

Heft 20 (Seite 961-1024)
1. Juli 1939

9. Jahrgang

Ausgabe A
Wochenausgabe

Deutsches Recht

vereinigt mit

Juristische Wochenschrift

Herausgeber Dr. Hans Frank



Zentralorgan des National-Sozialistischen Rechtswahrerbundes

Deutscher Rechtsverlag G.m.b.H. · Berlin W 35 · Leipzig C 1 · Wien I

Postversandort Leipzig

Kaufmann
3 JUL 1939
Dr. Wolfgang Spelth
Rechtsanwalt

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Zwanzig Jahre nach Versailles. Von Staatsrat Prof. Dr. Frhr. v. Freytag-Loringhoven	961
Das Gesetz über Mietverhältnisse mit Juden. Von StM. Friedrich Wilhelm Adami	965
Die Rechtsstellung des Auswanderers im Devisenrecht. Von RegM. Dr. G. F. Schulz	969
Die Erzwingung von Handlungen und Unterlassungen (§§ 887—890 Zivilprozessordnung). Von AGM. Dr. Sebode	973
Die Prozeßbevollmächtigten im Verfahren der einstweiligen Anordnungen. Von RA. u. Notar Dr. Hoquette	976
Die Anrechenbarkeit des ersparten Unterhalts im Falle des § 845 Bürgerliches Gesetzbuch. Von RA. Dr. Werner Bujnow	979

Rechtspolitik und Praxis

Mißbrauch alter Schuldtitel. Von Arnold Heining	983
Zuständigkeitsmängel bei Pfändungs- und Überweisungsbeschläüssen, insbes. bei Seelenten. Von Rechtspfleger Wilhelm Berner	983
Die Erbhöjerolle. Von AGM. Dr. Bull	985
Bemerkung	986

Schrifttum

Berner Schmücker: Deutsches Gerichtskosten- und deutsche Rechtsanwaltsgebührenordnung. (Leppin)	986
Zustizausbildungsordnung v. 4. Jan. 1939.	986

Rechtspredung

Strafrecht

Materielles Strafrecht

§§ 42 e, 20 a StGB. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 20 a StGB. darf von der Sicherungsverwahrung nur abgesehen werden, wenn die Besserung des Angekl. mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Die Annahme, daß die Sicherungsverwahrung die Besserungsmöglichkeit abtöte, geht fehl. RG.: DR. 1939, 987 Nr. 1

§ 51 StGB. Ist nicht nur dann anwendbar, wenn eine Geisteskrankheit im medizinischen (psychiatrischen) Sinne vorliegt. RG.: DR. 1939, 987 Nr. 2

§ 51 StGB. Unfähigkeit zu moralischen Vorstellungen. RG.: DR. 1939, 987 Nr. 3

§ 52 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StGB. Auch eine lebensfähige Tochter des Angekl. muß über ihr Recht zur Verweigerung des Zeugnisses belehrt werden. RG.: DR. 1939, 988 Nr. 4

§ 60 StGB. Daß i. S. des § 60 auch die Schutzhaft anrechenbar ist, entspricht der Praxis des RG. Hat der Angekl. beantragt, ihm die Schutzhaft und die Untersuchungshaft anzurechnen, so genügt nicht der Ausdruck in

der Urteilsformel, daß dem Angekl. die Untersuchungshaft im vollen Umfange angerechnet werde. Es muß auch eine Entscheidung darüber ergehen, ob auch die Schutzhaft anzurechnen ist. RG.: DR. 1939, 988 Nr. 5

§§ 153 ff. StGB. Lag bei dem Angekl. ein fest eingewurzeltcs Erinnerungsbild vor, so muß festgestellt werden, daß ihm geeignete Hilfsmittel zur Verfügung standen, um die Unrichtigkeit seiner Aussage zu erkennen. Durch bloße Willensanstrengung ist, wie das RG. in zahlreichen zu § 163 StGB. ergangenen Entscheidungen ausgeführt hat, ein solches falsches Erinnerungsbild nicht wieder zu beseitigen. RG.: DR. 1939, 988 Nr. 6

§ 156 StGB. Eidesstattliche Versicherungen, denen auf Grund der vorhandenen Verfahrensvorschriften keine Beweiskraft zuerkannt werden darf, sind daher auch keines Schutzes nach § 156 StGB. bedürftig oder würdig. Eine Bestrafung wegen falscher derartiger Versicherungen kann weder unmittelbar noch in entsprechender Anwendung nach § 156 StGB. erfolgen. RG.: DR. 1939, 988 Nr. 7

§ 181 StGB. Der Begriff des Vorschubleistungens in §§ 180, 181 StGB. erfordert nicht stets eine Förderung der Unzucht durch Entfaltung einer Tätigkeit, er kann vielmehr auch durch ein bloßes Dulden der Unzucht erfüllt werden, wenn der Täter zur Verhinderung der Unzucht rechtlich verpflichtet und tatsächlich dazu in der Lage war. RG.: DR. 1939, 989 Nr. 8

§§ 222 Abs. 2, 230 Abs. 2 StGB. Die besondere Sorgfaltspflicht i. S. der §§ 222 Abs. 2, 230 Abs. 2 StGB. kann zwar auch demjenigen obliegen, für den das Kraftfahren nur eine Nebenberufung in seinem eigentlichen Beruf bildet. Nach der Rspr. des RG. muß aber der Betrieb des Kraftfahrzeugs im Rahmen des Hauptbetriebs eine fortgesetzte, auf Erzielung von Gewinn gerichtete Tätigkeit bilden, wenn er als Nebenbetrieb gelten soll, der auch bei der in seinem Rahmen ausgeübten Tätigkeit zur Beobachtung der erhöhten Sorgfaltspflicht verpflichtet. RG.: DR. 1939, 989 Nr. 9

§§ 266, 348 StGB. Verbraucht ein Notar bei ihm hinterlegtes Geld für sich, so genügt es nicht zur Erfüllung des Erfordernisses, jederzeit eine dem verbrauchten Gelde entsprechende Summe baren Geldes zum Vorlegen zur Verfügung haben zu müssen, wenn der Notar sich zur Vorweisung der fraglichen Summe bei der Prüfung seiner Geschäftsführung das Geld von dritter Seite vorübergehend beschaffen kann. RG.: DR. 1939, 989 Nr. 10

§ 266 StGB. Besonders schwerer Fall der Untreue bei Unterschlagung von 6500 R.M. NSB.-Geldern durch Amtswalter der NSB. RG.: DR. 1939, 990 Nr. 11

§ 330 a StGB. Auch der „pathologische“ Kauf kann die Grundlage für eine Bestrafung aus § 330 a StGB. bilden. In solchen Fällen bedarf aber die Prüfung des inneren Tatbestandes besonderer Sorgfalt. RG.: DR. 1939, 992 Nr. 12 (v. Weber)

§ 332 StGB. Voraussetzung ist, daß die Amtshandlung, für die der Täter sich bezahlen läßt, überhaupt als solche nach Lage der Dinge vorgenommen werden kann. RG.: DR. 1939, 994 Nr. 13

§§ 350, 266 StGB. Untreue, Unterschlagung im Amte. RG.: DR. 1939, 994 Nr. 14

§ 4 PreisbildungsG.; PreisstopVO.; § 32 SchlachtviehverkehrsVO.; Durch die PreisstopVO. ist jeder an einer Preiserhöhung Beteiligte mit Strafe bedroht und nach den Einzelgesetzen strafbar, wenn auch in diesen jeweils nur ein Beteiligter (Verkäufer) mit Strafe bedroht ist. RG.: DR. 1939, 994 Nr. 15

Strafverfahren

§§ 413 ff. StGB. Eine als Prozeßvoraussetzung genügende polizeiliche Strafverfügung liegt schon dann vor, wenn in einer von dem zum Erlaß der Strafverfügung berufenen Beamten unterschriebenen Urkunde, die auch äußerlich erkennen läßt, daß sie eine polizeiliche Strafverfügung darstellen soll, wegen einer darin angegebenen Handlung eine Strafe festgesetzt ist. RG.: DR. 1939, 995 Nr. 16

§ 429 a StGB.; § 61 StGB. Beim Fehlen des erforderlichen Strafantrages ist auch die Anordnung einer bloßen Maßregel der Sicherung und Besserung unstatthaft. RG.: DR. 1939, 996 Nr. 17

Zivilrecht

Ehegesetz

§§ 47, 49 EheG. Verheiratet sich ein ausländischer Staatsangehöriger im Ausland nach dort erfolgter Ehescheidung wieder, obgleich die Ehescheidung in Deutschland nicht anerkannt wird, so wird es für eine Ehescheidung nach §§ 47, 49 EheG. in der Regel an den subjektiven Erfordernissen fehlen. RG.: DR. 1939, 1015 Nr. 38

§ 55 EheG. Wenn das Gesetz für den Tatbestand des § 55 EheG. auch sicher von dem Regelfall ausgeht, daß die Ehegatten zunächst in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben, so will die Vorschrift doch keinesfalls allein diesen Fall treffen. § 55 findet daher auch auf die Fälle Anwendung, in denen die häusliche Gemeinschaft überhaupt nie bestanden hat. RG.: DR. 1939, 996 Nr. 18

§§ 55, 93 EheG. Hat die letzte mündliche Verhandlung vor dem NSB. noch vor Inkrafttreten des EheG. stattgefunden, so kommt es für das Vorbringen neuer, erst durch das EheG. erheblich geborderer Tatsachen im dritten Rechtszuge (§ 93 Abs. 1 S. 2) nicht darauf an, ob die Rev. auch nach dem früheren Recht hätte Erfolg haben müssen.

Zur Frage, wann der Widerspruch aus § 55 Abs. 2 S. 2 gerechtfertigt ist. RG.: DR. 1939, 997 Nr. 19 (Brand)

§ 60 EheG., § 616 ZPO. Die Rechtshängigkeit ist als eine logische Folge der späteren Rechtskraftwirkung ebenso abzugrenzen wie die Rechtskraft. Eine dem § 616 ZPO. entsprechende Vorschrift besteht im österreichischen Prozeßrecht nicht.

**Vermögensschaden-
für Rechtsanwälte,**

zu den allgemein üblichen Bedingungen
und Prämien

Direktion für das Deutsche Reich,



Haftpflicht-Versicherungen

Notare, Beamte usw.

Etwaige Vertragsrabatte werden ebenfalls
gewährt

Berlin SW 68, Charlottenstr. 77

Das EheG. kennt als Form der Geltendmachung des Scheidungsanspruchs der bekl. Partei nur die Widerklage oder den Antrag dieser Partei, die Mitschuld des Kl. auszusprechen. RG.: DR. 1939, 998 Nr. 20

§§ 80, 96 EheG. Die Rechtswirksamkeit von Unterhaltsverträgen, die vor Inkrafttreten des EheG. abgeschlossen sind, ist nunmehr nach § 80 EheG. zu bemessen.

Das Gericht hat sich bei der Entscheidung, ob die im § 80 EheG. vorgesehene zweite Alternative vorliegt, die Frage vorzulegen, ob eine solche Vereinbarung nach ihrem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck sich ergebenden Gesamtcharakter beurteilt, dem Anstandsgefühl aller gerecht Denkenden zuwiderläuft. Bei Beantwortung dieser Frage ist das Gericht ganz frei und kann sich von allgemein menschlichen Erwägungen leiten lassen. RG.: DR. 1939, 999 Nr. 21

§§ 97 Satz 2, 81 Abs. 3 EheG. Ein „besonderer Grund“ i. S. des § 81 Abs. 3 EheG. ist in der Regel nicht nur dann gegeben, wenn das Kind bei dem schuldlos geschiedenen Elternteil gefährdet sein würde, sondern auch dann, wenn einerseits hinsichtlich des schuldlos geschiedenen Ehegatten begründete Bedenken an seiner Eignetheit als Erzieher und Betreuer des Kindes bestehen, ohne daß diese geradezu schon eine unmittelbare Gefährdung zu ergeben brauchen, andererseits bei dem schuldig geschiedenen Ehegatten eine völlig einwandfreie Betreuung des Kindes gewährleistet ist.

Bei der durch § 97 Satz 2 EheG. zugelassenen abweichenden Regelung „i. S. der §§ 81, 82“ stellen die Vorschriften des § 81 Abs. 2 bis 4 EheG. nur Richtlinien dar, aus denen die dem Wohle des Kindes am besten entsprechende Entscheidung zu finden ist. RG.: DR. 1939, 1000 Nr. 22

Bürgerliches Gesetzbuch

Art. 11 Abs. 1 E. 2 GGVB.; § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG. Kennt das Gesetz des Ortes der Geschäftsvornahme das betreffende Rechtsgeschäft überhaupt nicht, so fehlt es an der in Art. 11 Abs. 1 E. 2 GGVB. gemeinten, die Form betreffenden Vorschrift überhaupt. Die Frage, ob das Rechtsgeschäft einer Form bedarf, ist in einem solchen Falle dieser Rechtsordnung fremd und wird folglich von ihr nicht beantwortet. RG.: DR. 1939, 1001 Nr. 23

§ 242 BGB. Der Rechtsbehelf der Verwirrung ist nicht auf bestimmte Sondergebiete beschränkt, sondern hat vielmehr allgemeine Geltung und Bedeutung. Bei sogenannten lebenswichtigen Geschäften ist der Verwirrungseinwand mit besonderer Vorsicht zu behandeln. RG.: DR. 1939, 1002 Nr. 24 (Herschel)

§§ 276, 242 BGB. Der Gastwirt, der ohne besondere Vergütung Räume (Saal mit Bühne) zu einer Veranstaltung zur Verfügung stellt, geht hierdurch in aller Regel mit dem Veranstalter einen entgeltlichen Vertrag ein. Der Entgelt besteht in dem Verzehr der an der Veranstaltung teilnehmenden Personen.

Der Gastwirt hat auf Grund dieses Vertrags für den gefahrlosen Zustand der überlassenen Räume zu sorgen und haftet den Teilnehmern an der Veranstaltung unmittelbar für den ihnen durch die schuldhafte Verletzung dieser Sorgfaltspflicht zugefügten Schaden.

Rechtfertigt die Sachlage zunächst den Schluß, daß der Schaden durch die Verletzung der dem Gastwirt obliegenden Sorgfaltspflicht entstanden ist, so trifft diesen die Beweislast dafür, daß ihm kein Verschulden zur Last fällt. RG.: DR. 1939, 1004 Nr. 25

§§ 320 ff. BGB. Hat der klagende Gläubiger im Rechtsstreit fortgesetzt eine ihm selbst obliegende Gegenleistung verweigert, so kann darin ein Verzicht auf den Rechtsbehelf aus § 322 mit der Folge liegen, daß die Klage als

verfrüht abzuweisen ist. Mangelnde Erfüllungsbereitschaft des Klägers allein schließt den Rechtsbehelf des § 322 nicht aus.

Durch die dem Bekl. in § 322 gewährte Einrede sind seine Interessen bereits derart geschützt, daß es der Gewährung einer Arglisteinrede für den Fall, daß der Kl. fordert, ohne selbst zu leisten, nicht bedarf. RG.: DR. 1939, 1005 Nr. 26

§§ 671, 741 ff. BGB. Der Widerruf eines von mehreren Auftraggebern erteilten Auftrags durch einen von ihnen ist grundsätzlich zulässig. Besteht zwischen den Auftraggebern eine Gemeinschaft gemäß §§ 741 ff. BGB. und ergibt sich aus den Umständen des Einzelfalles kein Widerrufsrecht aus § 671 für einen von ihnen, so kann der einzelne eine Änderung des bestehenden Zustands nur erreichen, wenn er einen wichtigen Grund gemäß § 749 Abs. 2 BGB. für die Aufhebung der Gemeinschaft geltend machen und so dem Auftrag den Boden entziehen kann. RG.: DR. 1939, 1005 Nr. 27

§ 839 BGB. Amtshaftung. Zur Frage der rechtlichen Verhinderung infolge persönlicher Beteiligung an der Sache. Der ursächliche Zusammenhang zwischen der Handlung des Schädigers und dem Schaden wird nicht ohne weiteres dadurch aufgehoben, daß der nämliche Erfolg, der durch die schädigende Handlung eingetreten ist, auch durch ein anderes Ereignis sicher herbeigeführt worden wäre. RG.: DR. 1939, 1007 Nr. 28 (Herschel)

§§ 906, 1004 BGB. Für die Geltendmachung von Ansprüchen aus den §§ 906, 1004 BGB. ist, soweit sich die Störungen aus dem vorschrittmäßigen Betrieb öffentlicher Schulen ergeben, der ordentliche Rechtsweg nicht zulässig. Dasselbe muß gelten, wenn die Störungen durch Übungen des Jungvolks und der SA. hervorgerufen werden. Dagegen können nachbarrechtliche Ansprüche hinsichtlich Störungen aus Sportbetrieben der NS.-Ge-

(Fortsetzung Seite 6)

Dokumentation

ein neues Schlagwort für die Erschließung des gesamten Schrifttums. Die juristische

Bibliothek Hermann Bahr

hat diese Forderung der öffentl. Bibliotheken schon seit 60 Jahren verwirklicht. Sie sammelt alle Bücher, Zeitschriftenaufsätze, Dissertationen, Rechtsprechung, Gesetze und Verfügungen fortlaufend, um sie bei fester Mietbestellung zu einer Mindestgebühr von RM 1.50 sofort nachzuweisen und zu vermieten.



Berlin W 9 Buchhaus Linkstr. 43

Rechtswahrer!

Gewissenhafte Erledigung von Ermittlungen, Beobachtungen und Auskünften durch

**DETEKTIV
GRAEGER**

Berlin W 9 Potsdamer Str. 1
Fernspr. 21 23 33

Werdet Mitglied der NSD.



Amtstrahlen

für Juristen u. Justizbeamte nach den neuen Vorschriften — Hoheitszeichen — empfiehlt zu billigen Preisen. Muster u. Preise kostenlos. Teilzahlung gestattet.

**H. BECK
BERLIN SO 36
Dresdener Str. 127**

(U - Bahn Kottbusser Tor).
Fernruf: 61 33 91.

Die Bücher

des Deutschen Rechtsverlages erhalten Sie in jeder Buchhandlung. Katalog und Prospekte liefern wir auf Wunsch kostenlos und direkt Deutscher Rechtsverlag - Berlin W 35



ALLIANZ UND STUTTGARTER VEREIN
VERSICHERUNGS-AKTIEN-GESellschaft

Vertragsgesellschaft des
N.-S. Rechtswahrerbundes

BERUFSHAFTPFLICHT-VERSICHERUNG
GEGEN VERMÖGENSSCHADEN
JAHRZEHNTELANGE EIGENE ERFAHRUNG



Die neuen Vorschriften ausführlich erläutert

Schütz: Kommentar zum Preisstrafrecht

Anfänglich der außerordentlichen Bedeutung des Preisrechts für das gesamte Wirtschaftsleben verdient die völlige Neuregelung des Preisstrafrechts besondere Beachtung. Der Kommentar von OLG.-Rat Schütz, beim Reichskommissar für Preisbildung, behandelt in eingehender, übersichtlicher Form alle neuen Bestimmungen (einschl. Österreich und Sudetengau) und nimmt zu den einschläg. Fragen in klarer, verständlicher Sprache Stellung. Enthält u. a. auch eine sehr ausführliche Übersicht über Organisation und Befugnisse auf dem Gebiete der Preisbildung und -überwachung mit den entsprechenden Vorschriften. Erscheint in Kürze, ca. 120 S. 8°, ca. 3,60 RM.

Das vielbenutzte Handbuch:

Engelsing-Glissmann: Preisbildung und Preisüberwachung

2. Auflage. Umfassende Sammlung aller Preisvorschriften mit erläuternden Anmerkungen in **Loseblatt-Form**, überall in Gebrauch, in der Praxis durch die zweckmäß., übersichtl. Anordnung d. umfangr. Stoffes u. die zuverlässige Bearbeit. besonders geschätzt. Gefamtrwerk einschl. foeben erschienenen Erg.-Lief. 15,— RM

VERLAG FRANZ VAHLEN • BERLIN W 9

Dr. Helmut Schwabe

Richter im Werden

Tagebuch eines Amtsrichters

Moabit

Friedensrichter im Arbeitsgericht

Ganzleinen RM. 3.—

Deutscher Rechtsverlag G. m. b. H., Berlin — Wien



Um Verwechslungen mit einer gleichlautenden Firma vorzubeugen, bitten wir, unsere Schutzmarke, den Elefanten und unseren Firmensitz Berlin zu beachten.

Carl Mampe A.-G., Berlin

Werdet Mitglied der NSD.



Bestellungen und Einzahlungen

nimmt jedes Postamt entgegen!

Auszahlungen der Postreisechecke

an den Postschaltern, bei den Bahnhofswechselstuben sowie auf den Flugplätzen und bei den Reisebüros der Deutschen Lufthansa AG.

Abhebungen vom Postsparbuch

bei allen Postämtern und Amtsstellen des Postsparkassendienstes.

Deutsches Recht

vereinigt mit

»Juristische Wochenschrift«

Herausgegeben unter Mitarbeit der Reichsgruppentwarter des NSRB.

Richter und Staatsanwälte:

Dr. Geffroy

Rechtsanwälte:

Dr. Droege

Rechtspfleger:

Singer

Notare:

Wolpers



Verwaltungsrechtswahrer:

Dr. Stuckart

Hochschullehrer:

Dr. Ritterbusch

Wirtschaftsrechtswahrer:

Dr. Mönckmeier

Junge Rechtswahrer:

Billig

vom Reichsführer des NSRB. Dr. Hans Frank

Heft 20

9. Jahrgang

1. Juli 1939

Zwanzig Jahre nach Versailles

Von Staatsrat Professor Dr. Frhrn. v. Freytagh-Loringhoven, Breslau

Am 28. Juni 1939 wird es sicherlich keinen Deutschen geben, der nicht mit Schmerz jenes trübsten Tages unserer Geschichte gedächte, da Deutschlands Zusammenbruch besiegelt wurde, keinen, der nicht zugleich versuchte, die Lehren zu ergründen, die aus ihm erwachsen, keinen auch, der nicht darüber hinaus von Ehrfurcht und Dankbarkeit bewegt wäre angesichts der Taten, die das Joch von Versailles zerbrochen haben. Der deutsche Rechtswahrer aber wird an diesem Tage nach jener Urkunde greifen, in der sich das Elend seines Vaterlandes verkörperte. Sinnend und prüfend wird er im Versailler Vertrage blättern, wird immer wieder auf die verhängnisvolle Formel stoßen: „Deutschland verzichtet...“, und wird dann mit tiefer innerer Freude feststellen, wie wenig von diesem Vertrage heute noch übriggeblieben ist, wie grundlegend Deutschlands Schicksal sich in diesen letzten Jahren geändert hat.

Teil I trägt die Überschrift: Die Völkerbundsatzung. Welch furchtbare Waffe schien sie einst darzustellen, gegen uns geschmiedet und bestimmt, Deutschland für immer in Wehrlosigkeit und Knechtschaft zu halten! Alle Staaten des Erdballes sollten sich in ihrem Zeichen zusammenfinden, sollten in freier, gleichberechtigter Zusammenarbeit die Schicksale der Welt lenken. Deutschland aber blieb von dieser Gemeinschaft ausgeschlossen. Ihrem Spruch sollte es sich unterwerfen, aber ihr anzugehören war es nicht würdig. Erst nach Jahren wurden ihm die Tore geöffnet, und wenn schon ihm ein Sitz im Räte eingeräumt wurde, glaubte es doch, sich in Demut dem erlauchten Kreise einfügen zu müssen. Niemals erhob es anklagend und fordernd seine Stimme, und niemals wagte es den Versuch, alle die Mächte um sich zu sammeln, die über Englands und Frankreichs Vorherrschaft murrten, die die Verser Liga zu einem wahren Völkerbunde umgestalten wollten. So konnten sich auch die Hoffnungen nicht bewahrheiten, die dem deutschen Volk beim Eintritt in den Bund vorgespiegelt worden waren. Das Weimarer Reich vermochte weder seinen Minderheiten zu helfen, noch eine Beteiligung am Mandatsystem zu erreichen, geschweige denn eine allgemeine Revision des Friedensdiktats durchzusetzen.

Dann aber kam das Jahr 1933, kam der große Um-

schwung in Deutschland, kam am 19. Oktober als Antwort auf die Sabotage der Abrüstung Deutschlands Austritt aus der Liga. Die Antwort war ein empörter Protest jener, die sich als Träger der internationalen öffentlichen Meinung fühlten, war die Behauptung, daß Deutschland sich nun selbst von der Gemeinschaft der zivilisierten Völker geschieden habe. Doch die Tatsachen redeten eine andere Sprache. Von der Stunde ab, da Deutschland der Liga den Rücken gewandt hatte, begann sein Aufstieg, begann ihr Verfall. Am 17. April 1935 unterfing sie sich zum letztenmal, den Stuhl des Weltenrichters zu besteigen und ein Verdammungsurteil über Deutschland zu fällen, das seine Wehrhoheit wiederhergestellt hatte. Deutschland beantwortete es mit einer kühlen Zurückweisung, und die Liga mußte das hinnehmen. Dann aber folgte ein Schlag auf den andern. Der abessinische Krieg brach aus. Die Liga sprach Italien des Satzungsbruches schuldig. Sie eröffnete das Sanktionsverfahren und wagte doch nicht, es mit wirksamer Schärfe durchzuführen. In Schwäche und Halbheit sah sie zu, wie Italien sein Ziel erreichte, Abessinien unterwarf, sein Imperium errichtete. Als dann Japan und China aufeinanderstießen, als in Spanien der Bürgerkrieg entbrannte, brachte sie in ihres Nichts durchbohrendem Gefühl nicht den Mut auf, zu diesen Ereignissen Stellung zu nehmen. Sie schob die Signatarmächte des Washingtoner Vertrages vor, wälzte die Verantwortung auf das unglückselige Gebilde des Londoner Nicht-einmischungsausschusses ab.

Österreich kehrte heim, und die Reichsregierung teilte dem Sekretariat der Liga kurz und trocken mit, daß es aufgehört habe, Mitglied zu sein. Wieder wich man in Genf jeder Stellungnahme aus und stritt nur darum, ob und wie wohl die 50 000 Franken einzubringen wären, die Österreichs Beitrag für die Zeit v. 1. Jan. bis 31. März 1938 darstellten.

Vollends ging die Geschichte an der Liga vorüber, als die sudetendeutsche, als die tschechische Frage gelöst und das Schicksal des Memellandes neu geregelt wurde. Mit keinem Ton hat sie sich zu diesen Geschehnissen äußern dürfen.

Der Völkerbund, der einst das Wert von Versailles

vollenden und krönen sollte, ist heute nicht mehr denn ein Schemen, den niemand fürchtet, niemand achtet, an dem niemand hängt. Teil I des Versailler Vertrages steht im buchstäblichsten Sinne nur noch auf dem Papier.

In 14 Abschnitten bringt Teil III „Politische Bestimmungen über Europa“. Sie alle verfolgten das gleiche Ziel, Deutschland zu verstümmeln, zu schwächen, zu demütigen. Aber auch von ihnen hat die Geschichte mit ehernem Griffel einen nach dem andern durchstrichen. Das linke Rheinufer, dessen Entmilitarisierung den französischen Truppen den ungehinderten Einmarsch in das Reich sichern sollte, ist heute durch den Westwall gegen jeden Angriff geschützt. Das Saargebiet ist ins Reich heimgekehrt. Jener Art. 80, der vorgab, Österreichs Unabhängigkeit zu sichern, ist zerstoßen. Die Tschecho-Slowakei besteht nicht mehr. Memel ist dem Reiche wieder eingegliedert, und Ostpreußens Volk hat die listig erdachten Anschläge, die es zersplittern und dem Reich entfremden wollten, durch sein einmütiges Bekenntnis zum Deutschtum von vornherein zunichte gemacht. Helgoland endlich ist schon längst wieder zur stärksten Seefestung geworden.

Manches freilich, das dieser Teil III uns aufzwang, ist heute noch in Kraft. Danzig vor allem hat noch nicht heimfinden dürfen. Aber niemand zweifelt, daß auch hier eine Lösung sich finden wird, wenn erst die rechte Stunde gekommen ist.

In fremder Hand sind auch noch Deutschlands Kolonien. Doch schon hat Deutschland seine Stimme erhoben, hat ihre Rückgabe gefordert, und der Tag ist sicherlich nicht mehr fern, da es diese seine Forderung den unrechtmäßigen Besitzern vorlegen und ihre Erfüllung erreichen wird.

Dann schweift der Blick weiter über die Seiten des Diktats. Teil V „Bestimmungen über Landheer, Seemacht und Luftfahrt“ — sie wurden am 16. März 1935 zerrissen, da Deutschland seine Wehrhoheit wieder aufrichtete. Teil VII „Strafbestimmungen“ — sie konnten niemals verwirklicht werden. Das tapfere kleine Holland lehnte es trotz aller Drohungen der übermächtigen Entente ab, Kaiser Wilhelm II. auszuliefern, und selbst in jener Zeit der Schmach und Schwäche zwang ein Aufbrausen des nationalen Empfindens die Weimarer Regierung, sich vor die Heerführer des Weltkrieges zu stellen.

Teil VIII „Wiedergutmachungen“ beginnt mit jenem berüchtigten Art. 231, der Deutschland die Schuld am Weltkriege zuschiebt und leider auch das Bekenntnis zu dieser Schuld enthält. Gewiß war dieses Bekenntnis erzwungen und schändete darum weniger die, die es abgaben, als die, die es erpressten. Aber selbst die Männer des Weimarer Deutschland, die schwach genug gewesen waren, der Nötigung nachzugeben, empfanden es als Schmach und suchten es zu tilgen. In Halbheit und Unentschlossenheit jedoch wußten sie den Weg dafür nicht zu finden, und so lastete das Bekenntnis zur Kriegsschuld auf Deutschland, bis der Führer es am 30. Jan. 1937 durch eine feierliche Erklärung vor dem Reichstage zurückzog. Keine der Feindmächte hat sich unterfangen, Widerspruch zu erheben, und so ist dieser Fleck auf Deutschlands Ehrenschild ausgelöscht.

Schon lange vorher war das ganz irreführend als Wiedergutmachung bezeichnete Tributsystem zusammengebrochen, dem das Schuldbekenntnis als Grundlage gedient hatte. Es stellte an sich eine bössartige Übervorteilung Deutschlands insofern dar, als nach dem Wilson-Programm und dem Friedensvorvertrage v. 5. Nov. 1918 keinerlei Kontributionen erhoben, die Unterlegenen vielmehr nur verpflichtet werden sollten, die der Zivilbevölkerung zugefügten Schäden zu ersetzen. Dann jedoch wurden diesen vertragswidrig die Kriegsbeschädigten- und Hinterbliebenenrenten hinzugeschlagen, und nun wurde ein seltsames, allem Recht hohnsprechendes Spiel in die Wege geleitet. Während der Finanzberater der britischen Regierung

Rehnes den Betrag der von Deutschland nach dem Friedensvorvertrage zu leistenden Zahlungen auf höchstens 40 Milliarden Goldmark beziffert hatte, wurde jetzt, ohne daß irgendwelche Belege beigebracht worden wären, die Behauptung aufgestellt, daß Deutschlands Schuld an die Alliierten seine Leistungsfähigkeit übersteige und daß deshalb die ihm aufzuerlegenden Zahlungen nur durch eben diese Leistungsfähigkeit begrenzt seien. Deutschland unterwarf sich, und so ergab sich die Möglichkeit, es bis zum Weißbluten zu erpressen. 132 Milliarden, mehr als das Dreifache der Rehnesschen Ziffer, wurden als Kapitalschuld festgestellt, die Deutschland nun abtragen sollte. Die Folge war ein Zusammenbruch der deutschen Währung und der deutschen Wirtschaft. So kam es 1924 im Dawes-Pakt zu einer Neuregelung, durch die dem Reich eine Jahreszahlung von 2,5 Milliarden Goldmark auferlegt wurde. Auch sie erwies sich als untragbar, und an ihre Stelle traten 1930 die Bestimmungen des Young-Planes, die zwar eine Herabsetzung der Jahresraten enthielten, aber die Schuldknechtschaft Deutschlands für 69 Jahre, für die Lebensdauer von zwei Geschlechtern, aufrichteten. Schon im Jahre darauf jedoch brach die Weltwirtschaftskrise herein, hervorgerufen nicht zuletzt durch die Schwierigkeiten, die für die Wirtschaft der Siegerländer durch den Zufluß deutschen Goldes und deutscher Waren entstand. So kam es zum Hoover-Moratorium, kam es im Juni/Juli 1932 zur Lausanne-Konferenz, auf der die Gläubigerstaaten nach langem Feilschen auf weitere Tribute verzichteten, nicht ohne eine letzte Abfindung von 3 Milliarden Mark auszubedingen. Sie sollte durch deutsche Schuldverschreibungen aufgebracht werden, die nicht vor Ablauf von drei Jahren und nur zu einem Kurse von mindestens 90% begeben werden sollten. Es ist überflüssig zu sagen, daß eine Verwirklichung dieser Klausel ganz unabhängig von der internationalen Börsenlage nach 1935 nicht mehr in Frage kam.

Damit war Teil VIII an seinem innern Widersinn zusammengebrochen, und dasselbe Schicksal erfuhren die für die Dauer berechneten Vorschriften in Teil IX „Finanzielle Bestimmungen“ und in Teil X „Wirtschaftliche Bestimmungen“.

Teil XI fesselte die deutsche Luftfahrt. Von seinen acht Artikeln ist heute keiner mehr in Kraft, und Deutschlands Luftfahrt kann sich mit der jedes andern Staates messen. In vollem Umfange hinfällig geworden ist auch Teil XII, der Deutschlands Häfen, Wasserstraßen und Eisenbahnen drückenden Einschränkungen unterwarf und insbesondere die deutschen Ströme ebenso wie den Kieler Kanal einer internationalen Aufsicht unterstellte. Nachdem Deutschland sich zuerst bemüht hatte, die so geschaffenen unerträglichen Zustände auf dem Verhandlungswege zu beseitigen, bei den anderen Mächten jedoch nicht das Entgegenkommen gefunden hatte, auf das es Anspruch erheben konnte, setzte es am 14. Nov. 1935 jene Bestimmungen außer Kraft und stellte damit seine uneingeschränkte Souveränität in den eigenen Grenzen wieder her.

Im Ergebnis ist heute nur noch ein Teil der territorialen Einbußen übrig geblieben, so wie sie nach einem verlorenen Kriege fast immer der unterlegene Staat erdulden muß. Aber so schmerzlich sie sind, wird durch sie Deutschlands Ehre nicht angetastet und seine Souveränität nicht in Frage gestellt, wie das durch so viele der jetzt aufgehobenen Bestimmungen des Versailler Vertrages geschah.

*

Für den Rechtswahrer erhebt sich die Frage, wie diese ganze Entwicklung unter rechtlichen Gesichtspunkten zu werten ist. Ist sie, wie unsere Gegner in Presse und Parlament behaupten, das Ergebnis von Rechtswidrigkeit, Vertragsbruch und Gewalt, oder bedeutet sie umgekehrt die Wiederherstellung verletzten und mit Füßen getretenen

Rechts, wie jeder Deutsche zu glauben das tiefe Bedürfnis empfindet?

Um diese Frage zu beantworten, heißt es, sich klar darüber werden, was Recht zwischen den Staaten ist.

Völkerrecht ist nicht ein Gemenge von Verträgen, Erfahrungsfakten, logischen Schlüssen und Begriffskonstruktionen. Völkerrecht ist vielmehr schlechtweg die Ordnung, die ein Zusammenleben der Staaten in Frieden und Würde sichern soll.

Ein Zusammenleben der Staaten in Frieden und Würde hat zur wesentlichen Voraussetzung, daß die Grundrechte keines Staates getränkt werden. Die obersten aller staatlichen Grundrechte aber sind das Recht auf Ehre und das Recht auf Selbstverteidigung. Diese Rechte kommen in der Wehrhoheit des Staates zum Ausdruck. Jede Verletzung, Beschränkung, Vernichtung der Wehrhoheit bedeutet darum eine im tiefsten unsittliche und rechtswidrige Handlung. Nur freiwillig, im gegenseitigen Einvernehmen mit anderen Staaten kann ein Staat sich in der Ausübung seiner Wehrhoheit und im Maß ihrer Verwirklichung beschränken.

Kein Staat erkennt Verträge zwischen seinen Bürgern an, in denen sie das Recht der Persönlichkeit, ihre Ehre und die Grundlagen ihres Daseins preisgeben. Verträge, in denen das geschieht, gelten als sittenwidrig und sind von vornherein nichtig. Ist es denkbar, daß die Gemeinschaft der Staaten Verträge von gleicher Sittenlosigkeit als bindend anerkennen und mit Machtmitteln aufrecht erhalten könnte?

Die Pariser Friedensverträge haben, als sie die Wehrhoheit der Unterlegenen vernichteten, gegen das Sittengesetz der Völkergemeinschaft verstoßen. Sie haben das Völkerrecht gebrochen und sind deshalb nichtig. Darum kann auch gegen diejenigen Völker, die solche Verträge zerreißen, der Vorwurf des Rechtsbruchs niemals erhoben werden.

Aber nun heißt es: Verträge sind heilig. Wenn Deutschland sich aus dem Versailler Vertrage lösen wollte, mußte es das in Übereinstimmung mit den Vertragsgegnern tun.

Das ist falsch. Sittenwidrige, rechtswidrige, nichtige Verträge können nicht heilig sein, weil sie rechtlich überhaupt nicht bestehen. Wenn ein Volk solchen Scheinvertrag sich in der Stunde der Niederlage aufzwingen ließ, bedarf es keines neuen Vertrages, um sich zu befreien. Aus eigener Kraft und aus eigenem Recht kann es die Überwindung jenes Scheinvertrages verkünden. So brauchte auch Deutschland die Wiederherstellung seiner Wehrhoheit, dieses Ur- und Grundrechts eines jeden Staates, nicht im Ergebnis von Verhandlungen aus der Hand derer entgegenzunehmen, die es seiner beraubt hatten. Es durfte sein Recht selbst wiederherstellen und hat das in Kraft und Entschlossenheit getan. Zugleich erwies es damit der Staatengesellschaft einen unmeßbaren Dienst, indem es das Völkerrecht aus der Unsittlichkeit und Rechtswidrigkeit der Pariser Diktate befreite und ihm den Weg zur Erfüllung seiner wahren Aufgaben öffnete. Jetzt erst konnte das Völkerrecht wieder zu einer Ordnung werden, die Ehre und Frieden aller Völker sichert.

Denen aber, die solche grundsätzlichen Gedankengänge ablehnen, die nur positive, unstrittig anerkannte Regeln und greifbare Vertragsbestimmungen gelten lassen, sei entgegengehalten, daß auch strengster Positivismus, wie er vor allem in Frankreich zu Hause ist, bei sachlicher Würdigung der Rechtslage Deutschlands Verhalten nicht bemängeln kann. Das gilt für die Wiederherstellung seiner Wehrhoheit, die zur Grundlage aller weiteren von ihm unternommenen Schritte wurde. Das gilt aber auch für diese Schritte selbst.

Frankreich berief sich in allen diesen Jahren, beruft sich auch heute noch auf die Verpflichtungen, die Deutschland im Friedensvertrage auf sich genommen hat. Da

ersteht allem zuvor die Frage, ob dieser Friedensvertrag rechtlich bindend ist. Sie ist schlechtweg mit einem Nein zu beantworten. Das ist deshalb der Fall, weil die deutsche Unterschrift erzwungen wurde. Friedensverträge sind, von seltenen Ausnahmen abgesehen, immer das Ergebnis von Zwang und von Drohung mit weiterem Zwang. Deshalb läßt das Völkerrecht die Anfechtung eines Friedensvertrages wegen Zwang nicht zu. Wohl aber krankt der Versailler Vertrag an einem andern unheilbaren Mangel.

Deutschland hatte die Waffen niedergelegt in Vertrauen auf die Zusicherungen, die die Vereinigten Staaten in ihrer vom Staatssekretär Lansing gezeichneten Note v. 5. Nov. 1918 als Sprecher der gesamten Entente gegeben hatten. Hier waren die 14 Punkte des Präsidenten Wilson v. 8. Jan., die 4 Punkte v. 11. Febr., die 4 Punkte v. 4. Juli und die 5 Punkte v. 27. Sept. 1918 als unabänderliche Grundlage des künftigen Friedens anerkannt. Es waren nur zwei Vorbehalte gemacht. Sie bezogen sich auf die Freiheit der Meere und auf die Wiederherstellung der von den deutschen Truppen besetzten Gebiete. In allem übrigen sollten die insgesamt 27 Punkte uneingeschränkte Geltung haben.

Sicherlich war es ein Fehler von beispielloser Schwere, daß das Weimarer Deutschland im blinden Glauben an die Aufrichtigkeit dieser Zusagen sich entwaffnete und sich so den Gegnern wehrlos auslieferte. Aber das vermag an der rechtlichen Beurteilung des Verhaltens seiner Gegner nichts zu ändern. Rechtlich fällt allein ins Gewicht, daß sie ihr Wort brachen und das waffenlose Deutschland zwangen, einen Vertrag zu unterschreiben, der mit dem Friedensprogramm Wilsons nichts gemein hatte. Dieser Wortbruch und der durch ihn verübte Betrug zogen die Ungültigkeit des Versailler Vertrages nach sich.

Unzählige Male ist diese Beweisführung den Juristen Frankreichs und der anderen Entente-Länder vorgehalten worden. Niemals ist einer von ihnen im Ernst auf sie eingegangen. Niemals ist der Versuch gemacht worden, sie zu widerlegen. Stillschweigend ist man über sie hinweggeschritten. Planmäßig hat man sie, hat man selbst das Vorhandensein der Lansing-Note, die nichts anderes als einen Friedensvorvertrag darstellt, der eigenen Öffentlichkeit vorenthalten. Stur und starr beharrte und beharrt man auf der Gültigkeit und Heiligkeit des Versailler Vertrages.

Aber selbst wenn der Versailler Vertrag trotz Wortbruch und Betrug gültig wäre, könnte Deutschland unter Berufung auf die *clausula rebus sic stantibus* seine Bestimmungen umstoßen.

Die *clausula rebus sic stantibus* besagt nach einer in der Wissenschaft des Völkerrechts weitverbreiteten Lehre, daß jedem internationalen Vertrage ein Vorbehalt stillschweigend innewohnt, kraft dessen der Vertrag nur so lange in Geltung bleiben soll, als die Umstände, unter denen er geschlossen wurde, und die Voraussetzungen, von denen die Parteien ausgingen, sich nicht geändert hätten. Diese Lehre ist in der Theorie freilich unstritten. In der Praxis ist sie jedoch immer dann angewandt worden, wenn ein Staat die tatsächliche Möglichkeit erlangte, einen ihm aufgezwungenen Vertrag umzustößen. Bekannt ist vor allem die Aufkündigung der Bestimmungen des Pariser Vertrages v. 30. März 1856 über die Neutralisierung des Schwarzen Meeres, die Rußland am 31. Okt. 1870 erklärte, als seine Gegner, die ihm nach dem Krimkriege diese Beschränkung seiner Souveränität aufgenötigt hatten, durch den Deutsch-Französischen Krieg an einem Einschreiten verhindert waren. Sie begnügten sich mit papiernen Protesten, und als dann auf Bismarcks Veranlassung eine Konferenz der Reichermächte des Pariser Vertrages in London zusammentrat, gab sie unter dem 13. März 1871 zwar eine feierliche Erklärung über die Heiligkeit von

Verträgen ab, erkannte aber zugleich die unbeschränkte Souveränität Rußlands im Schwarzen Meer an und sanktionierte damit jenen russischen Schritt. Auch Frankreich, das Deutschland gegenüber mit solchem Nachdruck auf der Verbindlichkeit aller Verträge beharrt, hat die *clausula rebus sic stantibus* immer dann zu seinen Gunsten angewandt, wenn das seinen Interessen entsprach. So hat es, gestützt auf die Zustimmung seiner Verbündeten, in Art. 435 des Versailler Diktats die Verträge von 1815 aufgehoben, durch die seine Souveränität in Hochsavoyen und Gex zum Besten der Schweiz beschränkt war, ohne daß diese um ihre Einwilligung auch nur ersucht worden wäre. Nicht minder bezeichnend ist der Beschluß der französischen Kammer v. 13. Dez. 1932, durch den die Regierung aufgefordert wurde, die auf freiwilliger Vereinbarung beruhenden Zins- und Tilgungszahlungen für die Kriegsschulden an die Vereinigten Staaten einzustellen. Endlich sei noch an den britisch-französischen Streit um die Staatsangehörigkeit in Tunis und Marokko erinnert, der 1923 vor dem Ständigen Internationalen Gerichtshof im Haag verhandelt wurde. Hier erklärte im Namen und im Auftrage seiner Regierung der französische Völkerrechtler de Laprabelle, daß der Vertrag v. 19. Dez. 1856, um dessen Fortbestand der Streit ging, auf ewige Zeiten geschlossen sei und daß „auf ewige Zeiten geschlossene Verträge immer der Aufhebung auf Grund der *clausula rebus sic stantibus* unterliegen“.

Unter diesen Umständen kann auch Deutschland das Recht nicht bestritten werden, die *clausula rebus sic stantibus* gegenüber den Bestimmungen des Versailler Vertrages anzuwenden.

*

Betrachtet man im Lichte dieser Erwägungen die Schritte, die Deutschland getan hat, um sich vom Versailler Joch zu befreien, so kann ihre Rechtmäßigkeit nicht angezweifelt werden.

Als Deutschland am 16. März 1935 die Wiederaufrichtung seiner Wehrhoheit und die Wiedereinführung der allgemeinen Wehrpflicht verkündete, durfte es sich darauf berufen, daß im Programm des Präsidenten Wilson seine einseitige Entwaffnung nicht vorgesehen war. Punkt 4 v. 8. Jan. 1918 forderte vielmehr den „Austausch entsprechender Garantien dafür, daß die staatlichen Rüstungen auf das kleinste Maß, das zur innern Sicherheit notwendig ist, beschränkt werden“. Es war also eine Beschränkung der Rüstungen aller Staaten ins Auge gefaßt. Dasselbe befagte der Vorpruch zu Teil V des Versailler Vertrages, in dem Deutschland verpflichtet wurde, sich zu entwaffnen, „um die Einleitung einer allgemeinen Rüstungsbeschränkung aller Nationen zu ermöglichen“. Wenn französische Juristen behaupten, daß hier keine Verpflichtung übernommen, sondern nur ein Ziel gewiesen wurde, so ist das eine Auslegung, die wider Treu und Glauben verstößt und deshalb abgelehnt werden muß. Darüber hinaus aber wird in Art. 8 der Satzung der Liga der Nationen, der zugleich Art. 8 des Versailler Vertrages darstellt, jene Verpflichtung aus Wilsons Punkt 4 von den Bundesmitgliedern unzweideutig übernommen. Sonach stand Deutschland ein doppeltes Recht darauf zu, in der Rüstungsfrage auf gleichem Fuße mit den anderen Mächten behandelt zu werden. Es erwuchs ihm aus dem Wilson-Programm und dem Friedensvorvertrage, und es erwuchs ihm aus dem Friedensdiktat. Denn als es genötigt wurde, dieses zu unterschreiben, erwarb es einen Anspruch auf die Erfüllung der Verpflichtungen — es waren ihrer wenig genug —, die die Entente-Mächte sich selbst auferlegt hatten. Es erwarb diesen Anspruch unabhängig von seiner Zugehörigkeit zur Liga der Nationen. Er stand ihm vor seinem Eintritt in die Liga zu und verblieb ihm nach seinem Austritt.

Die Entente-Mächte sind ihrer Verpflichtung zur Abrüstung nicht nachgekommen. 15 Jahre lang, von dem

Inkrafttreten des Versailler Vertrages bis in das Jahr 1935 hinein, haben sie unter stets neuen Vorwänden ihre Erfüllung verweigert. Deutschland hat sie gemahnt, hat immer und immer wieder mit ihnen verhandelt. Niemand kann und darf ihm einen Vorwurf daraus machen, wenn es nach 15 Jahren vergeblichen Wartens zur Überzeugung gelangte, daß sie nicht gewillt sind, die im Vorvertrage wie im Friedensdiktat gegebene Zusage einzulösen, wenn es daraus die Schlussfolgerung zog und sich nun seinerseits von den ihm aufgezwungenen Beschränkungen befreite.

Aus dem Bruch des Friedensvorvertrages erwuchs auch das Recht Deutschlands, Österreich, Sudetenland und Memel heimzuführen. In Punkt 2, 3 und 4 seiner Kongressrede v. 11. Febr. 1918 hatte der Präsident Wilson das Selbstbestimmungsrecht der Völker unzweideutig anerkannt, und in Punkt 2 seiner Rede zu Mount Vernon v. 4. Juli hatte er es nochmals zusammenfassend verkündet: „Die Regelung aller Fragen, mögen sie Staatsgebiet, Oberhoheit, wirtschaftliche Abmachungen oder politische Beziehungen betreffen, muß erfolgen auf der Grundlage der freien Annahme dieser Regelung durch das unmittelbar betroffene Volk und nicht unter dem Gesichtspunkt des materiellen Nutzens oder Vorteils irgendeines andern Staates oder eines andern Volkes, die eine andersartige Erledigung zugunsten ihres eigenen äußern Einflusses oder ihrer Herrschaft wünschen könnten.“ Im Widerspruch zu diesem Grundsatz ist Österreich eine eigene Staatlichkeit aufgezwungen worden, obgleich schon die Provisorische Nationalversammlung in einem Gesetz v. 12. Nov. 1918 Deutsch-Österreich für einen „Bestandteil der Deutschen Republik“ erklärt und die Konstituierende Nationalversammlung diesen Beschluß durch Gesetz v. 12. März 1919 bekräftigt hatte. Demgegenüber war es bedeutungslos, wenn nach 1933 die Kabinette Dollfuß und Schuschnigg den Anschluß an das Reich ablehnten. Sie konnten sich nicht auf den Willen des Volkes stützen und waren sich dessen selbst sehr wohl bewußt. Wäre dem anders gewesen, so hätten sie nicht seit dem März 1933 den Zutritt des Nationalrats verhindert und im Widerspruch zur Verfassung die Ansetzung von Neuwahlen unterlassen. So konnten als Ausdruck des Volkswillens in Österreich nach wie vor nur die Beschlüsse der beiden Nationalversammlungen betrachtet werden, und die Volksabstimmung vom 10. April 1938, in deren Ergebnis die Eingliederung der Ostmark in das Reich mit 99,75% der abgegebenen Stimmen gebilligt wurde, bestätigte die Richtigkeit dieser Auffassung.

Rechtlich unanfechtbar waren auch die vom Reich zur Verwirklichung des Anschlusses ergriffenen Schritte. Der Bundeskanzler Schuschnigg war unter dem Druck der öffentlichen Meinung am 11. März von seinem Amt zurückgetreten, und der Bundespräsident Miklas hatte den Innenminister Seyß-Inquart zu seinem Nachfolger ernannt. Als staatsrechtlich wie völkerrechtlich befugter Vertreter Österreichs hatte dieser dann noch am gleichen Tage ein Telegramm an den Führer und Reichskanzler gerichtet, in dem er ihn bat, die österreichische Regierung bei der Wiederherstellung von Ruhe und Ordnung zu unterstützen, ihr zu helfen, Blutvergießen zu verhindern, und zu diesem Zweck deutsche Truppen zu entsenden. Wenn dieser Bitte der rechtmäßigen Regierung eines souveränen Staates stattgegeben wurde und wenn in ihrer Erfüllung am 12. März deutsche Truppen die österreichische Grenze überschritten, konnte von irgendeinem Rechtsbruch, geschweige denn von einer Vergewaltigung Österreichs nicht die Rede sein. Vielmehr wurde nur das von den Entente-Mächten unter Anwendung von Drohung und Zwang verletzete Selbstbestimmungsrecht der Österreicher wiederhergestellt.

Nicht anders stand es um die Befreiung des Sudetenlandes. 3,5 Millionen Deutscher waren unter Mißachtung des auch ihnen feierlich zugesicherten Selbstbestimmungsrechts unter das tschechische Joch gezwungen worden, und

die Tschecho-Slowakei hatte sie im Widerspruch zu den vor der Friedenskonferenz abgegebenen Zusicherungen 20 Jahre lang mißhandelt und geknechtet. Wenn nun das wiedererstandene Deutschland den Willen kund tat, ihnen zu ihrem Recht zu verhelfen, wenn selbst England und Frankreich die Notwendigkeit anerkannten, den von der Tschechei geschaffenen unerträglichen Zuständen ein Ende zu bereiten, wenn diese sich dem Willen der Großmächte unterwarf und in die freiwillige Abtretung des Sudetenlandes willigte, so konnte auch hier von Unrecht und Gewalttat nicht gesprochen werden. Im Gegenteil, durch zwei Jahrzehnte mit Füßen getretenes Recht wurde wiederhergestellt.

Gleiches galt für Memel. Gegen den Willen seiner Bevölkerung hatte Deutschland es an die Hauptmächte abtreten müssen, und durch unverschleierte Gewalttat hatte Litauen es an sich gerissen. Selbst die Entente-Mächte hatten es für nötig gehalten, Litauens Willkür zu zügeln und das nationale Dasein der Memelländer zu gewährleisten. Aber die ihnen zugesicherte Autonomie war von der litauischen Regierung zu einem Schemen herabgewürdigt worden, und das Memelland litt nicht weniger unter dem Joch Kownos als das Sudetenland unter dem Prags. So war es auch hier nichts anderes als die Wiederherstellung gebeugten und gebrochenen Rechts, wenn Deutschland Litauen zu bewegen wußte, durch den Vertrag v. 22. März 1939 Memel an das Reich abzutreten.

Auf anderen, aber nicht minder unanfechtbaren Rechtsgrundlagen beruhte die Wiedergewinnung der Souveränität im Rheinlande.

Art. 42 und 43 des Versailler Vertrages verfügten die Entmilitarisierung des Rheinlandes. An sich hätte Deutschland diese Bestimmungen schon am 16. März 1935 im Rahmen der Wiederherstellung seiner Wehrhoheit für hinfällig erklären können. In gewissenhafter Erfüllung freiwillig übernommener Verpflichtungen unterließ es das,

weil es im Locarno-Vertrage v. 16. Okt. 1925 diese Vorschriften anerkannt hatte. Nun aber schloß Frankreich am 2. Mai 1935 jenen berüchtigten Beistandspakt mit der Sowjetunion. Durch ihn verpflichtete es sich, dieser unverzüglich militärische Hilfe zu leisten, wenn sie von Deutschland angegriffen würde. Damit war der Rheinpakt von Locarno, der seinem Wesen nach einen Nichtangriffspakt darstellte, jeder Bedeutung und jeden Wertes beraubt. Es konnte Deutschland nicht zugemutet werden, an einer einseitig gewordenen Nichtangriffsverpflichtung festzuhalten, nachdem Frankreich sich von seinen Verpflichtungen gelöst hatte. Deshalb war es Deutschlands gutes Recht, den Rheinpakt für hinfällig zu erklären und festzustellen, daß damit zugleich die Art. 42 und 43 des Versailler Vertrages außer Kraft getreten waren. So machte es nur von seinem Recht Gebrauch, wenn es am 7. März 1936 seine Truppen in das Rheinland einmarschieren ließ.

*

Deutschland hat in Ausübung seines Rechts gehandelt, wenn es über den im Tiefsten unsittlichen und rechtswidrigen Vertrag hinwegschritt und sich aus den Fesseln befreite, die er ihm auferlegt hatte, wenn es seine Wehrhoheit wiederherstellte, den von Frankreich gebrochenen Rheinpakt für kraftlos erklärte und das Rheinland besetzte, wenn es dem mit Füßen getretenen Selbstbestimmungsrecht seiner Volksgenossen jenseits der Grenzen zur Geltung verhalf, die Ostmark, Sudetenland und Memel sich wieder eingliederte.

Kein Deutscher braucht vor dem Vorwurf des Rechtsbruches zu verstummen. Über Unrecht und Gewalttat, von denen 15 schwere Jahre erfüllt waren, darf nur Deutschland klagen. Seine Auferstehung aber hat es mit Waffen des Rechts erkämpft, und kein Fleck trübt den Schild seiner Ehre.

Das Gesetz über Mietverhältnisse mit Juden

Von Staatsanwalt Friedrich Wilhelm Adami, Berlin

Die Frage, ob der Kündigungsschutz des Mieterschutzgesetzes nach wie vor auch den Juden zugebilligt werden kann, hat seit dem Jahre 1938 immer mehr die Rechtsprechung und das Rechtschrifttum¹⁾ beschäftigt.

Die grundsätzliche weltanschaulich-politische Forderung nach einer möglichst schnellen, reinlichen und vollkommenen Scheidung des Juden vom Deutschen und damit auch nach einer Trennung des jüdischen Wohnraumes vom deutschen führte zu zahlreichen Versuchen, im Rahmen der Auslegung der einzelnen Vorschriften des MietSchG. (§§ 2, 4) oder durch die grundsätzliche Ablehnung der Anwendbarkeit der Mieterschutzbestimmungen auf jüdische Mieter eine Zurückdrängung des Judentums aus dem deutschen Wohnraum zu erreichen¹⁾.

Die Notwendigkeit einer solchen Zurückdrängung des Judentums ergab sich nicht nur aus der Erkenntnis, daß der Grundgedanke eines nationalsozialistischen Mietverhältnisses, der Gedanke der Hausgemeinschaft, bei einem Zusammenwohnen mit Juden niemals verwirklicht werden kann, sondern auch aus der Tatsache, daß die Juden seit der Zeit des allgemeinen Wohnungsmangels übermäßig große Wohnungen innehaben, während umgekehrt den deutschen Volksgenossen häufig nur ein sehr beschränkter und insbesondere im Interesse einer gesunden Bevölkerungspolitik ungenügender Wohnraum zur Verfügung

stand. Diese Vorzugsstellung des Juden, deren Aufrechterhaltung durch eine weitere unbeschränkte Anwendung des MietSchG. auf die jüdischen Mieter sichergestellt worden wäre, erforderte dringend eine Änderung und Beseitigung.

Die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung und die Gefahr einer planlosen, verwirrungstiftenden Massenkündigung von Mietverhältnissen mit Juden führten zu einer gesetzgeberischen Regelung durch das Reichsgesetz über die Mietverhältnisse mit Juden v. 4. Mai 1939, das die endgültige Lösung dieses Problems enthält.

I. Der persönliche Geltungsbereich

1. Der Jude

Das Gesetz bestimmt in § 10, daß der Begriff des Juden dem § 5 der am 14. Nov. 1935 ergangenen 1. B.D. z. RWürgG. zu entnehmen ist.

Danach ist Jude außer dem Volljuden und dem Dreivierteljuden auch der Halb Jude, wenn er am 15. Sept. 1935 der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört hat oder danach in sie aufgenommen wird, wenn er am 15. Sept. 1935 mit einem Juden verheiratet war oder sich danach mit einem Juden verheiratet hat, wenn er aus einer nach dem 30. Sept. 1935 geschlossenen Ehe mit einem Voll- oder Dreivierteljuden stammt oder wenn er als außereheliches Kind eines Voll- oder Dreivierteljuden nach dem 31. Juli 1936 geboren worden ist.

¹⁾ Vgl. hierzu: Rö h l e r: DR. 1938, 512 und Adami: ZRB. 1938, 3217 ff. mit Rechtsprechungsnachweisungen.

2. Mischehen

Eine besondere Regelung sieht das Gesetz in § 7 für die Fälle vor, in denen ein jüdischer Vermieter oder Mieter in einer Mischehe lebt. Das Gesetz macht einen Unterschied, je nachdem der Ehemann oder die Ehefrau Jude ist oder ob Abkömmlinge aus der Mischehe vorhanden sind, ohne daß es auf die — an sich auch nur formale — Frage ankommt, wer von den Ehegatten den Mietvertrag abgeschlossen hat.

Das Gesetz ist in keinem Falle anwendbar, wenn

1. die Ehefrau allein Jüdin ist,
2. aus einer Mischehe Abkömmlinge vorhanden sind, sofern diese nicht nach § 5 Abs. 2 der 1. W. z. NBürgG. v. 14. Nov. 1935 als Juden gelten (s. oben zu I, 1 a. E.). Die Nichtanwendbarkeit des Gesetzes ist auch dann gegeben, wenn die Ehe, aus der die Abkömmlinge hervorgegangen sind, nicht mehr besteht.

Eine Frage bleibt offen, wenn die Abkömmlinge in das Ausland emigriert sind. Nach dem Wortlaut des Gesetzes müßte das Gesetz unanwendbar sein. Da aber § 7 Ziff. 1 des Ges. offenbar lediglich verhindern soll, daß die als arisch geltenden — arbeitsdienst- und wehrpflichtigen — Abkömmlinge (vgl. Ziff. 3 des § 7 des Ges.) von den Vorschriften des Gesetzes mit betroffen werden und in jüdischen Häusern aufwachsen, werden emigrierte Abkömmlinge als nicht vorhandene Abkömmlinge angesehen werden müssen (vgl. hierzu Ziff. 8 d. GemeinskdtErl. des RArbM. u. des RMdZ. v. 4. Mai 1939²⁾).

Das Gesetz findet nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 7 auf Mischehen dann Anwendung, wenn nur der Ehemann Jude ist und keine Abkömmlinge aus der Mischehe vorhanden sind. Für die Fälle, in denen die mit einem Juden verheiratete arische Ehefrau uneheliche oder aus einer früheren Ehe stammende arische Kinder hat, ist in dem Gesetz keine abweichende Regel getroffen. Da § 7 nur die „aus der Mischehe“ stammenden Abkömmlinge berücksichtigt, bleibt das Gesetz anwendbar. In diesen Fällen ist es die Aufgabe der Gemeindebehörde, bei der Frage der Erteilung einer Kündigungsbeseinigung Härten und Unbilligkeiten auszugleichen.

3. Das jüdische Unternehmen

In § 10 des Ges. ist vorgesehen, daß dem Juden ein jüdisches Unternehmen in allen Fällen (außer in der Frage der Räumungsfrist: § 9 des Ges.) gleichgestellt wird.

Der Begriff des jüdischen Unternehmens ergibt sich aus den §§ 1—6 der 3. W. z. NBürgG. v. 14. Juni 1938:

Danach ist ein Gewerbebetrieb (daselbe gilt entsprechend für Vereine, Stiftungen, Anstalten und nicht gewerbebetriebliche Unternehmen) jüdisch, wenn er tatsächlich unter dem beherrschenden Einfluß von Juden steht oder der Inhaber Jude ist. Bei juristischen Personen ist erforderlich, daß mindestens ein gesetzlicher Vertreter oder mindestens ein Aufsichtsratsmitglied Jude ist oder daß mehr als ein Viertel des Kapitals oder mehr als die Hälfte des Stimmrechts in jüdischen Händen ist. Eine Offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft gilt als jüdisch, wenn mindestens ein persönlich haftender Gesellschafter Jude ist. Bei Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien wird eine entscheidende Beteiligung der Juden nach Kapital oder Stimmrecht vermutet, wenn am 1. Jan. 1938 mindestens ein Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats Jude war. Zweigniederlassungen von jüdischen Gewerbebetrieben gelten als jüdische, von nicht-jüdischen dann, wenn mindestens ein Leiter der Zweigniederlassung Jude ist.

²⁾ abgedr.: RMdZ. 1939, 996.

4. Der Wechsel des Verfügungsrechts

Aus dem Gedanken, daß der bisher zur Unterbringung von Juden bestimmte Wohnraum vorläufig grundsätzlich diesen weiter erhalten bleiben soll, erklärt sich die Vorschrift des § 8 des Ges., der bestimmt, daß der Übergang des Verfügungsrechts über ein Grundstück (Eigentum oder Nutzungsrecht) auf einen Nichtjuden die weitere Anwendbarkeit des Gesetzes nicht hindert, selbst bei weiterem Wechsel des Verfügungsrechts. Das bedeutet, daß die Neuvermietung von leerstehenden oder freiverwendenden Räumen nur mit Genehmigung der Gemeindebehörde (§ 5 des Ges.) zulässig ist, daß die Anmeldepflicht des § 10 weiter besteht und daß der neue Verfügungsberechtigte auch die zwangsweise Unterbringung jüdischer Mieter und Untermieter durch die Gemeindebehörde dulden muß (§ 4 des Ges.).

Unanwendbar ist für einen arischen Mieter die Vorschrift des § 2 (vorzeitiges Kündigungsrecht), weil es ungerechtfertigt wäre, einem Mieter, der an der jüdischen Kasse des früheren Verfügungsberechtigten keinen Anstoß genommen hat, auf Grund des vorliegenden Gesetzes ein vorzeitiges Kündigungsrecht zuzubilligen, nachdem das Grundstück in arische Hände übergegangen ist.

Die Anwendbarkeit des vorliegenden Gesetzes erlischt, wenn und soweit der neue Verfügungsberechtigte die Räume selbst benutzen will oder wenn und soweit die Gemeindebehörde auf die Forderung der Räume verzichtet. Es ist natürlich von den Gemeindebehörden zu erwarten, daß sie weitgehend von diesem Verzicht Gebrauch machen, da die Vorschrift des § 8 des Ges. nur als eine Notmaßnahme gedacht ist. Bevor solche entjudeten Grundstücke weiter für die Unterbringung von Juden verwendet werden, werden sich die Gemeinden um eine entsprechende Einengung des den Juden zur Verfügung zu stellenden Wohnraumes durch eine Unterbringung jüdischer Familien in den bisher von Juden bewohnten größeren Wohnungen zu bemühen haben (vgl. hierzu GemeinskdtErl. d. RArbM. u. d. RMdZ. v. 4. Mai 1939²⁾ Ziff. 6).

Dem Wechsel des Verfügungsrechts i. S. des § 8 des Ges. ist nach § 10 Abs. 2 auch der Wegfall der Voraussetzungen gleichgestellt, unter denen ein Unternehmen als jüdisches gilt.

5. Der Wegfall der Verwaltungsbefugnis

Die jüdische Eigenschaft eines Grundstücks geht nicht dadurch verloren, daß dem jüdischen Grundeigentümer oder dem jüdischen Nutzungsberechtigten die Verwaltungsbefugnis entzogen wird. In diesen Fällen bleibt nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 6 das Gesetz nach wie vor in vollem Umfang anwendbar, wie wenn das Verfügungsrecht bei dem Juden verblieben wäre.

II. Die Lockerung des Kündigungsschutzes des Juden

1. Die Lockerung des Mieterschutzes

Das Gesetz v. 4. Mai 1939 schließt in § 1 die Anwendbarkeit des Mieterschutzes auf jüdische Mieter nicht im ganzen, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen aus. Der Mieterschutz wird dem jüdischen Mieter versagt, wenn der nichtjüdische Vermieter durch eine Beseinigung der Gemeindebehörde nachweist, daß für die Zeit nach der Beendigung des Mietverhältnisses die anderweitige Unterbringung des jüdischen Mieters sichergestellt ist.

Aus dieser gesetzlichen Vorschrift ergeben sich für die Rechtsprechung zwei wichtige Folgerungen:

1. Nur in dem gesetzlich festgelegten Rahmen und unter den gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen findet der Mieterschutz auf Juden keine Anwendung. Es kann daher kein Kündigungsrecht mehr aus § 2 MietSchG. (wenn sich der Mieter „einer erheblichen Verschuldung des Vermieters oder eines Hausbewohners schuldig gemacht hat“) oder aus § 4 MietSchG. („bei dringendem Interesse an der Erlangung des Mietraum-

mes“) lediglich aus der Tatsache hergeleitet werden, daß der Mieter ein Jude ist.

2. Neben dem Gesetz v. 4. Mai 1939 ist aber die Kündigung eines jüdischen Mieters durch einen arischen Vermieter aus § 2 MietSchG. dann möglich, wenn sich der jüdische Mieter durch sein Verhalten einer erheblichen Belästigung des Vermieters oder eines Hausbewohners schuldig macht. Bei der Auslegung kann natürlich die Tatsache, daß der Mieter als Jude gehandelt hat, eine erhebliche oder gar ausschlaggebende Rolle spielen (z. B. bei abfälligen politischen Äußerungen, bei asozialem Verhalten oder bei aufdringlichem Benehmen). Da heute von einem Juden strengste Zurückhaltung verlangt werden kann und muß, ist hier ein strenger Maßstab nach wie vor notwendig.

Durch die Einschaltung der Gemeinden soll eine planmäßige Durchführung des Gesetzes durch eine geordnete Lösung der Mietverhältnisse mit Juden unter Vermeidung der Obdachlosigkeit jüdischer Familien gewährleistet werden. In dem GemeinshdErl. d. RArbM. u. d. RMdZ. v. 4. Mai 1939 ist ausdrücklich eine doppelte Verpflichtung des Gemeindeleiters festgelegt,

1. mit dem zuständigen Hoheitsträger der NSDAP. in geeigneter Weise zur Sicherstellung des geordneten Ablaufs der zu treffenden Maßnahmen Verbindung zu halten,
2. pflichtgemäß zu prüfen, in welchem Umfang er die Bescheinigungen über die Sicherstellung der anderweitigen Unterbringung der jüdischen Mieter ausstellen und damit die Wirksamkeit der Kündigungen herbeiführen kann.

Die Zusammenarbeit der Gemeindebehörden mit den zuständigen Hoheitsträgern der NSDAP. ist gerade bei der Durchführung dieses Gesetzes besonders wichtig, weil die Dienststellen der Partei durch ihren organisatorischen Aufbau (Zelle, Block) am schnellsten und sichersten die Wohnungsverhältnisse übersehen und wertvolle Anregungen geben können. Die schnelle und zuverlässige Durchführung des Gesetzes wird im wesentlichen von dieser Zusammenarbeit zwischen Gemeinde und Partei abhängen.

Bei einer Kündigung auf Grund des § 1 des Ges. kann der Gemeindeleiter auch bei einem Juden fremder Staatsangehörigkeit selbständig über die Erteilung der Bescheinigung hinsichtlich der Sicherstellung der anderweitigen Unterbringung entscheiden.

2. Die vorzeitige Kündigung

Bei langfristigen Mietverträgen und bei Mietverträgen mit langen Kündigungsfristen kann nach § 2 des Ges. der nichtjüdische Vertragspartei — ohne Rücksicht darauf, ob die Mietverhältnisse unter Mieterschutz standen oder nicht — dem jüdischen Vertragspartei mit der gesetzlichen Frist kündigen. Dies gilt uneingeschränkt für den nichtjüdischen Mieter, der dadurch in die Lage gesetzt werden soll, aus einem jüdischen Hause auszuziehen und diese Räume zur Unterbringung von Juden, die aus arischen Häusern entfernt worden sind, freizugeben.

Für den nichtjüdischen Vermieter setzt das Kündigungsrecht voraus, daß durch eine Bescheinigung der Gemeindebehörde der Nachweis der anderweitigen Unterbringung des jüdischen Mieters geführt wird.

Ist der Mieter ein Jude fremder Staatsangehörigkeit, so darf die Gemeindebehörde die Unterbringungsbescheinigung nur mit Zustimmung des RArbM. ausstellen (GemeinshdErl. d. RArbM. u. d. RMdZ. v. 4. Mai 1939, Ziff. 9).

Durch das Gesetz v. 4. Mai 1939 bleiben die Bestimmungen des Gesetzes über die Auslöschung der Kündigungsstermine bei Mietverhältnissen über Wohnräume v. 24. März 1938 (RGBl. I, 306) unberührt.

III. Die Unterbringung jüdischer Mieter

Die erleichterte Kündigung gegenüber jüdischen Mietern erfordert weitgehende Maßnahmen zu einer Aufnahme dieser Juden in anderen Wohnräumen. Das Gesetz sieht daher vor: Erleichterung der Unterbringung, zwangsweise Unterbringung in anderen jüdischen Wohnräumen und Vermietungsbeschränkungen für jüdische Vermieter.

1. Die Erleichterung von Untermietverträgen

Da das Untermietverhältnis eine besonders enge Wohngemeinschaft zur Folge hat, bestimmt das Gesetz in § 3, daß Juden einen Untermietvertrag nur mit Juden abschließen dürfen. Untermietverträge, die entgegen dieser Vorschrift abgeschlossen werden, sind nach der allgemeinen Bestimmung des § 134 BGB. nichtig.

Zur Erleichterung der Unterbringung von Juden befreit das Gesetz in § 3 Satz 2 den Untermietvertrag unter Juden von der Voraussetzung des § 549 BGB. (Erlaubnis des Vermieters), so daß jeder jüdische Mieter stets ohne weiteres von sich aus mit einem Juden einen Untermietvertrag abschließen kann.

2. Die zwangsweise Unterbringung

Da zu erwarten ist, daß räumungspflichtige Juden, um die Durchführung des Gesetzes zu sabotieren oder wenigstens zu erschweren, den Abschluß neuer Miet- oder Untermietverträge verweigern und ebenso von ihren neuen jüdischen Vermietern oder Untervermietern nicht aufgenommen werden, gibt § 4 des Ges., um jede Möglichkeit einer Vereitelung der Auswirkungen dieses Gesetzes von vornherein auszuschalten, den Gemeindebehörden das Recht, von Juden (sofern diese nicht bei einem arischen Vermieter wohnen) die Aufnahme jüdischer Mieter und Untermieter zu verlangen und bei Verweigerung des Abschlusses eines entsprechenden Miet- oder Untermietvertrages die Aufnahme der Juden zu erzwingen. Die Mietzinsfrage wird durch die Gemeindebehörde (evtl. im Einvernehmen mit der zuständigen Preisbehörde) geregelt. Für die Festsetzung solcher Verträge kann die Gemeinde Gebühren verlangen.

Die Unterbringung von Juden in den Räumen von Juden fremder Staatsangehörigkeit kann die Gemeindebehörde nur mit Zustimmung des RArbM. anordnen (GemeinshdErl. d. RArbM. u. d. RMdZ. v. 4. Mai 1939, Ziff. 9).

Ein durch die Gemeindebehörde angeordnetes Miet- oder Untermietverhältnis kann von dem Vermieter oder Untervermieter nur mit Genehmigung der Gemeindebehörde gekündigt werden.

Der GemeinshdErl. d. RArbM. u. d. RMdZ. gibt über den Austausch der Wohnräume genaue Richtlinien (Ziff. 4—6). Danach besteht der Grundgedanke der gesetzlichen Regelung darin, daß die Juden in bestimmten Häusern, gegebenenfalls zwangsweise, zusammengefaßt werden sollen, so daß die Gemeinde zunächst prüfen muß, welche heute noch in jüdischem Eigentum stehenden — möglichst bereits überwiegend von Juden bewohnten — Häuser für die Unterbringung jüdischer Familien in Anspruch genommen werden sollen. Hierbei muß jedoch darauf geachtet werden, daß die Bestimmung dieser Häuser nicht zu einer unerwünschten Ghettoisierung führt. Da eine freiwillige Durchführung möglichst nicht gehindert werden soll, soll von der zwangsweisen Unterbringung nur Gebrauch gemacht werden, wenn ein Bedürfnis hierzu besteht. Soweit erforderlich, soll der den Juden zur Verfügung zu stellende Wohnraum durch Unterbringung mehrerer jüdischer Familien in bisher von Juden bewohnten größeren Wohnungen eingeengt werden. Alle gesetzlichen Möglichkeiten sind zur Erreichung einer möglichst vollständigen Trennung nichtjüdischer und jüdischer Hausbewohner auszuschöpfen.

3. Die Beschränkung der Neuvermietung

Nach § 5 des Ges. dürfen Juden leerstehende oder

— auch durch den Auszug arischer Mieter — freierwerbende Räume nur mit Genehmigung der Gemeindebehörde neu vermieten, damit die Gemeindebehörde jederzeit eine Übersicht und eine Verfügungsmöglichkeit über den jüdischen Wohnraum hat.

IV. Die Räumungsfrist

Da bei der Kündigung bereits durch eine Bescheinigung der Gemeindebehörde die Sicherstellung der anderweitigen Unterbringung nachgewiesen ist, kommt bei einer gerichtlichen Verurteilung zur Räumung die Bewilligung einer besonderen Räumungsfrist grundsätzlich nicht mehr in Frage. Das Gesetz läßt in § 9 daher lediglich zwei Ausnahmen zu:

1. wenn nachträglich auftauchende Hindernisse der anderweitigen Unterbringung entgegenstehen. Diese müssen aber durch eine Bescheinigung der Gemeindebehörde nachgewiesen werden.
2. wenn die sofortige Räumung ohne ernstliche Schädigung der Gesundheit eines Betroffenen nicht durchführbar ist (z. B. plötzlich auftretende schwere Erkrankung).

Eine solche Räumungsfrist kann unter den gleichen Voraussetzungen verlängert werden.

