. die Einrichtung des Betriebes, nachdem für ihn noch die Gm.b.H. K. gegründet worden war und M. Gesamtprofura erhalten hatte. Weil sich herausstellte, daß M. fachlich und persönlich — insbes. im Umgange mit den übrigen Werksangehörigen — verfaßte, wurde er nach Ablauf eines Jahres fristlos vom Kl. entlassen, der Geschäftsführer der von ihm gegründeten Gesellschaft war.

Den ihm durch die Betriebsstillegung und die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gm.b.H. entstandenen Schaden führt der Kl. auf das Versagen des M., sodann aber darauf zurück, daß die Bekl. diesem bewußt wahrheitswidrig ein positiv gutes, negativ schlechte Eigenschaften des M. (wie dessen Unverträglichkeit und Nervenzerrüttung) verschweigendes Zeugnis ausgestellt habe. Der Kl. nimmt den Bekl. auf Ersatz seines Schadens in Anspruch.

Das LG. hat die Klage abgewiesen, das BG. die Berufung des Kl. zurückgewiesen.

Seine Rev. hatte Erfolg.

Die Klage läßt sich, wie im BU. richtig erkannt und von der Rev. nicht in Zweifel gezogen worden ist, nicht auf § 823 BGB., sondern nur auf § 826 daselbst stützen. Der Kl. muß also dartun, daß die Bekl. ihm durch Ausstellung des Zeugnisses für M. in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt habe. Die Beurteilung des Sittenverstößes richtet sich, wie der VerK. weiter zutreffend ausgeführt hat, nach dem herrschenden Volksbewußtsein, und zwar, wie hinzuzufügen ist, innerhalb der Handelskreise, denen beide Parteien angehören und auf die auch M. für eine neue Stellung angewiesen war. Hiernach durfte die Bekl. bei Ausstellung des Zeugnisses damit rechnen, daß es mit der für einen ordentlichen Kaufmann gebotenen Sorgfalt und Vorsicht gelesen und gewertet werden würde. Das ist von Bedeutung für die Frage, ob die Bekl. vorsätzlich gehandelt hat, ob sie sich also bewußt war, daß das von ihr ausgestellte Zeugnis geeignet sein könnte, einen andern, dem M. es bei Bewerbung um eine Stellung vorlegen würde, zu schädigen. Auch eine grobe Fahrlässigkeit der Bekl. könnte dabei etwa in dem Sinne genügen, daß sie in ihren verfassungsmäßigen Organen eine hinlängliche Prüfung der Leistungen und der Persönlichkeit des M. grobfahrlässig unterlassen hätte; jedoch müßte sie darüber hinaus mit dem bedingten Vorsatze gehandelt haben, daß sie es bei Unrichtigkeit des Zeugnisses auf eine Schädigung anderer, die sich darauf verließen, ankommen lassen wollte (vgl. RGZ. 143, 52 = JW. 1934, 475 *).

Der VerK. glaubt nun, feststellen zu können, daß das von der Bekl. ausgestellte Zeugnis nichts Unrichtiges enthält, in dem, was es verschweigt, nicht zu beanstanden ist, und im übrigen sich so kühl ausdrückt, daß der Leser es als empfehlend für M. nicht ansehen konnte. Der Rev. ist zuzugeben, daß diese Feststellung nicht frei von Rechtsirrtum ist. Mag auch die Verschweigung von Charaktereigenschaften im Zeugnis nicht allgemein unzulässig sein, so darf es doch keinesfalls über Fähigkeiten und Leistungen etwas geradezu Unrichtiges enthalten. In dieser Beziehung liest nun das BG. den

zweiten Absatz des Zeugnisses nicht genügend in dessen ganzem Zusammenhange und würdigt, wenngleich es die Behauptungen des Kl. als richtig unterstellen will, das Zeugnis auch nicht in Verbindung mit den eigenen Zugeständnissen der Bekl. Wer in dem Zeugnis liest, daß M. die Angaben für die Einrichtung des Unternehmens (nach dem Vorhergehenden eines Betriebes für die Herstellung von Kunstharz) fach- und sachgemäß gemacht habe, „so daß wir einen leistungsfähigen Betrieb schaffen konnten“, der wird dies nicht ohne weiteres so zu verstehen brauchen, daß das eigentliche Verdienst an dieser Leistung der Bekl. selbst zufalle, und nicht M. durch seine fach- und sachgemäßen Angaben. Er mag vielmehr, insbes. wenn er nach dem Schluß des ersten Zeugnisabsatzes weiß, daß dem M. als technischem Leiter Kollektivprofura erteilt worden war, annehmen, daß er es mit einer zur selbständigen Leitung auf dem angegebenen Gebiet durchaus befähigten Persönlichkeit zu tun hat. Anderes kann unterstützend für diesen Eindruck hinzukommen. So die Äußerung im ersten Absätze: „Diese Aufgabe ist heute erfüllt.“ So auch die Angabe im letzten Absätze, daß die augenblicklichen wirtschaftlichen Verhältnisse, also sachliche Gründe, und nicht etwa persönliche Ungeeignetheit des M., die Aufgabe des Unternehmens ratsam erscheinen ließen. Und wenn es sich dem ganzen Zusammenhange nach um eine leitende Persönlichkeit handelte, so läßt sich auch nicht leugnen, daß der Kl. wie jeder Leser erwarten durfte, Eigenschaften des M., die ihn als Leiter unfähig erscheinen ließen, hervorgehoben zu sehen. In dieser Beziehung kann es dann doch auch von Bedeutung sein, daß die — vielleicht auf Nervenzerrüttung zurückzuführende — Unverträglichkeit des M. im Zeugnis überhaupt verschwiegen wird.

Die Aufhebung des BU. und die Zurückverweisung der Sache muß hiernach schon deswegen erfolgen, damit die Tatsacheninstanz zu diesen unbestrittenen Unrichtigkeiten im Zeugnis in ihrem Zusammenhange erneut Stellung nehmen kann. Das BG. hat aber auch außer acht gelassen, daß die Bekl., wie sie selbst zugegeben hat, M. „zur Disposition gestellt“ hat, nachdem sie nach Monaten zu der Gewißheit gekommen war, daß seine Kenntnisse auf dem Gebiet der Herstellung von Kunstharz in keiner Weise ausreichen, daß es auch unmöglich war, Leute zu finden, die mit ihm zusammen arbeiten wollten. Daß demgegenüber die Erklärung im Zeugnis, M. habe die Angaben für die Einrichtung des Unternehmens fach- und sachgemäß gemacht, etwas bewußt Unrichtiges enthielt, liegt nahe. Und daß sich die Bekl. dessen und der schädigenden Wirkung bei einer neuen Anstellung des M. bewußt gewesen sei, ist nicht von der Hand zu weisen. Die erneute Verhandlung und Entsch. wird sich darauf zu erstrecken haben, wieweit die Kenntnis der Bekl. bei Ausstellung des Zeugnisses ging. Ergibt die erneute Prüfung eine Unrichtigkeit des Zeugnisses in den hervorgehobenen, für eine leitende Persönlichkeit entscheidenden Punkten, so kann sich die Bekl. auch nicht darauf berufen, daß sie sich auf eine bei vorsichtigen Kaufleuten bestehende Übung, auf ein Zeugnis hin noch Erkundigungen einzuziehen, habe verlassen können. Damit würde die Bedeutung, die ein Zeugnis im Verkehr hat, in unzulässiger Weise herabgedrückt werden.

Soweit das BG. etwa in der vom Kl. unterlassenen Erkundigung oder in anderer Beziehung ein mitwirkendes Verschulden des Kl. in Betracht ziehen sollte, wird zu beachten sein, daß der vorsätzlich Handelnde in der Regel den Schaden nicht auf den nur fahrlässig bei der Entstehung des Schadens mitwirkenden Geschädigten abwälzen kann, wenn auch andererseits die Arglist des Schädigers nicht schlechthin zum Freibrief für eigene Unvorsichtigkeit des Geschädigten werden darf (vgl. das Ur. des Sen. v. 16. Mai 1935: RGZ. 148, 58 zu a = JW. 1935, 2620 *). Die Rev. deutet dies richtig an. Ihr ist auch zuzugeben, daß ein weitaus überwiegendes Verschulden des Kl. noch nicht — wie am Schluß des BU. angenommen — ohne weiteres zur Klageabweisung führen könnte.

Kommt das BG. nach erneuter Prüfung zur Bejahung der Haftung der Bekl. für Unrichtigkeiten im Zeugnis, so wird zur Frage des ursächlichen Zusammenhanges noch zu erörtern sein, ob für den Kl. bei der Anstellung des M. das Zeugnis der Bekl. überhaupt maßgebend gewesen ist. Und endlich würde

es der Feststellung bedürfen, daß der eingetretene Schaden — insbes. in dem geltend gemachten Ausmaße — auf das Verschulden des Kl. in dem ihm vom Kl. anvertrauten Betriebe zurückzuführen ist.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 16. Sept. 1937, VI 23/37.) [N.]

Anmerkung: Es handelt sich in dem vorliegenden Urte. um die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmer, der einem ausscheidenden Angestellten oder Arbeiter wahrheitswidrig ein gutes, schlechte Eigenschaften verschweigendes Zeugnis erteilt hat, anderen Unternehmern auf Schadensersatz haftet, die den Ausgeschiedenen auf Grund des Zeugnisses in ihren Betrieb übernommen haben. Das RG. stellt hierzu folgende Grundsätze auf.

1. Objektiv darf das Zeugnis nicht geradezu etwas Unrichtiges enthalten, wenn auch die Verschweigung von Charaktereigenschaften nicht allgemein unzulässig ist.

2. Die Schadensersatzpflicht kann nur aus § 826 BGB. abgeleitet werden. Sie setzt also voraus, daß der Unternehmer durch die Ausstellung des unrichtigen Zeugnisses dem anderen Unternehmer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt hat. Der Sittenverstoß ist nach dem herrschenden Volksbewußtsein zu beurteilen, und es ist hierbei die Anschauung der Berufskreise mit in Betracht zu ziehen, denen die beiden Unternehmer angehören. Handelt es sich wie hier um Kaufleute, so darf der Aussteller des Zeugnisses „damit rechnen, daß es mit der für einen ordentlichen Kaufmann gebotenen Sorgfalt und Vorsicht gelesen und bewertet werden würde“; enthält aber das Zeugnis in wesentlichen Punkten etwas positiv Unrichtiges, so kann sich der Aussteller nicht auf die bei vorsichtigen Kaufleuten bestehende Übung berufen, auf ein Zeugnis hin noch Erkundigungen einzuziehen.

3. Zum Vorsatz gehört das Bewußtsein, daß das unrichtige Zeugnis geeignet sein könnte, einen anderen Unternehmer zu schädigen. Es genügt der „bedingte“ Vorsatz, der gegeben ist, wenn der Aussteller des Zeugnisses auch nur damit rechnet, daß ein anderer dadurch getäuscht und geschädigt werden könnte, und wenn er es darauf ankommen läßt.

4. Mitwirkendes Verschulden des Geschädigten (§ 254 BGB.) ist in der Regel nicht zu berücksichtigen, wenn es nur in Fahrlässigkeit besteht, es sei denn, daß ganz besondere Umstände die Schadenteilung rechtfertigen.

5. Für die Prüfung des ursächlichen Zusammenhangs kommt es darauf an, ob das unrichtige Zeugnis für die Ausstellung überhaupt maßgebend gewesen ist, und ob der eingetretene Schaden gerade auf das Verhalten des fälschlich Empfohlenen zurückgeht.

Ein näheres Eingehen auf diese Grundsätze im einzelnen verbietet sich, weil der Rechtsstreit noch nicht endgültig erledigt, sondern an die Vorinstanz zurückverwiesen ist. Nur das eine darf wohl hervorgehoben werden: das RG. entscheidet hier ganz ausschließlich unter schuldrechtlichen, dem BGB. entnommenen Gesichtspunkten. Demgegenüber erhebt sich die Frage, ob nicht auch der vorliegende Fall in den Rechts- und Pflichtentkreis des Arbeitsverhältnisses gehört und demnach zu seiner Lösung die Grundgedanken der neuen Sozialordnung mit heranzuziehen wären. Besonders lehrreich ist in dieser Hinsicht die Entsch. RArbG. 15, 314 = JW. 1936, 524²³. Dort wird es als Sinn und Zweck des § 113 GewD. (ebenso § 630 BGB., § 73 HGB.) bezeichnet, daß das Zeugnis dem Arbeiter eine Unterlage für sein weiteres Fortkommen in die Hand geben soll. „Das Zeugnis soll ihm bei der Bewerbung um eine andere Arbeitsstelle als Ausweis dienen; gleichzeitig soll es aber auch denen, an die sich der Arbeiter aus diesem Grunde wendet, eine Unterlage für seine Beurteilung schaffen. Das Zeugnis stellt daher eine Einrichtung zugunsten des Arbeiters dar. Andererseits muß die Betrachtung unter diesem Gesichtspunkt da eine Schranke finden, wo sich das Interesse des künftigen Arbeitgebers an der Zuverlässigkeit der Grundlagen für die Beurteilung des Arbeitenden ohne weiteres aufdrängt. Demgemäß hat auch das RArbG. immer den Standpunkt ver-

treten, daß das Zeugnis ein wahrheitsgetreues Gesamtbild desjenigen geben muß, der beurteilt wird.“ Hier kommt deutlich zum Ausdruck, daß die Zeugnispflicht nicht nur in ihrer Wirkung gegenüber dem Beschäftigten, sondern auch in ihrer Wirkung gegen Dritte unmittelbar auf dem Arbeitsverhältnis beruht; und wenn das RArbG. in diesem Zusammenhang noch auf die gesteigerte Bedeutung der Offenbarungspflicht im heutigen Rechtsleben verweist, wenn es weiter sich auf die „Grundsätze der sozialen Ehre und der Leistungsbewertung nach Können und Charakter als untrennbaren Leistungsmaßstäben“ beruft, so darf das wohl als Versuch einer „Anpassung der Auslegung des BGB. an die Grundgedanken des völkischen Gemeinrechts“ (Larenz, „Vertrag und Unrecht“ Bd. 2, 1937, S. 139) angesehen werden — zugleich aber als ein Hin ausgehen über den grundsätzlichen Standpunkt, den der 6. ZivSen. in der vorliegenden Entsch. eingenommen hat.

Noch bestimmter ist von Seiten der Wissenschaft die Forderung erhoben worden, arbeitsrechtliche Teilfragen in jedem Falle vom Grundwesen des Arbeitsverhältnisses aus zu betrachten, weil dieses „in seinen Teilaussagen dieselben Charakterzüge trägt wie im Kern seines Wesens“: Derjch: DArbR. 4 (1936), 67 und RS.-SozPol. 3 (1936), 606 (besprochen JW. 1937, 147).

RA. Dr. W. Doppermann, Dresden.

*

36. AG. — § 833 BGB. Handeln auf eigene Gefahr schließt die Gefährdungshaftung stets dann aus, wenn der einzelne die Gefahr nicht aus lebensnotwendigen Gründen auf sich nehmen muß.

Der Bekl. übergab am 9. Juni 1936 morgens seinen Schäferhund dem Hundebad des Tierarztes Dr. K. zum Baden, um ihn am Abend desselben Tages wieder abzuholen. Als der Hund von dem Kl., der als Wärter bei dem Tierarzt angestellt ist, in die Badewanne gesetzt wurde und mit dem Waschen begonnen werden sollte, schlug das Tier mit dem Kopf nach oben und traf den Kl. an den Unterkiefer. Dabei wurde diesem die Zahnbrücke zer-
schlagen.

Der Kl. nimmt den Bekl. als Tierhalter in Anspruch.

Die Klage konnte keinen Erfolg haben. Dem Kl. ist zwar darin beizutreten, daß die Tierhaltereigenschaft des Bekl. i. S. des § 833 Satz 1 BGB. durch die eintägige Überlassung seines Hundes an den Arzt nicht aufgehoben wurde. Eine nur vorübergehende Aufgabe der tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeit — wie sie hier vorlag — reicht dazu anerkanntemassen nicht aus, weil der Bekl. weiter derjenige blieb, in dessen Interesse das Tier gehalten wurde.

Der eingetretene Schaden ist auch ursächlich auf das Verhalten des Tieres, das den Ausdruck einer typischen Tiergefahr darstellt, zurückzuführen und liegt trotz der Eigenartigkeit des Unfallvorganges nicht außerhalb des Rahmens zu erwartender Unfallsfolgen.

Ein vertraglicher Ausschluß der Haftung kommt zwar nicht in Betracht. Es kann dahingestellt bleiben, ob eine entsprechende, wenn auch stillschweigende Vereinbarung in dem von dem Bekl. mit dem Tierarzt abgeschlossenen Vertrag getroffen worden ist, oder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (§ 157 BGB.) festgestellt werden kann. Ein Vertrag zu Lasten Dritter ist dem geltenden Rechte fremd. Diese Vereinbarung würde die Rechte des Kl., der zu dem Bekl. selbst in keinerlei Vertragsbeziehungen steht, daher nur dann beeinflussen können, wenn er — möglicherweise in seinem Anstellungsvertrage — zugunsten der jeweiligen Kunden auf etwaige Ersatzansprüche von vornherein verzichtet hätte. Das kann in Ermangelung irgendwelcher Anhaltspunkte nicht festgestellt werden, und ist auch von dem Bekl. nicht behauptet worden.

Der Anspruch des Kl. ist jedoch deshalb unbegründet, weil er sich in Ausführung seines Berufes selbst der Gefahr ausgesetzt hat und unter diesen Umständen für ihn nicht die Voraussetzungen gegeben sind, die den Gesetzgeber veranlaßt haben, den Grundtat der Gefährdungshaftung für diese Fälle aufzustellen. Der Kl. hat sich bewußt der Tiergefahr ausgesetzt und die Gefahr damit auf sich genommen. Der Grundtat des Handelns auf eigene Gefahr mit der Folge des Haftungsausschlusses ist zwar nicht allgemein rechtens, soweit es sich um die sog. Gefährdungshaftung handelt, ist er ausdrücklich nur im § 8 KraftfG. zum Ausdruck gekommen, wonach derjenige, der sich zur Zeit des Unfalls selbst in dem Fahrzeug befand, die Halterhaft nicht für sich in Anspruch nehmen kann. Für andere Fälle — z. B. die Haftung der Eisenbahn

— ist diese Rechtsfolge im HaftpflichtG. nicht angeordnet. Der Unterschied dieser Bestimmungen, die beide auf dem Gefährdungsprinzip beruhen, ist daraus zu erklären, daß der Gesetzgeber zur Zeit des Inkrafttretens des KraftfG. im Jahre 1909 offenbar die Benutzung eines Kraftfahrzeuges noch nicht als lebensnotwendig anerkannt hatte, wie dies 1870 bei der Eisenbahn bereits der Fall war und deshalb keine Veranlassung hatte, einen besonderen Haftungsschutz zur Verfügung zu stellen. Obwohl dieser Gesichtspunkt mit der fortschreitenden Entwicklung des Kraftfahrzeugverkehrs heute nicht mehr zutrifft, kann aus dem gegenübergestellten Sinn der angeführten Gesetzesbestimmungen jedenfalls soviel entnommen werden, daß sich die Anwendung des Grundsatzes des Handelns auf eigene Gefahr als Haftungsausschluß stets dann rechtfertigt, wenn der Einzelne die Gefahr nicht lebensnotwendig auf sich nehmen muß.

Das kann im vorl. Falle aber nicht angenommen werden, so daß die Tierhalterhaftung hier ausgeschlossen ist.

(AG. Berlin-Richterfelde, Ur. v. 28. Juni 1937, 11 C 709/37.)

*

37. OLG. — § 932 BGB. Der gute Glaube des Erwerbers eines Kraftfahrzeugs wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß der Erwerber es unterläßt, sich den Kraftfahrzeugbrief vorlegen und mit übergeben zu lassen. †)

Die Antragstellerin hatte ihrem Reisenden Z. den Ankauf eines Personenkraftwagens um 1300 RM dadurch ermöglicht, daß sie ihm 300 RM in bar vorschob und die von ihm dem Verkäufer, der sich das Eigentum bis zur Bezahlung vorbehalten hatte, gegebenen Aktepte girierte. Dafür übereignete Z. der Antragstellerin durch Vertrag v. 23. Juli 1936 den Wagen als Sicherheit mit der Verpflichtung zur Übergabe des Kraftfahrzeugbriefes an sie. Der Brief ist der Antragstellerin auch übergeben worden. Am 23. Dez. 1936 trat der Verkäufer seinen Herausgabeanspruch bezüglich des Wagens gegen Z. an die Antragstellerin ab.

Durch Ur. des AG. T. v. 15. Febr. 1937 wurde Z. rechtskräftig zur Herausgabe des Wagens an die Antragstellerin verurteilt. Das Ur. konnte jedoch nicht vollstreckt werden, weil Z. den Wagen inzwischen dem Mechaniker und Autohändler B. zum Verkauf übergeben und B. ihn an den Antragsgegner veräußert hatte.

Die Antragstellerin erwirkte daraufhin eine EinstwVfg. der ZK. des AG. R., durch welche dem Antragsgegner die Herausgabe des Personenkraftwagens an den zuständigen Gerichtsvollzieher zur einstweiligen Verwahrung aufgegeben wurde. Die ZK. sah für glaubhaft gemacht an, daß der Antragsgegner beim Ankauf des Wagens nicht in gutem Glauben gewesen sei und daß die Beförderung des Wagens werde bis zur Durchführung einer Herausgabeklage gegen den Antragsgegner durch Abnützung an Wert verlieren.

Auf Widerspruch hob OLG. die EinstwVfg. auf.

Die Berufung war erfolglos.

Der Antragsgegner macht geltend, daß er den Kraftwagen gutgläubig erworben habe und deshalb Eigentümer geworden sei. Angesichts der Fassung des § 932 Abs. 1 BGB. trifft die Antragstellerin die Beweislast, daß er nicht in gutem Glauben war. Zunächst ist zu prüfen, in welchem Zeitraum der Erwerb des Antragsgegners erfolgt sein würde, wenn der Verkäufer Eigentümer gewesen wäre, denn es genügt, daß der gute Glaube des Antragsgegners zu dieser Zeit bestand, eine spätere Schlechtläubigkeit würde ihm nichts schaden. Die Verkl. vertritt mit Unrecht den Standpunkt, die Übergabe des Kraftwagens von B. an den Antragsgegner habe erst am Abend des Kauftages stattgefunden, nachdem B. die Reparatur am Scheibenwischer ausgeführt hatte. Aus den Aussagen des B. in den Strafakten ergibt sich: B. und der Antragsgegner hatten am Vormittag des 4. Febr. 1937 mit dem Kraftwagen eine Probefahrt zum Hof des letzteren gemacht, nach deren Beendigung sich der Antragsgegner entschloß, den Wagen zu kaufen; er hat ihn auch sofort mit einem Scheck an B. bezahlt. Dieser hatte sich schon während der Fahrt bereit erklärt, eine Reparatur am Scheibenwischer kostenlos auszuführen, in der stillschweigenden Voraussetzung natürlich, daß der Antragsgegner den Wagen erwerbe. Die Einigung über den Eigentumsübergang zwischen B. und dem Antragsgegner ist dadurch erfolgt, daß der letztere den Wagen bezahlte und den Auftrag gab, ihn zu reparieren, und daß B. die Reparatur für den Antragsgegner übernahm. Die Übergabe des Wagens an den Antragsgegner vollzog sich dadurch, daß der Besitzer B. nach Beendigung der Probefahrt den Wagen auf den Hof des Antragsgegners stellte und letzterer den Wagen kaufte und sofort dem B. bezahlte, womit beide zum Ausdruck brachten, daß B. den Alleinbesitz des Wagens endgültig dem Antragsgegner überlassen und dieser ihn endgültig behalten wolle.

Damit war der Vorchrift des § 932 Abs. 1 S. 1 BGB. genügt. Die beiden wollten die Übergabe nicht etwa deshalb durch die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses i. S. des § 930 BGB. ersetzen, weil B. den Wagen wieder mitnahm, um den Scheibenwischer zu reparieren, so daß § 933 BGB. zur Anwendung käme. Denn in dem Zeitpunkt, als B. den Wagen wieder mitnahm, war die Übergabe bereits vollzogen. Für den Willen der Vertragsschließenden bezeichnend ist die glaubhafte Aussage des Antragsgegners, daß der Wagen gleich auf dem Hof geblieben wäre, wenn der Scheibenwischer richtig funktioniert hätte. Dafür, daß der Eigentumsübergang erst nach Vornahme der Reparatur eintreten sollte, liegt kein Anhaltspunkt vor. Die Reparatur am Scheibenwischer war eine ganz nebensächliche, und wenn der Antragsgegner erst mit ihrer Beendigung den Vertrag als erfüllt angesehen hätte, so hätte er nicht vorher bezahlt. B. hat den Scheck des Antragsgegners sofort bei der Landwirtschaftsbank eingelöst, weil er mit diesem Geld den Z. bezahlen wollte und bezahlt hat, nicht weil er Zweifel an der Deckung des Schecks gehabt hätte. Endlich spricht auch der Umstand, daß B. den Zulassungsschein des Kraftwagens erst mit der Ablieferung nach geschener Reparatur dem Antragsgegner übergeben hat, nicht gegen einen früheren Eigentumsübertragungswillen B.s, weil er den Zulassungsschein beim Oberamt gebraucht hat, wo er den Antrag auf Umschreibung des Kraftwagens auf den Namen des Antragsgegners zu stellen versuchte. Es ist daher davon auszugehen, daß die Voraussetzungen für den Eigentumsübergang auf den Antragsgegner bereits am Vormittag des 4. Febr. 1937 erfüllt waren, falls nicht der Antragsgegner zu dieser Zeit schlechtläubig war.

Mit dem OLG. ist eine Glaubhaftmachung des schlechten Glaubens des Antragsgegners nicht für erbracht anzusehen. Grobe Fahrlässigkeit i. S. des § 932 Abs. 2 BGB. liegt dann vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maß verletzt worden und das unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Falle jedem einleuchten mußte (RGZ. 141, 131 = FZ. 1933, 1823³ [m. Anm.]). B. hat nun über den Kraftfahrzeugbrief weder vor noch bei Abschluß des Kaufvertrags etwas zum Antragsgegner gesagt, vielmehr nur erklärt, er werde das Fahrzeug, wie er das auch sonst zu tun pflege, auf den Namen des Antragsgegners umschreiben lassen. Der Antragsgegner brauchte sich deshalb nicht noch besonders nach dem Kraftfahrzeugbrief zu erkundigen, sondern durfte sich ohne grobe Fahrlässigkeit darauf verlassen, daß die Zulassungspapiere einschließlich des Briefes, auf Grund deren B. die Umschreibung besorge, in Ordnung seien. B. selbst war bis zu seinem Besuch auf dem Oberamt der Überzeugung, daß der Kraftfahrzeugbrief auf dem Oberamt liege. Selbst wenn B. beim Verkauf des Wagens zum Antragsgegner gesagt hätte, der Wagen gehöre dem Reisenden Z., so wäre das nicht schlüssig dafür, den Antragsgegner schlechtläubig zu machen, denn dieser hätte daraus bloß zu schließen brauchen, daß B. für den Eigentümer verkaufe. Übrigens ist zur Zeit, wo noch nicht über alle Kraftfahrzeuge ein Brief ausgestellt zu sein braucht, noch nicht der Zustand erreicht, wo im Zweifel jeder Erwerber eines Kraftfahrzeugs grobfahrlässig handelt, denn nicht der Brief mit übergeben wird (RGW. Komm. z. BGB. § 932 A. 6).

(OLG. Stuttgart, 2. Zivilsen., Ur. v. 23. Sept. 1937, 2 U 138/37.)

