



Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen
Herausgegeben von dem Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt Dr. Walter Raeke, M. d. R.,
unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates:

Rechtsanwälte Dr. Droege, Hamburg; Dr. Hawlikzky, Forst i. L.; Dr. Mößmer, München;
Prof. Dr. Erwin Noack, Halle a. S.; Dr. Römer, M. d. R., Hagen; Dr. Rudat, Königsberg/Pr.;
Wilh. Scholz, Berlin; Dr. Emil Schwarz, Prenzlau, und Patentanwalt Dr. Ullrich, Berlin

Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Fernruf Kurfürst B 1, 3718

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig E 1, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 72 566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63 673
Geschäftsstelle in Berlin SW 48 Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217

Auslegung und Analogie im heutigen Strafrecht

Von Professor Dr. Karl Siegert, Göttingen

I. Vorbemerkung

Die Stellung des Strafrichters zum Gesetz ist eine für das geltende wie für das künftige Recht lebhaft erörterte Frage¹⁾. Gerade hier zeigt sich der tiefgreifende Unterschied zwischen dem liberalistischen und dem nationalsozialistischen Recht. Angeichts der Beratungen der Strafrechtskommission erstrecken sich die Erörterungen im Schrifttum meist auf die Gestaltung des kommenden Strafrechts. Im folgenden soll nun die gegenwärtige Rechtslage dargelegt werden. Es soll unter Heranziehung neuerer Entscheidungen gezeigt werden, daß wir schon, bevor das neue Strafgesetz wirksam werden kann, mitten in der Rechtserneuerung stehen. Nicht erst das neue Gesetz bedeutet die Umwälzung, sondern das nationalsozialistische Rechtsdenken schließlich. Heute und morgen müssen wir nationalsozialistisches Strafrecht anwenden.

Zum neuen Gemeinschaftsdenken tritt die Zeit der Aufklärung mit ihrer Überbetonung des Individualismus in schärfsten Gegensatz. Diesem Denken ist auch der Grundsatz „Nulla poena sine lege“ entsprungen. Der Grundsatz bedeutet in seiner strengen ursprünglichen Form eine starre Bindung des Richters an den Wortlaut des Strafgesetzes. In dieser Form wurde er zum Schutzgesetz des gesetzestreuen Staatsbürgers wie zum Schutzgesetz des Verbrechers. Diese starre Bindung ist geblieben, als man den politischen Liberalismus schon für überwunden hielt. Die nationalliberale wie die liberalsoziale Ära haben die Bindung aufrechterhalten. Nur zugunsten des Verbrechers, etwa beim übergesetzlichen Notstande, haben die letzten Jahrzehnte eine Lockerung der starren Bindung an den Wortlaut des Gesetzes, eine Durchbrechung des Analogieverbotes gebracht. Im übrigen blieb der Richter an das Strafgesetz gefesselt. Es sei nur erinnert an die Ent-

scheidungen des NG. über die Entwendung elektrischer Kraft²⁾. Weil man den elektrischen Strom nach damaliger Auffassung nicht unter den Sachbegriff des § 242 StGB. bringen konnte, wurde einfach freigesprochen, unbekümmert um die Bedürfnisse der Rechtspflege und die gesunde Volksauffassung, die eine Verurteilung erfordert hätten.

II. Nationalsozialistische Grundauffassung

Von diesem Denken der individualistischen Zeit trennt sich nationalsozialistische Gemeinschaftsauffassung von Grund auf. Wir dürfen die Stellung des Strafrichters zum Gesetz selbstverständlich nicht vom Verbrecher her, aber auch nicht vom friedlichen Staatsbürger her betrachten, sondern müssen von der völkischen Lebensordnung ausgehen. Abzulehnen ist der Gesetzesabsolutismus wie das individualistische Richterkönigtum. Höchster Wert ist wie sonst im Staatsleben auch für den Richter das Volk in jenem höheren Sinne als die durch Blut und Boden in Geschichte, Gegenwart und Zukunft verbundene Gemeinschaft³⁾. Oberste Rechtsquelle ist der Volksgeist, d. h. das Rechtsgenissen unseres geschichtlich gewordenen und in die Zukunft hineinragenden Volkes. Das Rechtsgewissen des Volkes bedarf aber, der Idee des völkischen Führerstaates entsprechend, einer klaren Umsetzung seiner Grundgedanken in die Wirklichkeit des Rechtslebens durch den Mund des Führers und Reichskanzlers. Darum sind oberste Erkenntnisquelle für unser Recht die Richtlinien der Führung, die in Gesetzesform oder formlos verkündet werden. So ergibt sich auch im nationalsozialistischen Staat eine Bindung des Richters an das Gesetz. Aber diese Bindung ist nicht mehr Selbstzweck, sondern ist eine Bindung an die Grundwerte unsers völkischen Führerstaates. Sie knüpft sich nicht an den toten Buchstaben, sondern an den Geist des Gesetzes wie an den Geist des Volkes und den Geist seines Führers an.

Dieser große Unterschied zeigt sich vor allem, wenn wir

¹⁾ Vgl. neuestens Roland Freisler, Schutz d. Volkes oder des Rechtssprechers, Schriften der Akademie f. dtch. Recht, Sonderdruck Nr. 2, 1935; ferner Henkel, Strafrichter u. Gesetz im neuen Staat, Hamburg 1934; Dahm: Deutsches Strafrecht 1934, 87 ff. u. 248 ff.; Siegert: Deutsches Strafrecht 1934, 376 ff.

²⁾ RGSt. 29, 116 und 32, 185.

³⁾ Vgl. Siegert, Grundzüge d. Strafrechts im neuen Staat, S. 8 u. 17; Henkel, Die Unabhängigkeit d. Richters in ihrem neuen Sinngehalt, 1934, S. 28f.

die Art der Bindung des Strafrichters einer Prüfung unterziehen. In dem oben (Anm. 1) erwähnten grundlegenden und sehr beherzigenswerten Aufsatz hat kürzlich Roland Freisler eine Fülle von Möglichkeiten aufgeführt, wie das Verhältnis des Richters zum Strafgesetz gestaltet werden kann. Diese Möglichkeiten bewegen sich zwischen den Gegensätzen der völligen Bindung des Richters an den Buchstaben des Gesetzes und der völligen Loslösung des Richters vom Strafgesetz. Beide Pole scheiden für uns aus: der Buchstabenkultus des reinen Positivismus wie die völlige Anarchie des marxistischen Zukunftsstaates. Es ist aber zu prüfen, welche der denkbaren Zwischenstufen den Vorzug verdient. Ich möchte einige Abstufungen Freislers zusammenziehen und habe dann zu prüfen:

1. die Auslegung des Strafgesetzes innerhalb seines möglichen Wortlauts;
2. die Gesetzesanalogie, welche einen bestimmten gesetzlichen Tatbestand auf einen ähnlichen gesetzlich nicht geregelten Fall ausdehnt;
3. die Rechtsanalogie, welche einen der gesamten Rechtsordnung innenwohnenden Gedanken auf einen gesetzlich nicht geregelten Fall anwendet.

III. Die Auslegung

Zunächst die Auslegung. Der Zeit des Positivismus galt als Ideal die Tätigkeit des Richters als Rechtsprechungsautomat. Man hat gelegentlich scherhaftweise die Polizeiwache als den größten Automaten bezeichnet: oben wirft man einen Stein ein, unten kommt ein Schuhmann heraus. So war auch das Gericht gedacht. Oben, d. h. mit der Klagerhebung, warf man den Sachverhalt ein und erhielt unten, d. h. mit dem Urteil, eine mit zwingender Logik ermittelte Lösung. Dies sogenannte Ideal könnte nun allerdings äußerstens für die Tätigkeit des Revisionsrichters angewendet werden, aber nie den Richter bei der Ermittlung des Sachverhalts fesseln. Die Sprache ist darüber hinaus so mannigfaltig, daß unzählige Worte mehrfacher Deutung unterliegen. Wir brauchen da nicht erst bis zu den Orafelsprüchen der delphischen Pythia zurückzugreifen. Als Reichskanzler Michaelis 1917 sein Wort „Freie Bahn dem Tüchtigen“ ausgesprochen hatte, erschien alsbald in einem Wizblatt ein Bild, wonach ein tüchtiger Bauer unter Berufung auf dieses Kanzlerwort freie Bahnhaftrahrt verlangte. Im Jahre 1919 versuchten die unabkömmligen Sozialdemokraten bei den welfisch gesinnten Bauern Niedersachsens damit Propaganda zu treiben, daß sie sich auf die nach ihrer Parteibezeichnung erstrebte „Unabhängigkeit“ beriesen.

Nach welcher Richtung soll nun ein möglicher Zwiespalt der Wortdeutung ausgelegt werden? Nun, nach der gesunden Volksauffassung und den Richtlinien der Führung. Das gleiche gilt, wenn das Gesetz bewußt die Entscheidung offenläßt und dem Richter freien Spielraum gibt. Dies Ermessen ist heute gebunden an die Grundwerte des nationalsozialistischen Staates, an das Rechtsgewissen des Volkes wie an die Richtlinien der Führung. Der Richter ist frei in der Bindung an sie. Wenn alle Richter innerlich völlig ausgerichtet sind auf den völkischen Führerstaat, dann kann der Richter ihr Ermessen weit ausgestalten. Dann brauchen wir keine Kasuistik mehr. Als Beispiel für diesen Wandel ist zu verweisen auf die Untreue nach § 266 StGB. Früher enthielt § 266 mannigfache Aufzählungen über Vormünder, Bevollmächtigte, Bräcker, Schauer usw. Die heutige Neufassung von 1933 stellt jeden Bruch eines Treueverhältnisses unter Strafe⁴⁾.

An einigen Beispielen soll nun gezeigt werden, wie heute nationalsozialistisches Rechtsdenken bei der Auslegung des Strafgesetzes nach richterlichem Ermessen angewendet werden kann.

⁴⁾ Vgl. dazu RG.: ZW. 1935, 941²⁶; Deutsche Justiz 1935, 300.

Am 8. Juni 1934 mußte das RG.⁵⁾ bei einem Betrugsfalle dazu Stellung nehmen, ob der Erschwerungsgrund „Schädigung des Volkswohls“ zutrifft. Es handelte sich um einen Fall, wo ein Arbeitsloser einen wohl nicht erheblichen Betrag an Krisenunterstützung für seine mehrköpfige Familie er schwindelt hatte. Das RG. erklärt anlässlich der Erörterung dieses Falles, das Volkswohl sei geschädigt, wenn das Unsehen von Einrichtungen, die der Allgemeinheit dienen, geschädigt sei.

Andere Entscheidungen können unsern vollen Beifall finden, da sie vom richterlichen Ermessen ganz im Sinne des nationalsozialistischen Staates Gebrauch machen. So hat das OG. (Jena⁶⁾) den von der Rechtsprechung für den Ehemann ausgesprochenen Grundsatz auf den Verlobten ausgedehnt, daß Zuhälterei vorliegt, wenn der Ehemann gewohnheitsmäßig duldet, daß seine Frau Gewerbsunzucht treibt. Es hat die sittliche Treupflicht des Verlobten und die sittliche Pflicht, der Unzucht des andern Teiles entgegenzutreten, zu einer Rechtspflicht erhoben und damit den nationalsozialistischen Grundsatz verwirklicht, daß sittliche und Rechtspflichten keine Gegensätze sind, sondern auch außerhalb der gesetzlichen Vorschriften weitgehend miteinander übereinstimmen.

Schließlich sei auch die Entscheidung des RG. v. 25. Okt. 1934 (RGSt. 68, 365 ff.) erwähnt. Außer ist eine Verurteilung aus § 174 Biff. 1 StGB. ausgeschlossen, wenn es sich um unzüchtige Handlungen zwischen leiblichen Eltern und ihren Kindern handelt. Im vorliegenden Fall hat der Angell. mit der unehelichen Tochter seiner Ehefrau unzüchtige Handlungen vorgenommen. Da er verfümt hat, die Echtheit dieses während der Ehe geborenen Kindes anzufechten, gilt es nach § 1591 BGB. als eheliches Kind des Angell. Das RG. sagt aber mit Recht, daß der Frieden einer Ehe und Familie, der sonst gegenüber der Störung durch ein Strafverfahren nach § 174 Schutz verdiente, hier wegfalle, weil die Frau dem Manne nicht die Treue gehalten habe. Es verurteilt darum entgegen der bürgerlich-rechtlichen Fiktion des § 159 k BGB. wegen unzüchtiger Handlungen zwischen Pflegevater und Pflegekind.

Ein weiteres Beispiel ist die bindende Anweisung des Führers in seiner Reichstagrede vom Juli 1934, bei Höhergestellten in der Strafumsetzung keine leichtere, sondern eine härtere Strafe auszuwählen, ein Gedanke, der dem nationalsozialistischen Grundsatz entspricht, daß mit höheren Rechten auch eine erhöhte Verantwortlichkeit verbunden ist.

Die mitgeteilten Beispiele lassen sich aus der Praxis heraus beliebig vermehren. Sie sollen zeigen, daß der Strafrichter schon heute Möglichkeit und Pflicht hat, bei der Gesetzesauslegung nationalsozialistisches Rechtsdenken anzuwenden.

IV. Gesetzesanalogie

Wir können aber noch einen Schritt weiter gehen. Der Buchstabe des Gesetzes ist uns keine Grenze, sein Zweck ist entscheidend. Was im bürgerlichen und öffentlichen Recht längst anerkannt ist, scheiterte im Strafrecht an der formalistischen Anwendung des Grundsatzes „Nulla poena sine lege“. Auch im Strafrecht darf aber schon heute der Richter nicht mehr an dem Wortlaut des Gesetzes haften, sondern er muß nach seinem Zweck entscheiden. Dieser Zweck ist aus der gesunden Volksanschauung und den Kundmachungen der Führung zu ermitteln. Ein Anwendungsfall dieses Grundsatzes ist dann die Zulassung der sog. Gesetzesanalogie nach allen Richtungen hin, also die Befreiung des strafrechtlichen Analogieverboten. Ein bestimmter Tatbestand ist auf einen ähnlichen gesetzlich nicht geregelten Fall ohne weiteres schon heute anzuwenden, zugunsten wie auch zu Lasten des Rechtsbrechers.