Auch wenn ein Räumungsurteil nicht vorliegt oder die Voraussetzungen für die Bewilligung einer Räumungsfrist erst nach der Verkündung des Räumungsurteils eintreten, kann das für die Räumungsklage zuständige Amtsgericht eine Räumungsfrist bewilligen. Das Gericht muß, wenn es eine Räumungsfrist bewilligt, ohne daß ein vollstreckbares Räumungsurteil vorliegt, in der Entscheidung zugleich die Herausgabe der Räume nach Ablauf der Frist anordnen; diese Entscheidung steht dann einem vollstreckbaren Räumungsurteil gleich.

Gegen die Ablehnung der Bewilligung einer Räumungsfrist ist die sofortige Beschwerde in jedem Falle gegeben.

V. Der Ausschluß von Ersatzansprüchen

Da die Gemeinden bei der Durchführung dieser ihnen gesetzlich zugeteilten Aufgaben besonders wichtige öffentliche und politische Belange wahrzunehmen haben, bestimmt § 13 des Ges., daß gegen die Gemeinden aus ihren Anordnungen auf Grund der Vorschriften dieses Gesetzes keine Ersatzansprüche hergeleitet werden können.

VI. Übergangsregelung

Bei einem zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes anhängigen Mietaufhebungsstreit hat das Gericht auf Antrag des Klägers das Verfahren auszusetzen, wenn das vorliegende Gesetz Anwendung findet. Wenn sich der Rechtsstreit durch Ausziehen des jüdischen Mieters oder durch Anerkennung des Räumungsanspruches erledigt, so sind die Gerichtskosten niederzuschlagen und die außergerichtlichen Kosten dem Mieter aufzuerlegen. Der Kläger kann nach Kündigung auf Grund des vorliegenden Gesetzes die Aufnahme des Verfahrens beantragen und von der Aufhebungs- zur Räumungsklage übergehen.

Bei Klagezurücknahme durch den Kläger sind die Gerichtskosten niederzuschlagen und die außergerichtlichen Kosten gegeneinander aufzuheben.

VII. Die Anmeldepflicht des jüdischen Wohnraumes

Zur Erleichterung der Erfüllung der gemeindlichen Aufgaben (Übersicht über die Zahl der jüdischen Mieter und des zur ihrer Unterbringung zur Verfügung stehenden Wohnraumes) gibt § 12 des Ges. den Gemeinden das Recht, besondere Anordnungen über die Anmeldepflicht von Räumen zu erlassen, die an Juden vermietet sind oder für die Unterbringung in Anspruch genommen werden können. Die Befolgung dieser Anordnungen ist straf-

rechtlich gesichert (vorfällige oder fahrlässige Nicht- oder nicht rechtzeitige Anmeldung wird als Übertretung bestraft).

Der GemeinshdErl. d. ArbM. u. d. RbMz. vom 4. Mai 1939 empfiehlt in Ziff. 2, 3 den Gemeinden den alsbaldigen Erlaß solcher Anordnungen und weist darauf hin, daß eine Anmeldepflicht der Hauseigentümer zweckmäßig in folgendem Umfang begründet wird:

für nichtjüdische Hauseigentümer hinsichtlich des an Juden vermieteten Wohnraumes,

für jüdische Hauseigentümer hinsichtlich des eigenen, des leerstehenden, des an Juden und Nichtjuden vermieteten und des nach Inkrafttreten des Gesetzes freierwerbenden Wohnraumes.

Das Verlangen von Angaben über die Lage des Hauses, die Zahl und Größe der Wohnräume und die Zahl der Personen, die die Räume bewohnen, insbesondere auch von Angaben über die Untermieter wird ebenfalls den Gemeinden nahegelegt.

Der Oberbürgermeister der Reichshauptstadt hat bereits am 19. Mai eine Anordnung in diesem Sinne erlassen. In dieser Anordnung wird u. a. den jüdischen Mietern ein freiwilliger baldiger Umzug empfohlen, aber vor einem Umzug in die Stadtgebiete Potsdamer Straße, Lützowplatz, Tiergartenviertel, Hansaviertel, Kleiststraße, Tauentzienstraße, Kurfürstendamm und Bayrisches Viertel gewarnt.

VIII. Der räumliche Geltungsbereich

Über die Anwendbarkeit des Gesetzes auf die Ostmark und die sudetendeutschen Gebiete sind auf Grund der Ermächtigung des § 14 des Ges. zwei WD. v. 10. Mai 1939 (RGBl. I, 906, 907) ergangen, durch die den grundsätzlich verschiedenen Verhältnisse der dortigen Regelung des Mietrechts gegenüber dem Recht des Altreichs entsprechend Rechnung getragen wird.

1. Die Ostmark

Die Vorschrift des § 1 des Ges. ist für die österreichischen Rechtsverhältnisse entsprechend geändert. Danach kann sich ein Jude einem arischen Vermieter gegenüber auf die dem Schutz der Mieter dienenden Vorschriften der §§ 19, 20, 22 u. 23 OstmietenG. nicht berufen, wenn der Vermieter durch eine Bescheinigung der Gemeindebehörde, die dem Gericht bei der Anbringung der Kündigung vorzulegen ist, die Sicherstellung der anderweitigen Unterbringung des Juden nachweist. Auch bei einer Kündigung von anderen Gegenständen als Wohnräumen kann sich ein Jude nicht auf die angeführten Bestimmungen des Mietengesetzes berufen. § 2 des Ges. ist in der Weise anwendbar, daß bei der vorzeitigen Kündigung in jedem Falle eine Frist von 3 Monaten einzuhalten ist. Die Kündigung muß spätestens am 3. Werktag eines Monats erfolgen und ist für den Schluß jedes Kalendermonats zulässig.

Nach § 2 Satz 2 des Ges. kann sich der jüdische Vermieter dem jüdischen Mieter gegenüber auf ein vertragliches Verbot der Untervermietung nicht berufen.

Auch die §§ 9, 11 des Ges. sind den österreichischen Verhältnissen angepaßt worden.

2. Die sudetendeutschen Gebiete

Für die sudetendeutschen Gebiete ist in § 2 ebenfalls bei der vorzeitigen Kündigung eine Frist von 3 Monaten in jedem Falle einzuhalten. Die Kündigung muß spätestens am 3. Werktag eines Monats erfolgen und ist für den Schluß jedes Kalendermonats zulässig.

Nach § 2 Satz 2 des Ges. kann sich der jüdische Vermieter dem jüdischen Mieter gegenüber auf ein vertragliches Verbot der Untervermietung nicht berufen.

Auch hier sind die §§ 9, 11 des Ges. den Rechtsverhältnissen dieser Gebiete entsprechend angepaßt.

Die Rechtstellung des Auswanderers im Devisenrecht

Von Regierungsrat Dr. H. F. Schulz, Berlin

I. Der Begriff des Auswanderers

Im § 5 Abs. 3 DevG. v. 12. Dez. 1938 (RGBl. I, 1733) ist der Begriff des Auswanderers gesetzlich bestimmt: „Auswanderer im Sinne dieses Gesetzes sind natürliche Personen, die nach dem 3. Aug. 1931 Ausländer geworden sind.“ Damit ist festgelegt, daß als Auswanderer nur diejenigen Personen gelten, die vom Einsetzen der Devisenbewirtschaftung ab — der 4. Aug. 1931 ist der Tag des Inkrafttretens der ersten Devisenverordnung nach der Bankenkrise im Juli 1931 — das Reich verlassen haben. Wer vor diesem Zeitpunkt ins Ausland gegangen ist, ist nicht „Auswanderer“ i. S. des Devisenrechts, sondern ein „gewöhnlicher“ Ausländer; für ihn gelten nur die alle Ausländer betreffenden Vorschriften, nicht auch diejenigen, die für Auswanderer besonders gegeben sind (unten zu III 3).

Auswanderer sind auch diejenigen Personen, die in das Land Österreich oder in die sudeten deutschen Gebiete nach dem 3. Aug. 1931, aber vor deren Angliederung an das Reich (13. März bzw. 1. Okt. 1938) gegangen sind. Denn sie sind damit Ausländer geworden; die spätere Inlandsnatur dieser Länder kann daran für die rückschauende Betrachtung nichts ändern. Entsprechend kann aber auch nicht als Auswanderer im Sinne des deutschen Devisenrechts angesehen werden, wer in der Zeit vor dem Anschluß der genannten Gebiete an das Reich dort ansässig war und von dort in ein anderes Land gegangen ist. Denn in dieser Zeit war er Ausländer und blieb dies auch, wenn er seinen Wohnsitz aus einem fremden Staate in einen anderen verlegte. Abweichend von dem Wortlaut des § 5 Abs. 3 ist daher für die in Österreich ansässig gewesenen Personen Stichtag nicht der 4. Aug. 1931, sondern der 13. März 1938, für die im Sudetenland ansässig gewesenen der 1. Okt. 1938. Nur wer nach diesen Tagen Ausländer geworden ist, ist „Auswanderer“ (vgl. auch den Erlaß des RWiM., mitgeteilt von Turowski im DevArch. 1939, 249). Entsprechendes gilt für die im Memelland ansässig gewesenen Personen; Stichtag ist hier der 29. März 1939.

Auswanderer ist nur, wer Ausländer geworden ist, wer mithin nicht erst auswandern will, sondern bereits ausgewandert ist. Lediglich in einer einzigen, mit der Neufassung des DevG. v. 12. Dez. 1938 eingeführten Bestimmung ist der Begriff des Auswanderers nicht i. S. des § 5 Abs. 3 verwandt worden: Nach § 57 dürfen „Auswanderer“ Umzugsgut und sonstige Sachen nur mit Genehmigung der Devisenstelle ins Ausland versenden oder überbringen. Es ist kein Zweifel, daß die Vorschrift trotz ihres Wortlauts sowohl für bereits Ausgewanderte wie auch gerade für Auswandernde, die noch nicht Ausländer geworden sind, gilt. Wollte man § 57 enger auslegen, so würde ein großer Teil der Umzugsgutbeförderer von ihm nicht erfaßt werden: eine unmögliche Regelung.

Der Auswanderer muß also Ausländer geworden sein. Wer Ausländer ist, bestimmt sich nach § 5 Abs. 2. Danach sind Ausländer „Personen, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt ... im Ausland haben“. Es kommt also nicht auf die Staatsangehörigkeit an. Diese ist im Devisenrecht grundsätzlich unbeachtlich. Ausnahmen hiervon gibt es nur in zwei Fällen: 1. Die besonderen Vorschriften für den Reiseverkehr gelten lediglich für Juden, die deutsche Reichsangehörige oder staatenlos sind (§ 58). 2. Bei im Ausland begangenen Devisenzwiderhandlungen kann „ein Deutscher“, also Reichsangehöriger, bestraft und verfolgt werden (§ 75); eine Ausnahme vom Gebietsgrundsatz („Territorialitätsprin-

zip“) des § 4 Abs. 1 StGB. Devisenrechtliche und staatsrechtliche In- und Ausländereigenschaft sind also voneinander unabhängig. Demnach ist der im Ausland wohnende Reichsangehörige Ausländer, der im Inland wohnende Reichs Fremde (Staatenlose oder fremde Staatsangehörige) Inländer im Sinne des Devisenrechts. Wer auswandert, wechselt im Augenblick der Auswanderung seine Inländer- in die Ausländereigenschaft um. Dieser Wechsel tritt nicht erst ein, wenn im Ausland der Wohnsitz genommen wird; schon der bloße „gewöhnliche Aufenthalt“ ist ausreichend. (Zu diesen Begriffen vgl. Gurski-Schulz, „Komm. z. DevG.“, § 5 Erl. 3 u. 4 sowie die dort angegebene Rechtsprechung.)

„Auswandern“ kann nur eine natürliche Person; die gesetzliche Begriffsbestimmung stellt dies ausdrücklich klar. Die Vorschriften des Devisenrechts über Auswanderer gelten daher nur für Einzelpersonen. Juristische Personen können nicht wie jene das Reichsgebiet verlassen und damit zu Auswanderern werden; sie gehen mit der Auflösung im Inland unter, bedürfen einer förmlichen Neugründung im Ausland und sind damit von ihrem Bestehen an Ausländer. Runderlaß 1/36 der Reichsstelle für Devisenbewirtschaftung (RStBl. 36, 37) spricht deshalb auch von Betriebsabwanderung.

Auswanderer ist nur, wer im Ausland seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt nimmt und seine bisherige Ansässigkeit im Inland aufgegeben hat. Wer seinen Wohnsitz im Inland trotz Begründung eines neuen im Ausland noch aufrechterhält, hat dann eine doppelte Ansässigkeit und ist devisenrechtlicher In- und Ausländer. Die Bestimmungen über Auswanderer gelten nicht für ihn, denn es bedarf für ihn keiner Sonderregelung. Seine Guthaben werden nicht zu Auswandererguthaben; seine devisenrechtlich gebundenen Werte unterliegen nicht etwa wegen der Vorschriften in den §§ 55, 56 (unten zu III 3d) weiterhin den Devisenrechtsnormen, sondern weil er Inländer geblieben ist. Nicht nur der Wohnsitz, sondern auch der gewöhnliche Aufenthalt im Inland muß aufgegeben worden sein. Wer sich nach Auflösung des Haushalts im Inland noch weiterhin aufhält, z. B. in einer Pension verbleibt, kann noch nicht als Auswanderer angesehen werden.

§ 5 Abs. 3 spricht von Auswanderern „im Sinne dieses Gesetzes“; die Begriffsbestimmung gilt aber nach § 7 Abs. 1 a. a. O. auch für die Durchführungsvorschriften zum DevG., d. h. für Verordnungen, Richtlinien und Erlasse des RWiM. (§§ 96, 97 a. a. O.).

In der Praxis können Zweifel auftauchen, ob eine Person als Auswanderer oder noch als Inländer oder u. U. auch als „gewöhnlicher“ Ausländer anzusehen ist. Denn der Wechsel der Ansässigkeit tritt ein lediglich auf Grund einer Änderung der tatsächlichen Umstände; weder eine rechtsbegründende (konstitutive) noch auch rechtsbedeutende (deklaratorische) Erklärung der Devisenstelle ist für den Erwerb der Ausländereigenschaft erforderlich. Das DevG. gibt aber, um Zweifel zu beheben, in § 7 dem RWiM. und der Devisenstelle das Recht, mit bindender Wirkung eine Feststellung der Ansässigkeit zu treffen (vgl. dazu Seeliger, „Die Feststellung der devisenrechtlichen In- und Ausländereigenschaft“; JW. 1937, 1608). Die genannte Vorschrift erwähnt als Beispiel die Feststellung, „ob eine Person Inländer oder Ausländer ist“. Damit ist die Prüfung, ob die Person Auswanderer ist, nicht ausgeschlossen; sie liegt z. B. in der Erklärung, daß der Betroffene „seit ... nicht mehr Inländer, sondern Ausländer“ ist. Der Feststellungsbescheid soll nur ergehen, wenn ein Bedürfnis dafür vorliegt (so RE. 30/34 [RSt-

Bl. 34, 467)); er kann auf die Gegenwart, aber auch auf einen Zeitpunkt oder Zeitraum der Vergangenheit abgestellt sein (RG.: JW. 1935, 2432). Bindende Wirkung gegenüber jedermann, auch den Gerichten, hat der Bescheid nur für die Zeit, für die er die Feststellung trifft; er wird ohne weiteres gegenstandslos, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse nach dieser Zeit ändern.

II. Der Zeitpunkt der Auswanderung

Von großer Bedeutung ist es, den Zeitpunkt genau zu ermitteln, von dem ab der bisherige Inländer als Auswanderer anzusehen ist. Bei einem planmäßigen, offen durchgeführten Wechsel der Ansässigkeit ist dies unschwer möglich. Der Auswanderer verläßt dann mit der Absicht, im Inland Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt aufzugeben, das Reichsgebiet und wird im Augenblick des Grenzübertritts „Auswanderer“. Anzeichen für eine derartige Aufgabe der inländischen Ansässigkeit sind die Auflösung des Haushalts, die Beendigung des Mietverhältnisses, die polizeiliche Abmeldung, der Antrag an die Devisenstelle auf Genehmigung der Mitnahme von Umzugsgut und sonstigen Sachen ins Ausland gemäß § 57 DevG., auch etwa eine Mitteilung an das Finanzamt und gegebenenfalls an Konten- oder depotführende Banken. Alle Rechtsfolgen, die an die vollzogene Auswanderung geknüpft sind, treten in diesem Fall mit dem Verlassen des Reichsgebietes ein, also einem Zeitpunkt, dessen Ermittlung keinerlei Schwierigkeiten begegnet. Anders dagegen in den Fällen, in denen der Vollzug der Auswanderung verheimlicht, „getarnt“ wird; ferner auch dann, wenn der Entschluß, den Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt im Inland aufzugeben, nicht vor der Ausreise aus dem Reich gefaßt wird, sondern auf einem vorher als zeitlich begrenzt angesehenen, weil Erkundungszwecken dienenden Auslandsaufenthalt. Die Festlegung des Zeitpunktes ist aber wichtig, weil die mit dem Ansässigkeitswechsel notwendig verbundene Rechtsunsicherheit aller Beteiligten möglichst schnell behoben werden muß. Deshalb bestimmt schon der RE. 30/34 (RStBl. 34, 467), daß bei einem mehr als dreimonatigen Aufenthalt die Vermutung der Ansässigkeit gelte. Andererseits soll nach einem neueren, allerdings in anderer Beziehung ergangenen RE. 36/39 (RStBl. 39, 503) ein „vorübergehender Aufenthalt“, also kein „gewöhnlicher“, und damit keine Ansässigkeit angenommen werden, wenn er nicht länger als sechs Monate dauert.

Die Vermutung der Ansässigkeit kann entkräftet werden, sie begründet keine unumstößliche Feststellung. Aus den Umständen des Einzelfalles kann aber und wird auch häufig schon vor dem Ablauf der die Vermutung begründenden Dreimonatsfrist ein Schluß auf die Aufgabe der inländischen Ansässigkeit gezogen werden. Hier sind die in der Rechtsprechung des RGH. entwickelten Grundsätze anwendbar. Seine Entscheidungen betreffen die Begriffe Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt, die im Devisenrecht dieselbe Bedeutung wie im Steuerrecht (z. B. bei Reichsfluchtsteuerfachen) haben. Danach gilt folgendes: Als Zeitpunkt der Aufgabe des inländischen Wohnsitzes kann in der Regel der Tag der Ausreise angesehen werden, wenn der Pflichtige nicht mehr zurückgekehrt ist und er seine bisherige Wohnung nur noch unter Umständen innehat, die darauf schließen lassen, daß er die Wohnung weder beibehalten noch benutzen wird (RStBl. 36, 997 und 1172, ähnlich RStBl. 39, 329). Als derartiger Umstand ist z. B. die Tatsache gewürdigt worden, daß die Räume der Wohnung nur noch mit verpackten und hochaufgestapelten Möbeln gefüllt waren (RStBl. 37, 336). Der Wohnsitz kann also durch eine Scheinwohnung nicht aufrechterhalten werden (RStBl. 36, 1159). Auch die Größe und die Einrichtung der Wohnung spielen eine Rolle für die Frage, ob noch ein Wohnsitz vorliegt; denn dieser setzt — wenigstens in der Regel — ein „standes-

gemäßes“, d. h. den Lebensverhältnissen des Pflichtigen entsprechendes Heim voraus (RStBl. 37, 108). Ziemlich ist möglich, daß der Pflichtige seinen bisherigen Wohnsitz trotz Ausreise noch eine Zeitlang durch Familienangehörige im Inland aufrechterhält (RStBl. 37, 733). Solange dies der Fall ist, kann von einer vollzogenen Auswanderung auch dann nicht gesprochen werden, wenn der Pflichtige seine Absicht zum Ausdruck bringt, die Wohnung in einem späteren Zeitpunkt aufzugeben (wie zuvor). Ist der Pflichtige zunächst ohne die Absicht der Auswanderung ausgereist, wird er dann aber durch Krankheit dauernd oder auf unbestimmte Zeit an der Rückkehr gehindert, so können Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt als aufgegeben angesehen werden (RStBl. 37, 822 und 38, 713). Denn zur Aufgabe des inländischen Wohnsitzes genügt es, daß der ins Ausland Gereiste seine inländische Wohnung in absehbarer Zeit nicht mehr benutzen wird; daß er sie überhaupt nicht mehr benutzen will, ist nicht erforderlich (RStBl. 37, 382). Aufgabe des Wohnsitzes und Aufgabe des gewöhnlichen Aufenthalts brauchen nicht zusammenzufallen; ist der Wohnsitz im Inland aufgegeben, kann der letztere noch bestehen geblieben sein. In einem solchen Fall ist die Auswanderung noch nicht vollzogen. So beendet die Ausreise eines Pflichtigen, der noch einmal ins Inland zurückkehren beabsichtigt, seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland auch dann nicht, wenn der letzte Aufenthalt in Deutschland nur vorübergehend sein soll. Erst wenn der Pflichtige das Reich endgültig verläßt, um nicht wieder zurückkehren, erlischt der gewöhnliche Aufenthalt im Inland (RStBl. 38, 458 und 39, 328). Eine Wohnsitzaufgabe kann dann nicht angenommen werden, wenn die Ausreise nur zur Erfüllung eines begrenzten, in absehbarer Zeit ausführbaren Auftrags erfolgt (RStBl. 37, 1119).

III. Die Rechtsstellung des Auswanderers

1. Das Devisenrecht enthält viele Bestimmungen, in denen auf die In- oder Ausländereigenschaft der Beteiligten abgestellt wird, aber auch solche, die Beschränkungen oder Verbote für jedermann enthalten. Diesen ist der Auswanderer, das ist selbstverständlich, nach dem Wechsel der Ansässigkeit ebenso unterworfen wie vordem. Als derartige Vorschriften kommen z. B. alle Aus- oder Einfuhrverbote in Betracht: die §§ 16 (für in- und ausländische Zahlungsmittel jeder Art), 17 (inländische Geldsorten), 22 (Gold usw.), 28 (Wertpapiere), 54 (unentgeltliche Sendungen). Auch § 58 (Mitnahme von Gegenständen durch Juden im Reiseverkehr) dürfte hierher gehören, wenn die Vorschrift auch für ausgewanderte Juden kaum praktisch werden dürfte. Diese devisenrechtlichen Beschränkungen der Aus- und Einfuhr bestimmter Gegenstände, die übrigens eine ihrem Grundgedanken entsprechende Erweiterung durch die Richtlinie I 4 erfahren haben, gelten ohne Rücksicht auf die Ansässigkeit desjenigen, der die genehmigungsbedürftige Handlung vornehmen will; sie sind rein sachlich, ohne Begrenzung auf bestimmte Personentypen, ausgerichtet.

Wichtig ist, daß die Möglichkeit der Sicherungsanordnung ebenfalls gegen In- und Ausländer gegeben ist (§ 59 DevG.). Die jetzige Fassung der Vorschrift erwähnt ausdrücklich, um Zweifel auszusräumen, die Sicherungsmaßnahmen gegen Ausländer. Diese waren aber auch nach früherem Recht (§ 37 a DevG. 1935 in der Fassung des ÄnderungsG. v. 1. Dez. 1936) zulässig, mindestens soweit es sich um Auswanderer handelte, weil sich die Devisenhoheit des Reichs ihnen gegenüber ohnehin gemäß den heute in § 55 ff. DevG. enthaltenen Bestimmungen bei einigen Werten über die Auswanderung hinaus erstreckte (vgl. Schulz: JW. 1938, 282). Der Auswanderer muß also Maßnahmen im Devisensicherungsverfahren gegen sich gelten lassen und getroffene Anordnungen befolgen, um Bestrafung nach § 69 Abs. 1 Nr. 6 zu vermeiden.

2. Der Auswanderer ist Ausländer; er unterliegt daher auch allen Vorschriften, die ausdrücklich für den Ausländer gelten. Hier kommen zunächst die Vermögenswerte des Auswanderers in Betracht, die als Ausländerwerte von den gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen erfaßt werden. Dazu gehören alle Forderungen gegen Inländer, gleichgültig ob in- oder ausländischer Währung (§ 14 Nr. 2), einschließlich der Bankguthaben (vgl. hierzu unten 3a); die inländischen, auf Reichsmark, Goldmark, österr. Schillinge, Goldschillinge, Kronen oder einen Sachwert lautenden Wertpapiere (§ 25 Nr. 1); die Anteilsrechte an inländischen Gemeinschaften, Gesellschaften oder Körperschaften (§ 37 Nr. 1); im Inland gelegene Grundstücke oder Rechte daran (§ 40). Alle Verfügungen über die genannten Werte eines Auswanderers sind nur mit Genehmigung der Devisenstelle zulässig. Neben die Beschränkungen in der Verfügung treten solche im Erwerb, nämlich für den Fall, daß der Auswanderer ein inländisches Grundstück in der Zwangsversteigerung erwerben will (§ 43). Erwerbsbeschränkungen unterscheiden sich wesentlich von den Verfügungsbeschränkungen: Sie treffen lediglich den Auswanderer selbst, während jene für jeden gelten, der über die gebundenen, oben genannten Werte verfügen will, also auch z. B. einen Inländer, der in diese Werte des Auswanderers zu vollstrecken beabsichtigt (vgl. § 68 DevG., ferner zum Begriff der Verfügung: Gurski-Schulz, „Komm. z. DevG.“, § 14 Erl. 3).

Ist der Auswanderer mit den vorstehend aufgeführten Bestimmungen unmittelbar devisenrechtlich gebunden, so wird seine Rechtsstellung durch weitere Vorschriften mittelbar geändert. Zu diesen gehören die Beschränkungen, nur mit Genehmigung an ihn oder zu seinen Gunsten an einen Inländer Zahlungen zu leisten oder aus anderem Rechtsgrund Zahlungsmittel auszuhandigen (§ 15), zu seinen Gunsten über Forderungen in inländischer Währung, über „rein inländische“ Wertpapiere, über inländische Grundstücke oder Rechte an solchen Grundstücken zu verfügen (§§ 14 Nr. 5, 25 Nr. 2, 41). Hierher gehören auch die Beschränkungen des Depotverkehrs: In das Depot eines Ausländers dürfen Wertpapiere nur mit Genehmigung ein- oder umgelegt werden, wenn sie ein Inländer anliefert oder wenn sie aus einem Inländerdepot stammen; das gleiche gilt für die Auslieferung von Wertpapieren eines Ausländers aus einem inländischen Depot (§§ 29 Abs. 2, 30 Abs. 1). Da der Auswanderer begrifflich nur eine Abart des Ausländers ist, gelten von der Auswanderung an die erwähnten Vorschriften für ihn, auch ohne daß dies ausdrücklich im DevG. festgelegt zu werden braucht.

3. Die besondere Eigenart der Rechtsstellung des Auswanderers zeigt sich in verschiedenen Vorschriften, die nur für ihn, nicht auch für andere Ausländer getroffen sind, wiewohl häufig Ähnlichkeiten festzustellen sind.

a) Auswandererguthaben. Forderungen eines Auswandernden gegen einen Inländer werden im Augenblick der Auswanderung ohne weiteres zu „Sperrforderungen“ (Begriff Richtl. I 1), Guthaben bei einem inländischen Kreditinstitut oder Postsparkasse zu Sperrguthaben, und zwar zu der besonderen Art von Auswandererguthaben. Zu diesen gehören jedoch auch die erst nach der Auswanderung entstehenden Guthaben, wenn sie nicht Sonderguthaben sind (Richtl. II 39). Auswandererguthaben können nach dem Wechsel der Ansässigkeit des Berechtigten z. B. dadurch entstehen, daß ein Schuldner mit Genehmigung der Devisenstelle den geschuldeten Betrag auf ein mit der Zahlung begründetes Sperrkonto bei einer Devisenbank einzahlt. Ein Auswandererguthaben entsteht jedoch nicht, wenn etwa ein Auswanderer ein bestehendes Sperrguthaben von einem anderen Ausländer erwirbt. Dieses Guthaben wird nicht deshalb, weil der Berechtigte jetzt ein Auswanderer ist, zu einem „Auswanderergut-

haben“, da es ja vor dem Neuerwerb bereits als Sperrguthaben bestanden hatte (so jetzt ausdrücklich RG. 26/39 [RStBl. 39, 398]). War es bisher Handelssperrguthaben, so bleibt es ein solches; war es Vorzugssperrguthaben, so wird es durch die Veräußerung zum Handelssperrguthaben (Richtl. II 38 zu f).

Auswandererguthaben können sowohl bei Devisenbanken (§ 6 Nr. 11, § 10 Abs. 3) wie auch bei Kreditinstituten ohne Devisenbankeigenschaft unterhalten werden. Allerdings wird die Errichtung eines Auswandererguthabens nach der Auswanderung nur bei einer Devisenbank genehmigt werden, aber es ist nicht erforderlich, daß der Auswandernde sein Guthaben aus Anlaß der bevorstehenden Ausreise auf eine Devisenbank umlegt.

Das Guthaben ist rechtlich die Forderung eines Ausländers in inländischer Währung gegen einen Inländer und als solche nach § 14 Nr. 2 nur mit Genehmigung der Devisenstelle verfügbar. Das neue, am 1. Jan. 1939 in Kraft getretene DevG. hat darauf verzichtet, wie das bisherige die Forderung eines Auswanderers besonders zu nennen; eine Änderung des Rechtszustandes ist damit nicht eingetreten. Der Berechtigte bedarf grundsätzlich zu jeder Verfügung über sein Guthaben der Genehmigung, gleichgültig ob es sich um die Anlage, d. h. die nutzbringende Verwendung, oder um die Freigabe zu bestimmten Zwecken, d. h. die endgültige Auflösung des Guthabens, handelt. Immerhin sind einige wenige Ausnahmen von der Genehmigungsbedürftigkeit vorhanden.

Diese Ausnahmen betreffen den Erwerb von Wertpapieren ganz bestimmter Arten zu Lasten des Guthabens, ferner die Veräußerung des Guthabens an die Deutsche Golddiskontbank. Als genehmigungsfrei zu erwerbende Wertpapiere kommen nur die „rein inländischen“ in Betracht, also weder ausländische noch diesen gleichbehandelte inländische, wie deutsche Auslandsbonds oder die von der Konversionsklasse für deutsche Auslandsschulden ausgestellten Papiere; weitere Voraussetzungen ergeben sich aus Richtl. IV 51. Die erworbenen Wertpapiere können wieder genehmigungsfrei durch eine Devisenbank im Inlande veräußert werden, wenn der Erlös auf Sperrkonto gutgeschrieben wird; dieses Konto erhält dann wieder die rechtliche Natur des Auswandererkontos (Richtl. II 57 und IV 51 Abs. 4). Dem Kontoinhaber sind damit in beschränktem Umfang genehmigungsfreie Wertpapiergeschäfte ermöglicht. — Die Veräußerung des Guthabens an die Deutsche Golddiskontbank (Richtl. IV 55) erfolgt in der Regel zum Zwecke der Vermögensübertragung; ob und gegen welche Gegenleistung die Bank derartige Guthaben erwerben will, steht in ihrem Ermessen; nötig ist, wenn auch nicht die Genehmigung der Devisenstelle, so doch eine „devisenrechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung“.

Alle anderen als die eben besprochenen Verfügungen über Auswandererguthaben sind genehmigungsbedürftig. Dies gilt auch von der wichtigen Möglichkeit der Verwendung des Guthabens zu langfristigen Anlagen. Der RG. 27/39 (RStBl. 39, 437) gibt eingehende Ergänzungen zu den Richtl. IV 49 und IV 50, die hier im einzelnen nicht dargestellt werden können. Es sei nur erwähnt, daß als derartige Anlagen in Frage kommen:

1. Kredite an Inländer (Darlehen für gewerbliche Zwecke; Darlehen, die auf Grund verwandtschaftlicher oder freundschaftlicher Beziehungen oder zum Erwerb von Grundstücken oder Grundpfandrechten oder zur Errichtung von Neubauten gegeben werden),
2. Beteiligungen an inländischen Unternehmungen,
3. Erwerb von Hypotheken und Grundschulden auf inländischen Grundstücken,
4. Erwerb von inländischem Grundbesitz,
5. Versicherungsbeiträge.

Die Anlage muß auf mindestens fünf Jahre erfolgen, die Verwendung des Guthabens ist zu überwachen. In wichtigen Fällen entscheidet über den Genehmigungsantrag nicht die Devisenstelle, sondern der RWiM.

Im Gegensatz zur Anlage des Auswandererguthabens steht seine nach und nach erfolgende Auflösung, die entweder durch Übertragung angemessener Beträge auf ein Sonderguthaben zu bestimmter, dann genehmigungsfreier Verwendung oder durch Bezahlung deutscher Warenlieferungen oder Dienstleistungen an das Ausland zu einem vom RWiM. festgesetzten Bombhundertfuß erfolgen kann. Die Möglichkeiten, über das Sonderguthaben zu verfügen, sind in Richtl. IV 53 und im RE. 26/39 (RSiBl. 39, 398) dargestellt. Sie betreffen

1. unentgeltliche Zuwendungen an Verwandte oder soziale oder sonstige Einrichtungen. Voraussetzung ist die Gewißheit, daß der Empfänger den Betrag für eigene Zwecke verbraucht; 2. Unterhaltsbeträge an inländische Unterhaltsberechtigte, 3. „Verwaltungskosten“, d. h. solche Ausgaben, die mit der Entstehung oder Verwaltung gesperrter Vermögenswerte des Berechtigten zusammenhängen, z. B. Anwaltskosten, Bankprovisionen, Depotspesen, auch Grundstücksinstandsetzungskosten; stehen die Verwaltungskosten mit gesperrten Werten nicht im Zusammenhang, so können sie nur zu 25% aus dem Sonderguthaben beglichen werden; 4. Steuerzahlungen hinsichtlich des inländischen Vermögens oder Einkommens des Auswanderers; der zu 3 genannte Zusammenhang ist hier nicht erforderlich; 5. Kosten nicht geschäftlicher Reisen des Kontoinhabers, seiner Familienmitglieder und des begleitenden Dienstpersonals nach Deutschland; Höchstbetrag ist hier 2000 RM je Person; als Reisekosten können auch die Ausgaben für Studienaufenthalt oder Schulbesuch angesehen werden; 6. Aufwendungen für besondere Zwecke, z. B. Besuche der Leipziger, Wiener und anderer Messen, Jagd- und Fischereipachtzinsen.

Die Verwendung eines Auswandererguthabens zur Bezahlung von Warenlieferungen aus Deutschland nach dem Auslande gemäß Richtl. IV 54 ist eine Ausnahme; denn grundsätzlich kommt für diese die Zahlung in Devisen, freier Reichsmark, aus einem Ausländerfondskonto für Inlandszahlungen (ASR.) oder über Verrechnungskonten in Betracht. Das Guthaben kann daher auch nur zur Bezahlung eines bestimmten Anteils der Waren dienen, der in der Regel 25% beträgt. Erste und wichtigste Voraussetzung ist, daß die Waren zur „eigenen Verwendung“ des Kontoinhabers bestimmt sind, d. h. für seinen Geschäftsbetrieb oder seinen persönlichen Bedarf, oder daß sie für seine „eigene Rechnung“ geliefert werden, d. h. die Waren müssen in den Geschäftszweig des Käufers fallen, sie dürfen nicht betriebsfremd sein. Weiteres s. im RE. 28/39 (RSiBl. 39, 431).

b) Wertpapierdepots eines Auswanderers im Ausland. Für die Wertpapiere eines Auswanderers in einem Depot im Inland gilt die Vorschrift des § 30, die sich auf Ausländer jeder Art bezieht: Die Auslieferung ist nur mit Genehmigung zulässig. Für Wertpapiere von Ausländern in Auslandsdepots ist eine allgemeine Vorschrift nicht vorhanden, wohl aber trifft § 29 eine einschlägige Bestimmung für Auswanderer: Ein Inländer darf Wertpapiere, die zugunsten eines Auswanderers in einem Depot im Ausland ruhen, nur mit Genehmigung aushängigen oder in ein anderes Depot umlegen lassen. Die Vorschrift wendet sich also nicht an den Auswanderer selbst, sondern insbesondere an Wertpapierhändler und Kreditinstitute, die Papiere für Auswanderer in Auslandsdepots verwahren. Der Begriff des „Depots“ im Sinne des DevG. entspricht dem im DepotG. gebrauchten; es handelt sich um das sog. offene Depot, bei dem die Wertpapiere unverschlossen zur Verwahrung anvertraut sind. „Verschlossene Depots“ fallen nicht darunter. Die Bestimmung will verhindern, daß Auswanderer, die schon vor der Ausreise Wertpapiere durch Inländer im Auslande verwahren ließen, mit diesen Werten eine den allgemeinen Auswandererbestimmungen widersprechende und

damit ungerechtfertigte Vermögensübertragung durchführen können.

c) Forderungen aus Versicherungsverträgen. Auch hierfür sieht das Devisenrecht Besonderheiten für den Auswanderer vor. Die Devisenstellen sind nach den Richtl. IV 33, 34 ermächtigt, den inländischen Versicherungsfirmen zur Erfüllung von Verpflichtungen aus Versicherungsverträgen allgemeine „Devisenverwendungs-“ oder „Reichsmarkzahlungsgenehmigungen“ zu erteilen. Derartige Genehmigungen gelten aber gemäß Richtl. IV 35 Abs. 5 dann nicht, wenn der Versicherungsnehmer oder der Berechtigte bei Vertragschluß Inländer war und nach dem 15. Juli 1931 seinen Wohnsitz in das Ausland verlegt hat. In diesem Fall ist also eine Einzelgenehmigung nötig, die nur beim Nachweis der Bedürftigkeit des Bezugsberechtigten erteilt werden soll.

d) Weitergeltung und Erweiterung bestehender Beschränkungen und Verbote. Für den Auswanderer bleiben die Beschränkungen, Verbote und Pflichten hinsichtlich solcher Werte bestehen, auf die sich die Beschränkungen usw. schon vor der Auswanderung bezogen hatten (§ 55 DevG.). Die frühere Inländereigenschaft des jetzigen Auswanderers wirkt in bezug auf diese Werte fort, weil jener durch die Ausreise nicht Befreiungen von den für ihn bisher geltenden Vorschriften ohne eine den Einzelfall berücksichtigende Regelung erlangen soll. Für den Auswanderer gelten daher weiterhin insbesondere die Verfügungsbeschränkungen der §§ 14 Nr. 3 (Forderungen gegen Ausländer), 36 (Anteilsrechte an ausländischen Gemeinschaften, Gesellschaften usw.), 39 (Grundstücke im Ausland, Rechte an ihnen) und die Anbieterspflicht der §§ 46, 48. Aber die frühere Inländereigenschaft wirkt sich noch weiter aus: Die Beschränkungen usw. erstrecken sich auf den Erlös von Waren, die der Auswanderer bei Auswanderung im Ausland besitzt oder dort mitnimmt oder sich nachsenden läßt, ferner auf den Erlös und die Erträgnisse von gewerblichen Schutz- oder Urheber- und Verlagsrechten (§ 56 DevG.). Der Auswanderer darf also z. B. Waren der bezeichneten Art verkaufen; der Erlös ist aber der Reichsbank anzubieten und überdies nur mit Genehmigung der Devisenstelle verfügbar. Das gleiche gilt von den genannten Rechten: Sie selbst unterliegen keinen Beschränkungen, wohl aber sind Erlös und Erträgnisse der Anbieterspflicht und dem Verfügungsverbot unterworfen. Die Vorschriften der §§ 55 und 56 gelten indessen nur für nach dem 1. Juli 1935 Ausgewanderte, und auch bei ihnen nicht hinsichtlich der mit Genehmigung ins Ausland verbrachten Sachen (§§ 98 und 57 Abs. 3). Die gemäß § 55 aufrechterhaltenen Beschränkungen bleiben auch nur in dem vor der Auswanderung gezogenen Rahmen bestehen; soweit in den Richtlinien oder Kundenerlassen Ausnahmen von den Beschränkungen des Gesetzes zugelassen sind, gelten diese auch gegenüber dem Auswanderer (z. B. Richtl. II 10).

4. Die Durchführung der Auswanderung kann im Rahmen dieser Darstellung nicht eingehend erläutert, sondern nur angedeutet werden. Ohne Einholung einer Devisengenehmigung ist sie nur in einem einzigen, praktisch kaum vorkommenden Fall zulässig, wenn nämlich der Auswanderende völlig mittellos, d. h. selbst bar jeden Umzugsguts, ins Ausland geht. Will der Auswanderer inländische Vermögenswerte in das Ausland verbringen, so bedarf er dazu stets der Genehmigung (§§ 16, 22, 28, 57 DevG., Richtl. I 4), die nach dem in Richtl. IV 63 ausdrücklich niedergelegten Grundsatz „nur nach Maßgabe der Devisenlage“ erteilt werden kann. Die Praxis hat gezeigt, daß mit solchen Genehmigungen nur in äußerst beschränktem Maße gerechnet werden kann. Derselbe Grundsatz gilt für die Genehmigung zur Verfügung über ausländische Vermögenswerte, die nach dem oben zu III 3 Gesagten erforderlich ist.

Für die Durchführung der Auswanderung ist die im

neuen DevG. erfolgte Regelung der Ausfuhr von Umzugsgut und „sonstigen Sachen“ bemerkenswert. Der § 57 beschränkt sich darauf, die Genehmigungsbefähigung festzulegen und anzuordnen, daß entsprechende Anträge bei der Devisenstelle vor der Verpackung der auszuführenden Gegenstände anzubringen sind. (Daneben besteht auf Grund des § 17 DurchfW.D. die Verpflichtung zur Anzeige an

die Zollstelle, wenn Umzugsgut zur Beförderung nach dem Ausland ausgeliefert werden soll.) Die notwendige Ergänzung des § 57 DevG. mit den Verwaltungsanweisungen für das Genehmigungsverfahren enthält der RG. 49/39 (RStBl. 39, 612), der besondere Vorschriften für Altbesitz, Neubesitz und solche Sachen enthält, für die ein unbedingtes Mitnahmeverbot besteht.

Die Erzwingung von Handlungen und Unterlassungen (§§ 887-890 Zivilprozessordnung)

Von Amtsgerichtsrat Dr. Sebode, Berlin

Zu den Schuldtiteln, die in der Vollstreckung wegen der Besonderheit des Gegenstandes der Verurteilung häufig Schwierigkeiten verursachen, gehören diejenigen Titel, welche die Erzwingung von Handlungen und Unterlassungen betreffen (§§ 887-890 ZPO.). Während auf anderen Gebieten der Zwangsvollstreckung der Durchbruch moderner Anschauungen sich vielgestaltig vollzogen hat, ist es kaum möglich gewesen, neuere Gedanken in dieses Gebiet der Zwangsvollstreckung hineinzutragen. Auch der Entwurf einer ZPO. von 1931, der sonst in weitestem Maße Abänderungsvorschläge im Vollstreckungsverfahren enthält, folgt auf diesem Gebiete inhaltlich fast ohne jede Abweichung der bisherigen Regelung. Der Grund dürfte darin liegen, daß es sich bei Vollstreckung wegen Handlungen und Unterlassungen um jene Grenzgebiete handelt, in denen das Gesetz praktisch auf unmittelbaren Vollstreckungszwang verzichtet und an Stelle des unmittelbaren Erfüllungszwangs mittelbare Zwangsmittel anwenden muß. Die Auswahl dieser Mittel ist indes beschränkt, und außer den im Gesetz festgelegten werden sich kaum neuartige Zwangsmittel oder andere Wege einer Vollstreckung erfinden lassen. Soweit gleichwohl auf diesem an sich starren Rechtsgebiet Entscheidungen mit neueren Gesichtspunkten ergangen sind, werden sie im Nachfolgenden Berücksichtigung finden.

1. Die erste Gruppe von Handlungen umfaßt solche, welche von jedem Dritten vorgenommen werden können (sog. vertretbare), § 887 ZPO., d. h. Handlungen, bei welchen es vom Standpunkt des Gläubigers aus betrachtet wirtschaftlich gleichgültig ist, durch wen die Handlung vorgenommen wird, und bei welchen es auch vom Standpunkt des Schuldners aus rechtlich zulässig ist, daß ein anderer als der Schuldner die Handlung vornimmt (Jonas § 887 II, 2 ZPO.). Hierunter fallen in erster Linie Handlungen wirtschaftlicher Art, mechanische und technische Arbeiten, wie der Transport, die Zurüchschaffung von Sachen, die Ausführung und Entfernung von Bauten, die Wiederherstellung eines Grabens, die Instandsetzung von Fahrstühlen u. dgl. Sodann können auch rechtsgeschäftliche Handlungen Gegenstand der Vollstreckung nach § 887 ZPO. sein, wie z. B. der Anspruch auf Befreiung, so vom Besitz durch Abnahme des Kaufgegenstandes, eines Bürgen von der Bürgschaft, einer Sache von einem Pfandrecht, der Anspruch auf Sicherheitsleistung u. dgl.

Das Gesetz verzichtet hier darauf, durch sein Vollstreckungsorgan, den Gerichtsvollzieher, dem Schuldtitel durch unmittelbare Einwirkung auf den Schuldner Geltung zu verschaffen. Ist z. B. der Schuldner verurteilt, einen Zaun zu entfernen, der zwischen seinem und des Klägers Grundstück gezogen war, so handelte jener Gerichtsvollzieher falsch und gegen die gesetzliche Regelung, der kurzerhand und zusammen mit einem Gehilfen den Zaun — zur vollsten Zufriedenheit des Gläubigers — entfernte. Ebenso wenig dürfte sich ein Gerichtsvollzieher damit befassen, ein Urteil auf Zurüchschaffung von Sachen dadurch zu vollstrecken, daß er selbst oder durch seine Leute die

Sachen zurückbringt. Der Gerichtsvollzieher scheidet bei der Zwangsvollstreckung nach § 887 ZPO. zunächst völlig aus.

Vielmehr erteilt das Gesetz dem Gläubiger selbst die Ermächtigung, die Handlung an Stelle des Schuldners vorzunehmen. Nicht das Vollstreckungsorgan, vielmehr die Partei ist somit berufen, das Recht in der Vollstreckung durchzusetzen. Eine Mitwirkung des Vollstreckungsorgans kommt nur dann in Betracht, wenn es gilt, den Schuldner — notfalls mit Gewalt — daran zu hindern, sich der Durchführung der Handlung zu widersetzen (§ 892 ZPO.). Kann der Gläubiger nicht persönlich an Stelle des Schuldners die Handlung vornehmen, so kann er sich hierzu eines Dritten bedienen. In jedem Fall allerdings bedarf der Gläubiger zur Vornahme der Handlung einer gerichtlichen Ermächtigung, die das Prozessgericht in Form eines Beschlusses erläßt. Die Ermächtigung als solche stellt bereits den Beginn der Zwangsvollstreckung dar. Nach allgemeinen Grundsätzen muß daher bereits vorher der Vollstreckungstitel zugestellt und mit der Vollstreckungsklausel versehen sein. Die Entscheidung setzt die vorgängige Anhörung des Schuldners voraus (§ 891 ZPO.) und ist nur zulässig, wenn der Schuldner die Verpflichtung, zu welcher er verurteilt ist, nicht erfüllt. Sache des Gläubigers ist es lediglich, die Nichterfüllung zu behaupten. Das Gericht prüft nur, ob die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung vorliegen, insbesondere ob der Gläubiger schon jetzt die Leistung fordern und der Schuldner der Verpflichtung zeitlich genügen konnte. Soweit der Schuldner daher geltend macht, daß er sich nicht im Verzug befinde, ist dieser Einwand im Verfahren nach § 887 ZPO. zu prüfen, denn er betrifft eine Voraussetzung der Zwangsvollstreckung (RG. v. 9. Nov. 1937, 8 W 4024/37). Betrifft der Einwand des Schuldners die Erfüllungshandlung als solche, so wird man unterscheiden müssen, ob der Streit der Parteien um die Erfüllung schlechthin oder nur um die Ordnungsmäßigkeit der Erfüllung geht. Nach der vorerwähnten Entscheidung des RG. ist der Einwand des Schuldners, die streitigen Arbeiten seien bereits erledigt, im Verfahren nach § 887 dann zu prüfen, wenn nicht die Erfüllung schlechthin, sondern die Ordnungsmäßigkeit der Erfüllung streitig ist (RG. a. a. O.). Im anderen Fall hat das Gericht den Beschluß aus § 887 ZPO. zu erlassen und den Schuldner auf die Vollstreckungsgegenklage zu verweisen (so auch Baumbach § 887 Abs. 2). Nach Jonas (§ 887 II, 3, 16. Aufl. gegen die frühere) allerdings soll der Schuldner in beiden Fällen die Möglichkeit haben, den Einwand im Verfahren nach § 887 ZPO. geltend zu machen und ihm daneben auch noch die Vollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO. zustehen.

Der Beschluß ist, falls er nicht verkündet wird, dem Schuldner von Amts wegen zuzustellen und dem Gläubiger formlos mitzuteilen (§ 323 III ZPO.). Gegen die Entscheidung findet nicht Erinnerung, sondern die sofortige Beschwerde ohne aufschiebende Wirkung statt.

In der Ermächtigung muß die vorzunehmende Handlung bestimmt bezeichnet werden. Handelt es sich um wirt-

schaftliche Handlungen, so wird in der Regel das Gericht den Gläubiger zu eigener Vornahme ermächtigen. Soll ein Dritter ermächtigt werden, so bedarf es indes nicht der Bezeichnung eines bestimmten Dritten. Das Erfordernis der Bestimmtheit zeigt sich aber insbesondere bei Handlungen rechtsgeschäftlicher Art. So genügt bei einer Verurteilung zur Sicherheitsleistung nach einer Entscheidung des RG. nicht, daß der Antrag bloß auf eine der in § 232 BGB. vorgeschriebenen Arten der Sicherheitsleistung gerichtet ist. Die Art der Sicherheitsleistung ist vielmehr genau zu bezeichnen, d. h., daß z. B. das zu hinterlegende Wertpapier oder das zu belastende Grundstück genau anzugeben ist (RG. v. 26. Nov. 1935, 8 W 7047/35).

Die Vornahme der Handlung erfordert naturgemäß in den meisten Fällen Kosten, die aufzuwenden oder vorzuschießen dem Gläubiger nicht zugemutet werden kann. Auf Antrag kann daher das Gericht den Schuldner zur Vorausbezahlung dieser Kosten, deren Höhe es nach freiem Ermessen bestimmt, durch Beschluß verurteilen. Der Begriff der Kosten ist weit zu fassen. Auch die Beträge, die bei einer Verurteilung zur Sicherheitsleistung der Bürge zu seiner Sicherstellung verlangt, rechnen zu diesen Kosten i. S. von § 887 II, 2 ZPO. (RG. v. 3. März 1936, 8 W 1198/36). Die Beitreibung der Kosten erfolgt durch den Gerichtsvollzieher, für den der Beschluß der Titel i. S. des § 794 Biff. 3 bildet. Wegen der Voraussetzungen für den Erlass des Kostenbeschlusses gilt das oben Gesagte. Legt der Gläubiger die Kosten selbst aus oder entrichtet er etwaige Mehrkosten, so kann er die Kosten nach § 788 ZPO. Beitreiben oder auf Grund des Ermächtigungsbefehles vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des Prozeßgerichtes 1. Instanz festsetzen lassen.

Eine mittelbare Mitwirkung des Gerichtsvollziehers bei der auf Vornahme der vertretbaren Handlung gerichteten Vollstreckungstätigkeit kommt aber nicht nur hier in Betracht, sondern auch dann, wenn der Schuldner dem Gläubiger oder dem Dritten bei der Durchführung der Handlung Schwierigkeiten bereitet. Alsdann kann der Gläubiger einen Gerichtsvollzieher zur Beseitigung des Widerstandes nach § 892 ZPO. hinzuziehen. Hierzu bedarf es weder einer gerichtlichen Anordnung (GWZ. 1937, 222), noch eines Nachweises des erfolgten (oder zu gewärtigenden) Widerstandes seitens des Gläubigers (§ 97 Pr. GeschäftAnw. für Gerichtsvollzieher). Der Gerichtsvollzieher hat den unberechtigten Widerstand des Schuldners unter Beachtung der §§ 758, 759 ZPO. zu überwinden. Er kann hierbei nötigenfalls mit Gewalt vorgehen, soll aber unnötige Härten vermeiden. Die Zwangsmaßnahmen dürfen über das zur Beseitigung des Widerstandes notwendige Maß nicht hinausgehen. Der Begriff des Widerstandes beschränkt sich hierbei nicht auf die Begriffsbestimmung, die die Rechtsprechung dem strafrechtlichen Widerstand gegeben hat. Es kann schon durch mündliche Äußerungen bei einer Zwangsvollstreckung Widerstand geleistet werden. Die Gewalttätigkeit ist, speziell beim Öffnen eines Schlosses, schon als vorliegend anzusehen, wenn das Verhalten des Verpflichteten den Willen erkennen läßt, nicht zu öffnen (OG. Hamburg v. 19. Jan. 1931: GWZ. 1931, 3). Sinngemäß muß, was einem dringenden praktischen Bedürfnis entspricht, die Hilfe des Gerichtsvollziehers auch zugelassen werden, soweit es sich um die Weigerung der Herbeischaffung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen, zur Ausführung benötigten Sachen handelt, z. B. von Schlüsseln, von Büchern zur Fertigstellung von Buchauszügen. Zulässig und zweckmäßig ist es, daß das Gericht in dem Ermächtigungsbefehl darüber nähere Bestimmungen trifft (Jonas § 887 III ZPO.).

Aus § 887 Abs. 3 ZPO. sowie aus der Stellung des § 887 ZPO. folgt, daß die vorzunehmende Handlung nicht in der Herausgabe von Sachen (§§ 883–886 ZPO.) oder Personen (§ 883 ZPO.) oder Zahlung oder Hinterlegung von Geld (§ 815 ZPO.) bestehen darf. Ob indes das eine

oder andere der Fall ist, ist nicht immer zweifelsfrei. Neuerem Rechtsdenken wird es dabei grundsätzlich entsprechen, den Gläubiger für verpflichtet zu erachten, seine Rechtsverfolgung so durchzuführen, daß sie dem Schuldner nicht Kosten verursacht, die ohne große Mühe zu ersparen sind. Freilich darf dadurch für den Gläubiger keine Rechtsminderung eintreten (OLG. Naumburg v. 8. Sept. 1937, 6 W 264/37: ZW. 1937, 2825). Im einzelnen handelt es sich zweifelslos nicht um die Herausgabe einer Sache, wenn der Beklagte verurteilt ist, die von ihm gezogene Antenne zu entfernen (GWZ. 1936, 78) oder Sachen, die auf dem Hofe untergestellt waren, fortzuschaffen (OG. Berlin: GWZ. 1938, 263). Auch dann liegt kein Herausgabeverurteil, sondern ein Fall des § 887 ZPO. vor, wenn der Beklagte verurteilt ist, an einem bestimmten Tage aus der Wohnung herausgeschaffte Sachen wieder zurückzubringen (RG.: GWZ. 1934, 385). Es hätte in dem betreffenden Fall die Herausgabe der Sachen an den Kläger als Berechtigten nach § 561 II BGB. angeordnet werden können. Das war jedoch nicht geschehen. Nicht zweifelsfrei ist aber die Rechtslage schon bei einer Verurteilung des Beklagten auf Viefierung eines Films, der erst noch herzustellen war (OG. Berlin: GWZ. 1932, 5). Nach Jonas (§ 883 I, 1 ZPO., 16. Aufl. entgegen den früheren) greift, soweit der Schuldner eine Sache herausgegeben hat, die er noch nicht besitzt, sondern erst anzuschaffen oder herzustellen hat, bei vertretbaren Sachen § 884 ZPO. Platz, und sachlich dasselbe soll gelten, wenn es sich um eine nicht vertretbare Sache handelt. Der Gläubiger hat sich bei der Vollstreckung zunächst auf die Wegnahme zu beschränken. Er kann nicht die Leistung des Offenbarungseides verlangen, sondern hat bei erfolgloser Vollstreckung lediglich die Schadenersatzforderung nach § 893 ZPO. Das OLG. Berlin läßt demgegenüber die Frage, ob § 883 ZPO. vorliegt, dahingestellt. Es schließt aber mit Jonas die Anwendbarkeit des § 887 ZPO. für einen solchen Fall aus, so daß dem Gläubiger nur der Weg des Schadenersatzes nach § 893 ZPO. übrigbleibt.

Auch die Abgrenzung des § 887 zu §§ 803 ff. ZPO. kann oft zweifelhaft sein. Hier insbesondere spielt der oben erwähnte praktische Gesichtspunkt eine Rolle. Es muß der an sich umständliche Weg des § 887 ZPO. vermieden werden, wenn es sich in Endergebnis doch nur um eine Vollstreckung nach §§ 803 ff. ZPO. handelt. Dies ist z. B. der Fall, wenn Gegenstand der Verurteilung ein Befreiungsanspruch ist, der in einer reinen Geldleistung besteht. An sich kann ein Befreiungsanspruch nicht nach § 803 ZPO. vollstreckt werden (Jonas § 803 I, 3, § 887 II, 1). Erschöpft sich aber der Befreiungsanspruch in einer reinen Geldzahlung, dann findet nicht § 887 ZPO., sondern § 803 Anwendung. Eine Vollstreckung nach § 887 ZPO. hätte lediglich zur Folge, daß angeordnet werden müßte, der Schuldner habe den Urteilsbetrag vorschussweise an den Gläubiger zu zahlen, und daß diese Anordnung dann wieder gemäß § 803 ZPO. vollstreckt werden müßte. Die Lösung entspricht also praktischen Bedürfnissen (OG. Berlin v. 25. Sept. 1936: ZW. 1938, 3133; anderer Ansicht offenbar Jonas § 887 II, 2: OLG. Naumburg a. a. O.). Ganz ähnlich ist die Rechtslage bei der Vollstreckung eines Schultitels auf Sicherheitsleistung oder Hinterlegung einer bestimmten Geldsumme. Die Vollstreckung einer Verurteilung zur Sicherheitsleistung an sich ist nach § 887 ZPO. vorzunehmen (RG. v. 26. Nov. 1935, 8 W 7047/35). Geht aber der Schultitel auf Hinterlegung einer bestimmten Geldsumme, so bestehen gegen eine Vollstreckung nach §§ 803 ff. aus den oben erwähnten Gründen und aus praktischen Erwägungen keinerlei Bedenken (OG. Berlin v. 14. Okt. 1938, 227 T 8981/38: ZW. 1938, 3133; so offenbar auch Jonas § 887 II, 1).

2. Wesentlich anders gestaltet sich die Vollstreckung bei den sogenannten unvertretbaren Handlungen, die ent-

weder ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängen (§ 888 ZPO.) oder bei denen dies nicht unbedingt der Fall ist. Ganz abzuondern sind bei den letzteren die Handlungen, die auf Abgabe von Willenserklärungen gerichtet sind (§ 894 ZPO.). Nur für die erste Gruppe gilt § 888 ZPO. Unvertretbare Handlungen sind solche, bei denen die Vornahme durch einen Dritten rechtlich unzulässig oder mit dem wirtschaftlichen Inhalt der Verpflichtung unverträglich ist. Hauptfälle sind die Auskunftserteilung, die Rechnungslegung, die Inventaraufstellung, die Ausstellung eines Zeugnisses. Hierher gehören ferner die Bestellung eines Pfandrechts an einem Geschäftsanteil (WZ. 1936, 13), die Verpflichtung zur Entnahme von Strom aus der Elektrizitätsanlage der Klägerin (vgl. WZ. 1936, 381) u. dgl.

Unbedingtes Erfordernis für § 888 ZPO. ist die Abhängigkeit der Handlung vom Willen des Schuldners, mag auch die Abhängigkeit auf anderen Umständen oder die Unmöglichkeit auf einem Verschulden des Schuldners selbst beruhen. Sie fehlt insbesondere, wenn der Schuldner zur Vornahme der Handlung Geld aufwenden muß, es sei denn, daß der Gläubiger das Geld vorschießt oder der Schuldner den (geringsfügigen) Betrag zahlen kann; wenn ein Dritter mitzuwirken hat, z. B. wenn er die zur Rechnungslegung erforderlichen Bücher besitzt; wenn die Handlung besondere individuelle Fähigkeiten künstlerischer oder wissenschaftlicher Art voraussetzt (Herstellung eines druckfertigen Werkes) oder wenn eine Gesamtleistung mehrere Schuldner gegen einen dieser Schuldner vollstreckt werden soll (Jonas § 887 II, 2).

Ebenso wie im Falle des § 887 ZPO. darf auch bei § 888 ZPO. die Handlung nicht in einer Geldzahlung oder der Herausgabe oder Leistung von Sachen, desgleichen nicht in der Abgabe einer Willenserklärung (WZ. 156, 164 = JW. 1938, 333) bestehen. Unterlassungen und Duldungen gehören auch dann nicht hierher, wenn das Urteil der Form nach auf eine Handlung lautet, wie es z. B. bei einem Urteil auf Gestattung der Besichtigung der Fall ist (Jonas § 888 I, 1 ZPO.). Auszuscheiden haben ferner solche Fälle, bei denen es sich zwar dem Wortlaut nach um eine — nicht vertretbare — Handlung, dem Inhalt nach aber nur um eine bloße Feststellung handelt. So ist z. B. jener in der Praxis nicht seltene Prozeßvergleich bei Verkäufen von Geschäften, Gastwirtschaften usw. dahin, daß der Vermieter sich verpflichtet, dem Nachfolger des Mieters (Käufer des Geschäfts) einen Mietvertrag über eine bestimmte Dauer „zu geben“, einer zwangsweisen Verwirklichung nicht fähig, da er nur der Feststellung von Rechtsverhältnissen dient (so Anm. zu RG. v. 9. Okt. 1937: JW. 1937, 3250).

Anwendbar ist § 888 ZPO. ferner auf Grund der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung in § 888 II ZPO. im Falle der Verurteilung zur Eingehung einer Ehe, zur Herstellung des ehelichen Lebens und zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage. Hierbei mag noch im besonderen bemerkt werden, daß das Herstellungsurteil sich nicht auf die eheliche Gemeinschaft als Ganzes zu beziehen braucht, sondern schon dann ein Urteil auf Herstellung des ehelichen Lebens vorliegt, wenn dieses nur einen Teil der aus dem ehelichen Leben folgenden Pflichten betrifft. Somit ist z. B. eine Vollstreckung nicht zulässig aus einem Urteil auf Herstellung des ehelichen Lebens, auch soweit nur die Hergabe von Wirtschaftsgeld und Taschengeld Gegenstand der Verurteilung ist (Baumbach § 888 Anm. 4; LG. Stettin v. 27. Aug. 1937: WZ. 1937, 281).

Soweit § 888 ZPO. nicht zutrifft, besteht überhaupt kein Rechtsanspruch auf die Vollstreckung. Der Gläubiger muß sich gegebenenfalls mit der Klage auf das Interesse bescheiden. Soweit § 888 ZPO. Platz greift, muß das Gesetz auch hier auf einen unmittelbaren Erfüllungszwang der Natur der Sache nach — und zwar gänzlich — ver-

zichten. Als Hilfsmittel der Vollstreckung gibt dafür das Gesetz dem Gläubiger die Möglichkeit, bei dem Prozeßgericht auf seinen Antrag — auch mehrmals — einen Beschluß zu erwirken, durch welchen der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafen oder durch Haft angehalten wird. Das Höchstmaß der Geldstrafe ist unbeschränkt (§ 888 I ZPO.). Das Gesamtmaß der Haft darf 6 Monate nicht übersteigen (§ 913 ZPO.).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist auch hier die Zustimmung des Titels und die vorherige Erteilung der Vollstreckungsklausel erforderlich, da der Strafbeschluß bereits Beginn der Zwangsvollstreckung ist. Eine Strafandrohung ist nicht erforderlich. Dagegen ist die Anhörung des Schuldners zwingend vorgeschrieben. Wendet der Schuldner Unmöglichkeit der Handlung (auch unverschuldete) ein, z. B. bei einem Urteil auf Auskunftserteilung aus den Geschäftsbüchern die unterlassene Führung von Büchern, so leugnet er eine Voraussetzung des § 888 ZPO., die Abhängigkeit der Handlung von seinem Willen. Es würde somit an einem positiven Erfordernis der Anordnung fehlen. Daher ist der Einwand im Verfahren des § 888 ZPO., nicht durch Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO., geltend zu machen (Jonas § 888 I, 2 ZPO.).

Die Strafe ist Erziehungsstrafe, nicht Ahndung einer Tat, sondern Bewältigung eines Widerstandes, Beugung eines widerstrebenden Willens. Für sie haben sich als Anwendungsregeln die Grundsätze gebildet, daß der allgemeine Teil des StGB. keine Anwendung findet, daß ein Verschulden nicht vorausgesetzt wird und die Strafe daher auch gegen juristische Personen zulässig ist, daß die Regeln über Versuch, Teilnahme, Antrag und Verjährung abgelehnt werden und für den Antrag weder die Frist des § 61 StGB. noch eine Beschränkung der Zurücknahme desselben nach Art des § 64 I StGB. gilt (Rießsch, „Ordnungsstrafrecht“: JW. 1938, 773).

Herr des Verfahrens ist der Gläubiger. Er betreibt die Vollstreckung. Der Beschluß ist ihm gemäß § 794 Ziff. 3 ZPO. vollstreckbar auszufertigen und dem Schuldner nach § 750 ZPO. zuzustellen. Die Geldstrafe fällt an den Fiskus. Da es sich bei der Strafe jedoch lediglich um ein zur Verfügung des Gläubigers stehendes Zwangsmittel handelt, so fällt die Strafe in dem Augenblick fort, in welchem der Schuldner dem Strafbeschluß vor dessen Ausführung nachkommt. Nimmt der Schuldner also nach vielem Hinundher im letzten Augenblick doch noch die geforderte Handlung vor, so wird die ganze bisherige Vollstreckungsaktion damit gegenstandslos.

3. Gegenstand der Vollstreckung kann schließlich die Verpflichtung des Schuldners sein, eine Handlung zu unterlassen, oder die Vornahme einer Handlung zu dulden. Hier muß der Natur der Sache nach auf einen unmittelbaren Erfüllungszwang verzichtet werden, wenn nicht gerade die Duldung einer bestimmten Handlung in Frage steht, die nach § 892 ZPO. durch Beseitigung des Widerstandes durch einen Gerichtsvollzieher erzwungen werden kann. Statt dessen wird mittelbar der Schuldner dadurch angehalten, dem Schuldtitel nachzukommen, daß wegen der Zuwiderhandlung ihm Strafe angedroht und gegen ihn Geld oder Haftstrafen verhängt werden.

Voraussetzung des Verfahrens nach § 890 ZPO. ist zunächst das Vorliegen eines vollstreckbaren Schuldtitels (auch eines nur vorläufig vollstreckbaren Urteils, einer einseitigen Verfügung, eines Vergleichs), nach welchem der Schuldner verpflichtet ist, eine bestimmte Handlung zu unterlassen oder zu dulden. Eine sorgfältige Abgrenzung von den Fällen des § 885 ZPO. und § 888 ZPO. ist wegen der durchaus verschiedenen Folgen der Vollstreckung unbedingt erforderlich. Schon oben war bemerkt, daß der Wortlaut der Verurteilung allein nicht maßgebend ist, vielmehr lediglich der Inhalt entscheidend ist. So fallen Unterlassungen und Duldungen nur unter § 890 ZPO. und nicht unter § 888 ZPO., auch wenn der Form nach

das Urteil auf eine Handlung lautet. Eine einstweilige Verfügung, durch welche dem Schuldner aufgegeben wird, dem Gläubiger den ungehinderten Zutritt zur Ehemwohnung zu gestatten, ist daher nach § 890 ZPO. zu vollstrecken. Die Duldung ist hier das Wesentliche, ebenso wie bei den im Mietrecht so häufigen Fällen einer einstweiligen Verfügung auf Gestattung der Besichtigung der Wohnung (SeuffArch. 68, 61; RG.: DZS. 20, 370). Der Schuldner braucht sich nur passiv zu verhalten. Er braucht keine Anstalten zu treffen, um den Zutritt zu erleichtern. Er darf ihn aber auch nicht erschweren. Auch die Grenze zu § 885 ZPO. ist oft flüchtig. Ist dem Schuldner verboten, den Gläubiger an der Benutzung der Wohnung zu hindern oder hindern zu lassen, so ist dem Schuldner keine Räumung auferlegt. Gegenstand der Beurteilung ist auch hier nur die Duldung.

Weitere Voraussetzung des Verfahrens ist die richterliche Strafandrohung. Sie ergeht, falls sie nicht in dem die Verpflichtung aussprechenden Urteil enthalten ist (§ 890 Abs. 2 ZPO.) durch besonderen Beschluß. Sie stellt den Beginn der Zwangsvollstreckung dar. Sie ist daher erst nach Vorlegung der vollstreckbaren Ausfertigung und dem Nachweis der Zustellung gemäß § 750 ZPO. zulässig. Die Anhörung des Schuldners ist nach § 891 ZPO. vorgeschrieben, während sich bei der in dem Titel vorgesehenen Strafandrohung die Frage des Gehörs nach allgemeinen Vorschriften richtet und somit die in der einstweiligen Verfügung enthaltene Strafandrohung nicht vorherige Anhörung erfordert (RG.: ZW. 1929, 2618; Jonas § 890 II, 2 ZPO.).

Die Strafverhängung setzt eine Zuwiderhandlung des Schuldners gegen das Verbot des Titels voraus. Dies muß bewiesen, nicht nur glaubhaft gemacht sein. Behauptet der Schuldner, zu der Handlung berechtigt gewesen zu sein,

so erhebt er einen Einwand gegen den Anspruch als solchen. Er ist daher auf den Weg der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. verwiesen. Die Zuwiderhandlung muß zeitlich hinter der Strafandrohung und der Vollstreckbarkeit des Urteils liegen. Der Zeitpunkt der Erteilung der Vollstreckungsklausel kommt nicht in Betracht, ebensowenig die Zustellung des vollstreckbaren Urteils als solchen.

Die Straffestsetzung erfolgt auf Antrag des Gläubigers vom Prozeßgericht 1. Instanz durch Beschluß. Das Gericht hat dabei freie Wahl zwischen Geld- und Haftstrafen. Diese Strafen haben jedoch einen wesentlichen anderen Charakter als die Strafen des § 888 ZPO. Die Strafe des § 888 ZPO. war eine Beuge-, Erzwingungsstrafe. Die Strafe des § 890 ZPO. ist eine solche zur Sühnung der begangenen Zuwiderhandlung. Sie ist die Folge einer Handlung, die nicht wieder ungeschehen gemacht werden kann, und dient dem Zwecke der Verhütung künftiger Zuwiderhandlungen (Jonas § 890 I ZPO.). Nur bis zu dem Zeitpunkt, in welchem die Straffestsetzung, — als Entscheidung i. S. des § 793 ZPO. mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar — rechtskräftig ist, stehen sich die Parteien als Gläubiger und Schuldner im Sinne der Vollstreckungsvorschriften gegenüber. Nur bis dahin wird das Verfahren von den Grundätzen des Zwangsvollstreckungsrechts beherrscht. Mit der Rechtskraft wird die Straffestsetzung eine zur Sühne für ein Unrecht, nämlich für Mißachtung eines gerichtlichen Gebots oder Verbots verhängte Rechtsstrafe (RG. Naumburg: ZW. 1936, 2578). Die Vollstreckung erfolgt von Amts wegen seitens des Prozeßgerichts. Die Geldstrafe fließt in die Staatskasse. Für die Vollstreckung der Haft ist nicht der Gerichtsvollzieher nach § 904 ZPO. zuständig. Vielmehr erfolgt sie nach strafprozessualen Grundsätzen und auf Staatskosten.

Die Prozeßbevollmächtigten im Verfahren der einstweiligen Anordnungen

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

Stoffübersicht:

	Seite
1. Der Prozeßbevollmächtigte des Antragstellers . . .	976
2. Der Prozeßbevollmächtigte des Antragsgegners . . .	977
3. Die Prozeßbevollmächtigten vor Erhebung der Hauptklage	977
4. Die Prozeßbevollmächtigten in der Rechtsmittelinstanz	978
5. Die Zustellungen an die Prozeßbevollmächtigten . . .	978
6. Gebührenfragen	979

*

Das Verfahren der einstweiligen Anordnungen in Ehesachen, das durch die 1. AusfW. z. EheG. neu eingeführt worden ist, hat nicht die Klarheit und Vereinfachung der Rechtslage gebracht, die der Gesetzgeber hiervon erwartet hatte. Es sind noch viele offene Fragen vorhanden, die einer Klärung dringend bedürfen. Hierzu gehört auch die Frage, welche Stellung die Prozeßbevollmächtigten im Verfahren der einstweiligen Anordnungen haben. Wer ist überhaupt Prozeßbevollmächtigter in diesem Verfahren und welches ist der Umfang der Vollmacht? Auf den ersten Blick scheint diese Frage unschwer zu beantworten. Indessen ergeben sich bei tieferem Eindringen in die Sache eine Reihe von Zweifelsfragen, die einer Erörterung bedürfen. Der Grund hierfür liegt darin, daß das Verfahren der einstweiligen Anordnungen, wie jetzt wohl allgemein feststeht, nicht ein selbständiges Verfahren ist, das von dem Eheprozeß völlig

unabhängig ist, wie dieses früher bei den einstweiligen Verfügungen in Ehesachen der Fall war, sondern ein Verfahren, das als Bestandteil in den Eheprozeß eingebaut ist. Dadurch ist das Verfahren der einstweiligen Anordnungen in eine Abhängigkeit von dem Eheprozeß gebracht. Hieraus folgt dann, daß alle verfahrensrechtlichen Fragen, die dieses Verfahren betreffen, aus diesem Zusammenhang, aus dieser Abhängigkeit heraus beantwortet werden müssen. Dieses trifft dann auch zu für die hier aufgeworfene Frage.

1. Der Prozeßbevollmächtigte des Antragstellers

Wenn der Antragsteller einen Prozeßbevollmächtigten für den Eheprozeß bestellt, liegt in der Vollmacht für diesen Prozeß zugleich auch die Bevollmächtigung zur Stellung eines Antrages auf Erlass einer einstweiligen Anordnung. Denn die Vollmacht für den Prozeß umfaßt alle Bestandteile des Prozesses, also auch das Verfahren der einstweiligen Anordnung, das ja nur ein Bestandteil des Eheprozesses ist. Wie der Prozeßbevollmächtigte zur Streitverkündung oder zur Ablehnung von Sachverständigen befugt ist oder zur Vertretung seiner Partei in einem Zwischenstreit mit Zeugen über die Rechtmäßigkeit der Zeugnisverweigerung, so auch zur Vertretung in dem Verfahren der einstweiligen Anordnung. Einer besonderen Bevollmächtigung für dieses Verfahren bedarf es mithin nicht. Das Gericht ist nicht befugt, eine besondere Vollmacht anzufordern, ja eine besondere Vollmacht, die lediglich auf dieses Verfahren beschränkt ist, wäre nicht wirksam (§ 83 Abs. 2 ZPO.).

Trotzdem ist der Antragsteller nicht verpflichtet, sich

seines Prozeßbevollmächtigten im Hauptprozeß zur Stellung eines Antrages auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung zu bedienen. Er kann diesen Antrag vielmehr auch selbst stellen. Das Gesetz hat die Antragstellung vom Anwaltszwang, der für den Hauptprozeß besteht, befreit, indem es erklärt, der Antrag könne zur Niederschrift der Geschäftsstelle erklärt werden (§ 627 Abs. 3 ZPO.). Damit ist zugleich zum Ausdruck gebracht, daß die Partei sich jeder nur möglichen Form der Antragstellung bedienen kann: Sie kann selbst eine schriftliche Eingabe an das Gericht machen, sie kann telegraphisch den Antrag stellen, sie kann sich auch eines Vertreters bei der Antragstellung bedienen. Der Vertreter muß eine besondere Vollmacht für diesen Antrag vorlegen. Berechtigt als Stellvertreter aufzutreten ist jede prozeßfähige Privatperson, auch jeder Anwalt ohne Rücksicht darauf, ob er bei dem Prozeßgericht zugelassen ist oder nicht. Die Partei kann also ihren Prozeßbevollmächtigten im Eheprozeß für die Antragstellung ausschalten und jede beliebige andere Person einschalten. Die Vollmacht ermächtigt aber lediglich zur Stellung des Antrages. Hierzu gehört naturgemäß auch die Begründung des Antrages, die Beschaffung und Einreichung der Mittel zur Glaubhaftmachung, eine Ergänzung der Antragsbegründung durch Nachbringung weiterer Tatsachen und weiterer Mittel der Glaubhaftmachung. Damit ist aber der Umfang dieser Vollmacht erschöpft. Denn die Befreiung vom Anwaltszwang gilt lediglich für die Antragstellung selbst. Dieses ergibt sich daraus, daß das Gesetz nur für diese Prozeßhandlung die Möglichkeit vorsieht, sie vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle vorzunehmen. § 78 Abs. 2 ZPO. nimmt von dem Anwaltszwang nur die Prozeßhandlungen aus, die vor dem Urkundsbeamten vorgenommen werden können, nicht aber solche, die mit derartigen Prozeßhandlungen in Verbindung stehen.