Anmerkung: Ich stimme der Entsch. im Ergebnis zu. Erst durch Erlaß des RVerfM. v. 7. Okt. 1937 (RVerfM. B 1937, 109) ist angeordnet worden, daß nun auch die vor dem 1. April 1933 erstmalig im Deutschen Reich zugelassenen Kraftträder mit mehr als 200 ccm Hubraum, die vor dem 1. Mai 1934 erstmalig im Deutschen Reich zugelassenen Personenkraftwagen mit Antrieb durch Verbrennungsmaschine bis 1,5 l Hubraum, alle sonstigen Personenkraftwagen mit einer anderen Antriebsart und alle Kleinkraftträder, welche vor dem 1. Okt. 1934 erstmalig im Deutschen Reich zugelassen worden sind, mit Kraftfahrzeugbrief auszustatten sind, und zwar die zuerst genannten Kraftträder von Amts wegen, die anderen Kraftfahrzeuge dagegen nur auf Antrag der Eigentümer. Bisher war also eine beträchtliche Anzahl von Kraftfahrzeugen noch nicht mit Kraftfahrzeugbrief ausgestattet. Welche das waren, war nicht allgemein und deutlich bekannt. Auch nach dem neuen Erlaß bleibt aber eine Anzahl von Kraftfahrzeugen noch frei vom Zwang zur Ausstattung mit Kraftfahrzeugbrief. Auch jetzt fehlt es an einer Abgrenzung, welche leicht erkennbar und einprägnant wäre. Infolgedessen kann immer noch nicht geltend gemacht werden, daß jeder Erwerber eines Kraftfahrzeugs mit dem Vorhandensein eines Kraftfahrzeugbriefes zu rechnen habe.

Von Bedeutung ist indessen, daß die Kraftfahrzeuge ohne der mit Kraftfahrzeugbrief ausgestatteten Kraftfahrzeuge den Vermerk tragen: „Kraftfahrzeugbrief ausgefertigt“ (vgl. den

Schuldurkunde in grundbuchmäßiger Form für nachgewiesenen erachten wollte, kann den Vorinstanzen rechtlich nicht entgegengetreten werden, wenn sie die Endgültigkeit der Abwertung für nicht nachgewiesen erachten. Um die Dollarforderung in Goldmark umzurechnen und damit die Höhe der Eigentümergrundschuld zu bestimmen, wäre festzustellen, nach welchem Stichtage die Umrechnung erfolgen soll. In der Schuldurkunde ist darüber nichts bestimmt. Deshalb läßt sich der Umrechnungskurs mit der für das G.V. erforderlichen Bestimmtheit nicht feststellen. Mag es auch unwahrscheinlich sein, daß der Dollar jemals wieder auf seinen früheren Kurs von rund 4,20 RM steigen wird, so sind doch Schwankungen keineswegs ausgeschlossen. Die Unrichtigkeit des Grundbuchs ist deshalb nicht nachgewiesen und die weitere Beschw. ist demgemäß zurückzuweisen.

(RG., 1. BzSen., Beschl. v. 7. Okt. 1937, 1 Wx 467/37.) [S.]

39. RG. — § 1579 BGB. Die Beschränkung der Unterhaltspflicht tritt auch dann ein, wenn die neue Ehe mit der früheren Ehebrecherin eingegangen wird.

Da der Antragsteller bei einem gleichbleibenden Nettoeinkommen von 172,16 RM monatlich nach Erlass des Urteils des AG. Potsdam unstreitig eine neue Ehe eingegangen ist, so beschränkt sich gemäß § 1579 BGB. seine Unterhaltspflichtung der Antragsgegnerin gegenüber auf dasjenige, was mit Rücksicht auf die Bedürfnisse sowie auf die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Beteiligten der Billigkeit entspricht. Der Ansicht der Antragsgegnerin, daß diese Beschränkung der Unterhaltspflicht deshalb im vorl. Falle nicht eintreten könne, weil die jetzige Ehefrau des Antragstellers unstreitig die frühere Ehebrecherin war, kann nicht beigetreten werden (RG. RR. Komm. § 1579, 7 RG.: DLG. 33, 335). Das Gesetz hat diese Rechtsfolge nicht angeordnet. In § 1579 BGB. ist bei dem neuen Ehegatten, um deswillen die Beschränkung der Unterhaltspflicht dem alten Ehegatten gegenüber angeordnet ist, nicht danach unterschieden, ob dieser an der Auflösung der früheren Ehe Schuld trägt oder nicht. Bei dem nach § 1312 BGB. bestehenden Eheverbot konnte der Antragsgegner seine jetzige Ehefrau nur heiraten, nachdem ihm eine entsprechende Befreiung gewährt worden war. Wenn der Staat durch die dafür zuständigen Behörden diese ganz in sein Ermessen gestellte Befreiung bewilligt, so muß davon ausgegangen werden, daß er gegen die Verbindung der Ehebrecherin mit dem geschiedenen Ehemann Einwendungen nicht mehr erheben will. Die neue Verbindung darf sodann aber auch in vermögensrechtlicher Hinsicht nicht mit dem Matel des Ehebruchs der Vergangenheit behaftet bleiben, da dies die neue Ehe als eine solche minderen Rechts erscheinen lassen würde.

(AG. Berlin-Lichterfelde, Beschl. v. 5. Aug. 1937, 11 H 181/37.)

Straßenverkehrsrecht

40. OLG. — § 7 KraftfG.; § 823 BGB. Haftung der Ehefrau für Verschulden ihres Mannes, der den ihr gehörenden Kraftwagen fährt. †)

Der Kl. versah am 27. Sept. 1935 auf dem S.-Platz als Schutzpolizeibeamter den Dienst eines Verkehrspostens. Hierbei wurde er von dem Ehemann der Bekl. mit dem dieser gehörigen Kraftwagen angefahren und erheblich verletzt. Durch rechtskräftiges Urteil des SchöffG. wurde der Ehemann der Bekl. wegen fahrlässiger Körperverletzung zu einer Geldstrafe von 250 RM, hilfsweise zu 25 Tagen Gefängnis verurteilt. Ferner wurde er durch rechtskräftiges Versäumnisurteil des OLG. v. 9. April 1936 verurteilt, an den Kl. 1600 RM zu zahlen. Zugleich wurde in diesem Urteil festgestellt, daß der Ehemann der jetzigen Bekl. verpflichtet sei, dem Kl. allen weiteren Schaden zu ersetzen, der diesem aus dem Unfall noch entstehe.

Der Kl. hat behauptet, der Ehemann der Bekl. sei wegen mehrfacher Verstöße gegen die Verkehrsvorschriften einschlägig vorbestraft. Auch sei ihm der Führerschein im Jahre 1930 für ein halbes Jahr sowie nach dem Unfall v. 27. Sept. 1935 erneut entzogen worden. Trotz Kenntnis dieser Tatsachen habe die Bekl. ihrem Ehemann den Kraftwagen zur Verfügung gestellt. Hierdurch habe die Bekl. die ihr obliegenden Sorgfaltspflichten verletzt. Sie hafte dem Kl. daher nach den Vorschriften über unerlaubte Handlung. Daneben sei sie als Halterin des Kraftwagens zum Ersatz des ihm entstandenen Schadens verpflichtet. Des weiteren hat er behauptet, wegen der Schwere der Verletzungen sei ein Schmerzensgeld von 1500 RM angemessen. Für Fahrten zum Arzt, Heilbäder, Ermittlungskosten usw. seien ihm Unkosten im Betrage von 230 RM erwachsen. Auch bestehe die Möglichkeit, daß er infolge der Verletzungen vorzeitig in den

Ruhestand versetzt werde. Der Kl. hat beantragt, die Bekl. zu verurteilen, an ihn 1730 RM zu zahlen sowie festzustellen, daß die Bekl. verpflichtet sei, ihm allen weiteren Schaden aus dem Unfall v. 27. Sept. 1935 zu ersetzen.

OLG. hat die Bekl. verurteilt, an den Kl. 1150 RM zu zahlen, und festgestellt, daß die Bekl. verpflichtet sei, dem Kl. allen weiteren Schaden aus dem von ihrem Ehemann verschuldeten Unfall v. 29. Sept. 1935 zu ersetzen. Zur Begründung hat das OLG. ausgeführt, die Bekl. hafte als Halterin des Kraftwagens, weil dieser ihr gehöre, sie an dem Wäschereibetrieb, für den der Wagen laufe, mitarbeite und aus diesem ihren Unterhalt beziehe, außerdem das Grundstück, auf dem die Wäscherei betrieben werde, ihr gehöre. Außerdem hafte sie nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen, weil sie ihrer Pflicht, sich über die Zuverlässigkeit ihres Ehemannes bei der Führung des Wagens zu überzeugen, nicht nachgekommen sei. Als Schmerzensgeld hat das OLG. 1000 RM als angemessen betrachtet; ferner hat es die notwendigen Auslagen des Kl. auf 150 RM geschätzt.

Die Berufung ist zum Teil begründet.

Der Erfolg war der Berufung insoweit zu verjagen, als die Verurteilung der Bekl. im ersten Rechtszuge auf dem KraftfG. beruht. Die gegen die Haltereigenschaft der Bekl. gerichteten Angriffe sind nicht gerechtfertigt. Dem angef. Urteil liegt die mit den Urteilen des RG. übereinstimmende ständige Mspr. des erf. Sen. zugrunde, daß Halter eines Kraftfahrzeuges derjenige ist, der das Fahrzeug für eigene Rechnung im Gebrauch hat und eine solche Verfügungsgewalt darüber besitzt, die ein derartiger Gebrauch voraussetzt. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist aus dem Zusammenhang der gesamten wirtschaftlichen Beziehungen der Beteiligten zu beantworten (vgl. RG. 141, 400 ff.). Hierbei ist zu berücksichtigen, daß die Bekl. Eigentümerin des von dem Ehemann benutzten Kraftwagens ist, daß sie in der von ihrem Ehemann betriebenen Wäscherei, für die der Kraftwagen gebraucht wird — soweit es in ihren Kräften steht —, mitarbeitet und außerdem Eigentümerin des Grundstücks ist, auf dem die Wäscherei betrieben wird. Die durch diese Umstände geschaffene wirtschaftliche Beziehung der Bekl. zu dem Kraftwagen ist eine so enge, daß sich aus ihr die Haltereigenschaft der Bekl. ergibt. Diese Beziehung erschöpft sich insbes. nicht in der bloßen Eigentümerstellung der Bekl., sondern besteht darüber hinaus in ihrem wirtschaftlichen Interesse an dem Betriebe der Wäscherei und des hierbei benutzten Kraftwagens. Zudem sie an den Nutzungen der Wäscherei beteiligt ist, nimmt sie auch an denen des Kraftwagens teil. Daß diese Nutzungen, güterrechtlich betrachtet, allein vom Ehemann gezogen werden, der Bekl. hingegen als Unterhaltsleistung des Ehemannes zugute kommen, steht der wirtschaftlichen Beziehung der Bekl. zu dem Kraftwagen nicht entgegen. Die von der Mspr. geforderte Voraussetzung, daß der Halter die Sache für eigene Rechnung im Gebrauch hat, erfordert keineswegs, daß die Nutzung eine unmittelbare, Dritte anschließende Wirkung hat. Vielmehr können nach der Mspr. des RG. (RGZ. 120, 154 ff. = JW. 1928, 1721²) mehrere Personen zusammen Halter sein, selbst wenn die Bedingungen bei ihnen verschiedene sind und der eine die Sache durch unmittelbaren Gebrauch, der andere sie durch ein vermittelndes Rechtsverhältnis nutzt.

Nur dann ist die Haltergemeinschaft trotzdem zu verneinen, wenn dem mittelbaren Benutzer die Verfügungsgewalt fehlt, um seine wirtschaftlichen Belange an der Sache zu wahren. Dies trifft aber im vorl. Falle nicht zu. Denn wenn auch der Ehemann gem. §§ 1373, 1383 BGB. berechtigt ist, das eingebrachte Gut in Besitz zu nehmen, zu verwalten und zu nutzen, so ist seine Verfügungsgewalt doch keine unbeschränkte. Vielmehr haben seine Entscheidungen dort ihre Grenzen, wo sie sich als Mißbrauch seiner Verwaltung und Ausnutzung erweisen. In einem solchen Falle wäre die Bekl. notfalls berechtigt, gem. §§ 1391, 1418 Abs. 1 Ziff. 1 auf Aufhebung der Verwaltung und Rücksetzung zu klagen. Daraus folgt, daß die Bekl. den Kraftwagen neben ihrem Ehemann auch in Gebrauch hat und die erforderliche Verfügungsgewalt innehat. Sie hafte somit als Mithalterin des Kraftwagens gem. § 7 KraftfG. neben ihrem Ehemann.

Singegen war die Haftung der Bekl. nach den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen zu verneinen. Eine Haftung der Bekl. gem. § 823 BGB. greift nur dann Platz, wenn diese verpflichtet war, die Benutzung des Kraftwagens seitens des Ehemannes zu überwachen und bei mangelnder Zuverlässigkeit zu verhindern. Eine solche Verpflichtung entfällt nicht deshalb, weil der Ehemann berechtigt war, den Kraftwagen kraft seines gesetzlichen Verwaltungs- und Nutznießungsrechtes gem. §§ 1373 und 1384 BGB. in Besitz zu nehmen und zu nutzen. Denn die

Bekl. war dessen unbefähigt in der Lage, gem. § 1374 Satz 2 BGB. im Rahmen ihres Rechtes Auskunft zu verlangen, eine gewisse Prüfung auszuüben und notfalls einen Mißbrauch des Ehemannes gem. §§ 1301, 1418 BGB. zu verhindern. Sie hatte als Eigentümerin und Mitinhaberin des Kraftwagens auch die Pflicht, ihren Mann — wenn auch nur im Rahmen der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gezogenen Grenzen — auf die zuverlässige Führung ihres Kraftwagens hin zu beobachten. Inwiefern liegen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vor, aus denen eine Pflichtverletzung der Bekl. gefolgert werden könnte. Denn die vor dem Unfall v. 27. Sept. 1935 liegenden Vorgänge sind nicht so schwerwiegender Art, daß die Bekl. daraus die Unzuverlässigkeit ihres Ehemannes für die Führung eines Kraftwagens hätte folgern und diesem die Benutzung desselben hätte verbieten müssen. Wenn auch der Ehemann in den Jahren 1929 und 1930 wegen zweier Verstöße gegen die Straßenverkehrsvorschriften bestraft worden ist, so handelt es sich doch nur um verhältnismäßig geringfügige Geldstrafen von 20 und 30 *RM.*, die einen schwerwiegenden Verstoß gegen die Verkehrsordnung nicht erkennen lassen. Auch liegen diese Bestrafungen zeitlich schon so weit zurück, daß allein aus ihnen auf eine noch im Jahre 1935 vorhandene Unzuverlässigkeit des Ehemannes nicht geschlossen werden konnte. Der Entziehung des Führerscheins im Jahre 1930 kann aber keine Bedeutung beigemessen werden, weil die Polizei den Führerschein bereits nach einem halben Jahre wieder zurückgegeben hat. Denn daraus erhellt gerade, daß selbst die Polizei, die den Führerschein gem. § 4 KraftfG. bei mangelnder Eignung hätte entziehen können, den Ehemann der Bekl. trotz seiner vorausgegangen Verfehlungen in den Jahren 1929 und 1930 noch für hinreichend zuverlässig gehalten hat. Das durch den Unfall v. 27. Sept. 1935 in Erscheinung getretene Anzeichen für die Unzuverlässigkeit des Ehemannes kann aber für die Frage, ob die Bekl. diesem die Benutzung des Kraftwagens schon vorher hätte verbieten müssen, ebensowenig verwandt werden, wie die sich daran anschließende Bestrafung und erneute Entziehung des Führerscheins. Die Bekl. durfte vielmehr im Hinblick auf die Tatsache, daß ihr Ehemann sich von 1930—1935, also fünf Jahre lang keinerlei Strafen zuzog, den Schluß ziehen, ihr Mann beobachte bei der Führung des Kraftfahrzeuges die im Verkehr erforderliche Sorgfalt.

Wenn sogar die Polizei dem Ehemann mit der Rückgabe des Führerscheins im Jahre 1930 das Vertrauen schenkte, er werde bei der Führung von Kraftfahrzeugen die erforderliche Sorgfalt aufwenden, so kann der Bekl. als Ehefrau nicht zugemutet werden, daß sie den gegenteiligen Standpunkt vertrat und ihren Ehemann zur Führung ihres Wagens trotzdem für ungeeignet erklärte. Es geht nicht an, von der Bekl. zu verlangen, daß sie ihren Ehemann auf Grund desselben Sachverhaltes für weniger zuverlässig hielt, als es die Polizei tat, und ihm verbot, was die Polizei mit Rückgabe des Führerscheins erlaubte. Eine Pflichtverletzung der Bekl. ist daher ohne Rücksicht darauf, ob sie von sämtlichen Vorstrafen ihres Mannes Kenntnis hatte, nicht ersichtlich.

Damit entfällt aber eine Haftung der Bekl. nach § 823 BGB. Eine Haftung gem. § 831 BGB. kommt nicht in Betracht, weil die Bekl. ihren Ehemann zu einer Verrichtung nicht bestellt hat, dessen Stellung vielmehr unmittelbar auf seinem Verwaltungs- und Nutznießungsrecht beruht. Damit entfällt aber eine Haftung aus den Vorschriften wegen unerlaubter Handlung überhaupt.

Dennach war der Berufung der Bekl. insoweit stattzugeben, als die Verurteilung auf §§ 823 ff. BGB. beruht. Das Urteil war daher abzuändern, soweit es dem Kl. gem. § 947 BGB. ein Schmerzensgeld in Höhe von 1000 *RM.* zubilligt hat. Ferner war festzustellen, daß die Bekl. nur nach Maßgabe des KraftfG. verpflichtet ist, den weiteren Schaden des Kl. zu ersetzen, da bei der Schwere der Verletzungen des Kl. mit der Möglichkeit künftiger Schadensfolgen zu rechnen ist. Auch war die Bekl. nur als Gesamtschuldnerin mit ihrem Ehemann zu verurteilen.

Im übrigen ist das Urteil des LG. zu Recht ergangen. Die vom Gericht des ersten Rechtszuges gem. § 287 ZPO. vorgenommene Schätzung der bisher entstandenen Unkosten für Fahrten zum Arzt, Heißbäder und bare Auslagen in Höhe von 150 *RM.* bietet zu Beanstandungen keinen Anlaß.

(OLG. Düsseldorf, 1. Zivilsen., Urte. v. 18. Okt. 1937, 1 U 95/37.)

Anmerkung: Das Urteil gibt zu Bedenken Anlaß.

Die Eheleute, die Bekl. und ihr Mann, haben sich folgendermaßen eingerichtet. Die Frau ist Eigentümerin des Kraftwagens, sie ist Eigentümerin des Wäschereigrundstücks, und sie

arbeitet in der Wäscherei mit; die Wäscherei geht auf den Namen des Mannes, er betreibt sie auf dem Grundstück seiner Frau und benutzt für diesen Betrieb den Kraftwagen seiner Frau. — Nun verursacht er mit dem Kraftwagen innerhalb seines Geschäftsbetriebs einen Unfall und läßt sich in einem zunächst gegen ihn angezeigten Rechtsstreit im Verschämungswege verurteilen. In dem vorl. gegen seine Frau gerichteten Rechtsstreit befreitet diese ihre Haltereigenschaft; dem Geschädigten würde demnach nur der Mann haften, von dem offenbar nichts zu holen ist.

I. Haltereigenschaft. Ist streitig, welche von mehreren in Betracht kommenden Personen als Halter eines Kraftfahrzeugs anzusehen ist, so muß der „Zusammenhang der gesamten wirtschaftlichen Beziehungen der Beteiligten beachtet“ werden (RGZ. 141, 402 = JW. 1933, 2382). Zwar hat die Verwaltung und Nutznießung an dem Kraftwagen der Mann Kraft Egeüterrechts, aber neben dieser wirtschaftlichen Beziehung des Mannes zu dem Kraftwagen steht ein eigenes wirtschaftliches Interesse der Frau am Betrieb des Fahrzeugs. Sie hat den Kraftwagen angeschafft, und zwar für die Zwecke der Wäscherei. Ihr eigenes wirtschaftliches Interesse am Betrieb des Fahrzeugs ergibt sich einmal daraus, daß die Wäscherei auf dem ihr, der Bekl., gehörigen Wäschereigrundstück betrieben wird, und zwar von ihrem Mann, von dem sie ihren Unterhalt — ganz oder überwiegend aus den Einkünften des Wäschereibetriebes und damit auch aus der Verwendung des Kraftwagens — bezieht; ferner daraus, daß sie selbst in der Wäscherei tätig ist. Es hat also der Mann das Fahrzeug im Betrieb für Rechnung seiner Wäscherei, und es hat die Bekl. die dargelegten eigenen wirtschaftlichen Interessen am Betrieb des Kraftwagens. Daß mehrere Personen Halter des gleichen Fahrzeugs sein können, und zwar auch dann, wenn die Bedingungen bei ihnen verschieden liegen, ist in der Rpr. anerkannt. Es erübrigt sich hiernach, noch darauf hinzuweisen, daß die Bekl. die Eigentümerin des Kraftwagens ist und dies, wenn es auch für die Haltereigenschaft in keiner Weise entscheidend ist, so doch im Zusammenhang mit anderen Umständen für die Beurteilung der Halterfrage Bedeutung hat. Es liegen also auch bei der Bekl. — bei ihrem Mann kann das überhaupt nicht zweifelhaft sein — von den Begriffsmerkmalen der Haltereigenschaft zunächst einmal das „für eigene Rechnung in Gebrauch haben“ vor.

Es ist daher zu fragen, ob auch das weitere Merkmal der „Verfügungsgewalt“ bei der Bekl. gegeben ist. Für den Begriff des „für eigene Rechnung in Gebrauch habens“ genügt es nach feststehender Rpr., daß der Gebrauch des Fahrzeugs mit zu Lasten des als Halter in Anspruch Genommenen geht; es ist nicht erforderlich, daß er die Lasten allein trägt; ja, die Haltereigenschaft kann selbst dann gegeben sein, wenn der erhebliche Teil der Ausgaben für den Betrieb von einem anderen bestritten wird (RGZ. 91, 269). Für das Begriffsmerkmal der „Verfügungsgewalt“ wird man ebenso davon auszugehen haben, daß eine Teilung dieser Gewalt zwischen mehreren Personen die Haltereigenschaft einer beteiligten nicht ausschließt. Hier liegt es nun so, daß die unmittelbarste und umfassendste Verfügungsgewalt der Mann als Leiter des Wäschereibetriebs hat. Die Bekl. ist in der Wäscherei mit tätig; ob ihr diese Tätigkeit auch einen Einfluß auf den Betrieb des Kraftwagens gibt, ist dem Urteil nicht zu entnehmen. Aber, so führen die Entscheidungsgründe aus, der Bekl. stehen in ihrer Eigenschaft als Frau des Betriebsleiters Rechte bezüglich des Kraftwagens insoweit zu, wie dieser Wagen auf Grund ehemännlichen Verwaltungs- und Nutznießungsrechts vom Mann gebraucht wird. Das Urteil setzt also die bei Mißbrauch des ehemännlichen Verwaltungs- und Nutznießungsrechts der Frau unter Umständen zustehenden Rechtsbehelfe — Anspruch auf Sicherheitsleistung (§ 1391 BGB.), Klage auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung (§ 1418 BGB.) — der für die Bejahung der Haltereigenschaft ausschlaggebenden Verfügungsgewalt gleich. Das erscheint nicht hinreichend gerechtfertigt. Die der Frau wegen der Art der Ausübung des ehemännlichen Rechts gegebenen Rechtsbehelfe mögen auf diese Ausübung eine Einwirkung vielleicht in der Richtung haben, daß der Mann sich vor einem Mißbrauch scheut; sie geben aber der Bekl. keine Möglichkeit unmittelbarer Einwirkung auf die Art der Benutzung des Fahrzeugs. Deshalb wäre hier wohl die Prüfung der Frage am Platze gewesen, welcher Art die Betätigung der Bekl. in der Wäscherei war und ob diese Art der Betätigung ihr einen solchen Einfluß auf die Verwendung des Kraftwagens einräumte, der einer Verfügungsgewalt über das Fahrzeug gleichzusetzen gewesen wäre. Auch auf diesem Wege wäre es dann wohl möglich gewesen, zu dem durchaus der

Sachlage angemessenen Ergebnis einer Befahrung der Haltereigenschaft der Best. zu kommen.

II. Unerlaubte Handlung. Das Urteil verneint die Haftung der Best. aus unerlaubter Handlung nach § 823 BGB. Es bejaht zwar die Überwachungsspflicht der Best. gegenüber ihrem Mann als Führer des Fahrzeugs aus § 823; eine solche Pflicht werde durch das ehemännliche Verwaltungs- und Nutznießungsrecht nicht ausgeschlossen. Eine Verletzung dieser Überwachungsspflicht wird aber verneint.

Abgelehnt wird auch eine Haftung aus § 831 BGB., da die Best. den Mann nicht zu einer Verrichtung bestellt, er vielmehr bei der Benutzung des Kraftwagens lediglich sein ehemännliches Verwaltungs- und Nutznießungsrecht ausübt habe.

Auch hier bestehen Bedenken.

1. § 831 BGB. Richtig ist zwar, daß eine allgemeine Überwachungsspflicht für den Geschäftsherrn in der Regel nur aus § 823 BGB. hergeleitet werden kann, nicht aus § 831. Aber nach ständiger Rspr. besteht eine Ausnahme: Eine Pflicht zur allgemeinen Beaufsichtigung der Angestellten ist aus § 831 da herzuleiten, wo die besondere Gefährlichkeit der übertragenen Verrichtungen im allgemeinen öffentlichen Interesse eine ständige Überwachung fordert, und das ist beim Kraftfahrzeugführer der Fall (RGZ. 120, 161 = JWB. 1928, 1721²). Demnach hat sich der Halter insoweit aus § 831 zu entlasten. Verneint man im vorl. Falle die Voraussetzungen für die Anwendung des § 831 BGB. insofern, als die Best. ihren Mann nicht zur Verrichtung des Kraftfahrzeugführers bestellt hat, so kommt allerdings dann in Frage, ob etwa im vorl. Falle nach § 823 BGB. eine allgemeine Überwachungsspflicht bestand.

Die grundsätzliche Ablehnung einer Haftung aus § 831 erscheint nicht bedenkenfrei. Allerdings macht der Mann den seiner Frau gehörigen Kraftwagen kraft seines ehemännlichen Verwaltungs- und Nutznießungsrechts für seinen Wäschereibetrieb nutzbar; aber er führt ihn auch nun ferner selbst; jenes Nutzbarmachen beruht auf der Ausübung ehemännlichen Rechts; die Führertätigkeit hat damit unmittelbar wohl nichts zu tun; auch hier wäre wichtig die Klärung der Frage gewesen, welcher Art die Beschäftigung der Frau im Wäschereibetrieb war. Wenn der Mann den Kraftwagen fährt, also doch wohl einen wesentlichen Teil der Betriebszeit in weniger wichtiger Tätigkeit abwesend war, so liegt die Vermutung nahe, daß die Tätigkeit seiner Frau nicht bloß untergeordneter Art war. Daraus hätte man wohl Schlüsse auf die Frage ziehen können, ob nicht ein einer „Bestellung“ des Mannes zum Wagenführer gleich zu erachtendes Verhalten der Frau vorlag.

2. § 823 BGB. Es bleibt zu prüfen, ob — neben etwaiger Heranziehung des § 831 BGB. — aus § 823 der Best. eine Überwachungsspflicht oblag.

Der Mann nutzt, wie das Urteil ausführt, den Wagen kraft ehemännlichen Rechts; diesem Recht steht der Anspruch der Frau auf Auskunft nach § 1374 Satz 2 BGB. über den Stand der Verwaltung des Eingebachten zu. Aus diesem Recht der Best. folgt doch höchstens, daß sie Auskunft fordern kann über die Verwendung des Wagens im Rahmen des Betriebs, nicht aber über die Art der Führung des Wagens, über die Führertätigkeit.

Weiter weist das Urteil auf die sonstigen der Best. zustehenden Rechte aus der ehemännlichen Verwaltung hin. Nimmt man selbst an, fahrlässiges Verhalten des Mannes bei der Führung des Kraftwagens der Frau gäbe dieser die Rechte aus § 1391 BGB. — weil nämlich solche Fahrlässigkeit die Besorgung rechtfertige, er werde durch seine Fahrlässigkeit das Kraftfahrzeug beschädigen oder gar vernichten, also das eingebrachte Gut der Frau erheblich gefährden —, so folgt daraus nichts für die Frage, ob von vornherein der Frau eine Überwachungsspflicht gegenüber ihrem Mann bei dessen Tätigkeit als Kraftfahrzeugführer obliegt. Daß der Frau bei Besorgung einer Verletzung ihrer Rechte durch den Mann besondere Befugnisse erwachsen, ergibt doch wohl keine Pflicht der Frau Dritten gegenüber, den Mann zu überwachen, um Vorsorge dagegen zu treffen, daß er bei der Verwaltung des eingebrachten Guts Dritte schädigt. Die Frage ist so zu stellen: Fällt die nach der Rspr. des RG. den Halter treffende Pflicht zur Überwachung seines Fahrzeugführers fort im Verhältnis zwischen der den Kraftwagen haltenden Ehefrau zu ihrem ihn führenden Mann? M. a. W.: Wird eine Frau ihrer Überwachungsspflicht dadurch enthoben, daß es gerade ihr eigener Mann ist, der ihren Kraftwagen führt? Diese Frage hat nichts mit der anderen zu tun, welche Pflichten der Frau von dem Augenblick an obliegen, in dem sie Kenntnis von fahrlässigem Verhalten ihres Mannes erhält. Die Fähigkeit des Mannes zum Führen des Kraftwagens wird durch seinen Führerschein nachgewiesen.