⁵⁾ RGSt. 68, 218 ff. = ZW. 1934, 2147¹⁷ mit Bem. von Schaffstein.

⁶⁾ HöchstrRspr. 1935 Nr. 216.

Wir brauchen also nicht abzuwarten, bis die gleichlautenden Vorschläge der amtlichen Strafrechtskommission⁹⁾ zum Gesetz erhoben werden. Diese Gesetzesanalogie führt uns vom toten Buchstaben unmittelbar zur lebendigen Wirklichkeit hin. Denn der maßgebliche Zweck des Gesetzes ist nicht der Wille des historischen Geschöpfers, sondern der lebendig fortentwickelte Wille des heutigen Geschöpfers. Diese Unterscheidung zwingt zur Bekämpfung des bisweilen von Praxis und Rechtslehre betriebenen Motiven- und Präjudizienkultus. Sie ist gerade im neuen Staate bei der Anwendung der alten Gesetze sehr wichtig. Wir können nicht annehmen, daß die Führung Gesetze bestehen lassen würde, wenn diese in einem liberalen Geiste von 1870 oder 1879 ausgelegt werden müßten. Der Umstand, daß solche Gesetze heute noch aufrechterhalten sind, beweist vielmehr, daß diese Gesetze sich innerlich gewandelt haben und daß es möglich ist, den neuen Geist in sie hineinzu tragen. Gerade der Führergrundzatz verlangt, daß nach dem Willen des heutigen Geschöpfers gehandelt wird. Daraus folgt ohne weiteres, daß die Rechtsanwendung über die Grenzen der an den möglichen Wortlaut gebundenen Auslegung hinausgreifen und die Gesetzesanalogie mitumfassen muß.

Die Loslösung vom Wortlaut des Gesetzes ist auch keine Verleugnung des § 1 OG. Sie ist nur eine Beschränkung der Gesetzesbindung auf den im heutigen Staate allein möglichen Sinn. Die Bindung des Strafrichters an das Gesetz ist eine solche an seinen Geist und Zweck. Hat der frühere Gesetzesgeber die Worte nicht erschöpfend bestimmt oder ist die Entwicklung über die früheren Anschaufungen hinweg gegangen, so muß der Richter dem Gesetzesgeber helfen, er darf nicht gegen die Führung durch blinden Gesetzeskult Sabotage treiben. Er kann über die Grenzen des formellen Unrechts hinweg zur Feststellung des materiellen Unrechts fortschreiten und kann so eine der materiellen Gerechtigkeit wie der Volkssicherheit entsprechende Entscheidung fällen.

Die Erkenntnis, daß der Gesetzesbuchstabe im heutigen Strafrecht nicht die letzte Grenze für die Macht des Richters ist, hat sich seit dem 30. Jan. 1933 in der deutschen Strafrechtswissenschaft schnell Bahn gebrochen. Vorher war sie nur von Exner und gelegentlich von Binding literarisch verfochten¹⁰⁾. Sie kann heute als die herrschende Meinung bezeichnet werden¹¹⁾. Dies Entscheiden nach dem vernünftigen Sinn und Zweck des Gesetzes entspricht im übrigen auch dem, was viele Richter — ohne an weltanschauliche Grundsätze zu denken — in den unteren Instanzen schon früher durchgeführt haben. Namentlich die Richter an ländlichen AG. haben häufig über die Paragraphen hinweg vernünftiges Recht gefunden, das dem Denken und Fühlen des Volkes angepaßt war. Auch das OG. hat gelegentlich Entscheidungen gefällt, die mit dem Wortlaut eines Tatbestandes schlechterdings nicht mehr zu vereinigen sind, aber dem Zweck des Gesetzes entsprechen. Hierher kann man die frühere Stellungnahme zur Untreue des Bevollmächtigten in solchen Fällen rechnen, wo gar kein Vollmachtenverhältnis, sondern nur ein tatsächliches Treueverhältnis vorlag, etwa in dem Fall, wo ein ungültiger Anstellungsvortrag bestand. Auf der andern Seite aber hat das OG. den Vorstand einer Sparkassenverwaltung (OGSt. 24, 109 ff.), die Mitglieder eines Gläubigerausschusses (OGSt. 39, 87), den familienrechtlichen Beistand (OGSt. 35, 338 f.) von der Anklage der Untreue freigesprochen, weil diese nicht zum Kreise der in § 266 StGB. aufgeführten Personen gehörten. Den Beistand dem Vormund gleichzubehandeln, konnte sich das OG. angesichts des Analogieverbots nicht entschließen. Dem OG. ist es aus begreiflichen, in den liberalistischen Zeitan schauungen liegenden Gründen nicht gelungen, sich grundsätzlich von der Herrschaft des Gesetzeswortlauts zu lösen. So hat es auch (OGSt. 11, 208 ff. u. a.) schweren Diebstahl im Sinne des § 243 Ziff. 2 abgelehnt in

⁹⁾ Vgl. Görtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Allg. Teil, S. 132.

¹⁰⁾ Exner, Gerechtigkeit u. Richteramt, 1922; Binding, Handbuch S. 28.

¹¹⁾ Neueste Zusammenstellung d. Schriftums bei V. Ackermann, Das Analogieverbot, Strafr. Abh. Heft 348, 1934, S. 23 ff.

Fällen, wo der Dieb eine verschlossene Geldkassette nicht in einem Gebäude erbrochen, sondern mit sich genommen und erst auf freiem Felde geöffnet hatte. Auch hier verlangt der Zweck des Gesetzes Bestrafung wegen schweren Diebstahls.

Selbst in nationalsozialistischer Zeit hat sich das OG. nicht immer von dem Wortlaut des Gesetzes freimachen können. Da ist vor allem an das häufig erörterte Urteil vom 18. Dez. 1933 über die missbräuchliche Benutzung von Münzensprechautomaten mit Selbstanschlußbetrieb zu denken¹²⁾. Die Angell. hatten hier Münzensprechautomaten durch Benutzung von veränderten Zweipfennigmünzen in Tätigkeit gesetzt. Das OG. hat hier — m. E. zutreffend — Betrug abgelehnt, weil beim Selbstanschlußbetrieb niemand getäuscht werden kann. Es hat aber auch die Anwendung des Gesetzes über Elektrizitätsdiebstahl abgelehnt, weil der Strom nicht „mittels eines Leiters“ entwendet worden sei. Vielmehr hätten die Angell. nur eine Sperrvorrichtung beseitigt und sich dadurch Zutritt zum Stromkreis verschafft. Dem Wortlaut des Gesetzes nach hat das OG. recht; denn die Angell. haben nicht Strom auf ordnungswidrige Weise abgezapft. Aber dabei durfte das OG. nicht stehenbleiben. Es hat zwar liebvolle seine früheren Entscheidungen auf ähnlichem Gebiete zitiert, sich also an seinen Präjudizien erbaut. Über die Weltfremdheit seiner Entscheidung hat es sich aber anscheinend keine Gedanken gemacht. Wenn das OG. vor 1900 in seinen Urteilen über Diebstahl elektrischer Energie am Wortlaut des Diebstahlsparagraphen hängen blieb und damit den Gesetzesgeber zum Erlass eines Sondergesetzes nötigte, so ist das aus dem Geist der positivistischen Zeit heraus verständlich. Im Jahre 1933 hätte das OG. aber bei solchen Erwägungen nicht stehenbleiben dürfen. Das Gesetz v. 9. April 1900 will nicht technische Methoden, also die Stromentziehung mittels eines Leiters unter strafrechtlichen Schutz stellen. Sondern es will die elektrische Energie gegen missbräuchliche Benutzung sichern. Wie diese entzogen wird, ist für den unverbildeten Laien wie für den Richter, der im Geiste des neuen Staates entscheidet, gleichgültig. Den neuen Methoden der Technik wie des Verbrechens hat sich die Rechtsanwendung anzupassen. Darum hat die Entscheidung des OG. mit Recht allenthalben Widerspruch gefunden, neuerdings auch, wie ich höre, in einem Urteil des OVG. Kiel.

Sodann sind aus der älteren Rechtsprechung des OG. einige Hehlerfälle zu erwähnen. Z. B. lehnt das OG. Hehlerlei ab, wenn der Dieb die gestohlene Sache eintauscht und den eingetauschten Gegenstand an einen anderen weiter gibt¹³⁾. Hehler ist also nur, wer unmittelbar den gestohlenen Hundertmarkschein nimmt. Hehlerlei entfällt dagegen vom Standpunkt des OG. aus, wenn der Dieb auf der Bank den 100-Markschein in zwei 50-Markscheine umwechselt und diese dann dem andern gibt. Hehlerlei wird auch abgelehnt, wenn der Dieb die gestohlene Sache verarbeitet und dann das ganze Machwerk weiterverschiebt¹⁴⁾.

Solche Entscheidungen können wir einem Laien ebenso wenig verständlich machen wie etwa folgende Entscheidung zur Urkundenfälschung. Das OG.¹⁵⁾ hat es abgelehnt, eine Urkundenabschrift unter den Tatbestand der Urkundenfälschung zu bringen, auch wenn die Abschrift im Rechtsleben völlig die Funktion der Urkunde übernimmt. Das gilt etwa dann, wenn jemand bei der Stellenbewerbung eine angebliche Abschrift von einem nicht existierenden Zeugnis vorlegt.

Die Rechtsprechung des OG. hat neuerdings eine Fortsetzung gefunden in einem Urteil des OVG. Dresden¹⁶⁾. Ein Angekl. hatte eine falsche Quittung hergestellt. Diese hat er

¹²⁾ OGSt. 68, 65 ff. = JW. 1934, 1241 ff. Vgl. dazu Carl Schmitt: DJB. 1934, 693; Maßke: JW. 1934, 1609 ff.; Krug: Deutsche Justiz 1934, 535; Siegert: Der junge Rechtsgelehrte 1934, 305 ff.; Dageförde: Jugend u. Recht 1934, 92; M.: Deutsches Recht 1934, 221; V. Ackermann: Strafr. Abh. 348, 30 ff.

¹³⁾ Vgl. OGSt. 39, 236 u. a.

¹⁴⁾ OGSt. 57, 159. Dagegen mit Recht V. Ackermann: Strafr. Abh. 348 S. 30.

¹⁵⁾ OGSt. 26, 270. Dagegen meine Strafrechtsgrundzüge S. 22.

¹⁶⁾ Urt. v. 16. Mai 1934; Deutsche Justiz 1934, 1352.

photographiert und vergrößert, dann die Quittung vernichtet und das Lichtbild an Stelle des Originals vorgelegt, um eine Zahlung vorzutäuschen. Dresden hat hier entgegen der Vorinstanz Urkundenfälschung verneint, weil die Reproduktion nicht selbst die Urkunde sei. Auch hier aber ist nach dem Zweck des Tatbestandes zu fragen. Geschützt soll werden Treu und Glauben im Rechtsverkehr in bezug auf verkörperte Willenserklärungen. Wenn wie hier das Lichtbild selbst das Ziel der Herstellung ist und das „Original“ nur Mittel zu diesem Zweck ist, ist m. E. überhaupt kein Zweifel gegen die Annahme einer Urkundenfälschung möglich. Aber selbst diese Einschränkung ist nicht nötig. Ein Lichtbild von einer Beweisurkunde kann im Rechtsverkehr sehr wohl die Funktion der Urkunde selbst übernehmen. Dresden hätte also m. E. verurteilen müssen.

Als vorbildlich ist umgelehrt folgende Entscheidung zu bezeichnen. Ein Landwirt hatte die 1920 übernommene väterliche Landwirtschaft durch liederlichen Lebenswandel so heruntergewirtschaftet, daß er im Jahre 1932 beim Osthilfekommissar die Einleitung eines Sicherungsverfahrens beantragten mußte. Das OG. Liegnitz¹⁷⁾ hat ihn wegen Übertretung des § 361 Ziff. 5 StGB. bestraft und außerdem ins Arbeitshaus eingewiesen, obwohl bei Schaffung des § 361 Ziff. 5 an sich an die Notwendigkeit von Armenunterstützung u. dgl. gedacht war. Aber der Zweck der Bestimmung trifft hier zu, weil der Angestellte durch seine Liederlichkeit das Eingreifen fremder Stellen zur Unterhaltung seiner Familie notwendig gemacht hat und weil durch das Sicherungsverfahren mittelbar die Gelder der Gläubiger diesem Zwecke dienstbar gemacht worden sind.

Alle diese Fälle zeigen, wie die Umstellung des Rechtsdenkens in den Einzelfall hineingreift. Dem neuen Denken stand nach der bisherigen Auffassung das strafrechtliche Analogieverbot entgegen. § 2 bestimmt aber nur die Bindung des Richters an das Strafgesetz und seinen lebendig fortentwickelten Geist. Nur eine liberalistisch-positivistische Zeit konnte daraus eine Bindung an den toten Buchstaben machen. Mit der Änderung der alten Geisteshaltung hat darum auch § 2 sein Gesicht geändert¹⁸⁾. Er bedeutet als ein im nationalsozialistischen Staate aufrechterhaltenes Gesetz eine Bindung des Richters an den Geist und Zweck des Gesetzes im Rahmen des Rechtsgewissens des Volkes und der Richtlinien der Führung. Gesetzesanalogie ist also Verwirklichung der Grundsätze des völkischen Führerstaates. — Wir kehren außerdem damit zur Einheit auf allen Rechtsgebieten zurück, denn das blinde Analogieverbot war eine strafrechtliche Sonderregel. — Wir knüpfen mit der Beseitigung des Analogieverbots zugleich an gesunde Traditionen unserer Rechtsgeschichte an. Denn bis zur Aufklärung war dem Richter die Analogie gestattet, insbesondere war auch nach der Carolina Analogie möglich. Die im gemeinen Recht zutage getretene Willkür wird heute dadurch vermieden, daß der Richter nicht nach willkürlichen Ermessen entscheidet, sondern an den Volksgeist und die Richtlinien der Führung gebunden ist.