Hieraus folgt: Alle weiteren Prozeßhandlungen, die in diesem Verfahren notwendig werden, muß der Prozeßbevollmächtigte des Hauptprozesses vornehmen. Lehnt also das Gericht den von der Partei oder einem besonderen Vertreter gestellten Antrag ab, so muß zur Einlegung der Beschwerde der Prozeßbevollmächtigte des Hauptprozesses bemüht werden. Nur dieser kann Beschwerde einlegen. Denn für die Beschwerde ist die Möglichkeit, sie zur Niederschrift der Geschäftsstelle zu erklären, nicht vorgesehen. § 569 Abs. 2 ZPO. läßt eine Einlegung der Beschwerde zur Niederschrift der Geschäftsstelle nur dann zu, wenn der Rechtsstreit beim Amtsgericht anhängig ist oder war, oder wenn die Beschwerde das Armenrecht betrifft oder von einem Zeugen oder Sachverständigen erhoben wird. In allen anderen Fällen ist die Einlegung der Beschwerde vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle nicht zulässig. Es finden dann vielmehr die allgemeinen Vorschriften Anwendung, insbesondere § 78 ZPO., die den Anwaltszwang für das Verfahren vor dem LG. und höheren Gerichten festlegt.

Der Antragsteller ist allerdings nicht gezwungen, in den Fällen, in denen Anwaltszwang für das Verfahren der einstweiligen Anordnung besteht, den Prozeßbevollmächtigten des Hauptprozesses auch mit der Durchführung seiner Rechte in dem Verfahren der einstweiligen Anordnung zu beauftragen. Er ist nicht gehindert, auch einen anderen Anwalt, der bei dem Prozeßgericht zugelassen ist, hiermit zu betrauen. Die Vollmacht, die er dann diesem Anwalt geben muß, darf aber nicht auf das Verfahren der einstweiligen Anordnung beschränkt sein; denn das Gesetz schließt im Anwaltsprozeß die Beschränkung der Vollmacht auf einzelne Prozeßhandlungen ausdrücklich aus. Solche Beschränkungen haben dem Gericht und dem Gegner gegenüber keine Bedeutung. Sie können lediglich im Innenverhältnis zwischen Anwalt und Partei Beachtung beanspruchen (§§ 83, 84 ZPO.). Hieraus folgt, daß die

Vollmachtsurkunde eine Beschränkung auf das Verfahren der einstweiligen Anordnung nicht enthalten darf. Denn die Vollmachtsurkunde dient dazu, die Sachbefugnis des Bevollmächtigten gegenüber dem Gericht auszuweisen. Die Vollmacht muß sich deshalb auf den gesamten Prozeß erstrecken. Nur dann ergibt sich, daß der Anwalt auch im Verfahren der einstweiligen Anordnung, das ja nur als ein Bestandteil des Hauptprozesses gilt, tätig werden darf. Vollmachtsurkunden mit Beschränkungen müssen deshalb vom Gericht zurückgewiesen werden. Die Partei ist also gezwungen, neben ihrem Prozeßbevollmächtigten des Hauptprozesses noch einen zweiten Bevollmächtigten für den Hauptprozeß zu bestellen. Die rechtliche Möglichkeit hierzu ist durchaus gegeben. Das Gesetz sieht diese ausdrücklich vor und regelt die Befugnisse der mehreren Prozeßbevollmächtigten in § 84 ZPO. Es ist aber nicht anzunehmen, daß in der Praxis von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werden wird, wenn es sich nicht bei den mehreren Anwälten um Anwaltsgemeinschaften handelt. Denkbar ist allerdings, daß die Partei einen zweiten Anwalt deshalb hinzuzieht, weil ihr Bevollmächtigter für den Hauptprozeß den Antrag für die einstweilige Anordnung für aussichtslos erachtet.

2. Der Prozeßbevollmächtigte des Antragsgegners

Für den Antragsgegner gelten die gleichen Grundsätze: Auch sein Prozeßbevollmächtigter im Hauptprozeß ist zugleich Prozeßbevollmächtigter im Verfahren der einstweiligen Anordnung. Einen besonderen Bevollmächtigten, der nur seine Vertretung in diesem Verfahren durchführen soll, kann er nicht bestellen, es sei denn, daß er einem zweiten bei dem Prozeßgericht zugelassenen Anwalt Vollmacht für den Hauptprozeß erteilt.

Der Antragsgegner ist nicht berechtigt, sich durch eine beliebige andere Person in diesem Verfahren vertreten zu lassen; denn für ihn besteht eine Befreiung vom Anwaltszwang nicht. Will also das Gericht vor dem Erlaß der einstweiligen Anordnung noch eine Erklärung des Antragsgegners auf den Antrag herbeiführen, so muß es sich mit einer entsprechenden Anfrage an den Prozeßbevollmächtigten des Antragsgegners wenden. Es darf diesen nicht übergehen. Denn entsprechend § 176 ZPO., der für Zustellungen gilt, müssen auch alle Mitteilungen, Anfragen, Bekanntmachungen u. dgl. in anhängigen Prozessen über den Prozeßbevollmächtigten geleitet werden (vgl. Jonas, 16. Aufl., Erl. I zu § 176). Der Antragsgegner, der dem Gericht gegenüber in dem Verfahren eine Mitteilung machen will, kann dieses auch nur mit Hilfe seines Prozeßbevollmächtigten. Erklärungen der Partei selbst sind unwirksam und unbeachtlich, selbst dann, wenn das Gericht etwa durch Umgehung des Prozeßbevollmächtigten eine Anfrage direkt an den Antragsgegner gerichtet haben sollte. Auch dann, wenn der Antragsgegner nach Erlaß der einstweiligen Anordnung Beschwerde einlegen will, muß er sich seines Prozeßbevollmächtigten bedienen, weil für die Beschwerde keine Befreiung vom Anwaltszwang angeordnet ist. Daß eine Vertretung in der mündlichen Verhandlung, die das Gericht möglicherweise schon vor Erlaß der einstweiligen Anordnung, aber auch auf eine Beschwerde hin anordnen kann, nur durch den Prozeßbevollmächtigten möglich ist, ist selbstverständlich.

Hatte das Gericht auf den Antrag hin mündliche Verhandlung angeordnet, so muß die Ladung des Antragsgegners zu Händen seines Prozeßbevollmächtigten erfolgen. Eine Ladung an die Partei selbst ist rechtsunwirksam. Eine Verhandlung kann in diesem Falle nicht stattfinden.

3. Die Prozeßbevollmächtigten vor Erhebung der Hauptklage

Das Gesetz sieht die Möglichkeit vor, daß schon vor Rechtshängigkeit des Eheprozesses eine einstweilige An-

ordnung beantragt wird. Dieser Antrag ist im Scheidungs- oder Herstellungsrechtsstreit schon dann zulässig, wenn das Gericht einen Sühneternin anberaumt hat. Die Anberaumung eines Sühneternins kann ohne Hinzuziehung eines Anwalts beantragt werden, da auch für diesen Antrag die Möglichkeit der Erklärung zur Niederschrift der Geschäftsstelle vorgesehen ist (§ 608 Satz 3 ZPO.). In diesem Falle spielt sich das Verfahren der einstweiligen Anordnung ab, bevor der Scheidungs- oder Herstellungsprozeß durch Klagezustellung rechtshängig geworden ist. Tritt nun in solchen Fällen die Notwendigkeit ein, Prozeßhandlungen vorzunehmen, für die Anwaltszwang besteht, so muß der Antragsteller für dieses Verfahren einen besonderen Anwalt bestellen. Es handelt sich dann um einen vorweggenommenen Teil des Hauptprozesses. Wird dieser später anhängig gemacht, dann erstreckt sich die Vollmacht für das Anordnungsverfahren automatisch auf den Hauptprozeß. Die Vollmacht, die dem Anwalt vorher erteilt worden ist, muß also dahin lauten, daß er zur Vertretung im Scheidungs- oder Herstellungsprozeß bevollmächtigt wird. Auch hier ist eine Beschränkung auf das Verfahren der einstweiligen Anordnung, durch welches die Anwaltsbestellung notwendig geworden ist, nicht zulässig. Es kann sich nun auch die Lage ergeben, daß der Hauptprozeß überhaupt nicht anhängig wird. Denn eine Partei, die Sühneternin beantragt hat, ist nicht gezwungen, den Scheidungs- oder Herstellungsrechtsstreit auch tatsächlich zu erheben. Trotzdem darf die Vollmacht nicht auf das Verfahren beschränkt werden.

In anderen Ehesachen außer Scheidungs- und Herstellungsclagen ist der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung zulässig, sobald die Klage bei Gericht eingereicht ist. Auch hier ist es gleichgültig, ob nachträglich eine Rechtshängigkeit der Klage durch Zustellung an den Gegner eintritt. Wenn nun in dem Verfahren der einstweiligen Anordnung eine Vertretung durch Anwälte notwendig wird, ist für den Antragsteller der Prozeßbevollmächtigte, der die Klage bei Gericht eingereicht hat, auch für dieses Verfahren bevollmächtigt. Der Antragsgegner dagegen ist in diesen Fällen noch ohne Prozeßbevollmächtigten, da ja für ihn der Prozeß mangels Klagezustellung noch nicht vorhanden ist. Er muß dann für das vor Klagezustellung eingeleitete und durchgeführte Verfahren der einstweiligen Anordnung einen Prozeßbevollmächtigten bestellen, dessen Vollmacht dann auch zugleich für den Hauptprozeß gilt.

4. Die Prozeßbevollmächtigten in der Rechtsmittelinstanz

Soll eine einstweilige Anordnung beantragt werden, nachdem seitens einer Partei bereits Berufung eingelegt ist, dann ist das OLG. zur Entscheidung über den Antrag zuständig. Auch in diesem Falle kann die Partei selbst den Antrag stellen. Sie braucht sich nicht eines bei dem OLG. zugelassenen Anwalts zu bedienen. Sobald aber Prozeßhandlungen vorgenommen werden müssen, für die Anwaltszwang besteht, tritt der Anwalt der Berufungsinstanz ein. Ist der Antragsteller Berufungskläger, so muß der Anwalt, der Berufung eingelegt hat, für ihn tätig werden. Ist der Antragsteller Berufungsbeklagter und hat er noch keinen Anwalt für diese Instanz gewählt, so muß er einen bei dem OLG. zugelassenen Anwalt beauftragen. Sein Anwalt erster Instanz kann zwar für ihn den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung beim OLG. noch stellen, er kann aber weitere Prozeßhandlungen für ihn nicht mehr vornehmen, insbesondere nicht Beschwerde einlegen, zur mündlichen Verhandlung laden u. dgl.

Hatte das OLG. die einstweilige Anordnung erlassen oder ihren Erlaß abgelehnt und wird dann Berufung eingelegt, so muß die hiergegen zulässige Beschwerde beim OLG. eingelegt werden. Es ist nicht mehr zulässig, sie dann noch beim LG. einzulegen. Die Partei, die Be-

schwerde einlegen will, muß also in diesem Falle einen beim OLG. zugelassenen Anwalt beauftragen, auch dann, wenn sie für das Berufungsverfahren noch keinen Anwalt bestellt hatte.

Schwebt die Ehesache in der Revisionsinstanz, dann ist zum Erlaß einer einstweiligen Anordnung nicht das RG., sondern das LG. zuständig. In diesem Falle tritt eine Trennung zwischen den Prozeßbevollmächtigten des Hauptprozesses und des Verfahrens der einstweiligen Anordnung ein: Die Vertretung in dem Verfahren der einstweiligen Anordnung kann nicht durch den Anwalt des RG. erfolgen, sondern muß durch den beim LG. zugelassenen Anwalt geschehen. Die Prozeßvollmacht erster Instanz wirkt sich in diesem Falle noch weiterhin aus. Sie ist nicht erloschen, obwohl die erste Instanz beendet ist, sondern wirkt sich über die Beendigung der Instanz aus, soweit noch Teile des Verfahrens nachträglich zu erledigen sind. Dieser Satz ist allgemein anerkannt. Da nun auch das Verfahren der einstweiligen Anordnung ein Teil des Eheprozesses ist, bleibt auch die Vollmacht der Anwälte erster Instanz noch zur Erledigung des Verfahrens der einstweiligen Anordnung während der Revisionsinstanz bestehen. Sie sind mithin zur Vornahme aller Prozeßhandlungen in diesem Verfahren berechtigt, ohne daß es einer neuen Bevollmächtigung bedarf.

5. Die Zustellungen an die Prozeßbevollmächtigten

Nach § 176 ZPO. müssen Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreit geschehen sollen, an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen. Diese Vorschrift gilt auch, wie allgemein anerkannt ist, für formlose Mitteilungen, Bekanntmachungen, Anfragen u. dgl. (vgl. Jonas, 16. Aufl., Erl. I zu § 176). Alle Zustellungen, Mitteilungen, Bekanntmachungen u. dgl., welche in dem Verfahren der einstweiligen Anordnung zu erfolgen haben, müssen deshalb an den Prozeßbevollmächtigten des Hauptprozesses erfolgen. Denn das Verfahren der einstweiligen Anordnung ist kein selbständiger Rechtsstreit, sondern nur ein Bestandteil des Eheprozesses.

Hiernach ergibt sich nun folgende Rechtslage:

Lehnt das Gericht einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung ab, so muß der ablehnende Beschluß zugestellt werden. Dieses ergibt sich aus § 329 ZPO. Die Zustellung braucht nicht an den Antragsgegner zu erfolgen, es genügt die Zustellung an den Antragsteller selbst (vgl. Jonas, 16. Aufl., Erl. III 4 h zu § 329). Die förmliche Zustellung kann auch durch formlose Mitteilung ersetzt werden. Sowohl die Zustellung als auch die Mitteilung muß an den Prozeßbevollmächtigten des Antragstellers erfolgen. Dies selbst dann, wenn die Partei selbst die einstweilige Anordnung beantragt hatte. Eine Ausnahme hiervon besteht nur für den Fall, daß der Antragsteller noch keinen Bevollmächtigten für den Eheprozeß hat, wie dieses im Scheidungs- oder Herstellungsprozeß, wie oben ausgeführt, möglich ist. Nur in diesem Ausnahmefall kann die Zustellung an den Antragsteller selbst erfolgen. Hatte der Antragsteller mit der Stellung des Antrages eine andere Person beauftragt und hatte er noch keinen Prozeßbevollmächtigten bestellt, so muß die Zustellung ebenfalls an den Antragsteller persönlich erfolgen. Denn der Bevollmächtigte zur Antragstellung ist nicht Prozeßbevollmächtigter für das Verfahren der einstweiligen Anordnung. Seine Vollmacht kann sich lediglich auf die Antragstellung, auf nichts weiteres beziehen. Hier von ist nur eine Ausnahme zu machen. Wenn der Bevollmächtigte ein bei dem Prozeßgericht zugelassener Anwalt ist, dann gilt seine Vollmacht, wenn sie nicht ausdrücklich auf die Antragstellung beschränkt ist, für das gesamte Verfahren, also auch für den Hauptprozeß. Nur ein solcher

Anwalt kann als für die Instanz bestellter Prozeßbevollmächtigter gelten, an den die Zustellung gemäß § 176 ZPO. erfolgen muß. Denn als Instanz kann lediglich der Eheprozeß, nicht das Verfahren der einstweiligen Anordnung gelten, das ja kein selbständiges Dasein hat.

Wenn das Gericht ohne mündliche Verhandlung die einstweilige Anordnung erläßt, so bedarf es gemäß § 329 Abs. 3 ZPO. der Zustellung an beide Parteien. Die Zustellung erfolgt von Amts wegen. Die Zustellung kann durch formlose Mitteilung an beide Parteien ersetzt werden, wenn eine Zwangsvollstreckung aus dem Beschluß gegen den Antragsgegner nicht in Betracht kommt, also wenn lediglich die Gestattung des Getrenntlebens ausgesprochen oder die Sorge für die Person der Kinder geregelt wird. Enthält der Beschluß dagegen den Ausspruch einer Verpflichtung zur Unterhaltsleistung und zur Vorschußzahlung, so daß eine Zwangsvollstreckung aus ihm erfolgen muß, dann muß das Gericht den Beschluß dem Antragsgegner stets förmlich zustellen. Bei dieser Zustellung muß der Beschluß mit einer Vollstreckungsklausel versehen sein (§ 750 ZPO.¹). Die Zustellungen oder Mitteilungen in diesen Fällen müssen unter Berücksichtigung des § 176 ZPO. stets an die Prozeßbevollmächtigten der beiden Parteien erfolgen. Wird der Beschluß nur dem Antragsgegner selbst zugestellt, so gelangt der Beschluß nicht zur Wirksamkeit. Nur dann kann die Zustellung an die Partei selbst erfolgen, wenn kein Prozeßbevollmächtigter bestellt ist.

Damit die Möglichkeit besteht, daß die Ordnungsmäßigkeit der Zustellung jederzeit nachgeprüft werden kann, ist es notwendig, daß die Prozeßbevollmächtigten in dem Rubrum des Beschlusses aufgeführt werden. Dieses ist ein Satz, der von den Gerichten besonders beachtet werden muß und noch vielfach unbeachtet bleibt. Wenn nämlich die Zwangsvollstreckung durchgeführt

¹ Die Auffassung von Meyer: ZW. 1939, 464 ff., daß für die Zustellung § 329 Abs. 3 ZPO. nicht in Frage komme, kann ich nicht teilen. Es ist nicht zulässig, die einstweiligen Anordnungen in Ehesachen den EinstwVfg. gleichzustellen oder sie in rechtsähnlicher Anwendung zu behandeln. Denn dieses hätte im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen werden müssen. Die EinstwVfg. in Ehesachen sollten ja gerade durch dieses neue Verfahren beseitigt werden.

werden soll, ergeben sich häufig Schwierigkeiten daraus, daß an einen Anwalt zugestellt ist, dessen Vollmacht aus dem Beschluß selbst nicht ersichtlich ist.

6. Gebührenfragen

Die Empfangnahme von Zustellungen oder Mitteilungen in dem Verfahren der einstweiligen Anordnung begründet für den Anwalt einen Anspruch auf die Prozeßgebühr dieses Verfahrens. Das Verfahren der einstweiligen Anordnung ist gebührenrechtlich gegenüber dem Eheprozeß selbständig, wenn es auch verfahrensrechtlich nur ein Bestandteil des Eheprozesses, also unselbständig ist. Da nun die Zustellungen stets an die Prozeßbevollmächtigten erfolgen müssen, kann praktisch der Gebührenanspruch des Prozeßbevollmächtigten in dem Verfahren der einstweiligen Anordnung gar nicht ausgeschaltet werden. Er muß entstehen, sobald eine Zustellung in dem Verfahren der einstweiligen Anordnung erforderlich wird.

Dieses ist besonders für die Fälle beachtlich, in denen der Anwalt einer armen Partei zugewiesen ist. Die Rechtsprechung und ein großer Teil des Schrifttums stehen ja auf dem Standpunkt, daß das Armenrecht des Eheprozesses sich keineswegs auf das Verfahren der einstweiligen Anordnung bezieht, weil dieses gebührenrechtlich als besonderer Rechtsstreit gilt, es wird vielmehr verlangt, daß für das Verfahren der einstweiligen Anordnung das Armenrecht besonders bewilligt wird. Ich halte diese Auffassung für unzutreffend. Denn wenn das Gesetz den Armenanwalt verpflichtet, die Zustellungen in Empfang zu nehmen, also eine gebührenpflichtige Tätigkeit auszuüben, kann nicht der Staat dem Anwalt den Gebührenanspruch verweigern mit der Begründung, daß er ja für diese Handlung nicht besonders zum Armenanwalt bestellt sei. Ich halte es für unmöglich, daß für die Entgegennahme von Zustellungen der Armenanwalt erst besonders bestellt werden müßte. Die Vorschrift des § 176 ZPO. erscheint mir mithin als der stärkste Gegenbeweis gegen die Annahme, daß für das Anordnungsverfahren eine besondere Beiordnung erfolgen müsse. Jedenfalls trifft dieses für die Prozeßgebühr zu. Hinsichtlich der Verhandlungsgebühr und etwaiger weiterer Gebühren dieses Verfahrens könnte man anderer Ansicht sein. Eine Notwendigkeit hierzu erscheint mir aber nicht ersichtlich.

Die Anrechenbarkeit des ersparten Unterhalts im Falle des § 845 Bürgerliches Gesetzbuch

Von Rechtsanwalt Dr. Werner Wuffow, Berlin

I.

Nach § 845 BGB. kann insbesondere der Ehemann und Vater in den Fällen der Verletzung oder Tötung der Ehefrau bzw. des Kindes einen Ersatz in Gestalt einer Geldrente verlangen, sofern die Frau oder das Kind nach den gesetzlichen Vorschriften des Familienrechts verpflichtet war, ihm in seinem Haushalt oder Geschäfte Dienste zu leisten. Die in Betracht kommenden Vorschriften sind einmal der § 1356 Abs. 2 BGB.:

„Zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes ist die Frau verpflichtet, soweit eine solche Tätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist.“

und ferner der § 1617 BGB.:

„Das Kind ist, so lange es dem elterlichen Hausstand angehört und von den Eltern erzogen oder unterhalten wird, verpflichtet, in einer seinen Kräften und seiner Lebensstellung entsprechenden Weise den Eltern in ihrem Hauswesen und Geschäfte Dienste zu leisten.“

Es handelt sich bei den dienstverpflichteten Familienmitgliedern um die gleichen Personen, denen der Ehemann und Vater kraft Gesetzes unterhaltsverpflichtet ist. In den Fällen, in denen die Frau oder das Kind einen tödlichen Unfall erleidet und dem Ehemann oder Vater dadurch die Dienste entzogen werden, entfällt gleichzeitig mit dem Tode der Frau oder des Kindes auf natürlichem Wege auch die Unterhaltspflicht. Es ist daher von jeher der Standpunkt vertreten worden, daß der überlebende Ehemann oder Vater sich auf den Rentenanspruch aus § 845 BGB. dasjenige anrechnen lassen muß, was er durch den Wegfall der Unterhaltspflicht erspart. Auch das RG. hat grundsätzlich eine Vorteilsausgleichung bei § 845 BGB. zugelassen (ZW. 1911, 35). In neuerer Zeit ist diese Frage mehrfach zum Gegenstand der reichsgerichtlichen Rechtsprechung geworden. Diese Entscheidungen sind in ZW. 1938, 1697 im einzelnen zusammengestellt worden. Daraus ergeben sich eine Reihe von Überlegungen, aus denen die Rechtsprechung insbesondere des RG. die Möglichkeit einer solchen Anrechnung verneint hat. Einmal

weist das RG.: ÖB. 1935, 117 darauf hin, daß die Unterhaltspflicht selbständig und unabhängig von der Dienstpflicht der Ehefrau gegenüber dem Manne bestehe. Die Unterhaltspflicht sei nicht ein Entgelt für geleistete Dienste. In der besonders bedeutungsvollen Entscheidung in ÖB. 1937, 153 weist das RG. zunächst auf die ideellen Gesichtspunkte hin; was in der Ehe der eine Teil von dem anderen empfangt, liege zum größten Teil auf seelischem Gebiete und könne sich nicht mit Aufwendungen aus der Unterhaltspflicht vergleichen lassen oder gar in ein Verhältnis von Leistung und Gegenleistung hiermit gebracht werden. Das RG. meint dann weiter, indem es auf die Entstehungsgeschichte des § 845 BGB. eingeht, es dürfe angenommen werden, daß für die erst durch die Reichstagsvorlage an der Fassung des revidierten Entwurfs vorgenommene Änderung ähnliche Erwägungen (nämlich hinsichtlich der Selbständigkeit der Unterhaltspflicht) bestimmend gewesen seien. Während nämlich in den anderen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen stets von Schadenersatz gesprochen werde und derselbe Ausdruck ursprünglich auch für § 845 BGB. verwendet worden sei, habe erst der Bundesrat das Wort Schadenersatz beseitigt und den Anspruch dahin bestimmt, daß dem Dritten für die entgehenden Dienste durch Entrichtung einer Geldrente „Ersatz“ zu leisten sei. Daraus folgert das RG., der Gesetzgeber habe zwar einerseits die Geltendmachung weiterer Schäden, z. B. an entgehendem Gewinn, ausschließlich wollen, andererseits aber habe er die Ersatzpflicht unabhängig davon gemacht, ob für den Dritten gleichzeitig mit dem Verlust der Dienste Aufwendungen wegfallen, die er für den Unterhalt des Getöteten gemacht haben würde, sowie auch davon, ob der Dritte die Arbeiten nunmehr durch eine bezahlte Ersatzkraft ausführen läßt oder sie ohne Aufwendung von Geld selbst verrichtet oder ob er etwa durch ein anderes ihm gesetzlich zu Diensten verpflichtetes Familienmitglied die Arbeiten ausführen lasse. Letzteres ergebe sich bereits aus § 845 Satz 2 i. Verb. m. § 843 Abs. 4 BGB.

In der Entscheidung ÖB. 1937, 1490¹⁰ werden die gleichen Überlegungen wiederholt und bestätigt.

Eine abweichende Entscheidung finden wir seitens des OBG. Köln: ÖB. 1937, 39, sowie eine weitere, offenbar nicht veröffentlichte Entscheidung des OBG. Güstrow vom 30. Aug. 1937 (Altz. 1 OH 37/37). In dieser letzteren Entscheidung heißt es, es sei zwar richtig, daß die Dienste der Familienangehörigen nicht als Entgelt für Unterhaltsleistungen anzusehen seien. Für die hier interessierende Frage komme es aber nicht darauf an, wie die Pflichten der Familienangehörigen unter familienrechtlichen Gesichtspunkten aufzufassen sind, sondern es handele sich um die Berechnung von Ersatzansprüchen. Dabei sei es aber unbillig, dem Schädiger die gesamten Kosten aufzubürden, die im konkreten Falle durch die Annahme einer Wirtschaftlerin entstehen, ohne zu berücksichtigen, daß auch der verstorbenen Ehefrau Kleidung, Nahrung und Wohnung hätten gewährt werden müssen. Andernfalls hätte der Geschädigte durch den Tod seiner Frau einen pekuniären Vorteil.

II.

Wenn man die Gesichtspunkte, mit denen das RG. seine Stellungnahme in den vorgehend erwähnten Entscheidungen begründet hat, in einzelnen untersucht, so bestehen gegen die Heranziehung einer unterschiedlichen Ausdrucksweise und insbesondere des Wortes „Ersatz“ an Stelle von „Schadenersatz“ schon grundsätzlich erhebliche Bedenken. Wie Carl: ÖB. 1938, 1698 mit Recht ausführt, ist die Ausdrucksweise des Gesetzes, so gut sie auch an sich sein mag, doch nicht derart genau, daß man aus einem so geringen Unterschied des Wortlautes überhaupt Folgerungen ziehen könnte. Man ist daher eigentlich geneigt, diesen Gesichtspunkt des RG. überhaupt beiseite zu schieben. In seinen Ausführungen will das RG. sich bei der

Heranziehung des Wortlautes des Gesetzes gleichzeitig auf dessen Entstehungsgeschichte stützen. Hierbei erschöpfen sich aber die Darlegungen des RG. darin, es dürfe angenommen werden, daß der Unterschied im Wortlaute auf die jetzt vom RG. angestellten Erwägungen zurückgeführt werden müsse. Das RG. unterstellt daher hier als Tatsache das, was es beweisen will. Gerade um die Frage handelt es sich bei Prüfung der Entstehungsgeschichte des BGB., ob der Bundesrat bei Abänderung des Gesetztextes eben die Gedanken der neuen Reichsgerichtsentscheidungen bereits gehabt hat oder nicht. Wenn man dies aus der Entstehungsgeschichte beweisen will, so kann man es nicht durch die Ausdrucksweise: „Es darf angenommen werden“ von vornherein unbewiesen unterstellen. Bei einer genaueren Überprüfung ergibt sich aber, daß nicht etwa einfach an Stelle des Wortes Schadenersatz der Ausdruck Ersatz getreten ist. Vielmehr ist an die Stelle eines allgemeinen Schadenersatzanspruches eine genaue Umgrenzung dieses Anspruches im Sinne eines Ersatzes durch Entrichtung einer Geldrente für die entgehenden Dienste getreten. Wenn man sich der Mühe unterzieht, unter diesen Voraussetzungen die Terminologie des BGB. zu prüfen, so findet man den Begriff des Schadenersatzes im Gesetz, und zwar im § 249 BGB. definiert. Bekanntlich geht diese Definition von dem Grundsatz der Naturalherstellung aus. Ähnlich finden wir den Ausdruck Schadenersatz beim Verzug sowie überall da, wo es sich um Schadenersatz wegen Nichterfüllung von Verträgen handelt. Dagegen wird vom bloßen Ersatz da gesprochen, wo nicht ein Schaden durch eine Leistung des Schuldners ersetzt, sondern wo bestimmte Geldwerte erstattet werden sollen. So z. B. bei Ersatz von Aufwendungen (§§ 256, 670 u. a.). Interessant ist aber die Feststellung, daß das BGB. im § 250, d. h. unmittelbar bei der Definition des Schadenersatzbegriffes im allgemeinen vom Ersatz in Geld spricht, obwohl an dieser Stelle am ersten von Schadenersatz hätte gesprochen werden müssen.

Selbst in § 249 BGB., der den Begriff des Schadenersatzes definiert, ist in Satz 1 im letzten Satzteil von „Ersatz“, nicht von Schadenersatz die Rede. Es heißt ferner in § 251 BGB. „der Ersatzpflichtige“, nicht der Schadenersatzpflichtige. In § 253 ist statt Schadenersatz oder Ersatz von „Entschädigung“ die Rede. Auch § 254 BGB. spricht von Ersatz, nicht von Schadenersatz. § 281 spricht von Ersatz sowie Ersatzanspruch, obwohl damit auch Schadenersatzansprüche gemeint sind. Die Terminologie ist also durchaus uneinheitlich.

Wenn man daher auch vielleicht sagen kann, daß der Ausdruck Ersatz sich gelegentlich auf die Erstattung bestimmter Geldbeträge bezieht, so beweisen doch die angeführten Beispiele, daß diese Überlegung keineswegs zwingend ist.

Die angeführten Beispiele beweisen, daß die Terminologie des BGB. uneinheitlich ist, und daß die Verwendung des Wortes „Ersatz“ in § 845 keine Schlüsse auf Art und Umfang der Erstattungspflicht zuläßt, geschweige denn zwingende Folgerungen.

Gegen die Ansicht des RG. spricht die Tatsache, daß § 845 im 25. Titel unter der Überschrift „Unerlaubte Handlungen“ untergebracht ist; sämtliche Bestimmungen dieses Titels handeln von echten Schadenersatzansprüchen. Es gehört aber zu den Grundsätzen des Schadenersatzrechtes überhaupt, daß die Verpflichtung des Schuldners nicht weiter gehen kann, als dem von ihm angerichteten Schaden entspricht. Die Grundtendenz des Gesetzes ist es, die Schadenersatzverpflichtung des Schädigers so niedrig zu halten, wie es unter Berücksichtigung der Belange des Geschädigten irgend möglich ist. Dies ergibt sich deutlich aus § 254 Abs. 2.

Das RG. übersieht aber außerdem anscheinend, daß § 846 BGB. besagt:

„Hat in den Fällen der §§ 844, 845 bei der Entstehung des Schadens, den der Dritte erleidet, ein Verschulden des Verletzten mitgewirkt . . .“

Wenn man diesen Wortlaut betrachtet, ergibt sich der zwingende Schluß, daß § 845 einen echten Schadensersatzanspruch betrifft!

Selbst wenn man aber dem RG. grundsätzlich darin folgt, daß hier der Gesetzgeber mit dem Worte Ersatz irgendwelche Einschränkungen hat vornehmen wollen, so ist damit noch keineswegs bewiesen, daß die Einschränkungen des Anspruches und der dagegen zu erhebenden Einwendungen so zu begrenzen sind, wie es das RG. getan hat. Hierzu muß man zunächst einmal den weiteren Gedankengängen des RG. folgen und prüfen, ob sich daraus überzeugende Gesichtspunkte für den vorgenommenen Ausschluß der hier zu erörternden Einwendungen entnehmen lassen.

Wenn man die Stellung des § 845 BGB. im System der Vorschriften über unerlaubte Handlungen betrachtet, so ergibt sich für § 845 BGB. der Charakter als Ausnahmevorschrift zugunsten des Dritten. Grundsätzlich bestimmt § 823 BGB., daß ein Schadensersatzanspruch immer nur dem Verletzten selbst zusteht. Auch dieser Schadensersatzanspruch würde sich bei Unfallverletzungen grundsätzlich auf die Heilungskosten beschränken, weil die Naturqelherstellung nach § 249 BGB. mit der Heilung des Verletzten sich erledigt. Daß diese Auffassung dem Gesetz entspricht, ergibt das Vorhandensein des § 842 BGB., der nach ausdrücklicher Rechtsprechung des RG. durch die Ausdehnung auf den Erwerbschaden den Schadensersatzbegriff bei der unerlaubten Handlung über die allgemeine Definition hinaus erweitert (vgl. RGZ. 141, 172 = JW. 1933, 2118¹ m. Anm.). Ganz folgerichtig schließen sich an § 842 BGB. diejenigen Vorschriften an, welche nach anderer Richtung hin durch Erweiterung der Ansprüche Ausnahmegestimmungen des Rechts der unerlaubten Handlungen gegenüber den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts schaffen. Dies gilt von §§ 843 und 844, weil hier Ansprüche dritter Personen begründet werden; es gilt aber auch ganz besonders von § 845, weil auch hier nicht nur der Anspruch selbst in der Person eines Dritten entsteht, sondern auch ein nur diesem Dritten entstehender Schaden ausgeglichen worden ist. Handelt es sich aber sowohl hinsichtlich der Person des Anspruchsberechtigten wie hinsichtlich des Inhalts des Anspruches um eine Ausnahmevorschrift, so ist diese eng auszulegen und kann nicht dazu dienen, den Dritten für solche Schäden schadlos zu stellen, die im Gesetz nicht ausdrücklich und unzweideutig erwähnt sind bzw. dem Dritten Ansprüche zuzubilligen, die im Gesetz nicht ausdrücklich und unzweideutig erwähnt sind. Es ist auch nicht folgerichtig, auf Ansprüche des Verletzten selbst die Grundsätze der Vorteilsausgleichung anzuwenden, auf die ausnahmsweisen Ansprüche mittelbar Verletzter aber nicht. Daraus ist vor allem zu folgern, daß auf dem Umwege über § 845 BGB. nicht ein immaterieller Schadensersatz zugesprochen werden darf, da dies nur im Rahmen und auf Grund des § 847 zulässig ist. § 847 BGB. gibt aber einen solchen Anspruch nur dem Verletzten selbst, schließt sogar die Vererblichkeit grundsätzlich noch besonders aus. Der Zusammenhang mit den übrigen gesetzlichen Vorschriften ergibt mithin, daß keinesfalls allgemeine Billigkeitserwägungen dazu führen dürfen, den Anspruch aus § 845 BGB. über den Wortlaut des Gesetzes hinaus durch Ausschließung der Berücksichtigung von erparten Beträgen auszuweiten, zumal derartige Billigkeitserwägungen das Ergebnis leicht in das Gebiet des Schmerzensgeldes abgleiten lassen.

Wenn in § 845 Satz 2 die Anwendbarkeit des § 843 Abs. 4 ausgesprochen ist, so erschöpft sich die Bedeutung dieser Vorschrift, wie auch das RG.: JW. 1937, 153 richtig annimmt, darin, daß die etwaige Leistung der entgangenen Dienste durch andere Familienangehörige für

die Berechnung des Schadens außer Betracht bleibt. Diese Vorschrift hat auch hier, genau wie im allgemeinen bei § 843, die Bedeutung, den Schädiger nicht auf Kosten unterhaltspflichtiger Verwandter zu bereichern. Genau wie der Unterhaltsanspruch nach § 1610 BGB. grundsätzlich nur im Falle einer Bedürftigkeit besteht, soll bei Unfällen eine klare Rangordnung in dem Sinne geschaffen werden, daß grundsätzlich der Schädiger den Ersatz zu leisten hat und, wenn dies nicht geschieht, etwaige unterhaltsverpflichtete Personen herangezogen werden dürfen. Für die allgemeine Frage, um die es sich hier handelt, läßt sich jedoch daraus nichts entnehmen.

Das RG. betont ganz besonders die ideelle Seite und meint, daß es nicht angehe, die einzelnen Faktoren des ehelichen Lebens durch die hier erörterte Unrechnung von Unterhaltersparnissen gewissermaßen in ein Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zu bringen. So überzeugend derartige allgemeine Begründungen zunächst klingen mögen, so wenig halten sie andererseits einer Nachprüfung im einzelnen stand. Zunächst muß grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß vom ideellen Standpunkte aus die Erfassung der ehelichen Lebensgemeinschaft durch juristische Formen und die Einzwängung der Beziehungen zwischen den Ehegatten in gesetzliche Rechte und Pflichten, zum Teil sogar klagbarer Art, bestimmt nicht als besonders schön angesehen werden kann. Leider zeigt uns aber das tägliche Leben, daß auch zwischen Ehegatten rechtliche Beziehungen nun einmal bestehen und dringend eine Regelung durch das Gesetz und allzuhäufig auch ein Eingreifen der Gerichte notwendig machen. Zu den auf diese Weise geregelten Angelegenheiten der Ehegatten gehören eine große Menge rein vermögensrechtlicher Beziehungen. Dies trifft einmal für die beiderseitigen Unterhaltsverpflichtungen, sodann aber auch für das Nutznießungsrecht des Mannes am Vermögen der Frau oder der Kinder und endlich auch für die Dienstleistungspflicht zu. Diese mag zwar ihre innere Begründung auch in seelischen Dingen finden. Die Fassung des Gesetzes im § 1356 mit der Berufung auf die Üblichkeit beweist aber am besten, daß wirtschaftliche Notwendigkeiten in weiten Kreisen die Mitarbeit der Frau im Geschäft des Mannes zur Gewohnheit haben werden lassen. Die Mitarbeit der Frau im Haushalt entspricht der seit jeher in allen Kulturländern bestehenden Aufgabenteilung zwischen Mann und Frau in der ehelichen Lebensgemeinschaft. Trotzdem beweist gerade § 845 BGB., daß der Gesetzgeber sich über die starke vermögensrechtliche Bedeutung dieser Dienstleistungspflicht für den Ehemann und Vater vollkommen im klaren war und diese Seite der einschlägigen Vorschriften keineswegs schamhaft hat unter den Tisch fallen lassen.

Wenn das RG. nun meint, man dürfe die Unterhaltspflicht hierzu nicht in ein Verhältnis von Leistung und Gegenleistung bringen, so ist dies insofern anzuerkennen, als nicht diese beiden Dinge völlig getrennt von der übrigen ehelichen Gemeinschaft betrachtet werden dürfen. Dagegen kann es nicht anerkannt werden, daß das RG. mit Recht dabei auf dasjenige hinweisen könnte, was nach seiner Ausdrucksweise der eine Ehegatte von dem anderen auf seelischem Gebiete dauernd empfängt. Denn der Gedankengang des RG. kann dann nur so aufgefaßt werden, daß der Mann den Unterhalt gewissermaßen teils für die seelischen Vorteile und teils für die Dienstleistungspflicht bezahle. Dies würde aber sicherlich einer richtigen sittlichen Auffassung des ehelichen Bandes noch weit weniger entsprechen als die bloße Gegenüberstellung von Unterhalt und Dienstleistung. Es ist zudem auch insofern nicht richtig, als in seelischer Beziehung jeder Ehegatte den anderen ergänzen soll, so daß diese Leistungen, wenn man sie schon einmal so bezeichnen will, sich gegeneinander aufheben und bei der Erörterung vermögensrechtlicher Dinge auf beiden Seiten völlig herausbleiben müssen. Ebenfogut könnte man etwa das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des

Mannes heranziehen und dieses gewissermaßen als eine Gegenleistung der Frau für den ihr gewährten Unterhalt ansprechen. Da nun aber je nach der Vermögenslage der Ehegatten unter Umständen sogar die Frau zum Unterhalt beitragen muß, während sie andererseits keine Dienste zu leisten braucht, so würde man hier in Einzelberechnungen kommen, die sicherlich nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen haben werden.

Wenn aber daraus zunächst einmal das Ergebnis gewonnen wird, daß die Berücksichtigung der ideellen auf seelischem Gebiete liegenden Beziehungen zwischen den Ehegatten weder notwendig noch zulässig ist, so muß doch andererseits betont werden, daß diese Beziehungen keinesfalls dem Zweck dienen können, eine Bereicherung des Ehemannes infolge des Todes seiner Ehefrau zu rechtfertigen. Dazu führt aber die Rechtsprechung des RG.

Der Ehemann, der für entgangene Dienste seiner Frau, der Vater, der für entgangene Dienste seines Kindes Schadenersatz in Geld beansprucht, begibt sich damit bereits auf rein vermögensrechtliches Gebiet; ihm steht es daher schlecht an, sich zur Durchsetzung seiner Vermögensinteressen auf entgangene sittliche Werte zu berufen. Vollends muß aber betont werden, daß diese sittlichen Beziehungen keinesfalls dem Zweck dienen dürfen, aus dem Tode der Ehefrau oder des Kindes in Rücksicht auf den Wegfall ihrer Dienste ein einträgliches Geschäft zu machen (vgl. hierüber die unten folgende Berechnung des Wertes der Dienste). Ein solches Ergebnis ist vielmehr geradezu als unmoralisch zu bezeichnen.

Endlich steht den Erwägungen des RG. gerade in diesem Punkte auch die Fassung des § 1617 BGB. entgegen. Hier ist nämlich die Dienstleistungspflicht ausdrücklich von der Erziehung oder Unterhaltung des Kindes durch die Eltern abhängig gemacht worden. Dies entspricht auch der allgemeinen Auffassung, weil natürlich ein Kind, das bereits selbst eine Lebensstellung erworben hat, nicht gezwungen werden kann, daneben noch für den Vater zu arbeiten. Auch hier hat der Gesetzgeber durchaus auf das gesunde Rechtsempfinden des Volkes abgestellt und einen ganz natürlichen und vernünftigen Zusammenhang zwischen Unterhaltspflicht und Dienstleistungspflicht durch das Gesetz selbst geschaffen. Wenn dies bei der Ehefrau in § 1356 BGB. nicht geschehen ist, so dürfte dies daran liegen, daß einmal die Unterhaltspflicht der Ehefrau gegenüber grundsätzlich immer besteht, und ferner für die wenigen Fälle, daß die Ehefrau über ein großes Vermögen verfügt, die Dienstleistungspflicht schon durch die Bezugnahme auf die Ablichteit ausgeschaltet worden ist. In beiden Gesetzesvorschriften ist dem allgemeinen Rechtsempfinden in einer sehr vernünftigen Weise Rechnung getragen worden, und es entspricht auch durchaus der praktischen Lebenserfahrung, daß die Beteiligten sogar ein Verhältnis von Leistung und Gegenleistung bei Unterhalt und Dienstleistung erblicken.

III.

In dem vorgehenden Absatz ist nachgewiesen worden, daß weder der Wortlaut des § 845 BGB. noch die Stellung dieser Vorschrift im System des bürgerlichen Rechts oder etwa die vom RG. erwähnten ideellen Gesichtspunkte einer Anrechnung des ersparten Unterhalts auf die Geldrente des § 845 BGB. entgegenstehen. Wenn somit sämtliche Gesichtspunkte des RG. in überzeugender Weise widerlegt werden können, so steht grundsätzlich nichts im Wege, die allgemeinen Grundsätze der Vorteilsausgleichung auf die Anrechnung des ersparten Unterhalts anzuwenden. Es kann dabei durchaus dem RG. darin gefolgt werden, daß nicht etwa sämtliche Vor- und Nachteile des ehelichen Lebens oder des Witwenstandes nun nachgerechnet werden müßten. Denn der Ehemann oder Vater hat als Dritter nur die bestimmten in den §§ 843—845 zusammengefaßten Ansprüche aus dem Unfall. Andererseits sind irgendetwelche

vermögensrechtlichen Verpflichtungen neben der Unterhaltsverpflichtung nicht gegeben. Derartige Verpflichtungen kommen durch den tödlichen Unfall der Frau oder der Kinder infolgedessen auch nicht in Wegfall, so daß eine über die Unterhaltsverpflichtung hinausgehende Anrechnung im Wege der Vorteilsausgleichung schlechterdings nicht denkbar ist. Eine andere Frage ist die Anrechnung von Erträgen des Nachlasses, der dem Ehemann oder Vater als Erbe des Getöteten zukommt. Hierzu besteht eine besondere umfangreiche Rechtsprechung, auf welche hier nicht eingegangen zu werden braucht (vgl. RG. 72, 438; 91, 400 u. a.).

Die Frage der Vorteilsausgleichung hat nun ihrerseits in den letzten Jahren die Rechtsprechung des RG. in größerem Umfange beschäftigt. Hierbei geht der Streit vor allem darum, inwieweit der den Hinterbliebenen erwachsende Vorteil in dem erforderlichen Zusammenhang mit dem Unfallereignis steht. Für das vorliegende Problem kommt aber dieser Streit, der im wesentlichen Ruhegehälter und Versicherungssummen betrifft, nicht in Frage; denn es kann gar nicht bezweifelt werden und wird auch vom RG. nicht in Zweifel gezogen, daß der Wegfall der Unterhaltszahlungen eine unmittelbare natürliche und rechtliche Folge des tödlichen Unfalles des Unterhaltsberechtigten ist. Infolgedessen besteht der für die Anrechnung im Wege der Vorteilsausgleichung erforderliche Zusammenhang ohne weiteres.

Nach diesseitiger Auffassung liegt aber hier eine Vorteilsausgleichung bei richtiger Betrachtung gar nicht vor. Denn zweifellos ist bei der Berechnung eines Schadens nicht jeder zugunsten des Schädigers zu berücksichtigende Betrag ohne weiteres als ein ausgleichender Vorteil im Sinne der Lehre von der Vorteilsausgleichung anzusehen. Vielmehr gibt es zunächst einmal bei jeder Schadensberechnung eine ganze Reihe einfacher Berechnungsfaktoren. Erst wenn die Berechnung des eigentlichen Unfallschadens ein bestimmtes Ergebnis gezeitigt hat, ist zu prüfen, welche aus dem gleichen tatsächlichen Vorgang erwachsenen Vorteile im Wege der Vorteilsausgleichung anzurechnen sind. Im Sinne dieser Unterscheidung muß aber die Berücksichtigung der ersparten Unterhaltsbeträge von vornherein gar nicht als Vorteilsausgleichung, sondern nur als Berechnungsfaktor für die Geldrente des § 845 BGB. angesehen werden. Das RG. sagt selbst, daß die Höhe der Aufwendungen, welche nötig sind, um sich gleiche Dienste fremder Hilfskräfte zu beschaffen, nur einen Maßstab für die Bemessung des Wertes der Dienste ergäben. In jedem Falle solle der Dritte einen Anspruch auf Ersatz des Wertes der Dienste haben (RG.: JW. 1937, 153). Wenn man den Wert von Dienstleistungen errechnen will, so kann man von zwei verschiedenen Gesichtspunkten ausgehen: man kann einmal zu errechnen versuchen, um wieviel sich etwa der geschäftliche Nutzen des Dienstberechtigten dadurch erhöht, daß er den Dienstverpflichteten beschäftigt. Diese Rechnung wird in den meisten Fällen praktisch kaum durchzuführen sein. Im Rahmen familienrechtlicher Beziehungen, insbesondere einer Tätigkeit im Haushalt, würde sich eine solche Rechnung aber zahlenmäßig niemals bewerkstelligen lassen. Endlich würde diese Rechnung auch nicht berücksichtigen, daß ein gewisser besonderer Nutzen des Dienstherrn ebenso bei Beschäftigung einer Ersatzkraft erzielt werden kann. Es bleibt daher offenbar nur der zweite, auch vom RG. bevorzugte Weg übrig, nämlich den Wert der Dienste dem ersparten Lohne gleichzusetzen. Will man für § 845 diesen Grundsatz verwirklichen, so muß man davon ausgehen, daß der Ersatz für diejenigen entgehenden Dienste geleistet werden soll, welche das Familienmitglied kraft Gesetzes zu leisten hatte. Während mithin irgendeinem anderen Geschäftsherrn, dessen Angestellter getötet wird, ein Ersatzanspruch nicht zusteht, hat der Gesetzgeber hier einen solchen offenbar deshalb zugewilligt, weil ein gesetzliches Recht auf die Dienstleistungen gegeben

ist. Dieses Recht bedeutet nun aber lediglich, daß der Ehemann oder Vater den einem fremden Angestellten über den Wert freier Station und Kleidung hinaus zu zahlenden Barlohn erspart. Denn im übrigen muß er die für Wohnung, Nahrung und Kleidung anfallenden Ausgaben ohnehin selbst bezahlen. Der Wert der entgehenden Dienste ist lediglich gleich der Höhe desjenigen Lohnanteils, der nicht üblicherweise für Wohnung, Nahrung und Kleidung ausgegeben wird. Bei § 1617 BGB. ist, wie bereits oben ausgeführt, die Dienstleistungspflicht von der Zugehörigkeit zum Haushalt ohne weiteres abhängig gemacht. Bei der Ehefrau ergibt sich dies aus der allgemeinen Unterhaltspflicht des Mannes. Wenn man daher mit dem RG. den Wert der Dienste errechnen will, so muß man

diesen von vornherein gar nicht mit einem vollen Arbeitslohn fremder Angestellter, sondern nur mit dem angegebenen Lohnanteil vergleichen. Es bedarf dann keiner Vorteilsausgleichung, sondern der Wert der Dienste ist von vornherein um den Betrag der ersparten Unterhaltsbeträge verringert.

Bei voller Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen mag der Hoffnung Ausdruck gegeben werden, daß das RG. die Anrechenbarkeit des ersparten Unterhalts in Zukunft bejahen und daher verhindern wird, daß auf dem Wege über § 845 BGB. ein weder rechtlich noch moralisch anzuerkennendes Geschäft durch den Ehemann oder Vater bei tödlichen Unfällen von Familienmitgliedern gemacht wird.

Rechtspolitik und Praxis

Mißbrauch alter Schuldtitel

Der 11. Zivilsen. des OLG. Hamm i. W. hat am 7. März d. J. die Beschwerde eines Gläubigers in einer Zwangsvollstreckungssache zurückgewiesen, bei der ein formell bestehender Rechtsanspruch in eigentümlicher Weise durchgeleitet werden sollte. Es handelt sich um den Erwerb alter Schuldtitel gegen Zahlung einer geringen Abfindungssumme und den Versuch des Aufkäufers, eine günstige Gelegenheit auszunutzen und vollstrecken zu lassen.

Der Gläubiger erwarb im Jahre 1938 im Wege der Abtretung zwei vollstreckbare Schuldtitel. Der eine stammt aus dem Jahre 1926 und lautet über 195 RM nebst 11% Zinsen und 13,95 RM Kosten. Der zweite lautet über 79,55 RM zuzüglich Zinsen und Kosten. Die beiden ausgedragten Forderungen rühren aus Warenlieferungen her. Der Schuldner legte gegen die nunmehr erfolgte Zwangsvollstreckung das Rechtsmittel der Erinnerung ein und stützte sich auf die in weitesten Kreisen des Volkes vertretene Ansicht, das Aufkaufen alter Schuldtitel und die Vollstreckung daraus widerspreche den guten Sitten und dem heutigen Rechtsempfinden. Dem kann ohne Bedenken zugestimmt werden, insbesondere, wenn der Wert des Pfandgegenstandes und der daraus zu erzielende Verkaufserlös in hohem Maße den Betrag übersteigt, den der Gläubiger für den Ankauf der Forderungen gemacht hat oder wenn ihm in sonstiger Weise nachgewiesen werden kann, daß er allein die Absicht verfolgt, den Schuldner zu schädigen. Das OLG. Hagen, das über die Erinnerung des Schuldners zunächst zu entscheiden hatte, stellte dies eindeutig fest: Hinter dem Gläubiger, einer Firma in H., verbirgt sich die persönliche Rachsucht und die Feindschaft einer Familie. Dem Gericht ist die heftige Feindschaft der Parteien bekannt. Sie und ihr Anhang beschäftigen die Abteilungen des Gerichts in H. seit Jahren. Ihr gegenseitiger Haß ist gerichtsnotorisch, und es besteht kein Zweifel, daß die fraglichen Forderungen allein in der Absicht auf gekauft sind, um eine neue Waffe gegen den Schuldner in die Hand zu bekommen. Der bisherige Gläubiger hatte jahrelang nichts gegen den Schuldner unternommen und die Forderungen schließlich, wie aus der geringen Abfindungssumme von 50 RM zu ersehen ist, als wertlos angesehen. Ein wirtschaftliches Interesse an ihrer Eintreibung bestand nicht. Die Vollstreckung erfolgte in eine goldene Uhrkette, deren Metallwert auf 106 RM festgestellt wurde und die zur Sicherheit einer anderen Forderung einst in den Besitz der Familie des Gläubigers gekommen ist. Die Anregung zur Übertragung der Forderung ging auch nicht, wie man annehmen sollte, von der abtretenden Firma aus, sondern von dem Vater des Gläubigers, der zufällig von dem Vorhandensein der Forderungen erfuhr und daraufhin persönlich die Abfindungssumme zur Verfügung stellte.

Bei der klar erkennbaren Schädigungsabsicht hat das OLG. Hagen der Erinnerung stattgegeben und den § 226 BGB. zugrunde gelegt, wonach die Ausübung eines Rechts unzulässig ist, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen. Es betont besonders, daß § 266 BGB. einen allgemeinen Rechtsgebanten ausspreche, der nicht auf das materielle Recht beschränkt sei, sondern für sämt-

liche Rechtsgebiete Geltung zu beanspruchen habe. Im Verkehrszweck finde er in der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses seinen Ausdruck. Für eine schikanöse Rechtsverfolgung, sei es nun im Prozeß oder in der Vollstreckung, bestehe aber kein Rechtsschutzbedürfnis. Die Vollstreckung sei in einem solchen Fall nicht einmal insoweit gerechtfertigt, als die für den Forderungsankauf aufgewandten 50 RM beigetrieben werden sollten. Zwar werde man in allgemeinen beim Ankauf alter Forderungen gegen geringes Entgelt die Zwangsvollstreckung wenigstens in Höhe dieses Entgelts zulassen müssen, doch sei in diesem Fall auch die Aufwendung der 50 RM nur in der Absicht der Schädigung des Schuldners gemacht worden. Der Gläubiger habe sie deshalb auf eigene Gefahr gemacht und könne mit ihr die Zwangsvollstreckung nicht begründen.

Der Senat des OLG. Hamm bestätigt im Ergebnis die Entscheidung. Er tritt nur der Begründung des OLG. insofern nicht bei, als nach seiner Ansicht der Einwand der Schikane im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. geltend gemacht werden müsse, da er sich gegen die Forderung selbst richte. Die Unzulässigkeit der Vollstreckung leitet er aus den gleichen Erwägungen wie das OLG., nur unter Zugrundelegung des Vollstreckungs-Ges. v. 13. Dez. 1934 ab. Unter den angeführten Umständen stelle die nur aus der feindseligen Einstellung zu dem Schuldner vorgenommene Vollstreckung in die wertvolle goldene Uhrkette, selbst wenn sie der Schuldner schon längere Zeit nicht mehr im Besitz habe, eine dem gesunden Volksempfinden widersprechende Härte dar. Auch darauf, ob dem bisherigen Gläubiger gegenüber etwa eine hartnäckige Zahlungsverweigerung des Schuldners vorliege, komme es in diesem Falle nicht an. Der Gläubiger könne sich mit Rücksicht auf seine eigene verwerfliche Handlungsweise hierauf nicht berufen.

Das OLG. hat damit die grundsätzliche Einstellung des RG. unterstrichen. Der Staat stellt seine Machtmittel dem Gläubiger nicht zur Verfügung, damit dieser den Schuldner schädigt. Das Interesse, den Gegner zu vernichten, ist kein schutzwürdiges Interesse. Die Rechtspflege soll nicht der Verwirklichung egoistischer Ziele dienen, sie dient in jedem Fall nur der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung des Volkes.

Arnold Heining, Königsutter.

Zuständigkeitsmängel bei Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen, insbes. bei Seeleuten

I. Die Rechtslage

Nach § 828 Abs. 2 ZPO. ist als Vollstreckungsgericht das AG. zuständig, bei dem der Schuldner im Deutschen Reich seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, in Ermangelung eines solchen das AG., bei dem nach § 23 ZPO. Klage gegen den Schuldner erhoben werden kann. Der Gerichtsstand des Vollstreckungsgerichts ist nach § 802 ZPO. ausschließlich. Das Vollstreckungsgericht hat seine Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen.

Der allgemeine Gerichtsstand wird bestimmt:

1. durch den Wohnsitz des Schuldners (§ 13 ZPO.),
2. wenn der Schuldner keinen Wohnsitz hat, durch den Aufenthalt im Deutschen Reich (§ 16 ZPO.),
3. wenn ein Aufenthalt im Reich nicht bekannt ist, durch den letzten Wohnsitz (§ 16 ZPO.).

Erst wenn keine dieser Voraussetzungen im Deutschen Reich zutrifft, kommt hilfsweise der Gerichtsstand des § 23 ZPO. in Frage, d. i. der Ort, wo sich Vermögen des Schuldners befindet, bei Forderungen des Schuldners der Wohnsitz des Drittschuldners.

Sind also weder Wohnsitz, noch Aufenthalt des Seemanns im Deutschen Reich bekannt, ein Fall, der nicht selten ist, so kann sich der Gläubiger, der eine Pfändung der Feuer begehrt, nicht etwa, wie dies häufig geschieht, an das AG. des Sitzes der Reederei wenden, sondern muß seinen Pfändungsantrag an das AG. des letzten Wohnsitzes des Schuldners richten, der den Gerichtsstand des Vermögens ausschließt¹⁾. Es bedarf keiner näheren Darlegung, daß der Seemann auf dem Schiffe keinen Wohnsitz begründet, es handelt sich vielmehr nur um einen durch das Arbeitsverhältnis bedingten Aufenthalt von mehr oder weniger langer Dauer. Ebensovienig besteht eine gesetzliche Bestimmung, wonach der Wohnsitz des Seemannes identisch ist mit dem Heimathafen des Schiffes, auf dem er bedienstet ist. Der Wohnsitz des Seemannes richtet sich vielmehr nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Der Gläubiger ist also gezwungen, den Wohnsitz oder den letzten Wohnsitz seines Schuldners zu ermitteln, ehe er die Feuer pfänden lassen kann. Bekanntlich ist die Frage, wo jemand seinen Wohnsitz im Rechtsinne hat oder zuletzt gehabt hat, nicht immer leicht zu entscheiden, besonders nicht bei dem wenig festhaften Teil der Bevölkerung, wozu außer den Seeleuten Monteure, Saisonarbeiter u. a. zählen. Hat der Seemann Familie, wird man den ständigen Aufenthalt der Familie als Wohnsitz ansehen können. Dem Gläubiger fehlt es oft aber an jedem Anhaltspunkt für derartige Ermittlungen, es sei denn, daß ihm die Seemannsänter oder die Reedereien helfen²⁾. Ist der Seemann ledig und ohne Anhang, wird man letzten Endes auf den abgeleiteten väterlichen Wohnsitz als ersten und letzten Wohnsitz zurückgreifen müssen bzw. auf den Wohnsitz der Mutter, wenn der Schuldner unehelich geboren ist. Alle diese unter Umständen zeitraubenden und kostspieligen Ermittlungen liegen aber völlig außerhalb des eigentlichen Zweckes der Zwangsvollstreckung. Das Vernünftigste und Zweckmäßigste wäre die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts am Heimathafen des Schiffes, der meist mit dem Sitz der Reederei zusammenfällt, denn hier liegt der Schwerpunkt der Vollstreckung. Das Gericht des Heimathafens ist auch besser als ein binnenländisches Gericht in der Lage, pfändungstechnische Fragen, die mit der Seemannschaft zusammenhängen, wie beispielsweise die Bewertung von Koffi und Wohnung, zu entscheiden. Dem Schuldner selbst wäre mit der Zuständigkeit des Gerichts des Heimathafens am meisten gedient, da er hier seine Interessen gegebenenfalls am besten wahrnehmen kann.

¹⁾ Beschluß des OLG. Hamburg v. 27. Nov. 1935, 5 W 276/35; Beschluß des OLG. Bremen v. 20. Jan. 1931, T II 9/31; Beschluß des OLG. Bremen v. 27. Nov. 1931, T III 559/31, sämtlich nicht veröffentlicht.

²⁾ Mittelpunkt der Lebensverhältnisse des verheirateten Seemanns wird regelmäßig die Familie sein. Diese wohnt aber — abgesehen von den Familien der Offiziere — meist nicht in den Hafensstädten, sondern in der näheren oder weiteren Umgebung oder im Binnenlande. Stammten früher die Seeleute aus den Hafensstädten, den Strom- und Küstengebieten, so hat sich dies in den letzten Jahrzehnten, insbesondere nach dem Kriege, derart verschoben, daß etwa 75 % im Binnenlande — bis nach Süddeutschland und Österreich hinunter — wohnen oder dort ihre angestammten Beziehungen haben. Ich bezweifle, daß die Pfändungsbeschlüsse entsprechend diesem Hundertsatz von Gerichten im Binnenlande erlassen werden. Meist wird eine Landadresse im Hafen benutzt werden, die keinen Wohnsitz darstellt. Unerschwerlich ist die Rechtslage besonders bei Pfändungen wegen Unterhaltsansprüchen für Familienmitglieder oder uneheliche Kinder, weil die Gefahr besteht, daß der Schuldner oder der Drittschuldner die Pfändung durch den Einwand der örtlichen Unzuständigkeit beseitigen können.

II. Folgen fehlerhafter Zuständigkeit

Man könnte versucht sein, über den Mangel der Zuständigkeit durch weitherzige, auf das Praktische gerichtete Gesetzesanwendung hinwegzukommen. Die Folgen fehlerhafter Zuständigkeit sind jedoch nach Rechtslehre und Rechtsprechung so, daß dem Gericht nicht zugemutet werden kann, sich über zwingende Zuständigkeitsvorschriften hinwegzusetzen.

Welche Folgen ein fehlerhaft erlassener Beschluß hat, ist im Gesetz selbst nicht gesagt. In Rechtsprechung und Schrifttum haben sich verschiedene Meinungen gebildet, die sich im wesentlichen in folgende drei Gruppen zusammenfassen lassen:

1. der Beschluß ist absolut nichtig, also als überhaupt nicht vorhanden anzusehen³⁾,
2. der Beschluß entbehrt — auch ohne besondere Anfechtung im Verfahren — der Wirkung, ist insbesondere nicht geeignet, ein Pfändungspfandrecht zu begründen, wenn auch die Beschlagnahmewirkung nicht geleugnet wird⁴⁾,
3. der Beschluß ist zwar mangelhaft und durch Rechtsbehelf im Verfahren anfechtbar, aber voll wirksam, solange er nicht auf Erinnerung im Verfahren aufgehoben wird⁵⁾.

Keine der Meinungen kann unser heutiges Rechtsgefühl befriedigen. Es entsprach dem Wesen des liberalen Staates, die Zulässigkeit von Eingriffen des Staates in die Rechtswelt des Staatsbürgers gesetzlich bis ins einzelne festzulegen und mit Sicherungen auch gegen den Staat zu umgeben. Heute steht nicht der Schutz des einzelnen im Vordergrund, sondern entscheidend ist, welchen Zweck, welche Ordnungswirkung, die betreffende Maßnahme in der Gemeinschaft haben soll. Von hier aus betrachtet, sind alle drei Meinungen rechtspolitisch abzulehnen. Völlig unaannehmbar ist die Ansicht, daß die Vollstreckung absolut nichtig, ein Nichts, sein soll. Sie widerspricht dem Wesen des autoritären Staates. In jeder Kundmachung einer sachlich zuständigen Behörde äußert sich der Staatswille, der für jeden Volksgenossen solange verbindlich und beachtlich bleibt bis diese Willensäußerung vom Staat selbst wieder beseitigt ist. Auch die zweite Meinung, die als die herrschende zu bezeichnen ist, hält einer Prüfung nicht stand. Sie läßt zwar die Beschlagnahmewirkung, die sogenannte Verstrickung eintreten, leugnet aber das Entstehen eines Pfändungspfandrechts, dessen Unwirksamkeit vom Schuldner, vom Drittschuldner oder einem sonst beteiligten Dritten, z. B. einem nachpfändenden Gläubiger, durch Erinnerung im Verfahren, unter Umständen auch außerhalb des Verfahrens, z. B. gegenüber der Erfüllungsklage des Gläubigers gegen den Drittschuldner, geltend gemacht werden kann. Für die verzwickte Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlicher Verstrickung und bürgerlich-rechtlicher Pfandrechtswirkung haben wir heute kein Verständnis mehr; im kommenden Recht wird sie weggelassen, bleiben wird nur die öffentlich-rechtliche Wirkung der Beschlagnahme⁶⁾. Es ist für die Gemeinschaft völlig gleichgültig, ob das AG. z oder h den Pfändungsbefehl erläßt, sie hat nur ein Interesse daran, daß die Schuldtitel im Interesse des Rechts- und Wirtschaftslebens sachlich richtig und ohne Verzögerung vollstreckt werden. Dem Schuldner kann es ebenfalls gleichgültig sein, welches AG. der einheitlichen Reichsjustizverwaltung ihn zur Er-

³⁾ Monographie von Erich Schwinge, „Der fehlerhafte Staatsakt im Mobiliarvollstreckungsrecht“ 1930 S. 55/58; Falkmann-Hubernagel, „Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen“ 1937 §§ 753 Anm. 7a, 802 Anm. 3 und andere.

⁴⁾ Jonas, „ZPO.“, 15. Aufl., §§ 828 III, Vorbem. V 4 vor § 704 (and. Ansicht die inzwischen erschienene 16. Auflage, in der die pfandrechterzeugende Wirkung anerkannt wird, solange der Pfändungsbefehl nicht wegen Unzuständigkeit aufgehoben ist); Förster-Rann, „ZPO.“, § 828 Anm. 4; Sydow-Busch-Wranz, „ZPO.“, § 828 Anm. 4; HansGR. 1934 B S. 38 ff. (mit umfassenden Nachweisungen).

⁵⁾ Insbef. Baumbach, „ZPO.“, § 828 Anm. 3, Grundzüge vor § 704, § 802, vgl. neuerdings OLG. Dresden, DR. 1939, Ausgabe A S. 587.

⁶⁾ Volkmar: „Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht“ 1937 S. 205.

füllung seiner Verpflichtung zwingt, da die Pfändung überall auf Grund der gleichen gesetzlichen Bestimmungen mit den gleichen Folgen erfolgt. Ja, es widerspricht geradezu dem Vollstreckungszweck, dem Schuldner das Recht zu geben, einen Beschluß unbeachtet oder aufheben zu lassen, gegen den er weiter nichts einzuwenden hat, als den ihn nicht beschwerenden Mangel der örtlichen Zuständigkeit. Dadurch wird die Vollstreckung gelähmt und dem Schuldner nur die Verschleppung ermöglicht. Weshalb vollends der Drittschuldner die Unwirksamkeit der Pfändung infolge örtlicher Unzuständigkeit soll geltend machen können, ist nicht einzusehen. Die Unzuständigkeit interessiert ihn nicht und beschwert ihn um so weniger, als er durch § 836 II ZPO ausdrücklich geschützt ist, wonach der Überweisungsbeschluß, auch wenn er zu Unrecht erlassen ist, zugunsten des Drittschuldners dem Schuldner gegenüber solange als rechtsbeständig gilt, bis er aufgehoben wird und die Aufhebung zur Kenntnis des Drittschuldners gelangt. Die herrschende Meinung verschafft dem Drittschuldner nur einen Vorwand, sich für den Schuldner gegen die Pfändung zu verwenden.

III. Vorschläge

Die Fehler liegen weniger in der Rechtsanwendung, als im Gesetz selbst begründet, das den Gerichtsstand in ganz bestimmter Reihenfolge geordnet und ihn ausdrücklich für ausschließlich erklärt hat. Im kommenden Recht wird die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts dahin zu erweitern sein, daß neben dem allgemeinen Gerichtsstand jedes AG zuständig ist, in dessen Bezirk eine Zugriffsmöglichkeit besteht. Der Schuldner, der sich im Verzuge befindet, ist im Unrecht, und der Gläubiger muß entsprechend dem Wesen der Vollstreckung das Recht haben, zuzugreifen wo immer sich eine Möglichkeit bietet, ohne Bindung an komplizierte Zuständigkeitsvorschriften, die nicht der Rechtserschwerung, sondern der Rechtsverwirklichung dienen sollen. Zu erwägen wäre ferner die Aufnahme einer Bestimmung nach dem Vorbild des § 7 ZGG, wonach die Wirksamkeit von Vollstreckungshandlungen nicht dadurch berührt wird, daß das Gericht örtlich unzuständig war^{6a)}. Da aber die Frage des Wohnsitzes im einzelnen Falle zweifelhaft sein und Unsicherheitsmomente in sich tragen kann, andererseits der Pfändungsbeschluß trotz einer dem § 7 ZGG entsprechenden Bestimmung anfechtbar bleiben würde⁷⁾, wird der sicherste Weg sein, die Aufhebung der Beschlüsse wegen örtlicher Unzuständigkeit ganz auszuschließen. Der Schuldner hat keinen Anspruch darauf, daß der Zwang gegen ihn nur von einem bestimmten Gericht vorgenommen wird. Die örtliche Unzuständigkeit für sich allein kann ihn nicht beschweren.

Die Zuständigkeitsvorschriften würden beachtlich bleiben, aber nur noch innerdienstliche Bedeutung haben. Die Zwangsvollstreckung würde die für den Rechtsverkehr unerlässliche sichere Grundlage erhalten, in ganzen würden die starren Zuständigkeitsvorschriften zugunsten einer gewissen Freizügigkeit in der Vollstreckung gelockert werden.

Rechtspfleger Wilhelm Berner, Bremen.

Die Erbhöferrolle

I. Die Erbhöferrolle (EHR.) in ihrer heutigen Gestalt lebt am Grundbuch; was dort rechtlich 1 Grundstück ist, weil es unter 1 Nummer im Bestandsverzeichnis eingetragen ist, muß auch in der EHR. als solches vermerkt werden, § 27 EGBV¹⁾, § 7 AB. v. 16. Jan. 1937: DJ. 95. Veränderungen, die in dieser Beziehung eintreten, sind in die EHR. zu übernehmen, §§ 8 II, III und 9 AB.; daß dies geschieht, ist dem Bauern und dem GBA. mitzuteilen.

Diese EHR. ist nicht nur zweckwidrig, sie nötigt den Vorsitzenden des AG auch ständig zu überflüssiger Schreib-

arbeit. Er muß Veränderungen nachtragen, die in dem in erster Linie dazu bestimmten Buche bereits eingetragen sind; er muß dem Bauern davon Nachricht geben, obwohl dieser dafür häufig keinerlei Interesse haben kann; er muß dem GBA. davon Nachricht geben, die dieses nur zu den Akten nehmen kann. Vollends unverständlich wird seine Tätigkeit aber in folgendem Fall: Mehrere Parzellen sind etwa im Grundbuch von Buchhain, Bd. IV, Blatt 87 im Bestandsverzeichnis als Nr. 3 eingetragen; geht von ihnen eine ab, so vermerkt er dies in der EHR., wo dieses Grundstück etwa als Nr. 1 verzeichnet ist, wie folgt: „z. lfd. Nr. 1: Parzelle 23 des Kartenblatts 2 abgeschrieben. Eingetragen auf Grund der Nachricht des GBA. v. 1. März am 10. März 1939.“ Die Nummer dieser Parzelle würde damit in der EHR. zum ersten Male genannt werden und niemandem etwas befagen, weil vorher nichts darüber eingetragen war, was denn diese Parzelle nun eigentlich darstellt.

II. Diese kurzen Hinweise belegen die eingangs getroffene Feststellung. Von einer EHR. muß m. E. verlangt werden, daß sie — in Ergänzung des Grundbuchs — dem Leser ein Bild von den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Hofes gibt. Sie muß also bezeichnen a) den Bauern (den sie heute überhaupt nicht vermerkt; man muß also mitunter umfangreiche Akten durchblättern, bis man die Grundbuchnachricht von einem Eigentumswechsel findet!); b) die Familie des Bauern; es ist nämlich sehr wichtig, zu wissen, ob der Bauer verheiratet ist, ob und wieviel Kinder auf dem Hofe leben, wieviel schon selbst verdienen; c) die Größe der einzelnen Bodenarten (vielleicht auch ihre Klassen) muß aus der Rolle ersichtlich sein, also was an Acker, Wiese, Holz usw. vorhanden ist. Erwägenswert erscheint auch die Aufzeichnung wenigstens des Großviehs; abgesehen davon, daß das zum vollständigen Bilde der Wirtschaft gehört, erscheint es mir noch aus folgendem Grunde wichtig: Wer den Hof mit einem guten Bestand an Pferden und Rindern übernimmt, der in der EHR. verzeichnet ist, wird dies immer als eine Mahnung vor Augen haben, den Bestand zumindest zu halten. Bei einem Antrag auf Genehmigung einer Belastung wird es dem AG sehr wichtig sein, wenn es feststellen kann, daß der Bauer weitergekommen ist oder heruntergewirtschaftet hat. (Natürlich wird man hier nicht gleich jede Veränderung in der EHR. vermerken, sondern etwa nur bei einem Eigentumswechsel den Bestand aufnehmen.) d) Aus der Rolle müssen die vom AG ausgesprochenen Genehmigungen und die getroffenen Feststellungen ersichtlich sein und ebenso, was auf sie hin geschehen ist; e) schließlich muß die Rolle Raum haben für besondere Vermerke, etwa den, daß der Hof Entschuldungsbetrieb ist.

All das versteht sich von selbst, es ist nur noch wenig dazu zu sagen. Die Feststellung der Bodenverhältnisse ist für jede anerbengerichtliche Tätigkeit von größter Bedeutung. Sie kann heute nur an Hand größtenteils veralteter Katasterauszüge erfolgen, die in den Grundakten verteilt sind und mitunter z. B. als Holzung verzeichnen, was längst schon Acker oder Weide ist. Die EHR. muß auch das Schicksal des Hofes wiedergeben; heute sagt sie nur, daß Parzelle 23 abgeschrieben worden ist, wichtig ist aber, warum und wann sie aus der Rolle entfernt worden. — Wenn auch die erteilten Genehmigungen (und die Feststellungen hinsichtlich der Zugehörigkeit einzelner Grundstücke zum Hof) vermerkt werden sollen, so aus folgendem Grunde: Der Bauer legt mitunter einen Kaufvertrag zur Genehmigung vor (oder zur Feststellung, daß das verkaufte Stück nicht Bestandteil des Erbhofes ist), der sich dann später wieder zerschlägt, etwa wegen einer Auflage des AG; hat das AG dann später über einen anderen Genehmigungsantrag zu befinden, so geht es von dem in der Rolle verzeichneten Bestand aus. Gelangt dann der frühere Vertrag doch noch zur Ausführung, so verändert das die Lage möglicherweise so, daß das Gericht dem späteren Antrage lieber nicht entsprochen hätte. —

Die Rücksicht auf die Erleichterung der Arbeit des AG ist indessen nicht entscheidend; wichtig jedoch ist, daß auch in dieser Hinsicht der Schritt vom Grundstücksrecht zum Bodenrecht²⁾ getan wird.

Die neue EHR. würde dem Handelsregister ähneln,

²⁾ Buisse: AkadZ. 1937, 427 ff.

^{6a)} Rgl. auf dem Gebiet des Verwaltungszwangs § 2 Abs. 2 Zuständigkeitsordnung v. 11. März 1937 — RGBl. 1937 I S. 208; ferner auf dem Gebiet des Zivilprozesses den in § 512a ZPO. ausgedrückten Rechtsgedanken.

⁷⁾ Trotz § 7 ZGG. bildet die örtliche Unzuständigkeit einen Beschwerdegrund. Ohne Rücksicht auf die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der sachlichen Anordnung kann im Beschwerdeweg die gerichtliche Handlung eines örtlich unzuständigen Gerichts angefochten werden. Schlegelberger, „ZGG.“ § 7 Anm. 19.