Darauf kann sich die Frau zunächst verlassen. Die zur ordnungsmäßigen Führung eines Kraftfahrzeugs erforderlichen charakteristischen Eigenschaften wird die Frau aus dem sittlichen Wesen der Ehe und bei dem persönlichen Verhältnis der Ehegatten zueinander als vorhanden unterstellen dürfen, bis ihr etwa Zweifel kommen müssen. Die Überwachungsspflicht aus § 823 BGB. ist somit im Urteil m. E. nicht mit ausreichender Begründung bejaht worden.

MinR. Geh. RegR. Dr. Müller, Berlin.

*

41. DRG. — § 24 RStraßVerfO.; § 823 BGB. Zur Frage, ob ein Reiter sein Handpferd i. S. Ausf. zu § 24 RStraßVerfO. „führt“ und deshalb die Pferde beleuchten muß. Auch ein Alderpferd kann ein Reitpferd i. S. der Ausf. sein. Entschuldbarer Irrtum schließt Haftung aus. †)

Der Sohn des Kl. brachte zwei Alderpferde seines Vaters von der Schmiede nach Hause. Hierbei saß er auf dem linken Pferd und führte das andere. Es war dunkel, die Pferde waren unbeleuchtet. Der Best. fuhr, aus der entgegengesetzten Richtung kommend, das linke Pferd mit seinem Kraftwagen an und verlor es.

Die Ansicht des BG., daß den Best. ein Verschulden an dem Unfall treffe und daß er für den Schaden des Kl. hafte, ist zu teilen.

Der Best. behauptet, der Kl. sei mit Schuld an dem Unfall. Er sieht das Mitverschulden darin, daß die Pferde nicht beleuchtet gewesen seien. Ob aber eine Pflicht zu beleuchten bestand, ist zweifelhaft. Falls sie bestehen sollte, ist der Kl. allerdings persönlich verantwortlich. Denn er ging etwa 20 Schritte hinter den Pferden her und sah, daß sie kein Licht hatten.

Was die Beleuchtungspflicht angeht, so meint das BG., der Sohn des Kl. als Reiter habe keine Lampe mitzuführen brauchen; denn ein Reiter, der ein Handpferd habe, führe nicht die Pferde im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen und sei deshalb von der sonst vorgeschriebenen Beleuchtungspflicht frei. Gegen die Richtigkeit dieser Ansicht erheben sich indes schwere Bedenken.

Die Ausf. zu § 24 RStraßVerfO. regelt das Treiben und Führen von Vieh und Pferden und bestimmt in Abs. 1, daß ein Reiter nicht mehr als zwei Handpferde mitführen dürfe. Während der Dunkelheit müssen nach Abs. 2 beim Führen von Pferden je eine hellbrennende Lampe am Anfang und am Schluß mitgeführt werden, jedoch genügt beim Führen von vier gekoppelten Pferden eine Lampe. Ein Reiter, der lediglich sein Pferd reitet, braucht hiernach keine Beleuchtung. Nicht so klar ist das jedoch, wenn er ein oder zwei Handpferde bei sich hat. Der Kl. hält im Anschluß an das Erläuterungsbuch von Müller, Ann. 3 zu § 24 RStraßVerfO. auch in diesem Falle eine Beleuchtung nicht für nötig.

Dieser Ansicht Müllers ohne weiteres zu folgen, ist bedenklich. Sie läßt sich auch nicht schlechtlich mit dem Wortlaut und dem Zusammenhang der gesetzlichen Bestimmungen vereinbaren. Nach der Überschrift und dem ganzen Inhalt wollen die Vorschriften u. a. das Führen von Pferden regeln. Sie erwähnen dabei die verschiedenen Arten des Führens: Mehrere Pferde dürfen nur gekoppelt geführt werden, für je vier Pferde ist ein Begleiter zu stellen, ein Reiter darf nicht mehr als zwei Handpferde mitführen. Wenn dann in Abs. 2 ein Führen der Pferde bei Dunkelheit näher geordnet wird, so ist nicht ohne weiteres anzunehmen, das Führen von Handpferden durch einen Reiter sei nun auf einmal ausgenommen. Denn sowohl nach dem Wortlaut der Bestimmungen wie auch tatsächlich „führt“ der Reiter die Handpferde, nur daß er es von seinem Reissitz aus tut. Dabei kann ein Reiter mit einem oder zwei Handpferden ohne Beleuchtung ebenfalls eine erhebliche Gefahr für die Verkehrssicherheit bilden. Allerdings wird es nicht ganz leicht sein, die von dem Gesetz verlangte hellbrennende Lampe vorne an dem Pferd anzubringen. Die gesetzlichen Bestimmungen sprechen sich nicht darüber aus, wie es geschehen soll. Ohne eine besondere Vorrichtung wird es kaum möglich sein. Denn der Reiter selbst ist nicht in der Lage, die Lampe zu tragen, weil er beide Hände zum Lenken oder Führen der Pferde nötig hat. Daß eine diese Frage regelnde Ausf. nicht mitgeführt werden kann, könnte vielleicht zu der Auffassung führen, daß ein Reiter, der Handpferde führt, eine Lampe nicht mitzuführen braucht.

Alle diese Erwägungen zeigen, daß die gesetzlichen Bestimmungen darüber, ob der Reiter mit Handpferden eine leuchtende Lampe bei Dunkelheit haben muß, jedenfalls erheblichen Zweifeln Raum lassen. Ob für einen Reiter mit Handpferden eine Beleuchtungspflicht besteht und ob sie hier erforderlich war, braucht indes nicht entschieden zu werden. Denn der Kl. und

sein Sohn befanden sich bei dieser ungeklärten Rechtslage in einem entschuldigen Fehler, der ihr Verschulden ausschließt. Sie konnten auch der Ansicht sein, weil die Vorschriften nichts darüber bestimmen, wie die Beleuchtung beim Führen von Handpferden durch einen Reiter anzubringen sei, die Beleuchtung sei bei der Schwierigkeit der Ausführung überhaupt nicht erforderlich. Ihr Fehler ist nicht durch Fahrlässigkeit herbeigeführt worden, sondern er ist in der Unklarheit der gesetzlichen Vorschriften begründet. Gerichtliche Entscheidungen oder amtliche Anweisungen haben die Fragen noch nicht geklärt. Ein solcher Fehler, sei er rechtlicher oder tatsächlicher Art, schließt aber eine Fahrlässigkeit aus, wie in der Rspr. anerkannt ist (RGZ. 73, 337 = JW. 1910, 705; RGZ. 119, 265; RMW. Komm. § 823 Ann. 3, 16).

Ein Unterschied zwischen einem ausgesprochenen Reitpferd und einem anderen Pferd (Ackerpferd), das geritten wird, zu machen, ist nicht gerechtfertigt. Maßgeblich ist, ob der das Pferd Benutzende es wie ein Reiter in der Gewalt hat.

Unserhieblich ist auch, ob der Sohn des Kl. das Pferd im Reitstil benutzte oder mit beiden Weinen nach einer Seite auf dem Pferd gesessen hat. Es kann zwar objektiv recht zweifelhaft erscheinen, ob die Benutzung eines Pferdes in letzterer Art als ein „Reiten“ angesehen werden kann. Aber der Fehler des Sohnes des Kl. und des Kl. selbst über die Beleuchtungspflicht würde bei der großen Unklarheit der Bestimmungen auch in diesem Falle entschuldigbar sein.

(OLG. Köln, 9. Zivilsen., Ur. v. 11. Aug. 1937, 9 U 134/37.)

Anmerkung: Ich stimme dem Ur. zu, soweit es die Beleuchtungspflicht betrifft.

1. Auch ein Ackerpferd ist ein Reittier, wenn es geritten wird, d. h. wenn ein Mensch, auf ihm sitzend, es als Beförderungsmittel benutzt und lenkt.

2. Das „Führen“ von Tieren (Pferden usw.) kann zu Fuß oder von einem anderen Tier aus oder auch von einem Fahrzeug aus erfolgen. Nur wer selbst auf dem Tier sitzt und es lenkt, führt es nicht, sondern reitet es. Wenn im vorliegenden Fall das LG. meint, ein Handpferd werde vom Reiter nicht geführt, so scheint mir das überflüssig zu sein und mit der natürlichen Wort- und Verkehrsauffassung nicht im Einklang zu stehen.

3. Müllers Ansicht („Straßenverkehrsrecht“, 11. Aufl., S. 597 Anm. 3) halte ich mit dem OLG. Köln für unrichtig. Seine Begründung überzeugt nicht. Abs. 1 der Ausf. Anw. zum § 24 Abs. 1 RStV. hat mit der Beleuchtungspflicht nichts zu tun. Sie ist in Abs. 2 dieser Ausf. Anw. geordnet. Dort ist für (jedem! — ohne Ausnahme —) Führen von Pferden Beleuchtung vorgeschrieben. Auch wenn das Führen durch einen Reiter erfolgt, läßt sich keine Ausnahme rechtfertigen. Überblickt man die Gesamtheit der Beleuchtungsvorschriften der RStV., so kann man sagen, daß eine Beleuchtung immer dann für nötig gehalten wird, wenn sich auf der Straße Verkehrsteilnehmer bewegen, die nicht, wie einzelne Fußgänger oder Reiter, den Hauptteil der dunklen Fahrbahn dem anderen Verkehr freigeben können, indem sie sich scharf rechts halten. Wer in der Dunkelheit auf der Fahrbahn dahertreibt, soll nicht mit unbeleuchteten Verkehrsteilnehmern zu rechnen brauchen. Nur wenn der einzelne unbeleuchtete Fußgänger oder Reiter sich scharf an der Seite der Straße hält, ist die Verkehrssicherheit gewährleistet. Mit Recht weist das Ur. darauf hin, daß ein Reiter mit einem oder zwei Handpferden ohne Beleuchtung ebenfalls eine erhebliche Gefahr für die Verkehrssicherheit bilden kann. Es darf nie vergessen werden, daß die vorgeschriebene Beleuchtung nicht nur den Zweck hat, dem Verkehrsteilnehmer selbst die Dunkelheit zu erhellen, sondern — und das ist beinahe noch wichtiger — darüber hinaus der Aufgabe dient, die anderen Verkehrsteilnehmer rechtzeitig auf sein Vorhandensein auf der Straße aufmerksam zu machen und dadurch die Vermeidung von Gefährdungen zu gewährleisten.

Aus diesem Grunde ist sowohl nach dem Wortlaut als auch nach dem Sinn der Ausf. Anw. zum § 24 Abs. 1 RStV. als auch nach dem allgemeinen Sinn der Beleuchtungsvorschriften im Straßenverkehr zu fordern, daß auch Handpferde, welche ein Reiter führt, beleuchtet werden.

Das OLG. Köln meint, es werde nicht ganz leicht sein, die vom Gesetz verlangte hell brennende Lampe vorn am Pferd anzubringen. Wie das geschehen solle, darüber sprächen sich die gesetzlichen Bestimmungen nicht aus. Auch diese Schwierigkeit und auch dieses Schweigen des Gesetzes über die Art der Anbringung der Lampe kann nicht dazu führen, die Beleuchtungspflicht für von einem Reiter geführte Handpferde zu verneinen. Es ist dabei zu bedenken, daß nach dem Vorpruch zur RStV. überhaupt nicht mehr bestimmte technische Mittel vor-

geschrieben werden, sondern nur der mit dem jeweils besten Mittel zu erreichende Erfolg für den Verkehr. Auch im übrigen ist ja nicht angegeben, in welcher Weise beim Führen von Pferden und beim Treiben von Vieh die Beleuchtung technisch gestaltet sein soll. Schließlich haben sich auch schon Lampenvorrichtungen bewährt, welche an den Pferdeköpfen angebracht werden, ohne die Pferde zu beunruhigen. Die Verkehrsgesfahren sind in der Dunkelheit so groß, daß beleuchtungstechnische Schwierigkeiten nicht dazu führen können, die Pflicht zu der für nötig gehaltenen Beleuchtung zu verneinen oder auch nur zu lockern.

4. Ich vermag zwar dem OLG. Köln nicht darin zu folgen, daß die gesetzlichen Bestimmungen wirklich ernsthafte Zweifel an der von Müller verneinten Beleuchtungspflicht erwecken. Indessen hat die Meinung Müllers in der Praxis ein solches Gewicht erlangt, daß man die daraus entstehenden Zweifel an der Beleuchtungspflicht entsprechend dem Urteil auch dem Kl. und seinem Sohn zugute halten mußte. Von ihnen konnte man nicht mehr verlangen, als vom Verfasser eines führenden Erläuterungsbuchs, welcher obendrein, wie allgemein bekannt ist, maßgebend an der Schaffung der RStV. beteiligt war.

RA. und Notar Dr. Gü l d e, Dresden.

*

42. OLG. — § 25 RStV.; § 823 BGB.

1. Zur Begründung der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht nach § 823 BGB. genügt es, daß jemand einen Fuhrwerksbesitzer mit Berechtigungen beauftragt, in deren Verlauf dieser einen unbefestigten Feldwagen vorschriftswidrig und unbeleuchtet auf der Straße aufstellt und dadurch einen Schaden herbeiführt.

2. Die allgemeine Verkehrssicherungspflicht geht weiter, als die einem einzelnen Verkehrsteilnehmer nach der Ausf. Anw. zu § 25 RStV. obliegende Sorgfaltspflicht.

Der Befl. zu 2 hatte den Befl. zu 1 beauftragt, für ihn Kartoffeln vom Feld in sein Gehöft zu fahren. Dabei hatte der Befl. zu 1 einen Wagen auf der linken Seite der Dorfstraße in der Weise hingestellt, daß die Deichsel des Wagens auf die Richtung der entgegenkommenden Begebenen zeigte. Der Befl. zu 2 begab sich dann mit dem Befl. zu 1 zusammen auf das Feld und kehrte erst nach Einbruch der Dunkelheit zurück. Inzwischen war der Rechtsvorgänger der Kl. mit seinem Motorrad gegen die Deichsel des unbeleuchteten Wagens gefahren und infolgedessen tödlich verunglückt.

Der Befl. zu 1 ist wegen Verletzung der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht nach § 823 BGB. zum Schadenersatz verurteilt worden. Das OLG. führt aus, daß auch der Befl. zu 2 für den entstandenen Schaden haftbar sei, weil er durch sein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten fahrlässig das Leben des Ehemanns der Kl. verletzt habe. Er hätte dafür sorgen müssen, daß der Wagen des Befl. zu 1 so aufgestellt wurde, daß er keinen Verkehrsteilnehmer gefährdete. Da er das nicht getan hat, hat er gegen die allgemeinen Verkehrspflichten i. S. von § 823 Abs. 1 verstoßen. Denn unter die allgemeinen Verkehrspflichten fallen auch die Pflichten, die die Teilnahme an öffentlichen Verkehr oder dessen Nachbarschaft erzeugt. Voraussetzung ist dabei, daß der in Anspruch Genommene in irgendeiner Beziehung zu dem Gegenstand steht, der zu einem Unfall geführt hat. Der Befl. zu 2 steht insofern zu dem Unfallwagen in Beziehungen, als die Kartoffeln mit seinem Wissen und Willen für ihn abgefahren wurden und er sich um alles mit der Kartoffelabfuhr in Verbindung Stehende gekümmert hat. Er hätte sich also auch um die Aufstellung des Wagens kümmern müssen, was er nach eigener Angabe nicht getan hat. Er kann sich nicht damit entschuldigen, daß er als Nichtlandwirt mit Pferdegespannen und Wagen nicht umzugehen wisse und daß er deshalb auch die Pflichten, die einem Fuhrwerksbesitzer obliegen, nicht kenne. Um zu wissen, daß ein Wagen nicht im Dunklen unbeleuchtet auf der linken Seite der Straße stehen darf, braucht man nicht Landwirt zu sein und auch keine Kenntnisse von dem Umgang mit Pferd und Wagen zu haben.

Der Befl. zu 2 war sich auch der mit dem rechtswidrigen Aufstellen des Wagens verbundenen Gefahren bewußt. Das geht daraus hervor, daß er nach dem Unfall zu seiner Frau gesagt hat, wenn er zugegen gewesen wäre, wäre der Unfall nicht geschehen, er hätte den Wagen beleuchtet, und daß er seiner Frau Vorwürfe gemacht hat, weil sie die bereitgestellte Karbidlampe nicht an den Wagen gehängt hatte. Demnach ist die Haftung des Befl. zu 2 schon deswegen zu bejahen, weil er gegen die allgemeinen Verkehrspflichten verstoßen hat. Ob der Befl. zu 2 infolge seiner bezeichneten Beziehungen zu dem Unfallwagen auch als Verkehrsteilnehmer im Sinne der RStV. anzusehen ist und auf seiner Seite ein Verstoß gegen § 25 RStV. vorliegt, also auch eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB. zu bejahen ist, kann

ebenfalls dahingestellt bleiben. Denn durch die RStrafVerfO. wird eine aus § 823 Abs. 1 BGB. zu folgende Verkehrssicherheitspflicht nicht eingeschränkt.

Nicht erwiesen ist, daß dem Verunglückten ein Mitverschulden an seinem Unfall trifft, insbes. daß er zu schnell oder mit zu schwachem Licht gefahren ist.

Im übrigen brauchte er in der Übergangszeit zwischen Dämmerung und völliger Dunkelheit noch nicht mit starkem Licht zu fahren. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß in dieser Übergangszeit auf einen Beschauer das Licht von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeugen, wie überhaupt aller Fahrzeuge, viel schwächer und dunkler wirkt, als es in Wirklichkeit ist. Daraus folgt noch nicht, daß der Verunglückte mit zu schwachem Licht gefahren ist.

(OLG. Breslau, Art. v. 10. Aug. 1937, 4 U 104/37.)

*

43. OLG. — Art. 131 RVerf. Stellung eines durch Privatdienstvertrag von der Wehrmacht angestellten Zivilkraftfahrers. Ein solcher Zivilkraftfahrer ist bei Ausübung eines Fahrbefehls nicht Träger öffentlicher Machtbefugnisse, so daß die Voraussetzungen des Art. 131 RVerf. für ihn nicht gegeben sind.

Der Bekl. zu 2, der Kraftfahrer S., fuhr am 26. Mai 1936 als bei dem Bekl. zu 1, dem Reichswehrfiskus, angestellter Zivilkraftfahrer mit einem Personenkraftwagen der Wehrmacht auf Grund eines sogenannten Fahrbefehls Offiziere der Wehrersatzinspektion M. von M. nach B. zu einer dort stattfindenden Musterung. Nach dem Aussteigen der Offiziere setzte der Bekl. zu 2 den Wagen zurück und verletzete hierbei die Kl. Gegenüber dem Schadensersatzanspruch wendet der beklagte Kraftfahrer ein, er sei Angestellter des Bekl. zu 1 und habe die Fahrt zufolge eines Fahrbefehls ausgeführt. Er sei daher, obgleich er an sich Zivilkraftfahrer sei, als Angehöriger der Wehrmacht anzusehen, so daß, falls ihn überhaupt Verschulden an dem Unfall treffe, was er entschieden bestritt, der Bekl. zu 1 für ihn einzustehen habe.

Das angefochtene Urteil hat die Anwendbarkeit des Art. 131 RVerf. mit der Begründung verneint, Art. 131 RVerf. i. Verb. m. § 1 Abs. 3 RBeamtStG. finde nur auf Angehörige der Wehrmacht Anwendung. Hierzu sei der Bekl. zu 2 als Zivilkraftwagenführer, wenn er auch auf sogenannten Fahrbefehl gehandelt habe, nicht zu rechnen.

Dem angefochtenen Urteil ist im Ergebnis beizupflichten, wenn auch die Begründung einer Nachprüfung nicht standhält.

Nach Art. 131 RVerf., der alleinige Quelle der Staatsverantwortlichkeit ist (RGZ. 105, 335), trifft, falls ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat. Beamter — das gleiche gilt gemäß § 1 Abs. 3 RBeamtStG. für Soldaten — i. S. dieser Vorschrift ist jede Person, die der Staat oder eine dazu befugte öffentliche Körperschaft mit öffentlicher Gewalt ausgestattet hat. Es kommt nicht darauf an, ob einer solchen Person staatsrechtliche Beamteneigenschaft zukommt oder nicht (RGZ. 142, 196 = JW. 1934, 209¹). Nicht nur für Angehörige des Soldatenstandes, wie das angefochtene Urteil rechtsirrig annimmt, haftet mithin der Staat, sondern für jede Person, die in Ausübung der ihr anvertrauten öffentlichen Gewalt einem Dritten Schaden zufügt. Für den Anwendungsbereich des Art. 131 RVerf. besteht ein selbständiger Beamtenbegriff, der nicht darauf abstellt, ob ein öffentlich-rechtliches Beamtenverhältnis besteht, sondern darauf, ob in Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse gehandelt ist. Daß der Bekl. kein Soldat, sondern nur durch Privatdienstvertrag bei dem Bekl. zu 1 angestellt war, reicht mithin nicht aus, um die Anwendbarkeit des Art. 131 RVerf. zu verneinen. Entscheidend ist, ob der Bekl. zu 2 als Zivilkraftfahrer eines Kraftwagens des Bekl. zu 1 mit der Ausübung von Hoheitsrechten betraut war, als er zufolge eines Fahrbefehls Offiziere von M. nach B. zu einer dort stattfindenden Musterung fuhr und nach deren Aussteigen den Wagen zurückließ.

Hätte der Bekl. zu 2 als Soldat den gleichen Tatbestand erfüllt, so könnte es keinem Zweifel unterliegen, daß die Voraussetzungen des Art. 131 RVerf. erfüllt wären. Es würde ein Tatbestand vorliegen, wie er ähnlich bereits mehrfach dem RG. zur Entsch. vorgelegen hat. So hat das RG. z. B. in folgenden Fällen Fahrten als in Ausübung öffentlicher Gewalt vorgenommen erklärt: RGZ. 108, 387 (befehlsmäßige Fahrt eines Soldaten zur Herbeischaffung von Sägespänen); RGZ. 125, 98 (Beförderung von Polizeimannschaften durch einen Polizeibeamten zu einer Schießübung); RGWarn. 1930, 190 (befehlsmäßige Fahrt eines Soldaten zwecks Beschaffung von Stoffen für die Ausbildung); JW. 1930, 2849 (Zurückbeförderung von Offizieren nach Beendigung einer Übung durch einen als Kraftwagenlenker tätigen Soldaten).

Es muß sich aber, soweit der Wehrfiskus in Frage kommt, stets um eine Betätigung handeln, die in engster Beziehung zur Ausbildung und militärischen Verwendungsfähigkeit der Truppe steht, weshalb z. B. das Fahren von Holz für verheiratete Angehörige einer Batterie als eine Betätigung angesehen ist, die nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt vorgenommen ist (vgl. RGZ. 1927, 2199).

Auf die in dieser Entsch. zum Ausdruck kommende feststehende Rpr. des RG. stützt sich die Berufung des Bekl. zu 2 und führt hierzu aus, auch bei der Beförderung der Offiziere durch den Bekl. zu 2 habe es sich um eine befehlsmäßige Fahrt gehandelt. Wie jede Fahrt eines Soldaten jeweils auf Grund eines Fahrbefehls ausgeführt würde, so habe auch er die Fahrt auf Grund eines solchen Fahrbefehls unternommen, so daß folgerichtig auch die von dem Bekl. zu 2 ausgeführte Fahrt, die sich von einer gleichen, von einem Soldaten ausgeführten Fahrt in nichts unterscheide, als in Ausübung öffentlicher Gewalt vorgenommen anzusehen sei.

Dieser Auffassung vermag das OLG. nicht zu folgen. Zwischen der Fahrt eines Soldaten, die im Dienst erfolgt und für diesen öffentlicher Dienst ist, und der Fahrt eines auf Grund eines privatrechtlichen Dienstvertrages eingestellten Zivilkraftfahrers besteht ein grundlegender Unterschied. Für einen Soldaten bedeutet ein Fahrbefehl Erteilung eines dienstlichen Befehls. Kommt er einem solchen Befehl nicht nach, so macht er sich einer Gehorsamsverweigerung mit den sich daraus ergebenden schwerwiegenden Folgen schuldig. Er kann unmittelbar zur Vornahme solcher dienstlicher Handlungen gezwungen, d. h. durch Verhängung von Strafen dazu angehalten werden. Für einen Soldaten ist daher jeglicher Dienst „Amtsausübung“ i. S. von Art. 131 RVerf.

Grundlegend anders ist dagegen die Stellung eines durch Privatdienstvertrag von der Wehrmacht angestellten Zivilkraftfahrers. Wird diesem ein gewöhnlicher Fahrbefehl erteilt, so liegt darin kein dienstlicher Befehl, sondern ein Auftrag im bürgerlich-rechtlichen Sinne. Führt der Beauftragte den Auftrag nicht aus, so macht er sich keiner Gehorsamsverweigerung im militärischen Sinne schuldig. Zwangsmaßnahmen können gegen ihn nicht ergriffen werden. Es können in einem solchen Falle lediglich die im bürgerlichen Recht vorgesehenen Maßnahmen (Kündigung) Platz greifen. Erfahrungsgemäß ist es den beförderten Militärpersonen sogar verboten, derartigen Zivilkraftfahrern Anweisungen zu geben, die mit den im Fahrbuch vermerkten Anweisungen nicht übereinstimmen. Wird weiterhin berücksichtigt, daß der Zivilkraftfahrer erst nach Erlangung des zivilen Führerscheins tätig werden kann, während der Soldat im Dienst nach außen hin eines solchen Ausweises nicht bedarf, so ist zur Genüge darzulegen, daß die einem Soldaten und einem Zivilkraftfahrer erteilten Fahrbefehle lediglich den gleichen Namen haben, inhaltlich aber wesensverschieden sind. Es kann mithin nicht davon gesprochen werden, es habe sich bei der Fahrt des Bekl. zu 2 um eine befehlsmäßige Beförderung von Offizieren, also um eine Fahrt in Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse, gehandelt. Während es sich bei den oben erwähnten Fahrten von Soldaten um solche handelte, die die Fahrer in Erfüllung ihres militärischen Dienstes, mithin in „Amtsausübung“, ausgeführt haben, nimmt der Bekl. zu 2, wenn nicht die Verleihung besonderer obrigkeitlicher hier militärischer Befugnisse an ihn vorliegt, was hier nicht der Fall ist, keine andere Stellung ein, wie jeder andere Zivilkraftfahrer im Angestelltenverhältnis auch. Er kann daher auch nicht als Träger öffentlicher Machtbefugnisse angesehen werden, so daß die Voraussetzungen des Art. 131 RVerf. für ihn nicht gegeben sind.

(OLG. Hamm, Art. v. 28. Sept. 1937, 9 U 174/37.)

Reichsversicherungsordnung

44. RG. — § 25 Abs. 3 RVD. Das zum Schutze des Vermögens der Versicherungsträger in Abs. 3 des § 25 RVD. ausgesprochene Verbot der Übernahme anderer als der durch Besch übertragenen Geschäfte richtet sich nur gegen die Versicherungsträger, betrifft jedoch nicht schlechthin das Rechtsgeschäft der Übernahme von nicht zu den geschäftlichen Aufgaben der Versicherungsträger gehörenden Geschäften. Handeln die Versicherungsträger oder deren Organe verbotswidrig, so verletzen sie ihre öffentlich-rechtlichen Pflichten und werden für die Folgen der Verletzung haftbar. Die von ihnen eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen und vorgenommenen Rechtshandlungen entbehren aber nicht der bürgerlich-rechtlichen Wirksamkeit.