V. Rechtsanalogie

Mit der Anerkennung der Gesetzesanalogie ist die Grenze richterlicher Freiheit im heutigen Rechtsleben erreicht. Wir haben nur zu prüfen, ob dem Richter künftig eine noch weitergehende Freiheit eingeräumt werden soll. Soll dem Strafrichter die Rechtsanalogie zugewiesen werden, d. h. darf er künftig einen nicht in einem ähnlichen Tatbestand verkörpernten, aber der gesamten Rechtsordnung innenwohnenden Gedanken zum Anlaß einer Bestrafung nehmen? Das würde an sich nationalsozialistischem Rechtsdenken entsprechen. Denn so könnten das Rechtsgewissen des Volkes und die Richtlinien der Führung auch außerhalb der Gesetze voll zur Geltung kommen. Im Unterschied zur Gesetzesanalogie ist aber bei der Rechtsanalogie der konkrete Wille der Führung nicht

¹⁷⁾ Deutsche Justiz 1935, 231.

¹⁸⁾ Wegen der Ausgestaltung des § 2 im kommenden Strafrecht vgl. Gürtnert, Das kommende deutsche Strafrecht S. 128 ff. und meine Kritik dazu in Deutsches Strafrecht 1934, 876 ff.

klar ersichtlich. Zunächst haben noch nicht alle Richter einen so festen nationalsozialistischen Halt in sich, daß sie restlos der Führung nachleben könnten. Außerdem aber ist die nationalsozialistische Weltanschauung so umfassend, daß es über Art und Maß des Handelns häufig verschiedene Deutungsmöglichkeiten gibt. Wir brauchen aber im völkischen Führerstaat eine klare Linie. Darum ist die Festsetzung dessen, was strafwürdig ist, m. E. aus dem Führergedanken heraus eindeutig der obersten Führung vorzubehalten. Ob und in welchem Umfang etwa der Kasseverrat bestraft wird, darf nicht ein beliebiger Amtsrichter bestimmen. Auch die Einführung der zahlreichen sonstigen in der preußischen Denkschrift vom Herbst 1933 vorgeschlagenen Tatbestände darf nicht ein beliebiger Richter im Einzelfall vornehmen; das ist vielmehr Aufgabe der Führung. — Man wird nun vielleicht einwenden, daß dann jemand straflos ausgeht, der in bisher strafrechtlich nicht erfaßter Weise gegen die Lebensbedürfnisse des Volkes verstößt und daß man so den ersten neuartigen Verstoß gegen die völkische Lebensordnung nicht fassen könne. Das stimmt aber nicht. Denn hier kann die Führung durch ein Strafgesetz nachträglich Abhilfe schaffen, indem sie der neuen Strafbestimmung wie bei der lex van der Lubbe rückwirkende Kraft verleiht. So ist einerseits für die gerechte Erfassung des Einzelfalles gesorgt, andererseits die gesunde Arbeitsteilung zwischen Richter und Gesetzgeber aufrechterhalten.

So kommen wir zu dem Ergebnis, daß im künftigen Strafgesetz eine grundsätzliche Umstellung gegenüber der heutigen richtigen nationalsozialistischen Rechtsanwendung nicht nötig ist. Was kommt nun, ist eine Verstärkung des richterlichen Ermessens durch Ausweitung der gesetzlichen Tatbestände. Hierin liegt die große Aufgabe, aber auch die große Schwierigkeit der Strafrechtsreform. Mehr und mehr kann dann der Richter innerhalb der gesetzlichen Rahmen bleiben und wird der Hilfe der Gesetzesanalogie mehr und mehr entbehren können. Andererseits wird auch die Führung, wenn die Gesetze schon weite Fassungen haben, nur selten das Bedürfnis empfinden, neue Gesetze mit rückwirkender Kraft zu verfehren.

Nun hat Freisler¹⁹⁾ in dem mehrfach erwähnten Aufsatz einen noch weitergehenden Vorschlag gemacht. Er geht wie wir aus von dem Gedanken, daß das formale Recht durch die materielle Gerechtigkeit und die Volksicherheit überwunden werden muß. Er bekämpft den Gedanken, daß die Strafbarkeit sich in den einzelnen Tatbeständen erschöpft, und will den Geboten der völkischen Sittenordnung Achtung verschaffen. Die Erreichung dieses Ziels hält er auf dem Wege der Analogie schlecht für erreichbar. Darum schlägt er die Schaffung eines zentralen Tatbestandes vor. Dieser soll aussprechen: die Strafbarkeit des Verhaltens richtet sich danach, ob die Willensrichtung des vor dem Richter Stehenden schuldhaft dem entgegengesetzt war und dem sich entgegengesetzt betätigt hat, was die Volksgemeinschaft von einem ordentlichen Volksgenossen verlangt. Grundlage für die Bestrafung soll die verworfsliche Volkspflichtwidrigkeit des Verhaltens des betr. Volksgenossen sein. So würde die völkische Sittlichkeit als Grundlage des Rechtes ausdrücklich anerkannt. Aus diesem zentralen Tatbestande sollen sich alle andern gesetzlichen Tatbestände kristallisieren. Der Richter soll dann folgendemmaßen entscheiden: Wenn ein Verhalten unter einen der besonderen gesetzlichen Tatbestände fällt, so soll der Richter nach diesem entscheiden. Wenn das nicht zutrifft, soll er unmittelbar prüfen, ob der Täter mit seiner Tat gegen den zentralen Tatbestand, d. h. gegen die Gebote der völkischen Sittenordnung verstößt. — Dann hat er weiter zu überlegen, ob dieser Verstoß einen solchen Grad erreicht hat, daß die Grenze des Strafbarbaren überschritten ist. Anhaltspunkte dafür sollen aus einem Vergleich mit ähnlichen Tatbeständen gefunden werden. — Den Unterschied zur Analogie erblidet Freisler darin: Bei der Analogie geht der Richter von einem gesetzlichen Tatbestande aus, bei seinem Vorschlage geht er vom zentralen Tatbestande aus und ent-

¹⁹⁾ Vgl. oben Num. 1.

nimmt aus den Sondertatbeständen des Gesetzes nur die Feststellung von Strafvürdigkeit und Strafummaffungsebene. Dem Grundgedanken von Freisler möchte ich in vollem Umfange zustimmen. Gegen den praktischen Vorschlag möchte ich allerdings eine Einwendung erheben, die bereits gegenüber der Rechtsanalogie vorgebracht wurde. Die menschliche Unvollkommenheit und Verschiedenartigkeit macht in C. die durch den zentralen Tatbestand dem Richter auferlegte Verantwortung zu schwer. Der Gedanke der Führung, der Rechtseinheit und Volkssicherheit zwingen uns vielmehr, bis zu einem gewissen Grade auf die Durchführung des hohen Freisler vorschwebenden Ideals der absoluten materiellen Gerechtigkeit bewußt zu verzichten. Ich bin darum der Ansicht, daß wir auf den zentralen Tatbestand als besonderen Fall der Strafbegründung verzichten müssen. Dieser zentrale Tatbestand muß aber Richtungweisend für den Gesetzgeber sein. Er muß seiner den Richter im Rahmen der Gesetzesanwendung und der Gesetzesanalogie leiten. Darin liegt seine hohe Bedeutung, darin liegt aber auch seine Grenze.

VI. Ausblick

Es gilt nun aber, worauf Freisler ebenfalls hinweist, dafür zu sorgen, daß die Ausweitung des richterlichen Ermessens nicht in verfahrensrechtlichen Schranken erstrik wird. Im Bericht der amtlichen Strafrechtskommission (S. 134) hat Schäfer, um die Einführung der Analogie zu erleichtern, den Vorschlag gemacht, daß die Anwendung der Analogie einen besonderen Revisionsgrund bilden sollte und der Fall dann einem hohen oder dem höchsten Gericht zur Entscheidung vorgelegt werden solle. Dagegen ist aber zu sagen, daß so gegen die Durchsetzung der neuen Gedanken schwere Hindernisse

aufgetürmt werden würden²⁰⁾. Der Instanzrichter hat das auch nicht ganz unberechtigte Bestreben, seine auf der Erforschung des Sachverhalts beruhenden Entscheidungen vor den Angriffen einer Revision zu sichern, sie „revisions sicher“ zu machen. Wenn nun bei Analogieentscheidungen besondere Revisionsvorschriften kommen, wird er die Analogie nach Möglichkeit vermeiden. Die Analogieentscheidung darf aber nicht mehr und nicht weniger als ein anderes Urteil der Revision unterworfen werden; denn sie bedeutet im heutigen Staate keine Ausnahme, sondern eine Anwendung von allgemeinen Grundsätzen.

In diesem Rahmen wird der nationalsozialistische Strafrichter, frei in der Bindung an die Grundwerte unseres Staates, in der Zukunft eine stärkere Stellung einnehmen als bisher. Er hat als Unterführer auf dem Gebiete der Rechtspflege die Richtlinien der obersten Führung zu verwirklichen. Im Gegensatz zur Weimarer Zeit, die ihn bestimmt und maßregelte, weiß er sich eins mit der Staatsführung. Im Gegensatz zu früher, wo er in Parlament und Presse in seiner Unabhängigkeit bedroht und beschimpft wurde, genießt er heute das ihm zukommende Vertrauen als Garant der Lebensordnung des Volkes. Mit der Steigerung der Staatsautorität ist auch die Bedeutung des Strafrichters gestiegen, da er die schwerste Waffe des Staates im Kampfe gegen die Volksfeinde zu führen hat. Die Verantwortung des Strafrichters ist um so größer, je mehr die Krücke des Gesetzbuchstabens verschwindet. Der Richter scheut aber diese Verantwortung nicht. Klare Wegweiser sind ihm das völkische Rechtsgewissen und der Wille des Führers.

²⁰⁾ Dagegen denn auch Freisler in dem erw. Aufsatz S. 25/26 und Siegert: Deutsches Strafrecht 1934, 384.

Gehört die sachliche Zuständigkeit zu den Prozeßvoraussetzungen?

Von Generalstaatsanwalt Dr. Alfred Weber, Dresden
Mitglied der Reichs-Strafprozeßkommission

Die Frage, ob die sachliche Zuständigkeit zu den Prozeßvoraussetzungen rechnet, ist nicht nur für die Rechtslehre wichtig, sondern auch für die Rechtsanwendung von größter Tragweite. Man kann die aufgeworfene Frage nicht behandeln, ehe man nicht die keineswegs eindeutigen Begriffe, aus denen sie sich zusammensetzt, festgelegt hat. Eine abschließende Untersuchung des Begriffes der „Prozeßvoraussetzung“ steht noch aus. Obwohl Bülow schon im Jahre 1868 auf gewisse prozeßrechtliche Erscheinungen als „Prozeßvoraussetzungen“ hingewiesen hat, hat es noch sehr langer Zeit bedurft, ehe sie in der Praxis und in der Rechtsprechung gebührende Beachtung gefunden haben. Im Schrifttum hat man zwar im letzten Jahrzehnt die Bedeutung der Verfahrensvoraussetzungen erkannt und erörtert, aber zu einer einheitlichen Auffassung ist es noch nicht gekommen. Die Rechtslehre hat die verschiedensten Bezeichnungen aufgestellt, indem sie bald von positiven oder negativen Prozeßvoraussetzungen oder Prozeßhindernissen, bald von Klage-, Urteils-, Sachentscheidungs- oder Sachurteils-, bald von Prozeßabschnittsvoraussetzungen und Prozeßhandlungsvoraussetzungen spricht. Die Verwirrung, die sich auf diesem Gebiete befindet, ist hierdurch nur größer geworden. Es kann nicht die Aufgabe dieser Zeilen sein, zu diesem Streite der Lehrmeinungen Stellung zu nehmen. Zum Verständnis der weiteren Ausführungen muß aber vorausgeschickt werden, daß sie unter Prozeß- oder Verfahrensvoraussetzungen die prozeßualen Bedingungen verstehen, die für die Zulässigkeit des Verfahrens in Frage kommen. Wird das ganze Strafverfahren hinfällig, sobald es an einer bestimmten Prozeßvoraussetzung fehlt, so ist klar, daß auch einzelne Prozeßvorgänge durch diesen Mangel gegenstandslos oder hinfällig werden. Im Gegensatz zu diesen Prozeßvoraussetzungen stehen die Urteilsvoraussetzungen, bei denen sich

jener Mangel nur auf den betreffenden Prozeßabschnitt auswirkt, demgemäß dem Erlaß eines Sachurteils entgegensteht.

Die „sachliche Zuständigkeit“ ist insofern ein zweideutiger Begriff, als man dabei einmal die allgemeine Zuständigkeit der Strafgerichte ins Auge fassen kann. Diese „sachliche Zuständigkeit“ (der ordentlichen Gerichte) im weiteren Sinne, der die Sondergerichte, wie Militägericht, Volksgericht, früherer Staatsgerichtshof, gegenüberstehen, ist zu unterscheiden von der „sachlichen Zuständigkeit im engeren Sinne“. Diese regelt lediglich die Frage, inwieweit jedem der von der Gerichtsverfassung und der Strafprozeßordnung vorgesehenen ordentlichen Gericht eine Strafgewalt zusteht. Je nach dem man die sachliche Zuständigkeit in diesem oder jenem Sinne versteht, wird man bei Erörterung unserer Frage zu völlig verschiedenen Ergebnissen kommen. So ist es ohne weiteres einleuchtend, daß die sachliche Zuständigkeit im weiteren Sinne unter allen Umständen und zu jeder Zeit geprüft werden muß. Jeder Strafrichter muß es als eine unerlässliche Bedingung seiner amtlichen Tätigkeit ansehen, daß die ihm zur Erledigung obliegende Strafsache auch tatsächlich der Strafgewalt der ordentlichen Gerichte zugewiesen ist und nicht etwa vor ein Sondergericht gehört. Er muß dieser Frage in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen seine Aufmerksamkeit zuwenden und von einer Sachentscheidung absehen, sobald er die Zuständigkeit der ordentlichen Strafgerichte für nicht gegeben erachtet.