¹⁾ Dazu s. Vogels, Erl. 12.

das ja auch über die Schicksale eines selbständigen Betriebes Auskunft gibt. Auch ihre Führung wäre der des Handelsregisters anzugleichen. — Die Beziehung zum Grundbuch könnte durch einen Vermerk in der Aufschrift der G.N. her-

gestellt werden, wie dies schon heute auf dem Deckel der Erbhofakten geschieht. Wer mehr von den grundstücksrichtlich wichtigen Dingen wissen will, möge das Grundbuch einsehen. So könnte die neue G.N. aussehen:

Nr.	Der Bauer und seine Familie	Der Hof (in ha)				Großvieh	Genehmigungen Feststellungen	Bemerkungen
		Hofraum	Acker	Wiese	Wald			
1	Joachim Bauer, geb. 9. Mai 1890 Ilse, geb. Hofe, geb. 17. Okt. 1896 Peter, geb. 17. Okt. 1916	0,12	9,80	4,35 *)	4,20	2 Pferde 4 Rindvieh 8 Schweine	Eingetragen 5. März 1934	
2							Ent- schuldigungs- betrieb! Bl. 45	
3							Verkauf von 0,55 ha Wiese genehmigt Bl. 51	
4				- 0,55 (Bl. 58), Rest: 3,80 ha				

*) ... = gerötet.

AGR. Dr. Bull, Lübben.

Bemerkung

Auf Wunsch einer amtlichen Stelle veröffentlichen wir die nachfolgende Berichtigung:

„In dem Aufsatz ‚das Kündigungsrecht wegen eines jüdischen Mieters‘ (JW. 1938, 3217 ff.) ist auf S. 3219 in dem Text zur Fußnote 4 folgender Satz aus einem Urteil kritisch besprochen: ‚Öffentlich-rechtliche Bestimmungen poli-

tischer Art sind aber hier, wo es sich um ein bürgerlich-rechtliches Mietverhältnis handelt, nicht anwendbar.‘

Dieser Satz ist nicht in dem Urteil des AG. Nürnberg v. 6. Mai 1938 enthalten, sondern in einem Urteil des AG. Hettstedt v. 4. Mai 1938.“

Wir brauchen nicht hervorzuheben, daß die Kritik des Verf. sich nicht gegen ein bestimmtes Gericht, sondern gegen eine Rechtsauffassung richtete. Die Kritik behält daher ihre Bedeutung, gleichviel, ob die Rechtsauffassung von diesem oder jenem AG. ausgesprochen worden ist.

Schrifttum

Deutsches Gerichtskostengesetz und deutsche Rechtsanwaltsgebührenordnung von Justizoberinspektor Werner Schmücker, Bezirksrevisor in Magdeburg (Rechtspflege und Verwaltung, Schriftenreihe für Ausbildung und Praxis, IV. Kostenrecht, Heft 29). Berlin 1939. Deutscher Rechtsverlag GmbH. 119 S. Preis kart. 2,40 RM.

Die Herausgabe des Heftes 29 in der Schriftenreihe für Ausbildung und Praxis wird bei den Rechtspflegern und den Anwärtern lebhaft begrüßt werden. Zum erstenmal wird hier der vollauf gelungene Versuch gemacht, eine systematische Darstellung des Kostenrechts der streitigen Gerichtsbarkeit zu geben. Der Vorzug des Heftes besteht darin, daß es von Erörterungen des materiellen und des Verfahrensrechts frei ist. Diese Rechtsgebiete werden als bekannt vorausgesetzt. Dadurch wird eine besondere Geschlossenheit der Darstellung erreicht. Umgekehrt aber ist das materielle und das Verfahrensrecht keineswegs außer acht gelassen worden, vielmehr kommt bei der Behandlung der kostenrechtlichen Fragen stets der Zusammenhang mit materiellem und prozessualen Recht klar zum Ausdruck. Das Heft kann und soll naturgemäß keinen Kommentar ersetzen, sondern es soll die Anwärter in die Grundzüge des Kosten- und Gebührenrechts einführen und zugleich dem

Kostenbeamten bei der Berechnung der Kosten neben den vorhandenen Erläuterungsbüchern ein nützliches Hilfsmittel sein. Diese Aufgabe wird es voll ausfüllen.

Bei der Abfassung der Schrift hat sich der Verf., wie er im Vorwort dankend erwähnt, des Rates des bekannten Kostenfachmanns Justizamtmann a. D. Peter Wenz bedient.

Assessor Leppin, Berlin.

Justizausbildungsordnung v. 4. Jan. 1939 mit dem gesamten sonstigen Prüfungs- und Ausbildungsrecht für Gerichts- und Regierungsschreiber und -assessoren im Altreich, Österreich, Sudetenland, den Bestimmungen über Unterhalt und Vergütung während der Vorbereitungszeit und vielen Vorschriften über die dazugehörigen Berufslaufbahnen. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachverzeichnis. 2. Aufl., München und Berlin 1939. C. S. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 104 S. Preis kart. 1,20 RM.

Die Textausgabe enthält neben der Justizausbildungsordnung eine Reihe weiterer Verordnungen, Erlasse und allgemeine Verfügungen über Studium, Ausbildung und Laufbahn der Rechtswahrer. Ein Teil derselben ist durch die jüngsten Verordnungen leider schon wieder überholt.

D. S.

Rechtspredung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

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

Rechtspolitisch besonders bedeutsame Entscheidungen:

zum Strafrecht S. 990 Nr. 11 und 12; zum Ehegesetz S. 997 Nr. 19; zur Amtshaftung S. 1007 Nr. 28

Strafrecht

Materielles Strafrecht

**** 1. RG.** — §§ 42 e, 20 a StGB. — Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 20 a StGB. darf von der Sicherungsverwahrung nur abgesehen werden, wenn die Besserung des Angekl. mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Die Annahme, daß die Sicherungsverwahrung die Besserungsmöglichkeit abtöte, geht fehl. Daß es für den Angekl. wünschenswert sein möchte, noch einmal die Möglichkeit zu bekommen, sich in der Freiheit zu bewähren, ist ohne Bedeutung.

Der Angekl. ist wegen Diebstahls im Rückfalle in acht Fällen zu einer Gesamtstrafe von fünf Jahren Zuchthaus verurteilt worden. Die bürgerlichen Ehrenrechte sind ihm auf die Dauer von fünf Jahren aberkannt worden.

Das LG. hat den äußeren und inneren Tatbestand des § 20 a Abs. 1 StGB. ohne Rechtsirrtum für gegeben erachtet, dagegen die Frage, ob die öffentliche Sicherheit die Sicherungsverwahrung des Angekl. erfordert, verneint, da eine Spätreise bei dem Angekl. möglich und ein Rückfall in das straffällige Verhalten nicht sicher sei. Bei der Jugend des Angekl. würde nach der Meinung des LG. durch die Anordnung der Sicherungsverwahrung die Besserungsmöglichkeit abgetötet werden. Es soll ihm daher die Möglichkeit der Besserung gegeben werden.

Diese Ausführungen des LG. sind rechtsirrig und vermögen die Ablehnung der Sicherungsverwahrung nicht zu rechtfertigen.

Nach der ständigen Rspr. des RG. darf bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 20 a Abs. 1 StGB. von der Verhängung der Sicherungsverwahrung nur abgesehen werden, wenn die Besserung des Angekl. mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist (RGSt. 72, 295 = JW. 1938, 2331¹). Eine solche Wahrscheinlichkeit hat das LG. hier aber nicht für gegeben erachtet. Der nach der Annahme des LG. haltlose, charakterlich und willensmäßig schwache Angekl. hat die letzten Straftaten begangen, als er mit einer geschiedenen Frau zusammenlebte und bei einem Vezirkel Arbeit und Verdienst gefunden hatte, also für seinen Lebensunterhalt gesorgt war. Es ist bei ihm, wie das LG. ausführt, mit einem gewissen Grade von Wahrscheinlichkeit zu besorgen, daß er in Zukunft den Rechtsfrieden erheblich stören und weitere Straftaten, nämlich Ladendiebstahl, die seine Spezialität sind, verüben wird. Es widerspricht dem Sinne und Zweck der Bestimmung des § 42 e StGB., von der Anordnung der Sicherungsverwahrung deshalb abzusehen, weil es vielleicht für den Verurteilten wünschenswert sein möchte, noch einmal die Möglichkeit zu erhalten, sich in der Freiheit zu bewähren. Gegenüber den besonderen Belangen des Verurteilten hat vielmehr das Schutzbedürfnis der Allgemeinheit den unbedingten Vorrang zu beanspruchen.

Die Ablehnung der Sicherungsverwahrung kann auch nicht mit der Befürchtung begründet werden, daß durch die Sicherungsverwahrung die Besserungsmöglichkeit des

Angekl. abgetötet werden könnte. Nach § 42 f StGB. dauert die Sicherungsverwahrung nur so lange, als ihr Zweck es erfordert. Das Gericht hat nach Ablauf bestimmter Fristen zu entscheiden, ob der Zweck der Unterbringung erreicht ist. Aber auch vor dem Ablauf dieser Fristen kann das Gericht jederzeit prüfen, ob der Zweck der Unterbringung erreicht ist. Es hat, wenn es zur Bejahung dieser Frage kommt, die Entlassung des Untergebrachten anzuordnen. Hierbei hat die Entlassung des Untergebrachten nur als bedingte Aussetzung der Unterbringung zu gelten. Das Gericht kann bei der Entlassung dem Untergebrachten besondere Pflichten auferlegen, solche Anordnungen auch nachträglich treffen oder ändern. Zeigt der Entlassene durch sein Verhalten in der Freiheit, daß der Zweck der Maßregel seine erneute Unterbringung erfordert, und ist die Vollstreckung der Maßregel noch nicht verjährt, so hat das Gericht den Widerruf der Entlassung anzuordnen (§ 42 h StGB.). Die Maßregel der Sicherungsverwahrung ist daher ganz besonders geeignet, bei haltlosen, charakterlich und willensmäßig schwachen Verurteilten, zu denen nach der Annahme des LG. der Angekl. zählt, den Willen zu künftigem straffreiem Verhalten zu stärken und zu festigen.

(RG., 2. StrSen. v. 27. April 1939, 2 D 165/39.)

*

2. RG. — § 51 StGB. ist nicht nur dann anwendbar, wenn eine Geisteskrankheit im medizinischen (psychiatrischen) Sinne vorliegt.

Der Begriff „krankhafte Störung der Geistestätigkeit“ i. S. des § 51 StGB. ist viel umfassender. Es gehören dazu alle als krankhaft anzusehenden Fälle geistiger und seelischer Abartigkeit dauernder oder vorübergehender Art, die nicht bloße Charaktermängel oder sittliche Schwächen sind. In diesem Sinne zählen auch die verschiedenen Formen der Psychopathie zum Begriff der krankhaften Störung der Geistestätigkeit i. S. des § 51 StGB. (vgl. das nicht öffentliche RGUr. v. 24. März 1936, 1 D 126/36; ferner RGUr. v. 3. Nov. 1938, 2 D 676/38; JW. 1939, 314; s. auch Schäfer-Wagner-Schafheutle, Anm. 5 und 14 zu § 51 StGB.). Auch die amtliche Begründung zum GewohnheitsverbrecherG., in dem die Neufassung des § 51 StGB. enthalten ist, spricht allgemein von „Psychopathen“, auf die der § 51 StGB. anwendbar sein könne (DRAnz. u. Preuß. StaatsAnz. v. 27. Nov. 1933 Nr. 277, 1. Beil. S. 1 „zu § 51“ Abs. 3). Der § 51 StGB. kann aber nicht ohne weiteres auf jeden Psychopathen angewandt werden. Es muß vielmehr mindestens unwiderlegt die Möglichkeit bestehen, daß der krankhafte Geisteszustand des Täters im Zeitpunkt der Tat die Fähigkeit, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, erheblich vermindert hat.

(RG., 4. StrSen. v. 18. April 1939, 4 D 168/39.)

*

3. RG. — § 51 StGB. Unfähigkeit zu moralischen Vorstellungen.

Ist der Intellekt des Täters unverfehrt und schiebt er bei seinen Handlungen lediglich die moralischen und

rechtlichen Unrechtsvorstellungen beiseite und läßt sie nicht wirken, obwohl die Möglichkeit vorhanden ist, sie wirken zu lassen, so reicht dies zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 51 StGB. nicht aus. Liegt aber eine „Unfähigkeit zu moralischen Vorstellungen“ vor, dann muß klargelegt werden, worauf diese Unfähigkeit zurückzuführen ist. Beruht sie auf einer pathologischen Ursache oder auf Fehlern der seelischen Organisation, so liegt eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit oder Geisteschwäche vor, die die Anwendung des § 51 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB. rechtfertigt, je nachdem ob sie den Täter gänzlich unfähig macht, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln oder ob diese Fähigkeit nur erheblich vermindert ist (vgl. RGSt. 15, 97, 98).

(RG., 2. StrSen. v. 27. April 1939, 2 D 162/39.)

*

4. RG. — § 52 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StPD. Auch eine siebenjährige Tochter des Angekl. muß über ihr Recht zur Verweigerung des Zeugnisses belehrt werden. Die Belehrung ist notwendig, obgleich die Zeugin nach § 60 Nr. 1 StPD. wegen Eidesunmündigkeit nur unvereidigt vernommen werden kann (RGSt. 12, 404; vgl. auch RGUrt. vom 17. Juli 1936, 1 D 490/36; JW. 1936, 3009⁴²).

(RG., 5. StrSen. v. 17. April 1939, 5 D 147/39.)

*

5. RG. — § 60 StGB. Daß i. S. des § 60 auch die Schutzhaft anrechenbar ist, entspricht der Praxis des RG. (RGSt. 69, 327 = JW. 1935, 3380¹⁰). Hat der Angekl. beantragt, ihm die Schutzhaft und die Untersuchungshaft anzurechnen, so genügt nicht der Ausspruch in der Urteilsformel, daß dem Angekl. die Untersuchungshaft im vollen Umfang angerechnet werde. Es muß auch eine Entscheidung darüber ergehen, ob auch die Schutzhaft anzurechnen ist, da der Angekl. auf eine solche Entscheidung ein Recht hat (RG. v. 20. Jan. 1938, 3 D 847/37.)

(RG., 4. StrSen. v. 21. April 1939, 4 D 281/39.)

*

6. RG. — §§ 163, 164 StGB. Lag bei dem Angekl. ein fest eingeburztes Erinnerungsbild vor (vgl. RGSt. 71, 174/175 = JW. 1937, 1793), so muß festgestellt werden, daß ihm geeignete Hilfsmittel zur Verfügung standen, um die Unrichtigkeit seiner Aussage zu erkennen. Durch bloße Willensanstrengung ist, wie das RG. in zahlreichen zu § 163 StGB. ergangenen Entscheidungen, z. B. in RGSt. 62, 127, 129 ausgeführt hat, ein solches falsches Erinnerungsbild nicht wieder zu beseitigen.

Leichtfertig abgegeben ist daher in solchem Falle eine unrichtige Bekundung nur dann, wenn dem Aus sagenden Erkenntnisquellen zu Gebote standen, deren Benutzung den Erfolg gehabt hätte, das Erinnerungsbild richtigzustellen. Eine solche Erkenntnisquelle konnte nicht die Erwägung sein, bei der Persönlichkeit des Sch. und der ganzen Art und Weise seines Auftretens wohne seiner Darstellung des Sachverhalts die größere Glaubwürdigkeit bei. Gegenstand der Aussage der Angekl. waren nur die von ihr nach ihrer gewissenhaften Erinnerung gemachten Wahrnehmungen.

Ferner fehlt im Urteil jede Begründung für die Annahme, daß die Frauen mit ihrer Aussage die Absicht verfolgten hätten, ein behördliches Verfahren gegen Sch. fortzuführen zu lassen. Wenn ein Zeuge auf eine von ihm nicht veranlaßte Vorladung hin lediglich, wie er glaubt wahrheitsgemäß, die von ihm geforderte Aussage erstattet, so ist nicht ersichtlich, wie daraus allein der Schluß zu rechtfertigen ist, er habe mit seiner Aussage den Zweck verfolgt, das Verfahren, in dem er vernommen worden ist, fortzuführen zu lassen.

(RG., 4. StrSen. v. 21. April 1939, 4 D 121/39.)

*

** 7. RG. — § 156 StGB. Eidesstattliche Versicherungen, denen auf Grund der vorhandenen Verfahrensvorschriften keine Beweiskraft zuerkannt werden darf, sind daher auch keines Schutzes nach § 156 StGB. bedürftig oder würdig. Eine Bestrafung wegen falscher derartiger Versicherungen kann weder unmittelbar noch in entsprechender Anwendung nach § 156 StGB. erfolgen.

Der Angekl. hat als Bekl. in dem bürgerlichen Streitverfahren wegen Unterhaltszahlung für das Kind Oskar B. dem AG. G. als dem Prozeßgericht eine schriftliche eidesstattliche Versicherung eingereicht, die v. 13. Dez. 1935 datiert war, und hat am 8. Sept. 1936 diese eidesstattliche Versicherung vor demselben Gericht im Laufe des noch im ersten Rechtszug anhängigen Rechtsstreits mündlich wiederholt. Die eidesstattlichen Versicherungen sind wissentlich falsch abgegeben.

Es ist bisher nicht ausreichend dargetan, daß die eidesstattlichen Versicherungen i. S. des § 156 StGB. „vor einer zur Abnahme einer Versicherung an Eides Statt zuständigen Behörde“ abgegeben worden seien.

Zur Anwendung der genannten Vorschrift genügt es nicht, daß jedes AG. in zahlreichen Fällen eidesstattliche Versicherungen entgegenzunehmen und zu würdigen hat, sondern nach feststehender Rspr. liegt der Fall der Zuständigkeit der Behörde i. S. des § 156 StGB. nur vor, wenn die eidesstattliche Versicherung über den Gegenstand, auf den sie sich bezieht, und in dem Verfahren, um das es sich handelt, der Behörde abgegeben werden darf und rechtlich nicht völlig wirkungslos ist (vgl. z. B. RGSt. 59, 175; 67, 408; 70, 268 = JW. 1936, 2805 m. Ann.; RGSt. 71, 172 = JW. 1937, 1791). Diese Bedingungen sind bei einer eidesstattlichen Versicherung, die in einem bürgerlichen Streitverfahren dem erkennenden Gericht von einer Partei abgegeben wird, nicht ohne weiteres vorhanden (so schon das nicht veröffentlichte RGUrt. v. 4. Febr. 1929, 2 D 1173/28).

Zwar ergäbe sich die Zuständigkeit des AG. in G. in dem hier vorl. Falle i. S. des § 156 StGB. dann, wenn die eidesstattliche Versicherung als Unterlage für ein Armenrechtsverfahren in Betracht gekommen wäre (RGUrt. vom 7. April 1930, 2 D 1443/29; DRZ. 1930 Nr. 406; übereinstimmend das nicht veröffentlichte neuere Urt. v. 27. Sept. 1937, 5 D 655/37) oder irgendeinen Einfluß darauf hätte haben können, wie das Gericht das Verfahren leitete (vgl. RGSt. 59, 175; RGUrt. v. 3. Dez. 1928, 3 D 780/28; Höchst-RGSt. 1929 Nr. 455 und v. 3. Okt. 1932, 3 D 946/32; Höchst-RGSt. 1932 Nr. 2324); es hätte schon genügt, wenn eine Verfahrenslage gegeben war, die sich dazu eignete, daß das Gericht die eidesstattliche Versicherung einem anderen — etwa einem Zeugen — im Laufe der Verhandlung vorhielt (vgl. RGSt. 70, 266, 269 = JW. 1936, 2805 m. Ann.). Aber den bisherigen Feststellungen des SchwG. ist nicht mit ausreichender Sicherheit zu entnehmen, ob im gegebenen Falle solche oder ähnliche Umstände vorlagen, aus denen sich eine Wirkung oder wenigstens eine Wirkungsmöglichkeit der eidesstattlichen Versicherungen ergeben konnte; insbes. ist es unwahrscheinlich, daß sie im Armenrechtsverfahren hätten bedeutsam sein können, da in Rechtsstreitigkeiten über den Unterhalt für ein uneheliches Kind dieses im Armenrecht zu klagen pflegt und daher auch der Bekl. nach dem § 120 ZPO. ohne weiteres weitgehend von der Kostenzahlungspflicht einstweilen befreit ist.

Wären die eidesstattlichen Versicherungen des Angekl. nur dazu bestimmt und geeignet gewesen, die eigenen Parteibehauptungen des Bekl. in dem Streitverfahren gegen Oskar B. zu erhärten, so hätte dem AG. die Zuständigkeit zu ihrer Entgegennahme i. S. des § 156 StGB. gefehlt. Darüber ist folgendes zu sagen.

Die Parteien des bürgerlichen Streitverfahrens haben den streitigen Tatbestand dem Gericht in der mündlichen Verhandlung (§ 128 ZPO.) durch einfaches Behaupten und

Bestreiten vorzutragen; für eine eidesstattliche Versicherung ist innerhalb dieses bloßen Sachvortrages kein Raum. Soweit sich dann das Gericht über streitige tatsächliche Verhältnisse Aufklärung verschaffen muß, um den Rechtsstreit entscheiden zu können, hat das nicht auf völlig beliebige Weise, sondern nach den gesetzlichen Regeln über die Beweisaufnahme (§§ 355—483 ZPO.) zu geschehen. An diese Regeln ist das Gericht gebunden, wenn es auch „nach freier Überzeugung unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer Beweisaufnahme zu entscheiden“, hat (§ 286 ZPO.); soweit überhaupt eine Beweisaufnahme notwendig ist, „darf der Richter daher nur die o r d n u n g s m ä ß i g vor dem erkennenden Gericht aufgenommenen Beweise und die ordnungsmäßig vorgetragenen oder in Bezug genommenen (§§ 128, 285 ZPO.) Ergebnisse anderweitiger Beweisaufnahmen berücksichtigen“ (F o n a s III, 1 zu § 286 ZPO.; vgl. auch Anwendungsfälle dieser Regel in den RMUrt. v. 5. Juni 1931, VII 397/30; RMWarn. 1931 Nr. 147 und v. 29. Mai 1933, IV 81/33; JW. 1933, 2215¹⁰). Eine Form der Beweisaufnahme ist auch die Parteivernehmung. Sie ist in den §§ 445 ff. ZPO. geregelt; nach § 451 ZPO. erfolgt sie zunächst nicht eidlich; falls aber das Ergebnis der unbeeidigten Aussage der Partei nicht ausreicht, um das Gericht von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache zu überzeugen, so kann — nur — die B e e i d i g u n g angeordnet werden (§ 452 ZPO.). Auch die Parteivernehmung als Maßregel der Beweisaufnahme bietet also keinen Raum für die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung. Nach den §§ 272 b und 377 ZPO. (für das amtsgerichtliche Verfahren i. Verb. m. dem § 495 ZPO.) ist für gewisse Fälle zugelassen, die eidliche Vernehmung eines Zeugen durch Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung des als Zeuge Benannten zu ersetzen, so daß das Prozeßgericht auch i. S. des § 156 StGB. zuständig ist, eidesstattliche Versicherungen dritter Personen über tatsächliche Vorgänge entgegenzunehmen (RGSt. 67, 408). Aber solche Vorschriften fehlen für die P a r t e i v e r n e h m u n g. Falls also eine Partei ihre tatsächliche Behauptung an Eides Statt als richtig versichert, darf das Gericht zur Vermeidung eines Verfahrensfehlers die Behauptung nicht anders als eine gewöhnliche, unbefristigte Parteibehauptung würdigen. Insofern bleibt die eidesstattliche Versicherung wirkungslos. Demnach ist das Gericht innerhalb des ordentlichen Streitverfahrens i. S. des § 156 StGB. unzuständig, eine eidesstattliche Versicherung einer Partei abzunehmen, soweit die Versicherung zu nichts anderem dienen könnte, als die Tatsachenbehauptungen der Partei durch einen mehr oder minder starken Beweis zu bekräftigen. Es besteht insoweit also im ordentlichen Streitverfahren eine ganz andere Rechtslage als in den Fällen, in denen verfahrensrechtlich zugelassen oder vorgeschrieben ist, eine Tatsache nach Maßgabe des § 294 ZPO. glaubhaft zu machen.

Insofern wäre daher eine eidesstattliche Versicherung der Partei unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 156 StGB. nicht strafbar. Das SchwG. müßte also bei der neuen Verhandlung und Entscheidung noch nähere Feststellungen — namentlich über den Gang des bürgerlichen Streitverfahrens und über den Hergang bei der Abgabe der eidesstattlichen Versicherungen sowie über den Zweck, den der Angekl. mit ihnen verfolgte — treffen, um die Ausnahme, wenn möglich, zu begründen, daß die beiden hier in Rede stehenden eidesstattlichen Versicherungen einer Partei in dem Rechtsstreit eine Beweiskraft entfaltet haben oder noch entfalten, demnach vor einer „zuständigen“ Behörde abgegeben sein könnten.

Der § 156 StGB. kann auch nicht i. Verb. m. dem § 2 StGB. entsprechend angewendet werden. Denn nach ihrem Grundgedanken sollen sich die Vorschriften der §§ 153 bis 163 StGB. nicht etwa gegen Mißbrauch der Anrufung Gottes durch einen Schwur oder eine eidesstattliche Ver-

sicherung, also nicht gegen Religionsverbrechen, richten, sondern sie sollen dem Schutze jedes staatlichen Verfahrens, in dem tatsächliche Verhältnisse festgestellt werden müssen, namentlich also dem Schutze der Rechtspflege, dadurch dienen, daß sie die Beweiskraft der Eidesleistungen oder eidesstattlichen Versicherungen verstärken oder sichern (RGSt. 47, 156, 158). Eidesstattliche Versicherungen, denen auf Grund der vorhandenen Verfahrensvorschriften keine Beweiskraft zuerkannt werden darf, sind daher keines Schutzes der Beweiskraft nach dem § 156 StGB. bedürftig oder würdig. Die Frage ihrer Bestrafung unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten, insbes. nach dem § 263 (gegebenenfalls i. Verb. m. § 43) StGB., ist allerdings jeweils besonders zu prüfen.

(RG., 1. StrSen. v. 4. April 1939, 1 D 98/39.)

*

8. RG. — § 181 StGB. Der Begriff des Vorschubleistens in §§ 180, 181 StGB. erfordert nicht stets eine Förderung der Unzucht durch Entfaltung einer Tätigkeit, er kann vielmehr auch durch ein bloßes Dulden der Unzucht erfüllt werden, wenn der Täter zur Verhinderung der Unzucht rechtlich verpflichtet und tatsächlich dazu in der Lage war (RGSt. 48, 196 ff.; 40, 165 ff.).

(RG., 4. StrSen. v. 25. April 1939, 4 D 237/39.)

*

9. RG. — §§ 222 Abs. 2, 230 Abs. 2 StGB. Die besondere Sorgfaltspflicht i. S. der §§ 222 Abs. 2, 230 Abs. 2 StGB. kann zwar auch demjenigen obliegen, für den das Kraftfahren nur eine Nebenverrichtung in seinem eigentlichen Beruf bildet. Nach der Rspr. des RG. muß aber der Betrieb des Kraftfahrzeugs im Rahmen des Hauptbetriebs eine fortgesetzte, auf Erzielung von Gewinn gerichtete Tätigkeit bilden, wenn er als Nebenbetrieb gelten soll, der auch bei der in seinem Rahmen ausgeübten Tätigkeit zur Beobachtung der erhöhten Sorgfaltspflicht verpflichtet. Ein solcher Nebenbetrieb muß p l a n m ä ß i g dem Erwerbsszweck, dem auch die Haupttätigkeit gilt, dienen; die nur gelegentliche Benutzung eines Kraftwagens für gewerbliche Zwecke vermag die besondere Sorgfaltspflicht nicht zu begründen (RMUrt. 3 D 566/32 v. 30. Juni 1932, 3 D 1136/32 vom 12. Dez. 1932 und 3 D 237/33 v. 27. März 1933; Höchst-RMspr. 1933 Nr. 1547).

(RG., 3. StrSen. v. 27. April 1939, 3 D 71/39.)

*

10. RG. — §§ 266, 348 StGB. Verbraucht ein Notar bei ihm hinterlegtes Geld für sich, so genügt es nicht zur Erfüllung des Erfordernisses, jederzeit eine dem verbrauchten Gelde entsprechende Summe baren Geldes zum Vorlegen zur Verfügung haben zu müssen, wenn der Notar sich zur Vorweisung der fraglichen Summe bei der Prüfung seiner Geschäftsführung das Geld von dritter Seite vorübergehend beschaffen kann. Er muß die Summe dauernd bereit haben und darüber rechtlich verfügen können.

Rechtsirrig ist die Ansicht des LG., der angeklagte Notar habe durch den Verbrauch der ihm zur Verwahrung übergebenen Gelder keine Unterschlagung begehen können, weil diese Gelder „nach den gesetzlichen und ministeriellen Bestimmungen“ sein Eigentum geworden seien. Welche Vorschriften das LG. dabei im Auge hat, ist nicht gesagt. Da die Notare in Preußen nicht Hinterlegungsstellen im Sinne der Hinterlegungsordnung sind, kommt diese nicht in Frage. Nach den vielmehr maßgebenden Vorschriften über den Verwahrungsvertrag im BGB. konnte der Angekl. gem. § 700 BGB. nur dann Eigentümer der Gelder werden, wenn sie ihm mit der ausdrücklichen Ermächtigung übergeben wurden, sie zu verbrauchen. Eine solche Ermächtigung des Angekl. durch die Einzahler ist nicht festgestellt. Ohne sie hätte der Angekl. die Gelder entweder gesondert aufbewahren oder bei einer sicheren Bank auf ein Ander-

konto einzahlen müssen, über das er nur zum Zwecke einer Auszahlung an die Berechtigten hätte verfügen dürfen (§ 2 Abschn. IV W. v. 21. Dez. 1899 und W. v. 6. Nov. 1922 [PrZMBl. 1899, 834 und 1922, 474]). Hiernach ist nicht ersichtlich, inwiefern der Angekl. Eigentümer der ihm übergebenen Gelder geworden wäre oder sie hätte für sich gebrauchen dürfen. Nur solche Gelder, die von den Einzahlern auf das eigene Konto des Angekl. eingezahlt oder überwiesen wurden, hätte er nach den genannten Bestimmungen für sich verbrauchen können, aber auch das nur, wenn er einen entsprechenden Betrag jederzeit bar vorzeigen konnte oder als jederzeit verfügbares Guthaben bei einer sicheren Bank stehen hatte.

Sollte der Angekl. mithin bar bei ihm hinterlegtes Geld unmittelbar für sich verbraucht oder etwa als Darlehn ausgegeben haben, läge der äußere Tatbestand einer Amtsunterschlagung in Tateinheit mit Untreue vor.

Soweit die hinterlegten Gelder bei einer Bank eingezahlt waren, standen die Rückzahlungsansprüche und die ausgezahlten Gelder jedenfalls wirtschaftlich den Hinterlegern zu. Der Angekl. durfte im Umfange der bei ihm hinterlegten Beträge auch über sie nicht zur Abdeckung eigener Regressverbindlichkeiten und zur Hingabe von Gefälligkeitsdarlehen verfügen. Tat er es, verließ er gegen die Treupflicht gegenüber den Auftraggebern und erfüllte den äußeren Tatbestand der Untreue, wenn er nicht imstande war, alle Hinterlegungsbeträge auf einmal sofort aus bereiten Mitteln zu erstatten.

Das LG. geht davon aus, ein „Fehlbetrag“ sei gar nicht vorhanden gewesen, da der Angekl. jederzeit einen Betrag vorweisen konnte, der der gesamten Hinterlegungssumme entspreche. Es führt dazu aus, dies habe sich aus den glaubwürdigen Befundungen der Zeugen Dr. K. und Re. ergeben. Diese Feststellung kann aber darauf beruhen, daß die StrK. sich nicht an die rechtliche Beurteilung gehalten hat, die der Aufhebung des ersten Urteils in dieser Sache zugrunde gelegt ist. Im ersten Urteil des LG. war festgestellt, die beiden Zeugen hätten zugestanden, daß sie jederzeit zur Unterstützung des Angekl. bereit gewesen wären. Hierzu ist im Urteil des Senats v. 21. April 1938 ausgeführt, daß die Urteilsfeststellungen keine ausreichende Unterlage für die Annahmen bieten, daß der Angekl. fähig gewesen sei, jederzeit aus bereiten Mitteln den Fehlbetrag auf einmal zu zahlen, da er dazu vielmehr die Hilfe seines früheren Sozius K. und seines Schwagers Re. in Anspruch nehmen mußte. Wenn diese im angef. Urteil als glaubwürdig bezeichneten Zeugen bei ihren früheren Aussagen verblieben sind — und das erscheint bei dem Fehlen jeden Hinweises auf ein Abweichen der jetzigen Befundung der Zeugen von ihrer früheren Aussage nicht ausgeschlossen —, war die StrK. an die rechtliche Beurteilung des RevG. hinsichtlich der gleichen tatsächlichen Ergebnisse wie früher gebunden. Das LG. mußte alsdann bei der Frage der Anwendbarkeit des § 266 StGB. hinsichtlich der möglichen Hilfe des K. und Re. davon ausgehen, daß dadurch der Angekl. nicht als fähig zu erachten war, jederzeit aus bereiten Mitteln den ganzen Fehlbetrag auf einmal zu erstatten.

Die StrK. hat ferner den Vorwurf der Untreue oder Unterschlagung verneint, weil nicht festzustellen sei, daß dem Angekl. seine Verpflichtungen bekannt gewesen seien. Diese Annahme kann indes darauf beruhen, daß die StrK. es unterlassen hat, sich selbst von dem Inhalt der maßgebenden Vorschriften Kenntnis zu verschaffen. Sie hätte dann gesehen, daß es sich dabei um die grundlegenden Vorschriften über die Amtsführung der Notare in Preußen handelt. Außerdem hebt das LG. aber hervor, der Angekl. sei sich bewußt gewesen, bei Verwendung eingezahlter Gelder jederzeit in der Lage sein zu müssen, sofort einen den Geldern entsprechenden gleich hohen Betrag vorzuweisen. Damit will das LG. offenbar sagen, daß der Angekl. sein

von den Zeugen K. und Re. bezeugtes Verhalten für zulässig gehalten hat. Der hinsichtlich der Beurteilung dieser Zeugenaussagen mögliche Fehler im Urteil kann sich somit auch hier ausgewirkt haben. Das Erfordernis, daß der Notar eine dem verbrauchten Geld entsprechende Summe baren Geldes zum jederzeitigen Vorlegen, Vorweisen bereit haben muß, bedeutet nicht, daß er sich etwa das Geld von dritter Seite zum Vorweisen bei der Prüfung seiner Geschäftsführung vorübergehend beschaffen kann. Er muß die fragliche Summe dauernd bereit haben und darüber rechtlich verfügen können. Nur darin ist die von dem Notar zu fordernde ausreichende Sicherung seiner Treuegeber zu erblicken. War sich der Angekl. bewußt, in diesem Sinne zur Vorlegung in der Lage sein zu müssen, hätte er gegen das ihm bekannte Pflichtgebot verstoßen, wenn er lediglich die Hoffnung hatte, von Dritten das Geld im Bedarfsfalle leihen zu können.

(RG., 2. StrSen. v. 27. April 1939, 2 D 49/39.)

*

**** 11. RG. — § 266 StGB. Besonders schwerer Fall der Untreue bei Unterschlagung von 6500 RM NSB.-Geldern durch Amtswalter der NSB. — Besonders schwer kann eine Untreue auch dann sein, wenn sie nach den Beweggründen und Begleitumständen strafwürdiger ist als ein Durchschnittsfall von Untreue.**

Die Rev. der StA. wendet sich nur dagegen, daß die StrK. das Vorliegen eines besonders schweren Falles der Untreue verneint hat. Das Rechtsmittel ist begründet.

Der Angekl. hat in der Zeit vom 1. Mai 1937 bis 17. Aug. 1938 im ganzen 6550 RM aus der von ihm verwalteten Kreisamtskasse der NSB. veruntreut. Das Geld hat er „in der Hauptsache in leichtsinniger Weibergesellschaft verzehrt“. Er hat mit den veruntreuten Geldern „geradezu gewüflet“, in einer Nacht hat er allein 200 RM, in einigen anderen Nächten jedesmal 100 RM ausgegeben.

1. Das LG. meint, eine Schädigung des Wohles des Volkes in wirtschaftlicher Hinsicht oder ein besonders großer Schaden dieser Art läge nicht vor. Der veruntreute Betrag sei im Vergleich zu dem „Vermögen“ der NSB. des Kreises von 30 000 RM „immer noch als niedrig“ anzusehen. Jedenfalls habe das Fehlen der 6550 RM keine „spürbare Einwirkung auf den gesamten Betrieb der NSB.-Kreisleitung“ gehabt. Hinzukomme, daß sich die Tat des Angekl. auf reichlich ein Jahr erstrecke, „der auf den Monat oder den Tag entfallende Betrag“ — der an anderer Stelle des Urteils auf rund 540 RM und auf rund 20 RM berechnet wird — „erscheine“ „also im Vergleich zu dem Gesamtvermögen der NSB.-Kreisleitung noch geringer“.

Diese Erwägungen sind rechtsirrig.

Ob bei einer Veruntreuung von NSB.-Geldern eine Schädigung des Wohles des Volkes in wirtschaftlicher Hinsicht vorliegt, bestimmt sich nicht in erster Linie nach dem Vergleich des Gesamtvermögens, das der betreffenden Dienststelle zur Verfügung steht, mit dem veruntreuten Betrage. Entscheidend ist vielmehr, ob durch die Veruntreuung unter Berücksichtigung der für die Vermögensverwaltung der NSB. maßgebenden Grundsätze eine nicht geringfügige Zahl von Volksgenossen insofern fühlbar wirtschaftlich beeinträchtigt worden ist, als ihnen infolge des Fehlens der veruntreuten Gelder Unterstützungen versagt geblieben sind, die ihnen sonst zuteil geworden wären (RGSt. 68, 218, 220 = ZB. 1934, 2147¹⁷ m. Anm.; RG-Urt. v. 11. Dez. 1934, 1 D 1329/34; ZB. 1935, 944²⁸; vom 27. Nov. 1935, 6 D 439/35; ZB. 1936, 455²⁰; v. 12. Dez. 1938, 2 D 719/38; ZB. 1939, 402⁹). In dieser Richtung hat das LG. den Sachverhalt nicht geprüft.

Überdies ist auch nicht einzusehen, daß der veruntreute

Betrag bei einem Vergleich mit dem „Gesamtvermögen“ des Kreises als niedrig anzusehen sei. Er beträgt vielmehr ein Fünftel dieses „Vermögens“. Die tatsächlichen Ausführungen der Gegenerklärung des Angekl. hierzu, die übrigens nicht das „Vermögen“, sondern die Gesamteinahmen des Kreises der NSD. im Auge zu haben scheinen, können hier nicht beachtet werden.

Es steht auch der Annahme einer Schädigung des Wohles des Volkes nicht entgegen, daß der „Betrieb“ der NSD.-Kreisleitung durch die Veruntreuung nicht spürbar beeinträchtigt worden ist. Allerdings ist anzunehmen, daß die verwaltende und betreuende Tätigkeit der NSD. des Kreises G. auch während und nach der Tat des Angekl. ihren Fortgang genommen hat, ohne auch nur zeitweise zum Stillstand zu kommen. Darauf kommt es aber nicht allein an, sondern, wie bereits aus dem oben Gesagten hervorgeht, wäre das Wohl des Volkes in wirtschaftlicher Hinsicht schon dann geschädigt, wenn der mit der Einrichtung der NSD. bezweckte Erfolg in dem Bezirk infolge Schwägerung der Unterstützungen für eine nicht geringfügige Zahl von hilfsbedürftigen Volksgenossen spürbar beeinträchtigt worden wäre. Das aber liegt bei der Höhe des veruntreuten Betrages sehr nahe.

Schließlich ist es verfehlt, die Gesamteinbuße der NSD. deshalb als weniger groß zu bezeichnen, weil sie bei der Umrechnung auf den Monat und Tag im Verhältnis zu dem Gesamtvermögen als „noch geringer“ erscheint. Wie hoch sich der auf den einzelnen Monat oder Tag entfallende Teil der veruntreuten Gelder beläuft, ist ganz unwesentlich. Die Höhe des Schadens kann nur beurteilt werden nach dem Gesamtbetrag, den der Angekl. veruntreut und damit dem Kreis der hilfsbedürftigen Volksgenossen entzogen hat. Zu vermissen ist bei dieser Betrachtungsweise namentlich auch eine Würdigung des Umstandes, daß das Fortsehen der Veruntreuungen ein ganzes Jahr hindurch andererseits auf ein erhebliches Maß verbrecherischen Willens hindeutet, wie die Rev. der StA. mit Recht hervorhebt.

Die Strk. wird daher die Frage, ob die Tat des Angekl. eine Schädigung des Wohles des Volkes in wirtschaftlicher Hinsicht oder einen besonders großen Schaden zur Folge gehabt hat, unter den bezeichneten Gesichtspunkten nach allen Richtungen hin erneut zu prüfen haben.

2. In der neuen Hauptverhandlung wird das LG. auch Gelegenheit haben, eingehender als es bisher geschehen ist, zu untersuchen, ob die Tat des Angekl. das Ansehen der NSD. geschädigt hat.

In den Ausführungen zur Strafzumessung weist das LG. selbst auf die überaus leichtsinnige und verwerfliche Handlungsweise des Angekl. hin, der die ihm anvertrauten NSD.-Gelder im wesentlichen nur zur Befriedigung seiner persönlichen Genußsucht an sich genommen und sie für diesen Zweck geradezu verschleudert hat. Dabei habe er gewußt, daß das Geld dazu dagewesen sei, die Not der armen Bevölkerung zu lindern. Das in ihn gesetzte Vertrauen habe er auf das schmählteste mißbraucht.

Bei einem solchen Sachverhalt wird das Vorliegen einer Schädigung des Ansehens der NSD. nicht damit verneint werden können, diese sei in ihrem Ansehen so gesichert, daß die Tat des Angekl. keinen wesentlichen Schaden habe anrichten können. Vielmehr muß davon ausgegangen werden, daß eine so verwerfliche Tat geeignet ist, in der Öffentlichkeit Empörung hervorzurufen und die Gefreudigkeit der Bevölkerung ungünstig zu beeinflussen.

Das LG. meint zwar, es ließe sich auch „deshalb nicht mit Sicherheit“ feststellen, ob eine „ideelle Schädigung“ des Wohles des Volkes eingetreten sei, weil nur wenige von der Tat Kenntnis erhalten haben könnten. Es liegt allerdings eine ideelle Schädigung des Wohles des Volkes dann noch nicht vor, wenn nur eine entfernte

Möglichkeit besteht, daß die Tat allgemein bekannt werden und dadurch die schädigende Wirkung eintreten könnte. Es genügt jedoch, wenn den Umständen nach die naheliegende Gefahr besteht, daß die Tat — etwa auf Grund der üblichen Durchführung eines Strafverfahrens — in weiteren Kreisen bekannt wird und daß es infolgedessen zu einer ernstlicheren Schädigung des Ansehens der NSD. in dem fraglichen Bezirk kommen werde. Schon ein solcher für das Ansehen der NSD. bestehender naheliegender Gefahrenzustand kommt einer Schädigung ihres Ansehens gleich (RGWrt. v. 1. Okt. 1935, 1 D 248/35; JW. 1935, 3469²⁰). Die Strk. wird den Sachverhalt daher auch in dieser Richtung erneut zu prüfen haben.

3. Ein besonders schwerer Fall der Veruntreuung kann übrigens auch dann angenommen werden (§ 266 Abs. 2 Satz 1 StGB.), wenn zwar keines der drei in Abs. 2 a. a. D. hervorgehobenen Beispiele vorliegt, aber die Tat nach dem Beweggrund, nach der Art der Verwendung des veruntreuten Geldes und nach den übrigen Umständen erheblich strafwürdiger ist als ein Durchschnittsfall der Untreue (vgl. dazu RGSt. 69, 164, 169 = JW. 1935, 1937⁷). Die Urteilsgründe legen die Vermutung nahe, daß die Strk. sich hierüber im Irrtum befunden hat.

4. In der Rspr. ist anerkannt, daß bei der Frage, ob ein besonders schwerer Fall anzunehmen sei, auch die Persönlichkeit des Täters und die gesamten Umstände der Tat zu berücksichtigen sind. Das gilt auch dann, wenn es sich um eine Schädigung des Wohles des Volkes oder um einen besonders großen Schaden handelt (RGSt. 69, 240, 242 = JW. 1935, 2964²⁸; auch das nichtveröffentlichte Urteil v. 12. Jan. 1937, 1 D 444/36). U. a. hat das RG. darauf hingewiesen, daß Not, Verführung, Leichtsinns sowie Mangel an Überlegung und Lebenserfahrung infolge jugendlichen Alters eine Tat, die an sich äußerst verwerflich sei, in milderem Lichte erscheinen lassen könne. Alle diese Umstände liegen hier aber, soweit bisher ersichtlich ist, nicht vor. Von einem Handeln aus Not kann keine Rede sein. Der Angekl. stand zur Tatzeit auch bereits in reiferem Alter. Er war etwa 30 Jahre alt. Ob die hier im übrigen von der Strk. bei der Strafzumessung zugunsten des Angekl. angeführten Umstände: Geständnis, Reue, gewisse Abhängigkeit von seinem Verhältnis, mangelnde Aufsicht, nachträgliche Deckung der veruntreuten Summe in Höhe von 1100 RM und gewisse Verdienste als älteres Parteimitglied, so sehr zugunsten des Angekl. ins Gewicht fallen, daß sie seiner überaus verwerflichen und gewissenlosen Tat das Merkmal eines besonders schweren Falles zu nehmen vermögen, wird das LG. in der neuen Verhandlung auf der rechtlich einwandfreien Grundlage erneut zu prüfen haben. Es wird dabei nicht außer acht lassen können, daß der Angekl. Amtsträger einer Organisation war, deren Aufgabe darin besteht, die aus dem Opferinn der Gesamtbevölkerung zusammengebrachten Mittel zum Besten der hilfsbedürftigen Volksgenossen zu verwalten und zu verwenden, und daß er gerade diese Amtstellung, in die er auf Grund des Vertrauens berufen wurde, das man ihm als alten Kämpfer der Bewegung entgegenbrachte, dazu mißbraucht hat, so erhebliche Mittel zur Befriedigung eigener Genußsucht zu entnehmen. Es wird ferner zu berücksichtigen sein, soweit die früheren Verdienste des Angekl. um die Bewegung in Betracht kommen, daß er die Grundsätze, für die er als altes Parteimitglied gekämpft hat, durch seine Tat völlig verraten hat. Er ist deshalb auch aus der Partei ausgeschlossen. Der wirtschaftliche Schaden ist nur zu einem Bruchteil wiedergutmacht. Die geringe Aufsicht, die das Gericht weiter zugunsten des Angekl. berücksichtigt, beruhte auf dem ihm entgegengebrachten Vertrauen, das er aufs schwerste mißbraucht hat. In die Abhängigkeit von seinem Verhältnis kann er sich wohl nur leichtfertig begeben haben. Das RevG. vermag daher keinesfalls aus dem Urteil zu entnehmen, daß ein besonders

schwerer Fall hier im Ergebnis zu Recht verneint worden wäre.

Das Urteil muß deshalb im Strafausspruch aufgehoben werden.

Bei der neuen Entsch. wird die Strk. auch zu beachten haben, daß nach der neueren Rspr. des RG. für eine Geldstrafe auch dann eine Ersatzfreiheitsstrafe bestimmt werden muß, wenn die Geldstrafe als durch die Untersuchungshaft verbüßt gerechnet wird (RGUrt. vom 12. April 1937, 3 D 971/36: DZ. 1937, 819 = JW. 1937, 1835¹²¹; v. 20. Sept. 1938, 4 D 142/38: JW. 1938, 3107¹⁰).

(RG., 4. StrSen. v. 18. April 1939, 4 D 166/39.)

*

**** 12. RG. — § 330 a StGB. Auch der „pathologische“ Rausch kann die Grundlage für eine Bestrafung aus § 330 a StGB. bilden. In solchen Fällen bedarf aber die Prüfung des inneren Tatbestandes besonderer Sorgfalt. †)**

I. Der Angekl. hatte am 1. Juni 1938 den ganzen Tag über 11½ Stunden mit seinem Arbeitskameraden Sch. im Steinbruch gearbeitet und zusammen mit ihm in den Arbeitspausen sowie dann abends noch in drei Wirtshäusern einige Glas Bier, insgesamt etwas über 4 Liter getrunken, worauf er in der letzten Wirtshaus am Tisch eingeschlafen war. Von Sch. an der Nase gepackt, schreckte er aus dem Schlaf auf, wurde gegen Sch. tätlich, von diesem zu Boden geworfen und im weiteren Verlauf vom Wirt und einigen Gästen aus der Wirtshaus hinausbefördert. Dabei erhielt er mehrere Schläge mit der Hand ins Gesicht. Draußen gab es zwischen ihm und Sch. noch einen Wortwechsel; kurz darauf folgte der Angekl. dem heimgehenden Sch. und erstach ihn — offenbar nach kurzem Handgemenge — auf der Straße.

Das SchwG. stellt auf Grund des Sachverständigen-gutachtens fest, daß sich der Angekl. zur Zeit der Tat in einem „pathologischen Rauschzustand“ und damit in einem Zustand der Bewußtseinsstörung i. S. des § 51 Abs. 1 StGB. befunden habe, der auf den Alkoholgenuß des Angekl. „in Verbindung mit dem Erregungszustand zurückzuführen sei, in den er durch das plötzliche Erwecktwerden aus dem Schlaf und die sich daran anschließenden Ereignisse“ geraten sei. Er könne daher für die Tat nicht verantwortlich gemacht werden.

Eine Bestrafung nach dem § 330 a StGB. komme nicht in Frage, weil der die Zurechnungsunfähigkeit begründende Zustand des Angekl. nicht allein durch den Alkoholgenuß, der gar nicht besonders groß gewesen sei, sondern auch noch durch andere hinzutretende Umstände herbeigeführt worden sei.

Da der Angekl. auch schon früher ähnliche Zustände, nur nicht mit so unglücklichem Ergebnis, durchgemacht habe, bestehe, solange er nicht gelernt habe, auf Alkoholgenuß völlig zu verzichten, die Gefahr der Wiederholung eines solchen Zustandes und damit ähnlicher Taten, so daß die Öffentlichkeit vor ihm geschützt werden müsse. Da er kein Gewohnheitstrinker sei, komme hierfür nur die Unterbringung in einer Heil- oder Pflanzanstalt in Frage, auf die das SchwG. deshalb unter Freisprechung von der Anklage wegen Totschlags erkannt hat.

II. Die Nichtanwendung des § 330 a StGB. auf diesen Sachverhalt gibt zu rechtlichen Bedenken Anlaß.

1. Zwar ist es nicht grundsätzlich zu beanstanden, daß das SchwG. in Anlehnung an das Urteil des RG. RGSt. 70, 85 = JW. 1936, 1131⁸ den § 330 a dann nicht für anwendbar erklärt, wenn die Zurechnungsunfähigkeit außer durch den Alkoholgenuß noch durch andere hinzutretende Umstände verursacht worden ist. Der erf. Sen. hat jedoch schon in seinem Urteil v. 6. April 1937, 1 D 194/37

= HöchstRspr. 1938 Nr. 190 ausgesprochen, daß hier — vorbehaltlich der anderen Frage, ob der Angekl. vor dem Trinken im vollen oder doch nicht erheblich geminderten Besitz der Zurechnungsfähigkeit war — nur solche zum Alkoholgenuß hinzutretenden weiteren Umstände berücksichtigt werden können, die durch äußere Tatsachen herbeigeführt worden sind. Dagegen scheidet § 330 a StGB. nicht schon dann aus, wenn die Volltrunkenheit, d. h. die auf den Alkoholgenuß hin eintretende Zurechnungsunfähigkeit, auf eine besondere Veranlagung des Täters zurückzuführen ist, z. B. auf eine besonders starke Empfindlichkeit gegenüber dem Alkohol, mag diese nun ihre Grundtöne mehr auf dem Gebiet des Körperlichen haben, wie etwa im Fall starker Ermüdung oder Erschöpfung, oder mehr auf dem Gebiet des Psychischen oder auf beiden (vgl. auch RGSt. 73, 11 = JW. 1939, 545¹² m. Anm.). Daraus ergibt sich, daß auch der — regelmäßig auf dem Boden einer entsprechenden persönlichen Veranlagung („Disposition“) beim Täter entstehende — „pathologische Rausch“ die Grundlage für eine Bestrafung nach § 330 a StGB. bilden kann. Ihn als solchen zu erkennen, gegebenenfalls von anderen Dämmerzuständen abzugrenzen, kann gleichwohl für den Tatrichter notwendig werden, um zu ermitteln, ob einer im Einzelfall festgestellten Zurechnungsunfähigkeit ein (gewöhnlicher oder pathologischer) Alkoholausbruch oder andere Ursachen (z. B. Schlaftrunkenheit, Blutkoller [RGSt. 70, 85 = JW. 1936, 1131⁸] o. ä. zugrunde liegen.

Handelt es sich um einen „pathologischen“ Rausch, so wird der innere Tatbestand i. S. des § 330 a StGB., ob sich also der Täter schuldhaft in diesen Rauschzustand versetzt hat, einer besonders sorgfältigen Untersuchung bedürfen.

2. Wie von dieser Grundlage aus der vorl. Fall zu beurteilen ist, ist nach den bisherigen Feststellungen des SchwG. nicht ganz unzweifelhaft.

Das SchwG. scheint die Entsch. RGSt. 70, 85 im Auge zu haben und einen solchen äußeren, zum Alkoholgenuß hinzutretenden Umstand in dem Erregungszustand sehen zu wollen, „in den der Angekl. durch das plötzliche Erwecktwerden aus seinem Schlaf und die sich daran anschließenden Ereignisse geraten ist“. Zweifelhaft erscheint hier schon, ob man den „Erregungszustand“ als Ursache und nicht vielmehr als eine Folge der Zurechnungsunfähigkeit anzusehen hätte.

Jedenfalls ist hierbei zu berücksichtigen, daß auch ein völlig Berauschter nur selten ohne jede Anregung von der Außenwelt her Handlungen — strafbarer oder nicht strafbarer Art — begehen wird.

Sieht man von den — hier nicht in Frage kommenden — Fällen ab, in denen der Rausch schon zur Abstumpfung oder zur völligen Ausschaltung der Sinne und damit zur Unempfindlichkeit gegenüber äußeren Einflüssen geführt hat, so pflegt vielmehr auch ein Berauschter, wenn nicht regelmäßig, so doch sehr häufig so lange ungefährlich zu sein, bis ihn irgendein äußeres Ereignis zum Handeln anregt, sei dies nun ein Wort, ein Schlag oder ein anderer sein Gefühlsleben berührender Vorgang.

Die seelische Haltung und die Handlungsweise des Berauschten kennzeichnet sich nun gerade dadurch, daß er auf solche Reize der Außenwelt in ganz besonderer, entweder übermäßig starker und plötzlicher Weise oder aber in falscher Richtung antwortet („reagiert“), daß er für solche Außeneinflüsse besonders „ansprechbar“ ist und sich deshalb durch sie zur „Rauschtat“ hinreißen läßt.

Es geht nicht an, alle solchen Reize der Außenwelt deshalb, weil sie — neben dem Genuß der geistigen Getränke — an der Entstehung der Zurechnungsunfähigkeit mitbeteiligt waren, zu den Umständen zu rechnen, die der Anwendbarkeit des § 330 a StGB. entgegenstünden. Denn

sie sind in Wahrheit nicht selbständige, zum Alkoholgenuß hinzukommende Ursachen der Zurechnungsunfähigkeit und damit der Rauschtat, sondern nur der Anlaß, der den bereits bestehenden Alkoholrausch auslöst, seine Wirkung in Erscheinung treten läßt.

Man würde sonst dem Sinn des § 330a StGB. nicht gerecht werden und seiner Anwendbarkeit die große Mehrzahl der Fälle entziehen, die er gerade treffen will.

3. Geht man von diesen Gedankengängen aus, so zeigt der vorl. Fall die Besonderheit, daß der von der Außenwelt kommende Anreiz den Angekl. schlafend getroffen und ihn erst in den wachen Zustand versetzt hat.

a) Es wäre durchaus denkbar, daß das plötzliche Erwachtwerden und Ausschrecken aus dem Schlaf nach den Anstrengungen des vorangegangenen Tages den Angekl. zunächst nur zu einer Art von Schlaftrunkenheit hätte gelangen lassen, die ihrerseits einen selbständigen Beitrag zur Entstehung von Zurechnungsunfähigkeit hätte liefern, diese also — allein oder zusammen mit dem zuvor genossenen Alkohol — beim Angekl. hätte herbeiführen können. Bei solcher Sachlage könnte, ähnlich wie in dem RGSt. 70, 85 = JW. 1936, 1131^o entschiedenen Fall des Blutkollers, eine Bestrafung nach § 330a StGB. ausscheiden.

b) Es ist aber ebenfugot möglich, daß dieses Aufgeschrecktwerden nicht grundsätzlich anders geartet war und auch keine grundsätzlich andersartigen Wirkungen beim Angekl. hervorgerufen hat, als andere, von außen an einen Betrunknen herantretende Reize oder Ereignisse, ihn also lediglich aus seiner Berauschtigkeit heraus hat tätig werden lassen. Bei solcher Sachlage wäre eine Bestrafung nach dem § 330a StGB., falls dessen übrige Voraussetzungen erfüllt wären, an sich möglich.

Die Urteilsausführungen lassen nicht erkennen, ob das SchwG. den Sachverhalt unter diesem Gesichtspunkt geprüft hat; er bedarf daher nochmaliger tatrichterlicher Untersuchung.

(RG., 1. StrSen. v. 14. März 1939, 1 D 76/39.)

Anmerkung: I. Der 6. StrSen. des RG. hatte in seiner Entsch. v. 22. Jan. 1936 (RGSt. 70, 85 = JW. 1936, 1131^o) ausgesprochen, daß aus § 330a StGB. nur bestraft werden könne, wenn der Rauschgiftgenuß die alleinige Ursache des Zustandes der Zurechnungsunfähigkeit sei. Der 1. StrSen. hatte dies sehr bald dahin eingeschränkt, daß nur äußere, zum Rauschgiftgenuß hinzutretende Tatsachen als solche die Verantwortlichkeit aus § 330a ausschließende Mitursachen berücksichtigt werden könnten, so daß also insbesondere der auf Alkoholintoleranz beruhende pathologische Rausch Grundlage für eine Bestrafung aus § 330a bilden könne. Die vorliegende Entsch. schränkt den vom 6. StrSen. aufgestellten Grundsatz noch weiter ein, indem sie auch äußere Tatsachen nur dann als strauszuschließend berücksichtigen will, wenn sie einen selbständigen Beitrag zur Entstehung der Zurechnungsunfähigkeit liefern.

Diese Stellungnahme ist im Ergebnis zu billigen. Den Fällen, die zur Entscheidung standen, war folgendes gemeinsam. Der Täter war vollberauscht; er hatte auch in diesem Zustand eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen. Aber es war gewiß oder wenigstens möglich, daß der Täter unter Einflüssen stand, die einen Zustand (Blutkoller, Schlaftrunkenheit) herbeiführten, der seine Zurechnungsfähigkeit auch dann ausgeschlossen hätte, wenn er nüchtern gewesen wäre. Nun soll § 330a StGB. eine strafrechtliche Haftung begründen in Fällen, in denen alle Voraussetzungen der Strafbarkeit gegeben sind bis auf den Mangel der Zurechnungsfähigkeit infolge des Rauschgiftmißbrauchs. Nicht aber soll sie eine Bestrafung ermöglichen, wenn der Täter auch abgesehen von seinem Vollrausch sich nicht strafbar gemacht hätte. Das ist zweifellos dann der

Fall, wenn der Täter unter Einflüssen gehandelt hat, die ihn auch in nüchternem Zustande nicht anders hätten handeln lassen und zugleich seine Zurechnungsfähigkeit ausgeschlossen hätten. Wer etwa in Schlaftrunkenheit eine Gewalttat begeht, für die er nicht verantwortlich gemacht werden kann, der kann nicht deshalb strafbar sein, weil er zufällig dabei auch berauscht war.

Nun werden freilich Fälle, in denen die Ursächlichkeit der Berauschung für die Begehung der mit Strafe bedrohten Handlung nicht gegeben ist, selten sein. Regelmäßig wird es so liegen, daß der Täter auf äußere Einflüsse infolge Rauschgiftgenusses anders als gewöhnlich anspricht und dadurch zur Tat veranlaßt wird. Und hier erscheint es dann zweifelhaft, ob der Täter, wenn seine Tat außer durch den Rauschgiftmißbrauch auch durch andere Umstände, für die er nichts kann, mitverursacht worden ist, aus § 330a verantwortlich gemacht werden kann.

Die heutige Fassung des § 330a ermöglicht es nicht ohne weiteres, den eben angestellten Erwägungen Rechnung zu tragen. Denn da die Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung nur Strafbarkeitsbedingung ist, kommt es auf die Ursächlichkeit des Rausches für ihre Begehung nicht an (vgl. Gerland: JStW. 55, 800 f.). Das RG. stellt in seinen Entsch. auch nicht darauf, sondern auf die Verursachung des Zustandes der Zurechnungsunfähigkeit ab. Aber die Fassung des § 330a bietet für eine Einschränkung i. S. der reichsgerichtlichen Entsch. in Wirklichkeit auch keinen Anhalt. Denn sie verlangt nur, daß der Rauschgiftgenuß ursächlich für den Ausschluß der Zurechnungsfähigkeit ist. Daß er ausschließlich ursächlich sein müsse, ist nicht gesagt und widerspräche aller hergebrachten Auslegung des Kausalbegriffes.

Die Ursächlichkeit des Rauschgiftgenusses für die Zurechnungsunfähigkeit vermittelt sie in der Regel auch für die Rauschtat. Aber es ist doch möglich, daß sie für die Rauschtat fehlt, weil eben der Täter auch in nüchternem Zustand die Tat begangen hätte, während sie für den Rausch gegeben ist. Auch im Falle der Übereinstimmung kann die Sachlage sehr verschieden sein. Keine Schwierigkeit bereiten die Fälle, in denen der Täter schon zurechnungsunfähig war, als er Rauschgift zu sich nahm. Denn dann kann er für die Tat des Sichberauschens natürlich nicht verantwortlich gemacht werden. Es kann ferner sein, daß Rauschgiftmißbrauch und andere äußere Reize so zusammentreffen, daß jeder für sich den Zustand der Zurechnungsunfähigkeit herbeizuführen vermochte. Es ist aber auch möglich, daß erst ihr Zusammenwirken diesen Erfolg hatte, während weder der Rauschgiftmißbrauch noch die sonstigen Einflüsse für sich allein die Zurechnungsunfähigkeit bewirkt hätten. Dabei ist sowohl denkbar, daß die Zurechnungsunfähigkeit entsteht, weil der Rauschgiftgenuß auf einen durch äußere Umstände dafür besonders empfänglich gewordenen Täter trifft, wie auch, daß der Täter infolge des Rauschgiftgenusses auf äußere Reize ungewöhnlich anspricht.

In den Fällen, in denen unter gewöhnlichen Umständen der Rauschgiftgenuß für sich allein nicht genügt hätte, Zurechnungsunfähigkeit herbeizuführen, erscheint es nun aber ungerecht, den Täter verantwortlich zu machen, wenn er eine Rauschtat begeht. Das ist wohl der tragende Gedanke gewesen, welcher der Entsch. RGSt. 70, 85 = JW. 1936, 1131^o zugrunde liegt. Aber seine Berücksichtigung kann nicht auf dem Wege über die Ursächlichkeit gefunden werden. Ursächlich für die Zurechnungsunfähigkeit ist der Rauschgiftgenuß auch in diesen Fällen, denn er kann nicht hinweggedacht werden, ohne daß sie entfielen. Es würde einen Rückfall in heute glücklich überwundene Kausaltheorien bedeuten, wenn man das nicht anerkennen würde. Es handelt sich hier vielmehr um die Frage des inneren Tatbestandes beim Sichberauschen. Wenn der Täter beim Rauschgiftgenuß mit der Möglichkeit un-

gewöhnlicher Umstände, unter deren Einfluß der Rauschgiftgenuß zur Zurechnungsunfähigkeit führen kann, nicht rechnen konnte und mußte, fehlt es an der Fahrlässigkeit des Sichberauschens. Das ist für Alkoholintoleranz anerkannt (HöchstRRspr. 1938 Nr. 190). Es kann aber auch für äußere, hinzutretende Umstände nichts anderes gelten. Gerade wenn es sich bei der Rauschthat um eine Reaktion handelt, die für eine unter Alkoholeinfluß stehende Person typisch ist, wird die Fahrlässigkeit in der Regel zu bejahen sein.

Wir kommen damit zu folgendem Ergebnis: Bei Rauschgiftgenuß, der nur infolge ungewöhnlicher Umstände Zurechnungsunfähigkeit bewirkt, ist mit besonderer Sorgfalt zu prüfen, ob der innere Tatbestand des Sichberauschens vorliegt. Im übrigen tritt, unabhängig vom Grade des Rauschgiftgenusses, eine Verantwortlichkeit des Täters nicht ein, wenn der Rauschgiftmißbrauch für die Rauschthat nicht ursächlich war und der Täter abgesehen vom Vollrausch für sie nicht verantwortlich wäre.

II. Auch diese Entsch. des RG. zeigt Schwierigkeiten bei der Anwendung des § 330 a auf, die trotz mehr als fünfjähriger Geltung der Bestimmung immer noch nicht übermunden sind. Zu ihrer Lösung verwendet das RG. Gedanken, die in der Fassung des Gesetzes keine Stütze finden, und bewegt sich dabei in einer Richtung, die noch deutlicher bei der Frage des inneren Tatbestandes der Rauschthat in Erscheinung tritt. Hier stellt es ohne Anhalt im Gesetz und trotz aller dogmatischen Bedenken bei Erfolgsdelikten immer deutlicher darauf ab, ob der Irrtum des Täters durch den Rausch verursacht ist oder nicht (RGSt. 73, 11 = JW. 1939, 545¹²). All das ist ein Zeichen dafür, daß die Rauschthat für die strafrechtliche Haftung doch mehr bedeutet als eine bloße Bedingung der Strafbarkeit und daß mit dieser vom Gesetz gewählten Rechtsfigur die befriedigende Lösung des Problems der Bestrafung der Rauschtäter noch nicht gefunden ist.

Prof. Dr. von Weber, Bonn.

*

13. RG. — § 332 StGB. Voraussetzung ist, daß die Amtshandlung, für die der Täter sich bezahlen läßt, überhaupt als solche nach Lage der Dinge vorgenommen werden kann. Im übrigen kommt es nicht darauf an, ob der Beamte die Handlung vornehmen kann oder will und ob sie unmittelbar zu seinem Arbeitsgebiet gehört.

Zwar kommt es für die Anwendbarkeit des § 332 StGB. weder darauf an, ob der Beamte die mit der Gewährung von Vorteilen verbundene Amtshandlung vornehmen kann oder will, noch auch darauf, ob das Dienstgeschäft unmittelbar zu seinem Arbeitsgebiet gehört. Es genügt vielmehr, daß das Dienstgeschäft, welches der Beamte käuflich vornehmen will, zum Geschäftsbereich seiner Behörde gehört, und daß die Bearbeitung solcher Angelegenheiten ihrer Art nach in das Amt einschlägt, das der Beamte bekleidet, auch wenn durch die Geschäftsverteilung gerade die fragliche Amtshandlung einem anderen Beamten zugewiesen ist (vgl. RGSt. 39, 193; 72, 70, 72 = JW. 1938, 797; RGUrt. 1 D 722/34 v. 8. Aug. 1934: DStR. 1934, 346). Notwendig aber ist in jedem Falle, daß die Amtshandlung, für die der Täter sich bezahlen läßt, als solche nach der Lage der Dinge überhaupt vorgenommen werden kann.

Ist dies nicht der Fall, so kommt zweierlei in Betracht:

- a) Hat der Täter in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, einem anderen vorgespiegelt, zur Vornahme der Amtshandlung in der Lage zu sein, so ist er, sofern auch die übrigen Voraussetzungen des § 263 StGB. vorliegen, wegen Betruges zu bestrafen.
- b) Hat der Täter dem anderen die Vornahme der

Amtshandlung angedroht, d. h. mit der Amtshandlung die Zufügung eines Übels angekündigt, so ist er unter der Voraussetzung, daß auch im übrigen die Tatbestandsmerkmale des § 253 StGB. gegeben sind, wegen Erpressung oder, wenn in der Handlung die Androhung eines Mißbrauchs der Amtsgewalt zu erblicken ist, wegen Verbrechens nach § 339 StGB. zu bestrafen.

(RG., 3. StrSen. v. 24. April 1939, 3 D 97/39.)

*

14. RG. — §§ 350, 266 StGB. — Untreue, Unterschlagung im Amte. Bei einem Beamten oder Angestellten der Reichsbahn ist nach seinem Dienstverhältnis das Recht ausgeschlossen, sich für seine Forderungen gegen die Reichsbahn dadurch bezahlt zu machen, daß er mit ihnen gegen die Forderung der Reichsbahn auf Ablieferung der im Dienste eingenommenen Gelder aufrechnet und das eingenommene Geld nicht abliefern; amtlich eingenommenes Geld ist nicht vertretbar.

(RG., 4. StrSen. v. 28. April 1939, 4 D 119/39.)

*

**** 15. RG. — § 4 Preisbildungsg.; PreisstopV.D.; § 32 Schlachtviehverkehrsv.D.** Durch die PreisstopV.D. ist jeder an einer Preiserhöhung Beteiligte mit Strafe bedroht und nach den Einzelgesetzen strafbar, wenn auch in diesen jeweils nur ein Beteiligter (Verkäufer) mit Strafe bedroht ist.

1. § 32 der V.D. zur Regelung des Verkehrs mit Schlachtvieh v. 27. Febr. 1935 (RGBl. I, 301) bedroht grundsätzlich nur denjenigen mit Strafe, der beim Verkauf auf den zulässigen Preis überschritten hat (vgl. RGSt. 70, 344 = JW. 1937, 174³⁷). Die Strk. ist nun der Auffassung, daß durch § 4 des Gesetzes zur Durchführung des Vierjahresplanes v. 29. Okt. 1936 (Preisbildungsg. RGBl. I, 927) und die ÜberleitungsV.D. zu diesem Gef. vom 26. Nov. 1936 (RGBl. I, 955) auch der Käufer in den Kreis der mit Strafe bedrohten Personen einbezogen worden sei. Sie beruft sich hierbei auf eine W. des Reichsjustizministers v. 16. Febr. 1937, 7020/2 — II a 4 66 (DZ. 1937, 264).

Diese Auffassung der Strk. ist rechtsirrig. § 4 Preisbildungsg. v. 29. Okt. 1936 stellt keine unmittelbare Strafandrohung dar. Die Vorschrift enthält vielmehr lediglich eine Ermächtigung, gegebenenfalls Strafvorschriften in dem weiten Rahmen des § 4 zu erlassen (vgl. Wohlgaupt-Kentrop-Bertelsmann, „Preisbildungsvorschriften“ 1938, I 9 S. 24). Es ist demnach unzutreffend, wenn die Strk. meint, dem Begriff der „Zu widerhandlung“ eine selbständige Bedeutung in dem Sinne beilegen zu können, daß dadurch bestehende Strafbestimmungen in Tatbestände erweitert würden. Wenn also Abs. 2 der ÜberleitungsV.D. zum Preisbildungsg. den § 4 dieses Gesetzes bei Zu widerhandlungen gegen die bisher auf dem Gebiete der Preisfestsetzung und Preisüberwachung erlassenen V.D., Anordnungen und allgemeine Verwaltungsvorschriften ergänzende Anwendung finden läßt, so kann es sich nur fragen, ob damit vom Inkrafttreten der ÜberleitungsV.D. an (1. Dez. 1936) überall dort, wo bisher Freiheits- oder Geldstrafen beschränkt angedroht waren, nunmehr die unbeschränkten Freiheits- und Geldstrafen nach § 4 Preisbildungsg. v. 29. Okt. 1936 unmittelbar Anwendung finden. Diese Frage ist nicht unzweifelhaft. Denn Abs. 2 der ÜberleitungsV.D. zum Preisbildungsg. könnte auch dahin verstanden werden, daß der Preiskommissar nur ermächtigt sein soll, bei Zu widerhandlungen gegen die in Abs. 1 der ÜberleitungsV.D. genannten Bestimmungen die unbeschränkten Strafen des § 4 Preisbildungsg. anzudrohen. Gegen diese Auslegung spricht indessen der Umstand, daß sich eine solche Ermächtigung des Preiskommissars schon unmittelbar aus § 4 Preisbildungsg. ergibt. Es ist nicht anzunehmen, daß in Art. II der ÜberleitungsV.D. insoweit

etwas Überflüssiges bestimmt ist; vielmehr wird davon auszugehen sein, daß der Gesetzgeber durch Abs. 2 der ÜberleitungsWD. die unmittelbare Anwendung der Strafbestimmungen des § 4 PreisbildungsG. hat vorschreiben wollen. Hierzu ist allerdings zu bemerken, daß der weitere Strafrahmen des § 4 PreisbildungsG. sinngemäß nur bei der gleichen Straftat in Anwendung gebracht werden darf. Insofern, aber auch nur insofern hat die Vorschrift des § 32 der WD. zur Regelung des Verkehrs mit Schlachtvieh durch Abs. 2 der ÜberleitungsWD. zum Gesetz zur Durchführung des Vierjahresplans — Bestellung eines Reichskommissars für die Preisbildung — v. 26. Nov. 1936 i. Verb. m. § 4 des Gesetzes zur Durchführung des Vierjahresplans v. 29. Okt. 1936 eine Änderung erfahren.

Gleichwohl ist der Strk. im Ergebnis darin zuzustimmen, daß durch die Gesetzgebung auf dem Gebiete der Preisbildung die Vorschrift des § 32 der WD. zur Regelung des Verkehrs mit Schlachtvieh dahin erweitert worden ist, daß sich nunmehr allgemein auch der Käufer einer strafbaren Höchstpreisüberschreitung schuldig machen kann. Dies ist gesehen, durch die WD. über das Verbot von Preiserhöhungen v. 26. Nov. 1936 (RGBl. I, 955) — in Kraft getreten am 1. Dez. 1936 —, die für jeden gilt, der irgendwie an einer Preiserhöhung mitwirkt. Nur auf diese WD. (PreisstopWD.) bezieht sich auch die von der Strk. angeführte AllgWfg. des Reichsjustizministers v. 16. Febr. 1937. Nach § 1 PreisstopWD. ist der an einem bestimmten Stichtage erzielte Preis für alle künftigen Geschäfte zwischen den gleichen Vertragspartnern maßgebend. Dabei wird als selbstverständlich vorausgesetzt, daß dieser Preis gesetzlich zulässig war. Die Überschreitung gesetzlich gebundener Preise stellt in jedem Falle einen Verstoß gegen die WD. über das Verbot von Preiserhöhungen v. 26. Nov. 1936 dar.

Im übrigen ist als Stichtag für die Feststellung des Preisstandes der 17. Okt. 1936 anzusehen oder derjenige Tag zwischen dem 17. Okt. und dem Tage des Inkrafttretens der PreisstopWD. (1. Dez. 1936), an dem der Preis niedriger war als am 17. Okt. 1936 (vgl. Runderlaß vom 30. Jan. 1937 betr. Erläuterung der WD. über das Verbot von Preiserhöhungen v. 26. Nov. 1936, abgedr. bei Engel-Glismann, „Preisbildung und Preisüberwachung“ unter II A 8).

Wenn der Angekl. D. an einer Höchstpreisüberschreitung mitgewirkt haben sollte, könnte er demnach — soweit nicht die Gesichtspunkte der Entscheidung RGSt. 70, 344 = JW. 1937, 174³⁷ zutreffen — strafrechtlich nur auf Grund der PreisstopWD., d. h. für die nach dem 1. Dez. 1936 liegenden Fälle zur Verantwortung gezogen werden. Gemeinschädliches Verhalten gehört nicht zum Tatbestande des Vergehens gegen die PreisstopWD.

Auf die vor dem 1. Dez. 1936 etwa begangenen Höchstpreisüberschreitungen würde allein § 32 WD. zur Regelung des Verkehrs mit Schlachtvieh v. 27. Febr. 1935 Anwendung zu finden haben; auf die nach dem 1. Dez. 1936 liegenden Handlungen auch Abs. 2 der ÜberleitungsWD. zum Gesetz zur Durchführung des Vierjahresplans — Bestellung eines Reichskommissars für die Preisbildung — v. 26. Nov. 1936 und die WD. über das Verbot von Preiserhöhungen v. 26. Nov. 1936. Insofern wäre die Strafe gem. § 73 StGB. aus Abs. 2 der ÜberleitungsWD. zum Gesetz zur Durchführung des Vierjahresplans i. Verb. m. § 4 dieses Gesetzes zu entnehmen.