Die klagende Innungskrankenkasse hatte auf Grund einer gemäß § 1447 RVD. getroffenen Anordnung des SächsVdZ. v. 20. Dez. 1912 (GuVBl. 533) für Rechnung

der Landesversicherungsanstalt Sachsen die den Innungsmitgliedern als Arbeitgebern nach § 1428 RVD. obliegende Einziehung und Entrichtung der Invalidenversicherungsbeiträge mit ausgeführt. Die Ermächtigung hierzu wurde aber durch WD. des Sächf. Arbeitsministeriums v. 7. Nov. 1923 (GBl. 515) mit Wirkung v. 3. Dez. 1923 ab aufgehoben. Doch ließen die Innungsmitglieder mit ganz wenigen Ausnahmen die Angelegenheiten der Invalidenversicherung bald darauf weiterhin durch den Kassenführer Sch. der Kl. und nach dessen Tode durch dessen Nachfolger M. wahrnehmen. Sie zahlten dafür eine monatliche Klebegebühr von je 10 Pf. für den Versicherungspflichtigen.

Der Kassenführer M. hat nun in der Zeit v. 24. Febr. 1929 bis Ende April 1932 18980 RM Versicherungsbeiträge, die er von den Innungsmitgliedern eingezogen hatte, nicht bestimmungsgemäß verwendet, sondern 12907,56 RM sich selbst angeeignet und die übrigen 6191,34 RM der Kl. zugeführt. Er ist deshalb wegen Untreue rechtskräftig verurteilt worden. Während die Kl. die ihr zugeflossene Summe in Teilbeträgen schon an die Landesversicherungsanstalt abgeführt hat oder noch abführt, hat der Betrag von 12907,56 RM von den daran beteiligten Gastwirten noch einmal bezahlt werden müssen. Sie drohen mit Rückgriffen gegen die Kl., und drei von ihnen haben die auf sie entfallenden Beträge gegen die Kl. bereits eingeklagt.

Die Kl. glaubt wegen des gesamten Betrages von 12908,56 RM den geschädigten Innungsmitgliedern gegenüber schadensersatzpflichtig zu sein, weil sie die weitere Besorgung der Invalidenversicherungsangelegenheiten durch bürgerlich-rechtlichen Vertrag übernommen habe, und hat den Bekl., der vom Jahre 1920 bis zum 12. Juli 1932 Vorsitzender ihres Vorstandes gewesen ist, für den ihr erwachsenen Schaden verantwortlich gemacht. Sie wirft ihm vor, den wegen Wandendiebstahls bereits vorbestraft gewesenen M. im Jahre 1928 ohne Einholung eines polizeilichen Führungszeugnisses angestellt und ferner die satzungsgemäß vorgeschriebenen Prüfungen der Kassenführung unterlassen zu haben.

Das VG. hat der Klage stattgegeben. Das BG. hat die Klage abgewiesen.

RG. hob auf und verwies an das VG. zurück.

Voraussetzung für den mit der Klage geltend gemachten Schadensersatzanspruch ist, wovon das VG. zutreffend ausgeht, in erster Linie, daß die Kl. verpflichtet ist, auch ihrerseits den Innungsmitgliedern, die durch die Veruntreuung von Invalidenversicherungsbeiträgen seitens des Kassenführers M. Schaden erlitten haben, dafür Ersatz zu leisten. Für das von der Bekl. bestrittene Bestehen einer solchen Entschädigungspflicht der Kl. ist diese selbst beweispflichtig.

Sie findet die von ihr behauptete eigene Entschädigungspflichtung darin begründet, daß ihr Kassenführer von Innungsmitgliedern gezahlte Invalidenversicherungsbeiträge nicht ordnungsgemäß zum Ankauf von Versicherungsmarken verwendet hat, obwohl sie nach ihrer Behauptung die Einziehung und ordnungsmäßige Verwendung der Beiträge vertraglich übernommen hatte, nachdem die ihr durch Anordnung des Ministeriums des Innern v. 20. Dez. 1912 auferlegte öffentlich-rechtliche Verpflichtung zu solcher Tätigkeit kurz vorher v. 3. Dez. 1923 ab infolge der WD. des Arbeitsministeriums v. 7. Nov. 1923 fortgefallen war. Trifft solche vertragliche Übernahme zu, und stellt deshalb die Veruntreuung der Versicherungsbeiträge durch den Kassenführer M. zugleich eine Verletzung der von der Kl. übernommenen Vertragspflichten dar, so ist die Kl. zum Ersatz des durch die Veruntreuung angerichteten Schadens, je nachdem ihr Kassenführer bei der Besorgung der Versicherungsangelegenheiten als ihr Erfüllungsgehilfe oder etwa insoweit als ihr verfassungsmäßig berufener Vertreter gehandelt hat, nach § 278 BGB. oder unmittelbar verpflichtet.

Das BG. lehnt das Bestehen einer Vertragspflicht der Kl. zur Abführung von ihr zu Händen ihres Kassenführers etwa zugeflossenen Invalidenversicherungsbeiträgen und infolgedessen auch die Möglichkeit der Verletzung einer solchen Vertragspflicht der Kl. durch die vom Kassenführer begangene Veruntreuung dieser Beiträge schon deshalb ab,

weil die Besorgung der Invalidenversicherungsangelegenheiten der Innungsmitglieder, seitdem der ihr durch ministerielle WD. v. 20. Dez. 1912 hierzu erteilte Auftrag durch die WD. v. 27. Nov. 1923 v. 3. Dez. 1923 ab wieder zurückgenommen worden sei, nicht mehr zu den ihr gesetzlich übertragenen Aufgaben gehört habe, und die Versicherungsträger nach ausdrücklicher Vorschrift des § 25 Abs. 3 RVD. nur solche Geschäfte übernehmen dürften, die ihnen das Gesetz übertrage. Unter Berufung auf das Erläuterungsbuch von Stier-Somlo zur RVD., 4. Aufl., Bem. 2 zu § 4 des Ges., vertritt es die dort geäußerte Auffassung, daß die im § 4 den Versicherungsträgern verliehene Rechtsfähigkeit insoweit durch § 25 Abs. 3 eingeschränkt worden sei. Diese Auffassung ist unhaltbar. Die Vorschrift des § 25 Abs. 3 hat schon nach dessen Stellung im systematischen Aufbau des Gesetzes nichts mit der Rechtsfähigkeit der Versicherungsträger zu tun. Die Rechtsfähigkeit ist im zweiten Abschnitt unter II mit der Überschrift „Rechtsfähigkeit“ im § 4 ohne jede Einschränkung ausgesprochen, während § 25 unter V mit der Überschrift „Vermögen“ steht und nach der ihm vorgesetzten Inhaltsangabe lediglich von den Verwendungsschranken für das Vermögen der Versicherungsträger handelt.

Das zum Schutze des Vermögens der Versicherungsträger in Abs. 3 des § 25 ausgesprochene Verbot der Übernahme anderer als der durch Gesetz übertragenen Geschäfte richtet sich ferner nur gegen die Versicherungsträger, betrifft jedoch nicht schlechthin das Rechtsgeschäft der Übernahme von nicht zu den gesetzlichen Aufgaben der Versicherungsträger gehörenden Geschäften. Die Rechtslage ist keine andere als bei den Vorschriften der §§ 26 ff. über die Vermögensanlage. Handeln die Versicherungsträger oder deren Organe verbotswidrig, so verletzen sie ihre öffentlich-rechtlichen Pflichten und werden für die Folgen der Verletzung haftbar. Die von ihnen eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen und vorgenommenen Rechtshandlungen entbehren aber nicht der bürgerlich-rechtlichen Wirksamkeit. Die von der Kl. behauptete vertragliche Übernahme der Besorgung der Versicherungsangelegenheiten der Innungsmitglieder bildet kein allgemein verbotenes Rechtsgeschäft, noch ist der Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet. Daher trifft die Auffassung des BG. nicht zu, daß er nach den §§ 134 und 306 BGB. nichtig sein würde und deshalb keine vertraglichen Verpflichtungen erzeugen könnte, für deren Verletzungen die Kl. einzustehen hätte.

Hilfsweise hat das BG. eine durch die Unterlassung der ordnungsmäßigen Verwendung von Versicherungsbeiträgen von Innungsmitgliedern begangene Verletzung von Vertragspflichten der Kl. auch deshalb verneint, weil nicht, wie die Kl. behauptet, sie selbst, sondern, wie die Bekl. einwendet, lediglich der jeweilige Kassenführer der Kl. persönlich aus dem über die Weiterbesorgung der Invalidenversicherungsangelegenheiten von Innungsmitgliedern abgeschlossenen Vertrage verpflichtet worden sei. Es ist damit in der Hauptstreitfrage der Parteien der Auffassung der Bekl. beigetreten. Seine hierher gehörigen Ausführungen liegen zu einem großen Teil auf tatsächlichem Gebiet, erscheinen aber auch von Rechtsirrtum beeinflusst.

Das BG. beachtet den in der Rspr. festgelegten Grundsatz nicht, daß im rechtsgeschäftlichen Verkehr Unklarheiten stets zu Lasten dessen gehen, der sie, wenn selbst nur durch Duldung, sich hat zuschulden kommen lassen. Deshalb verlangt für den vorliegenden Fall die Frage eine Erörterung und Beantwortung, ob nicht die geschädigten Innungsmitglieder, auch wenn sie anfangs die Besorgung ihrer Versicherungsangelegenheiten durch die Beamten der Kl., namentlich den früheren Kassenführer Sch., erwartet haben sollten, infolge der nachträglichen Handhabung doch die Überzeugung gewinnen mußten und gewonnen haben, daß die Kl. selbst die Angelegenheit besorgte und sich dazu ihrer Beamten lediglich bediente. Zu erwägen war ferner, ob die Innungsmitglieder, die vielleicht zu dem ihnen als zuverlässig bekannten Kassenführer Sch. Vertrauen besaßen, nicht nur ihm, sondern ohne weiteres auch seinem Nachfolger ihre Beiträge haben anvertrauen wollen, obwohl sie auf dessen Wahl und

Geschäftsgebarung keinen Einfluß gehabt haben. Innungsmitglieder, die schon 1924 der Innung angehört haben, werden sich, wenn sie, wie wahrscheinlich, von den der Weiterbeförderung der Versicherungsangelegenheiten vorausgegangenen Verhandlungen jenes Jahres im einzelnen nichts gewußt haben, überhaupt kaum haben vorstellen können, daß für ihr gutes Geld, das nach den ihnen zugegangenen Zahlungsaufforderungen von der Kasse eingezogen wurde, und über das die Kasse quittierte, lediglich der Kassenführer persönlich haften sollte. Alle diese Erwägungen gelten in erhöhtem Maße von den geschädigten Innungsmitgliedern, die nicht schon im Jahre 1924 der Innung angehört haben, sondern später ihr beigetreten sind und die „unklare“ Handhabung der Angelegenheit vorgefunden haben, ohne vielleicht das Geringste von den Verhandlungen des Jahres 1924 gekannt zu haben.

Für die Entstehung einer vertraglichen Verpflichtung der Kl. zur ordnungsgemäßen Beförderung der Versicherungsangelegenheit der einzelnen geschädigten Innungsmitglieder bleibt wesentlich, daß das einzelne Mitglied wirklich den Willen gehabt hat, die Angelegenheit einem Beamten der Kl. und nicht ihr selbst zu übertragen. (Wird weiter ausgeführt.)

(RG., III. ZivSen., U. v. 7. Sept. 1937, III 49/37.)

[b. B.]

*

45. OLG. — § 1542 RVD. Die Ansprüche des versicherten Verletzten gegen den Schädiger gehen nur insoweit auf den Versicherungsträger über, als dieser gleichartige Leistungen gewährt.

Zwar ist das OLG. mit Recht davon ausgegangen, daß der Kl. in der Höhe nicht mehr klagebefugt ist, in der seine Ansprüche gegen die Bekl. gemäß § 1542 RVD. auf die Versicherungsträger übergegangen sind. Es hat jedoch nicht beachtet, daß die Klagebefugnis des Geschädigten nur insoweit entfällt, als die Versicherungsträger zu gleichartigen Leistungen an ihn verpflichtet sind und sie erbringen.

Die Meinungen in Schrifttum und Rspr. darüber, ob die vom Geschädigten geltend gemachten Ansprüche mit den vom Versicherungsträger gewährten Leistungen für die Annahme des Übergangs nach § 1542 RVD. gleichartig sein müssen, gehen auseinander (vgl. die Zusammenstellung bei Stiegler, „Die Erbschaftsprinzipale auf Grund §§ 903, 904, 1542 RVD.“ S. 249). Früher verneinte die h. M. das Erfordernis der Gleichartigkeit. Inzwischen haben sich jedoch das RG. (ZW. 1936, 2560), das OLG. Kassel (ZW. 1937, 2370) und das OLG. Karlsruhe (Rkrstf. 1936, 360) auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt, und dieser Meinung tritt der Senat bei, weil sie zu einer sinnvolleren Auslegung des § 1542 RVD. und zu einem gerechteren Ergebnis für den Geschädigten führt.

Durch den gesetzlichen Forderungsübergang des § 1542 RVD. soll die doppelte Entschädigung des von einem Träger der öffentlichen Versicherung betreuten und zugleich einem Schädiger gegenüber ersatzberechtigten Geschädigten vermieden werden. Auf der anderen Seite soll der Versicherungsträger, der die Leistung an den Geschädigten aus den Mitteln und zu Lasten der Gemeinschaft aller Beitragspflichtigen bewirkt hat, in den Stand gesetzt werden, die vom Schädiger zu leistenden Ersatzbeträge seiner Auslagen auch mit Sicherheit wieder zugunsten seiner Beitragspflichtigen zu vereinnahmen. Hat deshalb der Versicherungsträger Heilungskosten für den Geschädigten aufgewandt, dann geht in diesem Umfang der Anspruch des Geschädigten gegen den Schädiger auf Ersatz der Heilungskosten auf ihn über, und der Geschädigte ist insoweit nicht mehr klagebefugt. Hat der Versicherungsträger Leistungen bewirkt, die zum Unterhalt des Geschädigten und seiner Familie bestimmt sind, dann geht in diesem Umfang der Anspruch des Geschädigten auf Ersatz des Lohnausfalls auf ihn über, weil der Lohn ja zum Unterhalt des Empfängers und seiner Familie bestimmt war, und insoweit entfällt wiederum die Klagebefugnis des Geschädigten. Macht der Geschädigte dem Schädiger gegenüber aber keinen Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten, sondern nur einen Anspruch auf Ersatz des Lohnausfalls geltend, dann kann seine Klagebefugnis wegen dieses Anspruches nicht deshalb verneint werden, weil der Versicherungsträger für ihn Heilungskosten aufgewandt habe und deshalb sein Heilungskostenersatzanspruch auf den Versicherungsträger übergegangen sei. Denn der Schädiger schuldet ja aus § 249 BGB. neben dem Ersatz des Lohnausfalls den Ersatz der Heilungskosten, er würde also auf Kosten des Geschädigten besser

gestellt, wenn wegen der — von ihm dem Versicherungsträger zu erstattenden — Heilungskosten die Klagebefugnis des Geschädigten wegen seines Anspruches auf Ersatz des Lohnausfalls eingeschränkt werden würde. Umgekehrt würde in solchem Fall der vom Träger einer öffentlichen Versicherung betreute Geschädigte gegenüber einem anderen Geschädigten, bei dem diese Voraussetzung nicht vorliegt, stets geschädigt, denn der nicht versicherte Geschädigte erhält Heilungskosten und Ersatz des Lohnausfalls, der Versicherte würde aber niemals den vollen Ersatz des festgestellten Lohnausfalls erhalten, wenn seine Klagebefugnis insoweit außer wegen der vom Versicherungsträger gezahlten Unterhaltsbeträge auch noch wegen der von ihm verauslagten Heilungskosten verneint werden müßte.

Daraus ergibt sich, daß zur Errechnung des Betrages, in dessen Höhe der Kl. noch forderungsberechtigt und klagebefugt ist, zunächst sein tatsächlicher Lohnausfall festzustellen ist und von diesem die Beträge in Abzug zu bringen sind, die er von einem Versicherungsträger als Unterhalt erhalten hat. Daneben verbleibt ihm in voller Höhe der Betrag seines Sachschadens, weil dieser Anspruch schon nach dem Wortlaut des § 1542 RVD. nicht auf den Versicherungsträger übergeht, und sein Anspruch auf Ersatz der Kosten für Bedürfnisvermehrung, weil auf diesen Anspruch eine Leistung eines Versicherungsträgers nicht erfolgt ist und die Versicherungsträger zu einer solchen Leistung nach der RVD. auch nicht verpflichtet sind.

(OLG. Frankfurt a. M., 1. ZivSen., Ur. v. 21. Okt. 1937, I U 53/37.)

Beamtenrecht

46. RG. — § 7 KommBeamtG. v. 30. Juli 1899. Nach feststehender reichsgerichtlicher Rechtsprechung ist bei ungenügendem Ablauf der Ausschlussfrist der Vorbescheid nicht nur als formell unanfechtbar, sondern auch in sinngemäßer Anwendung des § 322 ZPO. als materiell rechtskräftig anzusehen. Insoweit Rechtskraft besteht, ist der Vorbescheid einem gerichtlichen Eingriff schlechthin unzugänglich.

Der Bekl. war seit 1919 Bürgermeister der klagenden Stadtgemeinde. Er ist im Jahre 1931 in den Ruhestand getreten. Von Juli 1933 ab hat die Kl. sein monatliches Ruhegehalt zeitweilig in voller Höhe, im übrigen aber jeweils zu wechselnden Teilbeträgen einbehalten. Das ist zum Zwecke der aufrechnungsweisen Tilgung von Schadenersatzforderungen geschehen, die die Kl. aus unerlaubter Handlung oder Dienstpflichtverletzung des Bekl. gegen diesen in einer Mindesthöhe von 25 000 RM zu haben vermeint.

Der Bekl. hatte nach der erstmaligen Einbehaltung die Entsch. des Landrats in U. gemäß § 7 KommBeamtG. vom 30. Juli 1899 angerufen. Dieser hatte durch Beschluß dahin entschieden:

„Die am 1. Juli 1933 stattgefundenene Einbehaltung von 153,96 RM des Ruhegehalts ist zu Unrecht erfolgt. Die Stadt D. ist verpflichtet, das dem Bürgermeister i. R. Wilhelm H. auf Grund des § 65 StädteD. zustehende Ruhegehalt voll weiter zu zahlen.“

Ungeachtet dieser Entsch. hat die Kl. dem Bekl. auch weiterhin Abzüge vom Ruhegehalt gemacht. Erst nach Ablauf der in § 7 a. a. O. bestimmten sechs-Monate-Frist hat sie dann die vorl. Klage erhoben. Diese geht auf Feststellung der Berechtigung der Kl., gegen die Ruhegehaltsansprüche, auch soweit sie der Pfändung nicht unterliegen, bis zum Betrage von 25 000 RM aufzurechnen. Der Bekl. verlangt widerklagend Zahlung der ihm zurückbehaltenen Ruhegehaltsbeträge.

Das OLG. hat die Klage abgewiesen und der Widerklage entsprochen. Die dagegen eingelegte Berufung war erfolglos. Das RG. verwies hinsichtlich der Klage die Sache an das OLG. zurück; hinsichtlich der Widerklage war die Rev. der Kl. erfolglos.

Zur Klage.

Beide Vorinst. gehen ersichtlich davon aus, daß der Vorbescheid des Landrats den Erfordernissen des § 7 KommBeamtG. genügt und das insbes. der Landrat zur Erteilung des Vorbescheids befugt war.

Der Vorbescheid ist von der Kl. innerhalb der gesetzlichen Frist nicht angefochten worden. Daher hat sie die ihr ungünstige Entsch. des Landrats ebenso hinzunehmen, wie dies im umgekehrten Falle bei ungenügendem Ablauf der Ausschlussfrist der Bell. tun müßte. Nach feststehender reichsgerichtlicher Rspr. (RGZ. 122, 94 = JW. 1928, 3245; RGZ. 128, 57 = JW. 1930, 2430) ist der Vorbescheid nicht nur als formell unanfechtbar, sondern auch — in sinngemäßer Anwendung des § 322 ZPO. — als materiell rechtskräftig anzusehen. Auf Grund dessen haben sich beide Vorinst. durch die Entsch. des Landrats und die darin ausgesprochene Zurückweisung des Aufrechnungseinwands für gebunden erachtet. Sie haben diese Bindung indessen nicht nach der Richtung hin erblickt, daß das ordentliche Gericht nunmehr irgendwie behindert sei, über die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen zu entscheiden. Das wird von der Rev. nicht beanstandet und ist schon um deswillen selbstverständlich, weil der Vorbescheid auf die Gegenforderungen nicht eingeht, sondern lediglich auf der Ablehnung einer Berücksichtigung der Aufrechnungserklärung beruht. Hinsichtlich der Weiterzahlung des Ruhegehalts dagegen haben die Instanzgerichte den Standpunkt vertreten, daß im ordentlichen Rechtswege keine Entsch. ergehen dürfe, die sich mit der vom Landrat beschlossenen Anordnung in Widerspruch setze. Dabei ist angenommen worden, daß eine dem Feststellungsantrag der Kl. stattgebende Entsch. mit dem rechtskräftigen Beschlusse des Landrats unvereinbar sei.

Die Rev. stellt das letztere in Abrede.

Die Ausführungen der Rev. enthalten keine Rechtfertigung dafür, daß sich die ordentlichen Gerichte über die vom Landrat rechtskräftig beschlossene Weiterzahlung des Ruhegehalts hinwegsetzen könnten. Soweit die Rev. den Beschluß des Landrats hinsichtlich seiner Rechtskraft mit einer gerichtlichen Entsch. vergleicht und dabei hervorhebt, daß die Feststellung des Nichtbestehens der Gegenforderung nach § 322 Abs. 2 ZPO. nur in Höhe des Aufrechnungsbetrags in Rechtskraft erwächst, liegt das neben der Sache. Denn der Landrat hat, wie bereits gesagt, über den Bestand der Gegenforderung nicht entschieden. Daher nimmt auch das BG. zutreffend an, daß die Kl. nicht gehindert ist, ihre Gegenforderung im ordentlichen Rechtswege zu verfolgen. Der von der Rev. gezogene Vergleich muß bei richtiger Anwendung gerade ergeben, daß der Zuerkennung einer Forderung unter Nichtberücksichtigung eines erhobenen Aufrechnungseinwands nach eingetretener Rechtskraft nicht mit einer Feststellungsklage entgegengetreten werden kann, die auf nachträgliche Berücksichtigung der bereits abgelehnten Aufrechnung abzielt. Das folgt für gerichtliche Entsch. dieser Art unmittelbar aus § 322 Abs. 1 ZPO. und muß sinngemäß auch für den Beschluß des Landrats gelten. Allerdings ist der Rev. zuzugeben, daß der Landrat die Aufrechnung ausdrücklich in Berücksichtigung der damals bestehenden besonderen Sachlage, d. h. wegen der Ungklärtheit der Gegenforderungen abgelehnt und die Parteien insoweit auf eine gerichtliche Klarstellung verwiesen hat. Dieser Umstand ist für die Tragweite seines Beschlusses, welche das RevG. unter Heranziehung der Beschlußbegründung in freier Auslegung bestimmen kann, freilich nicht ohne Bedeutung. Das kann indessen nur dazu führen, den Beschluß als eine Zwischenregelung anzusehen. Die Verhältnisse zwischen den Parteien sollten durch ihn nur bis auf weiteres geordnet werden. Sofern sich die Grundlage des Beschlusses einmal ändern und der Streit der Parteien über die Gegenforderung — insbes. durch rechtskräftige gerichtliche Entsch. — abgeschlossen werden sollte, müssen für die Folgezeit weitere Anordnungen als vom Landrat vorbehalten gelten. Trotzdem sind die ordentlichen Gerichte nicht zu einer Abänderung des Beschlusses berechtigt. Insoweit steht seine Rechtskraft entgegen, die ihn schlechthin einem gerichtlichen Eingriffe entzückt. Das ordentliche Gericht konnte daher von der Kl. nur zu dem Zwecke angerufen werden, um durch Klarstellung der Gegenforderung eine gegenüber der ursprünglichen Entscheidungsgrundlage des Beschlusses veränderte Sachlage zu schaffen. Ob mit Erreichung dieses Erfolges der Beschluß schon kraft eigener Zielsetzung für die Zukunft hinfällig wird oder insoweit erst der Aufhebung durch die Verwaltungs-

behörde bedarf, kann hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist die Gegenforderung der Kl. zur Zeit noch völlig ungeklärt, so daß an der Fortgeltung des Beschlusses nicht gezweifelt werden kann. Es muß also daran festgehalten werden, daß die Kl. im ordentlichen Rechtswege eine der angeordneten Fortzahlung des Ruhegehalts zuwiderlaufende Entsch. nicht zu erwirken vermag. Dieses Ziel verfolgt aber ihr Feststellungsantrag in der vorl. Fassung. Die Kl. verlangt die Feststellung der Berechtigung, bis zur Höhe von 25 000 RM gegen das Ruhegehalt des Bell., und zwar auch hinsichtlich des unpfändbaren Teils, aufzurechnen. Damit will sie einen Rechtstitel erlangen, der ihre Zahlungsweigerung rechtfertigen und ihr entgegen der Entsch. des Landrats zur Verwirklichung der Aufrechnung verhelfen soll. Die Feststellungsklage erstrebt demnach einen Erfolg, den der Vorbescheid bereits rechtskräftig ver sagt hat. Mit Recht hat sich daher das BG. außerstande erachtet, dem Feststellungsantrage — jedenfalls seinem vollen Umfange nach — stattzugeben.

Indessen hat das BG. nicht geprüft, ob dem Feststellungsantrage nicht wenigstens teilweise zu entsprechen war. Die Kl. hatte hingewiesen, daß die Klage einen doppelten Zweckfolge: Sie sollte zunächst der Feststellung der Gegenforderung und darüber hinaus der Feststellung der Aufrechnungsbefugnis dienen. Der hiernach in erster Linie erstrebten Feststellung stand der Vorbescheid nicht entgegen. Die Klarstellung der Gegenforderung lag sogar i. S. des Vorbescheids, der eine einschlägige gerichtliche Feststellung vermied und ihre Nachbringung keineswegs ablehnen wollte. Das BG. hätte also nicht daran vorübergehen dürfen, daß der Klageantrag nach der ausdrücklichen Erläuterung der Kl. die Feststellung der Gegenforderung bis zur Höhe von 25 000 RM als selbständigen Teil des Streitgegenstandes umschloß. Hierauf ist die Kl. vom BG. sachlich nicht beschieden worden. Sollte das BG. insoweit eine klare Fassung des Antrags vermied haben oder sollte es etwa der Ansicht gewesen sein, daß hier an Stelle des Feststellungsantrags ein Zahlungsantrag am Platze war, so hätte das richterliche Fragerecht gemäß § 139 ZPO. ausgeübt werden müssen. Im übrigen konnte die Kl. unbedenklich auch eine Feststellung darüber verlangen, ob ihre Gegenforderung an sich geeignet ist, gegenüber dem unpfändbaren Teil des Ruhegehalts aufzurechnen zu werden. Durch eine Feststellung dieses Inhalts würde die Kl. zwar nicht in die Lage versetzt, nunmehr rückwirkend aufzurechnen; wohl aber konnte damit für die Zukunft der Umfang ihrer Aufrechnungsbefugnis klargestellt werden, sofern der Vorbescheid später außer Kraft treten oder aufgehoben werden sollte.

Das BU. konnte daher nicht von Bestand bleiben, soweit darin über die Klage entschieden ist.

Zur Widerklage.

Der dem Bell. günstige Vorbescheid ist nicht zur Durchführung gelangt, da die Kl. sich nach wie vor weigerlich hält, das volle Ruhegehalt zu zahlen. In der Rspr. (RGZ. 108, 144) ist anerkannt, daß dem Beamten in einem solchen Falle der Rechtsweg zur Durchsetzung seiner Ansprüche offen steht, ohne an eine Ausschlussfrist gebunden zu sein. Auch das Rechtsschutzinteresse des Bell. kann nicht verneint werden, obwohl der Vorbescheid gemäß § 7 Abs. 1 letzter Satz KommBeamtG. für vorläufig vollstreckbar erklärt worden ist. Einer Vollstreckung des Vorbescheids stand nämlich entgegen, daß dieser abgesehen von der am 1. Juli 1933 fällig gewordenen Zahlung nur die allgemeine Verpflichtung der Kl. zur Ruhegehaltszahlung ausspricht, ohne die Zahlung bestimmter Beträge anzuordnen. Dem Grunde nach steht der mit der Widerklage geltend gemachte Zahlungsanspruch infolge des rechtskräftigen Vorbescheids fest. In gleicher Weise ist rechtskräftig festgestellt, daß dieser Anspruch vor den Wirkungen der erklärten Aufrechnung geschützt ist. Der Höhe nach ist der Anspruch unstrittig. Die Rev. war daher zurückzuweisen, soweit der Hauptanspruch der Widerklage in Betracht kommt.