Anders liegt die Sache, wenn die sachliche Zuständigkeit im engeren Sinne in Frage steht. Welche Bedeutung dieser Art von sachlicher Zuständigkeit zukommt, erhellt aus den Vorschriften, die das Gesetz hierüber aufstellt.

In § 6 StPO. wird der allgemeine Grundsatz aufgestellt:

„Das Gericht hat seine sachliche Zuständigkeit in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen.“ § 269 StPO. enthält weiter den allgemeinen Satz, „dass sich das Gericht nicht für unzuständig erklären darf, weil die Sache vor ein Gericht niederer Ordnung gehöre“. Dieser Vorschrift entspricht, was § 270 StPO. über die Verweisung einer Strafsache an eine höhere Instanz sagt: „Stellt sich nach dem Ergebnis der Verhandlung die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat als eine solche dar, welche die Zuständigkeit des Gerichts überschreitet, so spricht es durch Beschluss seine Unzuständigkeit aus und verweist die Sache an das zuständige Gericht.“

Zwei weitere Vorschriften wollen die Beachtung jener allgemeinen Bestimmungen über die Zuständigkeit sichern. Während das Gericht des zweiten Rechtsgangs über Verfahrensmängel der Vorinstanz im allgemeinen hinweggehen kann, muss es nach § 328 StPO., wenn dieser Mangel in der Überschreitung der Zuständigkeitsgrenze besteht, ihm unter allen Umständen Rechnung tragen: „Hat das Gericht erster Instanz mit Unrecht seine Zuständigkeit angenommen, so hat das OG. unter Aufhebung des Urteils die Sache an das zuständige Gericht zu verweisen.“

Ähnlich legt § 338 Ziff. 4 StPO. Wert auf die Beobachtung der Zuständigkeit, da diese Vorschrift ein Urteil stets als auf einer Verlegung des Gesetzes beruhend ansieht, „wenn das Gericht seine Zuständigkeit mit Unrecht angenommen hat“. Wenn die §§ 328 Abs. 3, 338 Ziff. 4 StPO. nur die irrite Annahme der Zuständigkeit ins Auge fassen, nicht aber auch die irrite Verneinung der Zuständigkeit, so gründet das nach Löwe-Rosenberg, StPO., 19. Aufl., S. 887 unter 15, S. 925 unter 11 darin, daß die Verneinung der Zuständigkeit niemals durch ein Urteil, sondern immer nur durch Beschluss ausgesprochen werde. Dies trifft jedoch nur für den Regelfall zu.

Ob man die bezeichneten Gesetzesbestimmungen als bloße Verfahrensvorschriften zu werten hat oder als Prozeßvoraussetzungen, ist für das ganze Strafverfahren von erheblicher Bedeutung. Ständen nur Verfahrensvorschriften in Frage, so wäre ihre Verlegung mit den von der StPO. vorgesehenen Verfahrensrügen zu erfassen, demnach das RevG. gem. § 352 StPO. aber nur dann in der Lage, die Einhaltung der sachlichen Zuständigkeit nachzuprüfen, wenn eine entsprechende Revisionsrüge erhoben worden wäre. Dagegen würde die Anerkennung der sachlichen Zuständigkeit im engeren Sinne als eine Prozeßvoraussetzung bedeuten, daß es einer Rüge oder eines sonstigen Hinweises auf den Zuständigkeitsmangel nie bedürfe, daß vielmehr der Richter von sich aus während des ganzen Verfahrens die Beobachtung der Zuständigkeit ins Auge fassen muß.

Eine einheitliche Auffassung, ob die sachliche Zuständigkeit im engeren Sinne zu den Verfahrensvoraussetzungen gehört, besteht nicht. Im allgemeinen neigt man eher zu der Bejahung dieser Frage als zur Verneinung. Das OG. Dresden: JW. 1928, 2375⁶ hat sich auf den Standpunkt gestellt, das RevG. habe die Zuständigkeit jederzeit von Amts wegen zu prüfen. In derselben Richtung bewegt sich auch das unten S. 963¹¹ veröffentlichte neuere Urteil des OG. Dresden v. 21. Sept. 1934. Dem OG. Dresden steht zur Seite das OG. Hamburg: GoltdArch. 69, 336, das ebenfalls die Zuständigkeitsfrage zu den Prozeßvoraussetzungen zählt. Im Schrifttum steht Schwarz, StPO., Kurzkomm., 3. Aufl., S. 20, auf dem Standpunkte, daß bei der Berufung die höhere Instanz die Zuständigkeit der anderen stets nachzuprüfen habe, bei der Revision dagegen nur in den Schranken der §§ 338 Ziff. 4, 352 Abs. 1 StPO. Demnach muß Schwarz zu den Gegnern der Prozeßvoraussetzungstheorie gerechnet werden. Die Ansicht Detkers: JW. 1925, 2476 ist unklar. Detker spricht zwar hier von Prozeßvoraussetzungen; bei dem besprochenen Falle kam aber nur die sachliche Zuständigkeit im weiteren Sinne in Betracht. In den von Detker: JW. 1928, 2262 besprochenen Falle handelt es sich um die sachliche Zuständigkeit im engeren Sinne. Hier erklärt Detker, daß sich § 338 Ziff. 4 StPO. auf eine Prozeßvoraussetzung, die anderen Ziffern dieses Paragraphen

dagegen auf Urteilsvoraussetzungen beziehen. Einen ähnlichen Inhalt hat die Besprechung Detkers zu dem Urteil: JW. 1933, 950⁵ = RGSt. 67, 57.

Das erwähnte neuere — nur im Ergebnis zutreffende — Urteil des OG. Dresden nimmt zwar nicht auf § 6 StPO. Bezug; seine Ausführungen lassen aber erkennen, daß die Entscheidung auf diese Gesetzesbestimmung gestützt ist. Das OG. sieht die sachliche Zuständigkeit als eine Prozeßvoraussetzung an und meint, daß diese „in jeder Lage des Verfahrens, insbes. auch vom RevG., von Amts wegen für alle Instanzen zu prüfen sei“. Ich habe schon bei Besprechung der früheren Entscheidung des OG. Dresden diesen Standpunkt bekämpft. Die neue Entscheidung bringt in keiner Weise eine Widerlegung meiner früher geltend gemachten Bedenken.

Die wenigen Gesetzesbestimmungen, die die sachliche Zuständigkeit behandeln, zeigen, daß der Gesetzgeber keinen Wert darauf gelegt hat, daß immer nur der rechte Richter die Entscheidung falle. Ähnlich wie § 20 StPO. erklärt, daß einzelne Untersuchungshandlungen eines unzuständigen Gerichts nicht schon dieser Unzuständigkeit wegen ungültig seien, wird in § 269 StPO. bestimmt, daß sich kein Gericht deshalb für unzuständig erklären dürfe, weil die Sache vor ein Gericht niederer Ordnung gehöre. Der Gesetzgeber geht demnach davon aus, daß zwar die wichtigeren Sachen von dem besser besetzten Gericht erledigt werden sollen, daß es aber keineswegs schade, wenn auch eine unwichtige Sache einmal von dem höheren Gericht entschieden werde. Die sachliche Zuständigkeit für die Entscheidung in schweren Fällen soll demnach immer die Zuständigkeit für die Entscheidung in Fällen minderer Bedeutung in sich schließen. § 269 StPO. schlägt selbst dann ein, wenn etwa von dem unteren Gericht eine Sache zu Unrecht an ein oberes verwiesen worden ist (vgl. RGsPr. 7, 641; RGSt. 16, 39; 44, 392). Dies gilt sogar dann, wenn der Verweisungsbeschluß nach § 270 StPO. nicht formgerecht zustande gekommen ist (RGSt. 62, 265). Wenn § 270 StPO. dem Gericht die Pflicht der Verweisung an die höhere Instanz auferlegt, sobald die angellagte Tat sich als eine solche darstellt, welche die Zuständigkeit des Gerichts überschreitet, so kommt dabei noch die Einschränkung in Betracht, daß eine strafbare Handlung überhaupt als vorliegend erachtet wird. Ist dies nicht der Fall, so wäre ja auch der Erlass eines die Wirkung eines Eröffnungsbeschlusses nach sich ziehenden Verweisungsbeschusses zwecklos (RGSt. 41, 408). § 328 Abs. 3 StPO. schlägt ein, wenn das Gericht des ersten Rechtszuges sich irrt eine höhere Zuständigkeit angemahnt hat, als ihm zukam, sei es, daß seine Unzuständigkeit von vornherein feststand, sei es, daß sich diese erst durch die Verneinaufnahme des zweiten Rechtszuges ergab (RGSt. 6, 309, 315) und die zweite Instanz daher als Gericht des ersten Rechtszuges zu entscheiden hatte (RGSt. 41, 112). Wie § 328 Abs. 3 StPO. sich auf die Vorinstanz bezieht, so spielt auch bei § 338 Ziff. 4 StPO. nur die Zuständigkeit des zuletzt erkennenden Gerichts eine Rolle. In beiden Fällen muß das Urteil des Borderrichters angefochten werden sein, wenn sich das Gericht der höheren Instanz mit der Nachprüfung der Zuständigkeit des Borderrichters befassen will. Bei § 338 Ziff. 4 StPO. ist außerdem noch notwendig, daß die dem Borderrichter angeblich mangelnde Zuständigkeit ausdrücklich zum Gegenstand einer Revisionsrüge gemacht worden ist.

Der Gesetzesinhalt legt mithin klar, daß für jeden Rechtsgang die Nachprüfung der Zuständigkeit besonders geregelt worden ist. Demnach erscheint schon deshalb die Annahme gerechtfertigt, daß für jeden Prozeßabschnitt die sachliche Zuständigkeit als eine Urteilsvoraussetzung anzusehen ist, daß dagegen von der Zuständigkeit als einer Verfahrensvoraussetzung nicht die Rede sein kann. Wenn schon die StPO. „Prozeßvoraussetzungen“ als solche nicht kennt, so ist doch aus dem Zusammenhang ihrer Bestimmungen zu entnehmen, daß tatsächlich derartige Prozeßerscheinungen dem Gesetzgeber vorgeschwebt haben. Er hat eben nur davon abgesehen, sie in besondere Gesetzesformen zu gießen. Wäre die — gleichgültig, ob ausgesprochene oder unausgesprochene — Absicht des Gesetzgebers dahin gegangen, daß die sachliche Zuständigkeit

immer, und zwar in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen beachtet werden sollte, so hätte es der Aufnahme der oben bezeichneten Gesetzesbestimmungen überhaupt nicht bedurft. Die Annahme, daß die sachliche Zuständigkeit im engeren Sinne eine Prozeßvoraussetzung darstelle, widerspricht dem vorliegenden Gesetzesinhalt. Als Prozeßvoraussetzung müßte der Mangel der sachlichen Zuständigkeit, beispielsweise in der Revisionsinstanz, stets beachtet werden, während im Hinblick auf §§ 344, 352 StPO. wie andere Verfahrensrügen, so auch die Rüge der fehlenden Zuständigkeit vom RevG. tatsächlich nur dann beachtet werden darf, wenn sie in gesetzlicher Form erhoben und begründet worden ist. Hinzu kommt, daß unbestrittenmaßen der Mangel einer das ganze Verfahren betreffenden Voraussetzung, soweit er nicht etwa noch in der Revisionsinstanz behoben werden kann (z. B. Nachholen eines bisher nicht gestellten Strafantrages), immer dahinführt, daß das im Gange befindliche Verfahren eingestellt wird. Die StPO. sieht die Möglichkeit einer derartigen „Einstellung“ nirgends vor; vielmehr erhält aus § 270 wie aus § 328 Abs. 3 StPO., daß, sobald sich der Mangel der sachlichen Zuständigkeit ergibt, lediglich eine Verweisung an das zuständige Gericht zu erfolgen hat. Auch § 338 Ziff. 4 StPO. führt, wenn die hier behandelte Revisionsrüge als begründet erachtet wird, nur zu einer Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache, niemals aber zu einer Einstellung des Verfahrens. RGSt. 59, 36 erklärt zutreffend, daß eine „Einstellung“ zwar Platz greifen müsse, wenn irrigweise nicht vor dem Sondergericht verhandelt worden ist — weil eben hier tatsächlich eine „Prozeßvoraussetzung“ in Frage steht —, daß aber § 270 StPO. Platz greife, wenn nur die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte untereinander in Frage komme.