2. Die erneute Verhandlung wird der Strk. auch Gelegenheit geben, die Frage einer Nachprüfung zu unterziehen, ob in den Fällen, auf die § 32 WD. zur Regelung des Verkehrs mit Schlachtvieh Anwendung findet, ein gemeinschädliches Verhalten der Angekl. festgestellt werden kann. In dem angefochtenen Urteil hat die Strk. zum Ausdruck gebracht, daß jede Überschreitung der Höchstpreise ein Verbrechen an der Volksgemeinschaft sei. Diese Auf-

fassung ist jedenfalls für den Bereich der WD. zur Regelung des Verkehrs mit Schlachtvieh rechtsirrig. Träfe sie zu, so wäre es unverständlich, warum der Gesetzgeber das Erfordernis, daß der Täter „in gemeinschaftsschädlicher Weise“ gehandelt haben müsse, besonders aufgestellt haben sollte. Eine Schädigung der Allgemeinheit liegt nur dann vor, wenn diese fühlbar betroffen ist. Ob das jeweils zutrifft, ist freilich in der Hauptsache Tatfrage. Der Strk. wird darin beizutreten sein, daß die Höchstpreisüberschreitung nicht notwendig eine Steigerung der Preise für den Verbraucher herbeiführen muß, um gemeinschädlich zu sein. Andererseits kann es nicht genügen, wenn nur „irgendwelche — an anderer Stelle des Urteils heißt es: „gewisse“ — Schwierigkeiten für andere Händler“ aus dem Verhalten des Angekl. entstanden sind. Vielmehr müssen diese Schwierigkeiten derart sein, daß dadurch entweder die Gemeinschaft unmittelbar, oder aber die Händler in ihrer Eigenschaft als Mitglieder der Gemeinschaft nicht nur unerheblich beeinträchtigt werden.

(RG., 3. StrSen. v. 23. März 1939, 3 D 782/38.)

Strafverfahren

16. RG. — §§ 413 ff. StPD. Eine als Prozeßvoraussetzung genügende polizeiliche Strafverfügung liegt schon dann vor, wenn in einer von dem zum Erlaß der Strafverfügung berufenen Beamten unterschriebenen Urkunde, die auch äußerlich erkennen läßt, daß sie eine polizeiliche Strafverfügung darstellen soll, wegen einer darin angegebenen Handlung eine Strafe festgesetzt ist. Das Fehlen anderer im § 413 angegebener Erfordernisse ist in dieser Richtung bedeutungslos.

Der Amtsrichter hat das Verfahren eingestellt, weil die zugrunde liegende polizeiliche Strafverfügung insofern nicht der Vorschrift des § 413 Abs. 3 StPD. entspreche, als in ihr nicht für eine jede der darin bezeichneten strafbaren Handlungen je eine Geldstrafe, sondern statt ihrer überhaupt nur eine Geldstrafe von insgesamt 100 RM festgesetzt sei. Allein ganz abgesehen davon, daß in einer solchen Festsetzung wohl kaum eine Verletzung der genannten Vorschrift des § 413 Abs. 3 StPD. erblickt werden könnte, da ja — wie es zunächst diese Bestimmung bezweckt — eine Straffestsetzung erfolgt ist und höchstens eine den Bestand der Strafbestimmung als solche nicht berührende rechtsirrigte Auffassung gefunden werden könnte, sofern nicht sogar das Vorliegen einer fortgesetzten Handlung zu erwägen wäre, entspricht jedenfalls der Standpunkt des Amtsrichters nicht der Rspr. des RG., wie sie sich hinsichtlich der Erfordernisse einer polizeilichen Strafverfügung herausgebildet hat. Zwar hatte die ältere Rspr. in Anlehnung besonders an den Abs. 3 des § 413 StPD. sehr enge Grenzen gezogen und die Erfordernisse in dem Abs. 3 als für die Rechtsgültigkeit der Strafverfügung zwingende angesehen. Aber diese Rspr. ist nicht aufrechterhalten worden. Die neuere, übrigens auch schon seit Jahren geübte Praxis des RG. geht vielmehr davon aus, daß zwar der ordnungsmäßige Erlaß einer polizeilichen Strafverfügung für ein Strafverfahren nach dem 2. Abschnitt des 6. Buches der StPD. eine von Amts wegen zu berücksichtigende Prozeßvoraussetzung bildet, da, ohne das Vorliegen einer solchen polizeilichen Strafverfügung das bezeichnete gerichtliche Verfahren nicht statthaft ist. Indes genügt hierfür, daß eine von dem zum Erlaß einer polizeilichen Strafverfügung berufenen Beamten der Polizeibehörde unterschriebene Urkunde vorliegt, die äußerlich erkennen läßt, daß sie eine polizeiliche Strafverfügung darstellen soll, und daß sie wegen einer darin bezeichneten Handlung eine Strafe festsetzt. Die Frage, ob darüber hinaus die Urkunde allen nach den gesetzlichen Vorschriften an sie zu stellenden Anforderungen gerecht wird — so z. B. ob die Straftat dem Strafgesetz entsprechend bezeichnet, ob das Strafgesetz überhaupt und ob es richtig oder vollständig angeführt, und ob die Beweismittel angegeben sind —, bezieht sich nicht mehr auf das Begebensein oder Fehlen einer Prozeßvoraussetzung, sondern kann gegebenenfalls nur zur Begründung von Verfahrensverstößen aufgeworfen werden (RG. v. 15./22. Mai 1931, 1 S 261/31). Das muß in Rücksicht auf die bereits oben geäußerten Bedenken erst recht für Mängel der hier vorl. Art gelten. Derartige Mängel,

die zu den vorgenannten Grunderfordernissen nicht gehören, können zur Einstellung des Verfahrens nicht führen, wie auch einer Strafverfügung, die sich als solche in dem oben dargelegten Sinne darstellt, die im § 413 Abs. 3 StPD. beigelegte Wirkung allein wegen des Vorhandenseins solcher einzelnen Mängel nicht abgesprochen werden kann.

(RG., 1. Str.Sen., Ur. v. 17. März 1939, 1 Ss 19/39.)

*

17. RG. — § 429 a StPD.; § 61 StGB. Beim Fehlen des erforderlichen Strafantrages ist auch die Anordnung einer bloßen Maßregel der Sicherung und Besserung unstatthaft.

In seinem Ur. v. 13. Mai 1937, 3 D 309/37 (RGSt. 71, 218 = JW. 1937, 1799) hat der Senat die Ansicht vertreten, beim Fehlen des erforderlichen Strafantrags sei auch nur die Anordnung einer bloßen „Maßregel der Sicherung und Besserung“ unstatthaft, gleichviel, ob es sich dabei um das ordentliche Strafverfahren oder um das in den §§ 429 a ff. StPD. vorgesehene Sicherungsverfahren handele. Der 1. Sen. hat in seiner Entsch. v. 18. Juni 1937, 1 D 279/37: JW. 1937, 2373 die Frage offengelassen; er hält anscheinend Zweifel für berechtigt, weil die Unterbringung nicht auf Bestrafung gerichtet sei, sondern gerade für den Fall ausgesprochen werde, daß es nicht zur Bestrafung komme. Der erf. Sen. hat dazu bereits in seinem Urteil v. 8. Sept. 1937, 3 D 590/37 (RGSt. 71, 321, 322 = JW. 1937, 2899) Stellung genommen und an seiner Auffassung festgehalten.

Auch die erneute Prüfung führt zu keinem anderen Ergebnis. Der § 429 a StPD. geht, wie auch der Wortlaut ergibt, davon aus, daß gerade die Zurechnungsunfähigkeit des Beschuldigten der entscheidende Grund ist, warum das ordentliche Strafverfahren nicht durchgeführt wird. Fehlt eine Verfahrensvoraussetzung, wie hier der Strafantrag, so kann ein Verfahren aus diesem Grunde nicht eingeleitet, und, wenn es eingeleitet sein sollte, nicht durchgeführt werden; es muß vielmehr, sobald das Fehlen der Verfahrensvoraussetzung feststeht, aus diesem Grunde, d. h. ohne Entscheidung über die Zurechnungsfähigkeit, eingestellt werden. Daraus ergibt sich, daß die Unterbringung des Beschuldigten in einer Heil- oder Pflegeanstalt auch auf Grund eines Sicherungsverfahrens nur dann angeordnet werden darf, wenn eine Bestrafung unterbleibt, die im Falle der Zurechnungsfähigkeit verfahrensrechtlich zulässig gewesen wäre.

Zu Unrecht beruft sich das LG. für seine abweichende Ansicht darauf, daß der § 61 StGB. bei der Einführung des selbständigen Sicherungsverfahrens durch das Gesetz vom 24. Nov. 1933 nicht geändert worden und daß daher nur zur Strafverfolgung ein Strafantrag erforderlich sei, nicht aber auch zur Einleitung eines Sicherungsverfahrens. Diese Auffassung hat der Senat schon in der Entsch. RGSt. 71, 321 = JW. 1937, 2899 widerlegt. Die Sicherungsmaßnahme ist ebenso wie die Strafe eine Rechtsfolge der Tat und wird in einem Verfahren angeordnet, für das die Vorschriften des Strafverfahrens sinngemäß anzuwenden sind (§§ 429 b, 429 c StPD.). Unter den Begriff des Verfolgens i. S. des § 61 StGB. fallen daher auch die Handlungen, durch die ein Sicherungsverfahren eingeleitet wird.

Die öffentliche Sicherheit wird in Fällen dieser Art dadurch gewährleistet, daß die zuständige Verwaltungsbehörde den gemeingefährlichen Geisteskranken kraft ihrer polizeilichen Befugnisse in einer Anstalt unterbringen kann (vgl. § 15 PrPolWervG.).

Die Entscheidung entspricht dem Antrag des Oberreichsanwalts.

(RG., 3. Str.Sen. v. 4. Mai 1939; 3 D 224/39.)

Zivilrecht

Ehegesetz

**** 18. RG. — § 55 EheG.** Wenn das Gesetz für den Tatbestand des § 55 EheG. auch sicher von dem Regelfall ausgeht, daß die Ehegatten zunächst in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben, so will die Vorschrift doch keinesfalls allein diesen Fall treffen. § 55 findet daher auch auf die Fälle Anwendung, in denen die häusliche Gemeinschaft überhaupt nie bestanden hat.

Die Ehegatten D. heirateten am 22. Jan. 1933. Obwohl der Mann damals zur Frau in die Wohnung ihrer Mutter hätte ziehen können, tat er dies nicht und nahm auch, da er damals als Knecht diente, keine Wohnung auf. Später, als er dies hätte tun können, unterließ er es und forderte auch die Frau nicht auf, zu ihm zu ziehen. Er begehrte mit der Klage die Aufhebung der Ehe nach § 55 EheG. wegen Zerrüttung.

Das Gericht wies das Begehren in erster Instanz ab: eine Hausgemeinschaft habe aus Verschulden des Mannes nie bestanden, konnte also auch nicht aufgehoben werden. Das BG. hob dieses Urteil auf, denn die Nichtaufnahme der häuslichen Gemeinschaft sei der im Gesetz vorgesehenen Aufhebung der Gemeinschaft gleichzusetzen, so daß die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen der Aufhebung der Ehe wegen Zerrüttung zu erörtern seien.

Gegen den Aufhebungsbeschluß richtet sich der Rekurs der bekl. Frau, die die Rechtsache aus den Gründen des Urteils erster Instanz für spruchreif ansieht und daher Aufhebung des Beschlusses und Abweisung des Klagebegehrens des Mannes beantragt.

Der Rekurs ist nicht begründet.

Der § 55 EheG. sieht als Voraussetzung der Scheidung vor, daß die häusliche Gemeinschaft seit drei Jahren aufgehoben ist, und weiter, daß infolge einer tiefgreifenden, unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten ist, d. h. daß die Ehe so tief zerrüttet ist, daß die Wiederherstellung der Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten ist. Wenn das Gesetz auch sicher von dem Regelfall ausgeht, daß die Ehegatten zunächst in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben, so kann doch keinesfalls angenommen werden, daß die Vorschrift allein diesen Fall hat treffen wollen. Das Wort „Aufhebung“ besagt hier nichts anderes als „Nichtbestehen“, und das Wort „Wiederherstellung“ im zweiten Satzteil kann nicht herangezogen werden, da es sich nicht auf die häusliche Gemeinschaft, sondern auf die im Gegensatz zur Ehezerüttung stehende „eheliche“ Lebensgemeinschaft bezieht.

Wollte man als Voraussetzung der dreijährigen Trennung verlangen, daß vorher eine häusliche Gemeinschaft zeitweilig bestanden hätte, so würde das zu dem völlig ungereimten Ergebnis führen, daß eine noch so zerrüttete Ehe, die niemals die Herstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft erwarten läßt, aus diesem Grund nicht geschieden werden könnte. Damit bliebe eine für die Allgemeinheit wertlose, ja sogar schädliche Ehe unter Umständen aufrecht, oder die Ehegatten wären gezwungen, die Gemeinschaft zunächst aufzunehmen, dann wieder aufzugeben und nach weiteren drei Jahren die Aufhebung der Ehe anzustreben. Ein solches Vorgehen kann aber das Gesetz vernünftigerweise den Ehegatten nicht zumuten.

Mit Recht sah daher das BG. die Erörterung, ob auch die weiteren Voraussetzungen der Aufhebung der Ehe nach § 55 EheG. vorliegen, als zur Beurteilung der Rechtsache notwendig an (§ 496 Ziff. 3 ZPO.).

(RG., IV. Ziv.Sen., Beschl. v. 4. Mai 1939, IV B 20/39.)

** 19. RG. — §§ 55, 93 EheG.

1. Hat die letzte mündliche Verhandlung vor dem OLG. noch vor Inkrafttreten des EheG. stattgefunden, so kommt es für das Vorbringen neuer, erst durch das EheG. erheblich gewordener Tatsachen im dritten Rechtszuge (§ 93 Abs. 1 S. 2) nicht darauf an, ob die Rev. auch nach dem früheren Recht hätte Erfolg haben müssen.

2. Zur Frage, wann der Widerspruch gemäß § 55 Abs. 2 S. 2 gerechtfertigt ist. †)

Der Kl. ist 1883, die Bekl. 1877 geboren, beide haben am 27. Febr. 1909 die Ehe miteinander geschlossen, aus der in den Jahren 1909 bis 1915 vier Kinder hervorgegangen sind. Seit dem 1. Aug. 1920 leben die Parteien getrennt, nachdem der Kl. im Anschluß an einen Streit die Wohnung verlassen hatte, in welcher die Bekl. mit den Kindern blieb. Ein Eherechtsstreit der Parteien, in dem der Kl. Scheidung nach § 1568 BGB. und schließlich hilfsweise die Verurteilung der Bekl. zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft begehrt, die Bekl. mit der Widerklage ebenfalls Scheidung wegen Ehebruchs beantragt hatte, endete damit, daß die Bekl. durch Urteil des RG. vom 16. Mai 1925 unter Ablehnung des beiderseitigen Scheidungsbegehrens rechtskräftig zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verurteilt wurde. Im jetzigen Rechtsstreit hat der Kl., da die Gemeinschaft inzwischen nicht hergestellt worden ist, die Scheidung der Ehe nach § 1567 Abs. 2 Nr. 1 BGB. begehrt. Während das OLG. der Klage stattgegeben hatte, hat sie das BG. abgewiesen. Mit der Rev. hält der Kl. sein Scheidungsverlangen aufrecht, das er jetzt auch auf § 55 EheG. stützt. Die Bekl. widerspricht einer solchen Scheidung und beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels, hilfsweise auch noch, den Kl. für schuldig an der Scheidung zu erklären. RG. sprach unter Aufhebung der Urteile des OLG. und des OLG. die Scheidung aus; der Kl. wurde für schuldig erklärt.

Das BG. hat dem Kl. die Scheidung aus § 1567 BGB. verweigert, weil die Bekl. sich nicht gegen seinen Willen von der häuslichen Gemeinschaft ferngehalten hat. Die Trennung der Parteien sei dadurch erfolgt, daß der Kl. aus der Ehewohnung weggegangen sei und die Wohnung samt der Einrichtung der Bekl. zurückgelassen habe. Die Bekl. habe zwar späterhin die Wohnung gewechselt; es sei aber auch ihre neue Wohnung geeignet gewesen, den Kl. aufzunehmen. Unter diesen Umständen hätte die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft dadurch erfolgen können, daß der Kl. in diese Wohnung zurückgekehrt wäre. Der Kl. habe dagegen nur in Untermiete gewohnt und seine Wohnung häufiger gewechselt, er habe also keine andere Wohnung zur Verfügung gehabt, die für die Gemeinschaft der Eheleute in Betracht gekommen sei. Schon der Umstand, daß der Kl. im ersten Rechtsstreit Scheidung verlangt und den Antrag auf das Herstellungsurteil erst gestellt habe, als er nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme mit einem Mißerfolge des Scheidungsbegehrens habe rechnen müssen, zeige, daß ihm ernstlich an der Herstellung der Gemeinschaft mit seiner über fünf Jahre älteren Frau nichts gelegen habe. Diese Auffassung werde bestätigt durch den Umstand, daß er während vieler Jahre nach dem Herstellungsurteil keine Schritte gegen die Bekl. unternommen und sogar noch eine Erhöhung der Unterhaltsrente anerkannt habe. Seine Angabe, er habe die Bekl. brieflich mehrfach zur Rückkehr aufgefordert, habe er nicht beweisen können. Im Gegenteil zeige sein eigener Vortrag vom Inhalt der Briefe, daß es sich dabei vornehmlich nur um Unterhaltsfragen gehandelt habe. Sofern der Kl. ernstlich darauf bestanden hätte, würde die Bekl., wie nach den im BU. näher dargelegten Umständen anzunehmen sei, die häusliche und eheliche Gemeinschaft wiederhergestellt haben, und zwar schon aus wirtschaftlichen Gründen. Es komme nicht darauf an, ob die Bekl. von Anfang an nicht beabsichtigt habe, dem gegen sie ergangenen Urteil Folge zu leisten. Der Scheidungsgrund fehle deshalb, weil der Kl.

selbst die Herstellung gar nicht gewünscht, die Bekl. sie also nicht in bösslicher Absicht gegen seinen Willen unterlassen habe.

Diese Darlegungen des BG. lassen keinen Rechtsirrtum erkennen, werden auch von der Rev. nicht angegriffen. Dagegen stützt die Rev. das Scheidungsbegehren nunmehr auf § 55 EheG. Da die letzte mündliche Verhandlung vor dem BG. am 12. Juli 1938, also vor dem 1. Aug. 1938 und damit vor dem Inkrafttreten des EheG., stattgefunden hat, kann der Kl. auch vor dem RevG. § 55 EheG. zur neuen Grundlage seines Scheidungsverlangens machen (§ 93 Abs. 1 EheG.), denn er kann noch im dritten Rechtszuge solche neuen Tatsachen vorbringen, die erst durch das EheG. erheblich geworden sind. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Rev. auch nach dem früheren Recht hätte Erfolg haben müssen (dagegen wohl Ritt, „Das neue Eherecht“, I zu § 93), denn die Anordnung, daß das neue Gesetz auch dann in der RevInst. anzuwenden ist, wenn es zur Zeit der letzten Verhandlung vor dem BG. noch gar nicht galt, kann nur dahin verstanden werden, daß es nicht entscheidend auf die Richtigkeit des BU. nach dem bisherigen Recht ankommen soll.

Nach § 93 Abs. 2 EheG. kann das RG. über dieses Scheidungsverlangen in der Sache selbst entscheiden, denn es erweist sich ohne Beweisaufnahme als begründet. Die häusliche Gemeinschaft der Parteien ist nicht nur seit drei Jahren, sondern seit fast 20 Jahren aufgehoben. Die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft zwischen ihnen ist nicht zu erwarten, denn das eheliche Verhältnis ist tiefgreifend unheilbar zerrüttet. Das geht ohne weiteres aus der langen Dauer der Trennung im Zusammenhang mit der Tatsache hervor, daß beide Gatten inzwischen nicht zueinander zurückgefunden, sondern versucht haben, die Scheidung der Ehe zu erreichen. Zwar hat die Bekl. ihre Widerklage auf Scheidung dann zurückgenommen, mag also anderen Sinnes geworden sein, aber trotz ihrer Verurteilung zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft hat sich an dem Zustande der Ehe nichts geändert. Auch der anhängige Rechtsstreit läßt erkennen, daß zum mindesten der Kl. diese Ehe unter keinen Umständen fortsetzen will und würde.

Die Zerrüttung der Ehe hat der Kl. zum mindesten überwiegend verschuldet, denn er hat die häusliche Gemeinschaft aufgehoben, und von ihm bald danach begonnene Scheidungsstreit hat ergeben, daß er zur Trennung keinen ausreichenden Grund hatte. Die Bekl. konnte deshalb einer Scheidung aus § 55 EheG. widersprechen, und es ist zu untersuchen, ob die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt ist. Das war nach dem Sachverhalt zu bezagen und somit die Ehe zu scheiden; wobei der Kl. als der schuldige Teil an der Scheidung zu erklären war.

Bei der Entsch. über den Widerspruch ist vor allem zu beachten, daß die Parteien fast zwei Jahrzehnte getrennt leben, die Ehe also längst zu einer hohlen Form herabgesunken ist, von deren Weiterbestehen die Allgemeinheit keinerlei Vorteile haben kann. Weiter ist es von Bedeutung, daß die Bekl. fast sechs Jahre älter ist als der Kl. Dieses Verhältnis der Lebensalter widerspricht der Regel und ist erfahrungsgemäß besonders geeignet, den Bestand einer Ehe zu gefährden. Wenn die Bekl. den so erheblich jüngeren Mann heiratete, so trägt sie damit zu einem wesentlichen Teil die Verantwortung an der eingetretenen Entwicklung dieser Ehe. Zur Zeit stehen beide Parteien schon im höheren Lebensalter, der Kl. ist fast 56 Jahre alt, die Bekl. 61 Jahre. Deshalb wird die Bekl. durch die Scheidung wesentlich härter betroffen, als wenn die Ehe bald nach der Trennung aufgelöst worden wäre. Daß es zu einer früheren Auflösung nicht gekommen ist, hat aber die Bekl. selber veranlaßt, indem sie ihre Widerklage nicht weiterverfolgt hat, obwohl diese nach der Fest-

stellung im früheren Rechtsstreit Erfolg gehabt haben würde. Nach der jetzigen Auffassung hätte die Bekl. richtiger gehandelt, die Ehescheidung damals durchzuführen, als den Kl. an einer Ehe festzuhalten, die mit dem wahren Wesen der Ehe nichts gemein hatte, zu deren Heilung aber in der Folgezeit auch die Bekl. sich nicht ernstlich bemüht hat. Bei dieser Sachlage muß auch die Vorsorge, die § 69 EheG. für den Unterhalt der geschiedenen Frau trifft, für die Bekl. als ausreichend angesehen werden, zumal sie vier längst erwachsene Kinder hat, die im äußersten Fall für sie sorgen können und müssen. Diese Kinder sind nicht mehr unterhalts- oder erziehungsbedürftig, können deshalb mit eigenen Belangen der Scheidung nicht im Wege stehen. Insofern unterscheidet sich der Fall von dem Sachverhalt in der Entsch. des erf. Sen. v. 23. März 1939, IV 250/38: DR. 1939, 640¹⁰. Beachtlich bleibt aber der in jener Entsch. hervorgehobene Gesichtspunkt, daß die Bekl. ihre Pflicht als Frau nicht nur gegenüber dem Kl., sondern auch der Volksgemeinschaft in anerkennenswerter Weise erfüllt hat, indem sie vier Kindern das Leben schenkte. Die an diese Tatsache in der angegebenen Entsch. geknüpften Erwägungen, die dort zur Verjagung der Scheidung geführt haben, können hier jedoch nicht dasselbe Ergebnis haben, denn sie treffen hier in den wichtigsten Punkten nicht zu. Die Kinder der Parteien sind erwachsen. Sie belasten die Bekl. daher nicht mehr mit Pflichten, die ihre weitere Lebensführung bestimmen müssen; für den Bestand und die Entwicklung der begründeten Familie hat die Scheidung der längst wertlos und unwirksam gewordenen Ehe keinerlei Bedeutung mehr. Bei dieser Sachlage kann auch die Anerkennung, die der Bekl. als Mutter von vier Kindern gebührt, es nicht rechtfertigen, eine solche Ehe aufrechtzuerhalten und damit dem Kl. den Weg zu einer neuen Ehe zu verlegen, die bei seinem Lebensalter nicht ausgeschlossen erscheint.

(RG., IV. ZivSen., II. v. 30. März 1939, IV 214/38.)

Anmerkung: I. Vorstehende Entsch. klärt zunächst die für die Übergangszeit wichtige Frage der Anwendbarkeit des EheG. in der RevInst. Dazu wurde in der Rechtslehre folgende Meinung vertreten: Die Rev. selbst kann zwar nicht auf Gründe gestützt werden, die erst durch das Inkrafttreten des EheG. geltendes Reichsrecht geworden sind, sondern nur darauf, daß eine vor dem 1. Aug. 1938 geltende Gesetzesnorm verlegt worden ist. Ist jedoch eine begründete Rev. eingelegt worden, so können noch in der RevInst. solche neuen Tatsachen vorgebracht werden, die erst durch das EheG. erheblich geworden sind (Siehe Kl. „Das neue Eherecht“, Anm. 1 zu § 93). Diese Auffassung würde, wie das RG. erkannt hat, zu einem in mehrfacher Hinsicht unbefriedigenden Ergebnis führen. Es ist nicht einzusehen, warum das RG. Monate nach Inkrafttreten des neuen Eherechts zuerst prüfen soll, ob die Rev. nach altem Recht begründet ist oder nicht, um erst dann, wenn die Rev. auch nach früherem Recht begründet ist, das neue Recht anzuwenden zu dürfen. Wäre die Rev. nach altem Recht unbegründet, nach neuem dagegen begründet, dann müßte die Rev. gleichwohl zurückgewiesen werden. Der Kl. müßte in einem neuen Rechtsstreit wieder beim LG. beginnen und könnte bestenfalls hier, vielleicht aber auch erst nach zweimaligem Durchlaufen des Instanzenweges sein Ziel erreichen. Es ist zu begrüßen, daß das RG. hier den Weg gefunden hat, der frei von jedem Formalismus den praktischen Bedürfnissen gerecht wird und unnötigen Kostenanfall ausschließt.

II. Des weiteren bringt das Urteil eine Bereicherung der für die Auslegung des § 55 aufgestellten Grundsätze. In dieser Hinsicht sind dem Urteil folgende neue Gesichtspunkte zu entnehmen:

1. Ein Mißverhältnis im Lebensalter der Ehegatten ist erfahrungsgemäß besonders geeignet, den Bestand einer

Ehe zu gefährden. Wenn eine Frau einen erheblich jüngeren Mann heiratet, so trägt sie damit zu einem wesentlichen Teil die Verantwortung an der eingetretenen Zerrüttung der Ehe.

2. Eine ältere Frau wird von der Scheidung erheblich härter betroffen wie eine jüngere. Steht die beklagte Ehefrau in hohem Alter, so ist daher regelmäßig ihr Widerspruch gegen die Scheidung beachtlich. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Bekl. selber veranlaßt hat, daß es zu einer früheren Auflösung der Ehe nicht gekommen ist.

3. Die Belange unterhalts- und erziehungsbedürftiger Kinder können die Aufrechterhaltung der Ehe rechtfertigen. Sind die Kinder schon erwachsen, dann ist der Widerspruch unbeachtlich.

4. „Bei dieser Sachlage“ muß die Vorsorge, die § 69 für den Unterhalt der geschiedenen Frau trifft, für die Bekl. als ausreichend angesehen werden. (Das RG. nahm davon Abstand, zu der im Schrifttum noch äußerst umstrittenen Frage, ob die Gefährdung des Unterhalts der geschiedenen Ehefrau die Aufrechterhaltung einer zerrütteten Ehe rechtfertigt, in grundsätzlicher und allgemein gültiger Form Stellung zu nehmen. Doch ist gerade die Entscheidung dieser Frage für die Rechtsentwicklung von allergrößter Bedeutung. Was das RG. im vorl. Falle für richtig erkannte, besitzt allgemeine Gültigkeit. Der Richter muß prüfen, ob die Aufrechterhaltung der Ehe „sittlich“ gerechtfertigt ist. Er muß dabei vom wahren „Wesen der Ehe“ ausgehen, die heute nicht mehr als „vertragsartige Zweckverbindung zur Verwirklichung individueller Interessen“ anzusehen ist, sondern als „Grundlage des völkischen Gemeinschaftslebens“, als „Hort des Kinderreichtums“ usw., wie es in der amtlichen Begründung ausgeführt wird. Sittliche und ideelle Gründe sind also bestimmend für Scheidung oder Aufrechterhaltung der Ehe, nicht aber materielle. Den Ausgleich für die mit der Scheidung verbundenen wirtschaftlichen Schädigungen bringt § 69. Daraus folgt, daß die Versorgungsfrage bei der Ehescheidung als solcher unberücksichtigt bleiben kann, wenn nicht überhaupt unberücksichtigt bleiben muß.)

Assessor Hans Brand,

Referent im Reichsrechtsamt der NSDAP., München.

*

** 20. RG. — § 60 EheG.; § 616 ZPO.

1. Die Rechtshängigkeit ist als eine logische Folge der späteren Rechtskraftwirkung ebenso abzugrenzen wie die Rechtskraft. Eine dem § 616 ZPO. entsprechende Vorschrift besteht im österreichischem Prozeßrecht nicht.

2. Das EheG. kennt als Form der Vellendmachung des Scheidungsanspruchs der bekl. Partei nur die Widerklage oder den Antrag dieser Partei, die Mitschuld des Kl. auszusprechen.

Der Mann klagte in Berlin gegen die Frau auf Scheidung der Ehe aus dem Verschulden der Frau i. S. des § 1564 BGB. Die Frau erhob darauf in Magenfurt die Klage auf Scheidung der Ehe von Tisch und Bett nach § 115 NBGB. aus dem Verschulden des Mannes und auf Leistung des Unterhaltes. Nach Inkrafttreten des neuen Ehegesetzes änderte die Frau ihr Begehren auf Scheidung der Ehe dem Bunde nach i. S. des § 46 EheG. aus dem Verschulden des Mannes und auf Unterhaltsleistung ab. Das Gericht erster Instanz verwarf mit Beschluß die Einrede der Rechtshängigkeit. Das Reversgericht nahm Rechtshängigkeit hinsichtlich des Scheidungsbegehrens an und wies in diesem Umfang die Klage zurück. Der Revisionsrekurs blieb erfolglos.

1. Der angefochtene Beschluß ist noch vor dem Inkrafttreten der ÜberleitungsVO. v. 28. Febr. 1939 (RGBl. I, 358; GB. 307) ergangen. Die Zulässigkeit des Revisionsrekurses bestimmt sich daher gemäß § 30 dieser VO. nach bisherigem Recht und unterliegt keinen Bedenken.

2. Rechtshängigkeit kann allerdings wegen der Schei-

dungslage des Mannes nicht angenommen werden. Für die Rechtshängigkeit ist erforderlich, daß die Sache in beiden Rechtsstreiten die nämliche ist. Die Klage des Mannes auf Scheidung der Ehe aus dem Verschulden der Frau hat ein anderes Ziel und stützt sich auf einen wesentlich anderen Tatfaktorenkomplex als die Klage der Frau gegen den Mann auf Scheidung der Ehe aus dem Verschulden des Mannes. Die Rechtslage einer Rechtshängigkeit fehlt für die spätere Klage der Frau, denn das Urteil im ersten Scheidungsstreit hätte keine Rechtskraftwirkung auf den zweiten Rechtsstreit. Würde das Klagebegehren des Mannes abgewiesen, so steht der Klage der Frau auf Scheidung keine Rechtskraft des Urteiles entgegen, ihr Anspruch auf Scheidung der Ehe bleibt unberührt. Die Rechtshängigkeit als eine logische Folge der späteren Rechtskraftwirkung ist ebenso abzugrenzen wie die Rechtskraft. Eine dem § 616 ABGD. entsprechende Vorschrift besteht im österreichischen Prozeßrecht nicht.

3. Die Begehren in beiden Rechtsstreiten stehen aber in einem materiellen Zusammenhang. Die rechtsgestaltende Wirkung des Scheidungserkenntnisses in einem Rechtsstreit schafft eine materielle Rechtslage, die ein weiteres Scheidungsbegehren gegenstandslos macht. Eine einmal geschiedene Ehe kann nicht mehr geschieden werden. Das Begehren auf Scheidung muß ins Leere gehen. Über die Schuldfrage kann das Gericht aber nach §§ 60, 61 EheG. nur im Scheidungserkenntnis selbst erkennen.

Dieser Zusammenhang drängt dazu, den Scheidungsanspruch der bekl. Partei so anhängig zu machen, daß das Verfahren darüber mit dem über den Scheidungsanspruch des Kl. eingeleiteten Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Urteilschöpfung verbunden werden kann. Daher lenkt das Gesetz als Form der Geltendmachung des Scheidungsanspruches der bekl. Partei nur die Widerklage oder den Antrag dieser Partei, die Mitschuld des Kl. auszusprechen (§ 60 EheG.). Eine andere Form der Geltendmachung des Scheidungsanspruches der bekl. Partei könnte zu einem Verlust des Anspruches führen, da das andere mit der Sache beschäftigte Gericht nach dem erfolgten Scheidungserkenntnis des ersten Gerichtes zu der Verschuldensfrage losgelöst von der Frage nach der Scheidung nicht mehr Stellung nehmen kann.

Ein anderer prozessualer Klageweg, als der der Widerklage, steht daher für diesen Scheidungsanspruch nicht mehr offen.

4. Die im Revisionsrekurs angeführten Zweckmäßigkeitserwägungen dafür, daß der Scheidungsstreit beim LG. Klagenfurt geführt werde, mögen richtig sein. Für die Frage, ob die Frau ihren Anspruch aber in anderer Form als mit Widerklage, oder wenn sie nur Verschulden beider Parteien annimmt, durch Antrag geltend machen kann, sind diese Erwägungen nicht entscheidend.

(RG., IV. ZivSen., Beschl. v. 4. Mai 1939, IV B 17/39.)

*

21. RG. — §§ 80, 96 EheG.

1. Die Rechtswirksamkeit von Unterhaltsverträgen, die vor Inkrafttreten des EheG. abgeschlossen sind, ist nunmehr nach § 80 EheG. zu bemessen.

2. Das Gericht hat sich bei der Entscheidung, ob die im § 80 EheG. vorgesehene zweite Alternative vorliegt, die Frage vorzulegen, ob eine solche Vereinbarung nach ihrem aus der Zusammensetzung von Inhalt, Beweggrund und Zweck sich ergebenden Gesamtkarakter beurteilt, dem Anstandsgefühl aller gerecht Denkenden zuwiderläuft. Bei Beantwortung dieser Frage ist das Gericht ganz frei und kann sich von allgemein menschlichen Erwägungen leiten lassen.

Die Parteien haben am 29. Mai 1929 die Ehe geschlossen. Am 5. Juni 1930 haben sie sich getrennt. Im August 1930 hat der Kl. Scheidungsklage erhoben mit der Begründung, die Bekl. habe verleumderische Behauptungen

über ihn verbreitet. Die Bekl. hat dies bestritten; sie hat geltend gemacht, die Ehe sei durch Verfehlungen des Kl. zerrüttet worden, wofür hauptsächlich die die häusliche Gemeinschaft teilende Mutter des Kl. verantwortlich zu machen sei; sie hat erklärt, keine Scheidungswiderklage erheben zu wollen, da sie nach Beseitigung des Einflusses der Mutter auf Aufrechterhaltung der Ehe hoffe. Die Beweisaufnahme, die sich längere Zeit hinzog, hat die Behauptungen des Kl. zum Teil bestätigt. Inzwischen hatte sich der Kl. während des Prozesses, besonders aus Anlaß der im Jahre 1931 erfolgten Geburt eines Kindes, sehr lieblos gegen die Bekl. benommen. Es folgten Verhandlungen zwischen den beiderseitigen Anwälten, die die schnellere Beendigung des Scheidungsprozesses und die Frage der wirtschaftlichen Sicherstellung der Bekl. nach der Scheidung betrafen. Durch Briefwechsel v. 7. und 9. Juni 1932 kam schließlich eine Vereinbarung zwischen den Parteien zustande, wonach der Kl. der Bekl. eine Abfindung von 60 000 RM und außerdem eine lebenslängliche Unterhaltsrente von monatlich 200 RM gewähren sollte. Im letzten Verhandlungstermin vor dem Scheidungsgericht am 11. Juni 1932 zog der Kl. dann vereinbarungsgemäß seine Scheidungsklage zurück; die Bekl. erhob dagegen vereinbarungsgemäß Scheidungswiderklage wegen der Lieblosigkeiten des Kl. während des Prozesses. Der Kl. gestand diese zu; es wurde auch noch ein Zeuge darüber bernommen, und dann erging am 11. Juni 1932 Urteil dahin, daß die Ehe aus Alleinschuld des Kl. wegen dieses lieblosen Verhaltens geschieden wurde. Beide Parteien verzichteten auf Rechtsmittel. Am gleichen Tag, 11. Juni 1932, wurde der bereits fertig vorliegende Vertragsentwurf, wonach der Kl. mit Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung eine Kapitalabfindung von 60 000 RM und eine monatliche Unterhaltsrente von 200 RM zu zahlen sich verpflichtete, notariell vollzogen.

Die Abfindungssumme ist bezahlt. Die Unterhaltsrente will der Kl., der sich inzwischen wieder verheiratet hat, jetzt nicht mehr weiterzahlen. Er hat am Juli 1937 Klage erhoben auf Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde v. 11. Juni 1932 und auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung dieser Urkunde.

Das LG. hat der Klage entsprochen. Das RG. hat dagegen die Klage abgewiesen. Die Rev. war erfolglos.

1. Das BG. erörtert zunächst die Frage, ob auf die zwischen den Parteien im Juni 1932 getroffene Unterhaltsvereinbarung die Vorschriften des § 80 des am 1. Aug. 1938 in Kraft getretenen EheG. anzuwenden sind. Dem BG. ist darin beizupflichten, daß diese Frage zu bejahen ist. Der erf. Senat hat dazu bereits in seiner Entsch. vom 23. Jan. 1939 (RGZ. 159, 157 = DR. 1939, 306² mit Anm.) ausgeführt, daß § 80 EheG. als eine authentische Interpretation der in der bisherigen Rechtspredung entwickelten Grundsätze hinsichtlich der Gültigkeit von Unterhaltsvereinbarungen zwischen Ehegatten für die Zeit nach der Scheidung der Ehe aufzufassen ist. Keineswegs kann, wie die Rev. meint, die Gültigkeit einer früheren Unterhaltsvereinbarung, die i. S. des neuen § 80 als zulässig angesehen werden müßte, deswegen in Frage gestellt werden, weil nach der bisherigen Rspr. über die Sittenwidrigkeit oder Gesetzwidrigkeit der betreffenden Unterhaltsvereinbarung Zweifel bestanden haben könnten. Auch aus § 96 EheG. kann die Folgerung gezogen werden, daß die Rechtswirksamkeit derartiger Unterhaltsverträge, auch wenn sie vor dem Inkrafttreten des EheG. abgeschlossen sind, für die Zukunft nach § 80 EheG. zu bemessen ist (Maßfeller, „Das neue EheG.“, zu § 96 Anm. 2).

2. Das BG. führt dann weiter aus, daß Unterhaltsverträge zwischen Ehegatten für die Zeit nach der Scheidung der Ehe nach § 80 des neuen EheG. nur dann ungültig seien, wenn entweder nicht vorhandene Scheidungsgründe vorgetauscht worden seien oder wenn sich aus dem

Inhalt der Vereinbarung oder aus sonstigen Umständen des Falles ergebe, daß der Unterhaltsvertrag den guten Sitten widerspreche. Ein solcher Unterhaltsvertrag widerspreche aber nicht schon deswegen den guten Sitten, weil der eine Ehegatte erst auf Grund des ihm gemachten Unterhaltsversprechens sich entschlossen habe, von dem ihm zustehenden Scheidungsgrund Gebrauch zu machen. Das BG. stellt dann fest, daß im vorl. Fall die Ehe der Parteien völlig zerrüttet war, daß jede Partei ausreichende Scheidungsgründe hatte, daß insbes. der Bekl. gegen den Kl. objektiv und subjektiv Scheidungsgründe zur Seite standen, und daß daher das Urteil im Scheidungsprozeß, das auf die von der Bekl. erhobene Widerklage die Ehe aus Verschulden des Kl. geschieden hat, der Sach- und Rechtslage entsprochen hat.

Die hier vom BG. vertretene Auffassung entspricht dem Standpunkt, den der erf. Sen. in der erwähnten Entsch. v. 23. Jan. 1939 eingenommen hat. Dort ist ausgesprochen, daß das Gericht bei der Entscheidung, ob die im § 80 EheG. vorgesehene zweite Alternative vorliegt, sich die Frage vorzulegen hat, ob eine solche Vereinbarung, nach ihrem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck sich ergebenden Gesamtcharakter beurteilt, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zuwiderläuft. Bei der Beantwortung dieser Frage ist das Gericht ganz frei und kann sich von allgemein menschlichen Erwägungen leiten lassen; das Gericht braucht sich dabei nicht mehr von der Erwägung beeinflussen lassen, ob eine solche Vereinbarung der Aufrechterhaltung der Ehe abträglich ist oder nicht. Die Frage, ob beim Vorhandensein eines wirklichen Scheidungsgrundes der scheidungs-berechtigte Ehegatte seinen Entschluß, auf Grund des ihm zustehenden Scheidungsrechts die Scheidungsklage zu erheben, von der vorgängigen vertragsmäßigen Regelung des Unterhalts abhängig machen darf, ist in der genannten Entscheidung vom erf. Sen. bejaht worden mit der Begründung, ein solches Verhalten des scheidungsberechtigten Ehegatten verstöße weder seinem Inhalt nach gegen die guten Sitten noch könne der Beweggrund zum Abschluß eines solchen Unterhaltsvertrags als dem Anstandsgefühl widersprechend bezeichnet werden. Es ist daher ein unter solchen Umständen abgeschlossener Unterhaltsvertrag in jener Entscheidung für gültig erklärt und ausgesprochen worden, es könne dem aus einem solchen Unterhaltsvertrag Rechte herleitenden Ehegatten nicht der Einwand entgegengesetzt werden, daß er erst auf Grund dieses Unterhaltsvertrags sich zur Scheidung entschlossen habe; Einwendungen gegen die Gültigkeit eines unter solchen Umständen abgeschlossenen Unterhaltsvertrags könnten nur unter ganz besonderen Umständen erhoben werden, für deren Vorhandensein die Beweislast dem Gegner obliege.

Mit dem Hinweis auf diese vom erf. Senat in jener Entscheidung aufgestellten Grundsätze erledigen sich die sachlich-rechtlichen Angriffe der Rev. gegen das BU.

Das BG. prüft dann, ob aus sonstigen besonderen Umständen sich eine Sittenwidrigkeit ergibt. Es verneint auf Grund tatsächlicher Erwägungen, daß zwischen der Höhe der vom Kl. im Vertrag übernommenen Verpflichtungen und seinen damaligen Einkommens- und Vermögensverhältnissen ein Mißverhältnis bestand. Das BG. tritt dann noch in weitere Erwägungen ein, warum der Vertrag v. 11. Juni 1932 nicht sittenwidrig sei; es stellt fest, daß die Initiative zu den Vertragsverhandlungen vom Kl., nicht von der Bekl., ausgegangen ist; und es stellt ferner fest, daß das Hauptmotiv, warum die Bekl. bei den Verhandlungen auf der Übernahme der Alleinschuld durch den Kl. bestanden hat, nicht das wirtschaftliche Interesse der Bekl. gewesen ist, sondern das Interesse der Bekl., das Kind behalten zu dürfen. Diese Erwägungen des BG. sind geeignet, die Überzeugung noch zu verstärken, daß hier keine Sittenwidrigkeit vorlag. Notwendig waren diese wei-

teren Feststellungen des BG. nicht, da der Vertrag auch dann nicht sittenwidrig sein würde, wenn die Initiative zu den Vertragsverhandlungen von der Bekl. ausgegangen wäre und wenn es der Bekl. dabei nur auf ihre wirtschaftliche Sicherstellung, nicht auf das Behalten des Kindes angekommen wäre.

(RG., IV. Zivilsen., II. v. 23. März 1939, IV 205/38.)

*

22. RG. — §§ 97 Satz 2, 81 Abs. 3 EheG.

1. Ein „besonderer Grund“ i. S. des § 81 Abs. 3 EheG. ist in der Regel nicht nur dann gegeben, wenn das Kind bei dem schuldlos geschiedenen Elternteil gefährdet sein würde, sondern auch dann, wenn einerseits hinsichtlich des schuldlos geschiedenen Ehegatten begründete Bedenken an seiner Eignung als Erzieher und Betreuer des Kindes bestehen, ohne daß diese geradezu schon eine unmittelbare Gefährdung zu ergeben brauchen, andererseits bei dem schuldlos geschiedenen Ehegatten eine völlig einwandfreie Betreuung des Kindes gewährleistet ist.

2. Bei der durch § 97 Satz 2 EheG. zugelassenen abweichenden Regelung „i. S. der §§ 81, 82“ stellen die Vorschriften des § 81 Abs. 2–4 EheG. nur Richtlinien dar, aus denen die dem Wohle des Kindes am besten entsprechende Entscheidung zu finden ist.

Es handelt sich um Kinder aus einer vor Inkrafttreten des EheG. geschiedenen Ehe. Die Sorge für derartige Kinder bestimmt sich nach § 97 Satz 1 EheG. nach den bisherigen Vorschriften. Das bedeutet nach der ständigen Rspr. des Senats einmal, daß das Sorgerecht ohne eine Entsch. des VormGer. dem in § 1635 BGB. bestimmten Elternteil ohne weiteres zusteht, weiterhin aber auch, daß die Frage, ob eine von diesem Zustand abweichende Anordnung über das Sorgerecht zu treffen ist, ebenfalls nach § 1635 BGB. (Abs. 1 Satz 2) zu beurteilen ist. Hiervon ist auch das LG. nach den Gründen seines Beschlusses ausgegangen und hat geprüft, ob im Interesse der Kinder aus besonderen Gründen der Mutter das Sorgerecht zu entziehen ist, d. h. ob die Kinder bei der Mutter gefährdet sind (RG. 12, 77 = ZW. 1935, 1440^o). Das LG. hat eine solche Gefährdung verneint, indem es unter Würdigung aller erstatteten Gutachten zu der Auffassung gelangt ist, daß die Mutter nach ihrem derzeitigen geistigen Zustand durchaus in der Lage sei, für das geistige und leibliche Wohl ihrer Kinder zu sorgen. Da die Eignung der Mutter zur Erziehung ihrer Kinder auf Grund ihres geistigen Zustandes der wesentliche Grund war, auf den der Vater seinen Antrag gestützt hat und die hierzu gewonnene Ansicht des LG. auf einer tatsächlichen Würdigung des Sachverhalts beruht, ist insoweit eine Nachprüfung der landgerichtlichen Auffassung auf ihre tatsächliche Richtigkeit nicht mehr möglich (§ 27 RG.), und ein Bedenken gegen die Verneinung einer Gefährdung der Kinder bei der Mutter nicht zu erheben.

Das LG. hat es aber unterlassen, eine Prüfung in der Richtung vorzunehmen, ob nicht, abgesehen von der Frage der Gefährdung, das Wohl der Kinder eine abweichende Regelung i. S. des § 81 EheG. erfordert (§ 97 Satz 2 EheG.). Wie der Senat in dem Beschluß vom 3. März 1939 (DR. 1939, 577) ausgesprochen hat, kann das Wohl des Kindes eine abweichende Regelung i. S. des § 81 EheG. auch dann erfordern, wenn das Kind bei dem andern Elternteil vorteilhafter untergebracht sein oder bleiben würde als bei demjenigen, dem nach dem Gesetz oder bisheriger Anordnung des VormGer. das Sorgerecht zusteht. Nur dann, wenn die auf Grund des § 1635 BGB. erfolgte Regelung nach Lage der Verhältnisse dem Wohle des Kindes am besten entspricht (§ 81 Abs. 1 Satz 2 EheG.), bedarf es keiner Heranziehung der Bestimmungen des § 81 EheG. Die Prüfung des Sachverhalts auf dieser Grundlage muß dazu führen, dem Vater die Kinder zu belassen. Die Mutter ist, wie nach allen in diesem Verfahren über sie erstatteten Gutachten feststeht, eine geistig und seelisch nicht gesunde Persönlichkeit. Nach dem Gutachten des Dr. M. vom 28. Sept. 1938 ist sie ihrer Veranlagung nach eine „psychopathisch-hysterische Persönlichkeit“ mit „Neigung zur Passivität, die sich in krankhafter Form steigern kann“, „mangelnder Selbstkritik bei Überwertung von allem Gefühlsmäßigen“. Das Gutachten des Staatl. Gesundheitsamts vom 26. Dez. 1938 steht hiermit nicht in Widerspruch, befaßt sich vielmehr nur mit dem jetzigen Zustand, ohne sich über das Leiden selbst zu äußern. Auch das Obergutachten der Heil- und Pflegeanstalt vom 26. Jan. 1939

zweifelt nicht an „der Feststellung einer psychopathisch-hysterischen Persönlichkeit“, meint aber, man solle im Interesse der Mutter wenigstens den Versuch machen, die Kinder durch die Mutter erziehen zu lassen. Es entspricht nun bei unbefangener Betrachtung sicher nicht „dem Wohle der Kinder am besten“ (vgl. § 81 Abs. 1 Satz 2 EheG.), von einer hysterischen, psychopathischen Mutter erzogen zu werden. Hinzu kommt, daß die Kinder in dem Haushalt des wiederverheirateten Vaters eine Familienerziehung erhalten, sich dort auch schon über anderthalb Jahr aufhalten und bestens versorgt werden, während sie bei der seelisch angekränkelten Mutter zwar sicher auch gut gepflegt würden, aber doch nicht die Vorteile einer Erziehung in einer Voll-Familie genießen könnten. Rücksälle sind bei der Mutter nicht ausgeschlossen. Auch das Gutachten vom 26. Jan. 1939 schlägt eine Rückkehr der Kinder nur als Versuch vor, ganz offensichtlich aus Rücksicht auf die zweifellos ohne eigene Schuld schwer getroffene Mutter. Nach der Praxis des Senats sind aber Versuchsweise Überlassungen von Kindern an einen Elternteil dem Wohle der Kinder nicht dienlich, da sie oft zu einem unnötigen Hin- und Herstoßen führen; weiterhin kann bei der hier zu treffenden Entsch. nur das Wohl des Kindes eine Rolle spielen. Auf das mehr oder minder berechnete Interesse eines Elternteils kommt es nicht an, wenn dieses mit dem des Kindes in Widerspruch steht. Deswegen kann es auch hier auf die Gefühle der Mutter gegenüber der jetzigen Ehefrau des Vaters nicht ausschlaggebend ankommen. Im ganzen betrachtet sind die Kinder vorteilhafter bei dem Vater untergebracht.

Das Wohl der Kinder erfordert hiernach eine abweichende Regelung i. S. des § 81 EheG. Der Abs. 3 dieser Vorschrift schließt den schuldig geschiedenen Ehegatten nicht wie bisher nach § 1635 BGB. vom Sorgerecht aus, wenn das Kind bei dem anderen Ehegatten nicht gefährdet ist, gestattet und verlangt vielmehr, daß dem schuldig geschiedenen Elternteil das Sorgerecht dann übertragen wird, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dient. Allerdings müssen besondere Gründe für eine solche Regelung vorliegen. Die Tatsache allein, daß das Kind zwar bei der schuldlos geschiedenen Mutter gut, bei dem Vater aber noch besser untergebracht sein würde, wäre dafür nicht ausreichend; ein solcher Umstand wäre zwar im Rahmen der Prüfung nach § 81 Abs. 1 Satz 2 EheG. (z. B. bei dem einzigen Kind aus einer aus beiderseitigem Verschulden geschiedenen Ehe) entscheidend, stellt aber noch keinen „besonderen“ Grund dar i. S. des § 81 Abs. 3 EheG. Ein solcher besonderer Grund wird einmal stets dann gegeben sein, wenn das Kind bei dem schuldlos geschiedenen Elternteil gefährdet sein würde, weiter aber auch dann, wenn es nicht bloß darum geht, wo es das Kind besser hat, sondern hinsichtlich des einen schuldlos geschiedenen Elternteils Bedenken bestehen hinsichtlich seiner Geeignetheit als Erzieher und Betreuer des Kindes, ohne daß diese schon eine gegenwärtige Gefährdung zu ergeben brauchen (vgl. auch Palandt-Lauterbach, § 81 EheG. Anm. 3). So ist es aber hier. Die Unterbringung bei der hysterisch-psychopathischen, für sich allein wohnenden Mutter kann nicht als einwandfrei angesehen werden. Sie birgt Gefahren für die Kinder in sich. Vom Standpunkt einer gesunden Jugenderziehung wird man Kinder, die beim Vater eine ordnungsmäßige Erziehung in dessen Familienhaushalt haben können, nicht ohne Not zu der seelisch und mit den Nerven kranken Mutter bringen, mag deren guter Wille und Liebe zu den Kindern auch zu Zweifeln keinen Anlaß geben und von Symptomen ihres nach Auffassung der Ärzte bestehenden Leidens zur Zeit nichts festzustellen sein. In einem solchen Falle dient die Übertragung der Sorge auf den schuldig geschiedenen Vater aus besonderen Gründen dem Wohl der Kinder. Sie ist hier für die Kinder besonders vorteilhaft (vgl. Palandt-Lauterbach, § 81 EheG. Anm. 3).

Im übrigen ist bei Anwendung des hier die Entscheidungsgrundlage bildenden § 97 Satz 2 EheG. zu beachten, daß die danach zulässige abweichende Regelung nur „im Sinne“ des § 81 EheG. zu treffen ist. Die dort gegebenen Vorschriften sind für den Vormundschaftsrichter bei den „alten Fällen“ nur Richtlinie, aus der er „die Ziele des Gesetzgebers erkennt, an die er aber im Einzelfall nicht so gebunden ist wie bei den neuen Fällen“ (so Fiedler: ZfAab. 1939, 280; vgl. auch Pfundtner-Neubert, § 97 EheG. Anm. 4). Um so weniger Bedenken bestehen hier, dem Vater die Sorge, die er seit 1½ Jahren schon tatsächlich ausübt, auch rechtlich zu übertragen und damit den jetzigen Zustand, der dem Wohle der Kinder am besten dient, zu bestätigen. Bei

dieser sinngemäßen Anwendung des § 81 war auch zu berücksichtigen, daß nach den Feststellungen des Scheidungsurteils ein Verschulden der Ehefrau und Mutter an der Scheidung nur deshalb nicht angenommen worden ist, weil diese für ihr ehewidriges Verhalten wegen ihrer krankhaften hysterischen Veranlagung nicht verantwortlich gemacht werden konnte.

Aus allen diesen Gründen war unter Aufhebung der Vorentscheidungen von der Befugnis des § 97 Satz 2 EheG. Gebrauch zu machen und die Sorge für die Personen der Kinder einschließlich des Rechts der Vertretung in den die Person betreffenden Angelegenheiten dem Vater zu übertragen.

Der Senat hat dabei nicht verkannt, daß bei der starken gegenseitigen Abneigung der jetzigen Eheleute einerseits und der geschiedenen Frau andererseits die Gefahr besteht, daß die Kinder der Mutter entfremdet werden. Dieser Gefahr wird durch die VormGer. durch eine großzügige Regelung des Verkehrsrechts der Mutter, z. B. durch Gestattung eines mehrtägigen Ferienaufenthalts bei der Mutter neben den sonstigen monatlichen Besuchen, zu begegnen haben. Der Vater und die Mutter seien dabei darauf hingewiesen, daß sie sich jeglicher Beeinflussung der Kinder gegen den anderen Elternteil zu enthalten haben. Falls sie hiergegen verstoßen, kann dies bei der Mutter zu einer Einengung ihres Verkehrsrechts, beim Vater zu einer Entziehung seines Sorgerechts führen.

(RG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 14. April 1939, 1 a Wx 344/39.)

Bürgerliches Gesetzbuch

**** 23. RG. — Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGBGB.; § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG.** Kennt das Gesetz des Ortes der Geschäftsvornahme das betreffende Rechtsgeschäft überhaupt nicht, so fehlt es an der in Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGBGB. gemeinten, die Form betreffenden Vorschrift überhaupt. Die Frage, ob das Rechtsgeschäft einer Form bedarf, ist in einem solchen Falle dieser Rechtsordnung fremd und wird folglich von ihr nicht beantwortet.

Die Kl. (eine schweizerische A.-G.) hat durch einen in gewöhnlicher Schriftform abgeschlossenen Vertrag v. 17. Okt. 1931 von der S. (gleichfalls eine schweizerische A.-G.) u. a. Geschäftsanteile bei der bekl. GmbH. übernommen.

Die Parteien streiten darüber, ob auf die im Rechtsstreit zu entscheidende Frage der Gültigkeit des Vertrages zwischen der S. und der Kl. v. 17. Okt. 1931, soweit es sich um die Übertragung der Geschäftsanteile an der Erstbeklagten handelt, deutsches oder schweizerisches Recht anzuwenden ist.

Das BG. hält die Behauptung der Kl., infolge einer Bestimmung der Beteiligten sei schweizerisches Recht anzuwenden, schon aus tatsächlichen Gründen nicht für erwiesen. Es bedarf deshalb keiner Erörterung, ob eine derartige Vereinbarung der Parteien gültig wäre, soweit das schweizerische Recht von den zwingenden Vorschriften des § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG. abweichen würde. Vielmehr fragt es sich, welches Recht — abgesehen von einer Vereinbarung der Beteiligten — zur Anwendung kommt. Das BG. geht zutreffend von Art. 11 Abs. 1 S. 1 EGBGB. aus, wonach sich die Form eines Rechtsgeschäfts nach den Gesetzen bestimmt, welche für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis maßgebend sind. Denn die Bestimmungen des § 15 Abs. 3 u. 4 GmbHG. sind bloße Formvorschriften. Es führt auch mit Recht aus, es handle sich um die Verhältnisse der beklagten GmbH., für welche deutsche Gesetze maßgebend seien. Die Rev. der Kl. meint zwar, das für den Gegenstand des Rechtsgeschäfts maßgebliche Recht sei das für das Rechtsgeschäft Kl. gegen S. maßgebliche, also schweizerische Recht. Allerdings richtet sich der zwischen den beiden schweizerischen Gesellschaften in der Schweiz abgeschlossene Vertrag grundsätzlich nach schweizerischem Recht. Das gilt aber nicht, soweit es sich um die Abtretung von Geschäftsanteilen einer deutschen GmbH. von der einen Gesellschaft an die andere handelt. Insofern bildet den Gegenstand des Rechtsgeschäfts das Rechtsver-

hältnis der Gesellschafter zur GmbH.; für dieses aber ist das GmbHG. maßgebend. Aber auch hier greift grundsätzlich Satz 2 der genannten Bestimmung ein, wonach die Beobachtung der Gesetze des Ortes genügt, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen worden ist. Wenn also das schweizerische Recht zur Zeit des Vertragsschlusses eine der deutschen GmbH. im wesentlichen gleiche Rechtsform genannt hätte und danach der eine GmbH.-Anteil durch einfachen schriftlichen Vertrag wirksam hätte übertragen werden können, so würde diese Form auch für die Übertragung von Anteilen an einer deutschen GmbH. genügen, es sei denn, daß eine solche Anwendung gegen den Zweck des deutschen Gesetzes i. S. des Art. 30 EGBGB. verstoßen würde. Hierauf braucht aber nicht eingegangen zu werden, weil das schweizerische Recht zur Zeit des Vertragsschlusses die GmbH. nicht kannte. Das BG. verneint auch mit einer zutreffenden, insoweit vom RevG. zwar nachprüfbar, aber auch von der Rev. nicht beanstandeten Begründung, daß etwa die in Art. 678 ff. des schweizerischen Obligationenrechts früherer Fassung geregelte Genossenschaft als eine der deutschen GmbH. entsprechende Einrichtung angesehen werden könne und daß die Bestimmung über die Übertragung von Geschäftsguthaben einer Genossenschaft etwa als eine solche i. S. des Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGBGB. angesehen werden könne, die die Abtretung von Anteilen an einer GmbH. regelt. Die Rev. meint allerdings, die letztgenannte Bestimmung treffe nicht nur den Fall, daß Einrichtungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder des Notariats überhaupt unbekannt seien, sondern auch den, daß die notarielle Form deshalb im Ausland nicht vorgeschrieben sei, weil es ein Rechtsgeschäft, für das im Inland notarielle Form vorgeschrieben sei, überhaupt nicht kenne; mindestens genüge dieses Fehlen einer Formvorschrift im Ausland dann, wenn außerdem im Ausland grundsätzlich Formfreiheit anerkannt sei. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden. Wie der Fall zu beurteilen wäre, daß die Abtretung in einem Lande, das keine gerichtliche und keine notarielle Beurkundung kennt, erfolgen soll, kann hier dahingestellt bleiben, da das schweizerische solche Einrichtungen kennt. Der Umstand, daß nach Art. 11 Abs. 1 des schweizerischen Obligationenrechts Verträge zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form bedürfen, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt, ist zwar vom BG. nicht ausdrücklich erwähnt. Das war aber auch nicht nötig, weil es darauf nicht ankommt. Denn ausschlaggebend ist der Gesichtspunkt, daß, wenn das Gesetz des Ortes der Geschäftsvornahme das betreffende Rechtsgeschäft überhaupt nicht kennt, es an der in Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGBGB. gemeinten, die Form betreffenden Vorschrift überhaupt fehlt. Mit *Staudinger-Rape*, Anm. VII 1 a zu Art. 11 EGBGB. ist anzunehmen, daß in einem solchen Falle dieser Rechtsordnung die Frage, ob das Rechtsgeschäft einer Form bedarf, fremd und nicht beantwortet ist. Dann kann man nicht schließen, mangels einer Formvorschrift bedürfe das Rechtsgeschäft nach dieser Rechtsordnung aber keiner Form. Das kann auch nicht für den Fall gelten, daß diese Rechtsordnung grundsätzlich den Grundsatz der Formfreiheit hat. Wollte man diesen Grundsatz auch auf solche Geschäfte anwenden, die gar nicht im Gesichtskreis des fremden Gesetzgebers liegen, so würde das u. U. eine bedenkliche Rechtsunsicherheit zur Folge haben, denn dann würden auch solche Geschäfte formfrei sein, bei denen der deutsche Gesetzgeber die Form gerade mit Rücksicht auf die Bedeutung und teilweise auch die rechtliche Schwierigkeit des Geschäfts für notwendig erachtet hat, ohne daß der ausländische Gesetzgeber die Frage der Notwendigkeit der Form überhaupt geprüft hat. Daß der deutsche Gesetzgeber dies gewollt hätte, ist aus Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGBGB. nicht zu entnehmen. Dieser Auffassung steht auch nicht etwa der von der Rev. angezogene Standpunkt entgegen, den das RG. zur Frage der Formbedürftigkeit eines im Ausland

geschlossenen schuldrechtlichen Veräußerungsvertrages über ein in Deutschland gelegenes Grundstück eingenommen hat (RGZ. 121, 154 = ZB. 1928, 2454¹⁸; ZB. 1931, 572). Denn dieser Fall unterscheidet sich von dem hier erörterten wesentlich dadurch, daß das dort in Frage kommende tschechoslowakische Recht Verträge über Veräußerung von Grundstücken kennt und auch hinsichtlich der Form regelt, während dies bei Abtretung von Geschäftsteilen einer GmbH. nach schweizerischem Recht gerade nicht der Fall war.

Dazu kommt für das Recht der GmbH. noch besonders, daß keineswegs eine Vermutung dafür spricht, der ausländische Gesetzgeber werde, wenn er die Einrichtung der GmbH. kennen würde, von dem Erfordernis einer Form bei der Abtretung von Geschäftsanteilen und der Verpflichtung zu einer solchen absehen. Es bedarf auch nach dem schweizerischen Bundesgesetz über die Rev. der Tit. XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts v. 18. Dez. 1936 sowohl der Vertrag zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber eines Geschäftsanteils einer GmbH. wie der Vertrag, durch den sich ein Gesellschafter zur Abtretung eines Geschäftsanteils verpflichtet, der öffentlichen Beurkundung (Art. 791 Abs. 4) (siehe *Guhl*, „Das Recht der GmbH. in der Schweiz“ S. 26).

Demnach ist der Vertrag v. 17. Okt. 1931 jedenfalls insoweit ungültig, als er die schuldrechtliche und dingliche Abtretung der Geschäftsanteile der Erstbeklagten durch die S. an die Kl. zum Gegenstand hat. Erst der vor dem schweizerischen Notar am 1. Aug. 1936 geschlossene Vertrag zwischen der S. und der Kl. ist formgerecht geschlossen; denn auch die vor einem schweizerischen Notar erklärte Abtretung von Geschäftsanteilen einer GmbH. und die Verpflichtung zu einer solchen genügt der Formvorschrift des § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG.

(RG., II. ZivSen., U. v. 22. März 1939, II 137/38.) [Ba.]

*

24. RG. — § 242 BGB. Der Rechtsbehelf der Verwirkung ist nicht auf bestimmte Sondergebiete beschränkt, sondern hat vielmehr allgemeine Geltung und Bedeutung. Je nach den Umständen kann dem Tatbestandsstück des Zeitablaufs im Rahmen der nach § 242 BGB. gegeneinander abzuwägenden Umstände des Falles eine besonders gewichtige Bedeutung zukommen. Bei sogenannten lebenswichtigen Geschäften ist der Verwirkungseinwand mit besonderer Vorsicht zu behandeln. †)

Die Parteien haben i. J. 1912 eine GmbH. errichtet. Das Stammkapital betrug 20 000 M., die Stammeinlage des Kl. 17 000 M., die des Bekl. 3 000 M. Am 8. Juni 1921 schlossen die Parteien einen notariellen Vertrag über Abänderung des Gesellschaftsvertrages und Verkauf von Geschäftsanteilen des Kl. an den Bekl. Der Bekl. erwarb danach sofort vom Kl. einen Teilbetrag von dessen Geschäftsanteil im Betrage von 7 000 M. Weiter wurde folgendes vereinbart. Der Kl. „verkaufte“ an den Bekl. auch den ihm verbleibenden Geschäftsanteil von 10 000 M., jedoch erst mit Wirkung v. 1. Jan. 1930. Als Preis wurde der Nennwert festgesetzt. Die Bezahlung sollte „mit dem Übergang des Geschäftsanteils, also am 1. Jan. 1930“, erfolgen. Dem Bekl. wurde gleichzeitig die Verpflichtung auferlegt, dem Kl. an diesem Tage den gesamten Betrag dessen zu zahlen, was der Kl. dann von der GmbH. insbes. wegen nicht erhobener Gewinnanteile zu fordern habe. Durch Zahlung des Bekl. sollte die entsprechende Forderung des Kl. gegen die GmbH. auf den Bekl. übergehen. Die Parteien erklärten weiter, daß vor der in Aussicht genommenen Regelung die Bilanz zum Schluß des Jahres 1929 aufgestellt sein müsse und daß der sich hieraus ergebende Gewinn, außer dem Preis für den Geschäftsanteil, an den Kl. zu zahlen sei. Die Jahre 1921—1928 ergaben Gewinne für die Gesellschaft, die jedoch zunächst an die Gesellschafter nicht ausgeschüttet wurden. Eine Genehmigung der für diese Jahre von dem

Bekl. aufgestellten Bilanzen ist nicht erfolgt. Der Bekl. stellte um die Wende des Jahres 1929/30 zur Durchführung des Vertrages von 1921 zwei Bilanzen auf; zunächst eine Bilanz, die mit einem Gewinn der Gesellschaft für die Jahre 1924—1929 von 130 752,19 RM abschloß, und eine weitere etwas später, die nur einen Gewinn von 116 205,79 RM angab. Er zahlte an den Kl. am 31. Dez. 1929 10 000 und am 26. Febr. 1930 weitere 50 000 RM, wodurch er die Forderungen des Kl. auf Grund des Vertrages von 1921 für abgegolten hält.

Der Kl. hat im Mai 1936 die vorl. Klage erhoben, in der er noch Forderungen gegen den Bekl. aus den erwähnten Rechtsverhältnissen erhebt. Zur Erklärung für die späte Erhebung hat er bereits in der Klageschrift angegeben, daß er i. J. 1930 erhebliche geschäftliche Verluste erlitten habe und jahrelang mit den größten Schwierigkeiten habe kämpfen müssen. Er hat vom Bekl. die Zahlung eines weiteren Betrages von zunächst 10 000, dann 20 000 RM verlangt. Dabei hat er sich weitere Erhöhung vorbehalten, weil er die Höhe seiner Gewinnforderung noch nicht endgültig angeben könne.

Der Bekl. hat in der Berufung vor allem geltend gemacht, daß dem Klagebegehren der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung, insbes. der Einwand der Verwirkung entgegenstehe. Das Verhalten des Kl. habe ihn in den Glauben versetzt, daß alles längst erledigt sei.

Das BU. hält u. a. auch hinsichtlich des Verwirkungseinwandes den Angriffen der Rev. des Bekl. nicht stand.

Der Rechtsbehelf der Verwirkung, der nichts anderes als einen Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung darstellt, ist nicht auf bestimmte Sondergebiete beschränkt, etwa die der Aufwertung oder des gewerblichen Rechtsschutzes. Er hat vielmehr gerade auch nach der Abspr. des erf. Sen. allgemeine Geltung und Bedeutung. Auf diesem Standpunkt stehen auch die übrigen ZivSen. des RG., namentlich nimmehr auch eindeutig der VII. ZivSen. nach seinem Urteil RGZ. 155, 148 = JW. 1937, 2266², 2495 und neuestens der VI. ZivSen. in RGZ. 158, 99 = JW. 1939, 692. Davon geht auch das BG. aus, das in seinen Gründen auf RGZ. 155, 148 = JW. 1937, 2266², 2495 und die Ausführungen Sieberts: JW. 1937, 612/613 zu dem dort abgedr. Urte. des VII. ZivSen. verweist. Einigkeit herrscht dabei darüber, daß der bloße Zeitablauf für sich allein den Verwirkungseinwand noch nicht rechtfertigt. Andererseits kann füglich nicht in Zweifel gezogen werden, daß je nach den Umständen dem Tatbestandstück des Zeitablaufs im Rahmen der nach § 242 BGB. gegeneinander abzuwägenden Umstände des Falls eine besonders gewichtige Bedeutung zukommen kann. Sie kann sich für die Gesamtbeurteilung des Falls ergeben, z. B. aus der Länge der Zeit, aus der Natur des einzelnen Rechtsgeschäfts, aus den Besonderheiten bestimmter Rechtsgebiete, z. B. den auf diesen Gebieten in den Vordergrund tretenden Bedürfnissen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit.

Das BG. stützt die Ablehnung des Verwirkungseinwands wesentlich auf die Erwägung, es sei nicht ersichtlich, inwiefern der Kl. bei dem Bekl. die Annahme erweckt habe, er wolle keine Ansprüche mehr gegen ihn geltend machen. Es entnimmt vielmehr dem Schreiben der Anwälte des Bekl. v. 7. Jan. 1931 an den Kl., daß dieser sich mit den von dem Bekl. geleisteten Zahlungen nicht zufrieden gegeben habe, und daß der Bekl. selbst mit weiteren Ansprüchen des Kl. gegen ihn gerechnet habe. Denn nur so sei es zu verstehen, wenn der Bekl. in dem erwähnten Schreiben sich die Rückforderung eines angeblich zwiefel gezahlten Betrages von rund 5000 RM vorbehalten habe. Der Kl. habe auch nichts unternommen, was in dem Bekl. eine andere Auffassung habe erwecken können. Schon diese Würdigung des Schreibens v. 7. Jan. 1931 ist in dessen unzulänglich. Denn das BG. beachtet nicht, daß darin, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend,

eine entschiedene Zurückweisung etwaiger weiterer Ansprüche des Kl. enthalten ist. Denn wenn der Bekl. in diesem Schreiben betont, daß er bisher schon 4959,03 RM zuviel bezahlt habe und sich deren Rückforderung vorbehalte, so besagt dies eindeutig, daß danach nicht der Kl. von dem Bekl., sondern umgekehrt dieser vom Kl. aus der Abschichtung noch Ansprüche habe. Ein solcher Hinweis besagte nichts anderes als eine unmißverständliche Ablehnung weitergehender Ansprüche des Kl., die eben durch die Betonung angeblicher Rückforderungsansprüche des Bekl. eine nachdrückliche Verstärkung erfuhr und klar erkennen ließ, daß der Bekl. die Ansprüche des Kl. als erledigt betrachte und dieser im Falle der Weiterverfolgung seinerseits jedenfalls mit der Geltendmachung von Rückzahlungsansprüchen des Bekl. zu rechnen habe. Der Bekl. hatte aber weiter vorgetragen, und diese Behauptung hat, wie die Rev. zutreffend rügt, das BG. überhaupt nicht gewürdigt, daß der Kl. nach Erhalt des Schreibens v. 7. Jan. 1931 zu dem Bekl. gekommen sei und die verlangten Prüfungsberichte vorgelegt erhalten habe; dabei habe der Bekl. jede weitere Forderung des Kl. abgelehnt, womit sich der Kl. dann auch beruhigt habe. Wäre die Behauptung des Bekl. richtig, so würde daraus in Verbindung mit der Tatsache, daß der Kl. erst nach fünf Jahren wieder an den Bekl. mit weiteren Ansprüchen herangetreten ist, sehr wohl gefolgert werden können, daß er in der Tat durch sein Verhalten bei dem Bekl. das Vertrauen erweckt habe, dieser brauche mit weiteren Ansprüchen des Kl. an ihn nicht mehr zu rechnen. Schon deshalb erweist sich das BU. auch zur Frage der Verwirkung mit der bisherigen Begründung als nicht haltbar, vielmehr bedarf der Sachverhalt auch insoweit erneuter Erörterung in der Tatsacheninstanz.

Für die Beurteilung des Verwirkungseinwandes im vorl. Fall muß es von Bedeutung sein, daß es sachlich und wirtschaftlich um die Abwicklung eines Beteiligungsverhältnisses durch Abschichtung des Kl. als des alleinigen Mitgesellschafters des Bekl. geht. Es handelt sich danach nicht um ein Umsatzgeschäft des täglichen Lebens, sondern um ein Rechtsgeschäft, das seiner Natur nach zu den vom erf. Sen. im Gebiet der Aufwertung als „lebenswichtig“ bezeichneten Geschäften gehört. Der Verwirkungseinwand ist bei solchen Geschäften mit besonderer Vorsicht zu behandeln. Das BG. wird bei der erforderlichen neuen Erörterung weiter in den Kreis seiner Würdigung zu ziehen haben, daß es sich bei den Parteien um Kaufleute handelt, daß sich ferner die Wiederaufrollung einer Auseinandersetzung, wie sie hier in Frage steht, bei der die Prüfung von Bilanzen, zahlreichen Geschäftsvorgängen, die Bewertung von Warenforderungen usw. nötig wird, naturgemäß um so schwieriger gestaltet, je längere Zeit seit dem maßgeblichen Stichtag verflossen ist, daß dieser Stichtag hier in eine absinkende Konjunktur und in den Beginn des Zusammenbruchs der Wirtschaft fällt und der Kl. erst geraume Zeit nach diesem Zusammenbruch und dem Wiederaufstieg der Wirtschaft mit seinen Ansprüchen hervorgetreten ist. Es kann dem Bekl. angesichts dessen nicht ohne weiteres der Glauben versagt werden, daß er sich angesichts des Schweigens des Kl. mit seinen geschäftlichen Maßnahmen darauf eingerichtet habe, daß er mit weiteren Ansprüchen des Kl. nicht mehr zu rechnen brauche. Andererseits kann für die Frage der Verwirkung namentlich auch von Bedeutung sein, ob etwa den Bekl. bei der Berechnung des Abschichtungsguthabens des Kl. und der diesem hierüber gegebenen oder verweigerten Aufschlüsse der Vorwurf unredlicher oder mindestens die Belange des Kl. schuldhaft außer acht lassender Geschäftsgebarung trifft.

(RG., II. ZivSen., II. v. 8. März 1939, II 143/38.)

[Ba.]

Anmerkung: Das Schicksal des vorl. Rechtsstreits ist ein sprechender Beweis dafür, daß die Feststellung und

Würdigung des Tatbestandes immer einer besonderen Vorsicht bedarf, wenn Verwirkung in Rede steht. Die Fragen der Verwirkung können nur auf Grund einer sehr genauen und umfassenden Klärung und Abwägung des Sachverhaltes zutreffend entschieden werden. Mit vollem Recht hat das RG. hier die tatsächlichen Erörterungen des BG. nicht als hinreichend angesehen und schon deshalb die Sache zurückverwiesen. Auch insofern verdient das Urteil über den Einzelfall hinaus Beachtung.