(RG., III. ZivSen., U. v. 17. Aug. 1937, III 8/37.) [v. B.]

47. RG. — § 137 ThürStaatsbeamtG. v. 14. März 1923 und 13. Dez. 1930; § 155 RWG. § 137 ThürStaatsbeamtG., der dem § 155 RWG. und ähnlichen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen anderer Länder über die Bindung der Gerichte an Verwaltungsakte entspricht, hat zur Voraussetzung, daß ein gültiger Verwaltungsakt überhaupt vorliegt. Darüber, ob der Verwaltungsakt die allgemeinen Bedingungen seiner Gültigkeit erfüllt, können die ordentlichen Gerichte stets befinden; sind diese Bedingungen erfüllt, so sind die Gerichte an den Inhalt und den Umfang des Verwaltungsaktes gebunden. Die im Bereich des öffentlichen Rechts für Erklärungen gebotene Formstrenge fordert eine ganz besondere Vorsicht bei der Annahme eines schlüssigen Verhaltens.

Der Streit der Parteien geht dahin, ob die am 17. Nov. 1933 vom Reichstatthalter verfügte Entlassung des Kl. aus dem Staatsdienste rechtswirksam geworden ist oder nicht. War sie rechtswirksam, so hat der Kl. nach § 66 ThürStaatsbeamtG. vom Tage seines Dienstaustritts an alle Rechte aus seinem bisherigen Dienstverhältnis, in welchem er als in den Wartestand versetzter Kreisdirektor verblieben war, verloren, und kann er außer dem neuen Dienstinkommen, das er mit seiner gleichzeitig verfügten neuen Anstellung als Volksschullehrer erworben hat, Ansprüche aus dem früheren Dienstverhältnis nicht mehr erheben. War sie dagegen unwirksam, so steht ihm in dem Umfange, in welchem dann sein Recht auf den Bezug des bisherigen Wartegeldes nach § 36 Abs. 1 Ziff. 1 StaatsbeamtG. nicht infolge des neuen Dienstinkommens zum Ruhen gekommen ist, neben diesem noch das insoweit mit der Klage nachgeforderte Gehalt, das ihm als im Dienst verbliebenen Kreisdirektor zugekommen wäre, für die von der Klage erfaßte Zeit vom 1. Dez. 1933 bis zum Antritt seiner Freiheitsstrafe am 18. Nov. 1935 zu.

Der beklagte thüringische Staat glaubt, die Rechtswirksamkeit der unstreitig ausgesprochenen Entlassung des Kl. sei der richterlichen Nachprüfung entzogen, und beruft sich dafür auf § 137 StaatsbeamtG. Danach sind die auf Grund dieses Gesetzes ergehenden Entsch. — gemeint sind die Verwaltungsmaßnahmen — darüber, ob und zu welchem Zeitpunkt ein Staatsbeamter aus seinem Dienste zu entlassen ist, für die Beurteilung der vor Gericht geltend gemachten vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem Dienstverhältnis des Beamten maßgebend. Die Vorschrift, die dem § 155 RWG. und ähnlichen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen anderer Länder über die Bindung der Gerichte an Verwaltungsakte, namentlich dem § 5 PrGes. betr. die Erweiterung des Rechtswegs v. 24. Mai 1861 (GS. 242), entspricht, hat jedoch zur selbstverständlichen Voraussetzung, daß ein gültiger Verwaltungsakt überhaupt vorliegt. Dazu gehört, daß der Verwaltungsakt nicht nur von einer für Akte seiner Art zuständigen Stelle, sondern auch in einem gesetzlich zugelassenen Falle in der vorgeschriebenen Form ergangen ist. Ob der Verwaltungsakt diese allgemeinen Bedingungen seiner Gültigkeit erfüllt, darüber haben die Gerichte nach ständiger Anspr. stets zu befinden. Nur bei Erfüllung dieser Bedingungen sind sie an den Inhalt und Umfang des Verwaltungsaktes gebunden. Handelt es sich um eine, wie nach § 63 StaatsbeamtG. auf Nachsuchen des Beamten zulässige Entlassung aus dem Staatsdienst, so bildet die Stellung eines ordnungsmäßigen Antrages des Beamten eine notwendige Bedingung der Gültigkeit des Verwaltungsaktes. Die gerichtliche Nachprüfung der Erfüllung dieser allgemeinen Bedingung ist nie ernstlich in Zweifel gezogen worden (RGZ. 96, 302; 114, 130 = JW. 1926, 2292; RGZ. 141, 246; PrOVB. 78, 251).

Zutreffend hat das BG. bei dieser Nachprüfung dem im Bereich des öffentlichen Rechts geltenden Grundsatz der Formstrenge besondere Berücksichtigung zuteil werden lassen. Behörden dürfen nur solche Erklärungen der Beamten, an deren Inhalt und Bedeutung kein Zweifel aufkommen kann, zum Anlaß ihrer Entschlüsse nehmen und würden sich andernfalls auch dem berechtigten Vorwurf einer Verletzung der ihnen gegenüber den Beamten obliegenden Fürsorgepflicht aussetzen (s. namentlich RGZ. 96, 302). Das gilt wegen der für den Beamten schwerwiegenden Folgen einer Entlassung in besonderem

Maße für die Erklärung, die den im Einzelfall zur Entlassung notwendigen Antrag des Beamten bilden soll.

Die im Bereich des öffentlichen Rechts für Erklärungen gebotene Formstrenge fordert aber nur eine ganz besondere Vorsicht bei der Annahme eines schlüssigen Verhaltens, schließt sie aber nicht unbedingt aus, sondern läßt es im Einzelfalle durchaus zu, auch aus einem unzweideutigen Verhalten einen daraus zweifelsfrei hervorgehenden Erklärungswillen des Beamten zu entnehmen, und zwar selbst, wenn eine wörtliche Erklärung des Beamten nicht abgegeben ist, vor allem aber in Verbindung mit einer wörtlichen Erklärung, die lediglich für sich allein noch der erforderlichen Bestimmtheit und Eindeutigkeit entbehrt.

Das BG. hat festgestellt, daß das Schreiben des Kl. vom 30. Okt. 1933 nach Absicht des Kl. als ein Entlassungsantrag aufgefaßt werden sollte, und bei Berücksichtigung des sonstigen Verhaltens des Kl. vom Bekl. auch aufgefaßt werden mußte. Diese Feststellung liegt auf tatsächlichem Gebiet und ist schon deshalb für das RG. bindend; sie erscheint übrigens auch als die allein richtige. War danach eine andere Auslegung der Erklärung des Kl. überhaupt nicht möglich, so hat ein zweifelsfreier unmitteverständlicher Entlassungsantrag vorgelegen. Der vom BG. weiter festgestellte innere Vorbehalt des Kl., den ihm klar zum Bewußtsein gekommenen, ja sogar beabsichtigten zweifelsfreien Inhalt der Erklärung in Wirklichkeit nicht zu wollen, muß, wie im bürgerlichen Recht nach § 116 BGB. auch im öffentlichen Recht unbeachtet bleiben (RGZ. 147, 40 = JW. 1935, 1622 ?). Mit dem hiernach sich ergebenden Vorliegen eines ordnungsmäßigen Entlassungsantrages erweist sich der Klageanspruch als unbegründet.

(RG., III. ZivSen., II. v. 10. Aug. 1937, III 4/37.) [v. B.]

Reichsjagdgesetz

** 48. RG. — § 40 RJagdG. Der sogenannte Jagdnotstand in § 40 RJagdG. ist dort abschließend geregelt, so daß § 228 BGB. auf Notstandshandlungen der hier fraglichen Art keine Anwendung finden kann. § 40 RJagdG. stellt die Belange der Jagdberechtigten und der Allgemeinheit an der Sicherheit des Wildbestandes in den Vordergrund und gewährt gerade auch gegen wildernde Hunde einen starken Schutz. Für die Frage, ob ein Hund i. S. von § 40 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 RJagdG. als Jagdhund kenntlich war, kann es daher nicht genügen, ob der Hund an sich seiner Art nach als Jagdhund erkannt werden kann, sondern darauf, ob nach den Umständen des einzelnen Falles der den Jagdschutz Ausübende bei gebotener Sorgfalt den Hund im Augenblick der Tötung als Jagdhund hat erkennen können. Die zweite Alternative des § 40 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 RJagdG. („aus Anlaß des Dienstes . . . entzogen“) setzt voraus, daß eine dienstliche Verwendung des Hundes vorausgegangen war. †)

Am Nachmittag des 1. Nov. 1935 gegen 16 Uhr ging der Kl. mit seinem Jagdhund, einem dunkelbraunen, mit langen Behängen versehenen Deutsch-Drahthaar-Rüden, zu seiner Jagd. Hinter dem Dorfe machte er den Hund von der Leine frei, damit er sich lösen sollte. Der Hund hegte nun einen unmittelbar an der Straße sitzenden Hasen hoch, den er in den nahen Staatswald verfolgte. Dort wurde er in einem lichten Fichtenbestand von dem staatlichen Hilfsförster H. aus einer Entfernung von 75—80 Metern als wildernder Hund erschossen. Der Kl. behauptet, der Hund sei bei dem noch hellen Tageslicht durchaus als Jagdhund erkennbar gewesen und hätte deshalb, da er sich bei der Verfolgung des Hasen nur vorübergehend der Einwirkung seines Herrn entzogen gehabt habe, nicht getötet werden dürfen. Er sieht in dem Vorgehen des Hilfsförsters eine beim Jagdschutz, also in Ausübung ihm anvertrauter öffentlicher Gewalt begangene Amtspflichtverletzung, für die der beklagte preussische Staat ihm haften müsse.

Der Bekl. bestreitet jede Haftpflicht.

Die Vorinst. haben nach dem Klageantrage erkannt. Das RG. hob die Urteile der Vorinst. auf und wies die Klage ab.

Die Klage ist gestützt auf § 839 BGB., Art. 131 WeimVerf. Sie setzt danach voraus, daß der Hilfsförster H., als er den Hund des Kl. erschöß, in Ausübung ihm anvertrauter öffentlicher Gewalt gehandelt und dabei schuldhaft eine ihm dem Kl. gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt hat.

Ohne Rechtsirrtum stellt das BG. zunächst fest, daß die Ausübung des Jagdschutzes nach dem geltenden Jagdrecht (§§ 39, 40 R JagdG.) zu den allgemeinen Aufgaben der Polizei gehört und daß der beamtete Hilfsförster H., als er den Schuß auf den das Wild hegenden Hund des Kl. abgab, in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt gehandelt hat.

Bedenkenfrei ist auch die Ansicht des BG., daß dem Hilfsförster H. von Amts wegen die Pflicht obgelegen hat, bei Ausübung des Jagdschutzes die in § 40 Abs. 2 unter Nr. 2 S. 3 R JagdG. zur Schonung bestimmter Hunde gegebenen Vorschriften gewissenhaft zu beachten, und daß diese Amtspflicht gegenüber jedem Eigentümer der dort genannten Hunde als einem „Dritten“ i. S. der eingangs genannten Gesetzesbestimmungen bestand.

Es fragt sich hiernach, ob der Hilfsförster H. damit, daß er den Hund des Kl. tötete, schuldhaft seine Amtspflicht verletzt hat. Der Bekl. verneint das, weil H. zur Tötung des Hundes nach § 40 Abs. 2 Nr. 2 R JagdG. befugt gewesen sei, auf jeden Fall aber auch in einem Notstand (§ 228 BGB.) gehandelt habe.

Das BG. lehnt eine Notstandshandlung i. S. des § 228 BGB. ab, weil die durch den hegenden Hund drohende Gefahr für das Wild und den Wildbestand außer Verhältnis zu dem durch die Tötung des Hundes verursachten Schaden gestanden habe. Eines Eingehens hierauf bedarf es jedoch nicht. Da der sogenannte Jagdnotstand in § 40 R JagdG. abschließend besonders geregelt ist, kann § 228 BGB. auf Notstandshandlungen der hier fraglichen Art keine Anwendung finden.

Das BG. verneint aber auch das behauptete Tötungsrecht im Hinblick auf den Schlußsatz von § 40 Abs. 2 Nr. 2 R JagdG. Die fragliche Gesetzesbestimmung, soweit sie hier in Betracht kommt, lautet:

Abs. 2: „Die zur Ausübung des Jagdschutzes berechtigten Personen sind insbes. befugt:

1. ...

2. Hunde, die im Jagdbezirk außerhalb der Einwirkung ihres Herrn ... betroffen werden, zu töten. Dieses Recht erstreckt sich auch auf solche Hunde, ... die sich in Fallen gefangen haben. Es gilt nicht gegenüber Hirten-, Jagd- und Blindenhunden, Sanitäts- und Meldehunden der Wehrmacht und Polizeihunden, soweit sie als solche kenntlich sind und solange sie vom Berechtigten zu ihrem Dienste verwandt werden oder sich aus Anlaß des Dienstes vorübergehend der Einwirkung ihres Führers entzogen haben.“

Die Verneinung des Tötungsrechtes im vorl. Fall hat das BG. folgendermaßen begründet: Die Vorschrift des § 40 Abs. 2 Nr. 2 S. 3 stelle eine Einschränkung gegenüber der im Satz 1 aufgestellten Tötungsbefugnis von im Jagdbezirk betroffenen Hunden dar. Von Satz 1 seien selbstverständlich auch wilde Hunde mitumfaßt. Aber auch im Satz 3 seien bei der Einschränkung die wildernden Jagdhunde mit eingeschlossen. Wenn Jagdhunde sich aus Anlaß des Dienstes vorübergehend der Einwirkung ihres Herrn entzogen, so geschehe das meistens zu eigenmächtiger Verfolgung eines Wildes, d. h. zum Wildern. In solche Fälle sei daher in erster Linie zu denken. Hätte für sie eine andere Regelung getroffen werden sollen, so wäre das ausdrücklich gesagt worden. Die Schutzvorschrift sei auch im Hinblick auf wilde Hunde der in Satz 3 genannten Art verständlich. Die durch Zucht und Rasse begründeten höheren Werte sollten nicht ohne weiteres vernichtet werden. Hier sei nun der Deutsch-Drahthaar-Rüde durch seine Art als Jagdhund kenntlich gewesen. Er hätte sich im Dienst befunden, als er, vorübergehend von der Leine frei gemacht, sich in Verfolgung des Hasen der Einwirkung seines Herrn entzogen habe. Diese Ent-

ziehung sei vorübergehender Natur gewesen, da zu erwarten gewesen sei, daß er in kürzerer Zeit wieder zurückkehren werde.

Hiermit erachtet das BG. eine Amtspflichtverletzung des Hilfsförsters für gegeben. Zur Frage des Verschuldens führt es dann weiter aus: In dieser Hinsicht bedürfe es keiner Feststellung, ob es in dem Fichtenwalde noch hell genug oder bereits dämmerig gewesen sei. Bei der von dem Bekl. behaupteten Dämmerung hätte der Hilfsförster nicht schießen dürfen. Denn bis man einen Deutsch-Drahthaar-Hund mit seinem ganz anderen Aussehen und Gehabe mit einem Schäferhund verwechseln könne, müsse es schon so dunkel sein, daß man nur noch verschwommen und schemenhaft die Umrisse sehe. Gerade dann beruhe aber die Verwechslung auf Fahrlässigkeit. Der Jäger müsse, wenn er nicht mehr Genaueres erkennen könne, mit der Möglichkeit rechnen, daß der wildernde Hund ein Jagdhund sei, jedenfalls zu Zeiten, in denen Jagdhunde noch zum Dienst verwendet zu werden pflegten. Daran ändere auch der Umstand nichts, daß der Hilfsförster den Kl. weder hätte sehen noch hören können. Denn ein Jagdhund könne sich auch nur vorübergehend so weit entfernen, daß der Führer außer Blick- und Hörweite gerate.

Diese Ausführungen werden mit Recht als nicht frei von Rechtsirrtum angegriffen. Nach dem Gesetz gilt das dem Jagdschutzberechtigten grundsätzlich eingeräumte Recht zur Tötung eines im Jagdbezirk außerhalb der Einwirkung seines Herrn betroffenen Hundes nicht, soweit dieser als einer der in § 40 Abs. 2 Nr. 2 S. 3 des Gesetzes aufgeführten Hunde „kenntlich“ und solange er vom Berechtigten zu seinem (des Hundes) „Dienst verwandt“ wird oder sich „aus Anlaß des Dienstes vorübergehend der Einwirkung seines Führers entzogen“ hat. Bei einem Streit darüber, ob für einen vom Jagdschutzberechtigten im Jagdbezirk getöteten Hund Schadensersatz zu leisten ist, trifft den Eigentümer des Hundes die Beweislast dafür, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Tötung nicht vorliegen haben (§ 40 Abs. 4 a. a. O.).

Berfehlt ist das angefochtene Urteil nun schon insofern, als es ohne weiteres feststellt, daß der getötete Hund durch seine Art — Deutsch-Drahthaar-Rüde — als Jagdhund „kenntlich“ gewesen und daß damit die erste Voraussetzung für den Ausschluß des Tötungsrechtes gegeben gewesen sei. Das BG. läßt die Frage offen, ob der Hilfsförster den Hund im Augenblick der Tötung als Jagdhund erkannt hat oder hätte erkennen müssen. Die Vorschrift, daß die vom Gesetz aufgeführten Hundarten „als solche kenntlich“ sein müssen, um des besonderen Schutzes aus § 40 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 teilhaftig zu werden, war in dem entsprechenden § 51 Abs. 1 b Pr. JagdG. v. 18. Jan. 1934 (GG. 13) noch nicht enthalten. Mit dem Einfügen der Vorschrift in das R. JagdG. wurde der Schutz der Hunde sichtlich weiter eingeschränkt. In dem von der Rev. angeführten Urteil des OLG. Kiel v. 3. Febr. 1936 (OJ. 1936, 1059) ist bei Anwendung der genannten Bestimmung des Pr. JagdG. (§ 51 Abs. 1 b) zutreffend ausgeführt, daß das Gesetz die Belange der Jagdberechtigten und der Allgemeinheit an der Sicherheit des Wildbestandes stark in den Vordergrund gestellt habe und daß es gerade auch gegen wildernde Jagdhunde einen starken Schutz gewähre. Dieser Schutz ist nun durch Einfügung der genannten zusätzlichen Vorschrift des Kenntlichseins offenbar absichtlich verstärkt worden. Zugleich sind damit die Belange der Hundebesitzer bewußt noch weiter zurückgestellt. Ist das aber der Fall, so muß der Rev. dahin zugestimmt werden, daß es für die Frage, ob ein Hund i. S. des § 40 Abs. 2 Nr. 2 S. 3 R. JagdG. als Jagdhund kenntlich war, nicht genügen kann, ob der Hund an sich seiner Art nach als Jagdhund erkannt werden kann, sondern darauf, ob nach den Gesamtumständen des einzelnen Falles der den Jagdschutz Ausübende bei gebotener Sorgfalt den Hund im Augenblick der Tötung als Jagdhund hat erkennen können. Nur bei solcher Auffassung der Gesetzesvorschrift wird man dem Willen des Gesetzes nach verstärktem Wild- und Jagdschutz gerecht. Es beruht also auf Rechtsirrtum, wenn das BG. es offen gelassen hat, ob der Hilfsförster den Hund des Kl. trotz der behaupteten Dämmerung in dem Fichtenbestande als Jagdhund noch hat erkennen können. Nicht zu billigen ist

es auch, wenn das BG. meint, der Hilfsförster hätte auf den Hund nicht mehr schießen dürfen, wenn es schon so dämmerig gewesen sei, daß er die Art des Hundes nicht mehr mit Sicherheit hätte erkennen können. Diese Auffassung verträgt sich nicht mit der erörterten Absicht der maßgebenden Gesetzesvorschrift. Bei ihrer Geltung wäre der vom Gesetz gewollte starke Jagdschutz nicht erreichbar. In der Dämmerung wildernde Hunde würden in aller Regel geschützt sein. Das kann nicht der Wille des Gesetzes sein.

Weiterer Feststellungen zu der Frage, ob danach der Hund als Jagdhund „kenntlich“ war, bedarf es aber nicht, da die Klage schon jetzt aus anderem Grunde abgewiesen werden muß. Denn auf Rechtsirrtum beruht das angefochtene Urteil auch insofern, als es annimmt, der Hund des Kl. habe sich bei der Verfolgung des Wildes „aus Anlaß des Dienstes“ der Einwirkung seines Herrn entzogen gehabt. Nach dem Tatbestande des angefochtenen Urteils war der Kl. damals mit seinem Hunde zu seiner Jagd „unterwegs“. Man muß danach annehmen, daß er seine Jagd mit dem Hunde zu jagdlichen Zwecken aufsuchen wollte, daß er seinen Jagdbezirk aber noch nicht erreicht hatte. Auf der dorthin führenden Straße führte er den Hund zunächst an der Leine und schnallte ihn dann ab, lediglich damit er sich lösen sollte. Zweifellos war der Hund zu dieser Zeit noch nicht „zu seinem Dienst verwandt“. Das hat auch das BG. nicht angenommen. Der „Dienst“ eines Jagdhundes kann erst im Jagdgebiet des Berechtigten beginnen (vgl. hierzu Ebner, „Das Jagdrecht“, Bd. 1, S. 95, Anm. 7 letzter Satz zu § 51 Pr.JagdG.). Die zweite, vom BG. als gegeben angenommene Alternative des § 40 Abs. 2 Nr. 2 S. 3 („aus Anlaß des Dienstes . . . entzogen“) setzt voraus, daß eine dienstliche Verwendung des Hundes vorausgegangen war. Zu denken ist hierbei hinsichtlich der Jagdhunde vor allem an die überjagenden Hunde, die, von ihrem jagdberechtigten Herrn auf die Fährte jagdbaren Wildes gesetzt, sich aus diesem Anlaß vorübergehend der Einwirkung ihres Herrn entziehen und dabei auf fremdes Jagdgebiet geraten. Davon kann hier aber keine Rede sein. Daß der Hund, den sein Herr außerhalb seines Jagdbezirks von der Leine nur deshalb frei gelassen hatte, damit er sich lösen sollte, nun gegen den Willen seines Herrn fremdes Wild zu hegen begann, war in keiner Weise durch seinen Dienst veranlaßt und hatte auch mit seinem Dienst noch nichts zu tun. Daß der Kl. sich gerade auf dem Weg zu seinem Jagdrevier befand und dort den Hund zur Jagd verwenden wollte, genügt nicht, um annehmen zu können, der Hund habe „aus Anlaß des Dienstes“ gewildert.

Fehlt es hiernach also auf jeden Fall an der (alternativ gefaßten) zweiten Voraussetzung der Ausnahmevorschrift, so kommt es auf die erste, noch ungeklärte (das Kenntlichsein des Hundes als Jagdhund) nicht weiter an. Das Tötungsrecht war nach dem vorl. Tatbestande gegeben. Danach kann von einer Amtspflichtverletzung des Hilfsförsters keine Rede mehr sein, womit der Klageanspruch enisfällt.

(RG., III. Zivilsen., U. v. 31. Aug. 1937, III 52/37.) [v. B.]

Anmerkung: Der Entsch. ist in allen Punkten zuzustimmen.

1. Das Urteil begründet die Klageabweisung in erster Linie damit, daß die in § 40 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 RJagdG. bestimmte Ausnahme von der allgemeinen Tötungsbefugnis nicht vorgelegen habe, weil der auf dem Wege zum Jagdbezirk seines Herrn befindliche Hund noch nicht im Dienst gewesen sei; er sei daher im Augenblick der Tötung weder von dem Jagdausübungsberechtigten zu seinem Dienste verwendet worden, noch habe er sich, da ja der Dienst noch gar nicht begonnen hatte, aus Anlaß des Dienstes vorübergehend der Einwirkung seines Führers entzogen. Diese Begründung begegnet keinerlei Bedenken. Der Dienst eines Jagdhundes besteht in der Verwendung bei der Jagdausübung und in der Abrichtung und Einarbeitung für diese Verwendung (OVG. Köln: DZ. 1937, 1394). So wenig nun eine Jagdausübung vorliegt, wenn der Berechtigte sich — wenn auch zur Jagd ausgerüstet — erst zum Jagdrevier begibt oder aus ihm zurückkehrt (vgl. RG.: DZ. 1935, 791; Mißschke-Schäfer, „RJagdG.“, Anm. 1 zu § 22 RJagdG.), ebensowenig liegt eine Verwendung des Jagdhun-

des bei der Jagd vor, wenn er sich in Begleitung seines Herrn auf dem Wege zum Revier oder aus dem Revier zurück befindet. Es darf in diesem Zusammenhang auch auf § 21 SchußwG. v. 12. April 1928 und auf § 2 Ziff. 5 WaffmißbrG. v. 28. März 1931 verwiesen werden, wonach die Inhaber von Jagdscheinen eines Waffenscheines oder einer behördlichen Ermächtigung nicht bedürfen zum Führen von Schuß-, Stieb- und Stoßwaffen „auf der Jagd . . . sowie auf den dazugehörigen Hin- und Rückwegen“; auch hier ist also die Jagdausübung in Gegensatz gestellt zu dem Gang zur Jagd und von der Jagd zurück und klar zum Ausdruck gebracht, daß Hin- und Rückweg noch nicht zur Jagdausübung gehören. Ein Jagdhund, der erst auf dem Wege zum Revier ist, kann auch, was die Tötungsbefugnis anlangt, nicht gut anders behandelt werden als ein Jagdhund, der von seinem Herrn auf irgendeinen Spaziergang mitgenommen wird und bei dem von einer Verwendung „zum Dienst“ keine Rede sein kann.

2. Aber auch die Auslegung, die das RG. dem in § 40 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 RJagdG. aufgestellten Erfordernis gibt, daß der Jagdhund, um unter die Ausnahmebestimmung zu fallen, als solcher kenntlich sein müsse, kann nur gutgeheißen werden. Es ist in der Tat so, daß der Gesetzgeber in § 40 den Schutz der Jagd über die Belange der Hundebesitzer gestellt hat. Man muß sich folgendes vor Augen halten: Der Gesetzgeber stand bei der Schaffung des § 40 a. a. O. vor der Tatsache, daß seine ganzen Bestrebungen, durch eine planvolle Beschränkung und Regelung des Abschusses (§ 37 RJagdG.), durch andere weitgehende Beschränkungen der Jagdausübung (§ 35 RJagdG.), durch Vorschriften über Wildfütterung (§ 33 RJagdG.) usw. einen artenreichen, kräftigen und gesunden Wildstand zu schaffen und zu erhalten, von vornherein zum Scheitern verurteilt sein würden, wenn es nicht gelänge, die ungeheuren Schäden abzuwenden, die dem Wildstand durch seine geborenen Feinde, die wildernden Hunde und Katzen, zugefügt werden. Um sich von dem Ausmaß des drohenden Schadens auch nur ein ungefähres Bild machen zu können, sei daran erinnert, daß allein in der Zeit v. 1. April 1935 bis 31. März 1936 im Reichsgebiet nicht weniger als 52 831 wildernde Hunde und 235 182 wildernde Katzen zur Strecke gebracht worden sind (vgl. Jahrbuch der deutschen Jägerschaft 1935/1936, Verlag Paul Parey, Berlin, S. 165). Jänner und immer wieder sind die Spalten der Jagdzeitschriften gefüllt mit Berichten über die schweren Verluste, die von — häufig gemeinsam — wildernden Hunden in diesem und jenem Revier in kürzester Zeit angerichtet worden sind. Dem Gesetzgeber blieb daher gar nichts anders übrig, als die Grenzen der Tötungsbefugnis der Jagdausübungsberechtigten so weit wie möglich zu ziehen; darüber hinaus ist neuerdings noch (durch Art. 23 der 2. Ausf. V. d. z. RJagdG. vom 5. Febr. 1937 [RGBl. I, 179]) dem Gerichte die Befugnis eingeräumt, dem wegen unbeaufsichtigten Umherlaufens eines Hundes oder einer Katze verurteilten Besitzer des Tieres eine Buße zum Ausgleich des angerichteten Schadens aufzuerlegen (vgl. § 60 Abs. 2 Ausf. V. d. z. RJagdG.). Diese Überlegungen zeigen, daß die in § 42 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 aufgestellten Ausnahmen nach dem Willen des Gesetzes eng ausgelegt werden müssen, wenn nicht der Zweck der Vorschrift, dem Jagdausübungsberechtigten ein wirksames Vorgehen gegen die Jagdschädlinge zu ermöglichen, vereitelt werden soll.