Wenn das OVG. Dresden seine Annahme, die sachliche Zuständigkeit sei in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen, auf § 6 StPO. stützt, so über sieht es hierbei, daß diese Gesetzesbestimmung in Wahrheit dem Gericht keineswegs aufgibt, in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen die sachliche Zuständigkeit zu prüfen; der Gesetzeswortlaut ist vielmehr folgender: „Das Gericht hat seine sachliche Zuständigkeit... von Amts wegen zu prüfen.“ Der Grundfehler der Auffassung, wonach die sachliche Zuständigkeit eine „Prozeßvoraussetzung“ bilde, liegt darin, daß die Einschränkung, die § 6 StPO. durch das Wort „seine“ zeigt, nicht beachtet wird. Auch im Erläuterungswerk von Löwe-Rosenberg, das sich in der 19. Aufl. mit der hier erörterten Frage eingehend auseinander setzt, tritt diese irrite Auffassung des Inhalts und der Tragweite des § 6 StPO. zutage. Hier wird zu § 6 StPO. (S. 79) ausgeführt, daß der hier bekämpften Ansicht nicht bloß der Wortlaut des Paragraphen „in jeder Lage des Verfahrens“, sondern auch das praktische Bedürfnis entgegenstehe. Daß das Gericht in Wahrheit keineswegs die Zuständigkeit „in jeder Lage“ zu beachten, sondern immer nur „seine Zuständigkeit“ zu prüfen habe, ist schon ausgeführt und ist aus dem insoweit völlig klaren und eindeutigen Wortlaut des Gesetzes zu entnehmen. Es ist aber auch unzutreffend, daß das praktische Bedürfnis der hier bekämpften Meinung entgegenstehe; denn das Gesetz hat, wie dargetan, für jeden Prozeßabschnitt die Frage besonders geregelt, was zu tun sei, wenn sich der Mangel der sachlichen Zuständigkeit herausstellt. Löwe-Rosenberg wenden sich auch ausdrücklich gegen meine Ausführungen in JW. 1928, 2376, wonach die sachliche Zuständigkeit immer nur „für den einzelnen Prozeßabschnitt“ Bedeutung haben soll. Es ist schwer verständlich, wie dabei gesagt werden konnte, nach dieser Ansicht müßte das RevG. ein Todesurteil bestätigen, daß ein Einzelrichter unter Überschreitung seiner amtlichen Zuständigkeit gefällt habe. Im letzten Absatz meiner Besprechung habe ich ausdrücklich hervorgehoben, daß beispielsweise das OVG. als RevG. in einem derartigen Falle es von Amts wegen, also auch ohne Vorliegen einer entsprechenden Revisionsrüge, zu berücksichtigen habe, wenn der Borderrichter zu Unrecht über ein zur Zuständigkeit des SchwG. gehörendes Verbrechen geurteilt hätte. Da Mordanklagen vor dem SchwG. zu verhandeln sind, gegen SchwG. die Revision aber nur an das

OG. geleitet werden kann, so ergibt sich für das mit der Revision befaßte OVG. in dem bezeichneten Falle der Mangel seiner eigenen Zuständigkeit als RevG. und es könnte mithin eine Bestätigung des Todesurteils durch das OVG. von Anfang an nicht in Betracht kommen.

In der Einleitung des Erläuterungswerkes (S. 34 ff.) setzen sich Löwe-Rosenberg hinsichtlich der Frage, ob die sachliche Zuständigkeit zu den Prozeßvoraussetzungen gehöre, auch mit der Rechtsprechung des OG. auseinander. Über auch hier tritt eine Auffassung hervor, der nicht beigeplichtet werden kann. Löwe-Rosenberg heben das Urteil RGSt. 34, 255 hervor, wonach das RevG. von Amts wegen in die Prüfung der Frage eintreten muß, ob die militärische oder die bürgerliche Gerichtsbarkeit begründet sei. Es heißt hier wörtlich: „Es handelt sich hierbei nicht um die zu den Normen über das Verfahren gehörige sachliche Zuständigkeit im eigentlichen Sinne, deren Erörterung... eine ausdrückliche Rüge voraussetzen würde.“ Diesem Urteil stellen Löwe-Rosenberg: RGSt. 61, 322 = JW. 1927, 2715⁴⁰, „gegenüber“, wo ein Urteil des SchöffG. wie auch des OG. über ein zur Zuständigkeit des SchwG. gehöriges Verbrechen wegen fehlerhafter Anwendung des Strafgesetzes aufgehoben und die Sache an das SchwG. verwiesen wurde, obwohl der Mangel der sachlichen Zuständigkeit nicht gerügt worden war. Löwe-Rosenberg fügen hier noch die Bemerkung an, daß das OG. in einem nicht abgedruckten Abschnitt dieses Urteils (in Wahrheit ist auch dieser Abschnitt abgedruckt) erklärt habe, „das SchwG. habe zu befinden, ohne in der Sachbeurteilung durch die insoweit keine Bindung gem. § 358 Abs. 1 StPO. bewirkende Verweisung eingeschränkt zu sein“. Warum auf diese Urteilstelle Wert gelegt wird, ist nicht einzusehen; denn sie steht mit der Zuständigkeitsfrage in keinerlei Zusammenhang. Das Erläuterungswerk meint, dieses Urteil erkenne an, daß eine Prüfung der Zuständigkeit des OG. durch das RevG. von Amts wegen stattzufinden habe. In Wahrheit enthält RGSt. 61, 322 keine Ausführung dieses Inhalts. Das OG. gelangt hier vielmehr bei Nachprüfung der Sache zu einer Aufhebung des angefochtenen SchöffG.Urt. wegen fehlerhafter Anwendung des Strafgesetzes und mußte, wie keiner Darlegung bedarf, die Sache zur erneuten Verhandlung natürlich an das Gericht zurückverweisen, das tatsächlich zuständig war; dies war das SchwG. Diesem Urteil ist etwa in Parallele zu stellen RGSt. 45, 293. Hier lag ein Fall zugrunde, in dem statt des OG. hätte das SchwG. entscheiden müssen. Das OG. hatte § 270 StPO. nicht berücksichtigt. Auf die die mangelnde Zuständigkeit rügende Verfahrensbeschwerde hin hob das OG. die angefochtene Entscheidung auf und verwies die Sache an das zuständige SchwG.

Als mit RGSt. 61, 322 in Widerspruch stehend führen Löwe-Rosenberg ferner RGSt. 62, 63 an. Hier wird u. a. gesagt: „Eine Verfahrensrüge wegen der sachlichen Zuständigkeit des Berufungsgerichts ist nicht erhoben; diese Frage ist daher nicht zu erörtern.“ Endlich wird noch auf RGSt. 66, 255 verwiesen. Hier heißt es zur Frage der „sachlichen Zuständigkeit“: „Auch wenn der Angekl. keinen Einwand in dieser Richtung erhoben hätte, wäre die Frage zu prüfen, ob die Straf. als erkennendes Gericht erster Instanz nach Kap. I § 1 Abs. 1 und § 19 des 6. Teils der 3. NotVO. v. 6. Okt. 1931 zuständig gewesen oder ob die genannte Vorschrift... für rechtsgültig zu erachten sei. Denn die Rechtsgültigkeit der auf Art. 48 Abs. 2 RVerf. beruhenden Verordnungen... und die sachliche Zuständigkeit sind von Amts wegen zu prüfen.“

Löwe-Rosenberg meinen, daß die von ihnen angeführte Rechtsprechung des OG. widerspruchsvoll sei und deshalb eine endgültige Lösung dringend not tue. In Wahrheit sind die einzelnen Entscheidungen keineswegs miteinander unvereinbar. Keine einzige von ihnen vertritt den Standpunkt, daß die sachliche Zuständigkeit zu den Prozeßvoraussetzungen gehört, so daß sie stets von Amts wegen nachzuprüfen sei. RGSt. 62, 63 fühlt sich ausdrücklich behindert, der Frage näherzutreten, ob das Berufungsgericht sachlich zuständig war, „weil es insoweit an einer Verfahrensrüge fehle“. Machte hier

das RG. die Nachprüfung der sachlichen Zuständigkeit von einer Verfahrensrüge abhängig, so sprach es damit zugleich aus, daß die sachliche Zuständigkeit nicht von Amts wegen zu prüfen, mithin nicht als Verfahrensvoraussetzung zu gelten habe. Im Falle des RG. 66, 255 wird zwar davon gesprochen, daß die sachliche Zuständigkeit ohne entsprechende Rüge nachzuprüfen sei, dies aber nur deshalb, weil hier die sachliche Zuständigkeit aufs engste mit der Frage zusammenhangt, ob die dabei in Betracht kommende NotWD.-Vorschrift rechsgültig war. Die Rechtsgültigkeit der auf Art. 48 Abs. 2 NVerf. beruhende Verordnung mußte allerdings von Amts wegen nachgeprüft werden.

RGSt. 34, 255 spricht zwar von einer von Amts wegen zu erfüllenden Prüfungspflicht; es handelt sich dabei jedoch nicht um die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte untereinander, sondern darum, ob in dem abgeurteilten Falle die bürgerliche oder die militärische Gerichtsbarkeit begründet war. Insofern handelte es sich also um eine staatsrechtliche Voraussetzung und Vorbedingung jedes Strafverfahrens. Kam die Gerichtsbarkeit eines ordentlichen Strafgerichts nicht in Betracht, so mußte dies als eine Verfahrensvoraussetzung unter allen Umständen von Amts wegen berücksichtigt werden. Das RG. sagt völlig zutreffend, daß es sich in diesem Falle nicht um die sachliche Zuständigkeit i. e. S., also um die in der StWD. geregelte Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gehandelt habe, deren Erörterung eine ausdrückliche Rüge vorausgesetzt hätte. Es tritt auch hier klar die Auffassung des RG. dahin in Erscheinung, daß die sachliche Zuständigkeit i. e. S. nicht zu den Verfahrensvoraussetzungen zu rechnen sei. Außer den von Löwe-Rosenberg angeführten Entscheidungen wäre hier auch RGSt. 16, 39 zu nennen. Hier wird die Frage behandelt, ob das LG. die Grenzen seiner sachlichen Zuständigkeit verletzt, wenn es über eine durch den Eröffnungsbeschluß ihm zu Unrecht überwiesene Tat entscheidet, die zur absoluten Zuständigkeit des SchöffG. gehört. Diese Frage wird verneint und demgemäß die auf § 377 (jetzt § 338) Biff. 4 StWD. gestützte Beifürwerde als unbegründet erklärt. Dann wird noch die Frage erörtert, ob der Eröffnungsbeschluß den § 27 GWG. und den § 6 StWD. durch Nichtanwendung verletzt habe. Das RG. sagt hierzu, die Vorinstanz hatte gemäß § 6 StWD. ihre sachliche Zuständigkeit ohne Rücksicht auf den Eröffnungsbeschluß selbstständig zu prüfen und auf diesem durch § 269 StWD. bedingten Ergebnis der Prüfung beruhe die Annahme der Zuständigkeit der Vorinstanz.

Auch an anderer Stelle (S. 500 unter 17b) betonen Löwe-Rosenberg nochmals, daß die Prozeßvoraussetzungen stets von Amts wegen zu prüfen seien und daß sich diese Prüfungspflicht auch auf die Prüfung der sachlichen Zuständigkeit der Vorinstanz beziehe. Hier wird wiederum RGSt. 66, 255 erwähnt, obwohl dieses Urteil tatsächlich keine Bestätigung dieser Rechtsauffassung enthält, und außerdem erklärt, daß diese Entscheidung von älteren Entscheidungen abweiche. Diese Auffassung ist, wie erwähnt, nicht zutreffend. Weiter wird hier auch noch RGSt. 67, 57 = JW. 1933, 950^s angeführt. Dies ist die einzige Entscheidung, auf die sich Löwe-Rosenberg mit Recht zur Stützung ihrer Rechtsansicht berufen können. Diese Entscheidung, aber auch nur diese, steht in Wahrheit mit der übrigen Rechtsprechung des RG. in Widerspruch; denn sie sieht allerdings die sachliche Zuständigkeit als eine Verfahrensvoraussetzung an. Es ist interessant zu beobachten, daß hier das RG. eine grund-

fällige Entscheidung von größter praktischer Tragweite und zugleich eine Entscheidung, die mit der sonstigen Rechtsprechung nicht vereinbar war, erlassen hat, obwohl es zu der erörterten Rechtsfrage Stellung zu nehmen überhaupt nicht gezwungen war. In dem abgeurteilten Falle war gegen den Angell. das Hauptverfahren aus § 174 Biff. 1 StGB. vor dem SchöffG. eröffnet worden, nachdem die Sta. die Buziehung eines zweiten Richters beantragt hatte. Demgemäß hatte die Hauptverhandlung am 4. Juli 1932 vor dem erweiterten SchöffG. stattgefunden. Die staatsanwaltschaftliche Revision rügte die nicht vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts, weil das erweiterte SchöffG. mit Wirkung v. 1. Juli 1932 aufgehoben sei und deshalb am 4. Juli 1932 nicht mehr habe entscheiden können. Das RG. erblickt hierin, an sich zutreffend, die Rüge einer sachlichen Unzuständigkeit des erkennenden Gerichts (§ 338 Biff. 4 StWD.) und führt aus, es hätte auch ohne eine dahingehende Rüge von Amts wegen die Frage prüfen müssen, ob das SchöffG. zur Entscheidung zuständig war. Das RG. kommt schließlich zu der Annahme, daß das erweiterte SchöffG. mit Recht seine Zuständigkeit angenommen habe. In der weiteren Urteilsbegründung wird dann ausgeführt, daß zur Entscheidung auf die Revision an sich das OG. zuständig gewesen sei, da sich dieses aber durch Beschluß für unzuständig erklärt und das RG. als das zuständige Revisionsgericht bezeichnet habe, so müsse die Revision von ihm aus erledigt werden.

Der nebenbei und noch dazu ohne zwingenden Grund vom RG. angefügte Satz, daß das Revisionsgericht „auch ohne Verfahrensrüge“ die sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz hätte nachprüfen müssen, ist in keiner Weise näher erläutert. Es muß demnach damit gerechnet werden, daß das RG. die Tragweite dieser nebenher eingefügten Bemerkung doch wohl nicht im vollen Umfang gewürdigt hat. Deshalb kann, vor allen Dingen aber wegen des Mangels jeder Begründung, nicht unterstellt werden, daß das RG. durch diese Entscheidung mit seiner bisher anders lautenden Rechtsprechung habe brechen wollen. Dabei mag auch noch auf die Entscheidung: RGSt. 66, 314 verwiesen werden, die Löwe-Rosenberg nicht mit nennen und mit der sich auf der anderen Seite auch RGSt. 67, 57 nicht auseinanderseht. In RGSt. 66, 314 heißt es ausdrücklich: „Prozeßvoraussetzung und sachliche Zuständigkeit haben begrifflich nichts miteinander gemein.“ Dieser Satz läßt sich nicht vereinen mit der Bemerkung von Löwe-Rosenberg (S. 35), wonach „das RG. die sachliche Zuständigkeit in fester Rechtsprechung unter die Voraussetzungen der Zulässigkeit des Prozesses einreihet“.