Die Entsch. ist ferner grundsätzlich von Bedeutung, indem sie die mit der Lehre Sieberts im wesentlichen übereinstimmende gefestigte höchstrichterliche Rspr. zur Verwirkung in dogmatischer Beziehung geradlinig fortsetzt. Insbesondere sind die Ausführungen über den Zeitablauf (der ja für sich allein niemals zur Verwirkung führt) zu billigen.

Ob es zweckmäßig war, den gelegentlich der Aufwertungsverwirkung entwickelten (übrigens wenig glücklich bezeichneten) Begriff des „lebenswichtigen Geschäfts“ (RGZ. 115, 201 = JW. 1927, 974; JW. 1931, 3083⁷) heranzuziehen, bezweifle ich. Denn einmal ist dieser Begriff seinerzeit im Rahmen einer Rspr. aufgestellt worden, die dem Verwirkungsgedanken eine immerhin nur beschränkte Anwendungsmöglichkeit zuwies und daher insofern heute überholt ist. Die damalige Rspr. hat den Begriff des lebenswichtigen, weitgehend verwirkungsfreien Geschäfts zweckhaft aufgestellt, um dem Anwendungsgebiet der Verwirkung selbst im Bereich der Aufwertung eine ziemlich enge Grenze zu ziehen. Nachdem heute über die grundsätzlich allgemeine Anwendbarkeit des Rechtsbehelfs der Verwirkung keine Zweifel mehr bestehen, ist dieser Zweck gegenstandslos geworden, und damit hat auch der besondere jenem Zwecke dienende Begriff des lebenswichtigen Geschäfts zum mindesten seinen ursprünglichen Sinn verloren. Schon das spricht dagegen, diesen Begriff bei der heutigen wesentlich gewandelten Lage des Verwirkungsrechts wiederaufleben zu lassen.

Zum anderen trägt dieser Begriff die Gefahr in sich, daß auf Grund einer an sich schon schwierigen, ja fragwürdigen Unterscheidung — welches Geschäft ist „lebenswichtig“? — alles, was zum Bereich eines Geschäfts gehört, verwirkungsrechtlich zu stark gleich behandelt wird. Es kommt m. E. nicht so sehr auf die Natur des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts als auf die Eigenart des konkreten umstrittenen Rechtes an. Aus einem an sich „lebenswichtigen Geschäft“ können untergeordnete Forderungen hervorgehen, die verwirkungsrechtlich weniger schutzbedürftig sind, und aus einem — das soll ja nach dem RG. der Gegensatz sein — „Umsatzgeschäft des täglichen Lebens“, insbes. aus einem Wiederkehr-Lieferungsvertrage, können Ansprüche hervorgehen, bei denen hinsichtlich der Verwirkung besondere Vorsicht geboten ist. Es sei in dieser Beziehung auch daran erinnert, daß die Ansprüche aus einem Arbeitsverhältnis anerkanntermaßen verwirkungsrechtlich durchaus verschieden zu behandeln sind je nachdem, ob sie auf Vereinbarung, Betriebsordnung oder TarD. beruhen. Ferner wird u. U. die Entsch. über die Verwirkung von Ansprüchen und Gestaltungsrechten trotz eines einheitlichen zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses ungleich ausfallen müssen. Kurz, es ist richtiger, auf die Besonderheiten des konkreten Rechtes als auf die sog. Lebenswichtigkeit des zugrunde liegenden Geschäfts abzustellen.

Übrigens ist bei der Besonderheit eines konkreten Anspruchs auch dessen — vielleicht außerhalb des „bürgerlichen“ Rechts begründete — Durchschlagskraft in Betracht zu ziehen, z. B. der Umstand, ob mit einem von dritter Seite, etwa von der Organisation der gewerblichen Wirtschaft, von einem Kartell usw. ausgeübten Zwang zur nachträglichen Erfüllung zu rechnen ist und ob sich infolgedessen der Schuldner auf ein tatsächliches Erledigtsein der Sache nicht einrichten durfte. Ferner ist zu prüfen, ob die Nichtleistung gemeinschaftsschädlich ist; denn es gibt An-

sprüche, deren Erfüllung so sehr der Wahrung des Gesamtwohles dient und die daher so stark gemeinschaftsbetont erscheinen, wie z. B. gewisse Unterhaltsansprüche, daß sie nach richtiger Ansicht der Verwirkung unzugänglich sind (vgl. RGZ. 1 [9], 470; Henschel: DArbR. 1936, 188 f. und „Soziale Praxis“ 1937, 782).

Erfreulich ist, daß das Urteil die Verwirkung mit davon abhängig machen will, ob den Bekl. „der Vorwurf unredlicher oder mindestens die Belange des Kl. schuldhaft außer acht lassender Geschäftsgebarung trifft“. Das ist ein wichtiger Gesichtspunkt, aber ein Gesichtspunkt, der, wie die Erfahrung lehrt, oft übersehen wird und daher besonderer Hervorhebung wert ist. Er ist wichtig sowohl für die Frage, ob überhaupt Verwirkung eintreten kann, wie auch — und das insbes. und in erster Linie — für die Frage, wann der für die Verwirkung maßgebende Zeitablauf beginnt: solange und soweit der Gläubiger infolge eines Verschuldens des anderen Teils, z. B. infolge einer Unredlichkeit, seinen Anspruch nicht kennt, beginnt der zum Tatbestand der Verwirkung gehörende Zeitablauf nicht; nachdem aber der Gläubiger sich seines Rechtes bewußt geworden ist, steht der Verwirkung trotz des Verschuldens des anderen Teils grundsätzlich nichts im Wege, wenn dieser zufolge des nunmehrigen Verhaltens des Gläubigers selbst unter Berücksichtigung des Verschuldens mit der Forderungserhebung nicht mehr zu rechnen brauchte und sich entsprechend eingerichtet hat. Ähnliches gilt für Gestaltungsrechte.

Prof. Dr. Wilhelm Henschel, Köln.

**** 25. RG. — §§ 276, 242 BGB.**

1. Der Gastwirt, der ohne besondere Vergütung Räume (Saal mit Bühne) zu einer Veranstaltung zur Verfügung stellt, geht hierdurch in aller Regel mit dem Veranstalter einen entgeltlichen Vertrag ein. Der Entgelt besteht in dem Verzehr der an der Veranstaltung teilnehmenden Personen.

2. Der Gastwirt hat auf Grund dieses Vertrags für den gefahrlosen Zustand der überlassenen Räume zu sorgen und haftet den Teilnehmern an der Veranstaltung unmittelbar für den ihnen durch die schuldhaftige Verletzung dieser Sorgfaltspflicht zugefügten Schaden.

3. Rechtfertigt die Sachlage zunächst den Schluß, daß der Schaden durch die Verletzung der dem Gastwirt obliegenden Sorgfaltspflicht entstanden ist, so trifft diesen die Beweislast dafür, daß ihm kein Verschulden zur Last fällt (entfpr. RGZ. 148, 148 [150] = JW. 1935, 2885⁷; RGEntsch. v. 9. Okt. 1934, VII 138/34; JW. 1935, 122¹⁴, v. 6. Nov. 1934, VII 155/34; RGWarn. 1935 Nr. 4, v. 6. Sept. 1938: VII 35/38; JW. 1938, 2976³⁵).

Die Bekl., die in B. eine Gastwirtschaft betreibt, hatte am 25. Jan. 1936 ihren Saal mit Bühne dem SA.-Sturm ... für die Veranstaltung eines „Deutschen Abends“ unentgeltlich zur Verfügung gestellt. Von einem Nebenraum der Bühne, der zum Aufenthalt der an Aufführungen beteiligten Personen dient, führt eine Tür unmittelbar in den Garten. Dieser Ausgang liegt etwa 1,15 m über der Bodenfläche des Gartens. Zum Herabsteigen dient eine wegnehmbare Holztreppe. Die Tür öffnet sich nach außen und kann durch zwei innen angebrachte Hakenriegel geschlossen werden, während das ursprünglich vorhandene Türschloß unbrauchbar ist. Der Kl., der sich als Darsteller an der für den Abend vorgesehenen Bühnenvorführung beteiligen sollte, wollte vor dem Beginn den Gartenaussgang zum Austrreten benutzen. Bei dem Versuch, durch die bereits geöffnet vorgefundene Tür in den im Dunkeln liegenden Garten hinabzusteigen, kam er zu Fall, weil sich die Treppe an diesem Abend nicht dort befand. Er fiel in einen unter dem Ausgang befindlichen, frisch geschneittenen Zierstrauch. Ein Zweig drang in sein rechtes Auge und verletzte den Sehnerve mit der Folge eines fast völligen Verlustes des Sehvermögens auf diesem Auge.

Mit vorl. Klage hat der Kl. die Verurteilung der Bekl. zur Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes und die Feststellung beantragt, daß letztere zum Ersatz des gesamten, ihm durch den Unfall entstandenen und in Zukunft noch entstehenden Schadens verpflichtet sei.

Die Bekl. ist der Meinung, daß der Kl. allein den Unfall verschuldet habe.

Das OLG. hat die Bekl. zur Zahlung eines Schmerzensgeldes von 4000 RM verurteilt und nach dem Feststellungsantrage des Kl. erkannt. Das OLG. hat das Schmerzensgeld auf 3000 RM ermäßigt, im übrigen die Berufung der Bekl. zurückgewiesen.

RG. hob das Urteil des OLG. auf, soweit darin zum Nachteil der Bekl. erkannt war, und verwies in diesem Umfang zurück.

Die Rev. hält die Folgerung des OLG., daß zwischen der Bekl. und dem Veranstalter des „Deutschen Abends“ durch die unentgeltliche Überlassung der Bühne mit ihren Nebenräumen ein Vertrag geschlossen worden sei, für rechtsirrig. Sie vermißt auch eine nähere Bestimmung des Inhalts dieses Vertrags, ohne welche die vom VerK. angenommene Berechtigung des Kl., aus dem Vertrage unmittelbar Rechte herzuleiten, der Begründung entbehre. Die Berechtigung dieser Beanstandungen der Rev. kann indessen nicht zugegeben werden. Allerdings vermag die vom VerK. betonte Tatsache der Überlassung der Räume an den SA-Sturm für sich allein die Annahme einer unmittelbar zugunsten des Kl. wirkenden vertraglichen Bindung der Bekl., für den gefahrlosen Zustand der Räume Sorge zu tragen, noch nicht zu rechtfertigen. Der Zweck, zu dem die Bekl. die Räume zur Verfügung gestellt hat, läßt aber unbedenklich auf die Begründung eines derartigen Vertragsverhältnisses schließen. Die Veranstaltung, zu der die Räume benötigt wurden und die an einem bestimmten Abend stattfinden sollte, bedurfte nach Ausgestaltung und Werbung der Vorbereitung. Es lag deshalb in der Natur der Sache, daß die Bekl., wenn sie ihre Räume für diesen Abend zur Verfügung stellte, sich zu deren Überlassung auch vertraglich verpflichtete. Dem steht nicht entgegen, daß dafür eine besondere Vergütung nicht vereinbart worden ist. Tatsächlich war deshalb die Leistung der Bekl. nicht etwa unentgeltlich, wie der Vorderichter annimmt. Das Entgelt fand die Bekl. in dem mit Gewinn für sie verbundenen Verzehr der durch die Veranstaltung herangezogenen Gäste, mit dem sie, ebenso wie ihr Vertragsgegner, bei der Zusage der Saalüberlassung selbstverständlich rechnete. Es handelt sich also um einen entgeltlichen Vertrag besonderer Art, der den Gastwirt verpflichtet, für den gefahrlosen Zustand der zu überlassenden Räume zu sorgen und für den durch schuldhafte Verletzung dieser Sorgfaltspflicht erwachsenen Schaden einzutreten. Daß die entsprechenden Ansprüche jeder an der Veranstaltung beteiligten Person unmittelbar zustehen, entspricht dem Wesen dieses Vertrages. Für ihn gilt auch der vom RG. für ähnliche Vertragsverhältnisse (Beförderungs-, Dienst-, Werk- und Gastaufnahmevertrag) wiederholt ausgesprochene Grundsatz, daß, wenn die Sachlage zunächst auf eine Verletzung der vertraglich gegebenen Sorgfaltspflicht schließen läßt, der auf Schadensersatz in Anspruch Genommene sich entlasten muß (RGZ. 148, 148 [150], RG. v. 6. Nov. 1934, VII 155/34; WarnRpr. 1935 Nr. 4; v. 9. Okt. 1934, VII 138/34; JW. 1935, 122 14; v. 6. Sept. 1938, VII 35/38). Daß die Bekl. neben der vertraglichen Haftung auf Grund der Tatsache einer Verkehrseröffnung in den fraglichen Räumen für deren Gefährlosigkeit auch unter dem Gesichtspunkt der §§ 823 ff. BGB. einzustehen habe, nimmt der VerK. ebenfalls ohne Rechtsirrtum an. Eine Beschränkung dieser Haftung auf grobe Fahrlässigkeit wegen Unentgeltlichkeit der Überlassung kommt entgegen der Meinung der Rev. und wohl auch des VerK. nach dem Borerörterten nicht in Betracht. Soweit aber der Kl. die Bekl. aus unerlaubter Handlung

in Anspruch nimmt, hat er deren Verschulden in vollem Umfang zu beweisen.

Die Rev. wendet sich indessen mit Recht gegen die Annahme des VerK., die Bekl. habe im Rahmen der ihr obliegenden Sorgfaltspflicht entweder den Gartenausgang durch Bereitstellen der Treppe und ausreichende Beleuchtung gefahrlos benutzbar machen oder durch besondere Maßnahmen seine Benutzung verhindern müssen. Diese Anforderungen hätten ihre Berechtigung nur dann, wenn nach Lage der Dinge die an der Ausführung beteiligten Personen — weil sie etwa zur Befriedigung ihrer Notdurft oder zu anderen Zwecken darauf angewiesen gewesen wären oder die Bekl. früher unter gleichen Umständen die Benutzung des Ausgangs zu solchen Zwecken gestattet oder geduldet hätte — der Auffassung sein könnten, der Gartenausgang sei ihnen zur Benutzung freigegeben, oder wenn die Gefahr bestand, daß dieser Ausgang irrtümlich für den Zugang zu anderen ihnen zugänglichen Räumlichkeiten des Gebäudes gehalten werden könnte. Ohne diese Möglichkeiten vermag ein vernünftiges Bedürfnis zu besonderen Vorkehrungen, wie sie der VerK. der Bekl. ansinnt, nicht anerkannt zu werden. Es erschien dann vielmehr ausreichend, wenn, wie er unterstellt, die Bekl. bei Beginn der Vorstellung den Ausgang zum Garten durch Vorlegen der an der Tür angebrachten Hakenriegel sperrte und dadurch, namentlich auch unter Berücksichtigung der Tages- und Jahreszeit der Veranstaltung, hinreichend deutlich zum Ausdruck brachte, daß ein Verkehr durch den Garten nicht stattfinden solle. Es bedeutet also eine Überspannung der der Bekl. obliegenden Sorgfaltspflicht, wenn der VerK. allein schon aus der Tatsache, daß sie die Bühnenräume zur Benutzung freigestellt hat, weitergehende Maßnahmen von ihr fordert. Er hätte vielmehr das Bedürfnis für diese Maßnahmen in der geeigneten Richtung besonders begründen müssen. Allerdings hat ein Gastwirt auch mit unverständigem Verhalten von betrunkenen und angetrunkenen Gästen zu rechnen und darauf bei feinen Vorsichtsmaßregeln Bedacht zu nehmen. Ob diese besondere Vorsicht indessen auch gegenüber den an der Ausführung beteiligten Personen geboten war, kann keineswegs ohne weiteres angenommen werden, da im allgemeinen die an diese Personen zu stellenden Anforderungen einen ihre Einsicht beeinträchtigenden Alkoholgenuß für die Dauer der Aufführung unwahrscheinlich machen. Eine sich etwa aus diesem Gesichtspunkt ergebende Notwendigkeit gesteigerter Vorsichtsmaßregeln hätte hier ebenfalls besonderer Begründung bedurft.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 4. April 1939, VII 169/38.)

*

26. RG. — §§ 320 ff. BGB.

1. Hat der klagende Gläubiger im Rechtsstreit fortgesetzt eine ihm selbst obliegende Gegenleistung verweigert, so kann darin ein Verzicht auf den Rechtsbehelf aus § 322 mit der Folge liegen, daß die Klage als verfrüht abzuweisen ist (RG.: SoergRpr. 10 § 320 Ziff. 1). Mangelnde Erfüllungsbereitschaft des Klägers allein schließt den Rechtsbehelf des § 322 nicht aus.

2. Durch die dem Bekl. in § 322 gewährte Einrede sind seine Interessen bereits derart geschützt, daß es der Gewährung einer Arglisteinrede für den Fall, daß der Kläger fordert, ohne selbst zu leisten, nicht bedarf (RGWarn. 1920 Nr. 186; vgl. auch RG.: Gruch. 55, 629).

(RG., V. ZivSen., U. v. 30. März 1939, V 187/38.) [N.]

*

** 27. RG. — §§ 671, 741 ff. BGB.

1. Der Widerruf eines von mehreren Auftragnehmern erteilten Auftrags durch einen von ihnen ist grundsätzlich zulässig; es hängt jedoch von den Umständen des Einzelfalles ab, inwieweit der einzelne Auftragnehmer für sich allein das Widerrufsrecht betätigen kann.

2. Besteht zwischen den Auftragnehmern eine Gemeinschaft gemäß §§ 741 ff. BGB. und ergibt sich aus den Um-

ständen des Einzelfalles kein Widerrufsrecht aus § 671 für einen von ihnen, so kann der einzelne eine Änderung des bestehenden Zustandes nur erreichen, wenn er einen wichtigen Grund gemäß § 749 Abs. 2 BGB. für die Aufhebung der Gemeinschaft geltend machen und so dem Auftrag den Boden entziehen kann.

Die Bekl. ist die Witwe, die Kl. die Tochter des am 5. April 1928 in R. verstorbenen Rittergutsbesitzers August N. Dieser hat testamentarisch seine Ehefrau, die Bekl., als Vorerbin, seine drei Töchter und seinen Sohn als Macherben eingesetzt. Von einer vorübergehenden Bewirtschaftung des Gutes durch den Sohn abgesehen, verwaltet die Bekl. das Rittergut N. seit dem Tode ihres Ehemannes bis zum heutigen Tage. Die älteste Tochter, die geschiedene Frau Susanne Z. geb. N., ist wegen ihrer Ansprüche auf den Nachlaß ihres Vaters abgefunden. Mit den übrigen Kindern, nämlich der Kl., der Tochter Heidi und dem Sohne Alwin N., schloß die Bekl. am 20. März 1931 einen Erbauseinanderungsvertrag. Die Kl. und ihre Schwester Heidi wurden danach je zur ideellen Hälfte als Eigentümerinnen von R. eingetragen; die Bekl. und Alwin N. wurden abgefunden, jene mit einer Hypothek von 96 000 RM, lebenslänglichem unentgeltlichen Wohnrecht und lebenslänglicher freier Verpflegung „am Tische des Hausherrn“, dieser mit einer Hypothek von 200 000 RM. Am 15. Okt. 1934 schlossen die vier Miterben einen weiteren Vertrag, durch den die Teilung des Grundbesitzes und die Aufhebung der Gemeinschaft unter den Miteigentümerinnen und ihren Rechtsnachfolgern für immer ausgeschlossen und jede Veräußerung von Teilen an die schriftliche Zustimmung der vier Beteiligten gebunden sein sollte. Demnächst verheirateten sich die beiden Schwestern, die Kl. im Jahre 1934 mit dem damals auf dem Gute angestellten Inspektor W., Heidi N. mit dem Kaufmann B. im Jahre 1935. Jedesmal wurde kurz vor der Hochzeit, nämlich am 18. Okt. 1934 und am 21. Okt. 1935, ein Vertrag geschlossen, in dem ein Wohn- und Unterhaltsrecht für die Bekl., für Frau Z. (wie bisher) und für den jeweils neu hinzutretenden Ehemann nach dem Tode seiner Ehefrau vereinbart und eine Bestimmung über Verbrauchsentnahmen getroffen wurde. In beiden Verträgen heißt es ferner unter Nr. 3, die Bekl. sei berechtigt, aber nicht verpflichtet, N. in bisheriger Umsfange zu verwalten und alle geschäftlichen Angelegenheiten zu führen. Der erste Vertrag ist von beiden Parteien, von Heidi N. und dem Ehemann W., der zweite von der Bekl., von Heidi N. und dem Ehemann B. unterschrieben. Unter den Vertragsparteien, die sämtlich auf dem Gute N. wohnten und noch wohnen, kam es seit dem Jahre 1936 zu Unstimmigkeiten. Diese führten u. a. zu Privatklageverfahren sowie dazu, daß der Ehemann der Kl. im Herbst 1936 seine Tätigkeit als Inspektor einstellte, weil er und die Kl. glaubten, den Vorwurf erheben zu können, daß die Bekl. ihn gegenüber dem anderen Schwiegersohn in der Betrauung mit Verwaltungs- und Wirtschaftsangelegenheiten zurücksetzte. Durch Brief ihres Rechtsanwalts v. 10. Juli 1937 ließ dann die Kl. den der Bekl. „erteilten Auftrag zur Verwaltung und Bewirtschaftung des Ritterguts N.“ widerrufen. Ein daran anschließender Schriftwechsel führte keine Einigung herbei. Die Kl. hat deshalb Klage auf Feststellung erhoben, daß die Bekl. von ihr einen Auftrag zur Verwaltung des Rittergutes N. nicht mehr habe und daß — wie sie in zweiter Instanz hinzugefügt hat — die von ihr der Bekl. erteilte Vollmacht erloschen sei. Die Bekl. wendet ein, der einseitige Widerruf des Auftrags durch die Kl. sei unzulässig; auch habe sie keine Veranlassung dazu gegeben.

Das LG. hat die Klage abgewiesen, das OLG. dagegen nach dem Antrage der Kl. erkannt.

RG. stellte unter Aufhebung des Urteils des OLG. und Zurückweisung der Berufung gegen das Urteil des LG. das landgerichtliche Urteil wieder her.

Das BG. legt zunächst zutreffend dar, daß die Kl. ein

rechtliches Interesse an einer (alsbaldigen) Klärung des zwischen ihr und der Bekl. bestehenden Verhältnisses und deswegen auch an der von ihr begehrten Feststellung habe. Wollte man demgegenüber einwenden, daß ja bereits auf Unterlassung geklagt werden könne, so ist hervorzuheben, daß sich das Interesse an einer gerichtlichen Entscheidung auf das Schicksal des ganzen zwischen den Parteien begründeten Vertragsverhältnisses, nicht nur für die Zukunft (Unterlassung), sondern auch für die Vergangenheit (Zeit zwischen Widerruf und Urteil) bezieht, und zwar mit allen sich aus dem Fortbestande oder dem Aufhören des Vertrages ergebenden Folgen (z. B. auch einer etwaigen Schadensersatzpflicht).

Was die Rechtsnatur des Vertrages anlangt, so hat die Bekl. im Laufe des Rechtsstreits den Versuch gemacht, darzulegen, daß zwischen den Parteien und Frau Heidi B. ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden sei, nach dem die beiden Töchter als Miteigentümerinnen ihrer Mutter — der Bekl. — das lebenslängliche Verwaltungsrecht eingeräumt hätten. Hierauf ist das BG. zwar nicht besonders eingegangen; daß es aber ein Gesellschaftsverhältnis nicht für gegeben erachtet, erhellt daraus, daß es die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien als ein in die Form des Auftrags gekleidetes Treuhandverhältnis bezeichnet. Diese Auslegung und die damit in Verbindung stehende Beurteilung der vertraglichen Abmachungen der Parteien sind rechtlich bedenkenfrei.

Die Bekl. hat ihr aus ihrer Vorerbenstellung folgendes lebenslängliches Recht auf Verwaltung des Gutes, wie im Vorerurteil richtig ausgeführt wird, durch den Erbauseinanderungsvertrag v. 20. März 1931 ausdrücklich aufgegeben und dabei gegen Abfindung mit einer Hypothek und einem lebenslänglichen Wohn- und Unterhaltsrecht ihren beiden Töchtern das uneingeschränkte Eigentum am Rittergut N. übertragen. Die von ihr dann tatsächlich fortgeführte Verwaltung des Gutes wird in dem Auseinanderungsvertrage nicht erwähnt. Die Bekl. behält sich darin vielmehr, wie dies häufig in Gutsüberlassungsverträgen geschieht, das Recht vor, jederzeit N. zu verlassen, anderweit als im Gutshause Wohnung zu nehmen und in diesem Falle jährlich 5000 Goldmark Barzahlung zu verlangen. Von der Frage der Verwaltung ist auch in dem Vertrage v. 15. Okt. 1934, welcher der Erhaltung ungeteilter Familienbesitzes dient, nicht die Rede. Wenn nun unabhängig von allen diesen schriftlichen Vereinbarungen die beiden Töchter ihrer Mutter die Verwaltung des Gutes, wie bisher, weiter überließen, obwohl ihnen doch als Miteigentümerinnen (gemäß § 744 BGB.) die Verwaltung gemeinsam zustand, so ist dies vom BG. mit Recht als gemeinsam erteilter Auftrag aufgefaßt worden. Dieser wurde dann durch die beiden Abmachungen vor der Heirat jeder Tochter lediglich nochmals bestätigt. Daß darin hervorgehoben wird, die Bekl. sei zur Verwaltung berechtigt, aber nicht verpflichtet, legt der Vorberrichter ohne Rechtsirrtum so aus, daß damit nur das dem Beauftragten nach § 671 BGB. ohnehin zustehende Kündigungsrecht nochmals besonders zum Ausdruck gebracht worden sei. Auf der anderen Seite haben die Kl. und ihre Schwester, wie das BL. weiter richtig ausführt, auf das ihnen als Auftraggebern nach der gleichen Bestimmung zustehende Widerrufsrecht weder verzichten wollen noch bei der Natur des Auftrags als eines Vertrauensverhältnisses rechtlich die Möglichkeit gehabt, zu verzichten. Bis zu diesem Punkte wird auch das BL. von der Rev. nicht beanstandet.

Die für den Rechtsstreit entscheidende weitere Frage, ob die Kl. als eine der beiden Auftraggeberinnen für sich allein den Auftrag der Bekl. gegenüber wirksam widerrufen konnte, ist von dem BG. bejaht worden. Hiergegen richtet sich der Angriff der Rev. Sie weist darauf hin, der Vorberrichter habe übersehen, daß sich diese Frage nicht allgemein und grundsätzlich, sondern nur nach den Umständen des einzelnen Falles beantworten lasse; und im

vorliegenden Falle sprächen die ganze Entwicklung der Erbaueinandersezung und die Auftragserteilung für eine Unteilbarkeit des Auftrages und folgeweise für die Unzulässigkeit einseitigen Widerrufs.

Hiermit will also die Rev. selbst nicht geltend machen, daß der Widerruf eines von mehreren Auftraggebern schlecht hin unzulässig sei (wie dies z. B. von Dertmann, „BWB.“ II, 2. Abt., 5. Aufl., 2c zu § 671 BWB. mindestens für den Regelfall angenommen wird). Dafür, daß ein solcher grundsätzlich zulässig ist, konnte sich der Vorderrichter nicht nur auf die sehr bestimmt geäußerte Ansicht in den Erläuterungsbüchern zum BWB. von Pland, Bd. II, 4. Aufl., 3e zu § 671 und Staudinger, II, 3. Teil, 9. Aufl., 5 zu § 671, sondern auch auf das im RGRKomm. 4 zu § 671 BWB. Ausgeführte beziehen, wo die Umstände des einzelnen Falles für maßgebend erklärt werden. Wenn an dieser Stelle hinzugefügt wird, daß auch die Motive zu dem Entwurf eines BWB. Bd. II S. 544 gleicher Auffassung seien, so ist das allerdings nur bedingt richtig. Denn dort heißt es, man habe davon auszugehen, daß jeder Auftraggeber „stets“ mit der Wirkung widerrufen könne, daß der Beauftragte den Widerruf zu beachten habe, während „die Umstände des einzelnen Falles dafür maßgebend seien, ob und inwiefern der Widerruf nur eines Auftraggebers den Beauftragten von der Verpflichtung nicht befreit, den Auftrag wegen des Nichtwiderrufes seitens der übrigen Auftraggeber ganz oder zum Teil auszuführen, wobei die Teilbarkeit des aufgetragenen Geschäftes von Bedeutung werden könne“. Hier, wie auch bei Pland und Staudinger (a. a. O.), wird, an sich zutreffend, darauf hingewiesen, daß es für die Zulässigkeit des Widerrufs des einen Auftraggebers nicht von Belang zu sein braucht, wie sich das Auftragsverhältnis zwischen den übrigen und dem Beauftragten weiter gestaltet. Noch weniger wird der einseitige Widerruf etwa schon dadurch unzulässig, daß der Widerrufende im gegebenen Falle durch Abgabe der Widerrufserklärung im Innenverhältnis zu den übrigen Auftraggebern seine Pflichten diesen gegenüber verletzt und sich ihnen haftbar macht (vgl. Pland a. a. O.); auch Enneccerus, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts“ II, 11. Bearbeitung 1930, § 160 Anm. 1, wo gerade der Fall erwähnt wird, daß bei einer Vermögensverwaltung der Beauftragte die Interessen des einen Auftraggebers gegen die des anderen zurücksetzt).

Darüber hinaus will nun aber der VerN. den Widerruf des Auftrags durch einen von mehreren Auftraggebern ganz allgemein und unter allen Umständen zulassen; er meint, aus dem dem Auftrage zugrunde liegenden Vertrauensverhältnis ergebe sich, daß der Auftraggeber nicht wider seinen Willen für immer bei seiner früher einmal abgegebenen Erklärung festgehalten werden könne. Diese Auffassung, die auch im Schrifttum vertreten wird, beanstandet die Rev. mit Recht. Denn sie berücksichtigt nicht, daß es mehreren Auftraggebern rechtlich freisteht, sich untereinander Bindungen für einen Widerruf des Auftrags aufzuerlegen und diese auch nach außen dem Beauftragten gegenüber zum Bestandteil der Vereinbarungen zu machen. Geschieht dies, so äußert das zwischen den Auftraggebern bestehende Innenverhältnis notwendigerweise seine Wirkung auch nach außen dergestalt, daß ein mit den Vertragsbindungen der Auftraggeber unvereinbarer Widerruf des einzelnen auch dem Beauftragten gegenüber der Rechtswirksamkeit entbehrt. Diese Überlegung zeigt, daß zwar die Auftraggeber in ihrer Gesamtheit niemals auf ihr Widerrufsrecht dem Beauftragten gegenüber verzichten können, daß es aber in der Tat von den Umständen des Einzelfalles abhängt (vgl. RGRKomm. 3. BWB. a. a. O.), inwieweit der einzelne Auftraggeber für sich allein das Widerrufsrecht betätigen kann.

Diese Frage kann im vorliegenden Falle nicht losgelöst von den gesamten auf dem Ritzergut bestehenden tatsächlichen Verhältnissen und den auf sie sich beziehenden

Vereinbarungen der Beteiligten beurteilt werden. Zwischen der Kl. und ihrer Schwester bestand seit dem Erbaueinandersezungsvertrage v. 20. März 1931 eine Miteigentumsgemeinschaft, für welche die §§ 741 ff. BGB. die gesetzliche Regelung enthalten. Nach dem Vertrage v. 15. Okt. 1934 sollte die Aufhebung dieser Gemeinschaft, wie § 749 Abs. 2 BGB. das zuläßt, für immer ausgeschlossen sein. An diesem Vertrage waren nicht nur die beiden Schwestern als Miteigentümerinnen, sondern auch ihr Bruder und ihre Mutter, die Bekl., beteiligt, die nach dem übereinstimmenden Willen der Töchter bereits längere Zeit hindurch die Verwaltung des Gutes allein führte; ohne ihres und des Sohnes Zustimmung sollte auch der Grundbesitz weder ganz noch geteilt veräußert werden dürfen. Das alles zeigt deutlich das Bestreben der Beteiligten, das Gut als einheitliches Ganzes dauernd zu erhalten und unter dem höheren Gesichtspunkte des Familieninteresses auch die Freiheit der einzelnen Miteigentümerin einzuengen. Insbesondere war beiden Schwestern die Verwaltung des Gutes durch die Bekl., ihre Mutter, im Laufe der Zeit zur Selbstverständlichkeit geworden. Dafür ist bezeichnend, daß beide diese Verwaltung sogar noch nach ihrer Heirat fortbestehen ließen. Sie hatten damit nach § 745 BGB. durch Stimmenmehrheit, d. h. wie dies bei zwei Beteiligten nicht anders möglich ist, einstimmig einen Beschluß über die Verwaltung gefaßt, der nur in gleicher Weise, also nicht von einer der beiden Schwestern allein, wieder umgestoßen werden konnte. Bei der von den Beteiligten in ihren Abmachungen betonten engen Familiengemeinschaft und der maßgeblichen Stellung, welche die Bekl. in dieser einnimmt, kann jene Verwaltungsregelung aber nicht auf das Verhältnis der beiden Miteigentümerinnen beschränkt gelten, muß vielmehr nach dem Willen der Beteiligten notwendigerweise auch für das zwischen jenen und der Bekl. begründete Auftragsverhältnis Bedeutung haben. Dieses ist mit der zwischen den Töchtern bestehenden Gemeinschaft auf das engste verquickt. Eine innerhalb dieser Gemeinschaft nicht mögliche einseitige Änderung der Verwaltungsbestimmung widerspricht auch nach außen im Verhältnis zur Bekl. dem Geiste sämtlicher Abmachungen innerhalb des Familienkreises, einerlei ob man annehmen wollte, daß durch den Widerruf der ganze Auftrag hinfällig würde, oder daß die Bekl. danach genötigt wäre, fortan die Verwaltung nur gemeinsam mit der Kl. oder einem von ihr Bevollmächtigten zu führen.

Die Kl. war hiernach nicht in der Lage, den der Bekl. gemeinsam mit ihrer Schwester erteilten Auftrag für sich allein zu widerrufen. Eine Änderung des bestehenden Zustandes wird die Kl. einseitig nur dann erreichen können, wenn sie einen wichtigen Grund für die Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft gemäß § 749 Abs. 2 BGB. geltend zu machen und auf diese Weise dem Auftrag den Boden zu entziehen vermag.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 29. März 1939, VI 231/38.)

*

28. RG. — § 839 BGB. Amtshaftung. Zur Frage der rechtlichen Behinderung infolge persönlicher Beteiligung an der Sache. Der ursächliche Zusammenhang zwischen der Handlung des Schädigers und dem Schaden wird nicht ohne weiteres dadurch aufgehoben, daß der nämliche Erfolg, der durch die schädigende Handlung eingetreten ist, auch durch ein anderes Ereignis sicher herbeigeführt worden wäre. †)

Der Ehemann der Kl., W. K., erhielt am 11. Juni 1934 von dem Rat die Genehmigung zur Eröffnung einer Einzelhandelsverkaufsstelle für Fahrräder, Fahrradersatzteile und Fahrradwerkzeuge im Hause Markt 11. Diese Genehmigung wurde am 23. Aug. 1934 wieder zurückgenommen, weil er ein besonderen Genehmigungsbedingungen unterliegendes Kleinpreisgeschäft errichtet habe. Am 8. Okt. 1934 wurde seine Geschäftsstelle polizeilich geschlossen. Er

versuchte nun, das Geschäft von Th., Markt 75 (Fahrräder, Nähmaschinen, Zigarren und Zeitungen), zu erwerben. Als dies mißlang, weil Th.s Vermieter die Untervermietung an ihn nicht genehmigte, verkaufte er am 27. Nov. 1934 sein Geschäft an Th. — die Waren unter Eigentumsvorbehalt — und trat bei ihm als Angestellter ein. Th. gab seine Verkaufsstelle auf und zog mit seinem geringen Warenlager nach Markt 11 in den bisherigen Laden von K. Am 22. Dez. 1934 verkaufte Th. dann sein Geschäft an die Kl., während der Verkauf des Warenlagers von W. K. an ihn rückgängig gemacht wurde. Die Kl. übernahm das Geschäft sofort.

Auf Anzeige der Ortspolizeibehörde wies der VKat, der ebenso wie diese die ganzen Vorgänge als Schließung und als Fortführung des geschlossenen Geschäfts von W. K. ansah, die Ortspolizeibehörde an, das Geschäft zu schließen. Dies geschah am 2. Jan. 1935 durch den Ortspolizeiverwalter B., der — wenigstens zum Teil — selbst mit Fahrrädern handelte. Die Beschwerde der Kl. wies der VKat zurück. Im Verwaltungsstreitverfahren wurden der Bescheid des VKats und die angef. Schließungsverfügungen der Ortspolizeibehörde durch Urteil des BezVernGer. aufgehoben und die Rev. des VKats hiergegen durch Urteil des PrVVG. zurückgewiesen.

Die Kl. hat i. J. 1935 gegen ihren Ehemann, mit dem sie sich schon vorher schlecht stand, Scheidungsklage erhoben und ist i. J. 1936 rechtskräftig geschieden worden. Mit der Klage verlangt sie wegen Amtspflichtverletzung des VKats Schadensersatz wegen Schließung ihres Geschäfts.

Nach §§ 2 und 5 EinzelhandelSchG. v. 12. Mai 1933 (RGBl. I, 262) in der bis zum Ende des Jahres 1934 geltenden Fassung durften Einzelhandelsverkaufsstellen, in denen Waren zum Verkauf feilgehalten wurden, ohne Genehmigung der zuständigen Verwaltungsbehörde nicht errichtet werden; sie waren, wenn die Genehmigung nicht erteilt wurde, nach § 8 das. von der Polizeibehörde zu schließen. Auf die Übernahme bereits bestehender Verkaufsstellen wurden diese Bestimmungen erst durch das am 1. Jan. 1935 in Kraft getretene Ges. zur Änd. des EinzelhandelSchG. v. 13. Dez. 1934 (RGBl. I, 1241) ausgedehnt. Die Schließung des Geschäfts, welches die Kl. von Th. übernommen hatte, wäre also nur dann zulässig gewesen, wenn es sich nicht um eine Übernahme des Th.schen Geschäfts durch die Kl., sondern um eine verschleierte Fortführung des neu errichteten und dann polizeilich geschlossenen Geschäfts ihres Ehemanns gehandelt hätte. Das war aber nach den für die RevInst. geltenden Feststellungen des VVG. nicht der Fall. Diese hält auf Grund der Beweisaufnahme für erwiesen, daß Th. sein Geschäft nach ernstlich gemeintem Kauf des Warenlagers von W. K. für sich in dem früheren Laden von K. fortgeführt und daß die Kl. Ende Dez. 1934 dieses Th.sche Geschäft übernommen hat. Auch Tatbestände, welche in § 3 des erwähnten Ges. der Errichtung einer neuen Verkaufsstelle gleichzustellen waren, lagen nicht vor. Die Schließung des Geschäfts der Kl. war demnach nach den Bestimmungen des EinzelhandelSchG. nicht zulässig.

Auch auf §§ 20 und 22 HdlBeschrWB. v. 13. Juli 1923 (RGBl. I, 706) kann die Schließung nicht gestützt werden. Denn die dort vorgesehene Unterfügung des Handels mit Gegenständen des täglichen Bedarfs setzt voraus, daß der Handeltreibende die für den Handelsbetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Diese Voraussetzung war aber nach den Feststellungen des VVG. nicht gegeben (was näher ausgeführt wird).

Obwohl hiernach die Anweisung zur Schließung des Geschäfts und die spätere Beschwerdeentsch. des VKats sachlich unrichtig waren, nimmt das VVG. ein fahrlässiges Handeln des VKats bei der Beurteilung der Sachlage nicht an. (Wird näher wiedergegeben.)

Der Rev. der Kl. kann nicht zugegeben werden, daß

das VVG. das Maß der Sorgfalt verkannt habe, das der VKat anwenden mußte, als er die Ortspolizeibehörde zur Schließung des Geschäfts der Kl. anwies. Mit Recht geht das VVG. davon aus, daß der VKat die Sachlage nicht so klären konnte, wie es später nach langwierigen Beweisaufnahmen durch das VernGer. und das ordentliche Gericht geschehen ist, daß er vielmehr als Verwaltungsbeamter zur Wahrung der staatlichen Autorität ohne allzu ängstliches und vorsichtiges Abwägen diejenigen Maßnahmen treffen durfte und mußte, welche er auf Grund seiner nach pflichtmäßiger Prüfung erlangten Auffassung als erforderlich ansehen konnte. Daß für seine Auffassung eine Reihe von Umständen sprach, hat das VVG. näher ausgeführt. Wenn der VKat ihnen gegenüber keine Veranlassung sah, die Beteiligten noch persönlich zu hören, und der Vorderrichter dies billigt, so ist darin ein Rechtsverstoß nicht zu finden. Zweifelhaft kann freilich sein, ob der VKat nicht wenigstens vor Erlass der Beschwerdeentsch. zur Anhörung der Beteiligten verpflichtet gewesen wäre und ob es in seinem Ermessen lag, ob er zur Anhörung schreiten wollte. Beides kann indessen dahinstehen, da die Rev. der Kl. aus dem nachfolgend dargelegten Grunde Erfolg haben muß.

Nach den Feststellungen des VVG. war der Ortspolizeiverwalter B. an der Mitwirkung der Schließung des Geschäfts der Kl. rechtlich verhindert, weil er nach seiner eigenen im Verwaltungsstreitverfahren abgegebenen dienstlichen Erklärung, wenn auch in geringem Umfange, selbst Fahrradhandel betrieb und insofern an der Sache persönlich beteiligt war. Wegen dieser seiner persönlichen Beteiligung haben bereits die angerufenen VernGer. der von ihm verfügten polizeilichen Schließung des Geschäfts der Kl. die Rechtmäßigkeit abgesprochen. Mit Recht weist das VVG. darauf hin, daß es „ein für alle Gebiete des Verwaltungsrechts von jeher geltender Grundsatz ist, daß Beamte, deren Interessen durch eine Amtshandlung getroffen werden, sich der Beteiligung an einer solchen zu enthalten haben und in solchen Fällen an der Ausübung ihrer Befugnisse mit der Wirkung verhindert sind, daß gleichwohl von ihnen vorgenommene Amtshandlungen der Rechtswirksamkeit entbehren. Erst recht muß dieser Grundsatz im nationalsozialistischen Staate gelten. Daß B. bei der Schließung des Geschäfts auf Anweisung des VKats gehandelt hat, kann hieran nichts ändern. Denn nach außen trat die Schließung als seine eigene Amtshandlung in Erscheinung und war mit dem Makel seiner persönlichen Beteiligung behaftet. Das Ansehen der Staatsverwaltung, zu der auch die Polizeiverwaltung gehört, erfordert aber gebieterisch, daß bei der Erledigung von Amtsgeschäften auch nur der äußere Schein eines Makels oder einer Unlauterkeit unbedingt vermieden wird.“ Diesen in DVG. 99, 194 wiedergegebenen Ausführungen des VVG. kann nur beigetreten werden.

Da der VKat nach den Feststellungen des VVG. zwar nicht, als er die Anweisung zur Schließung des Geschäfts erteilte, von der persönlichen Beteiligung des B. unterrichtet war, aber im Laufe des Beschwerdeverfahrens davon erfuhr, hätte er die von B. vorgenommene Schließung des Geschäfts aufheben müssen. Darin, daß er dies nicht tat, lag eine in Ausübung der öffentlichen Gewalt begangene Amtspflichtverletzung, für welche der verklagte Staat nach § 839 BGB., Art. 131 WeimVerf. einzustehen hat. Daß die verletzte Amtspflicht der Kl. gegenüber bestand, kann nicht zweifelhaft sein. Eine Möglichkeit für diese, auf andere Weise Ersatz zu erlangen, besteht ebenso wenig wie sie es veräußert hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

Obwohl das VVG. in dem eben geschilderten Verhalten des VKats ebenfalls eine Amtspflichtverletzung sieht, lehnt es doch den von der Kl. geltend gemachten Anspruch auf Schadensersatz ab, weil die unterlassene Aufhebung der durch B. geschehenen Schließung des Geschäfts für den ihr entstandenen Schaden nicht ursächlich gewesen sei. Denn —

so führt es aus — wenn der Rat pflichtgemäß die Schließungsverfügung des Ortspolizeiverwalters B. wegen dessen persönlicher Beteiligung aufgehoben hätte, so würde er doch bei dem von ihm eingenommenen Standpunkt sicherlich gleichzeitig mit der Aufhebung eine neue Schließungsanweisung an die Ortspolizeibehörde gerichtet haben; das Geschäft der Kl. wäre also auch dann — auf Grund der Anordnung eines anderen Organs der Ortspolizeibehörde — geschlossen geblieben. Mit Recht wendet sich die Rev. gegen diese Ausführungen. Denn wie das RG. wiederholt ausgesprochen hat, wird der ursächliche Zusammenhang zwischen der Handlung des Schädigers und dem Schaden nicht ohne weiteres dadurch aufgehoben, daß der nämliche Erfolg, der durch die schädigende Handlung eingetreten ist, auch durch ein anderes Ereignis sicher herbeigeführt worden wäre (RGZ. 141, 365 = JW. 1933, 2383², 2641²; HöchstRRspr. 1935 Nr. 1008 und HöchstRRspr. 1937 Nr. 997). Auf die erneute Schließungsanweisung des Rats, die etwa zu erwarten gewesen wäre, kommt es aber auch aus einem anderen Grunde nicht an. Es handelt sich um eine Entsch. einer Verwaltungsbehörde. Für die Frage des ursächlichen Zusammenhangs ist bei solchen Entsch. ebenso wie bei gerichtlichen Entsch. nicht zu fragen, wie tatsächlich von dem betreffenden Beamten entschieden worden wäre, sondern wie die richtige Entsch. hätte ausfallen müssen (vgl. RGZ. 91, 164 = JW. 1918, 131; RGZ. 117, 293 = JW. 1927, 2454). Bei richtiger Beurteilung der Sachlage hätte aber der Rat die Schließung nicht erneut anordnen dürfen.

(RG., III. ZivSen., U. v. 4. April 1939, III 135/38.)

[Ba.]

Anmerkung: Das Urteil verdient in mehrfacher Hinsicht Beachtung.

1. Daß ein Beamter, der zufolge seiner Interessenlage an der Sache persönlich beteiligt ist, bei ihr nicht durch eine Amtshandlung mitwirken darf, ist ein wichtiger Grundsatz des Verwaltungsrechts. Aus zutreffenden Erwägungen will das RG. im Einklang mit OVG. 99, 194 diesen Grundsatz auch dann angewendet wissen, wenn der persönlich interessierte Beamte nicht aus eigenem Willensentschluß, sondern lediglich auf Befehl seines Vorgesetzten gehandelt hat.

Allerdings läßt sich dieser Grundsatz nicht immer rein durchführen, insbes. nicht bei der wirtschaftlich-sozialen Selbstverwaltung, wo es mitunter an gänzlich unbeteiligten Volksgenossen fehlt. Man denke z. B. an Maßnahmen, die der Obermeister einer Zunft, der Ortsbauernführer, der Leiter einer Wirtschaftsgruppe zu treffen haben. Solche Durchbrechungen des Grundsatzes muß man notfalls hinnehmen, wenn man nicht diese Arten der Selbstverwaltung stark beschneiden will. Daraus, daß mit Zunahme der wirtschaftlich-sozialen Selbstverwaltung solche Ausnahmen häufiger werden, darf man keineswegs schließen, der Grundsatz habe an Wert verloren und sei überhaupt nicht mehr streng einzuhalten. Vielmehr ist umgekehrt danach zu streben, solche Ausnahmen auf ein Mindestmaß zu beschränken und die Gewähr dafür zu schaffen, daß in unvermeidlichen Ausnahmefällen ein Mißbrauch nicht stattfindet.

2. Die Frage, ob ein Schaden entstanden ist, hängt manchmal davon ab, wie eine andere Behörde über eine bestimmte Sache entschieden haben würde, wenn es infolge Unterbleibens des schadenstiftenden Ereignisses zu deren Entsch. gekommen wäre. In solchen Fällen unterstellt die höchstgerichtliche Rspr. stets, die andere Behörde würde die Sache richtig entschieden haben — richtig „im Sinne des jetzt erkennenden Gerichts“ (ArbRSamml. 9, 148). Der Beweis des Gegenteils wird nicht zugelassen.

Das Arbeiten mit solchen Unterstellungen (Fiktionen) führt oft zu Ergebnissen, die zwar als rechtstechnisch elegante Lösungen erscheinen, aber doch bedenklich sind. So auch hier. Schon aus der vorstehenden Urteilsbegründung

ergibt sich, daß in der Sache selbst — sieht man von der offen gelassenen Zweifelsfrage der Anhörung der Beteiligten vor Erlaß der Beschwerdeentsch. ab — den Rat kein Vorwurf trifft. Wer den nichtmitabgedruckten Teil des Urteils liest, wird zu dem Ergebnis kommen, daß der Tatbestand, wie er sich dem Rat darstellte, so sehr für das Vorliegen einer üblen Schiebung sprach, daß der Rat in hohem Maße pflichtwidrig gehandelt hätte, wenn er nicht zugespäckt haben würde. Es ist also davon auszugehen, daß sich der Rat, von seinen damaligen Erkenntnismöglichkeiten aus gesehen, insoweit vollkommen richtig verhalten hat und daß er auch — nämlich im Falle der Aufhebung seiner getroffenen Verfügung wegen persönlicher Beteiligung des Polizeiverwalters — ein zweites Mal so in der Sache selbst — wenn auch, rückwirkend betrachtet, objektiv unzutreffend — entschieden haben würde. Hätte er in der Tat so zum zweiten Male wieder entschieden, wären daraus Schadensersatzansprüche nicht herzuleiten gewesen. Es ergibt sich also das Seltsame, daß das Land Preußen — wenigstens mit dieser Hilfservägung — zum Schadensersatz verurteilt worden ist auf Grund eines unterstellten Verhaltens seines Rats, das dieser als Beamter überhaupt nicht einnehmen durfte und auch gemäß seinem bisherigen pflichtgetreuen Vorgehen gewiß nicht eingenommen hätte. Praktisch ist der Schadensersatz für die Kl. ein Vermögensvorteil rein zufälliger Art — das verfahrensrechtliche Verfehlen des Rats ist ihr zur Gewinnquelle geworden —, und für das bekl. Land ist er eine Strafe für den verfahrensrechtlichen Fehler des Rats, der in Wahrheit den Schaden der Kl. gar nicht verursacht hat. Denn hätte der Rat den Fehler nicht begangen, hätte er also im Beschwerdeverfahren die Schließung des Geschäfts aufgehoben, so hätte er sie gleichzeitig erneut verfügen müssen und auch verfügt, und dann wäre die Schädigung der Kl. die gleiche gewesen, ohne daß sie Ersatz hätte verlangen können. Darüber hilft nun einmal nichts hinweg, und so muß das verurteilte Land Preußen Schadensersatz — Wert des Streitgegenstandes 50 000 RM! — leisten — nicht auf Grund des tatsächlichen, sondern auf Grund eines rein fiktiven, dazu noch der Wirklichkeit zweifellos widersprechenden Sachverhalts. Das befriedigt gerade in diesem Falle das Rechtsempfinden nicht.

Darum liegt die Frage nahe, ob man nicht jenen Grundsatz auflockern muß. M. E. ist der berechnete, auch noch in der nationalsozialistischen Volksordnung vertretbare Kern des Grundsatzes nicht etwa ein übertriebener und formalistischer Schutz der Staatsautorität, sondern der Umstand, daß es oft gegen Treu und Glauben verstößt, wenn jemand aus dem wirklichen oder wahrscheinlichen Irrtum oder sonstigen Fehler einer Behörde für sich Nutzen ziehen will. Aber ähnlich, wie es nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten verstößt, sich auf eine bereits vorliegende objektiv falsche behördliche Entsch. zu stützen (vgl. Weh: DR. 1939, 473 ff.), braucht es nicht unbedingt verwerflich zu sein, sich darauf zu berufen, daß die Entsch., wenn sie ergangen wäre, anders ausgefallen wäre, als sie der jetzt erkennende Schadensersatzrichter heute fällen würde. Soll ein derartiges Verhalten unsittlich sein, so müssen noch weitere Umstände hinzutreten. Im vorl. Falle z. B. halte ich die Berufung des bekl. Landes auf die zu erwarten gewesene Entsch. des Rats für unbedenklich, ja für notwendig, und zwar nicht bloß vom fiskalischen, sondern auch vom Gerechtigkeitsstandpunkte aus. Die Berufung wäre aber u. U. zu beanstanden gewesen, wenn jemand behauptet hätte, der Rat würde infolge der bei ihm üblichen Fahrlässigkeit falsch entschieden haben, und wenn er sich das im Rechtsstreit hätte zunutze machen wollen.

In einer Anmerkung kann dies nur gestreift werden. Es wäre wünschenswert, wenn die Frage demnächst zum Gegenstand einer eingehenden Untersuchung gemacht würde. M. E. wird dabei jener starre Grundsatz nicht aufrechter-

halten werden können, wie es ja überhaupt deutsch-rechtlichem Denken entspricht, auf Fiktionen weitgehend zu verzichten (vgl. auch die scharfen Worte Rosenbergs, „Mythos des 20. Jahrhunderts“ [11] S. 124 gegen philosophische Fiktionen).

3. Das Urteil erwähnt kurz die Frage des ursächlichen Zusammenhangs in dem Falle, daß der durch die schädigende Handlung eingetretene Erfolg sicher auch durch ein anderes Ereignis herbeigeführt worden wäre. Hierzu sei auf die beachtliche kritische Stellungnahme von Veit h: ZW. 1933, 2641² verwiesen.

Prof. Dr. Wilhelm Herschel, Köln.

*

29. OLG. — §§ 906, 1004 BGB. Für die Geltendmachung von Ansprüchen aus den §§ 906, 1004 BGB. ist, soweit sich die Störungen aus dem vorchriftsmäßigen Betrieb öffentlicher Schulen ergeben, der ordentliche Rechtsweg nicht zulässig. Dasselbe muß gelten, wenn die Störungen durch Übungen des Jungvolks und der SA. hervorgerufen werden. Dagegen können nachbarrechtliche Ansprüche hinsichtlich Störungen aus Sportbetrieben der NS.-Gemeinschaft „Kraft durch Freude“ im ordentlichen Rechtsweg erhoben werden.

Der Kl. ist Eigentümer des Grundstücks D.straße 22 in Sch., auf dem er seit 1914 ein damals erbautes Einfamilienhaus bewohnt. Die Rückseite des Grundstücks grenzt an das Grundstück der Bekl., auf dem sich das seit dem Jahre 1934 den Zwecken des städtischen Gymnasiums dienende Gebäude des ehemaligen staatlichen Lehrerseminars befindet. Das Lehrerseminar bestand vom November 1912 bis Ostern 1924. Nach Einstellung des Seminarbetriebs diente das Gebäude den Zwecken staatlicher Behörden, während die Turnhalle und der Spielplatz des Grundstücks seit dem April 1928 der Stadtverwaltung zur Benutzung für den regelmäßigen Turnunterricht des städtischen Gymnasiums und der Oberrealschule sowie für die Übungen der staatlich geförderten Jugendpflege überlassen wurde. Auf dem an dieses Grundstück anschließenden Gelände des Kl. steht ein Gebäude, das seit dem Jahre 1910 von der städtischen Oberrealschule benutzt wird. Die Plätze der beiden Schulgrundstücke werden tagsüber für den Turn-, Spiel- und Sportbetrieb der Schüler im Rahmen des Schulunterrichts sowie an den Mittwoch- und Sonnabendnachmittagen zu den Übungen der Hitlerjugend und des Jungvolkes, abends außer für Zwecke der Hitlerjugend auch für den Sportbetrieb der NS.-Gemeinschaft „Kraft durch Freude“, des Reitersturms der SA. und des Deutschen Sportvereins benutzt.

Der Kl. behauptet, sein Grundstück liege in einem Villenblock, der hauptsächlich von ruhebüchtigen Leuten bewohnt werde. Während früher auf den jetzigen Schulgrundstücken Ruhe geherrscht habe, habe sich seit dem Jahre 1934 ein immer umfangreicherer, mit großem Lärm verbundener Sportbetrieb entwickelt, der den Aufenthalt im Garten und auf der offenen Veranda seines Grundstückes häufig geradezu unmöglich mache. Der Lärm, der dadurch verstärkt werde, daß die Schulgebäude den Schall zurückwürfen, beginne im Sommer mit dem Schulbetrieb um 7 Uhr und halte den ganzen Vormittag an. Selbst nach Schluß des Unterrichts spielten Schüler bisweilen in den Mittagstunden ohne Aufsicht. Zwischen 2 und 3 Uhr nachmittags beginne der Sportbetrieb wieder in vollem Umfange und dauere bis in die Abendstunden, vielfach bis etwa 10 Uhr abends. Besonders laut gehe es an den Mittwoch- und Sonnabendnachmittagen zu, wenn etwa 120 Angehörige des Jungvolks dort unter lautem Trommelschlag und Fanfarengeschmetter übten. Die Bekl. könne den Sportbetrieb auf andere Plätze verlegen. Der anhaltende Lärm rufe körperliches und seelisches Unbehagen hervor, und dieser Zustand entspreche, abgesehen davon, daß er sein Grundstück entwerte, nicht dem Gemeinschaftsinn und einem sozial rücksichtsvollen Zusammenleben der Nachbarn. Da seine Vorstellungen bei der Stadtverwaltung keine Besserung erzielt hätten, mache er seine Rechte aus den §§ 906, 1004 BGB. geltend.

Er verlangt mit seiner Klage, die Bekl. zu verurteilen, daß sie für die Unterlassung von Sportspielen und Exerzierübungen auf den Schulplätzen Sorge, die mit lautem Lärm verbunden seien, mindestens aber Vorkehrungen treffe, um den Lärm auf ein erträgliches Maß herabzumindern.

Die Bekl., die Abweisung der Klage begehrt, bestreitet die Zulässigkeit des Rechtsweges für den geltend gemachten Anspruch, weil die vom Kl. als störend empfundenen Einwirkungen in Ausübung staatshoheitlicher Rechte erfolgten. Außerdem sei sie nicht Störer i. S. des § 1004 BGB. Ferner bestreitet sie, daß auf den Schulplätzen Schüler ohne Aufsicht spielten und daß durch den Sportbetrieb überhaupt übermäßiger Lärm verursacht werde.

Das OLG. hat die Klage abgewiesen. Es hält zwar den Rechtsweg für gegeben, meint aber, daß der Kl. keinen Anspruch aus § 906 BGB. herleiten könne, weil er sich nach dem Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ im Hinblick auf die Notwendigkeit der Erhaltung des Volks durch den Sport die vom Sportbetrieb ausgehenden Einwirkungen gefallen lassen müsse, überdies die Benutzung der Schulgrundstücke zu diesem Zwecke nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich sei.

Der Berufung war der Erfolg zu versagen.

Das OLG. v. 13. Dez. 1933 über die Beschränkung der Nachbarrechte gegenüber Betrieben, die für die Volkserziehung von besonderer Bedeutung sind, würde zwar der Geltendmachung der Ansprüche des Kl. nicht entgegenstehen, weil seine Anwendbarkeit voraussetzt, daß der Kl. den Betrieb genehmigt hat (§ 1 Abs. 1) und eine solche Genehmigung in dem zur Entsch. stehenden Falle unbestritten nicht vorliegt. Soweit der Kl. aber seine Ansprüche aus den §§ 906, 1004 BGB. darauf stützt, daß der unerträgliche Lärm auf den Schulplätzen durch Turn- und Sportspiele oder Übungen hervorgerufen wird, die im Rahmen des ordentlichen Schulunterrichts des Gymnasiums oder der Oberrealschule veranstaltet werden, ist der Rechtsweg nicht zulässig. Denn der Betrieb der städtischen öffentlichen Schulen, um die es sich hier handelt, erfolgt in Ausübung einer „das Gemeinwohl fördernden öffentlich-rechtlichen Tätigkeit, in die im Rechtsweg nicht eingegriffen werden darf“ (RG.: Warn. 1916 Nr. 248), also in Ausübung staatlicher Hoheitsrechte, die auf die Stadtgemeinde als öffentlich-rechtliche Körperschaft übertragen ist (vgl. auch RG.: Warn. 1908 Nr. 380 und RGZ. 73, 270).

Dasselbe gilt aber nach der Ansicht des Sen. auch, soweit der Kl. sich darauf stützt, daß der Lärm durch die mit Trommelschlag und Fanfarengeschmetter verbundenen Übungen der Hitlerjugend und des Jungvolks sowie durch Übungen der SA. hervorgerufen wird. Die SA. ist eine Gliederung der NSDAP. (Durchf. v. 29. März 1935 zum Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat). Die Partei selbst aber ist nach dem oben genannten Gesetz v. 1. Dez. 1933 eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Sie ist nach dem Sinne dieses Gesetzes die Bewegung, die dem staatlichen Wirken Antrieb und Inhalt ist, also gleichsam die Seele des Staates bildet. Sie ist die Trägerin des deutschen Staatsgedankens und mit dem Staat unlöslich verbunden, der politische Willensträger der Nation. Sie steht als selbständiger Hoheitsträger neben dem Aufbau der staatlichen Behörden. Die Erfüllung ihrer Aufgaben stellt daher ebenso wie die staatlichen Funktionen im engeren Sinne eine das Gemeinwohl fördernde öffentlich-rechtliche Tätigkeit dar, gegen die ein Einschreiten im Rechtsweg unzulässig ist. Was von der Partei als solcher gilt, muß auch von ihren Gliederungen gelten. Die Hitlerjugend aber (einschließlich des Jungvolks, das einen Teil dieser Organisation bildet) ist durch das Gesetz über die Hitlerjugend v. 1. Dez. 1936 zu einer Einrichtung des Reiches selbst erhoben worden. Ihr ist neben der Schule die Aufgabe übertragen, die gesamte deutsche Jugend körperlich, geistig und sittlich zum Dienst am Volke und zur Volksgemeinschaft zu erziehen. Ihre Tätigkeit erhält hierdurch erst recht den Charakter der Ausübung staatlicher Hoheitsrechte.

Der Kl. kann demnach, soweit die störenden Einwirkungen auf sein Grundstück von den bisher genannten Veranstaltungen ausgehen, Ansprüche aus den nachbarrechtlichen Vorschriften des BGB. nicht im Zivilrechtsweg geltend machen. Insofern war daher seiner Klage der Erfolg von vornherein zu versagen, ohne daß es des Eingehens auf das weitere Vorbringen der Parteien bedurfte. Die Frage, ob er etwa wegen der durch diese Einwirkungen verursachten Schäden Ersatz nach den §§ 74, 75 Einl. z. ABN. i. Verb. m. Art. 89 PrAGBGB. verlangen könnte, bedarf keiner Prüfung, da er derartige Ansprüche nicht erhoben hat.

Der Kl. trägt weiter vor, daß durch das unbeaufsichtigte

Spielen von Schülern auf den Schulplätzen nach Schluß des Unterrichts in den Mittagsstunden und den Sportbetrieb der NS-Gemeinschaft „Kraft durch Freude“ sowie privater Vereine am Abend Lärm verursacht werde. Insofern ist der Rechtsweg an sich für zulässig zu erachten.

Soweit Schüler auf eigene Faust ohne Aufsicht und ohne Genehmigung des Schulleiters auf den Plätzen spielen, kann die Befl. sich nicht darauf berufen, daß es sich um die Ausübung einer öffentlich-rechtlichen Tätigkeit handele. Der Zeuge Studienrat S. hat ausdrücklich bekundet, daß es den Schülern verboten sei, nach Schluß des Unterrichts noch auf den Plätzen zu spielen. Wenn das trotzdem geschieht, könnte der Kl. auf Grund der §§ 906, 1004 BGB. allerdings von der Befl. Abhilfe verlangen, falls hierdurch eine erhebliche und über das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß hinausgehende Belästigung durch Lärm verursacht würde. Die Beweisaufnahme hat jedoch nicht ergeben, daß dies der Fall wäre. (Wird ausgeführt.)

Soweit es sich um die Überlassung der Schulplätze an private Vereine handelt, kann ein Zweifel an der Zulässigkeit des Rechtsweges nicht bestehen. Zweifelhaft könnte dies höchstens hinsichtlich des Sportbetriebes der NS-Gemeinschaft „Kraft durch Freude“ sein. Der Sen. sieht jedoch den Rechtsweg auch insofern als gegeben an. Zwar ist die Trägerin der nationalsozialistischen Gemeinschaft „Kraft durch Freude“ die deutsche Arbeitsfront (§ 8 der VO. v. 24. Okt. 1934) und die Arbeitsfront eine Gliederung der NSDAP. (§ 3 a. a. O.). Die Benutzung der Einrichtungen der Gemeinschaft „Kraft durch Freude“, die sich den teilnahmeberechtigten Volksgenossen zur Verfügung stellt, ist jedoch grundsätzlich freiwillig und nicht Dienst. Sie stellt keine Ausübung eines Hoheitsrechtes der NSDAP. dar. Die Klage ist insofern sachlich unbegründet. (Wird ausgeführt.)

(OLG. Breslau, 3. ZivSen., Ur. v. 20. Jan. 1939, 3 U 251/38.)

*

30. RG. — § 906 BGB. Wird gleichzeitig ein einheitlicher Schaden durch mehrere Störer verursacht, dann ist jeder für den Anteil verantwortlich, der auf seine Beteiligung zurückzuführen ist. Ob dabei eine Beeinträchtigung als wesentlich anzusehen ist, ist nach dem Gesamtschaden, nicht hinsichtlich jeden Störers einzeln, zu beurteilen.

Der Kl. verlangt Ersatz des Schadens, der in seinem Waldrevier durch Rauchzuführung seitens der Industriewerke der Befl. entstanden sei, zusammen mit Rauchgasen anderer Fabriken.

Die Befl. beantragten, die Klage abzuweisen. Sie bestreiten, daß Rauch- und Abgase aus ihren Betrieben den Wald des Kl. beeinträchtigen, zum mindesten geschehe es nur gering, ohne Verschulden und im Rahmen der Ortsüblichkeit des dort und in der Umgegend befindlichen Industriegebietes. Als schädigend komme der Eisenbahnbetrieb in Frage. Der Ertragsrückgang beruhe auch auf schlechter Bewirtschaftung und anderen Gründen.

Das VG. wies die Klage ganz ab, weil die Einwirkungen aus den Betrieben der Befl. als ortsüblich i. S. des § 906 BGB. anzusehen seien.

Der Kl. legte Berufung ein.

A. Das VG. hat ausgeführt, die Klageansprüche seien nach § 26 GewD. schlüssig; andere Einrichtungen bei den Betrieben der Befl. zur Abwendung der Schadenszuführung im Forstrevier St. kämen nicht in Frage. Ein Verschulden der Befl. sei nicht erforderlich. Da solches nicht nachzuweisen sei, scheide die Anwendung des § 823 BGB. aus. Der Rauch aus den Betrieben der Befl. schädige den Wald des Kl. Die Benutzung der Grundstücke der Befl. zu 3 und 4 sei nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich, also ortsüblich, so daß die Abweisung der Klage gegen die beiden letzten Befl. gemäß § 906 BGB. berechtigt sei. Bei den beiden ersten Befl. fehle die Ortsüblichkeit, sie beriefen sich aber darauf, daß die von ihnen ausgehenden Einwirkungen den Wald — wenn überhaupt — nur unwesentlich schädigten (§ 906 BGB.). Der Sachverständige R. habe dargelegt, wie der Rauchschaden auf die verschiedenen Schadensquellen zu ver-

teilen sei. Der Kl. habe dies gebilligt. Auf die Zweitbefl. entfalle nur ein Anteil von 4,4% des ganzen Schadens; das sei als unwesentlich i. S. des § 906 BGB. anzusehen, so daß auch die gegen die Befl. zu 2 erhobene Klage mit Recht abgewiesen worden sei. Wesentlich seien dagegen die Beeinträchtigungen, die aus dem Betriebe der Erstbefl. hervorgingen und nach der vom Kl. gebilligten Ansicht des Sachverständigen 15,8% des Gesamtschadens ausmachten. Auch wenn man die Einwendungen dieser Befl. gegen die Höhe berücksichtigen würde, so würde der Anteil keinesfalls auf 5% oder weniger herabgedrückt, bleibe also wesentlich. Ein Mitverschulden des Kl. nach § 254 Abs. 1 und 2 BGB. sei zu verneinen. Auf Verjährung könne sich die Erstbefl. nicht berufen. Der Klageanspruch gegen sie sei daher dem Grunde nach berechtigt, seine Höhe stehe indes, insbes. wegen der noch zu berücksichtigenden Anteile anderer Fabriken, noch nicht fest.

B. Der Kl. erhebt hiergegen mehrere Rügen.

Mit Rüge aus § 286 ZPO. und § 906 BGB. wendet sich der Kl. gegen die Begründung der Auffassung, der Anteil der Zweitbefl. mit 4,4% des Gesamtschadens sei unwesentlich i. S. des § 906 BGB. Das BU. sagt hierzu: Diese 4,4% seien vom Gesamtschaden nur ein Teil, der nicht ins Gewicht falle; wären dort sonst keine Rauchschäden vorhanden, würde man deswegen überhaupt noch nicht von solchen sprechen, und andererseits werde hierdurch der Gesamtzustand des rauchgeschädigten Waldes nicht erheblich verändert. Mit der letzten Erwägung bezieht sich das VG. auf die vorher als grundlegend angeführte Entsch. des erf. Sen. v. 22. Dez. 1909, V 69/09: JW. 1910, 149¹⁴. Aus ihr hat das VG. den Rechtsatz hergeleitet: Liegen bereits anderweite Einwirkungen vor, so kommt es darauf an, ob der aus diesen Einwirkungen sich ergebende Gesamtzustand des Grundstücks durch den Zutritt der streitigen gleichartigen Einwirkungen erheblich verändert wird. Die Fälle liegen aber nicht gleich. In jenem Falle wurde die Annahme einer wesentlichen Beeinträchtigung eines Grundstücks durch Gerüche aus dem Nachbargrundstück um deswillen verneint, weil das leidende Grundstück bereits anderweit derart „verstäubert“ sei, daß der aus den eigenen Abortanlagen und aus der Straßengasse sich ergebende, einer Abwehr nach § 906 BGB. nicht zugängliche Gesamtzustand der Geruchsverhältnisse auf dem Grundstück durch das Hinzutreten der auf Grund des § 906 BGB. beanstandeten weiteren Einwirkungen nicht erheblich verändert werde. Im jetzigen Streitfall aber läßt sich nicht mit dem angef. Urteil sagen, es hätten bereits anderweite Einwirkungen vorgelegen, zu ihnen seien die der Befl. zu 2 hinzutreten. Die Einwirkungen liegen in der Vergangenheit; diese Befl. ist nicht etwa erst tätig geworden, als schon ein fester unabwendbarer Zustand vorlag, der durch sie nicht verschlimmert wurde. Vielmehr handelt es sich um einen einheitlichen Schaden, dessen Umfang darauf beruht, daß mehrere Störer sich an der Rauchzuführung beteiligt haben. Jedes einzelne beteiligte Unternehmen würde schon für sich selbst eine gewisse Schädigung bewirken, der Gesamtschaden aber beruht auf der Tätigkeit aller Störer. Jeder ist für den Anteil verantwortlich, der auf seine Beteiligung zurückzuführen ist. Die Frage aber, ob das leidende Grundstück wesentlich beeinträchtigt wird, ist unter Berücksichtigung des Gesamtschadens zu beantworten; jeder an ihm beteiligte Störer ist an der wesentlichen Beeinträchtigung beteiligt. Schon diese Erwägungen lassen auch die Beteiligung der Befl. 2 als wesentlich erscheinen. Es handelt sich zudem nicht um eine einmalige oder vorübergehende Zuführung, sondern um die lange Zeit von 1923—1936, in welcher der Wald des Kl. auch nach der Ansicht des VG. schwer unter Rauchzuführungen gelitten hat.

(RG., V. ZivSen., U. v. 30. März 1939, V 163/38.) [N.]

31. RG. — §§ 1093, 1092, 877 BGB. Soll ein bestehendes Wohnungsrecht nachträglich dergestalt zwischen dem bisher Berechtigten und einem anderen geteilt werden, daß der andere an Stelle des ersteren berechtigt sein soll, einen Teil der Räume sofort, die übrigen Räume nach dem Tode des ursprünglichen Berechtigten zu benutzen, so kann dies im Grundbuch nur in der Weise eingetragen werden, daß bei dem bisherigen Recht als Inhaltsänderung eine Einschränkung, im übrigen für den anderen ein neues Recht an bereitetester Stelle vermerkt wird.

Im Grundbuch ist ein Wohnungsrecht für Elise K. eingetragen, wonach diese nach dem Tode der Eltern die ganze elterliche Wohnung bis an ihr Lebensende unentgeltlich bewohnen darf. In beglaubigter Urkunde vom 28. März 1938 vereinbarten die Eigentümer mit ihren Töchtern Elise K. und Frau Helene B., daß das Wohnungsrecht nunmehr geteilt werde; bestimmte Räume sollte Elise K., bestimmte andere Räume sollte Helene B., einzelne Räume sollten beide gemeinschaftlich benutzen dürfen; der überlebenden Tochter sollte das Recht zustehen, die ganze Wohnung bewohnen zu dürfen. Der Antrag auf Eintragung dieser Änderungen wurde vom GBL durch Zwischenverfügung dahin beanstandet:

1. Die Vereinbarung, daß das Wohnrecht nach dem Tode der Elise K. auf Frau Helene B. übergehen solle, enthalte eine zeitliche Erweiterung des Rechts und bedürfe deshalb der Genehmigung der nachstehenden Berechtigten. 2. Die Vereinbarungen verstießen auch gegen § 1092 BGB., der die Übertragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit verbiete. Es könne daher nur eine neue selbständige Grundstückslast an Stelle des bisherigen zu löschenden Wohnungsrechts eingetragen werden, unter eventueller Vorrangseinräumung durch die vorstehenden Berechtigten. Die Beschw. blieb ohne Erfolg. Die auf die Beanstandungen zu 2 beschränkte weitere Beschw. führt insoweit zur Aufhebung der Borentscheidungen, weil die beantragten Eintragungen zwar so, wie sie bewilligt und beantragt sind, nicht vorgenommen werden dürfen, die grundbuchliche Sicherung der in der Urkunde vom 28. März 1938 getroffenen Vereinbarungen aber nicht mit den von den Vorinstanzen den Beteiligten aufgegebenen Maßnahmen, sondern nur auf anderem Wege erreichbar ist, die Zwischenverfügung also inhaltlich nicht der Sach- und Rechtslage entspricht.

Die Vorinstanzen verkennen nicht, daß eine Dienstbarkeit, insbes. auch ein Wohnungsrecht für mehrere Berechtigte nacheinander in der Weise bestellt und eingetragen werden kann, daß das Recht für den einen auflösend durch den Tod oder ein anderes Ereignis und für den anderen aufschiebend bedingt durch den Tod des ersteren oder das sonstige dessen Recht zum Erlöschen bringende Ereignis ist (ZW. 1932, 2445 = Höchstrspr. 1933 Nr. 15). Bei solcher Regelung entsteht von vornherein ein hinsichtlich der Person des Berechtigten und der Zeitdauer wechselndes Recht, so daß gegen das im § 1092 Satz 1 BGB. ausgesprochene Verbot der Nichtübertragbarkeit nicht verstoßen wird.

Rechtsbedenkensfrei ist ferner die Annahme der Vorinstanzen, daß die Rechtslage vom Gesichtspunkt des § 1092 Satz 1 BGB. eine andere ist, wenn eine für eine bestimmte Person bestehende lebenslängliche Dienstbarkeit nachträglich dergestalt geändert werden soll, daß sie einem anderen Berechtigten für dessen Lebensdauer zum Teil sofort, zum Teil nach dem Tode des ursprünglich allein Berechtigten zustehen soll. Denn während im Falle einer von vornherein für mehrere wechselseitig in der oben bezeichneten Weise bedingt bestellten Dienstbarkeit jeder der Berechtigten von vornherein das Recht erwirbt, wenn auch der eine nur unter der Bedingung des Wegfallens des anderen, so daß es immer nur für einen ausübbar ist (vgl. die angeführte Entscheidung), soll im Falle der nachträglichen Einführung eines weiteren teils unbedingt, teils bedingt Berechtigten in dessen Person ein neues selbständiges, wenn auch auf den gleichen Gegenstand gerichtetes dingliches Recht geschaffen werden. Es handelt sich dabei nicht bloß um eine inhaltliche Änderung des bestehenden, sondern um die Schaffung eines neuen Rechts. Denn das Recht in der ursprünglich begründeten Gestalt war wesensnotwendig an die Person desjenigen gebunden, für den es begründet war und zeitlich begrenzt durch seine Lebensdauer. Durch Einführung eines neuen Berechtigten wird nachträglich ein neues Recht geschaffen, das zum Teil sofort neben demjenigen des bisher allein Berechtigten entsteht, zum Teil bei Erlöschen des Rechts des letzteren in Wirkung tritt.