Daß es auf der anderen Seite dem Sinn der Vorschrift nicht entspricht, jeden außerhalb der Einwirkung seines Herrn im Jagdgebiet sich aufhaltenden Hund abzuschießen, bei dem die Voraussetzungen des Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 nicht vorliegen, ist schon wiederholt ausgesprochen worden. § 40 bedeutet eine gesetzliche Vermutung, daß ein unbeaufsichtigt umherlaufender Hund eine Gefahr für den Wildstand bedeutet; wo eine solche Gefahr aber nach den Umständen des Falles unzweifelhaft nicht besteht, ein Schutz der Jagd gegen den Hund also nicht in Frage kommt, mißbraucht der Jagdschutzberechtigte, der das Tier gleichwohl tötet, seine Befugnisse und handelt nicht mehr rechtmäßig. Das ist z. B. der Fall, wenn sich ein kleines, für das Wild offensichtlich ungefährliches Schußhündchen in das Jagdrevier verlaufen hat (vgl. Mißschke: DZ. 1936, 1061) oder wenn sich ein wertvoller Hund an einem

zwar im Jagdrevier gelegenen Ort befindet, an dem er aber der Jagd überhaupt nicht gefährlich werden kann (AG. München v. 7. Nov. 1936: „Der Deutsche Jäger“ 1936, 769). Mit Recht hat deshalb das Jägerhengericht Altenstein durch Art. v. 20. Febr. 1937 („Wild u. Hund“, 43. Jahrg. S. 148) einen Jäger (mit Entziehung des Jagdscheins) bestraft, der „in unmittelbarer Nähe des Gehöfts seines Vaters den jagdlich wertvollen Ferkel des K. vorsätzlich erschossen hat, obgleich ein begründeter Anlaß dazu nicht vorlag und der Angeeschuldigte die Tat ohne weiteres als unweidmännisch erkennen mußte“. Insbesondere liegt ein Mißbrauch der Tötungsbefugnis vor, wenn ein Jagdschutzberechtigter in einem solchen Falle unter dem Vorwand des Jagdschutzes das Tier töten würde, um dem Eigentümer Ärger zu bereiten.

3. Ergänzend darf noch auf folgendes hingewiesen werden. In dem vorl. Urteil heißt es: „Da der sog. Jagdnotstand in § 40 RJagdG. abschließend besonders geregelt ist, kann § 228 BGB. auf Notstandshandlungen der hier fraglichen Art keine Anwendung finden“. Dieser Satz darf nicht mißverstanden werden. Das RG. will nach dem Zusammenhang, in dem er sich findet, offensichtlich nicht sagen, daß, soweit es sich um die Tötung revierender Hunde oder Katzen zum Schutze der Jagd handelt, § 228 BGB. völlig ausscheide, vielmehr ist der Sinn des Ausspruches der, daß § 228 keine Anwendung finde, so weit die Tötungsbefugnis in § 40 RJagdG. geregelt ist. Dagegen ist dem § 228 sein Anwendungsgebiet für die Fälle gelassen, die nicht unter § 40 RJagdG. fallen. Hierher gehört freilich, wie OLG. Jena: JW. 1937, 1832¹⁰ zutreffend dargelegt hat, nicht der Fall, daß ein Jagdschutzberechtigter eine Katze tötet, die innerhalb des Bereichs von 200 m vom nächsten entfernten Haus wildert — nicht nur umherläuft —, denn die Befugnis hierzu ergibt sich bereits aus § 40 Abs. 1 RJagdG., wonach der Jagdschutz den Schutz des Wildes auch vor wildernden Hunden und Katzen umfaßt. Wohl aber bleiben für § 228 BGB. die Fälle übrig, in denen jemand, der nicht Jagdschutzberechtigter und auch nicht mit Abschußgenehmigung ausgestatteter Jagdgast ist (vgl. § 40 Abs. 3 RJagdG.), zum Schutze des Wildes gegen revierende Hunde oder Katzen einschreitet (vgl. u. a. OLG. Kiel: DZ. 1936, 1059).

OLGR. Dr. K. Schäfer, Berlin.

Zivilprozessordnung

**** 49. RG. — § 580 ZPO. Eine bewußt unwahre uneidliche Zeugenansage bildet keinen Restitutionsgrund nach § 580 Ziff. 3 ZPO. †)**

Die Parteien waren Eheleute. Ihre Ehe ist durch das Urteil v. 15. Nov. 1934 auf die Klage des Mannes wegen Ehebruchs der Frau mit dem als Zeugen vernommenen Max P. geschieden, die auf § 1568 BGB. gestützte Scheidungswiderklage der Frau dagegen abgewiesen worden. Das Urteil ist mit der Verkündung rechtskräftig geworden. Die Verklagte und Widerklägerin hat am 14. Dez. 1936 die auf § 580 Nr. 3 ZPO. gestützte Restitutionsklage eingereicht. Sie beantragte, das Urteil des OLG. aufzuheben, die Klage abzuweisen und der Widerklage stattzugeben. Das OLG. hat die Restitutionsklage als unzulässig verworfen, das RG. die Rev. zurückgewiesen.

Die Klage ist darauf gestützt, daß durch die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung im Scheidungsverfahren, auf welche das Scheidungsurteil des BG. gegründet sei, Alfred K. sich einer vorsätzlichen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht habe und deshalb rechtskräftig verurteilt worden sei. Der hierzu vom OLG. festgestellte Sachverhalt ist folgender.

Das LG. hatte die zeugenmäßige Vernehmung des K. über folgende Fragen angeordnet:

3. Unterhielt die Vell. mit dem Max P. ein Liebesverhältnis? Kam es zwischen ihnen zum Geschlechtsverkehr und zu Zärtlichkeiten?

K. wurde hierüber uneidlich als Zeuge durch den ersuchten Richter vernommen, zu den Fragen unter 3 auch Max P. Ersterer bejahte die Fragen zu 3 unter Schilderung der einzelnen Vorgänge, P. verneinte sie. Das Prozeßgericht beschloß,

daß P. unter nochmaligem Vorhalt der Aussage des K. zu vereidigen sei. Bevor ihm dieser Beschluß zuging, reichte der Ehefrau einen Schriftsatz vom 23. Nov. 1933 ein, der mit folgendem eingeleitet wurde:

„In Sachen usw. wird seitens des Klägers im Hinblick auf die Absicht des Gerichtes, die beiden Zeugen . . . gegenüberzustellen und im Anschluß daran Beschluß über die Vereidigung zu fassen, noch folgendes zur Vorbereitung des Termins, in dem die Gegenüberstellung stattfinden und über die Vereidigung gegebenenfalls beschlossen werden soll, vorgetragen.“

Nach Erörterung der Beweislage heißt es dann:

„Um die schweren Bedenken, die gegen eine Vereidigung des Zeugen P. bestehen, noch zu verstärken und um dem Gericht die Richtigkeit der diesseitigen Darstellung in höchst möglichem Maße glaubhaft zu machen, wird in der Anlage überreicht . . . 2. eidesstattliche Versicherung des Alfred K. vom 23. Nov. 1933. Daß K. sich in der Angabe eines Datums beirrtigt, zeigt, mit welcher Sorgfalt der Zeuge K. seine Zeugenpflicht erfüllt.“ Die eidesstattliche Versicherung war beigelegt.

Nachdem der Zeuge P. nochmals uneidlich und alsdann noch weitere Zeugen vernommen waren, beschloß das Prozeßgericht in der Sitzung vom 27. Febr. 1934, die Zeugen P. und K. zu vereidigen. Nachdem sie dann wiederholt vernommen waren, wurde P. vereidigt, während von der Vereidigung K.s abgesehen wurde. Das LG. wies darauf Klage und Widerklage ab, wobei es die Aussagen der beiden genannten Zeugen als etwa gleichwertig und den Beweis für die von K. befundeten Tatsachen, darunter den Ehebruch mit der Vell., als nicht erbracht bezeichnete.

In der Berufungsbegründung verwies der Kl. bei Erörterung der Glaubwürdigkeit des Zeugen K. auf dessen eingereichte eidesstattliche Versicherung. Die Beweisaufnahme wurde im Berufungsverfahren verbollständigt, u. a. durch eidliche Vernehmung des Zeugen K. über neue Behauptungen. Im BU. sind als vorgetragen bezeichnet das Urteil erster Instanz nebst den darin in Bezug genommenen Beweisprotokollen und sonstigen Urkunden. Als solche sind im landgerichtlichen Urteil die sämtlichen Schriftsätze angeführt.

Nach der dem BU. gewordenen Begründung hat das BG. die Ehe nur wegen des Ehebruchs der Vell. mit P. geschieden. Es hat ihn bei Würdigung der Aussagen anderer Zeugen zunächst unter Ausschaltung der Befundungen des K. als sehr wahrscheinlich gemacht bezeichnet und „unter diesen Umständen“ kein Bedenken getragen, dem Zeugen K. Glauben zu schenken, und deshalb den Ehebruch als voll bewiesen erachtet.

K. ist später in einem gegen P. wegen Meineids eingeleiteten Strafverfahren als Zeuge eidlich gehört und wegen des hierdurch geleisteten Meineids und wegen falscher Abgabe der hier zur Erörterung stehenden eidesstattlichen Versicherung vom 23. Nov. 1933 zu Strafe rechtskräftig verurteilt worden.

Das OLG. hat die erhobene Restitutionsklage als unzulässig verworfen, weil das BU. nicht auf die Vereidigung eines Zeugnisses des K. gegründet sei (§ 580 Nr. 3 ZPO.). Eine eidesstattliche Versicherung bilde nur dann einen Restitutionsgrund, wenn das Gesetz nur die Glaubhaftmachung fordere (§ 294 ZPO.) oder wenn es sich um den Ersatz der Zeugenansage gemäß § 377 Abs. 3 und 4 ZPO. handle. Keiner dieser Fälle liege vor. Bloße schriftliche Erklärungen dritter Personen über ihre Handlungen und Wahrnehmungen seien, auch wenn sie an Eides Statt versichert wären, von der Benutzung für die Urteilsfindung ausgeschlossen. Auch sei der Hinweis der Restitutionsklägerin nicht durchgreifend, die eidesstattliche Versicherung habe für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Zeugen K. mindestens einen „Beweisfaktor“ gebildet und bilden müssen, weil wenigstens in Scheidungsprozessen die Einreichung eidesstattlicher Versicherungen zur Unterstützung uneidlicher Aussagen üblich sei. Allerdings sei das LG. zur Entgegennahme der eidesstattlichen Versicherung zuständig gewesen. Dabei habe es sich aber nur um eine „Verfahrensmäßigkeit“ gehandelt bei der Entsch., ob der Zeuge P. zu vereidigen sei oder nicht. Dagegen habe für die spätere Würdigung des Beweisergebnisses, insbes. für die Beantwortung der Frage, ob die uneidliche Aus-

sage K. S. oder die eidliche des Zeugen B. größeren Glauben verdiene, die eidestattliche Versicherung des K. keine Rolle mehr spielen können. Dafür, daß das BG. ihr gleichwohl Beweiswert beigemessen habe, sei kein Anhaltspunkt vorhanden.

Die hiergegen erhobenen Revisionsangriffe können im Ergebnis keinen Erfolg haben.

Begründet i. S. des § 580 Nr. 3 ZPO. würde das im Scheidungsverfahren erlassene BU. auf die eidestattliche Versicherung nur dann sein können, wenn diese die getroffene Entsch. allein oder wenigstens mitbestimmt hätte. Das ist nach der Annahme des OLG. nicht der Fall. Bedenken sind dagegen nicht zu erheben. Die Begründung des BU. ergibt deutlich, daß die eidestattliche Versicherung bei der Bildung der richterlichen Überzeugung außer Betracht geblieben ist. Allerdings hätte die Tatsache, daß der mehrfach als Zeuge vernommene K. die Wichtigkeit seiner ersten uneidlichen Bekundung an Eides Statt versichert hatte, für die Bewertung der Zuverlässigkeit dieser Aussage von Bedeutung sein können. Diese Zuverlässigkeit hat das BG. aber schon aus anderen Tatsachen entnommen, wie sie sich aus der Begründung des Urteils ergeben. Es bedurfte dann keiner Berücksichtigung der eidestattlichen Versicherung mehr. Der Rev. ist nicht zu folgen, wenn sie eine Vermutung für ihre Verwertung aufstellen und gar aus dem gewonnenen Ergebnis die letztere ableiten will.

Der Parteivortrag gibt Anlaß, noch dazu Stellung zu nehmen, ob auch eine bewußt unwahre Zeugenaussage einen Restitutionsgrund nach § 580 Nr. 3 bilden kann. Denn wenn auch die Restitutionsklägerin sich zur Begründung ihrer Klage ausdrücklich nur auf die eidestattliche Versicherung des Zeugen K. berufen hat, so hat sie weiter doch beim Vortrag des Sachverhalts auch die uneidlichen Bekundungen des Zeugen zum Gegenstande der Klagebegründung gemacht und es würde in das Gebiet der rechtlichen Würdigung fallen, wenn daraus das Vorhandensein eines unter § 580 Nr. 3 fallenden Restitutionsgrundes hergeleitet werden könnte. Die zur Erörterung gestellte Frage ist indes zu verneinen. Das Gesetz hat die Restitutionsklage in sorgfältiger Einzelregelung auf bestimmte Fälle beschränkt. Zu ihnen gehört die nachträglich als bewußt unwahr festzustellende uneidliche Zeugenaussage nicht. Der in anderen Punkten geänderte § 580 ZPO. ist insoweit durch die Novelle zur ZPO. vom 27. Okt. 1933 unberührt geblieben, obwohl sein Anwendungsgebiet durch die gleichzeitige Beseitigung des grundsätzlichen Erfordernisses der Beeidigung von Zeugenaussagen erheblich eingeschränkt wurde (§ 391 ZPO.). Es würde eine nicht tragbare Rechtsunsicherheit begründen, wollte man aus dem allgemeinen Streben nach Gerechtigkeit schließen, daß der Gesetzgeber es den Gerichten habe überlassen wollen, die dem Gesetz zugrunde liegenden Gedanken bei einem Rechtsbehelf fortzuentwickeln, der einer genauen gesetzlichen Abgrenzung nicht entzogen kann, zumal § 581 das besondere, bei uneidlicher Aussage nicht zu erfüllende Erfordernis strafrechtlicher Verurteilung aufstellt. Es würde sich dabei nicht mehr um eine sinnmäßige Auslegung des Gesetzes, sondern um seine Ausdehnung auf Fälle handeln, die der Gesetzgeber trotz ihrer Kenntnis sich nicht entschlossen hat als Restitutionsgründe anzuerkennen.

Für eine Anwendung des § 580 Nr. 4 ZPO. bietet der vorgetragene Sachverhalt keine Unterlage.

(RG., IV. Zivilsen., U. v. 30. Sept. 1937, IV 114/37.) [2.]

Anmerkung: I. Das vorliegende Urteil nimmt zu einer Frage Stellung, welche für die Durchsetzung der Gerechtigkeit in der Zivilrechtspflege von wesentlicher Bedeutung ist. Da seit der Novelle v. 27. Okt. 1933 die meisten Zeugen in den Zivilprozessen nur noch uneidlich vernommen werden, so ist selbst bei größter Wahrheitsverletzung eine Wiederaufnahme des Zivilprozesses auf dem Wege über ein Strafverfahren gegen die Zeugen nur selten möglich. Nur für die Vermögensstreitigkeiten kommt hier der Weg über ein Verfahren wegen Prozeßbetruges in Betracht (vgl. darüber Siegert: JW. 1936, 3495 und 1937, 208). Im vorliegenden Falle muß dieser Weg aber ausscheiden, da der klagende Zeuge im Ehescheidungsprozeß keine Vericherungsabsicht zu verfolgen pflegt und auch die richterliche Eheschei-

dung nicht als Vermögensverfügung angesehen werden kann. Die Möglichkeit einer Wiederaufnahme wegen falscher uneidlicher Zeugenaussagen bei Nichtvermögensstreitigkeiten hängt daher ausschließlich von der Frage ab, ob hier eine Wiederaufnahme des Zivilprozesses ohne die Zwischenschaltung eines Strafverfahrens möglich ist. Das RG. hat in der vorliegenden Entsch. zu dieser Frage erstmalig Stellung genommen; es hat sie verneint. In gleicher ablehnender Richtung liegt eine Entsch. des OLG. Potsdam (JW. 1936, 3494) und ein Aufsatz von Weigelin (JW. 1937, 207). Gegen beide habe ich Stellung genommen (JW. 1936, 3495 u. 1937, 208) und habe schon für das geltende Recht eine Fortentwicklung gefordert. Diese Forderung möchte ich angesichts der vorliegenden Entsch. mit Nachdruck wiederholen.

Das RG. beruft sich, wie schon das OLG. Potsdam, vor allem auf das Schweigen des Gesetzgebers v. 27. Okt. 1933. Vor einer Verallgemeinerung dieses argumentum e contrario kann nicht nachdrücklich genug gewarnt werden (vgl. dazu jüngstens Klee: MadZ. 1937, 696 f.). Seine Durchführung würde jeden Fortschritt der Rechtsmodernisierung lähmen. Der Führer gibt den Willen zu einer Erneuerungsmaßnahme nicht deshalb kund, damit die weitere Entwicklung stehenbleibe, sondern damit sie fortschreite. Der Gesetzgeber denkt oft nicht an alle negativen Rückwirkungen seiner Entscheidungen oder er kann die künftige Entwicklung nicht voraussehen. Er läßt oft bewußt Lücken, um die Entwicklung offenzuhalten. Gerade im nationalsozialistischen Umbruch des Rechts, bei der gesteigerten Verantwortung des Richters ist stets hieran zu denken. Das Gerechtigkeitsstreben und die innere Autorität der Gerichte erfordern aber, eine auf Täuschung aufgebaute Entscheidung nach Möglichkeit zu beseitigen.

Der geeignete Weg hierfür ist eine entsprechende Anwendung des § 580 Ziff. 3 ZPO. An Stelle der früheren eidlichen Zeugenvernehmung ist heute als Regel die uneidliche Vernehmung getreten. Wenn schon früher das Gerechtigkeitsstreben den Gesetzgeber bewog, ein auf Lügen aufgebautes rechtskräftiges Urteil zu beseitigen, so muß das erst recht heute gelten, wo an die Stelle der formalen Autorität die innere, sachliche Autorität getreten ist.

Bei jüngemäßer Anwendung des § 580 Ziff. 3 ZPO. muß das Erfordernis vorausgehender strafgerichtlicher Verurteilung des Zeugen entfallen. Gegen eine zügellose Ausweitung der Restitutionsklage schützt aber schon die Einmonatsfrist in § 586 ZPO. und die Vorschrift in § 582 ZPO., wonach ein Wiederaufnahmegrund nicht geltend gemacht werden kann, wenn er schon im bisherigen Verfahren vorgebracht werden konnte. — Mit § 580 Ziff. 3 kann daher ohne Gefährdung der Rechtsicherheit die Gerechtigkeit durchgesetzt werden.

II. Die Ungerechtigkeit der vom RG. gebilligten Entsch. und die Notwendigkeit einer entsprechenden Anwendung von § 580 Ziff. 3 ZPO. wird durch die besonderen Umstände des vorliegenden Falles noch besonders unterstrichen. Das angefochtene Urteil stützt sich maßgeblich auf die Aussage eines Zeugen, der wegen nachträglichen Meineides über andere Behauptungen und wegen Abgabe einer falschen eidestattlichen Versicherung über den unmittelbaren Gegenstand seiner uneidlichen Zeugenvernehmung rechtskräftig verurteilt worden ist. Das Zivilurteil, welches diesen Zeugen für glaubwürdig erklärt, steht also zu dem Strafurteil in schroffem Widerspruch. Meines Erachtens ist dies für die Rechtsicherheit viel abträglicher als die formale Aufrechterhaltung eines offenkundig falschen Urteils — von der Gerechtigkeit ganz zu schweigen.

III. Das RG. hätte aber m. E. auch von seinem zu I. besprochenen Standpunkt aus dies höchst unerfrenliche Ergebnis vermeiden können. Es hätte sich die Möglichkeit verschaffen können, unter wortgetreuer Auslegung des § 580 Ziff. 3 ZPO. zu einer Wiederaufnahme und damit zu einer gerechten Entscheidung zu gelangen.

RG. und OLG. nehmen zwar an, daß die falsche uneidliche Aussage des Zeugen K. von wesentlicher Bedeutung für die Entscheidung des Prozesses gewesen sei. Sie lehnen aber die Annahme ab, daß hierbei die eidestattliche Versiche-

zung der Aussage eine Rolle gespielt habe. Meines Erachtens ist diese Stellungnahme bedenklich. Denn trotz des Schweigens der Urteilsgründe des OVG. im Hauptprozeß ist es durchaus möglich, daß die eidesstattliche Versicherung bei der Bildung der richterlichen Überzeugung eine Rolle gespielt hat. Hierfür spricht insbesondere, daß nach der Gegenüberstellung der Zeuge P. vereidigt worden ist, der Zeuge R. aber unvereidigt geblieben ist.

Besteht aber nur die Möglichkeit, daß die eidesstattliche Versicherung mitberücksichtigt worden ist, so kann das Urteil auf ihr mit beruhen. Das muß aber für die Revisionsinstanz genügen. Ebenso wie bei der Revision die Möglichkeit einer Kaufalität der Gesetzesverletzung genügt (vgl. Jonas, „ZPD.“, 14. Aufl., § 549, V mit dort angeführter Entsch.), muß auch bei § 580 Ziff. 3 die Möglichkeit der Kaufalität genügen. Der Nachweis zwingender Ursächlichkeit wäre eine probatio diabolica.

Das RG. hätte also in jedem Falle den hier vorliegenden Widerspruch zwischen zwei gerichtlichen Entscheidungen und die Ungerechtigkeit des Ergebnisses vermeiden können. Gegen die vorliegende Entsch. bestehen aber sowohl hinsichtlich der Begründung wie hinsichtlich des Ergebnisses erhebliche Bedenken.

Prof. Dr. Karl Siegert, Göttingen.

Reichsfinanzhof

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

50. § 40 UrkStG. Bei einer Versteigerung i. S. von § 40 UrkStG. ist der sich aus der Niederschrift über die Versteigerung ergebende Gesamterlös steuerpflichtig.

Streitig ist, ob bei Versteigerungen einer öffentlichen Pfandleihanstalt die Urkundensteuer nach dem sich aus der Niederschrift über die Versteigerung ergebenden Gesamterlös oder von den Einzelerlösen der versteigerten Gegenstände unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 Ziff. 1 UrkStG. zu berechnen ist.

Die Vorbehörden haben die Steuerpflicht im ersteren Sinne bejaht.

Die R. Beschw. des Oberbürgermeisters ist unbegründet.

Nach § 1 Ziff. 1 UrkStG. unterliegen die in diesem Gesetz bezeichneten Rechtsgeschäfte und sonstigen Rechtsvorgänge (§§ 12 bis 44 UrkStG.) der Urkundensteuer, wenn über sie im Inlande eine Urkunde errichtet worden ist. In diesem Sinne sind nach § 40 Abs. 1 Versteigerungen allgemein steuerpflichtig. Die Steuerpflicht entsteht, soweit es sich nicht um eine gerichtliche Zwangsversteigerung handelt, mit Errichtung der Niederschrift über die Versteigerung (§ 40 Abs. 2 Ziff. 2 UrkStG.). Zur Klärung der hier zur Entsch. stehenden Frage bedarf es zunächst der Bestimmung des Begriffes „Versteigerung“ i. S. des § 40 UrkStG. Wie in der Begründung zum Gesetz (RSBl. 1936, 511) näher dargestellt ist, hat sich das Gesetz hinsichtlich der Besteuerung der Versteigerungen grundsätzlich dem PrStempStG. angeschlossen. Nach der hier in Betracht kommenden Tarifstelle 3 des PrStempStG. sind Auktionen, d. h. Beurkundungen von Versteigerungen von nicht zu den unbeweglichen Sachen gehörigen Gegenständen grundsätzlich steuerpflichtig. Die Stempelabgabe war abweichend von dem Urkundenstempel für Verträge nicht auf die Beurkundung der einzelnen Veräußerungsgeschäfte, aus denen sich die Auktion zusammensetzte, sondern auf die schriftliche Darlegung des Gesamtverlaufes der Versteigerung gelegt. In der Tarifvorschrift heißt es nämlich, daß der Stempel von dem Gesamterlös, d. h. der Summe derjenigen Gebote, für welche die einzelnen versteigerten Gegenstände zugeschlagen wurden, abzüglich der Kosten zu erheben sei. Hierbei machte es keinen Unterschied, ob die Versteigerung für Rechnung oder auf Veranlassung verschiedener Personen stattfand. Die Anwendbarkeit der Stempelsteuerbefreiung des § 4 Abs. 1 a PrStempStG. auf die Steuerpflicht der Versteigerung hing deshalb auch nicht davon ab, welchen Erlös die einzelnen zur Versteigerung gelangten Gegenstände erbracht hatten, sondern davon, ob der Gesamterlös nach Abzug der

Kosten 150 R.M. überstiegen hatte oder nicht (siehe Erläuterungsbücher zum PrStempStG. von Hummel-Specht, Bemerkung 38 zu Tarifstelle 9 S. 534 und 538 und Loed-Giffler, Bemerkung zu Tarifstelle 9 S. 175).

Der Begriff „Versteigerung“ muß für das UrkStG., dem das PrStempStG., wie bereits erwähnt, als Vorbild gedient hat, ebenso ausgelegt werden. Auch das UrkStG. besteuert die Versteigerung als besonderen Rechtsvorgang. Die Entstehung der Steuerpflicht setzt gleichfalls die Errichtung einer Niederschrift über die Versteigerung als solche voraus. Hieraus muß aber gefolgert werden, daß der gesamte einheitliche Versteigerungsvorgang, wie er in der Niederschrift seinen Niederschlag gefunden hat, den Gegenstand der Besteuerung bildet und nicht etwa die einzelnen Rechtsakte, aus denen sich der in der Niederschrift wiedergegebene Versteigerungsvorgang zusammensetzt. Das bedingt aber weiter, daß die in Abschnitt 1 der Allgemeinen Bestimmungen stehende Vorschrift des § 10 Abs. 1 UrkStG., wonach, wenn mehrere steuerpflichtige Rechtsgeschäfte in einer Urkunde enthalten sind, die Steuer für jedes Rechtsgeschäft erhoben wird, im Rahmen des besonderen Steuertatbestandes des § 40 nicht zur Anwendung kommen kann. Die Besteuerung muß also wie im PrStempStG. nach dem in der Niederschrift über die Versteigerung erzielten Gesamterlös berechnet werden. Nur soweit dieser selbst unter der Grenze von 150 R.M. ist, tritt sachliche Steuerbefreiung nach § 4 Abs. 1 Ziff. 1 ein. Ob die Einzelerlöse für die versteigerten Gegenstände unter dieser Grenze liegen, ist unerheblich. Mit der hier entwickelten Auffassung stehen im Einklang die Erläuterungsbücher zum UrkStG. von Boruttau, Bem. 4 zu § 40 UrkStG. und Kullat, Bemerkung 5 zu § 40 UrkStG. Ob die Steuer dadurch, wie die R. Beschw. meint, leicht umgangen werden kann, daß über jeden einzelnen Gegenstand eine besondere Niederschrift aufgenommen wird oder eine Niederschrift über die Versteigerung überhaupt unterbleibt, braucht hier nicht erörtert zu werden. Die gegenteilige Auffassung der R. Beschw. über die Besteuerung der Versteigerung läßt sich auch nicht aus § 40 Abs. 5 Ziff. 2 herleiten, wonach bei einer nichtgerichtlichen Versteigerung der Versteigerer und sein Auftragsgeber Steuerschuldner sind. Der Umstand, daß ein Auftragsgeber, der z. B. einen Gegenstand im Werte von nicht mehr als 150 R.M. hat versteigern lassen, als Steuerschuldner für die Steuerschuld haftbar gemacht werden kann, bedingt nicht, daß deshalb auch die Einzelerlöse den Gegenstand der Besteuerung bilden müßten.

(RFG., 2. Sen., Urf. v. 8. Okt. 1937, II A 79/37 S.)