Auf das RG. können sich demgemäß Löwe-Rosenberg mit Recht nicht berufen. Beizupflichten ist ihnen aber darin, daß es wünschenswert sei, wenn das RG. bei Gelegenheit sich mit der erörterten Frage nochmals auseinandersetzt. Dies ist nicht notwendig gegenüber der früheren Rechtsprechung des RG., notwendig aber gegenüber jener Entscheidung in RGSt. 67, 57. Sollte wirklich die sachliche Zuständigkeit i. e. S. den Prozeßvoraussetzungen zugezählt werden, so würde künftig den Strafgerichten eine Nachprüfung des vorangegangenen Prozeßverfahrens in erhöhtem Maße obliegen, eine Nachprüfung freilich, die aus dem positiven Gesetzestext nicht nur nicht herauszulesen ist, sondern sogar mit ihm in Widerspruch stände. Mit um so größerem Interesse wäre deshalb der Begründung eines neuen RG-Urtells entgegenzusehen, das etwa endgültig die sachliche Zuständigkeit den Prozeßvoraussetzungen einreichte.

Das Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutze der Parteiuiformen vom 20. Dezember 1934

Von Amtsgerichtsrat Dr. C. Haidn, München

Das in der letzten Kabinettssitzung des Jahres 1934 beschlossene Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei zum Schutze der Parteiuiformen v. 20. Dez. 1934 (RGBl. I, 1269) verdient trotz seiner Kürze besondere Beachtung. Am 21. März 1933 hatte der Reichspräsident auf Grund des Art. 48 WeimVerf. die VO. zur Abwehr heimtückischer Angriffe auf die Regierung der nationalen Erhebung erlassen (RGBl. I, 135). Die stürmisch vorwärts drängende politische und staatsrechtliche Entwicklung, die mit dem 30. Jan. 1933 eingesezt hat, hat in kurzer Zeit eineänderung dieser VO. notwendig gemacht. Das Ges. gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutze der Parteiuiformen v. 20. Dez. 1934 stellt sich aber nicht nur als eine Anpassung der VO. des RPräf. v. 21. März 1933 an die seitdem eingetretene Veränderung der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse dar, sondern enthält auch wichtige neue Bestimmungen, die in unser politisches und wirtschaftliches Leben tief einschneiden.

§ 1 des Ges. entspricht im wesentlichen dem § 3 VO. v. 21. März 1933, die durch § 9 des Ges. außer Kraft gesetzt ist. Er bezweckt die Abwehr der Lügenheze gegen das Reich und die NSDAP., die staatstragende Körperschaft. Die Übereinstimmung des § 3 VO. v. 21. März 1933 mit dem Ges. über den Neuaufbau des Reiches v. 30. Jan. 1934 (RGBl. I, 75) und mit dem Gesetz gegen die Neubildung von Parteien v. 14. Juli 1933 (RGBl. I, 479) ist dadurch erzielt, daß in § 1 Abs. 1 des Ges. die deutschen Länder und ihre Regierungen und die hinter der Reichsregierung stehenden Parteien und Verbände nicht mehr erwähnt sind. Die Bestimmung des § 3 Abs. 2 VO. v. 21. März 1933 wurde in das Ges. v. 20. Dez. 1934 deshalb nicht mehr aufgenommen, weil schon der durch RGef. v. 24. April 1934 (RGBl. I, 341) in das StGB. eingesetzte § 90 f dem Ansehen des deutschen Volkes einen weitergehenden Schutz insoweit gewährt, als er nicht nur die schwere Schädigung, sondern bereits die schwere Gefährdung des deutschen Ansehens mit Gefängnis bedroht. § 1 Abs. 3 macht im Gegensatz zu der VO. v. 21. März 1933 die Verfolgung von Straftaten des § 1, die sich ausschließlich gegen die NSDAP. richten, von der Zustimmung des Stellvertreters des Führers abhängig; dadurch soll nach der amtlichen Begründung des Gesetzes (Deutsche Justiz 1935, 42) ermöglicht werden, daß leichtere Fälle, an deren Verfolgung der Partei nichts gelegen ist, straflos bleiben. Es hat sich als notwendig erwiesen, der Partei in einem Strafverfahren, das sich ausschließlich um ihr Ansehen und ihre Belange dreht, ein gewisses Mitbestimmungsrecht einzuräumen; denn es handelt sich dabei oft um rein politische Fragen, die nur die Parteileitung im Rahmen der politischen Gesamtlage zu beurteilen in der Lage ist. Die Zustimmung des Stellvertreters des Führers kann nicht zurückgenommen werden. Da von den obenerwähnten ungewöhnlichen Änderungen abgesehen § 1 des Ges. mit § 3 VO. vom 21. März 1933 im übrigen übereinstimmt, hat die zu § 3 VO. v. 21. März 1933 ergangene Rechtsprechung auch für § 1 des Ges. ihre Bedeutung (vgl. hierzu den Aufsatz von Dreher unten S. 899).

Weil die Verfolgung vieler strafwürdiger Äußerungen ohne Tatsachenbehauptung im Offizialverfahren bisher an der Vorschrift des § 3 Abs. 1 VO. v. 21. März 1933 scheiterte, hat das Gesetz in § 2 öffentliche Äußerungen jeder Art für strafbar erklärt, wenn sie in heiterischer oder gehässiger Absicht oder mit niedriger Gesinnung gemacht werden und geeignet sind, das Vertrauen des Volkes zur politischen Führung zu untergraben. Eine starke Einschränkung erleidet die Strafbarkeit solcher Äußerungen dadurch, daß § 2 Abs. 1 des Gesetzes eine Beziehung zu leitenden Persönlichkeiten des

Staates oder der NSDAP., ihre Anordnungen oder die von ihnen geschaffenen Einrichtungen voraussetzt. Der Kreis der leitenden Persönlichkeiten ist durch die zweite VO. zur Durchführung des Ges. v. 22. Febr. 1935 (RGBl. I, 276) sehr eng gezogen: er umfaßt außer dem Führer und Reichskanzler die Reichsminister, die Reichsstatthalter sowie die Vorsitzenden und Mitglieder der Landesregierungen, die Staatssekretäre des Reiches und der Länder und die preußischen Oberpräsidenten einschließlich des Staatskommissars für Berlin als leitende Persönlichkeiten des Staates und die Reichs- und Gauleiter der NSDAP. als leitende Persönlichkeiten der Partei. Die Anwendung des § 2 wird in der Praxis außerdem dadurch erheblich beschränkt werden, daß in Abs. 2 die Strafverfolgung von der Anordnung des Reichsministers der Justiz abhängig gemacht ist; wenn sich die Tat gleichzeitig gegen eine leitende Persönlichkeit des Staats und der Partei oder ausschließlich gegen die Partei richtet, so trifft der Reichsminister der Justiz die Anordnung für die Strafverfolgung im Einvernehmen mit dem Stellvertreter des Führers (§ 2 Abs. 3). Dadurch wird eine einheitliche und zentrale Beurteilung und Behandlung der Fälle des § 2 gewährleistet. Es soll keineswegs wegen jeder Äußerung, die den Tatbestand des § 2 des Ges. erfüllt, ein Strafverfahren eingeleitet werden, sondern nur dann, wenn die Straflosigkeit der Tat im Interesse des Gemeinwohls und des Ansehens von Staat und Partei untragbar wäre (Amtl. Begründung a. a. O.). Ob dies der Fall ist, kann am sichersten die verantwortliche Führung entscheiden. Die Notwendigkeit der Verfolgung von Heimzügen auf die politische Führung ist eine Frage der politischen Führung selbst. Deshalb muß — ähnlich dem Falle des § 197 StGB. — die Strafverfolgung ihrem Ermessen überlassen werden. Zwecks Beschleunigung der Verfahren hat der Reichsminister der Justiz mit AllgBsg. vom 28. Dez. 1934 (Deutsche Justiz 1935, 7) den Strafverfolgungsbehörden Anweisungen für die Behandlung dieser Sachen erteilt, insbes. angeordnet, daß ihm die Akten unmittelbar, in weniger eiligen Fällen über den Generalstaatsanwalt beim OLG. vorgelegt werden.

Auf die Wahrheit oder Unwahrheit der Äußerung kommt es nicht an. Es mag vielleicht da und dort ein Vertreter des überwundenen liberalistischen Zeitalters wegen dieser Beschränkung der Meinungsfreiheit betrübt sein. Der nationalsozialistische Staat kann aber auf diesen Mangel an Gemeinschaftsdenken keine Rücksicht nehmen. Wer wie der Liberalismus überall nur das freie Individuum im Auge hat, sieht natürlich nicht ein, daß das Vertrauen des Volkes zu einer lauteren Führung ein kostbares und im höchsten Grade schützwürdiges Gut ist, daß es für das Wohl der Gesamtheit nichts bedeutet, irgendeinen Fehler einer leitenden Persönlichkeit als Mittel zu böswilliger Heze zu gebrauchen, sondern daß es eine wichtige Aufgabe ist, im Volke die unschätzbaren Werte des Vertrauens zu der von ihm selbst gewählten politischen Führung zu erhalten und zu pflegen. Meinungsfreiheit ist kein Wert für sich ohne Beziehung zur Gesamtheit der Volksgemeinschaft. Demjenigen, der in liberalistischen Gedankengängen verstrickt ist, wird der nationalsozialistische Führergedanke immer ein Geheimnis bleiben. Führung bedeutet Bindung. Das Band der Treue und des Vertrauens muß Führer und Gefolgschaft umschließen. Aus dem Vertrauen wächst der Glaube. Was der Glaube vermag, zeigt die Veränderung unserer politischen Lage, seitdem Adolf Hitler das deutsche Volk führt. Die gewaltigen Leistungen des Führers auf allen Gebieten unseres heutigen Lebens und zum Wohle der ganzen Nation wären ohne das gläubige Vertrauen des deutschen Volkes zu seiner politischen Führung undenkbar. Eine Minderheit, die Uneinigkeit und Ohnmacht des Volkes

aus bösem Prinzip will, wird es aber immer geben. Diese Minderheit wird immer das Vertrauen des Volkes zur Führung zu untergraben suchen in der Erkenntnis, daß damit auch die Quelle unserer nationalen Kraft verschüttet würde; denn ohne Vertrauen auch keine Einigkeit. Mit Rücksicht auf das Wohl der Volksgesamtheit muß der nationalsozialistische Staat auch der Meinungsfreiheit des einzelnen Volksgenossen eine engere Grenze ziehen als der liberalistische Staat. Wer wollte leugnen, daß sich das Rechtsgefühl des Volkes in unzähligen Fällen gegen die böswillige Untergrabung des politischen Vertrauens und gegen die Vergiftung der politischen Meinungen als Folge der Heze gegen die leitenden Persönlichkeiten des Staates und der Bewegung aufgebäumt hat! Ein Staat, der von der untersten Zelle bis zur obersten Spize auf dem Gedanken der Führung aufgebaut ist, muß der Volksführung besonderen Schutz angedeihen lassen. Der Schutz der Volksführung ist eines der wichtigsten rechtspolitischen Probleme, das der nationalsozialistischen Strafrechtsreform zur endgültigen Lösung aufgegeben ist.

§ 3 des Ges. entspricht dem § 2 VO. v. 21. März 1933. Die Zweifel darüber, was als eine strafbare Handlung gegen Personen oder Sachen anzusehen ist (vgl. JW. 1934, 1726; RG. 68, 158 = JW. 1934, 1726), hat das Gesetz durch die Streichung der Worte des § 2 VO. v. 21. März 1933 „gegen Personen oder Sachen“ beseitigt. Wie § 1 des Ges. spricht auch § 3 nur noch von der NSDAP. und ihren Gliederungen, statt von den hinter der Regierung stehenden Verbänden (§ 3 VO. v. 21. März 1933).

Die Vorschrift des § 4 des Ges. dient dem Schutze der für unser völkisches und staatliches Leben so wichtigen Tätigkeit der NSDAP. und der Sauberkeit unseres politischen Lebens, indem sie die auf reinliche Scheidung von Politik und persönlichem Vorteil abzielende Erziehungstätigkeit der NSDAP. wirksam unterstützt. Wenn die NSDAP. innerhalb und außerhalb ihrer Reihen jede Vermengung öffentlicher Parteitätigkeit mit persönlichem Nutzen rücksichtslos unterdrückt, so muß dieses Streben der Partei auch vor äußeren Angriffen geschützt werden. Die Vorschriften über Betrug, unsaurer Wettbewerb, Titelmisbrauch, groben Unfug u. dgl. ließen nur die Bestrafung eines Teiles der strafwürdigen Fälle zu. § 4 nimmt aber auch auf das durchaus berechtigte politische Empfinden unseres Volkes die gebührende Rücksicht; denn es wird allgemein als ein das Anstandsgefühl im höchsten Grade beleidigender Missbrauch des Parteiansehens empfunden, wenn ein Nichtparteigenosse die zahlreichen, mit dem öffentlichen Dienst der NSDAP. und ihrer Gliederungen verbündeten Opfer der Parteigenossen in Vergangenheit und Gegenwart seinen kleinen persönlichen Geschwätzern nutzbar machen will. Es braucht nicht hervorgehoben zu werden, daß Vorteil i. S. des § 4 nicht nur Vermögensvorteil bedeutet. § 4 will aber auch jeder staats- und bewegungsfeindlichen Propaganda vorbeugen, die unter der Maske der Parteizugehörigkeit um so wirksamer entfaltet werden kann. Die einfache Verhüllung der Mitgliedschaft, die mit keiner bestimmten Absicht verbunden ist, läßt § 4 straflos.