Zur Herbeiführung einer dinglichen Sicherung der ver-

einbarten Änderungen bedarf es aber nicht der Löschung des bestehenden und der Neueintragung eines einheitlichen Rechts für Elise K. und Frau B., wobei auch der für das Recht der Elise K. begründete Rang verlorengehen würde, sondern es kann in folgender Weise vorgegangen werden:

Bei der bestehenden Eintragung zugunsten der Elise K. wird zunächst eine inhaltliche Änderung (Einschränkung) dahin eingetragen, daß deren Recht statt auf die ganze elterliche Wohnung sich unbedingt nur auf die Räume zu A und C der Vereinbarung bezieht, im übrigen wegen der Räume B durch den Tod der Frau B. aufschiebend bedingt ist. Bei solcher Regelung behält dieses Recht seinen bisherigen Rang. Für Frau B. wird an bereitetester Stelle ein Wohnungsrecht eingetragen, welches unbedingt nur die Räume B und C betrifft, hinsichtlich der Räume A durch den Tod der Elise K. bedingt ist.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 6. April 1939, 1 Wx 133/39.)

[S.]

*

32. RG. — § 1300 BGB.; Art. 30 GGWB

1. Die Anwendung ausländischen Rechts, das einen dem Deslorationsanspruch aus § 1300 BGB. entsprechenden Anspruch verneint, verstößt nicht gegen Art. 30 GGWB.

2. Das nordamerikanische Recht verneint neuerdings Ansprüche aus Verlöbnißbruch.

Wie der Senat in seiner Entsch. ZW. 1938, 1715 dargestellt hat, sind die Wirkungen des Verlöbnißbruchs nach dem Heimatrecht des Verpflichteten zu beurteilen. Danach richtet sich demgemäß auch, ob ein Deslorationsanspruch, der dem aus § 1300 BGB. entspricht, gegeben ist, wobei es gleichgültig wäre, unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt das ausländische Recht diesen Anspruch zubilligt. Verneint es ihn, so kann auch der deutsche Richter einen solchen Anspruch nicht zubilligen. Art. 30 GGWB. greift nicht ein; denn es kann nicht gesagt werden, daß die Verneinung eines derartigen Anspruchs durch das ausländische Gesetz gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstößt. Das letztere würde zudem nur dann der Fall sein, wenn der Unterschied zwischen den staatspolitischen oder sozialen Anschauungen, auf welchen das ausländische und das entsprechende deutsche Recht beruhen, so erheblich ist, daß die Anwendung des ausländischen Rechts direkt die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens angreifen würde (vgl. RGZ. 60, 296 und die ständige Rspr. des RG.). Das kann aber nicht zugegeben werden (ebenso Palandt, „Kurzzomm. zum BGB.“, Anm. 8 zu Art. 13 GGWB.).

Das nordamerikanische Recht, das gemäß dem eben genannten Grundsatz zur Anwendung kommt, hatte im common law die action for breach of marriage promise ausgebildet, die neben den Ansprüchen aus §§ 1298, 1299 auch den aus § 1300 BGB. umfaßte. Durch Ges. v. 29. März 1935 (New York Laws of 1935 ch. 263) wurde jedoch in den New York Civil Practise Act ein neuer Art. 2 A, betitelt „actions against public policy“, eingefügt, durch den u. a. der nach common law bestehende Anspruch auf Schadensersatz wegen Verlöbnißbruchs für den Staat New York wegen der vielfach im Zusammenhang mit ihm aufgetretenen Mißstände abgeschafft wurde (§§ 61 a, b, d, e Civil Practise Act). Wie das Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Recht in dem eingeholten Gutachten ausführt, entspricht die prozeßrechtlich annutende Formulierung „the rights of action . . . are abolished“ dem dem anglo-amerikanischen Recht eigenen Aktionensystem. Es wird trotzdem dadurch auch das materielle Recht betroffen, so daß der deutsche Richter nicht etwa an der Anwendung jener Bestimmungen dadurch gehindert wird, weil es sich um ausländische prozeßrechtliche Bestimmungen handelt und diese von ihm im allgemeinen nicht anzuwenden sind.

Wie aus §§ 61 d und e weiterhin hervorgeht, darf eine Klage auf Schadensersatz wegen Verlöbnißbruchs selbst dann nicht stattgegeben werden, wenn sie außerhalb des Staates New York erhoben und auf fremdes Recht gestützt wird. Aus dieser umfassenden Regelung ergibt sich, daß das amerikanische Recht hier nicht auf ausländisches Recht zurückverweisen will, wie es sonst in der Regel von ihm geschieht (vgl. Palandt a. a. O., Anm. 1 zu Art. 27 GGWB.).

(RG., 13. ZivSen., Beschl. v. 11. Jan. 1939, 13 W 488/39.)

33. RG. — § 1387 BGB. Bevor nicht gegen die Ehefrau, der das Armenrecht bewilligt ist, ein Nachzahlungsbeschluss ergangen ist, tritt die Kostenhaftung des Mannes nicht ein. — Nimmt die Ehefrau die von ihr erhobene Klage zurück, so fallen die Kosten des Rechtsstreits dem Vorbehaltsgute zur Last, auch ohne daß ein Kostenurteil ergangen ist.

Eine Haftung für die Kostenverbindlichkeiten der Ehefrau besteht für den Ehemann im Rahmen und für die Dauer der Armenrechtsbewilligung an die Ehefrau nicht. Es bedarf vielmehr erst eines Nachzahlungsbeschlusses gegen die Frau. Ein solcher ist bisher nicht ergangen (vgl. RG. [20. JivSen.]: JW. 1937, 2472; Baumbach, Anm. 5 A aa zu § 79 GRG.; Gaedele, Kostenrechtspr. des RG. in Zivilsachen [2. Aufl.] Nr. 599).

Im vorliegenden Falle haftet aber auch der Mann nicht für die entstandenen Kosten, sondern allein die Frau. Der Mann ist der Frau gegenüber verpflichtet, die Kosten eines Rechtsstreits, den sie führt, zu tragen, sofern nicht die Kosten dem Vorbehaltsgute zur Last fallen (§ 1387 BGB.). Im Verhältnisse der Ehegatten zueinander fallen die Kosten eines Rechtsstreits zwischen ihnen dem Vorbehaltsgute zur Last, soweit sie nicht der Mann zu tragen hat (§ 1416 BGB.). Soweit der Mann nach § 1387 BGB. der Frau gegenüber deren Verbindlichkeiten zu tragen hat, haftet er den Gläubigern neben der Frau als Gesamtschuldner (§ 1388 BGB.). Nach feststehender Praxis hat der Mann der Frau die Kosten eines Rechtsstreits, den sie führt, zunächst vorzuschießen. Seine Haftung erlischt nach allgemeiner Ansicht aber dann, wenn rechtskräftig feststeht, daß die Frau die Kosten zu tragen hat (RGWarn. 1916, 221; Düsseldorf: JW. 1937, 579; RG.: JW. 1926, 857). Dies muß aber auch in dem Falle gelten, daß die Frau eine von ihr erhobene Klage zurücknimmt, denn die Zurücknahme der Klage verpflichtet den Kl. kraft Gesetzes, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen (§ 271 ZPO.). Zu einer abweichenden Behandlung der Klagerücknahme besteht kein Anlaß. Auch sie hat das Endergebnis herbeiführt, daß der Mann im Verhältnis zur Frau und damit auch dem Staate gegenüber die Kosten des Rechtsstreits nicht zu tragen hat, ohne daß es darauf ankommt, ob die Verpflichtung noch durch Urteil ausgesprochen worden ist (vgl. RG.: OLG. [1902] 4, 85; [1921] 41, 51; Palandt § 1387 BGB. Anm. 3; Rittmann-Wenz § 79 GRG. Anm. 12 B a; a. A. OLG. Königsberg: JW. 1928, 921). Eine andere Auffassung würde dazu führen, daß der Mann gezwungen würde, der Kostenlast zu entgehen, ein Kostenurteil zu erwirken, was ihm jederzeit gegeben werden muß. Es müßte ihm, falls er arm ist, auch das Armenrecht bewilligt und im Anwaltsprozeß ein Pflichtanwalt beigeordnet werden. Es liegt auf der Hand, daß es unzulässig wäre, ihn oder den Staat aus formalistischen Gründen zum Aufwande von Kosten zu zwingen und die staatlichen Organe mit unnützer Arbeit zu belasten.

(RG., 4. JivSen., Beschl. v. 22. März 1939, 4 W 761/39.)

*

**** 34. RG.** — §§ 1594 n. F., 203 BGB.

1. Für den Lauf der Ausschlussfrist nach § 1594 n. F. BGB. kommt es lediglich auf die Kenntnis der tatsächlichen Umstände an. Unkenntnis der Rechtslage wirkt nicht zu Gunsten des Anfechtungsberechtigten.

2. Dabei ist es jedoch als unabwendbarer Zufall i. S. des § 203 BGB. anzusehen, wenn der Anfechtungsberechtigte im Vertrauen auf die Richtigkeit einer in Wirklichkeit unrichtigen Geburtsurkunde eine Anfechtung als nicht erforderlich unterließ.

Der Kl. ist seit 1908 in erster Ehe mit der B. verheiratet gewesen. Seit Februar 1919 lebten die Ehegatten getrennt. Durch Ur. v. 31. Mai 1921 ist die Ehe aus Verschulden der Ehefrau geschieden worden. Dieses Scheidungsurteil ist am 7. Sept. 1921 rechtskräftig geworden. Die geschiedene Ehefrau hat am 24. Mai 1922 den Bekl. geboren.

Der Kl. hat im Juni 1938 Klage erhoben, mit der er die Ehelichkeit des Bekl. anfechtet und hilfsweise den Antrag stellt, festzustellen, daß er nicht der Erzeuger des Bekl. sei.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Gegen dieses Ur. hat der Kl. mit schriftlicher Einwilligungserklärung des Gegners Sprungrevision eingelegt.

1. Das LG. führt aus, der Kl. habe die Ausschlussfrist des § 1594 BGB. (neuer Fassung) nicht gewahrt. Der Kl. habe schon im März 1923 von den Umständen Kenntnis gehabt, die für die Unehelichkeit des Bekl. sprachen. Er habe gewußt, daß er seiner früheren Ehefrau während der Empfängniszeit des Bekl. nicht beigezogen habe. Er könne sich nicht darauf berufen, er habe nicht gewußt, daß der Bekl., weil innerhalb von 302 Tagen nach der Rechtskraft des Scheidungsurteils geboren, nach dem Gesetz als sein eheliches Kind gelte und daß es deshalb, um die Unehelichkeit des Bekl. geltend zu machen, der fristgemäßen Erhebung einer Anfechtungsklage bedürft hätte. Bei der Unkenntnis des Kl. hierüber habe es sich um den Irrtum über eine Rechtsfrage, nicht um den Irrtum über eine Tatsache gehandelt. Dieser Irrtum des Kl. über die Rechtslage habe den Beginn des Laufes der Ausschlussfrist nicht aufhalten können.

Die Rev. des Kl. greift diese Auffassung des LG. an, indem sie den Standpunkt vertritt, die nach § 1594 BGB. (n. F.) für den Beginn des Fristenlaufs maßgebende Kenntnis von den für die Unehelichkeit des Kindes sprechenden Umständen müsse auch die Kenntnis von den maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen mitumfassen. Die Rev. glaubt sich zur Begründung dieses Standpunkts auf die Entsch. des erf. Sen. v. 23. Mai 1938 (RGZ. 157, 356 = JW. 1938, 2017¹⁶) berufen zu können. Jedoch mit Unrecht. In jener Entsch. handelte es sich um einen Fall, bei dem der Anfechtungskl. Kenntnis von der Geburt des Kindes, aber keine Kenntnis von dem Datum der Geburt des Kindes erlangt hatte. Es wird dort ausgeführt, daß zur Kenntnis des Anfechtungskl. von den Umständen, die für die Unehelichkeit des Kindes sprechen, nicht nur seine Kenntnis von der Geburt, sondern auch seine Kenntnis von dem Tage der Geburt des Kindes und von dem Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils gehört, weil er ohne die Kenntnis dieser Umstände nicht wissen kann, daß er nach dem Gesetz als der eheliche Vater des Kindes zu gelten hat und es deshalb an ihm ist, Schritte zu unternehmen, um diese gesetzliche Folge von sich abzuwenden. Von jenem Fall unterscheidet sich der gegenwärtig zur Entscheidung stehende Fall wesentlich dadurch, daß, nach seiner eigenen Darstellung, der Kl. im März 1923 auf dem Standesamt die Mitteilung erhalten hat, daß der Bekl. am 24. Mai 1922 geboren worden ist, und daß der Kl. damals vom Standesamt auch die Geburtsurkunde des Bekl. erhalten hat, aus der dieses Datum ebenfalls hervorging. Der Kl. des gegenwärtigen Rechtsstreits hat im März 1923 von allen für die Unehelichkeit des Bekl. sprechenden tatsächlichen Umständen Kenntnis gehabt, wozu, nach der Entsch. RGZ. 157, 356, die Kenntnis von der Geburt, die Kenntnis von dem Tage der Geburt und die — bei ihm unstreitig ebenfalls vorhandene — Kenntnis vom Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils gehörte. Nur auf die Kenntnis des Kl. von diesen tatsächlichen Umständen kam es, wie sich aus dem Sinn und Wortlaut des § 1594 BGB. (n. F.) ergibt, an, um die Ausschlussfrist in Lauf zu setzen. Die Kenntnis des Kl. von der Rechtsfolge, die sich aus diesen Umständen ergab, spielte für den Beginn der Ausschlussfrist keine Rolle. Es war gleichgültig, ob der Kl. gewußt hat, daß ein innerhalb von 302 Tagen nach Rechtskraft des Scheidungsurteils geborenes Kind noch als ehelich gilt. Der Rechtsirrtum des Kl., der Bekl. sei auch ohne Ehelichkeitsanfechtung als uneheliches Kind der geschiedenen Ehefrau zu betrachten gewesen, konnte, wie das LG. mit Recht annimmt, dem Kl. nichts nützen.

2. Der Kl. hat sich im vorl. Fall jedoch nicht nur auf seinen Rechtsirrtum schlechthin berufen, sondern er hat geltend gemacht, daß sein Irrtum durch unrichtige Belehrung des Standesamts und durch unrichtige Beurkundung des Personenstands des Bekl. in der Geburtsurkunde hervorgerufen worden sei. Der Kl. hat in dieser Beziehung vorgetragen, es sei ihm bei seinem Besuch auf

dem Standesamt im März 1923 dort ausdrücklich gesagt worden, der Knabe sei unehelich und heiße B., der K. habe damit nichts zu tun. Außerdem hat der K. die Geburtsurkunde vorgelegt, die er damals auf seinen Wunsch vom Standesamt erhalten hat. In dieser Urkunde wird der Bf. als von der B., angeblich seit 4 Jahren geschiedenen Ehefrau J., geboren bezeichnet. Erst später hat das Geburtsregister einen Berichtigungsvermerk des Inhalts erhalten, das Kind sei nicht von der B., geschiedenen Ehefrau J., sondern von der J., geborenen B., seit dem 10. Sept. 1921 rechtskräftig geschiedenen Ehefrau des J., geboren. Von diesem Berichtigungsvermerk hat der K. aber erst Kenntnis erhalten, als er im Jahre 1938 kurz vor der Erhebung der gegenwärtigen Klage beim Standesamt eine neue Geburtsurkunde anforderte. Der K. vertritt den Standpunkt, daß die unrichtige Belehrung und Personenstandsbeurteilung einen Fall von höherer Gewalt darstelle, durch die er an der rechtzeitigen Erhebung der Anfechtungsklage verhindert worden sei (§ 1594 Abs. 2 mit § 203 BGB.). Das VG. lehnt diesen Standpunkt ab, indem es ausführt, der K. habe aus der Geburtsurkunde erkennen müssen, daß das Standesamt bei der Beurteilung von falschen Voraussetzungen ausgegangen war, und habe sich deshalb auch auf die mündliche Belehrung, die er auf dem Standesamt erhalten hatte, nicht ohne weiteres verlassen dürfen. Im Gegensatz zu diesen Ausführungen des VG. erscheint dem erf. Sen. jedoch als das Entscheidende, daß die Geburtsurkunde in ihrer ursprünglichen Fassung in dem rechtsunkundigen K. mit Notwendigkeit den Eindruck erwecken mußte, daß von der Behörde der Bf. nicht als sein Kind, sondern als ein uneheliches Kind der B. angesehen wurde. Ob dem K. das damals von einem Beamten des Standesamts auch noch mündlich erklärt worden ist, spielt dabei eine nebensächliche Rolle. Wenn aber diese unrichtige Personenstandsbeurteilung den K. zu der Annahme veranlassen mußte, daß er nichts weiter zu unternehmen habe, so beruhte die Unterlassung der Erhebung der Anfechtungsklage auf einem unabwendbaren Zufall und ließ sich bei aller dem K. vernünftigerweise zuzumutenden Sorgfalt nicht vermeiden. Die Rev. des K. ist also, was die Rüge der Verletzung des § 203 BGB. betrifft, als gerechtfertigt anzuerkennen.

(RG., IV. ZivSen., II. v. 30. März 1939, IV 254/38.)

[R.]

*

35. RG. — § 1595 a BGB. Der Entschluß des Staatsanwaltes, die Klage auf Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes gemäß § 1595 a BGB. zu erheben, unterliegt nicht richterlicher Nachprüfung.

(RG. Berlin, 41. ZR., Beschl. v. 28. März 1939, 241 R 56/39.)

Zivilprozessordnung

36. OLG. — § 119 ZPO. Die Armenrechtsbewilligung im Eheprozeß erstreckt sich nicht ohne weiteres auf das Verfahren nach §§ 627 ff. ZPO.

Das Verfahren nach §§ 627 ff. ZPO. ist allerdings nach der durch die VO. v. 27. Juli 1938 (RGBl. I, 923) getroffenen Neuregelung aus einem früher mehr oder weniger selbständig neben dem Eheprozeß einherlaufenden Verfahren der EinstwVfg. zu einem im Rahmen der Hauptsache gehaltenen vereinfachten Beschlußverfahren umgestaltet worden. Aus diesem Einbau in das Eheverfahren ergibt sich aber noch nicht der vom RG. in den Beschlüssen v. 1. Dez. 1938 (Zw. 1939, 171), 28. Jan. 1939 (Zw. 1939, 571) sowie von Gaebeler: Zw. 1938, 2315 und 2712 gezogenen Rückschluß, daß die Armenrechtsbewilligung im Eheprozeß sich auch zwangsläufig auf das Verfahren nach §§ 627 ff. ZPO. erstreckt. Zunächst bedt sich der Begriff der Instanz i. S. des § 119 ZPO. nicht mit dem prozessrechtlichen, sondern ist, da das Armenrecht ausschließlich kostenrechtliche Bedeutung hat, den Kostengesetzen zu entnehmen (RG.: Zw. 1925, 756). Daß es sich Kostenrechtlich nicht um die gleiche Instanz handeln kann, ergibt sich aus der Bestimmung des § 28 a RVGGbD.,

wonach das Verfahren über Anträge, nach §§ 627, 627 b ZPO. für die Berechnung der Armenanwaltsgebühren als besonderer Rechtsstreit zu gelten hat. Es kann aber auch die Bewilligung des Armenrechts nicht weiter erstreckt werden, als Anträge gestellt waren. Denn die Bewilligung des Armenrechts ist abhängig von der Prüfung der Ansichten der beabsichtigten Rechtsverfolgung. Erscheint schon trotz der Einheitslichkeit des Eheverfahrens eine ergänzende Armenrechtsbewilligung erforderlich, wenn mit dem zunächst gestellten Scheidungsbegehren eine Aufhebungsklage verbunden werden soll, so erst recht für die auf ganz anderen tatsächlichen Grundlagen beruhenden Anordnungen nach §§ 627 ff. ZPO., für die auch nach der Loslösung vom Verfahren der Einstw. Vfg. das Rechtsschutzbedürfnis selbstverständliche Voraussetzung geblieben ist und die auch dem Anwaltszwang gar nicht unterliegen. Die im Laufe des Ehestreits gestellten Anträge nach §§ 627 ff. ZPO. laufen auf eine Klagerweiterung hinaus, wie dies auch in der Aufhebung eines besonderen Streitwertes nach § 10 Abs. 4 ZPO. zum Ausdruck kommt. (OLG. Kiel, 2. ZivSen., Beschl. v. 30. März 1939, 2 a W 15/39.)

*

37. RG. — § 272 b ZPO.; § 13 Ziff. 4 RVGGbD.; § 20 Ziff. 2 GKG. Ob eine Auskunftseinholung durch Beweisbeschluß nach mündlicher Verhandlung oder vorbereitender Weise durch den Vorsitzenden gemäß § 272 b ZPO. angeordnet wird, ist für die Rechtsnatur dieser Maßnahme als Beweisanzordnung ohne Belang. — Einforderung eines Strafregisterauszugs im Eheaufhebungsverfahren wegen des Vorlebens des anderen Ehegatten ist Beweisanzordnung.

Das VG. begründet die Absetzung der Beweis- und weiteren Verhandlungsgebühr des ArmAnw. des Bf. damit, daß der Strafregisterauszug und die Strafakten im Termin gemäß § 272 b ZPO. zur Vorbereitung des folgenden Termins erforderlich seien, daß es aber zu einer Beweisanzordnung nicht gekommen sei. Diese Auffassung bekämpft die Beschw. mit Recht.

Zunächst einmal ist dem Beschw. darin beizutreten, daß Anordnungen aus § 272 b ZPO. und Beweisanzordnungen durchaus nicht, wie das VG. wohl meint, begriffliche Gegenätze sind. Vielmehr enthält § 272 b ZPO. zwar ausschließlich Maßnahmen vorbereitenden Charakters, doch teilen diese sich in solche, die nur erst der Vereinstellung von Beweismitteln dienen, und in solche, die bereits die Anordnung (und gegebenenfalls Durchführung) einer Beweisaufnahme in sich enthalten. Zu letzteren gehört vor allem die Einholung einer amtlichen Auskunft gemäß § 272 b Ziff. 2 ZPO. (zu vgl. hierzu die eingehende grundsätzliche Entsch. des Senats zu § 272 b ZPO. v. 26. Okt. 1936: Zw. 1936, 3331; bei Gaebeler, „KostRspr.“ 1938 Nr. 154), wie sie hier durch die Einforderung eines Strafregisterauszugs betreffend den Bf. veranlaßt worden ist. Schon aus dieser Ermägung heraus kann dahingestellt bleiben, inwieweit es verfahrensrechtlich denkbar ist, eine auf Grund mündlicher Verhandlung ergehende Entscheidung des Gerichts als eine vorbereitende Maßnahme gemäß § 272 b ZPO. anzusehen. Denn schließlich dient auch eine jede Beweisanzordnung über eine später vorzunehmende Beweisaufnahme der Vorbereitung des folgenden Termins.

Es kommt außerdem noch hinzu, daß nicht ersichtlich ist, inwiefern die nach mündlicher Verhandlung getroffene Anordnung des Gerichts über Erfordern des Strafregisterauszugs und der letzten drei Strafakten etwas anderes als regelrechte — auf Grund mündlicher Verhandlung ergangene — Beweisanzordnung darstellen könnte. Die K. hatte ihre Aufhebungsklage auf Täuschung über das Vorleben des Bf., der 13 Vorstrafen erlitten, darunter auch eine solche von einem Jahr fünf Monaten Gefängnis wegen Betruges, gestützt. Der Bf. hatte eingewendet, nur unerhebliche Strafen erlitten zu haben. Folglich war das Gericht bei prozessordnungsmäßigem Vorgehen gezwungen, zum Zwecke der Nachprüfung über die Behauptung der K., also zum Zwecke des Beweises, den Strafregisterauszug einzufordern. Daß es zu dessen Verwendung zum Zwecke der Entscheidung dann nicht mehr gekommen ist, weil die Klage im folgenden Termin nur noch als Ehescheidungsklage aufrechterhalten wurde, ändert an dem Charakter der Anordnung als Beweisanzordnung und der Durchführung dieser Anordnung durch die Einholung des Strafregisterauszuges nichts. Der ergangene Beschluß stellt sich vielmehr eindeutig als regelrechter Beweisbeschluß dar, durch dessen Empfangnahme und Weiterleitung nach ständiger Rspr. des Senats für die Prozeßvollmächtigten der Parteien

bereits die Beweisgebühr aus § 13 Ziff. 4 RAGebD., und demgemäß hier auch die weitere Verhandlungsgebühr, erwachsen sind.

(RG., 20. Zivilsen., Befchl. v. 29. April 1939, 20 W 1747/39.)

38. RG. — § 328 ZPO.; §§ 47, 49 EheG.

1. Auf die Anerkennung einer dänischen Egl. Scheidungsbewilligung ist § 328 ZPO. entsprechend anzuwenden.

2. Verheiratet sich ein ausländischer Staatsangehöriger im Ausland nach dort erfolgter Ehescheidung wieder, obgleich die Scheidung in Deutschland nicht anerkannt wird, so wird es für eine Ehescheidung nach §§ 47, 49 EheG. in der Regel an den subjektiven Erfordernissen fehlen.

Die Parteien haben am 2. Sept. 1925 in Dänemark in der Domkirche zu Aarhus die Ehe geschlossen. Der Kl. ist Deutscher, die Bekl. von Geburt Dänin. Am 19. Aug. 1936 ist die Ehe in Dänemark nach dänischem Recht auf den gemeinschaftlichen Antrag der Parteien durch königliche Bewilligung wegen „Nichtübereinstimmung in der ehelichen Gesinnung“ geschieden worden, nachdem die Parteien über zwei Jahre voneinander getrennt gelebt hatten. Der Kl. ist der Ansicht, daß die Ehe nach deutschem Recht noch fortbestehe. Er hat die Ehescheidungsklage erhoben und zu ihrer Begründung vorgetragen, die Bekl. habe sich nach Erteilung der Scheidungsbewilligung mit einem Dänen wiederverheiratet und sich nicht weiter um ihn gekümmert. Jedenfalls sei aber sein Scheidungsbegehren aus § 55 EheG. berechtigt.

I. Die Ehe besteht trotz der Scheidung in Dänemark nach deutschem Recht noch fort. Es kann allerdings dahingestellt bleiben, ob die Ehe eines Deutschen durch die Verwaltungsentscheidung einer ausländischen Behörde, wie sie die Scheidungsbewilligung des dänischen Königs darstellt, aufgelöst werden kann (vgl. RGZ. 136, 147 — JW. 1932, 2274; Raape-Staudinger Art. 17 GGWB. S. 407, Bergmann: JW. 1925, 2084, Maßfeller: StAZ. 1937, 191 und Ellgaard: StAZ. 1938, 355 bejahen die Frage; in „Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr“ Bd. IV Teil 1 S. 78 und von Boschan: StAZ. 1935, 127 wird sie im Hinblick darauf verneint, daß das deutsche Recht nur eine Scheidung durch Urteil — früher § 1564 BGB., jetzt § 46 EheG. — kennt). Denn jedenfalls kann eine ausländische ehescheidende Verwaltungsentscheidung in Deutschland nicht ohne weiteres anerkannt werden. Dabei ist streitig, ob sich die Anerkennung nach § 328 ZPO., der unmittelbar nur für Urteile gilt, oder nach Art. 30 GGWB. richtet. Maßfeller (StAZ. 1937, 191/92) und ihm beistimmend Ellgaard (StAZ. 1938, 355) wenden § 328 ZPO. an; hierfür hat sich auch Bergmann („Internationales Ehe- und Kindestschaftsrecht“, 2. Aufl., S. 84 Anm. 2 und S. 94 Anm. 1) ausgesprochen. Dagegen bevorzugt Raape (a. a. O. S. 408) die Anwendung des Art. 30 GGWB. Der Senat hält an seiner schon in der Entsch. 13 W 7443/31 (vgl. „Rechtsverfolgung“ a. a. O. S. 86 Anm. 546) vertretenen Auffassung fest, daß § 328 ZPO. entsprechend anzuwenden ist. Das ist schon deshalb erforderlich, weil sonst die ausländische Verwaltungsentscheidung ohne ersichtlichen Grund gegenüber dem ausländischen Urteil besser gestellt wäre. Denn § 328 ZPO. macht neben einer Prüfung gem. Art. 30 GGWB. = § 328 Ziff. 4 die Anerkennung noch von verschiedenen anderen Erfordernissen abhängig. Müssen diese aber erfüllt sein, um gegenüber einem ausländischen Urteil die deutschen Belange zu schützen, sei es im allgemeinen, sei es mit Bezug auf die Einzelperson, so ist nicht zu erkennen, warum diese Belange gegenüber einer ausländischen Verwaltungsentscheidung geringeren Schutz verdienen.

Bei einer entsprechenden Anwendung des § 328 ZPO. scheitert aber die Anerkennung der Scheidungsbewilligung an § 328 Ziff. 1 ZPO. Denn zu der Zeit, als die Scheidungsbewilligung erteilt wurde, bestand für die Scheidung der Ehe ein ausschließlicher Gerichtsstand in Deutschland.

II. Die demnach zulässige Klage führt zur Scheidung der Ehe. Soweit der Kl. Scheidung aus Verschulden der Bekl. verlangt, ist sie freilich nicht begründet. Denn ihre Wiederverheiratung kann er nicht als Scheidungsgrund heranziehen. Allerdings bestand nach deutscher Rechtsauffassung damals die Ehe der Parteien noch. Ohne Zweifel ist die Bekl. aber die zweite Ehe nicht mit dem Bewußtsein eingegangen, daß sie noch verheiratet sei, also nicht mit dem Willen, ihre erste Ehe zu brechen. — Für § 49 EheG. der

die sonstigen schuldhaften schweren Eheverfehlungen der Bekl., also auch ein solches ehewidriges Verhalten umfaßt, das die §§ 47, 48 EheG. nicht enthalten, würde Fahrlässigkeit freilich genügen. Aber auch diese fällt der Bekl. nicht zur Last. Die Bekl. ist gebürtige Dänin. Auch durch die Heirat mit dem Kl. hat sie ihre dänische Staatsangehörigkeit nicht verloren, denn das geschieht bei einer einen Ausländer heiratenden Dänin gem. § 5 des dänischen Gesetzes über den Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit vom 18. April 1925 (vgl. Bergmann I S. 78) erst mit dem Fortziehen aus Dänemark; die Bekl. ist aber stets in Dänemark geblieben. Ihr waren darum auch nur die dänischen Verhältnisse bekannt. Nachdem sie in ihrem Heimatstaat nach dem Recht ihres Heimatstaates geschieden worden war und auch die Behörden ihres Heimatstaates keine Bedenken gehabt hatten, bei der Scheidung der ersten Ehe und bei der Eingehung der zweiten Ehe mitzuwirken, ist ihr unter diesen Umständen also auch nicht anzurechnen, daß sie sich hierauf ohne weitere Prüfung verließ. Auch die Voraussetzungen des § 49 EheG. sind mithin nicht vorhanden.

Dagegen sind die Voraussetzungen für eine Scheidung aus § 55 EheG. ohne weiteres gegeben. Die häusliche Gemeinschaft der Parteien ist seit mehr als drei Jahren aufgehoben. Die Zerrüttung der Ehe ist durch die Scheidung in Dänemark tiefgreifend und wegen der Wiederverheiratung der Bekl. unheilbar, die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft auch nicht zu erwarten. Da die Bekl. der Scheidung aus § 55 EheG. nicht widersprochen hat, war die Ehe also zu scheiden.

(RG., 13. Zivilsen., Urt. v. 23. Jan. 1939, 13 U 4752/38.)

*

39. RG. — § 606 Abs. 4 ZPO. Für die Ehescheidung von Staatsangehörigen des Protektorats Böhmen und Mähren, die im Deutschen Reich ihren Wohnsitz haben, sind die deutschen Gerichte zuständig.

Die Parteien haben am 16. Juni 1938 vor dem Standesamt Berlin die Ehe miteinander geschlossen. Sie sind tschechische Staatsangehörige und Juden.

Der Bekl. ist in Prag geboren und ist auch dort heimatständig. Er hat auch jetzt noch einen tschechoslowakischen Paß. Da er Jude ist, findet auf ihn nicht die Bestimmung des Art. 2 Erlaß des Führers v. 16. März 1939 Anwendung, wonach die volksdeutschen Bewohner des Protektorates deutsche Staatsangehörige und nach den Vorschriften des ABürgerG. v. 15. Sept. 1936 Reichsbürger werden. Vielmehr unterfällt der Bekl. der Ziff. 2 des Art. 2, in dem es heißt: Die übrigen Bewohner von Böhmen und Mähren werden Staatsangehörige des Protektorates Böhmen und Mähren.

Denn was hier von Bewohnern gesagt wird, muß entsprechend gelten für die außerhalb Böhmens und Mährens, aber im übrigen Deutschen Reich wohnenden Personen, die aber in Böhmen oder Mähren heimatberechtigt sind.

Die Parteien sind also jetzt Staatsangehörige des Protektorates Böhmen und Mähren.

Nach Art. 12 Erlaß des Führers v. 16. März 1939 bleibt das zur Zeit in Böhmen und Mähren geltende Recht in Kraft, soweit es dem Sinne der Übernahme des Schutzes durch das Deutsche Reich nicht widerspricht.

Bisher konnten tschechoslowakische Staatsangehörige im Deutschen Reich nicht geschieden werden, weil nach § 606 Abs. 4 ZPO. eine Zuständigkeit eines deutschen Gerichts für sie nicht begründet war. Nach § 606 Abs. 4 kann, wenn beide Ehegatten Ausländer sind, die Ehescheidungsklage im Inlande nur erhoben werden, wenn das inländische Gericht auch nach den Gesetzen des Staates zuständig ist, dem der Ehemann angehört. Die Zuständigkeit wurde bisher deshalb verneint, weil deutsche Scheidungsurteile über tschechoslowakische Staatsangehörige in der Tschechoslowakei zwar von den Gerichten, nicht aber von den Verwaltungsbehörden, mithin nicht allgemein anerkannt wurden (vgl. RGZ. 143, 130; ferner RG.: JW. 1934, 2134; 1936, 2459).

Durch die Zertrümmerung des tschechoslowakischen Staates und durch die Schaffung des Protektorates Böhmen und Mähren hat sich die Rechtslage in doppelter Beziehung geändert. Denn wenn in Art. 1 Erlaß des Führers gesagt ist, daß die von den deutschen Truppen im März 1939 besetzten Landesteile der ehemaligen tschechoslowakischen Republik von jetzt ab zum Gebiete des Großdeutschen Reiches gehören, so kann das Protektorat nicht mehr als Ausland i. S. des § 606 Ziff. 4 ZPO., und mithin können die Staatsangehörigen des Pro-

tektorates nicht als Ausländer angesehen werden. Ferner würde aber die Auslegung des tschechoslowakischen Rechtes, das nach Art. 12 grundsätzlich in Kraft bleibt, wie es bisher von den Verwaltungsbehörden hinsichtlich der Anerkennung von Urteilen gehandhabt worden ist, dem Sinne der Übernahme des Schutzes durch das Deutsche Reich widersprechen. Deutsche Scheidungsurteile über Staatsangehörige des Protektorats müssen daher im Protektorat allgemein anerkannt werden.

Das angerufene Gericht ist daher gemäß § 606 Abs. 1 ZPO. zuständig.

(RG. Berlin, 41. ZR., Art. v. 22. April 1939, 241 R 130/39.)

Osterreichische Zivilprozessordnung

40. RG. — § 502 Österr. ZPO. Das Verbot der Revision gegen die Entscheidung des BG. über eine Bemessung des gesetzlichen Unterhaltsbetrages gilt nach der ständigen Rpr. sinngemäß auch für den Revisionsrekurs gegen Beschlüsse der zweiten Instanz, die den gesetzlichen Unterhalt zum Gegenstand haben, soweit nur die Bemessung in Frage steht.

Die Rpr. stützt sich besonders darauf, daß durch die 6. GerEntfNov. v. 2. Juli 1929 (BGBl. 222) § 502/2 ZPO. ebenso wie schon vorher durch die 5. GerEntfNov. v. 4. Juni 1925 (BGBl. 183) der § 14/2 außerstrG. geändert wurde, so daß es sich um einen durchgreifenden Grundsatz handelt, der Bemessungsfrage die dritte Instanz zu nehmen (Entsch. v. 6. Sept. 1932: ZB. 1932, 361; Entsch. v. 8. Juli 1932: AnwZ. 1932, 399; Entsch. v. 8. Okt. 1929: SZ. 11, 202). Dies gilt also auch für Beschlüsse, die nach § 382 Ziff. 8 EO. den Unterhalt für die Dauer des Scheidungsstreites einstweilen regeln (Entsch. v. 29. März 1933: RZ. 1933, 145; Entsch. v. 4. Dez. 1929: SZ. 11, 250).

(RG., IV. ZivSen., Beschl. v. 8. Mai 1939, IV B 16/39.)

Reichsfinanzhof

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

× 41. §§ 14, 37 EStG. 1925; §§ 8, 20 EStG. 1934. Verdeckte Gewinnausschüttung bei dem Erwerb eigener Geschäftsanteile durch eine GmbH. und bei dem Erwerb von Geschäftsanteilen durch die Gesellschafter mit Mitteln der Gesellschaft? †)

Steuerpflichtige Kapitaleinkünfte liegen nur dann vor, wenn dem Beschwz. auf Grund seines Gesellschaftsrechts ein Gut zugeflossen ist, das in Geld oder Geldeswert besteht (§§ 14, 37 EStG. 1925; §§ 8 Abs. 1, 20 EStG. 1934). Scheidet ein Gesellschafter aus einer Gesellschaft mit dem auf ihn entfallenden Anteil am Gesellschaftsvermögen aus, so kann dieser Vorgang allein im allgemeinen nicht dazu führen, anzunehmen, es sei hierdurch den verbleibenden Gesellschaftern ein derartiges Gut zugeflossen. Es ergeben sich hierbei folgende Möglichkeiten:

a) Die Gesellschaft erwirbt selbst die Anteile des ausscheidenden Gesellschafters. Eine verdeckte Gewinnausschüttung kann dann insoweit vorliegen, als an die veräußernden Gesellschafter ein unangemessen hoher Preis bezahlt wird. Den übrigen Gesellschaftern ist hierbei, von besonders gelagerten Fällen abgesehen, kein Vorteil zugewendet worden. Ihre steuerpflichtigen Kapitaleinkünfte werden deshalb hierdurch nicht berührt. Ohne weiteres ergibt sich dies für Aktiengesellschaften, wo häufig von den Gesellschaften z. B. zu Stützungs- oder um eine Kapitalherabsetzung vorzubereiten, an der Börse Geschäftsanteile aufgekauft werden. Bedeutungslos ist es hinsichtlich der Frage des Vorliegens von Kapitalerträgen, wie die Gesellschaft die von ihr erworbenen Anteile in ihrer Bilanz behandelt, ob sie die Anteile mit den Anschaffungskosten auf der Besitzseite der Bilanz ausweist oder ob sie sie zu Lasten der offenen Rücklagen ausbucht. Auf diese Weise fließt den Gesellschaftern i. S. der §§ 8 und 11 EStG. 1938 kein Gut, das Geldeswert besitzt, zu.

Diese Grundsätze müssen auch dann gelten, wenn die Gesellschaft sich nur aus wenigen Gesellschaftern zusammensetzt, also für die GmbH. und die Familien-Aktiengesellschaft, und

zwar selbst dann, wenn auf diese Weise ein Gesellschafter wirtschaftlich in den Alleinbesitz sämtlicher Anteile gelangt. Der Umstand, daß jemand dadurch, daß die GmbH. alle anderen Anteile erwirbt, die Alleinherrschaft über die GmbH. erlangt, kann im allgemeinen nicht als eine steuerpflichtige Einnahme i. S. des § 14 EStG. 1925, § 8 Abs. 1 EStG. 1934 angesehen werden. Sie wurde durch Verminderung des Betriebskapitals der Gesellschaft (Anschaffungskosten der Anteile der ausscheidenden Gesellschafter) ermöglicht. Die Frage, ob dies für den verbleibenden Gesellschafter ein Vorteil oder Nachteil ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Die Verminderung des Betriebskapitals kann jedenfalls auch zuungunsten der verbleibenden Gesellschafter sich auswirken. Es ist auch hier bedeutungslos, ob die GmbH. ihre Geschäftsanteile zu Lasten der offenen Rücklagen ausbucht. Das ist ein rein bilanztechnischer Vorgang bei der Gesellschaft, durch den sie keinen irgendwie gearteten Vorteil den Gesellschaftern zuwendet.

Unstritten ist die Frage, ob eine verdeckte Gewinnausschüttung dann gegeben ist, wenn die Gesellschaft die von ihr erworbenen Anteile zu Lasten freier Rücklagen vernichtet (einzieht — § 34 GmbHG.; § 227 Abs. 2 Ziff. 2 HGB.; § 192 Abs. 3 Ziff. 2 AktG. 1937). Auch hier liegt jedoch die Zuwendung eines geldwerten Gutes (Vorteils) an die Gesellschafter nicht vor. Die Gesellschaft wandelt damit in der Hauptsache für die Gewinnausschüttung freies Kapital (offene Rücklagen), das auf die noch bestehenden Gesellschafteranteile bisher entfiel, in gebundenes, der Gewinnausschüttung entzogenes Kapital um. Klar tritt dies in der Regelung des Aktienrechts zutage (§ 227 Abs. 5 Ziff. 1 HGB.; § 192 Abs. 5 AktG. 1937). Es wird hier der Nennbetrag des Grundkapitals um den Nennbetrag der eingezogenen Anteile vermindert und auf diese Weise das Grundkapital hinsichtlich des Nennbetrags mit den noch vorhandenen Anteilen in Übereinstimmung gebracht, zum Ausgleich jedoch im Interesse des Schutzes der Gläubiger in die gesetzliche Rücklage ein Betrag eingestellt, der dem Gesamtnennbetrag der eingezogenen Aktien entspricht. § 34 GmbHG., wie übrigens auch § 227 HGB. i. d. Fassung vor der W.D. des RPräf. über Aktienrecht usw. v. 19. Sept. 1931 (RWB. I, 493), entbehrt einer derartigen Bestimmung. Hier bleibt das Stammkapital unverändert, so daß der Nennbetrag der noch bestehenden Anteile um den Nennbetrag der eingezogenen Anteile hinter dem in der Bilanz ausgewiesenen Stammkapital zurückbleibt. Wirtschaftlich wird hierdurch das gleiche Ergebnis erzielt wie bei der Regelung durch das Aktienrecht. In beiden Fällen bleibt der Nennbetrag der ausgegebenen Anteile unverändert. Bei der Aktiengesellschaft werden die Gläubiger geschützt durch eine entsprechende Erhöhung der gesetzlichen Rücklage, bei der GmbH. durch Verbeibehaltung des Nennbetrags des Stammkapitals. Es handelt sich hier lediglich um eine bilanzielle Verschiedenheit, sachlich ist sie für Gläubiger und Gesellschafter ohne Bedeutung.

Es wäre irrig, hier eine Ausschüttung der Rücklagen an die Gesellschafter und eine gleichzeitige Wiedereinzahlung zu unterstellen. Eine derartige Unterstellung findet in den Bestimmungen des Handelsrechts keine Unterlage. Es handelt sich um einen Vorgang, der im Gesetz vorgegeben und geregelt ist, nicht etwa um einen Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts. Es soll nicht neues Kapital der Gesellschaft zugeführt, sondern die Bilanz bereinigt und hierbei das Gläubigerinteresse gewahrt werden. Dies ist aber nur dadurch möglich, daß Rücklagen, die bisher zur Ausschüttung an die Gesellschafter freigegeben waren, in gebundenes Kapital umgewandelt werden oder wegfallen (GmbH.). Die Gesellschaft gewährt ihren Gesellschaftern keinen Vorteil, sie wendet ihnen auf Kosten ihres eigenen Vermögens keine geldwerten Güter zu, sondern sie beschränkt die zugunsten der Gesellschafter bestehenden Gewinnausschüttungsmöglichkeiten im Interesse ihrer Gläubiger. Der Vorteil der Gesellschafter ist lediglich ein mittelbarer. Die Stärkung der Kreditfähigkeit des Unternehmens ist für den inneren Wert der Geschäftsanteile bedeutsam. Jede Gewinnausschüttung schwächt aber den Vermögensbestand der Gesellschaft und damit den inneren Wert ihrer Anteile. Wirtschaftlich betrachtet ist es im übrigen für die Gesellschafter unwesentlich, ob die Gesellschaft erworbene eigene Anteile, die sie nicht mehr in den Verkehr zu bringen beabsichtigt, in ihrem Wertpapierbestand behält oder ob sie sie vernichtet. Es ist deshalb auch nicht gerechtfertigt, die beiden Vorgänge hinsichtlich der Frage des Vorliegens steuerpflichtiger Kapitalerträge verschieden zu beurteilen.

Dem steht nicht entgegen, daß die Gewährung von Freianteilen Kapitalertrag darstellt. Einnahmen aus Kapitalvermögen haben zur Voraussetzung, daß dem StPfl. ein neues Wirtschaftsgut zufließt. Wertveränderungen an den Gesellschaftsanteilen, die durch innere Vorgänge der Gesellschaft herbeigeführt werden, Gewinne, Verluste der Gesellschaft, sind weder Einnahmen noch Ausgaben des Gesellschafters. Die Freianteile stellen neben den bisherigen Anteilen ein neues Wirtschaftsgut dar. Daß durch ihre Ausgabe ein Wertverzehr bei den alten Anteilen eintritt, wie übrigens auch bei jeder Gewinnausschüttung, ist ohne Bedeutung. Die Gewährung der Freianteile ist deshalb Gewährung von Kapitalertrag. Bei der Einziehung der eigenen Anteile der Gesellschaft erhält im Gegensatz hierzu der Gesellschafter nichts. Der Gesellschafter ist insbes. auch nicht in der Lage, über den auf ihn entfallenden Anteil an den freien Rücklagen, die in gebundenes Kapital verwandelt worden sind, irgendwie zu verfügen.

Soweit die oben entwickelten Grundsätze mit der bisherigen Rspr. nicht im Einklang stehen (siehe Entsch. des RFG. v. 11. Dez. 1935, VI A 354/34; RFG. 39, 27; RStBl. 1936, 266; StW. 1936 Nr. 82), hält der Senat an dieser Rspr. nicht fest. Er betont jedoch ausdrücklich, daß die oben entwickelten Grundsätze lediglich für die Fälle gelten, bei denen Geschäftsanteile ausschließlich in der Absicht erworben werden, das Ausscheiden eines Gesellschafters mit seinem Gesellschaftsvermögen herbeizuführen. Die Rechtslage kann sich wesentlich ändern, wenn weitere Ziele verfolgt werden, z. B. die Verschiebung von Beteiligungshundertfägen. Eine Gesellschaft, die aus drei Gesellschaftern besteht — Beteiligung 49, 48, 3% — kauft die Anteile des mit 3% beteiligten Gesellschafters auf, um dem mit 49% beteiligten Gesellschafter die Beherrschung des Unternehmens zu ermöglichen. Zu derartigen Fällen nimmt der Senat in der vorl. Entsch. nicht Stellung.

b) Die Geschäftsanteile werden durch die Gesellschafter mit Mitteln der Gesellschaft erworben.

Es ist zu prüfen, ob der Erwerb der Anteile durch die Gesellschafter ausschließlich dem gleichen Ziel, wie unter a) dargestellt, dient, oder ob die Gesellschafter die Geschäftsanteile für darüber hinausgehende eigene Interessen verwenden wollen.

1. Das erstere ist anzunehmen, wenn nur noch ein Alleingesellschafter verbleibt, oder wenn eine Familiengesellschaft vorliegt, oder wenn eine geringe Anzahl von Gesellschaftern die Anteile nach dem Verhältnis ihrer bisherigen Anteile erwirbt und die Gesellschafter die mit Mitteln der Gesellschaft erworbenen Anteile dauernd zu behalten beabsichtigen, so daß es im Ergebnis ohne Bedeutung ist, ob die Anteile sich bei der Gesellschaft oder den Gesellschaftern befinden. Dann ist die Sachlage so aufzufassen, als ob das freie Verfügungsrecht der Gesellschafter über diese Anteile ausgeschloffen wäre und sie nicht berechtigt wären, die Anteile für eigene Rechnung zu veräußern. Die von der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Mittel werden unverzinstlich und unkündbar gegeben sein, Abzahlungen hierauf werden nicht oder doch nur in unwesentlichem Umfange erfolgen. Es liegen dann nur Scheindarlehen vor, die steuerlich nicht anerkannt werden können (§ 5 StAnpG.). Dies führt aber nicht zur Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung in Höhe der Darlehen, sondern dazu, daß steuerlich die Anteile als Gesellschaftsvermögen betrachtet werden müssen. Der Vorgang liegt dann dem Vorgang des Erwerbs der Anteile durch die Gesellschaft gleich, und es wäre mit § 1 StAnpG. nicht vereinbar, aus der Zufälligkeit des gewählten Weges dort, wo steuerliche Gesichtspunkte nicht mitgespielt haben, eine Gewinnausschüttung in Höhe der Scheindarlehen anzunehmen. Im Ergebnis würde die Annahme einer derartigen Gewinnausschüttung bedeuten, daß der ursprüngliche Eigentümer der Anteile nur den Veräußerungsgewinn mit ermäßigtem Tarif zu versteuern hätte, während der Erwerber den Kaufpreis als Kapitalertrag mit vollem Tarif versteuern müßte, obwohl er nichts erhalten hat. Beispiel: Stammkapital 20 000 RM, Rücklagen 180 000 RM, zwei je zur Hälfte beteiligte Gesellschafter. Der ausscheidende Gesellschafter hätte einen Veräußerungsgewinn in Höhe von 90 000 RM mit etwa 14 000—18 000 RM, der verbleibende Gesellschafter eine Gewinnausschüttung von 100 000 RM je nach seinem Familienstand und seinen sonstigen Einkünften mit etwa 32 000 bis 50 000 RM zu versteuern. Hierzu käme noch die Körperschaftsteuer (Mindestbesteuerung) mit etwa 30 000 RM. Da die

Steuern nur durch Entnahmen aus der Gesellschaft (weitere Gewinnausschüttungen) gezahlt werden könnten, führte das Ausscheiden des einen Gesellschafters zur Wegsteuerung des Vermögens des verbleibenden Gesellschafters.

Da davon ausgegangen werden muß, daß die Gesellschaft Eigentümerin der Anteile geworden ist, berühren etwaige Gewinne und Verluste aus einer entgegen der ursprünglichen Absicht vorgenommenen Veräußerung der Anteile, die sich bürgerlich-rechtlich betrachtet in den Händen der Gesellschafter befinden, ausschließlich die Gesellschaft. Soweit die Gesellschaft die Veräußerungserlöse den Gesellschaftern überläßt, stellt dies Gewinnausschüttung dar. Veräußert in dem oben dargestellten Beispiel der verbleibende Gesellschafter den Anteil des ausscheidenden Gesellschafters im Nennbetrag von 10 000 RM für 120 000 RM, wovon er 100 000 RM gegen Streichung des Scheindarlehens an die Gesellschaft abgibt, so liegt hinsichtlich des Restbetrages von 20 000 RM, den er erhält, Gewinnausschüttung vor. Behält er den Gesamtbetrag von 120 000 RM, so liegt in voller Höhe Gewinnausschüttung vor.

Die formelle Einbringung der Anteile in die Gesellschaft gegen Streichung der Scheindarlehen ist ein steuerlich bedeutungsloser Vorgang.

Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn der Erwerb der Anteile durch die Gesellschafter an Stelle des Erwerbs durch die Gesellschaft durch handelsrechtliche Sollvorschriften veranlaßt ist (siehe § 33 Abs. 2 GmbHG., § 226 HGB., § 65 AktG. 1937).

Auch in dieser Frage hält der Senat an der bisherigen Rspr. insoweit nicht mehr fest, als sie den obigen Ausführungen widerspricht (siehe Entsch. des RFG. VI A 909/35 vom 27. Jan. 1937; RFG. 41, 52; RStBl. 1937, 854; StW. 1937 Nr. 150; VI 618/37 v. 22. Dez. 1937; StW. 1938 Nr. 68).

2. Anders sind die Fälle zu behandeln, wo es den einzelnen Gesellschaftern überlassen wird, über die neu erworbenen Anteile in gleicher Weise wie über ihre alten Anteile frei zu verfügen. Hier berühren Gewinne und Verluste aus der Veräußerung der Anteile ausschließlich die Gesellschafter. Für die Beurteilung der Darlehen gelten die allgemeinen Grundsätze für Gesellschafterdarlehen. Die Annahme eines Scheindarlehens — und damit die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung in Höhe des gewährten Darlehensbetrags — könnte aber nicht allein damit begründet werden, daß der Gesellschafter, weil er außer seinen Anteilen kein Vermögen hat, nicht in der Lage ist, das Darlehen sofort abzudecken. Es liegt im Wesen des Vorganges begründet, daß der Erlös aus der in Aussicht genommenen Veräußerung der Anteile zur Rückzahlung des Darlehens dienen soll.

Werden die Anteile an die Gesellschaft verkauft, so liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung insoweit vor, als der Kaufpreis unangemessen hoch ist. Des weiteren ist hierbei auch zu prüfen, ob der Verkauf der Anteile an die Gesellschaft nicht eine Steuerumgehung darstellt. Dies wäre dann der Fall, wenn der Verkauf die Ausschüttung angesamelter Gewinne verdecken soll.

Haben die Gesellschafter für den Erwerb der Anteile auch eigenes, nicht der Gesellschaft entnommenes Kapital verwendet, so kommt insoweit ein Erwerb für die Gesellschaft nicht in Frage. Das gleiche gilt, soweit die Gesellschafterdarlehen abgezahlt werden.

Die Entsch., welcher der oben dargestellten Fälle gegeben ist, ist im wesentlichen Tatsachenwürdigung. Liegen bei Erwerb der Anteile und in der ersten Zeit nach dem Erwerb die unter b 1 dargestellten Tatbestandsmerkmale vor, so wird die Vermutung dafür sprechen, daß die Gesellschafter die Anteile für die Gesellschaft erworben haben, eine Vermutung, die nicht damit entkräftet werden könnte, daß die Gesellschafter später bei Steigen des Wertes der Anteile auf die Scheindarlehen Abzahlungen leisten. Diese Vermutung spricht nicht nur zugunsten, sondern besonders auch zuungunsten der Gesellschafter.

(RFG., 6. Sen., Ur. v. 1. Febr. 1939, VI 743/38.)

Anmerkung: Die verdeckte Gewinnausschüttung — an sich ein Vorgang gesellschaftsrechtlicher Art — hat erst durch die Entwicklung unseres Steuerrechts eine ganz außerordentliche Bedeutung gewonnen, teils weil zur Vermeidung von Steuerlasten die offene Gewinnausschüttung durch eine verdeckte zu ersetzen versucht wurde, teils weil schon vorher übliche Maßnahmen erst insolge ihrer steuerlichen Folgen näher daraufhin untersucht werden mußten, ob und in-

mieweit hier eine Gewinnausschüttung durch andere Gestaltungsformen erfolgt wird. Die Kompliziertheit und Vielgestaltigkeit der hier in Frage kommenden Vorgänge haben dazu geführt, daß die Steuerrechtsprechung verschiedentlich — und zwar gerade in den letzten Jahren — bei der Annahme verdeckter Gewinnausschüttungen entschieden zu weit gegangen ist. In dem vorl. Urteil gibt der 6. Senat einige derartige Mißgriffe seiner neueren Rspr. wieder auf, was zweifellos lebhaft zu begrüßen ist. Unbefriedigend ist dabei nur der Gedanke an jene StPfl., die seinerzeit trotz ihres Kampfes um ihr gutes Recht die jetzt als unrichtig erkannten Entsch. hinnehmen mußten und denen recht wenig damit gedient ist, daß ihnen schon 1 oder 2 Jahre später bestätigt wird, sie seien damals doch im Recht gewesen. Ob hier nicht im Hinblick auf den unfer Steuerrecht beherrschenden Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung irgendeine Abhilfe geschaffen werden könnte, wäre sehr zu überlegen.

Das Urteil behandelt im Zusammenhang mit dem (hier nicht abgedruckten, jedoch in RStBl. 1939, 556 Nr. 507 nachzulesenden) Tatbestand des zur Entsch. stehenden Falles folgende Situationen, die erst wirklich verständlich werden, wenn man sie in Form einer Tabelle anführt:

I. Erwerb eigener Gesellschaftsanteile durch eine Kapitalgesellschaft.

1. Bei Gewährung eines übermäßigen Preises: eventuell verdeckte Gewinnausschüttung an den ausscheidenden Gesellschafter, d. h. richtiger auf die veräußerten Anteile. (Wenn das Urteil immer nur von den „ausscheidenden“ und den „verbleibenden“ Gesellschaftern spricht, so ist das zu eng. Das Problem ist genau so gegeben, wenn ein Gesellschafter nur einen Teil seines Anteilsbesitzes an die Gesellschaft veräußert oder wenn alle Gesellschafter dies tun. Man wird deshalb die Unterscheidung besser dahin treffen, ob eine Gewinnausschüttung anzunehmen ist auf die an die Gesellschaft veräußerten Anteile oder auf die im Besitz der Gesellschafter verbliebenen Anteile.)

2. Für die verbleibenden Gesellschafter bedeutet der Anteilserwerb (d. h. richtiger: auf die nicht veräußerten Anteile entfällt durch den Anteilserwerb) kein Kapitaleinkommen, gleichviel ob bei der Gesellschaft die eigenen Anteile mit den Anschaffungskosten aktiviert oder zu Lasten einer Reserve ausgebucht werden. (In letzterem Punkte hatten erst die Urteile RStBl. 1938, 335 und 435 den gegenteiligen Standpunkt vertreten!) Dabei wird ausdrücklich festgestellt, daß dieser Grundsatz auch für Familiengesellschaften, Gesellschaften mit nur wenigen Gesellschaftern, sogar einem einzigen verbleibenden Gesellschafter gilt. Das ist deshalb bemerkenswert, weil auf dem Gebiet der verdeckten Gewinnausschüttung bisher gerade die Einmangengesellschaft und die Familiengesellschaften vom RFG. besonders ungünstig behandelt und nicht selten von den übrigen Kapitalgesellschaften getrennt worden sind (vgl. z. B. StW. 1937, Nr. 510).

3. Werden die erworbenen eigenen Anteile von der Gesellschaft zu Lasten einer Reserve — mit oder ohne Kapitalherabsetzung — eingezogen, so bedeutet auch das keine Gewinnausschüttung an die Gesellschafter, d. h. die Inhaber der bestehenden Gesellschaftsanteile. (Dabei wird aber der Vorbehalt gemacht, daß dieser Grundsatz vorerst nur für den Fall ausgesprochen wird, daß die Gesellschaftsanteile ausschließlich in der Absicht erworben werden, das Ausscheiden eines Gesellschafters mit seinem Gesellschaftsvermögen — wohl auch das teilweise Ausscheiden im Falle eines nur teilweisen Anteilserwerbes durch die Gesellschaft — herbeizuführen, was man — wirtschaftlich gesehen — vielleicht prägnanter als „Teilauflösung“ bezeichnen könnte. Werden beim Erwerb der Anteile durch die Gesellschaft auch noch andere Ziele verfolgt — eine m. E. recht wenig glückliche Abgrenzung —, so kann die Sache unter Umständen anders liegen, wozu das Urteil aber noch nicht Stellung nehmen will. Ein solches „anderes Ziel“ könnte m. E. z. B. dann anzunehmen sein, wenn die Gesellschaft ihren sämtlichen Gesellschaftern gleiche Teile ihres Anteilsbesitzes abkauft, trotzdem sie ausreichend ausschüttbare offene Reserven hätte, um eine dem Kaufpreis entsprechende Gewinnausschüttung durchzuführen. Hier könnte auch — oder allein — eine Gewinnausschüttung bezweckt und diese nur durch den Anteilserwerb verdeckt sein, so daß der Vorgang als verdeckte Gewinnausschüttung zu besteuern wäre.) Die dem Standpunkt des Urteils teilweise entgegenstehenden Auffassungen des Urteils RFG. 39, 27 werden insoweit ausdrücklich aufgegeben. Diese Preisgabe erstreckt sich insbes. auch auf die beiden leider nicht ausdrücklich genannten

Urteile RStBl. 1938, 335 und 435, die beide auf dem Urteil RFG. 39, 27 aufgebaut hatten.

II. Erwerb von Gesellschaftsanteilen durch die Gesellschafter mit Mitteln der Gesellschaft.

1. Wenn dieser Erwerb wieder nur geschieht, um das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft mit seinem Gesellschaftsvermögen, also insoweit eine Teilauflösung der Gesellschaft herbeizuführen (für welche Annahme eine ganze Reihe von Anhaltspunkten gegeben werden), dann ist in der Zurverfügungstellung der Mittel durch die Gesellschaft keine verdeckte Gewinnausschüttung zu sehen. Die Darlehen an die Gesellschafter gelten als Scheindarlehen, die Anteile als der Gesellschaft gehörig. Veräußert der Gesellschafter später einen solchen (zivilrechtlich ja ihm gehörigen) Anteil, so gebührt ein etwaiger Veräußerungsgewinn der Gesellschaft; überläßt sie ihn dem Gesellschafter, so liegt darin eine verdeckte Gewinnausschüttung. Die entgegenstehende bisherige Rspr. (RFG. 41, 52; StW. 1938 Nr. 68) wird aufgegeben.

2. Wenn der Erwerb der Anteile durch die Gesellschafter in deren eigenem Interesse geschieht und sie über die neu erworbenen Anteile wie über die bisherigen Anteile verfügen können, werden die Anteile im Gegensatz zu dem vorigen Fall als im Eigentum der Gesellschafter stehend anerkannt und die von der Gesellschaft den Gesellschaftern zum Zwecke des Erwerbs gewährten Darlehen werden gegebenenfalls als verdeckte Gewinnausschüttung angesehen. Das scheidet jedoch aus, soweit die Gesellschafterdarlehen zurückbezahlt worden sind. Etwas spätere Veräußerungsgewinne oder Veräußerungsverluste auf diese Gesellschaftsanteile gehen allein die Gesellschafter an.

3. Werden die i. S. der vorigen Ziffer den Gesellschaftern zuzurechnenden Gesellschaftsanteile später an die Gesellschaft selbst verkauft, so liegt bei Bezahlung eines übermäßigen Preises eine verdeckte Gewinnausschüttung an den veräußernden Gesellschafter vor. Aber auch bei Bezahlung eines angemessenen Preises kann eine verdeckte Gewinnausschüttung dann angenommen werden, wenn der Anteilsverkauf an die Gesellschaft die Ausschüttung angesammelter Gewinne verdeckt, also eine Steuerumgehung vorliegt (vgl. auch Ziff. III).

4. Erwerben die Gesellschafter neue Gesellschaftsanteile zum Teil mit von der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Mitteln, zum Teil aber mit eigenen Mitteln, so gelten die Anteile jedenfalls in der Höhe des von den Gesellschaftern selbst bezahlten Anteils als ihnen gehörig, es kommt also die Annahme eines Erwerbes für die Gesellschaft i. S. der obigen Ziff. 1 nur für den übrigen Teil in Frage.

III. Kapitalherabsetzung zwecks Kapitalteilrückzahlung.

Hierzu prägt das Urteil (in einem hier nicht zum Abdruck gelangten Teil) den wichtigen Satz: „Bei einer Kapitalherabsetzung hätte eine verdeckte Gewinnausschüttung zur Voraussetzung, daß sie dazu dient, nach 1924 angesammelte Gewinne steuerfrei den Gesellschaftern zuzuführen.“ Wenn sich das gleiche auch schon aus der bisherigen Rspr. (z. B. RFG. 40, 69) ergibt, so erscheint die erneute Feststellung doch wichtig, weil inzwischen Kapitalherabsetzungsfälle aufgetaucht sind, in denen die Steuerbehörden eine verdeckte Gewinnausschüttung auch ohne Gewinnauffpeicherung anzunehmen versuchen. Wichtig ist ferner, daß in dem hier nicht abgedruckten Teile des Urteils ausdrücklich auch für die steuerliche Betrachtung die handelsrechtlichen Ausschüttungshindernisse bei einer Umstellungsreserve i. S. des § 12 der 2. DurchfWd. der GoldbilanzWd. (das gleiche gilt natürlich für die gesetzliche Reserve der Aktiengesellschaft) anerkannt werden. Es kann also nicht als Mißbrauch i. S. des § 6 StAnpG. angesehen werden, wenn eine Aktiengesellschaft eine Kapitalherabsetzung zwecks Kapitalteilrückzahlung vornimmt, trotzdem sie ausreichende Reserven besitzt, sofern nur diese handelsrechtlich nicht ausschüttbar sind. Das klingt zwar sehr selbstverständlich, muß aber doch ausdrücklich festgestellt werden, da die Steuerbehörden verschiedentlich schon einen gegenteiligen Standpunkt zu vertreten versucht haben und auch der 1. Senat des RFG. in einem nicht veröffentlichten Urteil vom 1. Febr. 1938, I 333/37 nicht auf die ausschüttbaren Handelsbilanzreserven, sondern irrigerweise auf das steuerbilanzmäßige Überschußvermögen abgestellt hat.

Das Urteil ist mit seiner Preisgabe mehrerer unhaltbarer Urteile aus den letzten Jahren als Ausfluß einer verbesserten Durchdenkung des oft recht schwierigen Problems der verdeckten Gewinnausschüttung nur zu begrüßen.

RM. Dr. Fürnrohr, München.

× 42. §§ 29 Abs. 5, 54 Abs. 1 RBewG. 1934. Eine Brennerei kann auch dann ein Nebenbetrieb mehrerer landwirtschaftlicher Betriebe sein, wenn deren Inhaber verschiedene Personen sind und ein Teil der Betriebsmittel der Brennerei einem von ihnen allein gehört. †

Die Beschw. — Bruder und Schwester — sind in ungeteilter Erbengemeinschaft Eigentümer des Ritterguts W., die beschwerdeführende Schwester ist — als Erbin ihres 1929 verstorbenen Ehemanns — Eigentümerin des benachbarten Ritterguts Sch. Auf dem Rittergut W. befindet sich eine 1883 errichtete Brennerei, an der sich von vornherein der damalige Pächter des Ritterguts Sch. und ebenso die Besitznachfolger in der Weise beteiligt haben, daß beide Güter je zur Hälfte die Kartoffeln liefern und die Schlempe abnehmen und daß sie am Gewinn und Verlust zu je $\frac{1}{2}$ beteiligt waren. Am 28. Mai 1903 ist auf Veranlassung des Hauptsteueramts zwischen den damaligen beiden Nachbarn über den gemeinschaftlichen Betrieb der Brennerei ein schriftlicher Vertrag abgeschlossen worden, in den die späteren Eigentümer eingetreten sind. Die Brennerei ist darauf von der Steuerverwaltung als eine vor dem 1. Sept. 1902 errichtete landwirtschaftliche Genossenschaftsbrennerei anerkannt und gemäß § 3 Abs. 2 Brennereiv. stets als solche behandelt worden.

Die Brennerei wurde steuerlich als Nebenbetrieb des Ritterguts W. angesehen. Auf den 1. Jan. 1935 hat das FinV. indes auf Grund der Annahme, daß der gemeinschaftliche Betrieb dieser Genossenschaftsbrennerei das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses voraussetze, einen Einheitswertbescheid für das Betriebsvermögen der Brennerei auf den Namen einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft und als deren Gesellschafter die Eigentümer der beiden benachbarten Rittergüter festgestellt. Es hat dabei dieser Gesellschaft als der Genossenschaftsbrennerei zustehende Brennrecht als Betriebsvermögen zugerechnet und den Einheitswert auf 48 300 RM festgestellt — unter Verteilung auf die beiden Gesellschafter mit je 24 150 RM. Das Gebäude und die Betriebseinrichtung der Brennerei, die im Alleineigentum des Eigentümers von W. stehen, hat das FinV. als selbständiges Betriebsvermögen des Eigentümers von W. behandelt und dessen Einheitswert auf 14 000 RM festgestellt.

Im jetzigen Verfahren handelt es sich nur um die Feststellung des Einheitswerts für das Betriebsvermögen der Gesellschaft, das lediglich aus dem Brennrecht besteht. Die Gesellschafter verlangen, daß die Brennerei auch weiterhin als landwirtschaftlicher Nebenbetrieb des Ritterguts W. behandelt werde. Sie bestreiten, daß eine Gesellschaft vorliege, und meinen, es liege lediglich ein Werklieferungsvertrag vor, wonach das Rittergut W. sich zur Verarbeitung der vom Rittergut Sch. gelieferten Kartoffeln, zur Rücklieferung der Schlempe und zur Veräußerung des erzeugten Sprits gegen Ersatz der Unkosten usw. verpflichtet habe; über den Heimfall des Brennrechts bei Vertragsauflösung sei keine Bestimmung getroffen, so daß das Brennrecht in diesem Falle allein beim Rittergut W. verbleiben würde; die mit der Brennerei verbundene Kartoffellockerei sei zweifelsfrei alleiniges Eigentum von W.

Einspruch und Berufung der Gesellschafter sind erfolglos gewesen.

Der Beschw. der beiden Gesellschafter ist stattzugeben.

Nach § 30 Abs. 2 RBewG. kann in dem landwirtschaftlichen Betrieb auch ein Anteil des Eigentümers an anderen Flächen einbezogen werden, soweit er mit dem Betrieb zusammen bewirtschaftet wird. Das gleiche muß natur- und sinngemäß gelten für einen Anteil des Eigentümers an Gebäuden und anderen Betriebsmitteln. Im vorl. Fall dient die Genossenschaftsbrennerei beiden Betrieben. Der Ertrag jedes Betriebs wird durch sie anteilig gesteigert. Jeder Anteil erfährt formalrechtlich zwar auch die Rohstoffbelieferungen des anderen Anteilbesthers, wirtschaftlich betrachtet aber dient jeder Anteilbesther mit seiner Lieferung nur seinem Anteil, wie jeder auch nur die Hälfte der Schlempe abnimmt und zur Hälfte am Gewinn und Verlust beteiligt ist. Diese Auffassung wird nicht dadurch ausgeglichen, daß die Betriebsmittel der Brennerei nicht sämtlich den Inhabern der beteiligten landwirtschaftlichen Betriebe gemeinsam, sondern zum Teil — wie hier das Gebäude und die Maschinen — einem von ihnen allein gehören. Daher braucht aus dem Gesichtspunkt einer Verarbeitung fremder Erzeugnisse weder die anteilige Zurech-

nung der Brennerei zum einen und zum anderen Betrieb noch die Annahme, daß ein beiden Betrieben dienender landwirtschaftlicher Nebenbetrieb vorliegt, abgelehnt zu werden. Inwiefern die Tatsache, daß die Brennereigenossenschaft eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft der beiden Betriebsinhaber ist, dieser Auffassung entgegenstehen könnte, ist nicht ersichtlich, auch von der Vorbehörde nicht weiter zu begründen versucht. Wenn man allerdings mit dem Beschw. den Brennereibetrieb lediglich als Betrieb des Inhabers von W. auffassen würde, so würde der Annahme, daß es sich um einen landwirtschaftlichen Nebenbetrieb handelt, die Belieferung durch Sch. entgegenstehen. Bei der hier gegebenen Sachlage ist aber die Genossenschaftsbrennerei als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und infolgedessen der Brennereibetrieb als landwirtschaftlicher Nebenbetrieb bei der Rittergüter anzusehen.

(RFS., 3. Sen., Urf. v. 26. Jan. 1939, III 94/38.)

Anmerkung: Der Entsch. kann in vollem Umfange zugestimmt werden. Die aufgehobene Entsch. des FinGer. war wohl zu formalistisch gewesen. Zweifel werden sich allerdings ergeben können, wenn eine Brennerei nicht nur von zwei, sondern von noch mehreren einander benachbarten Betrieben gemeinschaftlich beliefert und bewirtschaftet wird. Hier wird die weitere Entwicklung der Rspr. oder Gesetzgebung gelegentlich eine Grenze zu ziehen haben.

RA. und Notar Dr. Deibrück, Stettin,
Fachanwalt für Steuerrecht.

× 43. § 36 Abs. 2, Abs. 4 Nr. 1 UrfStG. Die Vereinbarung, daß ein Gesellschafter einer OHG. oder einer KommGes. seinen Gewinnanteil als Einlage im Geschäft stehen läßt, erfordert die Urkundensteuer für Personengesellschaften. Dies gilt in gleicher Weise bei dem persönlich haftenden Gesellschafter wie bei dem Kommanditisten.

In dem schriftlichen Vertrag über die Errichtung der Beschw., einer KommGes., ist bestimmt, daß einer der persönlich haftenden Gesellschafter und die beiden Kommanditisten Bareinlagen leisten, der andere persönlich haftende Gesellschafter hingegen seinen Gewinn im Geschäft stehen läßt, bis seine Kapitaleinlage einen bestimmten Betrag erreicht. Die Vorinstanzen haben auch diese letzte Vereinbarung zur Steuer aus § 36 Abs. 2, Abs. 4 Ziff. 1 UrfStG. herangezogen. Die Beschw. ist unbegründet.

Nach § 36 Abs. 4 Ziff. 1 UrfStG. wird die Steuer für die Errichtung einer KommGes. vom Wert der Einlagen der Gesellschafter berechnet. Hierbei macht es keinen Unterschied, in welcher Form und wann die Einlage zu leisten ist. Sie kann in jeder geldwerten Leistung oder Unterlassung bestehen. Eine Einlage ist daher auch in einer von einem Gesellschafter übernommenen Verpflichtung zu erblicken, seinen Gewinnanteil zur Bildung einer Kapitaleinlage bis zu einem bestimmten Betrag im Geschäft der Gesellschaft stehen zu lassen. Dies trifft nicht nur bei einem Kommanditisten zu, bei dem nach § 167 Abs. 2 HGB. der Gewinn seinem Kapitalanteil nur so lange zugeschrieben wird, als dieser den Betrag der bedungenen Einlage nicht erreicht, so daß der Kommanditist im übrigen über seinen Gewinn frei verfügen kann. Demgegenüber wird zwar nach §§ 120 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB. bei dem persönlich haftenden Gesellschafter der ihm zukommende Gewinn regelmäßig in voller Höhe seinem Kapitalanteil zugeschrieben. Dies gilt aber nach §§ 109, 161 Abs. 2 HGB. nur insoweit, als nicht durch den Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist. Außerdem ist nach §§ 122 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB. der persönlich haftende Gesellschafter auch ohne eine besondere Abmachung im Gesellschaftsvertrag mit gewissen Einschränkungen berechtigt, die Auszahlung seines Gewinnanteils zu verlangen. Wird im Gesellschaftsvertrag vereinbart, daß der persönlich haftende Gesellschafter seinen Gewinnanteil zur Bildung einer Einlage stehen läßt, so liegt hierin ein Verzicht auf das Auszahlungrecht und damit eine Einlage. Dementsprechend haben auch im vorl. Fall die Beteiligten selbst davon gesprochen, daß durch den Gewinn, der im Geschäft stehen bleibt, eine Kapitaleinlage gebildet werden soll. Die hiervon abweichenden Ausführungen des Senats in dem zum RStempG. ergangenen Urteil v. 17. April 1923, II A 51/23 (RFS. 12, 68) treffen für das UrfStG. nicht zu.

Mit Recht haben aber auch die Vorinstanzen als Wert der Einlage den Betrag zugrunde gelegt, bis zu dem nach dem Gesellschaftsvertrag der Gewinnanteil stehen zu lassen

ist. Zwar hängt das Erreichen dieses Betrags von einer Bedingung ab, nämlich davon, daß der dem Gesellschafter zustehende Reingewinn hierzu ausreicht. Diese Bedingung ist aber nach § 9 Abs. 2 UrkStG. auf die Entstehung der Steuerschuld ohne Einfluß. Denn es macht bei der Anwendung dieser Vorschrift keinen Unterschied, ob das Rechtsgeschäft seinem ganzen Umfang nach von dem Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht worden ist, oder ob dies nur hinsichtlich einer einzelnen Bestimmung des im übrigen unbedingt abgeschlossenen Rechtsgeschäfts der Fall ist (vgl. Ur. v. 28. Mai 1937, II A 27/37: RZS. 41, 241 = JW. 1937, 2870⁶⁰).

Die Besteuerung nach § 36 Abs. 2, Abs. 4 Ziff. 1 UrkStG. ist mithin zu Recht erfolgt.

(RZS., 2. Sen., Ur. v. 3. Febr. 1939, II 468/38 S.)

Preussisches Oberverwaltungsgericht

44. § 22 GaststättG. Begriff der Gastwirtschaft. Der Umstand allein, daß Gäste in einem Betrieb sich überwiegend längere Zeit aufhalten, genügt nicht, um das Vorhandensein eines Gastwirtschaftsbetriebes auszuschließen. Hinzukommen muß vielmehr, daß dieser Sachverhalt in Verbindung mit dem geringen Umfange des Betriebs dazu führt, seine Zugänglichkeit für die Allgemeinheit zu verneinen.