*

× 51. §§ 1 Nr. 3, 4 Abs. 2 WechsStG. 1935. Übergibt ein Kreditnehmer bei Diskontierung eines Wechsels dem Kreditgeber noch mehrere Wechselakzepte mit der Vereinbarung, daß der Kreditgeber sie bei Verlängerung des Kredits vervollständigen darf, so werden die Akzepte mit der Aushändigung an den Kreditgeber wechsellsteuerpflichtig. Werden sie später nicht benutzt oder verringert sich der Kredit gegenüber der eingetragenen Wechselsumme, so besteht kein Erstattungsanspruch. †)

Die R.-Bank hat im Mai 1933 für die Gewährung von Diskontkrediten zur Flüssigmachung von Osthilfeentschuldungsbriefen „Allgemeine Bedingungen“ aufgestellt. Nach diesen wird der Kredit im Anspruch genommen durch Einreichung eines Wechsels, der von dem Kreditnachenden angenommen und an die Order der Bank gestellt ist; der Wechsel muß eine Laufzeit bis zu 3 Monaten haben; die Ausstellerunterschrift gibt die Bank. Diese diskontiert den Wechsel; zur Sicherung des Kredits sind ihr die Entschuldungsbriefe zu übereignen. In Nr. 6 der Bedingungen heißt es:

Die Bank ist grundsätzlich bereit, den Diskontkredit bis zu dem Termin, an dem die Tilgung der sicherungsweise übereigneten Entschuldungsbriefe durch Auslösung oder Rückkauf erfolgt, zu prolongieren. Um das Prolongationsverfahren möglichst zu vereinfachen, sind gleichzeitig mit dem Erst-Wechsel die für die voransichtliche Laufzeit des Kredits erforderlichen Prolongationswechsel mit einzureichen. Die Zahl der Prolongationsabschnitte bestimmt die Bank. Auf diese Abschnitte finden die Bestimmungen der Ziff. 3 entsprechende Anwendung mit der Maßgabe, daß die Ausstellungs- und Verfalldaten unausgefüllt bleiben; die Bank ist ermächtigt, die Ausfüllung dieser Daten vorzunehmen. Sie verpflichtet sich, jeweils bei Ablauf des Vorwechsels nur einen Wechsel mit den entsprechenden Daten auszufüllen und als Kreditunterlage zu verwenden. Die übrigen Prolongationsabschnitte werden jeweils bis zur Ausfüllung des neuen Abschnitts treuhänderisch von der Bank verwahrt. Ein Rechtsanspruch auf Prolongation besteht gegenüber der Bank nicht.

Nr. 7 Abf. 2:

Nach Einlösung des Wechsels werden die übereigneten Entschuldungsbriefe dem Darlehnsnehmer zusammen mit dem entwerteten Wechsel und den nicht verbrauchten Prolongationsabschnitten zurückgegeben.

Auf Grund dieser Bedingungen hatte der Beschw. im Jan. 1934 einen Diskontbrief von 45 000 *R.M.* von der Bank erhalten und ihr 20 Wechselakzpte, je auf 54 100 *R.M.* lautend, übergeben, von denen eines als Erst-Wechsel, die übrigen als Prolongationswechsel dienen sollten. Zu den Akzepten sind Wechselordrücke der Bank benutzt; in Abweichung von den Allgemeinen Bedingungen ist auf allen der 30. Jan. 1934 als Ausstellungstag eingetragen. Jedes Stück wurde im Jan. 1934 mit 45,10 *R.M.* veräußert. Die Bank verlängerte den Kredit vierteljährlich und vervollständigte jeweils ein Akzept durch Vollziehung der Aussteller-Unterschrift und Eintragung der Verfallszeit. Durch Auslosung eines Teiles der übereigneten Entschuldungsbriefe verminderte sich der Kredit auf 34 900 *R.M.*, später 34 500 *R.M.* und wurde früher als zunächst erwartet vollständig abgelöst; der Beschw. erhielt 14 nicht benutzte Akzpte zurück. Im Dez. 1935 beantragte er Erstattung der Steuer für die 14 unbenutzten Stücke (631,40 *R.M.*) und der Steuer, soweit sie bei den benutzten Stücken auf die eingelösten Kreditbeträge entfällt (41,80 *R.M.*), zusammen 673,20 *R.M.*

Die Vorinstanzen haben den Antrag mit Recht abgelehnt. Nach § 2 WechsStG. 1930 ist als Wechsel i. S. des WechsStG. auch eine Schrift anzusehen, die nicht alle wesentlichen Erfordernisse eines Wechsels enthält, wenn sie einem anderen mit der Ermächtigung übergeben wird, die fehlenden Erfordernisse zu ergänzen. Wie Nr. 6 der Allgemeinen Bedingungen der Bank unzweifelhaft ergibt, haben die Beteiligten eine solche Ermächtigung für die Bank bei Übergabe der 20 Akzpte an sie vereinbart. Wenn die Bank den Kredit verlängert, kann sie unabhängig von dem Willen des Beschw. von der Ermächtigung Gebrauch machen, eben weil die Ermächtigung schon bei Übergabe der Akzpte vereinbart worden ist. Der Beschw. kann die Akzpte nicht etwa jederzeit von der Bank zurückverlangen, wie es bei einer bloßen Verwahrung der Fall sein würde (§ 695 BGB.). Die Bank kann vielmehr gemäß jener vereinbarten Ermächtigung von ihnen Gebrauch machen. Diese Vereinbarung macht die Akzpte zu Wecheln i. S. des § 2 und macht ihre Übergabe an die Bank zur Aushändigung i. S. des § 5. Die Steuer-schuld für alle Stücke ist daher im Jan. 1934 entstanden.

Der RFG. hat schon in ähnlichen Fällen die Steuerpflicht bejaht (Entsch. des RFG. II A 1153/24 v. 24. Febr. 1925; StW. 1925 Nr. 337; RFG. II A 57/26 v. 23. März 1926; StW. 1926 Nr. 357 = Kartel, Rechtspr. 3 und 4 zu § 2 WechsStG.). In dem letztgenannten Urteil wird ausgeführt, daß die Vorschrift des § 2 gerade mit Rücksicht auf Fälle dieser Art hinzugefügt worden ist; wollte das Gesetz Anspruch auf die Wechselsteuer nur erheben, so wäre § 2 vollständig überflüssig. Damit erledigt sich auch der Einwand des Beschw., daß die Befreiung der Steuerpflicht sich nicht mit dem Rechtsempfinden und den Grundfäden einer materiell gerechtfertigten Besteuerung vereinbare.

Auch die nachträgliche Verringerung der Kreditsumme rechtfertigt nicht die Erstattung der darauf entfallenden Steuer. Die Steuerschuld ist, wie dargelegt, mit Übergabe der Akzpte an die Bank im Jan. 1934 entstanden; die in diesem Zeitpunkt eingetragene Wechselsumme von 45 100 *R.M.* ist daher der Besteuerung zugrunde zu legen.

Die gleiche Entsch. würde nach der neuen Fassung des WechsStG. v. 2. Sept. 1935 zu treffen sein (vgl. §§ 1 Nr. 3, 4 Abf. 2).

(RFG., 2. Sen., Ur. v. 13. Aug. 1937, II A 302/36 S.)

Anmerkung: Da das WechsStG. nach seinem Zweck formell auszulegen ist, so konnte das Urteil nicht anders ausfallen. Entstanden ist allerdings die steuerliche Last durch die Bedingungen der Bank, die zur „Vereinfachung“ des Prolongationsgeschäfts sich die sämtlichen Prolongationswechsel von vornherein einreichen ließ. Es ist zu hoffen, daß die Banker das Urteil zum Anlaß nehmen, von diesem unzuweckmäßigen Verfahren abzusehen und es den Wechsel-schuldner zu überlassen, ihnen die Prolongationspapiere jeweils rechtzeitig vor der Fälligkeit der alten Wechsel einzulösen. Das Ergebnis des Urteils entspricht nicht dem wirtschaftlichen Zweck des Gesetzes, aber dieser wirtschaftliche Zweck ist hier nicht durch die Steuerbehörde, sondern durch die Beteiligten selbst gestört worden

RN. Dr. De l b r ü c k, Stettin.

*

× 52. §§ 1, 2 Abf. 1, 6 Abf. 1 VerStG. Die Beiträge an einen Verein, der seinen Mitgliedern Rechtsberatung und Erstattung der Prozesskosten gewährt, unterliegen in voller Höhe der Versicherungssteuer. f)

Mitglieder des beschwerdeführenden V.-Vereins sind Rec-der; die Leistung des Vereins besteht in Rechtschutz (Rechtsbera-tung und Prozeßführung); hat der Verein einen Rechtsstreit vor-behaltenlos übernommen, so trägt der Verein im Verlustfall alle Kosten. Die Mitglieder zahlen Beiträge nach Größe und Zahl der angemeldeten Schiffe. Die Vorinstanzen sehen das Rechtsverhält-nis zwischen dem Verein und seinen Mitgliedern als Rechtschutz-oder Prozesskostenversicherung an und haben die Mitgliedsbeiträge nach dem Satz von 5 % zur Versicherungssteuer herangezogen (§§ 1, 2 Abf. 1, 6 Abf. 1 VerStG. 1922). Sie berufen sich auf das Urteil des RFG. II A 578/27 v. 13. Jan. 1928, Kartel, Rechtsprüche 5 bis 7 zu § 1 VerStG.

Der Beschw. wendet ein, er übe die Tätigkeit eines ge-meinsamen Syndikus seiner Mitglieder aus; hieraus erwachse orga-nisch die Erstattung der Kosten, die damit der Selbständigkeit ent-behre, die zum Vorliegen einer Versicherung erforderlich sei. Die rechtsberatende Tätigkeit überwiege; in dem hier fraglichen Ge-schäftsjahr 1934 hätten die erstatteten Anwalts- und Prozesskosten nur 16 600 *R.M.* betragen gegenüber 35 000 *R.M.* allgemeinen Un-kosten. Allenfalls könnte nur ein Betrag in Höhe der erstatteten Kosten gemäß § 7 Abf. 4 VerStG. der Versicherungssteuer unter-worfen werden.

Diesen Ausführungen kann nicht zugestimmt werden. Die Tätigkeit des Beschw. unterscheidet sich grundsächlich nicht von der eines Unternehmens, das Prozesskostenversicherung betreibt. Diese ist ein im Rechtsverkehr anerkannter Versicherungszweig (vgl. z. B. die Allgemeinen Bedingungen einer solchen Versicherung in den RuffstPrivVerf. 1936, 106). Auch der Prozesskostenversicherer ge-währt in erster Linie Rechtschutz (Rechtsberatung und Prozeßfüh-rung). Er darf Vergleichsverhandlungen führen und kann die Übernahme von Prozessen, die er für aussichtslos hält, ablehnen, so daß auch bei ihm die Kostenerstattung der weniger häufige Fall ist. In dem erwähnten Rechtsstreit II A 578/27 hat der dort be-schwerdeführende Verein ebenfalls eingewendet, daß es infolge sei-ner rechtsberatenden und vermittelnden Tätigkeit noch nicht zu einer Kostenerstattung gekommen sei. Gleichwohl kann auch dort an dem Vorliegen einer Versicherung nicht gezweifelt werden.

Nun ist zuzugeben, daß zum Unterschied von der vorl. Sache in dem Fall II A 578/27 die Rechtsbeziehungen zwischen dem Verein und seinen Mitgliedern auch der Form nach eindeutig als Versicherung gestaltet sind. Es kann aber dahingestellt bleiben, ob die Vereinbarung zwischen einer Anzahl von Berufsgeoffnen, gemeinsam einen Anwalt mit ihrer Rechtsberatung zu betrauen und gemeinsam die dadurch entstehenden Kosten einschließlich der Prozesskosten zu tragen, stets eine Versicherung im eigentlichen Sinne und mithin die Steuerpflicht nach § 1 VerStG. begrün-det ist. Denn § 2 Abf. 1 VerStG. unterwirft der Versicherungs-steuer auch versicherungssähnliche Vereinbarungen, d. h. Verein-barungen, die den Gegenstand einer Versicherung bilden können. Wie dargelegt, besteht kein Zweifel, daß die Vereinbarungen zwi-schen dem Beschw. und seinen Mitgliedern Gegenstand einer Versicherung, nämlich einer Rechtschutz- oder Prozesskostenversiche-rung, sein könnten. Deshalb ist es auch unerheblich, ob der Beschw. der Versicherungsaufsicht unterliegt oder nicht.

Auch § 7 Abf. 4 VerStG. ist nicht anwendbar. Wie bei der Prozesskostenversicherung die Leistung des Versicherers Kostenerstat-tung und Rechtschutz umfasst, so ist auch die Leistung des Beschw. eine einheitliche.

Die Mitgliedsbeiträge unterliegen daher in voller Höhe der Versicherungssteuer.

(RFG., 2. Sen., Ur. v. 17. Sept. 1937, II A 21/37 S.)

Anmerkung: Die Rechtschutz- oder Prozesskostenversicherung ist versicherungsteuerpflichtig. Die Versicherungssteuerpflicht entfällt auch nicht, wenn zur Freihaltung der Mitglieder von Rechtschutz-oder Prozesskosten ein gemeinsamer Syndikus der Mitglieder eine entsprechende Tätigkeit ausübt. Zum mindesten handelt es sich um versicherungssähnliche Vereinbarungen (§ 2 VerStG.), die die Ver-sicherungsteuer auslösen. Tatbestandsmerkmal der Versicherungs-steuerpflicht ist nicht das Vorliegen einer Versicherungsaufsicht. Es bleibt also bei dem Abschluß von Verträgen, durch die gewisse Ver-luste oder Schadensverbindlichkeiten gemeinsam getragen werden können und die den Gegenstand einer Versicherung bilden kön-nen, stets die Frage der Versicherungssteuerpflicht zu prüfen!

RN. Dr. De g o w, Küstrin.

× 53. §§ 1, 5 Abs. 1 Nr. 6, 8 Nr. 8 VerStG. 1932.

1. Pensionsausgleichsklassen unterliegen der Versicherungssteuer auch dann, wenn den Arbeitnehmern keine Versorgungsansprüche gegen die Arbeitgeber zustehen.

2. Der Steuerfuß für Versicherungen bei Pensionsausgleichsklassen privater Arbeitgeber ist 2%, nicht 5%. Der abweichende Standpunkt in den Urteilen RfSt. 34, 72; 13, 34 wird aufgegeben.

3. Pensionsausgleichsklassen sind keine Pensionsklassen im Sinne der Befreiungsvorschrift des § 8 Nr. 8 VerStG. 1922. f)

Die Beamten-Pensionsklasse K. ist ein eingetragener Verein; Mitglieder sind nur die Werke, nicht die Angestellten. Die Klasse soll den Angestellten bei Dienstunfähigkeit oder Vollendung des 65. Lebensjahres und nach ihrem Tode den Witwen und Kindern eine laufende Beihilfe gewähren. Ein Rechtsanspruch darauf besteht nicht; die Beihilfen werden nur nach Maßgabe der vorhandenen Mittel gewährt. Die Beihilfen und die Verwaltungskosten werden durch Umlagen von den Mitgliedern gedeckt; die Angestellten tragen nicht dazu bei. Die Umlagen werden berechnet durch Gegenüberstellung der Beihilfen, die im Laufe des Jahres an Pensionsempfänger tatsächlich gezahlt worden sind, und der Beihilfen, die zu zahlen gewesen wären, wenn die noch im Dienst befindlichen Angestellten am 31. Dez. des Umlagejahres in den Ruhestand getreten wären. Der Angestellte beantragt die Beihilfe bei dem Mitgliedswert, das den Antrag mit seiner Stellungnahme an den Vorstand der Klasse weiterreicht. Dieser entscheidet endgültig unter Ausschluß des Rechtsweges.

Das FinA. hat angenommen, daß zwischen der Klasse und den Mitgliedswerken ein Versicherungsverhältnis i. S. des § 6 Abs. 1 Halbs. 1 VerStG. 1922 vorliege, und hat von den Umlagen des Zeitraums 1. Jan. 1930 bis 31. März 1936 nach dem Steuerfuß von 5% 328 080,30 RM Versicherungssteuer gefordert. Auch das FinGer. nimmt ein Versicherungsverhältnis im Sinne des VerStG. zwischen der Klasse und den Werken an, sieht aber darin eine Lebensversicherung, die nach § 5 Abs. 1 Nr. 6 VerStG. nur einem Steuerfuß von 2% unterliege; das FinGer. setzt demgemäß die Steuer auf 135 104,10 RM herab. Die Befreiungsvorschrift des § 8 Nr. 8 VerStG. hält das FinGer. nicht für anwendbar, weil die Klassenbeiträge nicht auf Grund des Arbeitsvertrages geleistet würden.

Sowohl die Klasse wie auch das FinA. haben RBeschw. eingelegt. Beide Beschw. sind nicht begründet.

I. Es ist unstreitig, daß den Angestellten der Mitgliedswerke und ihren Hinterbliebenen kein Rechtsanspruch auf die Beihilfe zusteht; sie sind auch an den Kosten der Klasse nicht beteiligt (Nr. 12 des Merkblattes der Klasse, § 3 der Satzung). Wohl aber steht den Werken ein Anspruch gegen die Klasse auf Zahlung der Beihilfen zu. Es kann dahingestellt bleiben, ob dies ein Rechtsanspruch ist, der im ordentlichen Rechtsweg verfolgt werden kann. Denn nach der ständigen Rspr. des RfSt. liegt ein Versicherungsverhältnis im Sinne des VerStG. schon dann vor, wenn nach Lage der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse Treu und Glauben den Versicherer zur Leistung verpflichten. Dieser Sachverhalt ist hier unzweifelhaft gegeben. Die Klasse gibt selbst zu, daß sie einen Rechtsanspruch auf die Beitragsleistung gegen ihre Mitgliedswerke hat. Selbstverständlich übernehmen die Werke die Beitragslasten nur, weil sie zum mindesten nach Treu und Glauben die Zahlung der Beihilfen von der Klasse verlangen können. Diese Zahlung ist nicht etwa in das Belieben der Klasse gestellt; die Klasse ist vielmehr an die Richtlinien der Satzung gebunden (§ 5 ff. der Satzung).

Hiernach liegt ein Versicherungsverhältnis im Sinne des VerStG. zwischen der Klasse und ihren Mitgliedern vor.

II a. Es fragt sich, welchem Versicherungszweig die Versicherung angehört.

Bei der versicherungssteuerlichen Beurteilung von Pensions-einrichtungen unterscheidet der RfSt. zwischen den Pensions-ausgleichsklassen, die eine Einrichtung nur der Arbeitgeber betreffen, und den üblichen Pensionsklassen, die eine gemeinsame Einrichtung der Arbeitgeber und -nehmer sind und den Arbeitnehmern unmittelbar Versorgung gewähren. Auf die Notwendigkeit dieser Unterscheidung hat kürzlich auch der RfSt. hingewiesen (RdErl. v. 24. Juli 1937 [RStBl. 1937 zu 4]). Fälle der ersten Art sind behandelt:

in den Urteilen des RfSt. v. 26. Okt. 1923, II A 177/23; RfSt. 13, 34 = StW. 1923 Nr. 908; RfSt. v. 24. Febr. 1931, II A

56/31; StW. 1931 Nr. 615 = RStBl. 1931, 563; RfSt. vom 6. Sept. 1933, II A 139/33; RfSt. 34, 72 = StW. 1933 Nr. 839 = JW. 1933, 2411;

Fälle der zweiten Art:

in den Urteilen v. 27. Okt. 1933, II A 155/33; JW. 1933, 2788 = Kartell, Rechtspruch 24 § 1 VerStG.; RfSt. v. 6. Nov. 1928, II A 136/28; RfSt. 24, 193 = StW. 1929 Nr. 330.

Die hier beschwerdeführende Klasse gehört zu den Pensionsausgleichsklassen. Die Klasse ist lediglich eine Gründung und Einrichtung der Werke; die Angestellten sind an ihrer Verwaltung nicht beteiligt, insbes. nicht an der Entsch. über die Gewährung von Beihilfen; sie zahlen keine Beiträge an die Klasse, und es stehen ihnen keine Ansprüche gegen die Klasse zu. Versichert ist nicht die Gewährung von Beihilfen an die Angestellten, sondern der Ausgleich der Lasten, die den Mitgliedswerken dadurch entstehen, daß sie ihren Angestellten Beihilfen gewähren. Die Versicherung, die die Werke bei der Klasse nehmen, dient zwar mittelbar der Gewährung von Pensionen an die Angestellten oder ihre Hinterbliebenen; der unmittelbare Zweck ist jedoch der Pensionsausgleich unter den Werken.

Die Klasse wendet ein, der Pensionsausgleich könne nicht der versicherte Schaden sein, weil den Angestellten auch gegen ihre Arbeitgeber keine Pensionsansprüche zuständen; wo kein Rechtsanspruch auf Versorgung bestehe, da könne auch durch den Eintritt eines Versorgungsfalles kein Schaden für den Arbeitgeber entstehen. Diese Ausführungen gehen fehl. Es bleibe dahingestellt, ob in keinem Fall ein Versorgungsanspruch des Angestellten gegen das Werk auf Grund des Arbeitsvertrages besteht. Ein Ausgleich der Pensionslasten ist jedenfalls nicht nur dann möglich und zweckmäßig, wenn der Arbeitgeber zur Pensionsgewährung verpflichtet ist, sondern auch dann, wenn er sich zur Pensionsgewährung freiwillig entschließt. In dem erwähnten Schriftsatz der Klasse heißt es weiter:

„Der Schaden entsteht erst durch den freiwilligen Entschluß des Arbeitgebers, eine Versorgung zu bezahlen. Diese freiwilligen Entschlüsse der Arbeitgeber einheitlich zu organisieren und die dafür erforderlichen Mittel alljährlich gemeinschaftlich aufzubringen, das ist der Zweck einer solchen Klasse.“

Hiernach ist die Sach- und Rechtslage zutreffend umschrieben. Durch den Beitritt zur Klasse bekundet das einzelne Werk seine Entschlie-ßung, künftig seinen Angestellten Versorgung gewähren zu wollen. Die Freiwilligkeit des Beitritts und die Möglichkeit der Kündigung der Mitgliedschaft, die übrigens an eine Frist von 2 Jahren gebunden ist, ändert nichts daran, daß das Werk während der Dauer der Mitgliedschaft und nach § 14 der Satzung noch darüber hinaus Versorgung gewährt. Um den Schaden, der ihm durch eine Häufung der Versorgungsfälle entstehen könnte, möglichst auszugleichen, tritt es der Klasse bei. Die „Interessengemeinschaft der beteiligten Unternehmungen“, von der die Klasse in diesem Zusammenhange spricht, kennzeichnet sich mithin als eine Pensionsausgleichsklasse.

II b. Der Senat hat bisher Versicherungen bei Pensionsausgleichsklassen nach dem Steuerfuß von 5% (§ 6 Abs. 1 Halbsatz 1 VerStG.) versteuert und die Anwendbarkeit des Steuerfußes von 2% nach § 5 Abs. 1 Nr. 6 abgelehnt (vgl. die erwähnten Urteile II A 177/23, 56/31, 139/33). Dies kann nicht mehr aufrechterhalten werden.

Die Vorschrift des § 5 Abs. 1 Nr. 6 VerStG. nennt neben der Lebensversicherung auch Versicherungsarten wie die Invaliditäts- und die Krankenversicherung, die nicht zur Lebensversicherung im eigentlichen Sinne gehören. Insbesondere läßt der Zusatz „u. dgl.“ am Schluß der Vorschrift erkennen, daß die Aufzählung nicht abschließend ist und die Versicherungsarten mitumfaßt werden sollen, die den ausdrücklich genannten ähnlich sind. Nun entscheidet sich die Zugehörigkeit einer Versicherung zu einem Versicherungszweig oder einer Versicherungsart nicht nach der Art des versicherten Schadens, sondern nach der Art der versicherten Gefahr (Art. des RfSt. v. 7. Mai 1929, II A 222/29; RfSt. 25, 126 = StW. 1929 Nr. 1044 = JW. 1929, 2072). Der versicherte Schaden ist bei der üblichen Pensionskasse der Bedarf, der dem Angestellten durch seine Invalidität, seinen Hinterbliebenen durch seinen Tod entsteht, dagegen bei der Pensionsausgleichsklasse der Bedarf, der dem Werk durch die Häufung der von ihm gewährten Versicherungen entsteht. Die versicherte Gefahr ist jedoch in beiden Fällen die gleiche, nämlich der Eintritt der Invalidität und des Todes des Angestellten. Der Unterschied besteht nur darin, daß der zu deckende Bedarf bei der Pensionsversicherung eine unmittelbare Folge der versicherten Gefahr ist, bei der

Pensionsausgleichsversicherung eine nur mittelbare, die erst durch die Häufung der Versorgungsfälle bei dem Werk entsteht. Da es aber auf die versicherte Gefahr ankommt, ist die Pensionsausgleichsversicherung als eine Versicherungsart anzusehen, die der in § 5 Abs. 1 Nr. 6 genannten Invaliditäts-, Alters-, Witwen- und Waisenversicherung ähnlich ist und daher wie diese nur dem Steuerjahr von 2% unterliegt.

Entsprechend würde z. B. eine Ausgleichskasse für Haftpflichtschäden (vgl. Urteil des RFG. v. 21. Febr. 1928, II A 62/28; StW. 1928 Nr. 730 = RStBl. 115 = Kartei, Rechtspruch 6 zu § 2 VerStG.) dem Steuerjahr von 5% nicht deshalb unterliegen, weil die Versicherung bei einer Ausgleichskasse eine Versicherung eigener Art im Sinne von § 6 Abs. 1 VerStG. wäre, sondern weil die Haftpflicht die versicherte Gefahr ist (§ 5 Abs. 1 Nr. 8). Würde der letztgenannte Steuerjahr nur 4% betragen, so würden auch die Versicherungen bei der Ausgleichskasse nur mit 4% zu versteuern sein.

Das FinA. verweist auf § 159 Abs. 2 VVG., wonach bei der Versicherung auf das Leben eines anderen dessen schriftliche Einwilligung erforderlich sei, die hier nicht vorliegt. Die Vorschrift will die Spekulation auf den Tod eines anderen verhindern. Bei der Pensionsausgleichsversicherung liegt diese Möglichkeit nicht vor: das Werk erhält nur die Beträge ersetzt, die es selbst als Versorgungsweitergibt. Die Vorschrift erscheint daher auf die Pensionsausgleichsversicherung, die keine Lebensversicherung im eigentlichen Sinne ist, nicht anwendbar. Im übrigen ist dem FinA. insofern zuzustimmen, als der Anstand, daß die schriftliche Einwilligung der Angestellten nicht eingeholt wird, erkennen läßt, daß die Beteiligten nicht den Abschluß einer Lebensversicherung im eigentlichen Sinne beabsichtigen.

III. Mit den vorstehenden Ausführungen über die Unterscheidung der Pensionsausgleichskassen von den üblichen Pensionskassen ist zugleich dargetan, daß die beschwerdeführende Kasse keine Pensions-, Witwen- und Waisenkasse im Sinne der Befreiungsvorschrift des § 8 Nr. 8 VerStG. ist. Die Befreiungsvorschrift setzt „eine von den Arbeitgebern und Arbeitnehmern gemeinsam unternommene Einrichtung“ voraus; nach der Begründung zu der Vorschrift sollen befreit sein:

„Pensions- u. dgl. Kassen, die seitens der Unternehmer vielfach aus eigener Entschließung im Interesse der Ergänzung der Leistungen der gesetzlich vorgesehenen Fürsorgeeinrichtungen unterhalten werden, zu denen aber die Arbeitnehmer auf Grund des Arbeitsvertrags beizutragen verpflichtet sind“ (vgl. Ur. des RFG. v. 6. Nov. 1928, II A 136/28; RFG. 24, 193).

Der Gesetzgeber hat hiernach damals keinen Anlaß gesehen, solche Pensionseinrichtungen, die wie die Ausgleichskassen in erster Linie einem eigenen Bedürfnis der Arbeitgeber entspringen und von ihnen allein verwaltet und unterhalten werden, von der Versicherungssteuer zu befreien. In § 4 Durchf. Best. z. VerStG. 1937 (RStBl. 1937, I, 797) sind nunmehr Pensionsausgleichskassen der öffentlich-rechtlichen Körperschaften von der Steuer ausgenommen; für Ausgleichskassen privater Unternehmer, zu denen die beschwerdeführende Kasse gehört, verbleibt es bei der Steuerpflicht.