Zu den wichtigsten Bestimmungen des Gesetzes gehören die des § 5. Das gewerbsmäßige Herstellen, Vorrätig- und Feilhalten oder sonstige Inverkehrbringen von parteiamtlichen Uniformen, Uniformteilen, Abzeichen, Geweben und Fahnen der NSDAP., ihrer Gliederungen und der ihr angeschlossenen Verbände ist nur mit Erlaubnis des Reichsschätzmeisters der NSDAP. zulässig. Durch diese Bestimmung hat das von der Reichszeugmeisterei der NSDAP. schon lange vor Erschaffung des Gesetzes eingerichtete umfangreiche Lizenzsystem eine gesetzliche Bestätigung erhalten. Die praktische Bedeutung der Vorschriften des § 5 erhellt aus der Tatsache, daß im ganzen Reichsgebiete etwa 15 000 Verkaufsstellen der Reichszeugmeisterei existieren. Was als Uniformteile und Gewebe i. S. des § 5 Abs. 1 zu betrachten ist, bestimmt die Bef. v. 16. Jan. 1935 (RGBl. I, 70). Nach dieser müssen sämtliche Uniformteile und Gewebe das Schutzzeichen oder den Plättestempel der Reichszeugmeisterei der NSDAP. tragen. Soweit der Besitz parteiamtlicher Uniformen und Abzeichen nicht nach § 5 Abs. 1 strafbar ist, bedroht ihn § 5 Abs. 2 mit Gefängnisstrafe, wenn

der Besitzer nicht als Mitglied der NSDAP., ihrer Gliederungen oder der ihr angeschlossenen Verbände oder aus einem anderen Grunde zum Besitz befugt ist. Das Tragen dieser Gegenstände ist mit einer verschärften Strafe bedroht. Uniformteile fallen nicht unter diese Vorschrift. Weil, wie die Erfahrung gezeigt hat, die Gefahr des Missbrauches der Parteiformen und -abzeichen zu politischen Zwecken sehr groß ist, hat § 5 Abs. 2 des Ges. den Besitz und das Tragen von Uniformen und Abzeichen allgemein für strafbar erklärt, ohne die Strafbarkeit — wie § 4 — auf eine politische oder Vorsteilsabsicht des Täters abzustellen. Nach § 5 Abs. 2 können auch Nichtmitglieder zum Besitz von Uniformen und Abzeichen der NSDAP., ihrer Gliederungen und der ihr angeschlossenen Verbände berechtigt sein, z. B. ehrenvoll aus der Partei ausgeschiedene Mitglieder oder die Erben verstorbenen Mitglieder, die von der NSDAP. eine besondere Erlaubnis erhalten haben. Eine demnächst erscheinende DurchfVO. wird auch Bestimmungen hierüber enthalten. Durch § 5 Abs. 1 und 2 sind also die Vorschriften des § 1 VO. v. 21. März 1933 erheblich erweitert. Die Erweiterung dieses strafrechtlichen Schutzes des § 1 VO. v. 21. März 1933 besteht einerseits in der Vergrößerung des Kreises der geschützten Gegenstände, andererseits in der Ausdehnung des Erlaubniszwanges auf verschiedene wirtschaftliche Vorgänge. Waren bisher nur Uniformen und Abzeichen geschützt, so genießen in Zukunft auch Uniformteile, parteiamtliche Gewebe und Fahnen strafrechtlichen Schutz. Andererseits war bisher nur unbefugter Besitz von Uniformen und unbefugtes Tragen von Abzeichen und Uniformen strafbar, während in Zukunft auch das gewerbsmäßige Herstellen, Vorrätighalten, Feilhalten oder sonstige Inverkehrbringen mit Strafe bedroht ist; auch der bloße Abzeichenbesitz ist jetzt strafbar. Die neuen Strafvorschriften sind im Vergleich zu den bisherigen außerdem dadurch erheblich verschärft, daß auch auf Einziehung derjenigen Gegenstände, auf die sich die strafbare Handlung bezieht, zu erkennen ist (u. U. auch selbstständig). Aus der Fassung des § 5 Abs. 5 ergibt sich, daß für die eingezogenen Gegenstände in keinem Falle eine Entschädigung gewährt werden kann. Als Gliederungen der NSDAP. führt die amtliche Begründung des Gesetzes auf: SA, SS, NSKK, Hitler-Jugend einschließlich Jungvolk und BDM, NS-Deutscher Studentenbund und NS-Frauenschaft, als angeschlossene Verbände dagegen: NS-Volkswohlfahrt e. V., Deutsche Arbeitsfront, Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen e. V., NS-Deutscher Arzneibund e. V., NS-Lehrerbund e. V., NS-Kriegsvsperversorgung e. V., Reichsbund der Deutschen Beamten e. V. und NS-Bund Deutscher Technik. Die Gliederungen der NSDAP. sind, wie schon ihr Name sagt, Teile der Partei, mit der sie vermögensrechtlich eine Einheit bilden, während die angeschlossenen Verbände mit der Parteileitung in einer loseren Verbindung stehen und eigene Rechtspersönlichkeit haben. Es wäre zu wünschen, daß sich an Stelle der bisherigen uneinheitlichen Ausdrucksweise diese Unterscheidung des Gesetzes auch sonst einbürgert.

Die durch das Gesetz v. 20. Dez. 1934 herbeigeführte Neuregelung des Beschaffungswesens der NSDAP. ist kein willkürlicher Eingriff in die Privatwirtschaft, sie ist dringend notwendig. Die Einheitlichkeit der Ausrüstung der Partei und ihrer Gliederungen setzt eine strenge Kontrolle ihrer Herstellung voraus. Die Parteimitglieder und die Angehörigen der Gliederungen und der angeschlossenen Verbände der Partei müssen sich ihre Uniformen mit eigenen Mitteln anschaffen. Die meisten decken dabei naturgemäß ihren Uniformbedarf an der Stelle, die die niedrigsten Preise fordert — ohne Rücksicht auf die Qualität der Ausrüstungsgegenstände. Das hat zur Folge, daß vielfach auch Gegenstände gefälscht und getragen werden, die ordnungsmäßigen Uniformen zwar ähnlich, aber von minderwertiger Qualität sind und den Anforderungen einer einheitlichen Kleidung nicht genügen. Der SA-Mann, der durch den öffentlichen Dienst in der Partei ohnedies bereits größere Opfer für die Volksgesamtheit bringt als andere Volksgenossen, muß beim Erwerb seiner Uniform vor Übervorteilungen geschützt werden. Er kann den Wert und die Brauchbarkeit von Uniformen, insbes. aber von Geweben und die Angemessenheit der dafür verlangten Preise meistens über-

haupt nicht beurteilen. Durch das Gesetz v. 20. Dez. 1934 erhält die Partei eine sichere Rechtsgrundlage für eine angemessene Preisregelung. Es muß auch verhindert werden, daß Hersteller- und Händlerfirmen, deren Besitzer der NSDAP nicht nur gleichgültig, sondern sogar ablehnend gegenüberstehen, mit den Einrichtungen der Partei gewinnbringende Geschäfte machen. Die Verfolgung von Zu widerhandlungen gegen §§ 4 und 5 und die selbständige Einziehung (§ 5 Abs. 4 Satz 2) finden nur mit Zustimmung des Stellvertreters des Führers oder der von ihm bestimmten Stelle statt. Das Gesetz ist am 30. Dez. 1934 in Kraft getreten, § 5 Abs. 1 des Ges. jedoch erst am 1. Febr. 1935. § 5 Abs. 1 wurde deswegen erst am 1. Febr. 1935 in Kraft gesetzt, damit die Wirtschaft Zeit hatte, sich in ihren Maßnahmen auf das Gesetz einzurichten. Demjenigen also, der bei Inkrafttreten des Gesetzes im Widerspruch mit den Anordnungen der Reichszeugmeisterei der NSDAP hergestellte Gegenstände des § 5 Abs. 1 ohne Erlaubnis der NSDAP im Besitz hatte, um sie in Verkehr zu bringen, war in reichlichem Umfange Gelegenheit zu einer nutzbringenden Bewertung geboten.

Die Vorschriften des Gesetzes gelten mit Ausnahme des

§ 5 Abs. 1 sinngemäß auch für den Luftschutzbund, den Deutschen Luftsportverband, den Freiwilligen Arbeitsdienst und die Technische Nothilfe, § 8. Nach der ersten VO. zur Durchführung des Gesetzes v. 15. Febr. 1935 (RGBl. I, 204) erteilt die Zustimmung zur Verfolgung von Zu widerhandlungen der Reichsminister der Luftfahrt, wenn durch die Tat der Luftschutzbund oder der Deutsche Luftsportverband verletzt ist, der Reichsminister des Innern dagegen, wenn der Freiwillige Arbeitsdienst oder die Technische Nothilfe verletzt ist; eingezogene Uniformen und Abzeichen des Luftschutzbundes und des Deutschen Luftsportverbandes sind dem Reichsminister der Luftfahrt oder der von ihm bestimmten Stelle und solche des Freiwilligen Arbeitsdienstes oder der Technischen Nothilfe dem Reichsminister des Innern oder der von ihm bestimmten Stelle zur Bewertung zu überweisen.

Für die Verbrechen und Vergehen des Gesetzes sind die nach der VO. der Reichsregierung v. 21. März 1933 (RGBl. I, 136) gebildeten Sondergerichte zuständig, soweit nicht die Zuständigkeit des Volksgerichtshofes oder der OVG begründet ist (vgl. VO. der Reichsregierung über die Zuständigkeit der Sondergerichte v. 20. Dez. 1934 [RGBl. 1935, I, 4]).

Die Bedeutung der Rechtsprechung zur Abwehrverordnung für das Gesetz vom 20. Dezember 1934

Von Gerichtsassessor Dr. E. Dreher, Dresden

Die Kernbestimmungen der am 30. Dez. 1934 außer Kraft gesetzten sog. AbwehrVO. v. 21. März 1933 (RGBl. I, 135), nämlich deren §§ 1, 2 und 3, hat das neue Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuiformen v. 20. Dez. 1934 in seinen §§ 5 Abs. II, 3 und 1 im wesentlichen übernommen. In diesem Umfange sind also auch die Streitfragen, die sich bei der Handhabung der alten AbwehrVO. ergeben haben, von Bedeutung geblieben. Es ist darum nicht ohne Wert, diese Probleme und die Rechtsprechung, die sich mit ihnen beschäftigt hat, einer zusammenfassenden Betrachtung zu unterziehen, um so ein Bild von der Lage zu gewinnen, von der die kommende Rechtsprechung zum Ges. v. 20. Dez. 1934 auszugehen haben wird.

Streitfragen ergab vor allem der dem § 1 des neuen Ges. entsprechende § 3 AbwehrVO. Zunächst machte Schwierigkeiten die Abgrenzung zwischen Behauptungen tatsächlicher Art und bloßen Urteilen. Die an sich flüssige Grenze läßt sich hier nur durch die Rechtsprechung fest ziehen, und es ist ein Glück, daß die umfangreiche Judikatur des RG. zu § 186 StGB. insofern in vollem Umfange übernommen werden kann. Danach dürfen Äußerungen, wie „Die SA. und SS. sind lauter Lümpen!“, nur dann als Tatsachenbehauptungen angesehen werden, wenn sie äußerlich erkennbar zu bestimmten Tatsachen in Beziehung gesetzt werden, andernfalls liegt nur ein Fall des § 185 StGB. vor (RGSt. 68, 120 = JW. 1934, 2072). Auch der Unterschied zwischen „aufstellen“ und „verbreiten“ ist schon in der Rechtsprechung zu § 186 StGB. herausgearbeitet worden. Das erste bedeutet Hinstellen von Tatsachen als Gegenstand eigenen Wissens, das zweite Wiedergabe als Gegenstand fremder Mitteilung (vgl. RGSt. 30, 224; 31, 63 und für § 3 AbwehrVO. RG.: JW. 1934, 767). Dabei ist darauf hinzuweisen, daß sich danach am äußeren Tatbestande des Verbreitens nichts ändert, wenn der Mitteilende, vielleicht sogar mit Zeichen größter Entrüstung zu erkennen gibt, daß er das Mitgeteilte für unwahr halte. In solchen Fällen kann es höchstens am inneren Tatbestande fehlen. In diesem Zusammenhang ist noch zu bemerken, daß eine Verbreitung von Tatsachenbehauptungen, die durch Weitergabe von Druckschriften entsprechenden Inhalts begangen wird, auch dann schon vorliegt, wenn es sich um eine vertrauliche, nur für eine oder wenige Personen bestimmte Weitergabe handelt (RG.: JW. 1934, 767). Demi der Begriff des Verbreitens von Behauptungen darf nicht mit dem technischen Begriff des Verbreitens von Druckschriften verwechselt werden, der verlangt, daß die Schrift durch die Weitergabe

einem größeren Personenkreise zugänglich gemacht werden soll (RGSt. 30, 224). Der Tatbestand des Verbreitens einer Behauptung ist dagegen dann nicht gegeben, wenn die Behauptung bei dem Empfänger der Äußerung als bekannt vorausgesetzt wird. In der Praxis ist die Anwendung dieses an sich einfachen Grundsatzes dadurch erschwert, daß Tatsachenbehauptungen fast immer mit Werturteilen verquilt sind und es u. U. nur bei sorgfältiger Prüfung zu erkennen ist, ob eine neue Tatsache mitgeteilt oder eine schon als bekannt vorausgesetzte Tatsache in ein neues Licht gerückt werden sollte. Vielfach wird in auch derartigen Fällen der Tatbestand einer gräßlich entstellten Behauptung gegeben sein, sehr häufig aber bleibt nur ein vielleicht gehässiges, aber nach § 3 AbwehrVO. wie nach § 1 des neuen Ges. strafloses Werturteil, das heute glücklicherweise durch § 2 des neuen Ges. erfaßt werden kann.