Der Kl. betreibt in B. in einem als „Pension M.“ bezeichneten Unternehmen gewerbsmäßig die Aufnahme von Fremden auf einem seiner Ehefrau gehörigen Grundstück. Im Jahre 1935 hat er die Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb der Gast- und Schankwirtschaft für diesen Betrieb beantragt, den Antrag jedoch am 26. Februar 1938 zurückgezogen, nachdem ihm durch das KreisVerwGer. in S. durch Bescheid v. 22. Februar 1938 die Genehmigung nur unter Abweisung des Antrags auf Erteilung der Erlaubnis zum Ausschank von alkoholischen Getränken erteilt worden war. Ein gegen den Kl. eingeleitetes Strafverfahren wegen unerlaubten Betriebes der Gast- und Schankwirtschaft hat mit seiner Freisprechung durch Urteil der StrK. des LG. in S. v. 19. März 1937 geendet. Das Gericht hat angenommen, daß es sich um einen erlaubnisfreien Fremdenheimbetrieb handle, der über eine erweiterte familiäre Hausgemeinschaft nicht hinausgehe. Durch Verfügung des Amtsvorstehers in S. v. 7. März 1938 ist dem Kl. gem. § 22 GaststättG. die gewerbsmäßige Beherbergung von Fremden in den Räumen der Pension M. unter Androhung eines Zwangsgeldes von 50 RM untersagt worden. Das Fremdenheim sei gem. dem Erlaß des Reichs- und Preuß. Ministers des Innern v. 2. Nov. 1934 (MBl. S. 1402) als Gastwirtschaft anzusehen. Durch die Zurücknahme seines Erlaubnis-Antrags habe der Kl. zum Ausdruck gebracht, daß er das Heim ohne die erforderliche Erlaubnis betreiben wolle.

Nachdem der Kl. durch Bescheid v. 22. März 1938 die Beschwerde des Rk. zurückgewiesen hatte, hat dieser Klage im Verwaltungsstreitverfahren erhoben, die das BezVerwGer. in S. durch Entsch. v. 11. Aug. 1938 mit folgender Begründung abgewiesen hat: Der Unterschied zwischen einem Fremdenheim und einer Gastwirtschaft sei nach DBG. 93, 152 darin zu sehen, daß in ersterem der Aufgenommene nicht als Gast, sondern als Mieter anzusehen sei. Es müsse sich im wesentlichen um individuelle Abmachungen zwischen dem Wirt als Vermieter und dem Gast als Mieter handeln. Hierzu stehe allerdings die Entsch. des Senats: RVerwBl. 56, 541 = JW. 1935, 1957 in einem gewissen Widerspruch. Hier werde die Eigenart der Gastwirtschaft in der Zimmervermietung auf kurze Zeit und in der allgemeinen Zugänglichkeit des Unternehmens gesehen, so daß der Verkehr in ihm das Gepräge eines öffentlichen erhalte. Die Gastwirtschaft gehe über einen durch Gäste erweiterten Privathaushalt hinaus. Der Gastwirt stehe mit den Mietern seiner Zimmer nicht in so engen Beziehungen wie der Vermieter von Privatimmobilien an Fremde. Aber auch diese Entsch. lasse erkennen, daß sie eine Zimmervermietung unter bestimmten Umständen, z. B. wenn ein häufiger Ein- und Auszug von Gästen stattfindet, als eine Gastwirtschaft ansehe. Nach der ersten Entsch. sei die Grenze zwischen Zimmervermietung und Gastwirtschaft flüchtig. Die Merkmale der Gastwirtschaft seien die allgemeine Zugänglichkeit (Halten eines offenen Lokals), die Anbringung eines Schildes, die Trennung der Privaträume des Wirtes von denen der Gäste, der Umfang

der letzteren im Verhältnis zu den übrigen Räumen, die Bereitstellung besonderen Personals, die Schaffung gemeinsamer Aufenthaltsräume für die Gäste, die Anlage und Einrichtung des Hauses im allgemeinen, die hotelmäßige Ausstattung und der hotelartige Betrieb und das Fluktuieren der Gäste. Es sei nicht nötig, daß alle diese Merkmale vorhanden seien, wohl aber seien die Zugänglichkeit für die Allgemeinheit und ein überwiegend nur vorübergehender Aufenthalt der Gäste die wichtigsten. Das RG. halte allerdings in seiner Entsch.: GewArch. 25, 29 gerade die beiden letzten Merkmale nicht für wesentlich. Diese wie auch die spätere Entsch. des gleichen Gerichts (GewArch. 27, 511) erforderten einen die Beherbergung der Gäste betreffenden Betrieb, eine hierauf bezügliche Wirtschaft. Nach dieser Rspr. sei die Pension M. eine Gastwirtschaft. Wollte man die Frage allein nach der Entsch. des RG. (GewArch. 25, 29), die ausdrücklich die Merkmale der Dauer der Vermietung und der Auslese der Gäste durch den Wirt als unmaßgeblich ausschleide, beantworten, so könnte die Entsch. nur dahin lauten, daß das Unternehmen nach seinem Gesamtschaffen, seiner Größe und nach Anlage und Einrichtung keinesfalls eine bloße erlaubnisfreie Zimmervermietung sei. Aber auch nach der übrigen angezogenen Rspr., selbst nach der oben erwähnten Entsch. des OVG.: RVerwBl. 56, 541 ff. = JW. 1935, 1957 liege keine bloße Zimmervermietung vor. Es könne insbes. der Ansicht des strafgerichtlichen Urteils nicht beigetreten werden, daß die Pension M. nicht über einen durch Gäste erweiterten Privathaushalt hinausgehe. Bei unbefristeten etwa 40 Fremdenzimmern könne unmöglich mehr von einem Privathaus mit Gästen gesprochen werden. Bei einem Fremdenheim von solcher Größe könnten sich auch die in ihm abspielenden Lebensvorgänge nicht mehr nach den individuellen, privatrechtlichen Abmachungen zwischen dem Wirt als Vermieter und den Gästen als Mieter richten. Dort handle es sich vielmehr um ein dem Publikumsverkehr offenstehendes Lokal i. S. von DBG. 93, 154. Auch die sonstigen Merkmale für ein „offenes Lokal“ i. S. dieser Entsch. träfen auf die Pension M. zu. Ein Schild weise das Publikum auf das Lokal hin. Die Räume des Wirtes seien von denen der Gäste getrennt. Der Umfang der letzteren stehe in keinem Verhältnis zu dem der Räume des Privathaushalts des Wirtes. Ein großes gemeinsames Wohnzimmer sei vorhanden, Getränke würden zu jeder Tageszeit gereicht. Zahlreiches besonderes Dienstpersonal werde gehalten. Das einzige Merkmal, welches Schwierigkeiten machen könnte, sei das sogenannte Fluktuieren der Gäste, das nach der letzteren Entsch. des OVG. in ganz besonders hohem Maße die dauernde Verbindung mit der Außenwelt herstelle und deshalb für ein „offenes Lokal“ spreche.

Das Gericht sei der Ansicht, daß dieser Wechsel jedenfalls so groß sei, daß eine dauernde Verbindung mit der Außenwelt i. S. der Entsch. des OVG. vorliege.

Die gegen diese Entsch. eingelegte Rev. rügt, die Feststellung des angefochtenen Urteils, wonach Getränke zu jeder Tageszeit verabfolgt würden, entbehre der angemessigen Grundlage. Es stehe hierfür Personal nur während der Mahlzeiten zur Verfügung. Daß ein Schild auf das Lokal hinweise, treffe gleichfalls nicht zu. Ein „Lokal“ sei überhaupt nicht vorhanden, sondern nur Eträume für die Hausgäste. Auch das Vorhandensein getrennter Wohnräume für den Wirt sei zu Unrecht bejaht. Diese lägen in einem Teil des Gebäudes, der auch Fremdenzimmer enthalte, eine Abschlusstür nach diesen fehle. Im übrigen habe das BezVerwGer. den Rechtsbegriff der Gastwirtschaft verkannt.

Die Rev. hatte keinen Erfolg.

An der Rspr. des Senats (DBG. 93, 152 = GewArch. 32, 127), in der die 8 Merkmale, die zum mindesten teilweise gegeben sein müssen, um bei gewerbsmäßiger Aufnahme von Fremden das Vorhandensein einer Gastwirtschaft zu bejahen, aufgezählt werden, ist festzuhalten. Mit Recht hat der Vorderrichter hiernach das Bestehen einer solchen angenommen. Die allgemeine Zugänglichkeit (Punkt 1) folgt schon aus der Größe des Betriebes. Der Kl. hat in der Zeichnung v. 14. Januar 1935, die er seinem Konzessionsantrag beigelegt hatte, 44 Fremdenzimmer und im Verwaltungsstreitverfahren etwa 40 Zimmer als vorhanden angegeben, hierzu treten bei Überfüllung noch einige Dachkammern. Eine individuelle Auswahl der Gäste ist hiernach schon durch die Größe des Betriebes ausgeschlossen. Seine allgemeine Zugänglichkeit ist auch dann gegeben, wenn der

kl. etwa einen bestimmten Stamm von Besuchern hat, die er vorzugsweise aufnimmt. Eine erweiterte Familienhausgemeinschaft ist im Gegensatz zu dem Standpunkt des O. in S. bei einem Betrieb solchen Umfangs zu verneinen, es müßte denn sein, daß die Aufnahme grundsätzlich auf einen untereinander oder mit dem Kl. individuell verbundenen Personenkreis beschränkt wird. Hierfür ist nichts vorgebracht. Der Kl. nimmt auch unbeschränkte Gäste auf, welche ihm die Kurverwaltung zuschickt. Demnach ist die Öffentlichkeit des Betriebs zu bejahen. Daß ein Schild auf das Unternehmen „Pension M.“ hinweist (Punkt 2), hat der Kl. nicht bestritten. Wenn das BezVerwGer. von einem auf das „Dokal“ hinweisenden Schild spricht, so ist hiermit dem Zusammenhang nach offensichtlich nicht eine öffentliche Speisewirtschaft, sondern das Gebäude als solches gemeint. Das Vorhandensein eines Schildes dient als Anhaltspunkt dafür, daß der Gewerbetreibende mit einem Besuch von Gästen rechnet, die ihm erst durch diesen Hinweis ohne besondere persönliche Beziehungen zugeführt werden. Die Trennung der Räume des Kl. von denen der Gäste (Punkt 4) läßt sich mit den Gründen der Rev. nicht verneinen. Die Konzessionsakten lassen über die persönlichen Räume des Kl. nichts erkennen. Die Rev. bestritt aber nicht, daß eine besondere Wohnung des Kl. vorhanden ist. Daß in dem von ihm bewohnten Gebäudeteil sich auch durch keine Abschlußtür getrennte Fremdenzimmer befinden, schließt das Vorhandensein abgetrennter Räume nicht aus. Es kommt vielmehr darauf an, ob und welche Räume ausschließlich dem privaten Wohnbedarf des Kl. dienen. Daß die Räume der Gäste im Vergleich zu den übrigen Räumen des Hauses bei weitem überwiegen (Punkt 8), bedarf keiner weiteren Ausführung. Auch das Merkmal besonderen Dienstpersonals (Punkt 5) ist gegeben. Daß in der stillen Zeit weniger Leute gehalten werden als in der Saison, ist selbstverständlich. Das gleiche ist auch in Gastwirtschaften der Fall. Daß ein ausreichendes weibliches Personal vorhanden ist, um die Zimmer in Ordnung zu halten, bei den Mahlzeiten zu bedienen und das Essen zuzubereiten, wird vom Kl. nicht bestritten. Ein gemeinsamer Aufenthaltsraum (Punkt 5) ist auch vorhanden. Der Kl. hat allerdings die Konzessionszeichnung insofern als irreführend bezeichnet, als nur ein Eßraum vorhanden sei, welcher je nach Bedarf durch Abschluß zweier Teile verkleinert werden kann. Was hieraus zu seinen Gunsten folgen soll, ist nicht zu erkennen. Daß endlich (Punkt 6) Anlage und Einrichtung des Hauses im allgemeinen auf einen Gasthausbetrieb abgestellt sind, ist nach der Konzessionszeichnung zweifellos. Die Rev. legt demgegenüber entscheidenden Wert darauf, daß die Verabfolgung von Speisen und Getränken nicht, wie in Gastwirtschaften, an die Allgemeinheit, sondern nur an die Pensionsgäste stattfände und daß sie bei diesen im allgemeinen auf die Zeit der gemeinsamen Mahlzeiten beschränkt sei. Die Feststellung des BezVerwGer., es würden zu jeder Tageszeit Getränke gereicht, treffe nicht zu. Selbst wenn diese Rüge an sich begründet sein sollte, so ist sie doch unbeachtlich. Denn weder der Ausschank von Getränken noch die Verköstigung mit Speisen ist ein wesentliches Begriffsmerkmal der Gastwirtschaft, obwohl in der Erlaubnis, Gastwirtschaft zu betreiben, regelmäßig die Erlaubnis zum Ausschank in sich schließt (DVG. 92, 188/194 = JW. 1934, 647; DVG. 100, 242; Michel, „GaststättG.“, 3. Aufl. S. 33). Die Rev. bestritt ferner, daß ein Fluktuieren der Gäste stattfände (Punkt 7), was nach der Entsch. des Senats v. 3. Jan. 1935, III C 144/34 (RVerwBl. 56, 541 = GewArch. 33, 118 = JW. 1935, 1957) eine wesentliche Voraussetzung für die Annahme des Betriebes einer Gastwirtschaft sei. Aus den Feststellungen des Vorderrichters lasse sich das Bestehen einer dauernden Verbindung mit der Außenwelt nicht folgern. Man müsse die Entsch. auf die Zahl der Übernachtungen abstellen. Hiernach seien 1936 von 5625 Übernachtungen nur 108 auf Eintagsgäste entfallen, 1937 6755 bzw. 45, 1938 bis 20. Juli 2367 bzw. 110. Der größte Teil dieser Eintagsgäste seien außerdem Angehörige länger weilender Gäste gewesen, die diese vorübergehend besucht hätten. Verteile man die Zahl der Übernachtungen auf 200 Betriebstage, so seien z. B. 1936 durchschnittlich 28 Gäste gleichzeitig im Hause gewesen. Der Wechsel sei so gewesen, daß täglich etwa 3¼ neue Gäste eingetroffen seien, d. h. durchschnittlich je 3 an 3 Tagen und an jedem vierten Tag 4 neue Gäste. Eintagsgäste seien hierunter im Durchschnitt täglich nur 0,54% gewesen. Ähnlich lägen die Verhältnisse in den Jah-

ren 1937 und 1938. Auch diese Ausführungen können die Rev. nicht stützen. Die Entsch. im RVerwBl. 56, 541 = JW. 1935, 1957 hat nicht die Bedeutung, daß sie einen vorübergehenden Aufenthalt von Gästen als ein unbedingtes Erfordernis für eine Gastwirtschaft ansieht. Das Gegenteil folgt schon daraus, daß sie sich ausdrücklich auf DVG. 93, 152 bezieht, wo ein überwiegend nur vorübergehender Aufenthalt der Gäste zwar als das Wichtigste, aber keineswegs als das unbedingt erforderliche Kennzeichen einer Gastwirtschaft bezeichnet wird. Die Bedeutung des Punktes 7 liegt in seinem Zusammenhang mit Punkt 1 (der allgemeinen Zugänglichkeit für die Allgemeinheit). Es liegt auf der Hand, daß ein nur über wenige Zimmer verfügender Betrieb, der sich im wesentlichen auf die Aufnahme von mehrere Wochen bleibenden Kurzgästen beschränkt, wie in dem der Entsch.: RVerwBl. 56, 541 zugrunde liegenden Fall, hiermit für die Aufnahme von Fremden im allgemeinen ausfällt. Denn ein Zimmer wird hier überhaupt nur in größeren Abständen einmal verfügbar werden. Der Umstand, daß die Gäste in einem Betrieb sich überwiegend längere Zeit aufhalten, kann hiernach allein nicht ausschlaggebend sein. Hinzu kommen muß vielmehr, daß dieser Sachverhalt i. Verb. m. dem geringen Umfang des Betriebs dazu führt, seine Öffentlichkeit zu verneinen. Nur in einem solchen Fall wird auch in der Regel das Bestehen einer erweiterten Familiengemeinschaft zu bejahen sein. übereinstimmend Michel a. a. D. S. 33. Wo hier die Grenze zu ziehen ist, läßt sich grundsätzlich nicht bestimmen. Sie wird, wie bereits in DVG. 93, 152 betont ist, flüchtig sein. Im Falle des Kl. liegt der Sachverhalt jedoch klar. Die Größe des Betriebs hat hier zur Folge, daß trotz des Überwiegens von länger wohnhaften Gästen nach den eigenen Angaben der Rev. durchschnittlich am Tage 3 bis 4 neue Gäste Aufnahme finden. Hiernach findet ein Wechsel der Gäste in einem solchen Maß statt, daß die öffentliche Zugänglichkeit des Unternehmens zu bejahen ist. Da hiernach der Kl. einen Betrieb, zu dem er einer Erlaubnis nach § 1 GaststättG. bedurfte, ohne eine solche ausübt, war die Polizei auf Grund des § 22 Abs. 1 GaststättG. befugt, dessen Fortsetzung durch Zwangsandrohung zu verhindern.

(PrDVG., Art. v. 2. März 1939, III C 233/38.)

*

45. § 12 GaststättG. Entziehung der Schanklerlaubnis. Die zum Betrieb einer Schankwirtschaft erteilte Erlaubnis kann nach § 12 GaststättG. nur im ganzen, nicht auch für einzelne konzessionierte Räume zurückgenommen werden.

Der Schankwirt F. hat vom Stadtausschuß in A. am 6. Juli 1933 die Erlaubnis zum Betriebe einer Schankwirtschaft im Hause Markt 18 in A. erhalten. Die Erlaubnis gilt für 4 Räume, die in der dem Erlaubnisschein beigefügten Zeichnung mit I–IV bezeichnet sind. Die Räume I und II sind von der Marktseite zugänglich und führen als Schankstätte den Namen „zum alten Rathaus“. Die Räume III und IV haben einen besonderen Eingang in der Kasse, sind von den Räumen I und II durch eine Küche getrennt und werden „Ratsstube“ genannt. Vom Raume IV zum Raume III führt eine achtfußige Treppe. Während die Schankstätte „zum alten Rathaus“ von F. selbst betrieben wird, hatte er die Bewirtschaftung der „Ratsstube“ einem Büfettier gegen Teilverpflegung und Umsatzbeteiligung übertragen.

Auf Grund von Ermittlungen, aus denen die Polizei entnahm, daß in der „Ratsstube“ ein Anmischerbetrieb herrsche und Unsitlichkeiten dort vorgekommen seien, ordnete der Oberbürgermeister in A. am 12. März 1938 die vorläufige Schließung der „Ratsstube“ an, die vom StadtVerwGer. in A. durch Vorabentsch. v. 18. März 1938 bestätigt wurde. Gleichzeitig hatte er Klage mit dem Antrag erhoben, dem F. die Schanklerlaubnis zu entziehen. Das StadtVerwGer. erkannte darauf durch Urteil v. 25. März 1938, daß „die dem Gastwirt F. unter dem 6. Juli 1933 für die unteren Räume des Grundstückes A., Markt 18, erteilte Schanklerlaubnis wegen erwiesener Unzuverlässigkeit des Konzessionsinhabers zurückgenommen“ werde. Aus den Urteilsgründen ergibt sich, daß mit den unteren Räumen die „Ratsstube“ gemeint ist. Die vom Bekl. gegen diese Erkenntnis eingelegte Berufung wurde vom BezVerwGer. in A. am 2. Sept. 1938 als unbegründet zurückgewiesen. Das BG. sah in Übereinstimmung mit dem StadtVerwGer. durch das Ergebnis der Beweisaufnahme alsargetan an, daß in der „Ratsstube“

in einer Reihe von Fällen unsittliche Handlungen begangen worden seien und der Befl. für das Einreißen dieser Zustände die Verantwortung trage. Die Voraussetzungen zur Zurücknahme der Schankerlaubnis für die „Ratsstube“ seien somit gem. § 12 GaststättG. erfüllt. Daran ändere nichts, daß der Befl. noch Inhaber des Restaurants „zum alten Rathaus“ sei. Denn es handele sich um zwei verschiedene Betriebe, deren Gäste andere seien und die nicht von derselben Person geleitet würden. Die Entziehung der Konzession für die „Ratsstube“ sei daher für sich allein zulässig. Inwieweit durch diese Entsch. die Zuverlässigkeit des Befl. zur Führung des Lokals „zum alten Rathaus“ betroffen werde, brauche nicht erörtert zu werden, da sie für die Frage der Entziehung der Erlaubnis zum Betriebe der „Ratsstube“ bedeutungslos sei.

Die Rev. des Befl. war von Erfolg.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Schankstätten „Ratsstube“ und „zum alten Rathaus“ angesichts ihrer räumlichen Trennung und gesonderten Bewirtschaftung als zwei verschiedene Betriebe anzusehen sind. Selbst wenn man diese Auffassung mit dem Kl. und den Vorinstanzen teilt, so wird dadurch die unbestrittene Tatsache nicht berührt, daß das Recht des Befl. zum Betriebe beider Schankwirtschaften auf ein und derselben Erlaubnis beruht, die weder die „Ratsstube“ noch das Lokal „zum alten Rathaus“ erwähnt, sondern beide Schankstätten als einen einheitlichen Betrieb umfaßt. Gegenstand der Zurücknahme kann aber nach § 12 GaststättG. nur die Erlaubnis sein, und zwar in der Art und in dem Umfange, wie sie erteilt worden ist. Sie kann hiernach nur im ganzen, nicht auch für einzelne Räume zurückgenommen werden (GewArch. 17, 368; Michel, „GaststättG.“, 3. Aufl., § 12 Anm. I Ziff. 2). Der Rev. ist auch darin beizutreten, daß, wenn es sich um eine einheitliche Erlaubnis handelt, dem Erlaubnisinhaber nicht nur für einen Teil der konzessionierten Räume die gewerbliche Zuverlässigkeit abgesprochen werden kann. Diese Rechtslage hat das BezVerwGer. verkannt. Die angefochtene Entsch. war deshalb wegen Rechtsirrtums aufzuheben.

Bei der nach § 98 ZPO. Platz greifenden freien Beurteilung erwies sich der Rechtsstreit als spruchreif. Ausweislich der Akten ist der Klageantrag ursprünglich ohne Einschränkung dahin gestellt worden, die Schankerlaubnis des Befl. zurückzunehmen. Aus dem sachlichen Vorbringen des Kl. geht jedoch hervor, daß er die Erlaubnis nur für den Betrieb der „Ratsstube“, nicht auch für den der Wirtschaft „zum alten Rathaus“ zurückgenommen haben will. Die von ihm angeordnete und durchgeführte vorläufige Schließung hat sich auch nur auf die „Ratsstube“ bezogen. Der Betrieb der Schankstätte „zum alten Rathaus“ findet mit seinem Einverständnis nach wie vor statt. Der Kl. hat auch die beiden Vorderurteile, durch welche die Zurücknahme der Schankerlaubnis auf die „Ratsstube“ beschränkt worden ist, weder mit der Berufung noch mit der Rev. angegriffen. Die Zurücknahme der Erlaubnis in der RevZust. auf den Betrieb der Schankwirtschaft „zum alten Rathaus“ auszu dehnen, geht nach dem Grundsatz der Unzulässigkeit einer reformatio in pejus nicht an. Aus dem gleichen Grunde kommt auch eine Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz nicht in Frage. Denn diese wäre mangels einer Berufungseinlegung des Kl. insoweit ebenfalls an die Vorentscheidung des StadtVerwGer. gebunden. Zur Entsch. steht sonach allein der Antrag auf Zurücknahme der Erlaubnis zum Betrieb der „Ratsstube“. Diesem Antrage kann, da der Betrieb der Schankstätten „Ratsstube“ und „zum alten Rathaus“ nach der dem Befl. erteilten Erlaubnis als ein einheitlicher zu gelten hat, aus den dargelegten Rechtsgründen nicht stattgegeben werden. Die Klage mußte daher unter Aufhebung des abweichenden Urteilspruchs des StadtVerwGer. als unzulässig abgewiesen werden.

(PrOBo., Ur. v. 9. März 1939, III C 8/39.)

*

46. §§ 70, 87, 95 ZPO.; § 56 Abs. 4–6 ZStG.; §§ 18, 22 DotationsG. v. 8. Juli 1875; § 16 WegeD. für die Provinz Sachsen v. 11. Juli 1891; § 11 II 15 ALR. In dem Rechtsmittelverfahren gegen eine wegebaupolizeiliche Verfügung ist die Verbindung der Reklamations- und Abbürdungslage gemäß § 56 Abs. 4 ZStG. mit einer Feststellungslage gemäß Abs. 5 unzulässig. Eine mit einer Abbürdungslage unzulässig verbundene Feststellungslage ist jedoch nicht als unzulässig erhoben abzuweisen, sondern abzutrennen und als besondere

Klage im Verwaltungsstreitverfahren zu behandeln (Abweichung von OBO. 15, 280, 285). Über den Umfang der materiellen Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile. Aus der Verlegung (Ersetzung) einer Chausseestrecke ist regelmäßig auf die Deklassierung der alten Strecke zu einem gewöhnlichen öffentlichen Weg zu schließen. Durch die Deklassierung tritt regelmäßig für die deklassierte Strecke ohne weiteres die Unterhaltspflicht der ordentlichen Wegebaupflichtigen (der Gemeinde) ein, soweit nicht durch besonderen öffentlich-rechtlichen Titel eine andere Regelung getroffen wird. Eine derartige zwar vor der Deklassierung vereinbarte, aber erst für die Zeit nach der Deklassierung bestimmte Regelung verstößt nicht gegen § 11 II 15 ALR. Bei Chausseen keine Abbürdungslage nötig.

Die Städte K. und A. in der Provinz Sachsen sind durch die sogenannte Ber. Straße miteinander verbunden. Diese Straße führte ursprünglich auf etwa 1400 Meter in einem rechten Winkel durch das in einer Niederung gelegene Dorf T. hindurch. In den 70er Jahren des vorigen Jahrhunderts wurden die beiden Schenkel des Winkels durch eine auf der Höhe entlang führende etwa 1100 Meter lange Umgehungsstrecke verbunden. Der Streit der Parteien geht um die Frage, wer für den durch das Dorf T. führenden, durch die Umgehungsstrecke ausgeschalteten Teil der früheren Straße unterhaltspflichtig ist. Der Amtsvorsteher in T. als Wegepolizeibehörde sah ursprünglich den Gutsbesitzer S. in T. als wegebaupflichtig an und forderte ihn im Jahre 1929 zur Herstellung der Straße auf. Auf die dagegen nach vergeblichem Einspruch erhobene Klage wurde vom Kreisaußschuß in M. durch Urteil vom 19. Aug. 1933 die angefochtene Verfügung mit der Begründung aufgehoben, daß die Verpflichtung des S. zur Straßenunterhaltung zu verneinen sei. Das Urteil erlangte Rechtskraft.

Durch Verfügung vom 6. Juli 1936 forderte der Amtsvorsteher in T. Johann den Oberpräsidenten (Verwaltung des Provinzialverbandes) auf, die fragliche Wegestrecke in näher bezeichneter Weise wiederherzustellen. Gegen diese Verfügung erhob der Oberpräsident nach fruchtlosem Einspruch Klage im Verwaltungsstreitverfahren bei dem BezVerwGer. in M., die er zugleich gegen das Land Preußen und die Gemeinde T. als Abbürdungsbeklagte richtete. Später wurde auf seinen Antrag der Gutsbesitzer S. zu dem Verfahren beigegeben. Der Kl. beantragte ferner, gemäß § 56 Abs. 5 ZStG. festzustellen, welcher der Beteiligten zur Unterhaltung der fraglichen Wegestrecke verpfllichtet sei.

Das BezVerwGer. hob unter Ziff. 1 der Formel seines Urteils die angefochtene Verfügung auf und erkannte zugleich unter Ziff. 2 dahin, daß das Land Preußen, der Provinzialverband der Provinz Sachsen und die Gemeinde T. nicht unterhaltspflichtig seien. In den Gründen ist ausgeführt: Das BezVerwGer. sei gemäß § 56 Abs. 7 ZStG. zur Entsch. berufen, da ein Provinzialverband beteiligt sei. Durch das Urteil des Kreisaußschusses vom 19. Aug. 1933 erachte sich das BezVerwGer. nicht für gebunden, da der Kreisaußschuß wegen der Verladung des Provinzialverbandes zu dieser Entsch. nicht zuständig gewesen sei. Das Urteil habe daher keine materielle Rechtskraft erlangt. Die streitige alte Wegestrecke der Ber. Straße sei in keines der von dem Generalinspekteur für das deutsche Straßewesen aufgestellten Straßerverzeichnisse aufgenommen worden. Daher sei die Wegebaulast für diese Strecke nicht nach dem Ges. über die einstweilige Regelung des Straßenaufbaus und der Straßenverwaltung vom 26. März 1934 (RGBl. I, 243), sondern nach dem früheren Recht zu beurteilen. Nach § 22 DotationsG. v. 8. Juli 1875 (GS. 497) sei die Verwaltung und Unterhaltung der Staatschassen auf die Provinzialverbände übergegangen, jedoch nur insoweit, als sie kunstmäßig ausgebaut und als solche im Einzelfalle staatlich besonders anerkannt worden seien. Diese beiden Voraussetzungen seien nach den vorl. Unterlagen nicht erfüllt. Die Straße sei vielmehr in der Unterhaltungspflicht des Preussischen Staates verblieben. Eine Deklassierung habe nur im Einvernehmen aller Beteiligten erfolgen können, die Gemeinde T. habe aber eine Zustimmungserklärung nicht abgegeben. Daher kämen der klagende Provinzialverband und die beklagte Gemeinde T. als unterhaltspflichtig nicht in Betracht, so daß die angefochtene polizeiliche Verfügung aufzuheben gewesen sei. Es bleibe noch zu prüfen, ob die Unterhaltungspflicht des beklagten Preussischen Staates auf den beigegebenen Gutsbesitzer übergegangen sei. Eine Übertragung der Unterhaltungspflicht auf den jeweiligen Eigentümer des Ritterguts T. sei durch ein am 3. März 1877 zwischen dem

damaligen Rittergutsbesitzer R. und der Regierung in M. geschlossenes Abkommen erfolgt. Die Wegeunterhaltungspflicht sei dadurch auf den jeweiligen Eigentümer des Ritterguts übergegangen. Sie liege daher dem beigeladenen Gutsbesitzer ob. Da dieser jedoch als Beigeladener nicht beurteilt werden könne, so habe auch die Feststellungsklage abgelehnt werden müssen.

Auf die Rev. des Beigeladenen, des Kl. und des beklagten Amtsvorstehers hat das OBG. die Entsch. des BezVerwGer. aufgehoben:

Die Rev. des Beigeladenen war zulässig. In Ziff. 2 des Urteilspruches sind auf Grund der neben der Reklamations- und Abbürdungsklage erhobenen Feststellungsklage die außer dem Beigeladenen für die Unterhaltung der streitigen Wegestrecke in Betracht kommenden Beteiligten ganz allgemein, also nicht nur für die von der polizeilichen Verfügung vom 6. Juli 1936 geforderte einzelne Instandsetzung als nicht unterhaltspflichtig erklärt worden. Dieser Urteilspruch ist gemäß § 70 OBG. dem Beigeladenen gegenüber gültig und hindert ihn, die erwähnten Beteiligten — wegen deren auch ihm gegenüber festgestellt allgemeinen Nichtverpflichtung — mit der Abbürdungsklage in einem Verwaltungsstreitverfahren zu verlangen, das wegen der später ihm etwa angefallenen Instandsetzung des streitigen Weges von ihm angestrengt wird. Hiernach ist der Beigeladene durch die angefochtene Entsch. beschwert und daher zur Einlegung von Rechtsmitteln im eigenen Namen befugt (R.- u. PrVerwBl. 55, 524, 525).

Gemäß § 95 i. Verb. m. § 87 OBG. ist auch die Anschließrevision des beklagten Amtsvorstehers zulässig, und zwar auch hinsichtlich der Ziff. 1 des angefochtenen Urteils (RVerwBl. 57, 1075), ebenso die auf den Kostenpunkt beschränkte Rev. des Kl. (OBG. 48, 251).

Das angefochtene Urteil unterlag daher in vollem Umfange der Nachprüfung des RevG. Dieser Prüfung konnte es nicht standhalten.

Nach der ständigen Rspr. des OBG. ist die Verbindung einer Klage gegen eine wegebaupolizeiliche Verfügung aus § 56 Abs. 4 ZustG. mit einer Feststellungsklage aus § 56 Abs. 5 daselbst unzulässig (OBG. 81, 262). Das BezVerwGer. hätte daher über die Feststellungsklage in diesem Verfahren nicht entscheiden dürfen.

Aber auch in ihrem ersten Teil ist die angefochtene Entsch. nicht frei von Rechtsirrtum. Zutreffend hat das BezVerwGer. allerdings dargelegt, daß die Ver. Strafe vor dem Bau der Umgehungsstrecke zu den Staatschauffeen gehört hat und daß sie auch nicht auf Grund des DotationsG. v. 8. Juli 1875 (GS. 497) auf den Provinzialverband übergegangen ist. Sie ist also damals nicht zu den „ausgebauten“ Staatschauffeen i. S. des § 18 dieses Gesetzes gerechnet worden, die gemäß § 22 a. a. D. mit Wirkung vom 1. Jan. 1876 auf den Provinzialverband zu übertragen waren.

Nicht richtig ist es aber, wenn das BezVerwGer. weiter ausgeführt hat, daß der streitige, durch das Dorf T. führende Wegeteil auch dann noch Teil der Chaussee geblieben sei, als er durch den Bau und die Eröffnung der Umgehungsstrecke seine Bedeutung für den Durchgangsverkehr verloren hatte. Zur Umwandlung einer Chausseestrecke in einen öffentlichen Weg niedriger Ordnung (Deklaffung) war nicht, wie das BezVerwGer. meint, die Zustimmung sämtlicher Beteiligten, insbes. der Gemeinde T., erforderlich. Zu ihr war der Staat vielmehr kraft Gesetzes aus eigener Machtvollkommenheit befugt. Zuständig dafür war bei Landstraßen der RegPräs., und zwar ohne daß dafür ein besonderes Verfahren vorgeschrieben wäre. Eine Deklaffung kann daher auch aus schlüssigen Handlungen und Unterlassungen entnommen werden (OBG. 66, 348, 349; *Germerhausen-Seydel*, „Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen“, 4. Aufl., Bd. 1, S. 538; von *Brauchitsch*, „Verwaltungs-gesetze für Preußen“, Bd. 2, Halbbd. 2, 22. Aufl., S. 556; *Drews*, „Preussisches Polizeirecht“, Bd. 2, S. 287).

Daß das BezVerwGer. dies verkannt hat, beeinflusst zwar den sachlichen Teil seiner Entsch. insofern nicht maßgeblich, als es die streitige Straßenstrecke auch ohne Anerkennung einer Deklaffung nicht mehr als „eigentliche“ Landstraße betrachtet, sondern den für gewöhnliche Kommunikationswege geltenden Regeln unterworfen hat. Die gleichwohl aufrecht-erhaltene Bezeichnung der streitigen Wegestrecke als „Chaussee“ ist aber insofern von wesentlicher Bedeutung, als die Sachentscheidung zu 1 des Urteils nur ergeben konnte, wenn die streitige Wegestrecke zur Zeit der angegriffenen Verfügung tatsächlich noch den Charakter einer Chaussee hatte. Denn nur

bei Chausseen kann eine wegebaupolizeiliche Verfügung wegen fehlender Unterhaltungspflicht des Kl. aufgehoben werden, ohne daß zugleich die Frage, ob etwa ein anderer für sie unterhaltungspflichtig ist, in demselben Verfahren mißbeantwortet wird (OBG. 82, 285). Bei allen übrigen Wegen geht der von der Wegebaupolizei in Anspruch genommene seines Einwandes, daß ein anderer als er zu der geforderten Unterhaltungsarbeit verpflichtet sei, verlustig, wenn er nicht diesen anderen zugleich mitverklagt. Der Kl. hätte daher, wenn es sich nicht um eine Chaussee handelte, schon aus dem Grunde mit seiner Klage abgewiesen werden müssen, weil er die Abbürdungsklage nicht auch gegen den vom BezVerwGer. für allein verpflichtet erachteten Gutsbesitzer gerichtet hat (vgl. RVerwBl. 56, 941 und das dort angeführte Schrifttum).

Da das angefochtene Urteil hiernach in vollem Umfange von Rechtsirrtum beeinflusst ist, hatte das OBG. die Sache ohne Bindung an die sonst für die Revisionsstufe geltenden Beschränkungen frei zu prüfen. Dabei ergab sich, daß sie noch nicht spruchreif ist.

Aus den vom BezVerwGer. angeführten Vorgängen ergibt sich zweifelsfrei, daß die streitige Wegestrecke durch die außerhalb der Gemeinde T. angelegte Umgehungsstrecke ersetzt werden und nicht neben ihr als Teil der Chaussee auch noch weiterbestehen sollte. Nach der ständigen Rspr. des Gerichtshofs ist aus der Verlegung (Ersetzung) einer Chausseestrecke regelmäßig der Schluß zu ziehen, daß die alte Strecke zugleich zu einem „öffentlichen Wege minderer Ordnung“, d. h. zu einem sogenannten Kommunikationswege deklassiert worden ist, wobei es unerheblich ist, welche Art öffentlichen Verkehrs sich auf ihr weiterhin fortsetzt oder entwickelt (vgl. OBG. 29, 213, 214; 66, 349 und die dort angeführten früheren Entsch.). Dieser Schluß ist auch hier mangels erkennbarer gegenteiliger Willensbetätigungen des Staates der allein mögliche.

Die Deklaffung einer Chausseestrecke hat aber in diesem Teile der Provinz Sachsen zur Folge, daß die Unterhaltungspflicht des bisherigen Trägers der Chausseebaulast für sie erlischt und statt dessen die für die gewöhnlichen öffentlichen Wege geltende Regelung der Unterhaltungspflicht in Kraft tritt, falls diese Unterhaltungspflicht nicht durch besonderen öffentlich-rechtlichen Titel auf andere Art geregelt wird (vgl. OBG. 36, 279; 27, 206; *Germerhausen-Seydel* a. a. D., Bd. 1, S. 539, 540). Da die Unterhaltung der gewöhnlichen Kommunikationswege in diesem Teile der Provinz Sachsen damals wie heute den Gemeinden oblag (OBG. 32, 244; § 16 WegeV. v. 11. Juli 1891), so wäre die Unterhaltungspflicht für die hier streitige Wegestrecke also an sich auf die Landgemeinde T. übergegangen, in deren Gemarkung sie lag. Es sind jedoch in diesem Zusammenhange die Verhandlungen von Bedeutung, die der Preussische Staat nach den Feststellungen des beklagten Amtsvorstehers mit dem damaligen Rittergutsbesitzer R. geführt hat und im Laufe derer R. durch die Erklärung vom 3. März 1877 die Verpflichtung zur Unterhaltung der streitigen Wegestrecke auf das Rittergut T. übernommen haben soll. Daß eine solche Verpflichtungsübernahme „auf das Rittergut“, also nicht nur auf den Rittergutsbesitzer R. persönlich, mit öffentlich-rechtlicher Wirkung zulässig war und daß sie zu ihrer Wirksamkeit einer Eintragung in das Grundbuch nicht bedurfte, hat das BezVerwGer. zutreffend ausgeführt. Sie hatte, wenn sie rechtsgültig war, die Wirkung, daß nunmehr der jeweilige Eigentümer des Ritterguts T. die Unterhaltung der Straßenstrecke mit Rücksicht auf seinen Grundbesitz auszuführen verpflichtet war (OBG. 88, 252, 258).

Die Zulässigkeit einer Vereinbarung dieses Inhalts widerspricht auch nicht der Rspr. zu § 11 II 15 ALR., wonach der Staatsfiskus die Wegebaulast für Landstraßen nicht durch Vertrag oder anderen Rechtstitel auf andere übertragen kann. Denn die Vereinbarung vom 3. März 1877 sollte, wie auch in einer Verfügung der Regierung M. vom 2. April 1878 zum Ausdruck gebracht ist, „selbstredend erst dann“ wirksam werden, „wenn der Bau der qu. fiskalischen (Umgehungs-) Straße vollständig ausgeführt wird“, d. h. also in demselben Zeitpunkt, in dem auch die Deklaffung der alten Strecke wirksam wurde.

Die Verpflichtung des Rittergutsbesitzers R. würde aber nur dann auf den jetzigen Eigentümer des früheren Ritterguts T. übergegangen sein, wenn dieses Rittergut zur Zeit der Verpflichtungsübernahme keinen eigenen Gutsbezirk mehr gebildet haben sollte. Denn andernfalls würde die Wegebaulast mangels ausdrücklicher Hervorhebung eines entgegenstehenden

Willens als öffentliche Last des Rittergutes und nicht als persönliche Verpflichtung mit Bezug auf das Eigentum an dem Gute aufzufassen sein (DVB. 98, 116, 119). Sie würde in diesem Falle also auf diesejenige Gemeinde übergegangen sein, in der der Gutsbezirk nach seiner Auflösung aufgegangen wäre.

Die Entsch. des Rechtsstreits ist hiernach von dem Inhalt und der Rechtsnatur der von dem Rittergutsbesitzer R. übernommenen Verpflichtung und von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines besonderen Gutsbezirks Rittergut L. abhängig. Da das BezVerwGer. hierüber eigene Ermittlungen nicht angestellt hat und die in den Schriftsätzen vorgetragene Angaben nicht attennmäßig nachgeprüft werden konnten, so war die Sache zur weiteren Aufklärung und Entsch. an das BezVerwGer. zurückzuverweisen.

Sollte sich dabei herausstellen, daß die Unterhaltungspflicht für den streitigen Wegeteil noch heute dem Eigentümer des ehemaligen Ritterguts obliegt, so tritt damit der oben bereits erwähnte Fall ein, daß über die Klage, soweit sie die Aufhebung der Verfügung vom 6. Juli 1936 zum Gegenstand hat, nicht zugunsten des Kl. entschieden werden kann, weil sie nicht auch gegen den wirklich Verpflichteten als Abbürdungsbeklagten gerichtet ist. Dieses Ergebnis kann aber nach der neuen Rspr. des Gerichtshofs (Zw. 1939, 783) abgewendet werden, weil danach der Kl. es in der Hand hat, auch in diesem Verfahren noch jetzt die Abbürdungsklage gegen den bisher nur beigeordneten Gutsbesitzer zu erheben und dadurch eine sachlich befriedigende Entsch. möglich zu machen.

Auch in der Behandlung der Feststellungsklage aus § 56 Abs. 5 ZustG. wird der Senat in Übereinstimmung mit den übrigen Senaten, die auf Grund anderer, jedoch gleichlautender Befehle die gleiche Frage zu entscheiden haben, zu einem von der früheren Rspr. abweichenden Ergebnis gelangt (vgl. § 46 Abs. 3 ZustG.; Art. 17 Abs. 2 Gef. v. 8. April 1924 [GS. 221]; Art. 1 Abs. 2 Gef. v. 24. Nov. 1925 [GS. 161]). Festzubalten ist allerdings daran, daß die Feststellungsklage mit der Reklamations- und Abbürdungsklage nicht verbunden werden kann. Das ist schon deshalb nicht möglich, weil bei den beiden Klagen der Kreis der Beteiligten und der Inhalt der Klageansprüche nicht derselbe ist (DVB. 15, 284; 21, 243, 244; 25, 256). Insbes. richtet sich die Reklamations- und Abbürdungsklage aus § 56 Abs. 4 ZustG. stets auch gegen die Wegepolizeibehörde; hingegen ist die Erhebung der Feststellungsklage gemäß § 56 Abs. 5 ZustG. nur gegen diejenigen „Beteiligten“, die selbst als Wegeunterhaltungspflichtige in Betracht kommen können, zulässig, nicht aber gegen die Wegepolizeibehörde, die niemals wegenunterhaltungspflichtig ist.

Aus dieser Unzulässigkeit der Verbindung einer Feststellungsklage aus § 56 Abs. 5 ZustG. mit einer Klage gegen eine wegebaupolizeiliche Verfügung aus § 56 Abs. 4 ZustG. ist bisher die Folgerung gezogen worden, daß eine derart erhobene Feststellungsklage als unzulässig abzuweisen sei (DVB. 25, 256, 257; 74, 355; 81, 262). So ist über die Feststellungsklage entschieden worden, sowohl wenn sie neben einer allein gegen die Wegepolizei gerichteten Reklamationsklage (z. B. bei einer Chaußee) als auch wenn sie neben einer mit der Reklamationsklage verbundenen Abbürdungsklage erhoben war (DVB. a. a. O.). Das erscheint unbillig insofern, als aus einer unzulässigen Verbindung der Feststellungsklage nicht ohne weiteres auf ihre die Abweisung rechtfertigende unzulässige Erhebung zu schließen ist, und ferner insofern, als durch die Abweisung der Feststellungsklage der Kl. mit Kosten belastet wird, während es ihm zugleich unverwehrt ist, die gleiche Feststellungsklage unabhängig von der mit ihr verbundenen Klage mit dem uneingeschränkten Anspruch auf sachliche Entsch. noch einmal zu erheben. Eine unzulässigerweise mit einer Reklamations- oder mit einer Reklamations- und Abbürdungsklage verbundene Feststellungsklage ist daher in Abweichung von der bisherigen Rspr. nicht mehr als unzulässig abzuweisen, sondern von Amts wegen von der Reklamations- und Abbürdungsklage abzutrennen und als beson-

dere Klage in einem zweiten Verwaltungsstreitverfahren zu behandeln. Dabei wird zu beachten sein, daß ein Antrag auf „Feststellung“ vielfach nur als Umschreibung und nähere Begründung der für den streitigen Einzelfall in Betracht kommenden Abbürdungsklage anzusehen ist und nicht als Klage auf ausdrückliche allgemeine Feststellung des Rechtsverhältnisses, für die regelmäßig der Kreis der zur tatsächlichen und rechtlichen Erörterung zu ziehenden Fragen ein viel weiterer ist (DVB. 15, 277, 285; 74, 355; 81, 261, 262, 263). Entsprechend den vorstehenden Ausführungen wird das BezVerwGer. auch hier die Feststellungsklage zu prüfen und weiter zu behandeln haben.

Der nunmehrigen Hinzuziehung des bisher nur beigeordneten Gutsbesizers als Partei steht das rechtskräftig gewordene Urteil des Kreisaußschusses in M. vom 19. Aug. 1933 nicht entgegen. Allerdings kann dieses Urteil nicht aus dem Grunde als unwirksam bezeichnet werden, weil es von einem wegen der Beteiligung des Provinzialverbandes unzuständigen Gericht erlassen worden ist. Die lediglich instanzmäßige Unzuständigkeit des erkennenden Gerichts kann nur im Rechtsmittelwege geltend gemacht werden; sie hat jedoch nicht zur Folge, daß das von dem unzuständigen Gericht erlassene rechtskräftige Urteil als unwirksam oder nichtig behandelt werden könnte. Aber andere Erwägungen führen zu dem Ergebnis, daß jenes Urteil, das die den Gutsbesitzer zu einer Wegeinstandsetzung auffordernde Polizeiverfügung wegen Fehlens seiner Unterhaltungspflicht aufhob, kein Hindernis für seine Hinzuziehung und die erneute Prüfung seiner Verpflichtung in dem vorl. Verfahren bildet.

Die Rechtskraft eines über eine polizeiliche Verfügung ergehenden verwaltungsgerichtlichen Urteils reicht — im Gegensatz zu der Rechtskraft eines Feststellungsurteils — grundsätzlich nicht weiter als die streitige polizeiliche Verfügung selbst. Wird die Klage abgewiesen, die angefochtene Verfügung also bestätigt, so wird damit nicht, wie bei der Feststellungsklage, ein Rechtsverhältnis festgestellt, sondern nur klargestellt, daß die angefochtene Verfügung zu Recht erlassen worden ist. Das Urteil hindert die Polizeibehörde nicht, die bestätigte Verfügung alsbald zurückzuziehen oder durch eine andere zu ersetzen. Ebenso setzt ein der Klage stattgebendes Urteil lediglich die angefochtene Verfügung außer Kraft; es stellt also nur fest, daß die Verfügung in dieser Form und zu diesem Zeitpunkt nicht hätte erlassen werden dürfen. Es besagt aber in seinem entscheidenden Teil, dem Urteilspruch, nichts über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer in anderer Form oder zu einem anderen Zeitpunkt, wenn auch über denselben Gegenstand, ergehenden Verfügung. Die Urteilsgründe, die in der Regel Feststellungen über das zugrunde liegende Rechtsverhältnis zu enthalten pflegen, erwachsen nicht in Rechtskraft. Es bleibt deshalb der Polizeibehörde unbenommen, eine durch Richterpruch aufgehobene Verfügung mit demselben Inhalt alsbald erneut zu erlassen. Veschreitet der Betroffene dagegen wiederum den Klageweg, so kann sich der Verwaltungsrichter der sachlichen Nachprüfung nicht entziehen. Denn jede Verfügung ist nach den im Zeitpunkt ihres Erlasses bestehenden rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen zu beurteilen, und diese können sich seit dem Erlass der ersten Verfügung geändert haben; auch können neue Gesichtspunkte oder neue Beweise in die Erscheinung treten und eine von dem ersten Urteil abweichende Entsch. notwendig machen. Dem muß der Verwaltungsrichter in dem Verfahren über die zweite Verfügung Rechnung tragen. In einer ähnlichen Lage ist übrigens auch derjenige, dem ein Antrag auf Erteilung einer polizeilichen Erlaubnis abgelehnt ist. Er kann, auch wenn die Ablehnung seines Antrages im Verwaltungsstreitverfahren bestätigt ist, seinen Antrag jederzeit aufs neue einreichen, und er hat für jeden neuen Antrag (bei dem ja ebenfalls neue Gesichtspunkte oder eine veränderte Rechtslage geltend gemacht werden könnten) Anspruch auf sachliche Prüfung in allen Instanzen (DVB. 92, 209, 211 = RVerwBl. 56, 79, 80).

(PrDVB., Art. v. 19. Jan. 1939, IV C 176/37.)

Hauptredakteur: Professor Dr. Reinhard Höhn, Stellvertreter: Rechtsanwalt Erich Schmidt, beide Berlin. — Mitarbeiter: Rechtsanwalt Dr. Helmut Seydel, Rechtsanwalt Rudolf Heinen, Schriftleiter Rudolf Leppin. — Für die Anzeigen verantwortlich: Hans Neumann-Hofer, Berlin. — Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Fernruf: 213718. Verlag: Deutscher Rechtsverlag GmbH., Berlin W 35, Hildebrandstr. 8. Fernruf: 224054; Leipzig C 1, Inselstr. 10. Fernruf: 72566; Wien I, Riemergasse 1. Fernruf: R 27216. Postkonten des Verlages: für Bezugsgebühren Leipzig Nr. 74242, für Anzeigenbeiträge Berlin Nr. 45176. Es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 1 vom 1. April 1939. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. D. N. II. B. 1939: 21889. Bezugspreis: monatlich 2,50 RM, Vorzugspreis für Junge Rechtswahrer monatlich 2,— RM; Einzelheft 1,— RM.

Wohin zur Erholung?



Dr. Lahmanns Sanatorium
 „Weißer Hirsch“ seit 1888
 in Bad Weißer Hirsch - Dresden.
 Die klinisch geleitete vorbildl. physikal.-diät.
 Heilanstalt für innere u. Nervenkrankheiten

7 Fachärzte / Alle neuzeitlichen diagnostischen und
 therapeutischen Einrichtungen / Auffrischkuren

(Um Kurort: Golfplatz, Tennisplätze, Schwimmbad). Man verlange Werbeschrift J.

Hotel Reichsverweser

Preiswert und gut

Bad Elster

Thür. Wald
 825 m



HERZOGLICHES SCHLOSSHOTEL

Zimmer mit allem Komfort, bekannt erstrkl. Küche, eigene Liegewiesen und Sonnen-
 bad unmittelbar am Haus. Neuerbaute Garage beim Hotel.

Für Sitzungen und Konferenzen geeignete Räume • Zimmer ohne Bad mit voller
 Verpflegung 9.— bis 13.— RM • Telefon 247 Leitung H. D. Warsinski

NERVÖS-ERSCHÖPFTE

Spezialkuranstalt Hofheim 36 (Taunus)
 bei Frankfurt am Main. Telephon 214. Mäßige Preise
S.-R. Dr. M. Schulze-Kahleyss, Nervenarzt

Wildbad



Altberühmte Heilquellen (33-37°)
im Schwarzwald
 Beliebter Kurort, 430-750 m, Bergbahn
 Rheuma • Gicht • Ischias • Nerven

RADIUM BAD Landeck SCHLESISN

Rheuma
 Gicht
 Ischias
 Nerven
 Frauen

Radioaktive Schwefelquellen (29° C) / Moorbäder / Pauschalkuren / Ganz-
 jähriger Kurbetrieb / Sport und Erholung im Thermal-Hallenschwimmbad

Bad Neuenahrer Sprudel auch für häusliche Trinkkuren!

Erhältlich in allen Mineralwasserhandlungen, Apotheken und Drogerien

BAD-BERTRICH

Sanatorium Dr. Dillenburg

für Magen-, Darm-, Leber-, Gallen-
 leiden. Pension von RM. 8.— an.

BAD HARZBURG

»Hotel Der Parkhof«

in bester Kurlage, 70 Betten, mod.
 Komfort, bietet jede Behaglichkeit
 bei 1a Verpflegung. Pens. 5-6.—,
 Telefon 471

Haus in der Sonne

Kneipp-Kurheim u. -Sanatorium
 Wald-Sieversdorf 10 bei Berlin
 (Märk. Höhenland). Ruf: Buckow 21.
 Fordern Sie bitte Prospekt 10 an.

Pension Central am Zoo, Berlin

Joachimsthaler Str. 11, Ecke Kurfürstend.
 Tel.: 91 55 06. Neuer Besitzer. Renoviert. Cen-
 tralh., fließ. W., Tel. in jed. Zim. Lift. Ab 3 RM.

MÜNCHEN • Fremdenheim

Leyerer / Schwanthalerstr. 29 I

Tel. 597006. 2 Minuten v. Bahnhof.
 Aller Komfort. Große helle Zimmer
 mit vorzügl. Betten, fließ. Wasser,
 Zentralhgz., Lift. Bett 2.50 u. 2.80.

Fremdenheim Sterl, München

Brienerstraße 24 a, Ecke Augustenstraße

5 Min. v. Hauptbahnhof, Linien 2, 7, 47, 27
 (2. Haltest. v. Bhf.) Fernspr. Nr. 52441. Das
 wohnl. Heim d. Just.-Beamten. Eleg. möbl.
 einger., ruh. Zimm. Bettpr. M. 2.50. Zentral-
 heizung, Bäder, Lift. Viele Ref. Anmeld. erw.

FREMDENHHEIM

Kümmelbacherhof

bei Heidelberg, erhöhte Lage am Neckar
 und Wald, eigene Landwirtschaft, neu-
 geitlich eingericht. Südzimmer m. Balkon,
 Zentralh., fließ. k. u. w. Wass., Pensions-
 preis 4.60 bis 7.— RM. Prospekt a. Wunsch.

Neuhaus am Schliersee

(850 Meter Höhe)

Haus Schwarzdrossel,

das Haus in der Sonne, mit höchstem
 Komfort. Im Sommer wie im Winter — ein
 Paradies. Balkon-Zimmer mit Frühstück
 ab RM. 3.50. — Telefon: Schliersee 222.

Es gilt Anzeigen-Preisliste Nr. 1

Bevor Ihre Reisepläne endgültig festliegen, verlangen Sie bitte Auskunft und
 Prospekte von den im „Deutschen Recht“ werbenden Badeverwaltungen,
 Hotels und Gaststätten. Beabsichtigen Sie einen Kuraufenthalt in einem Sanatorium, wenden
 Sie sich bitte vorher an eine der hier anzeigenden Heilanstalten!

„Ein Kommentar, der in seiner Art als vorbildlich hingestellt werden darf“:

Das neue Eherecht

Kommentar zum Gesetz der Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung
 im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6. Juli 1938

Umfang 332 Seiten

von Notar **Dr. jur. Otto Rittl**,
 Rechtsanwält am Kammergericht

Kartonierte RM. 7.80

„Der Verfasser hat in klarer Anordnung und erfreulich einfacher Schreibweise ein Werk geschaffen, das dem Praktiker bei der schwierigen Anwendung des neuen
 Rechts bald ein unentbehrliches Hilfsmittel sein wird ...“
 Reichsgerichtsrat Dr. Günther in „JW.“

Zu beziehen durch jede Buchhandlung oder vom Verlag
W. Moeser Buchhandlung • Leipzig C 1

meinschaft „Kraft durch Freude“ im ordentlichen Rechtsweg erhoben werden. **OB. Breslau:** DR. 1939, 1010 Nr. 29

§ 906 **BGB.** Wird gleichzeitig ein einheitlicher Schaden durch mehrere Störer verursacht, dann ist jeder für den Anteil verantwortlich, der auf seine Beteiligung zurückzuführen ist. **RG.:** DR. 1939, 1011 Nr. 30

§§ 1093, 1092, 877 **BGB.** Soll ein bestehendes Wohnungsrecht nachträglich bergestalt zwischen dem bisher Berechtigten und einem anderen geteilt werden, daß der andere an Stelle des ersteren berechtigt sein soll, einen Teil der Räume sofort, die übrigen Räume nach dem Tode des ursprünglichen Berechtigten zu benutzen, so kann dies im Grundbuch nur in der Weise eingetragen werden, daß bei dem bisherigen Recht als Inhaltsänderung eine Einschränkung, im übrigen für den anderen ein neues Recht an bereitetester Stelle vermerkt wird. **RG.:** DR. 1939, 1012 Nr. 31

§ 1300 **BGB.;** Art. 30 **EGBGB.** Die Anwendung ausländischen Rechts, das einen dem Deflorationsanspruch aus § 1300 **BGB.** entsprechenden Anspruch verneint, verstößt nicht gegen Art. 30 **EGBGB.**

Das nordamerikanische Recht verneint neuerdings Ansprüche aus Verlöbnißbruch. **RG.:** DR. 1939, 1012 Nr. 32

§ 1387 **BGB.** Bevor nicht gegen die Ehefrau, der das Armenrecht bewilligt ist, ein Nachzahlungsbeschluß ergangen ist, tritt die Kostenhaftung des Mannes nicht ein. — Nimmt die Ehefrau die von ihr erhobene Klage zurück, so fallen die Kosten des Rechtsstreits dem Vorbehaltsgute zur Last, auch ohne daß ein Kostenurteil ergangen ist. **RG.:** DR. 1939, 1013 Nr. 33

§ 1594 n. F. Für den Lauf der Ausschlußfrist nach § 1594 n. F. **BGB.** kommt es lediglich auf die Kenntnis der tatsächlichen Umstände an. Unkenntnis der Rechtslage wirkt nicht zugunsten des Anfechtungsberechtigten. **RG.:** DR. 1939, 1013 Nr. 34

§ 1595 a **BGB.** Der Entschluß des Staatsanwaltes, die Klage auf Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes gemäß § 1595 a **BGB.** zu erheben, unterliegt nicht richterlicher Nachprüfung. **LG. Berlin:** DR. 1939, 1014 Nr. 35

Zivilprozessordnung

§ 119 **ZPO.** Die Armenrechtsbewilligung im Eheprozesse erstreckt sich nicht ohne weiteres auf das Verfahren nach §§ 627 ff. **ZPO. DLG. Kiel:** DR. 1939, 1014 Nr. 36

§ 272 b **ZPO.;** § 18 Ziff. 4 **RMGebD.;** § 20 Ziff. 2 **RMG.** Ob eine Auskunftseinholung durch Beweisbeschluß nach mündlicher Verhandlung oder vorbereitender Weise durch den Vorsitzenden gemäß § 272 b **ZPO.** angeordnet wird, ist für die Rechtsnatur dieser Maßnahme als Beweisanzordnung ohne Belang. — Einforderung eines Strafregisterauszugs im Eheaufhebungsverfahren wegen des Vorlebens des anderen Ehegatten ist Beweisanzordnung. **RG.:** DR. 1939, 1014 Nr. 37

§ 328 **ZPO.** Auf die Anerkennung einer dänischen Egl. Scheidungsbewilligung ist § 328 **ZPO.** entsprechend anzuwenden. **RG.:** DR. 1939, 1015 Nr. 38

§ 606 **Abf. 4 ZPO.** Für die Ehescheidung von Staatsangehörigen des Protektorats Böhmen und Mähren, die im Deutschen Reich ihre Wohnsitz haben, sind die deutschen Gerichte zuständig. **LG. Berlin:** DR. 1939, 1015 Nr. 39

Österreichische Zivilprozessordnung

§ 502 **Österr. ZPO.** Das Verbot der Revision gegen die Entscheidung des **OG.** über eine Bemessung des gesetzlichen Unterhaltsbetrages gilt nach der ständigen **Rspr.** sinngemäß auch für den Revisionsrekurs gegen Beschlüsse der zweiten Instanz, die den gesetzlichen Unterhalt zum Gegenstand haben, soweit nur die Bemessung in Frage steht. **RG.:** DR. 1939, 1016 Nr. 40

Reichsfinanzhof

§§ 14, 37 **EinkStG. 1925.;** §§ 8, 20 **EinkStG. 1934.** Verdeckte Gewinnausschüttung bei dem Erwerb eigener Geschäftsanteile durch eine **GmbH.** und bei dem Erwerb von Geschäftsanteilen durch die Gesellschafter mit Mitteln der Gesellschaft? **RFS.:** DR. 1939, 1016 Nr. 41 (Furnrohr)

§§ 29 **Abf. 5, 54 Abf. 1 RBewG. 1934.** Eine Brennerei kann auch dann ein Nebenbetrieb in einer landwirtschaftlichen Betriebe sein, wenn deren Inhaber verschiedene Personen sind und ein Teil der Betriebsmittel der Brennerei einem von ihnen allein gehört. **RFS.:** 1939, 1019 Nr. 42 (Delbrück)

§ 36 **Abf. 2, Abf. 4 Nr. 1 UrkStG.** Die Vereinbarung, daß ein Gesellschafter einer **OBG.** oder einer **KommGef.** seinen Gewinnanteil als Einlage im Geschäft stehen läßt, erfordert die Urkundensteuer für Personengesellschaften. Dies gilt in gleicher Weise bei dem persönlich haftenden Gesellschafter wie bei dem Kommanditisten. **RFS.:** DR. 1939, 1019 Nr. 43

Preussisches Oberverwaltungsgericht

§ 22 **GastStättG.** Begriff der Gastwirtschaft. **PrOVG.:** DR. 1939, 1020 Nr. 44

§ 12 **GastStättG.** Entziehung der Schank-erlaubnis. **PrOVG.:** DR. 1939, 1021 Nr. 45

§§ 70, 87, 95 **ZVG.;** § 56 **Abf. 4—6 ZustG.;** §§ 18, 22 **NotationsG. v. 8. Juli 1875.;** § 16 **BegeD.** für die Provinz Sachsen v. 11. Juli 1891.; § 11 II 15 **WR.** In dem Rechtsmittelverfahren gegen eine wegebaupolizeiliche Verfügung ist die Verbindung der Reklamations- und Abbürdungsfrage gemäß § 56 **Abf. 4 ZustG.** mit einer Feststellungsfrage gemäß **Abf. 5** unzulässig. — Über den Umfang der materiellen Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile. — Bei **Chausseen** keine Abbürdungsfrage nötig. **PrOVG.:** DR. 1939, 1022 Nr. 46

Bücher für die Praxis des Rechtswahrsers

Straßenverkehrs- und Verkehrshaftpflichtrecht

(Übersicht über Schrifttum und Rechtsprechung für die Zeit vom 1. April 1937 bis zum 31. Januar 1939)
von Rechtsanwalt **Hermann Carl, Düsseldorf.** Umfang 238 Seiten. Preis kartoniert RM. 7.80

Die auf dem vielseitigen und der Wandlung stets unterworfenen Gebiet des Verkehrsrechts stets neue und stark anwachsende Rechtsprechung und Literatur ist auch für den Sachmann wegen ihrer Fülle nur durch Verwendung eines systematisch gehaltenen Nachweises noch zu übersehen. Aus diesem Grunde wird sich das vorliegende Buch als unentbehrlicher Helfer in Sachreisen laufend neue Interessenten sichern.

Das Deutsche Rechtschrifttum, J. 4, April 1939.

Deutsches Versicherungsrecht

Übersicht über deutsches Schrifttum und deutsche Rechtsprechung zum Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908 seit dem Umbruch des Jahres 1933 bis Ende Juni 1938

von Reichsgerichtsrat **Dr. Hans Schack.**

Umfang 272 Seiten. Kartoniert RM. 9.50

„... Es handelt sich hier nicht um das Werk eines Theoretikers, der an die vorhandenen Gesetze und Bedingungen seine eigenen Gedanken anknüpft, sondern der Verfasser hat aus der Praxis geschöpft, die gerade für den Versicherungsmann die beste Richtlinie für die Praxis sein wird.“

„Die Versicherungs-Praxis“

Bestellungen übernehmen auch alle Buchhandlungen

aus dem Verlag der **W. Moeser Buchhandlung · Leipzig C 1**

Offene Stellen

Bei der Stadtverwaltung Schneidemühl wird ein
Volljurist für die Stelle des

Städtischen Rechtsrats

gesucht. Der Bewerber muß die Befähigung zum Richteramt besitzen. Befolgung nach Gruppe A 2 o 2 unter Übernahme in das Beamtenverhältnis. Bewerbungsgesuche mit Lebenslauf, Lichtbild, beglaubigten Zeugnisabschriften sowie Nachweis der deutschblütigen Abstammung, evtl. auch für die Ehefrau, sind einzureichen an den

Oberbürgermeister der Stadt Schneidemühl,
Stadthauptamt.

Vertreter

ab 15. Juli 1939 gesucht; Vertretungsdauer voraussichtlich mindestens drei Monate.

Rechtsanwalt Dr. Behnke,
Straßburg, Heiliggeiststraße 37.

Assessor

für Urlaubsvvertretung für die Zeit vom 17. August bis 6. September 1939 gesucht von
Rechtsanwalt und Notar Schiede,
Treprow (Rega).

Wirtschaftl. Selbstverwaltungskörperschaft des öffentl. Rechts
sucht in ausbaufähige Dauerstellung nach Weimar

Anwaltsbürovorsteher oder tüchtigen Gehilfen

zur Bearbeitung von Vertragsgenehmigungen und sonstigen Rechtsachen. Der Bewerber muß gute Rechtskenntnisse und eine schnelle Auffassungsgabe besitzen und geeignet sein, die ihm übertragenen Aufgabengebiete nach einer Einarbeitungszeit selbstständig zu erledigen. Befolgung nach Gruppe V ED. A mit Aufstiegsmöglichkeit nach IV ED. A. Handschriftliche Bewerbungen mit Lebenslauf, Zeugnisabschriften, Lichtbild und bei Unkenntnis der ED. A äußersten Bruttolohnansprüchen unter **A. 733** an: Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Hildebrandstr. 8.

Kanzleivorsteher

zum 1. August gesucht. Meldung mit selbstgeschriebenen Lebenslauf, Lichtbild und Gehaltsansprüchen sofort an

Notar Dr. Hartwig u. Hesse,
Rechtsanwälte in Rudolstadt.

Jüngerer Bürovorsteher oder erster Bürogehilfe

für ein Anwalts- und Notariatsbüro
gesucht in eine Kreisstadt Westfalens.
Ang. u. **A. 729** an: Deutscher Rechts-
verlag, Berlin W 35, Hildebrandstr. 8.

Großes Handelsunternehmen in Nordwestdeutschland

mit weitverzweigten Interessen im In- und Auslande (Zweigniederlassungen, Beteiligungen usw.) sucht für seine Rechtsabteilung zwecks Unterstützung des Leiters derselben (Volljurist) sowie zur selbstständigen Bearbeitung einzelner Gebiete einen Herrn im Alter von mindestens 30 Jahren. Voraussetzung ist längere Tätigkeit in einer angesehenen Anwaltskanzlei (z. B. als Bürovorsteher) oder Tätigkeit in ähnlicher Position. Allgemeine Gesetzeskenntnisse, Kenntnisse in Mahn-, Miet-, Grundstücks-, Devisen-, Steuer- und möglichst auch in Preis-Sachen werden verlangt. Gutes Auftreten sowie erstklassige Referenzen erforderlich.

Angebote mit Lebenslauf und Lichtbild unter Angabe der Gehaltsansprüche u. **A. 742** an: Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Hildebrandstr. 8, evtl.

Anwaltsgehilfin(e)

(abgeschlossene Ausbildung u. Gehilfenprüfung Bedingung) für die Mahn- und Klageabteilung per sofort oder später gesucht. Gefordert wird Nachweis mehrjähriger Praxis im Klage- und Vollstreckungswesen.

Nur handschriftliche Bewerbungen mit Zeugnisabschriften und Gehaltsansprüchen an

Marylan-Vertrieb

Wilhelm Dette, Berlin SW 61, Blücherstr. 22

Jüngerer Bürovorsteher(in)

für Anwalts- und Notariatspraxis
möglichst zum 15. 7. 1939 oder
1. 8. 1939 gesucht. Angebote mit Bild,
Zeugnis und Gehaltsansprüchen an
Rechtsanwalt Herbert Niemeier
in Blotho a. d. Weser.

Stenotypistin

zum 1. Juli 1939 oder später
gesucht.

Rechtsanwalt Dr. Henning,
Neuruppin.

Zuschriften auf Zifferanzeigen bitte deut-
lich mit der Ziffernummer kennzeichnen!

Gesuchte Stellen

Rechtsanwalt und Notar in mittlerer Industriestadt Nord-
deutschlands, arbeitsfreudig, sucht Bürogemeinschaft, Mit-
arbeit, Praxisübernahme oder Affoziation in

BERLIN.

Evtl. Praxisaustausch mit Berliner Soziaz. Angebote unter
A. 744 an: Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35,
Hildebrandstraße 8.

Rechtsanwalt,

26 J. alt, der sich aus persönlichen
Gründen zu verändern wünscht, sucht
Übernahme einer guten AG-
(Simultan-)Praxis, mögl. mit No-
tariat und in West- oder Nordwest-
deutschl.; auch Beteiligung bei Aus-
sicht auf Übernahme. Angebote unter
A. 738 an: Deutscher Rechtsverlag,
Berlin W 35, Hildebrandstraße 8.

Anwaltsvertretungen

sucht erfahrener Anwaltsassessor in
Nord- u. Mitteldeutschl. v. 20. 7. ab lfd.
Honorar 300 M. netto monatl. u. Reisef.
Ang. u. **A. 739** an: Deutscher Rechts-
verlag, Berlin W 35, Hildebrandstr. 8.

Rechtsanwalt

übernimmt Vertretungen.
Angebote u. **A. 734** an: Deutscher
Rechtsverlag, Berlin W 35,
Hildebrandstraße 8.

Assessor,

27 J., led., **REDAK., ENA., REDAK.,**
Ref., Dr. u. Ass.-G. m. d. Note „gut“,
langj. Univ.-Ass. z. St. Probeass. i. un-
fangr. Wirtschaftspr. Westdeutsch. tätig,
sucht Anw. z. weit. Abl. d. Anwärterd.,
der ihm eine spät. Affoz. in Ausf. stellt
od. eine entspr. Stell. i. gr. Wirtschaft.-Unt.
Ang. u. **A. 736** an: Deutscher Rechts-
verlag, Berlin W 35, Hildebrandstr. 8.

Jüngerer Bürovorsteher

für beide Fächer, selbständiger Ar-
beiter, ledig, sucht zu sofort ander-
wertige Stellung. Angebote unter
A. 735 an: Deutscher Rechtsverlag,
Berlin W 35, Hildebrandstraße 8.

Volljurist,

Assessor, Volkswirt, Pg., 30 Jahre,
Synbitus, in ungeländiger Stellung.
Gute wirtschaftliche, kaufmännische
und fremdsprachliche Kenntnisse, orga-
nisatorische Fähigkeiten, rasche Auf-
fassungsgabe und repräsentatives Auf-
treten. Ich suche verantwortungsvolle,
selbständige Tätigkeit mit vollen Ent-
wicklungsmöglichkeiten. Angebote u.
K. 493 an Uta, Dresden-A. 1.

Probeassessor, Dr. jur.,

mehrf. Anwaltverttr., best. Zeugn., sucht
Anw. z. Ableist. d. Probod. od. Vertr.
ab 15. Juli. Selbst. Stellung erwünscht.
Ang. u. **A. 740** an: Deutscher Rechts-
verlag, Berlin W 35, Hildebrandstr. 8.

Bürovorsteher,

über 14 Jahre auf verschied. Büros
in beiden Fächern tätig, mit guten
jurist. u. allgem. kaufm. Kenntnissen,
sucht Vertrauensposten, der selbst-
ständiges Arbeiten verl., in größ. An-
waltsbüro oder Rechtsabteilg. Angebote
u. **A. 731** an: Deutscher Rechtsverlag,
Berlin W 35, Hildebrandstraße 8.

Bürovorsteher,

34 Jahre, verheiratet, selbständiger
Arbeiter, vollstb. Sachb. bd. Fächer,
wünscht sich umständehalber sofort
oder später zu verändern, mögl.
gr. Anw.-Büro, Bank oder Verfish.
Gegend gleich. Gehalts-Angebote
unter **A. 732** an: Deutscher Rechts-
verlag, Berlin W 35, Hildebrandstr. 8.

Bekanntmachungen verschiedener Art

Der Große Brockhaus

letzte Auflage, 20 Halbbänder (576.—)
vorzüglich erhalten 300.—, 20 Monatsraten
M. Edelmann, Nürnberg-A.

Zum 1. Oktober 1939

Wegen Aufgabe einer alten bekannten
Anwalts- und Notariats-Praxis im SW.
Berlins zu verkaufen: **Vollständige
Büro-Einrichtung** an Tischen, Stühlen,
Aktenständern, Bücherregalen etc. Ferner
eine **vollständige Fach-Bibliothek**, alle
Sammel-Werke, Entscheidungen des RG.,
Johow, Reichsgesetzblatt, Pr. Gesetz-
sammlung von Band 1 an. Angebote unter
A. 741 an: Deutscher Rechtsverlag,
Berlin W 35, Hildebrandstraße 8.

Zu verkaufen:

Entsch. des RG. (Zivilsachen) Band 1
bis 158 u. Reg. geb. RM. 150.— / Entsch.
des RG. (Strafsachen) Band 1 bis 68 und
Reg. geb. RM. 90.— / Staub, Komm. z.
HGB. 12 u. 13. Aufl. 4 Bde. u. Reg. RM. 50.—
v. Brauchitsch Verwaltungsgesetze 6 Bde.
in Leinwandband A usg. 1925/1929 RM. 50.—
Grottefend, Gesamtes Gesetzgebungs-
material v. 1806—1931, 65 Bde. RM. 135.—
Jäger, KO., (fast neu) 2 Bände RM. 35.—
Formularverlag **Fr. Kettler**,
Frankfurt am Main, Baustraße 13.

Jur. Wochenschrift 1930—1938 I zu verkaufen.

(30—34 geb. 35—38 I Hefte in Orig. Deckel)
25 Bde. 50.—. Angeb. u. **A. 737** an: Deut-
scher Rechtsverlag, Berlin W 35,
Hildebrandstr. 8.

AUFSICHTSARBEITEN

AUS DER GROSSEN STAATSPRÜFUNG
MIT BESPRECHUNGEN UND LÖSUNGEN

von

Dr. Ulrich Hoche

Kammergerichtsrat im Reichs-Justizprüfungsamt
Prüfungsstelle München

Ein Werk, das jedem Referendar bei der Vorbereitung
auf die große Staatsprüfung und die spätere Praxis
gute Dienste leisten wird.

Der Verfasser, ein bedeutender Sachkenner, Mitglied der
Prüfungsstelle München, hat eine wohldurchdachte Aus-
wahl der Aufgaben getroffen und die Besprechungen
und Lösungen mit besonderer Sorgfalt bearbeitet.

Umfang 197 Seiten

Preis kart. RM 4.80

DEUTSCHER RECHTSVERLAG BERLIN – WIEN



Die „Blue Gillette Blade“ ist aus feinstem Spezial-Stahl
hergestellt. Eine Kette sorgfältigster Prüfungen verbürgt
die hohe Qualität jeder Blauen Gillette-Klinge!

18⁸

Gillette Klingen sind gute Klingen

5 Stck.-Packung RM — 90
10 Stck.-Packung RM 1.80

Vertrieb in Deutschland: Gillette Safety Razor Company GmbH., Berlin W9