Kommt hiernach § 8 Nr. 8 nicht zur Anwendung, weil die Kasse keine Pensionskasse im Sinne dieser Vorschrift ist, so kann es dahingestellt bleiben, ob die Umlagen der Mitgliedswerke an die Kasse „auf Grund eines Arbeitsvertrages“ zu leisten sind, und ob sie der Lohnsteuer unterliegen oder nicht. Auch wenn die Kassenbeiträge vom Standpunkt der Lohnsteuer aus als Teil des Arbeitsentgelts angesehen werden sollten, bleiben sie doch Versicherungsentgelt, das allein die Arbeitgeber zahlen, und zwar an eine Kasse, die eine Einrichtung allein der Arbeitgeber ist. Es liegt Versicherungssteuerrechtlich nicht anders, als wenn der Arbeitgeber auf Grund einer Verpflichtung im Arbeitsvertrag bei einer beliebigen Versicherungsgesellschaft eine Pensionsversicherung für den Angestellten genommen hätte und die Prämien dafür zahlte: an der Lohn- und Versicherungssteuerpflicht würden in diesem Fall keine Zweifel bestehen. Von der Versicherungssteuer befreit sind eben nur Versicherungen bei Pensionskassen der geschilderten Art.

Der Entsch. des FinGer. ist mithin im Ergebnis beizutreten. (RFG., 2. Sen., Ur. v. 10. Sept. 1937, II A 328/36 S.)

Anmerkung: Die Entsch. ist nach drei Richtungen hin interessant:

1. Der steuerrechtliche Begriff der Versicherung. Der Versicherungssteuer unterliegen Versicherungen, die im Inland befindliche Gegenstände betreffen oder mit Versicherungsnehmern abgeschlos-

sen sind, die bei Zahlung des Versicherungsentgelts im Inland ihren Wohnsitz, Sitz oder dauernden Aufenthalt haben. Als Versicherung gilt gemäß § 2 VerStG. auch die zwischen natürlichen oder juristischen Personen sowie Personenvereinigungen getroffene Vereinbarung, gewisse Verluste oder Schadensverbindlichkeiten gemeinschaftlich zu tragen, die den Gegenstand einer Versicherung bilden können. Als Versicherung gilt hingegen gemäß § 2 Abs. 2 VerStG. nicht ein Vertrag, durch den der Versicherer sich verpflichtet, für den Versicherungsnehmer Bürgschaft oder sonstige Sicherheit zu leisten.

Von Wichtigkeit ist der Hinweis auf die ständige Rspr. des RFG., wonach ein Versicherungsverhältnis auch dann vorliegt, wenn zwar kein Rechtsanspruch auf eine Leistung besteht, sondern wenn nach Lage der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse Treu und Glauben den Versicherer zur Leistung verpflichten. Diese Rspr. ist auch eine Ausstrahlung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Steuerrecht.

2. Wird das Vorliegen einer Versicherung im steuerrechtlichen Sinne bejaht, so ist es für den Steuerjahr von Bedeutung, welcher Versicherungsbranche vorliegt. Das VerStG. unterscheidet in § 5 zehn Versicherungsbranchen, die Steuerjahren zwischen 10 und 2% unterliegen, während bei anderen Versicherungsbranchen der Steuerjahr 5%, in Sonderfällen 10% beträgt. Entscheidend für die Beurteilung des Versicherungsbranchen ist nicht die Art des versicherten Schadens, sondern die Art der versicherten Gefahr. Der Unterschied zwischen Schaden und Gefahr ist in den Urteilsgründen klar herausgestellt.

3. § 8 VerStG. befreit bestimmte Versicherungen von der Steuer; u. a. sind auch Beiträge zu Pensions-, Witwen- und Waisenkassen, die auf Grund eines Arbeitsvertrages zu leisten sind, steuerfrei. Ausgleichskassen privater Unternehmer werden in erster Linie aus eigenem Bedürfnis der Arbeitgeber geschaffen. § 4 VerStG. Durchf. Best. hat allerdings Pensionsausgleichskassen der öffentlich-rechtlichen Körperschaften von der Steuer freigestellt. Der Grundsatz der steuerlichen Gleichmäßigkeit erfordert es, daß auch die Ausgleichskassen privater Unternehmer ebenfalls freigestellt werden. Eine solche Freistellung kann jedoch nur auf gesetzlicher Grundlage erfolgen.

4. Versicherungssteuer und Lohnsteuer schließen sich nicht gegenseitig aus. Werden die Kassenbeiträge zu Ausgleichskassen als Teile des Arbeitsentgelts angesehen, so unterliegen sie dem Lohnsteuerabzug. Sie sind trotzdem steuerpflichtiges Versicherungsentgelt.

RA. Dr. Dr. Me g o w, Rüstlin.

*

× 54. § 3 GrEwStG. Auch nach dem Inkrafttreten des StAnpG. ist die Frage, ob ein Grundstück zum Vermögen einer Personenvereinigung i. S. des § 3 GrEwStG. gehört, aus dem GrEwStG. selbst zu entscheiden. †)

Die A. in London bejaht alle Geschäftsanteile der B. mbH. in Hamburg und übertrug diese auf die A. in Liverpool. Das in Frage stehende Grundstück war im Grundbuch auf den Namen der A. in Hamburg eingetragen. Streitig ist die Frage, ob das Grundstück zum Vermögen der B. mbH. in Hamburg gehört.

Das FinGer. hat die Frage bejaht und auf Grund des § 3 GrEwStG. die Übertragung der sämtlichen in der Hand der B. in London vereinigten Geschäftsanteile auf die A. in Liverpool für steuerpflichtig erklärt. Die Ausführungen des FinGer. sind bedenkenfrei. Zu der Frage, ob Grundstücke zum „Vermögen“ einer Personenvereinigung i. S. des § 3 GrEwStG. gehören, hat der Senat wiederholt Stellung genommen. Wie der Senat in seinem Ur. v. 10. Mai 1932, II A 181/32 (Kartei, Rechtspruch 9 zu § 3 Abs. II); StW. 1932 Nr. 838 und v. 18. März 1932, II A 112/32 (RFG. 30, 249 = StW. 1932 Nr. 659 = JW. 1933, 376) ausgeführt hat, ist die Frage, ob ein Grundstück i. S. des § 3 zum Vermögen der Gesellschaft gehört, aus dem GrEwStG. selbst zu entscheiden. Vermögen in diesem Sinne wird durch alle Rechtsvorgänge, die nach dem GrEwStG. Steuerpflicht begründen, erworben.

Fest steht, daß zur Zeit der Übertragung der Geschäftsanteile die BmbH. in Hamburg als Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch eingetragen war. Folglich ist das Grundstück als zum Vermögen der BmbH. gehörig i. S. des § 3 anzusehen und die Steuerpflicht begründet. Daß nach den Angaben der Beteiligten die BmbH. in Hamburg das Grundstück nur als Treuhänderin befaßt und die Gesellschaft in London Treugeber war, steht dem nicht entgegen. Die Annahme der Beschloß., daß nach Inkrafttreten

des StAnpG. insbes. mit Rücksicht auf § 11 dieses Gesetzes eine andere Beurteilung der Frage Platz greifen müsse, geht fehl.

Nach § 1 sind die Steuergesetze nach nationalsozialistischer Weltanschauung auszulegen, dabei sind aber, wie Abs. 2 des § 1 ausdrücklich betont, der Zweck und die wirtschaftliche Bedeutung der Steuergesetze mitzubedenken. Nach den Eingangsworten des § 11 a. a. O. gelten seine Bestimmungen für die Zurechnung nur, soweit nichts anderes bestimmt ist. Soweit solche Sondervorschriften bestehen, ist für die Anwendung des § 11 kein Raum. Eine solche Sondervorschrift kann in einem Steuergesetz unmittelbar ausgesprochen sein, sie kann sich aber auch in Anwendung des § 1 Abs. 2 StAnpG. aus dem Zwecke und der wirtschaftlichen Bedeutung des Gesetzes mittelbar ergeben. So liegt der Sachverhalt bei dem GrErbStG. Das ergibt sich aus der Begründung des StAnpG. (RSBl. 1934, 1405), die beispielsweise bemerkt, daß im Hinblick auf § 1 und § 4 GrErbStG. der Übergang des Eigentums an Grundstücken auch dann steuerpflichtig ist, wenn das Grundstück nur zu treuen Händen übereignet wird.

§ 3 GrErbStG. ist nur ein Ersatztatbestand; nach ihm wird die Übertragung aller Anteile „dem Übergang des Eigentums an dem Grundstück gleichgeachtet“. Werden aber nach dem Willen und dem Zwecke des Gesetzes die beiden Tatbestände gleichgestellt, so kann nicht in dem einen Falle der Übergang von Treuhänder Eigentum steuerpflichtig sein — wie die Begründung zum StAnpG. ergibt —, im anderen Falle aber auf Grund des § 11 a. a. O. steuerfrei bleiben.

Der Senat hat bereits in anderen Entsch. die Anwendung des § 11 StAnpG. abgelehnt bei der Frage, ob eine Vereini- gung aller Anteile i. S. des § 3 GrErbStG. anzunehmen ist, und ausgesprochen, daß nach wie vor diese Frage nicht nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten, sondern rein rechtlich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts zu entscheiden ist. Auch die Frage, ob ein Grundstück zum „Vermö- gen“ einer Personenvereinigung gehört, ist aus dem GrErbStG. selbst zu entscheiden.

(RSB., 2. Sen., Ur. v. 30. Juli 1937, II A 319/36 S.)

Anmerkung: Das Urteil wiederholt bekannte Rechtsätze des Grunderwerbsteuerensatzes und zeigt wieder einmal, welche Über- raschungen sich oft bei der Übertragung von Anteilen einer Kapital- gesellschaft ergeben, der deutscher Grundbesitz gehört.

1. Die in Rede stehende Hamburger GmbH. gehörte einer Londoner Gesellschaft, die ihren gesamten Anteilsbesitz auf eine Liverpooler Gesellschaft, welche offenbar zum selben Konzern ge- hörte, übertrug. Diese Übertragung löste eine Grunderwerbsteuer nach § 3 GrErbStG. auf den gesamten Grundbesitz der deutschen GmbH. aus. Bei allen Übertragungen von Anteilen an Gesell- schaften sollte deshalb von jedem Rechtswahrer auf das sorgfältigste die Grunderwerbsteuerfrage geprüft werden.

2. Wäre die Londoner Gesellschaft mit der Liverpooler Gesell- schaft verschmolzen worden, indem die Aktionäre der Londoner Gesellschaft mit Aktien der Liverpooler Gesellschaft abgefunden worden wären, so wäre die interessante Frage entstanden, ob die Steuerbegünstigungen des § 19 a GrErbStG. zum Zuge ge- kommen wären. Nach § 19 a GrErbStG. i. Verb. m. § 35 Fin- AusglG. darf nur eine 2%ige Grunderwerbsteuer erhoben wer- den, wenn sämtliche Anteile an einer Grundstücke besitzenden Ges-ellschaft von einer zweiten Gesellschaft durch Hingabe von Gesell- schaftsrteilen erworben werden. Ob diese Besteuerung auch aus- ländischen Gesellschaften zugute kommt, ist nicht unzweifelhaft. Ihr Sinn geht dahin, eine doppelte Besteuerung durch Gesellschaft- steuer und Grunderwerbsteuer zu vermeiden. Dieser Gesichtspunkt würde aber bei ausländischen Gesellschaften nicht in Frage kommen.

3. Wenn Anteilsübertragungen, namentlich innerhalb von Konzernen, stattfinden, ohne daß die Grunderwerbsteuerpflicht vor- gesehen wurde, kann innerhalb von 2 Jahren durch Rückgän- gigmachung der Anteilsübertragung die Grunderwerbsteuer wie- der aufgehoben werden (vgl. § 23 Abs. 1 Ziff. 3 GrErbStG.).

RM. Dr. Heinz Meilcke, Berlin.

*

× 55. § 4 Abs. 1 Ziff. 6 RörpStG. 1934. Eine Stiftung, die neben einer gemeinnützigen Betätigung auch mit Grabpflege und Rentenzahlungen an stiftungsfremde Personen beauftragt ist, dient regelmäßig nicht a n s c h l i e ß l i c h gemeinnützigen Zwecken.

(RSB., VI a Sen., Ur. v. 24. Sept. 1937, VI a 28/37.)

Preussisches Oberverwaltungsgericht

56. § 71 VVG.; § 1 Abs. 3 RStrafVerfO. Verwaltungsstreit- verfahren. Aufklärungsspflicht. Polizeiliche Verfügungen. Verkehrs- polizei. Pferdeführwerk.

Bei der Prüfung, ob Ungeeignetheit zum Führen von Pferde- fuhrwerken oder Tieren vorliegt, ist ein anderer Maßstab anzule- gen als bei der Entsch. der Frage, ob jemand zum Führen von Kraftfahrzeugen geeignet ist. Jedoch ist dabei zu berücksichtigen, daß infolge der Zunahme des Verkehrs und der Fahrgeschwindigkeit der Kraftwagen eine erhöhte Gefahr von Zusammenstößen besteht, der auch durch entsprechende Anforderungen an die anderen Verkehrs- teilnehmer Rechnung getragen werden muß.

Durch Vfg. v. 15. März 1935 verwarnte der Landrat in A. den Kl. ernstlich, weil dieser am 18. Febr. 1935 in angetrunkenem Zustand mit seinem Pferdeführwerk die A.-Straße in A. befahren und dadurch erheblich den Verkehr gefährdet, auch sonst häufig in betrunkenem Zustand sein Fuhrwerk nach Hause gebracht habe.

Am 7. Sept. 1935 stellte der Kl. sein Pferdeführwerk in der A.-Straße in A. auf und besuchte dann mehrere Wirtschaften. Das Tier wurde infolge langen Stehens unruhig und stellte sich mehrmals quer zur Straße, so daß schließlich das Fuhrwerk gegen 18 Uhr auf der Polizeiwache sichergestellt werden mußte. Gegen 18,45 Uhr erschien der Kl. in angetrunkenem Zustand auf der Wache, um das Fuhrwerk abzuholen. Da er infolge Trunkenheit nicht in der Lage war, das Fuhrwerk selbst zu führen, mußte ein Dritter beauftragt werden, es nach Hause zu bringen. Mit Rücksicht auf diesen Vorfall untersagte der Landrat in A. durch Vfg. vom 24. Sept. 1935 dem Kl. das Führen von Fahrzeugen und Tieren auf die Dauer von 2 Jahren.

Nach erfolgloser Beschw. erhob der Kl. gegen den Beschwerde- bescheid Klage bei dem BezVerwGer. in A.

Das BezVerwGer. gab der Klage statt. Es führte aus, bei der Entsch. der Frage, ob ein Fahrer, der unter erheblicher Wir- kung geistiger Getränke ein Fahrzeug gefahren habe, zur Führung von Fahrzeugen ungeeignet sei, komme es wesentlich auf die Art des Fahrzeugs an. Im vorl. Falle handle es sich um ein lang- james Pferdeführwerk, welches an sich nicht einen so erheblichen Gefahrenpunkt im Verkehr darstelle. Eine einmalige oder nur sel- ten auftretende Trunkenheit brauche daher den Fahrer nicht un- bedingt als ungeeignet erscheinen zu lassen, wenn die Hoffnung bestehe, daß er sich in Zukunft des Alkohols bei und vor seinen Fahrten enthalten werde. Ob der Kl. am Abend des 7. Sept. 1935, unter der Wirkung des genossenen Alkohols stehend, das Fuhr- werk selbst habe nach Hause fahren wollen, sei nicht sicher nach- gewiesen. Der Kl. habe auf den Gerichtshof den Eindruck ge- macht, daß er nunmehr ernsthaft gewillt sei, seine etwaige Nei- gung zum Alkohol zu bekämpfen, für Aufsicht über sein Fuhr- werk, wenn er dies aus geschäftlichen Gründen verlassen müsse, zu sorgen und sich aufs strengste davor zu hüten, im Zustand alkoholischer Einwirkung selbst die Zügel zu führen. Mit Rücksicht hierauf hat das BezVerwGer. dem Kl. die Eignung zum Füh- ren von Pferdeführwerken nicht abgesprochen.

Die Rev. des Vell. hatte Erfolg.

Das Gericht hat nach der im Verwaltungsstreitverfahren gel- tenden Untersuchungsmaxime (vgl. § 71 Abs. 3 VVG.) von Amts wegen den Sachverhalt vollständig nach allen Richtungen aufzu- klären (OVG. 75, 168; 92, 104). Diese Aufklärungsspflicht hat das BezVerwGer. im vorl. Fall nicht erfüllt. Bei der Prüfung der Frage, ob der Kl. zum Führen von Fahrzeugen geeignet ist, hätte es nicht nur die beiden von dem Kl. am 18. Febr. 1935 und 7. Sept. 1935 begangenen Verstöße sowie den persönlichen Ein- druck, den es von dem Kl. gehabt hat, zugrunde legen dürfen, son- dern prüfen müssen, ob der Kl. auch nach seinem sonstigen Verhal- ten und seiner gesamten Persönlichkeit als geeignet zum Führen von Fahrzeugen anzusehen war. Bereits in der dem Kl. am 15. März 1935 erteilten Verwarnung war ihm vorgeworfen wor- den, daß er auch sonst häufig sein Fuhrwerk in betrunkenem Zu- stand nach Hause bringe. In dem vom Vell. in seinem Schriftsatz v. 9. Dez. 1935 ausdrücklich in Bezug genommenen Bericht des Bürgermeisters in S. an den Landrat in A. v. 25. Nov. 1935 war ferner behauptet, daß der Kl. fast jeden Tag betrunken sei und durchschnittlich alle 2 bis 3 Wochen eine Anzeige wegen Übertretung einer Verkehrsverordnung gegen ihn eingehe. Unter diesen Umständen hätte das BezVerwGer. durch Einforderung von Strafregisterauszügen oder sonst in geeigneter Weise aufklären müssen, ob außer den Vorfällen v. 18. Febr. und 7. Sept. 1935 noch weitere, zuungunsten des Kl. sprechende Tatsachen vorlagen.

Die Verletzung dieser Aufklärungspflicht ist ein wesentlicher Verkehrsmangel, der dazu führte, daß die Sache von dem RevG. ohne Bindung an die sonst für die RevJust. geltenden Beschränkungen frei zu prüfen war.

Der Landrat ist gegen den M. auf Grund des § 1 Abs. 3 RStraßVerfD. vorgegangen. Danach hat die Verwaltungsbehörde, wenn sich jemand als ungeeignet zum Führen von Fahrzeugen oder Tieren erweist, ihm deren Führung zu untersagen oder ihm die erforderlichen Bedingungen aufzuerlegen. Das BezVerwGer. hat mit Recht ausgeführt, daß es bei der Entsch. über die Geeignetheit des Führers auf die Art des Fahrzeugs wesentlich ankommt. Bei der Prüfung, ob Ungeeignetheit zum Führen von Pferdefuhrwerken oder Tieren vorliegt, ist ein anderer Maßstab anzulegen als bei der Entsch. der Frage, ob jemand zum Führen von Kraftfahrzeugen geeignet ist; die Führung von Kraftfahrzeugen erfordert regelmäßig größere körperliche, geistige und auch sittliche Eignung als die von anderen Fahrzeugen oder von Tieren. Andererseits ist aber zu berücksichtigen, daß bei der Zunahme des Verkehrs und der Fahrgewindigkeit der Kraftwagen eine erhöhte Gefahr von Zusammenstößen besteht, der auch durch entsprechende Anforderungen an die anderen Verkehrsteilnehmer Rechnung getragen werden muß. Es muß daher auch von Personen, die Fuhrwerke lenken oder Tiere führen wollen, verlangt werden, daß ihre Persönlichkeit Gewähr für ordnungsmäßiges Verhalten im Straßenverkehr bietet. Das ist aber bei dem M. nicht der Fall. Er ist, wie die dem RevG. nunmehr vorl. Strafverzeichnisse ergeben, vor Erlass der angefochtenen PolVfg. v. 24. Sept. 1935 wiederholt bestraft worden. Da es sich um eine erhebliche Anzahl von Straftaten handelt und gerade die verkehrsrechtlichen Verstöße sich in der Zeit vor Erlass der angefochtenen PolVfg. gehäuft haben, so kann der M. nicht als geeignet zum Führen von Fahrzeugen oder Tieren angesehen werden. Gegen die Erwägung des BezVerwGer., daß er sich gebessert habe und künftig Übertretungen der Gesetze vermeiden werde, spricht im übrigen der Umstand, daß er auch nach Erlass der angefochtenen PolVfg. wieder wegen Tierquälerei, Erregung öffentlichen Argernisses und Übertretung der Verkehrsverordnungen verurteilt worden ist. Wenn diese Straftaten auch das durch die angefochtene PolVfg. ausgesprochene Verbot nicht nachträglich rechtfertigen können, so sind sie doch mit als Beweis dafür zu werten, daß der aus dem früheren Verhalten des M. auf seine Ungeeignetheit gezogene Schluß richtig war (R. u. PrVerwBl. 53, 616, 617).

Der M. hat sich hiernach als ungeeignet zum Führen von Fahrzeugen und Tieren erwiesen.

(PrDVBG., Art. v. 5. Juli 1937, IV C 51/36.)

*

57. §§ 79, 81, 94 DVBG.; § 4 KraftfG.; § 1 Abs. 3 RStraßVerfD. Verwaltungsstreitverfahren. Verfahrensmangel. Entziehung der Fahrerlaubnis.

Wenn die in dem Urteil eines Verwaltungsgerichts getroffenen tatsächlichen Feststellungen in einem wesentlichen Punkt mit den übereinstimmenden Angaben mehrerer, in einem förmlichen Beweisverfahren vernommener Zeugen im Widerspruch stehen und diese Zeugenaussagen dem Verwaltungsgericht bei der Urteilsfällung vorgelegen haben, so muß das Verwaltungsgericht diese Aussagen in den Urteilsgründen würdigen. Das Unterlassen einer solchen Würdigung ist ein Verfahrensmangel.

Durch Erkenntnis des SchöffG. v. 15. Mai 1930 wurde der M. wegen fahrlässiger Körperverletzung zu 40 RM Geldstrafe verurteilt, weil er am 19. Okt. 1929 mit seinem Kraftwagen infolge seiner unborsichtigen Fahrweise eine Kraftdroschke angefahren und beschädigt hatte. Am 5. Juni 1930 verwarnte ihn die Polizei, weil er mit einem unbeleuchteten Kraftwagen gefahren war. Wegen eines in der Trunkenheit verursachten Zusammenstoßes wurde ihm am 19. Dez. 1932 die Entziehung der Fahrerlaubnis angedroht und durch polizeiliche Strafverfügung v. 28. Dez. 1932 gegen ihn eine Geldstrafe von 20 RM festgesetzt. Ferner wurde er durch polizeiliche Strafverfügung v. 18. April 1935 mit 5 RM Geldstrafe bestraft, weil er in angetrunkenem Zustand mit seinem Kraftwagen auf der Gehbahn auf und ab gefahren war.

Am 15. Mai 1935 wurde er vom AG. B. zu 200 RM Geldstrafe wegen fahrlässiger Körperverletzung verurteilt. Seine Berufung gegen dieses Urteil wurde durch Erkenntnis der Str.R. des LG. B. v. 25. Juli 1935 zurückgewiesen. Die Str.R. sah auf Grund

umfangreicher Beweisaufnahme als erwiesen an, daß der M. am 5. Febr. 1935 gegen 12 3/4 Uhr in angetrunkenem Zustand auf der Landstraße von B. nach B. mit seinem Kraftwagen im Fickack gefahren und insolgedessen mit einer vorschriftsmäßig auf der rechten Straßenseite fahrenden, ihm entgegenkommenden Radfahrerin, Frau M., zusammengestoßen sei.

Mit Rücksicht auf die den Strafen v. 15. Mai 1930, 28. Dez. 1932 und 15. Mai 1935 zugrunde liegenden Vorfälle entzog der PolPräs. in B. dem M. durch Vfg. v. 8. Okt. 1935 die Fahrerlaubnis für Kraftfahrzeuge und untersagte ihm gleichzeitig das Führen von Kleinstraßträdern.

Hiergegen erhob der M. bei dem BezVerwGer. B. Klage im Verwaltungsstreitverfahren.

Das BezVerwGer. hob die angefochtene Verfügung auf.

Die Rev. des Veff. hatte Erfolg.

Das BezVerwGer. hat in den Gründen seines Urteils abweichend von der Feststellung des Strafkammerurteils v. 25. Juli 1935, daß der M. bei dem Unfall v. 5. Febr. 1935 angetrunken gewesen sei, lediglich ausgesprochen, es erachte eine Angetrunkenheit des M. bei dem Unfall am 5. Febr. 1935 nicht für erwiesen; es hat aber nicht dargelegt, wie es zu diesem Ergebnis gekommen ist, obwohl es sich auf die Beweisaufnahme des vorangegangenen Strafverfahrens stützt und in diesem Strafverfahren mehrere Zeugen, deren Angaben das Strafkammerurteil gefolgt ist, eidlisch das Gegenteil bekundet haben. Nun hatte zwar das BezVerwGer. nach dem das Verwaltungsstreitverfahren beherrschenden Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 79 DVBG.) gemäß seiner freien, aus dem ganzen Inbegriff der Verhandlungen und Beweise geschöpften Überzeugung zu entscheiden; jedoch hatte es, wie sich aus § 81 DVBG. ergibt, die Pflicht, das Zustandekommen dieser Überzeugung zu begründen (DVBG. 91, 228). Eine solche Begründung ist insbes. dann unerlässlich, wenn, wie im vorl. Fall, die Feststellungen des Verwaltungsgerichts in einem wesentlichen Punkt mit den übereinstimmenden Angaben mehrerer, in einem förmlichen Beweisverfahren vernommener Zeugen im Widerspruch stehen und diese Zeugenaussagen dem Verwaltungsgericht bei der Urteilsfällung vorgelegen haben. Bei einem derartigen Widerspruch bedarf es einer Würdigung dieser Zeugenaussagen. Das BezVerwGer. hätte somit darlegen müssen, aus welchen Gründen es zu seiner von den Angaben der Zeugen abweichenden Überzeugung gekommen ist. Darin, daß eine solche Darlegung im Urteil des BezVerwGer. fehlt, liegt ein wesentlicher Mangel des Verfahrens.

Weiter sind die Urteilsgründe des angefochtenen Urteils auch insofern unvollständig, als sie zu der ausdrücklichen Behauptung des Veff., daß sich die Ungeeignetheit des M. zum Führen von Kraftfahrzeugen nicht nur aus dem Verhalten bei dem Unfall v. 5. Febr. 1935, sondern auch aus den sonstigen Bestrafungen des M. zugrunde liegenden Unfällen ergebe, überhaupt nicht Stellung nehmen. Wird die Würdigung solcher erheblicher tatsächlicher Ausführungen der Parteien in den Urteilsgründen unterlassen, so ist auch darin ein wesentlicher Verfahrensmangel zu sehen (v. Brauchitsch, „Verwaltungs-Gesetze für Preußen“, 24. Aufl., Bd. 1 § 94 DVBG. Anm. 4).

Wegen dieser Verfahrensmängel hatte das RevG. die Sache ohne Bindung an die sonst für die RevJust. geltenden Beschränkungen frei zu beurteilen.

Dabei war den tatsächlichen Feststellungen des Strafkammerurteils über den Unfall v. 5. Febr. 1935 zu folgen.

Nach der ständigen Rspr. des DVBG. hätte schon der bei diesem Unfall festgestellte einmalige Fall der Trunkenheit bei der Führung eines Kraftfahrzeugs die Polizei berechtigt, dem M. die Fahrerlaubnis zu entziehen (DVBG. 93, 95, 96). Der M. war aber um so mehr auch deshalb als ungeeignet zum Führen von Kraftwagen anzusehen, weil er, wie die gegen ihn ergangenen Strafverfügungen v. 28. Dez. 1932 und 18. April 1935 ergeben, auch sonst wiederholt ein Kraftfahrzeug geführt hat, obwohl er unter der Einwirkung unzulässigen Alkoholgenußes stand. Erschwerend fallen auch die anderen Straftaten des M. ins Gewicht.

Alle diese Tatsachen zwingen zu dem Schluß, daß der M. zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet ist. Gemäß § 4 KraftfG. war ihm daher die Fahrerlaubnis zu entziehen und nach § 1 Abs. 3 RStraßVerfD. die Führung von Kleinstraßfahrzeugen zu untersagen.

(PrDVBG., Art. v. 18. Febr. 1937, IV C 153/36.)