Ein weiteres Problem ist, ob sich die Eignung einer Tatsachenbehauptung, das Wohl des Reiches usw. zu schädigen, lediglich nach der Behauptung selbst bestimmt oder ob dabei die äußeren Umstände der Behauptung, der Zustand des Täters, die Persönlichkeit des Hörers, die Besonderheit des Tatortes oder Zusätze, die der Täter zu seinen Behauptungen macht, in Rücksicht zu ziehen sind. Das RG. will diesen Zusammenhang mit berücksichtigen (4 D 476/34 vom 18. Mai 1934, unveröffentlicht). M. E. ist das fehlerhaft. Sowohl der Wortlaut des § 3 AbwehrVO. als des § 1 des neuen Ges. stellen nicht auf die Gefährlichkeit des Verbreitens oder Aufstellens unwahrer Behauptungen ab, sondern auf die Gefährlichkeit der Behauptung selbst. Auf die allein, nicht auf die Begleitumstände des Aufstellens oder Verbreitens kommt es also an. Die Gefährlichkeit einer Behauptung ist nur nach ihrem von den Begleitumständen der Äußerung losgelösten Inhalt zu beurteilen. Dieser Wille des Gesetzgebers hat auch seinen guten Sinn. Die Vorschrift soll verhindern, daß das Gift der Lügenmeldungen in das Volk bringt. Läßt man die an sich gefährliche Lügenmeldung unbestraft, wenn sie im Einzelfalle nach den besonderen Begleitumständen keinen Schaden anrichtet, so gibt man ihr den weiteren Weg frei. Es wird nicht lange dauern und sie wird auch in gefährlicher Weise weiterverbreitet werden. Man darf dieser Auffassung nicht entgegenhalten, daß nach ihr auch offenbar straffreie Fälle, wie vor allem der Fall der Anzeigerstatzung wegen einer Straftat nach § 3 AbwehrVO. oder § 1 des neuen Ges. als strafbare Verbreitung unwahrer Tatsachenbehauptungen angesehen werden müßten. In diesem Falle liegt m. E. ein Rechtfertigungsgrund vor. Ob man diesen Rechtfertigungs-

grund einer entsprechenden Anwendung des § 193 StGB. entnehmen soll, möchte ich dahingestellt sein lassen. Ich halte das für bedenklich. Denn § 1 des neuen Ges. und § 3 AbwehrVO. haben, so sehr auch einige Probleme der Rechtsprechung gleich liegen mögen, nichts mit den Vergehen nach den §§ 185 ff. StGB. gemein. Eine Wahrung berechtigter Interessen kann, wo es sich um Angriffe auf den Staat und seine Träger handelt, grundsätzlich nicht anerkannt werden (vgl. Dahm, Ann. zu RG.: JW. 1934, 1911).

Ein ganz wesentlicher Unterschied zu dem vielfach ähnlichen § 186 StGB. liegt vor allem auch darin, daß in § 1 Abs. 1 des neuen Ges. wie in § 3 AbwehrVO. die Unwahrheit der Tatsachenbehauptung nicht etwa nur Bedingung der Strafbarkeit bedeutet, sondern vom Vorsatz mit umfaßt sein muß (für § 3 AbwehrVO. vgl. RGSt. 68, 33 = JW. 1934, 1911). Es versteht sich fast von selbst, daß insoweit bedingter Vorsatz, also das Rechnen mit der Unwahrheit der Behauptung ausreicht (a. a. O.). Dieser für die Praxis so sehr wichtige Umstand wird leider von unteren Gerichten zuweilen noch verkannt, so daß auf ihn besonders hingewiesen werden muß. Streitig kann nur sein, wo die Grenzen des bedingten Vorsatzes liegen. So ist z. B. die Frage nach dem bedingten Vorsatz in einem Falle verschieden beantwortet worden, in dem die Verbreitungshandlung i. S. des § 3 AbwehrVO. durch Übergabe einer tschechischen Zeitung erfolgt war und der Verbreiter, ohne den Inhalt der Zeitung zu kennen, damit gerechnet hatte, daß in ihr „Lügenmeldungen“ enthalten seien (vgl. Sondergericht Freiberg: JW. 1934, 3154 mit Ann. von Krämer und Weber, nach dessen Auffassung es schon am äußersten Tatbestand der Verbreitung bestimmter Tatsachenbehauptungen fehlt). Steht fest, daß die fragliche Zeitung unwahre Tatsachenbehauptungen i. S. des § 3 AbwehrVO. enthielt, so ist m. E. zum mindesten Fahrlässigkeit gegeben. Denn der Verbreiter einer Druckschrift hat die Verpflichtung, sich über deren Inhalt vor der Verbreitung zu vergewissern (RG.: JW. 1933, 2913). Im erwähnten Falle erscheint mir auch im Gegensatz zu dem angeführten Urteil des Sondergerichts Freiberg grobe Fahrlässigkeit nachgewiesen, da der Täter wußte, daß die von ihm verbreitete Zeitung ganz allgemein Lügenmeldungen zu enthalten pflegte.

Im Bereich des § 2 AbwehrVO. machte vor allem die Abgrenzung der „gegen Personen oder Sachen“ gerichteten Straftaten Schwierigkeiten. Insbes. neigte die Praxis lange Zeit dazu, den Betrug nicht hierher zu zählen, bis sich das RG. in einer grundlegenden Entscheidung (RGSt. 68, 158 = JW. 1934, 1726) zur gegenteiligen Auffassung bekannte, vor allem deshalb, weil sich die eigentliche Betrugshandlung, die Täuschung, unmittelbar gegen eine Person richtete. Der neue § 3 Ges. v. 20. Dez. 1934 kennt die Streitfrage nicht mehr, da die Einschränkung „gegen Personen oder Sachen“ wegfallen ist. Die genannte Entscheidung hat daher nur noch für die Übergangszeit Bedeutung. Geblieben ist dagegen das Problem, ob unter Abzeichen und Uniformen im Sinne der erwähnten Vorschriften nur die echten Abzeichen und Uniformen zu verstehen sind oder auch unechte, aber verwechslungsfähige. Für §§ 2 und 1 AbwehrVO. hatte sich die Rechtsprechung zunächst auf den Standpunkt gestellt, daß die Bestimmungen nur die echten Abzeichen und Uniformen im Auge hätten. Das hatte dazu geführt, daß einzelne Länder mit Hilfe des § 4 SchutzVO. v. 28. Febr. 1933 Ergänzungsvorw. erließen (vgl. Sachsv. v. 13. Sept. 1933, Sachsv. 622). Aber auch hier nahm das RG. in der schon

erwähnten Entscheidung RGSt. 68, 158 mit Rücksicht auf den Zweck der §§ 1, 2 AbwehrVO. einen der bisherigen Praxis entgegengesetzten Standpunkt ein. Heute kann es allerdings von neuem fraglich sein, ob dieser Standpunkt auch für § 3 Ges. v. 20. Dez. 1934 zu gelten hat. Denn § 5 dieses Ges., der den früheren § 1 AbwehrVO. mit umfaßt, nennt im Gegensatz zur alten Bestimmung in seinem Abs. 3 ausdrücklich die verwechslungsfähigen Abzeichen und Uniformen, während § 3 des neuen Ges. davon schweigt. Nach dem Sinne des Gesetzes ist aber die Frage auch jetzt noch entsprechend der angeführten Entscheidung zu beantworten. Denn es kommt darauf an, zu verhindern, daß strafbare Handlungen von Tätern begangen werden, die sich nach außen den Anschein von Mitgliedern der NSDAP. oder ihrer Gliederungen geben. Dieser Anschein wird aber auch durch das Tragen verwechslungsfähiger Abzeichen usw. erweckt. Hinzu kommt, daß § 3 nur einen schweren Fall des Vergehens nach § 5 Abs. 2 Ges. v. 20. Dez. 1934 darstellt. Die strafbare Handlung, die gleichzeitig begangen oder angedroht wird, steht übrigens nicht im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz, sondern in dem der Tateinheit zu dem Verbrechen nach § 3 (vgl. für § 2 AbwehrVO. RG. a. a. O.). Verstoht der Täter auf Grund eines einheitlichen Vorsages sowohl gegen § 1 und § 2 AbwehrVO. (§ 5 Abs. 2 und § 3 des neuen Ges.), so ist nur ein fortgesetztes Verbrechen nach § 2 AbwehrVO. (§ 3 des neuen Ges.) gegeben (RG. a. a. O.).

Der Begriff des „Tragens“ von Uniformen und Abzeichen im Sinne der eben erwähnten Bestimmungen ist in Anlehnung an § 360 Biff. 8 StGB. zu gewinnen. Zum inneren Tatbestande gehört nicht eine Täuschungsabsicht (missverständlich Schwarz, Strafrechtl. NutzVO., Ann. 5 zu § 1 AbwehrVO.). Es genügt vielmehr, daß der Täter damit rechnet, durch das Tragen von Uniform oder Abzeichen den Anschein einer Berechtigung hierzu erwecken zu können (OG. Dresden, 2 Ost 174/33 v. 12. Dez. 1933, unveröffentlicht). Glaubt der Täter an seine Befugnis zum Tragen und handelt er dabei nicht fahrlässig, so bleibt er nach § 59 StGB. straffrei (vgl. Schöffl. Hirschberg: JW. 1934, 184 mit Ann. v. Böhmen). Nicht zu verwechseln mit Straftaten nach den genannten Bestimmungen sind die Fälle, in denen ein Pg. oder ein Mitglied einer Gliederung oder eines angeschlossenen Verbandes der NSDAP. entgegen internen Vorschriften Uniform oder Abzeichen trägt. Hier liegt eine strafbare Handlung überhaupt nicht vor, da sich die Strafbestimmungen nicht gegen die Mitglieder der geschützten Einheiten wenden, sondern bei vorhandener Mitgliedschaft die Berechtigung zum Tragen von Uniform und Abzeichen nach außen hin unterstellen. Derartige Fälle unterliegen, und das entspricht durchaus dem Willen des Gesetzgebers, nur disziplinarischer Ahndung (so auch Hamann: JW. 1933, 1705, II. a.).

Für die Zeit des Überganges von der AbwehrVO. zum Ges. v. 20. Dez. 1934 ist beinerlässig, daß für Straftaten, die vor dem 30. Dez. 1934 begangen worden sind und einen Tatbestand sowohl der AbwehrVO. als des Ges. v. 20. Dez. 1934 erfüllen, dieses Gesetz in Anwendung kommen soll, soweit es den Tatbestand milder beurteilt (VO. des NJM. v. 9. Jan. 1935, Deutsche Justiz 1935, 42). Dabei ist wichtig, daß die neuen Bestimmungen dort als das mildere Gesetz angesehen sind, wo sie im Gegensatz zur AbwehrVO. die Strafverfolgung von der Zustimmung des Stellvertreters des Führers oder des NJM. abhängig machen. Es handelt sich insoweit nicht um eine bloß prozessuale Voraussetzung (vgl. RGSt. 46, 269).

Zur Neuregelung des Gnadenwesens

Von Oberlandesgerichtsrat Dr. K. Schäfer, Berlin

ten Ziel ist seit der Machtergreifung in drei großen Etappen zurückgelegt worden.

a) Nach dem Recht der Weimarer Verfassung stand vor dem Umbruch dem Reich bekanntlich das Gnadenrecht nur bei Strafen zu, die von Gerichten oder mit Strafbefugnis ausgestatteten Verwaltungsbehörden des Reichs rechtmäßig festgesetzt waren, also im wesentlichen bei den Strafen, die das

Im Zuge der Verreichlichung hat nunmehr auch das Gnadenwesen durch den Erlass des Führers und Reichskanzlers über die Ausübung des Gnadenrechts v. 1. Febr. 1935 (RGBl. I, 74) und die dazu ergangenen Ausführungsbestimmungen, insbes. die Gnadenordnung des Reichsjustizministers vom 6. Febr. 1934 (Deutsche Justiz S. 203) eine umfassende rechtsrechtliche Regelung gefunden. Der Weg zu dem damit erreichte-

RG. wegen Hoch- und Landesverrats oder Verrats militärischer Geheimnisse im ersten und letzten Rechtszug verhängt hatte (§ 134 RG), bei Strafen, die gemäß § 72 des Ges. über die Konsulargerichtsbarkeit v. 7. April 1900 (RGBl. 213) der Konsul oder das Konsulargericht ausgesprochen hatte, bei Bestrafungen durch Marinebordgerichte und durch militärische Strafverfügung des Gerichtsherrn nach den Vorschriften der MilStG. i. Verb. m. Art. 106 RWerf., bei den Dienststrafen gegen Reichsbeamte (§ 118 RWG.) und schließlich bei den durch Strafverfügung oder Strafscheid der Reichsverwaltungsbehörden — z. B. der Reichsbahnbetriebsämter bei bahnpolizeilichen Zu widerhandlungen, der FinA. bei Steuerzu widerhandlungen, der Postbehörden bei Postgebührenhinterziehung — festgesetzten Strafen. Das dem Reich zustehende Gnadenrecht übte nach Art. 49 Abs. 1 RWerf. der Reichspräsident aus. Diese Vorschrift bezog sich nur auf das Begnadigungsrecht im engeren Sinn, d. h. das Recht zum Erlaß oder zur Milderung rechtskräftig erkannter Strafen. Das sog. Abolitionsrecht, d. h. das Recht zur Niederschlagung anhänger und zum Verbot der Einleitung neuer Verfahren, stand dem Reich in gleichem Umfang wie das Gnadenrecht bei rechtskräftig erkannten Strafen zu. Die Niederschlagung, sei es allgemein oder im Einzelfall, konnte indes in Ermangelung einer dem Art. 49 Abs. 1 entsprechenden Vorschrift nur durch Gesetz angeordnet werden. Auch Amnestien, d. h. allgemeine Gnadenerlaße oder Milderungen ohne Prüfung der Gnadenwürdigkeit im Einzelfall, konnten nach ausdrücklicher Vorschrift (Art. 49 Abs. 2 RWerf.) nur durch Reichsgesetz angeordnet werden, und zwar genügte nach überwiegender Auffassung¹⁾ ein einfaches Reichsgesetz nur in den Fällen, in denen die Ausübung des Gnadenrechts dem Reiche zustand, während ein verfassungänderndes Gesetz nötig war, wenn die Amnestie auch Strafen erfassen sollte, die in den Bereich der Gnadenhoheit der Länder fielen.

Soweit die Gnadenzuständigkeit des Reichs. Im übrigen — also in der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle — stand das Gnadenrecht den Ländern zu. Und zwar war ihnen nicht nur die Zuständigkeit zur Ausübung des Gnadenrechts übertragen, sondern es stand ihnen in Ermangelung rechtsrechtlicher Vorschriften auch das Recht, den Inhalt des Gnadenrechts zu bestimmen, zu. Dabei zeigten sich weitgehende landesrechtliche Verschiedenheiten. So erstreckte sich, um nur einige Punkte herauszugreifen, das Gnadenrecht in einzelnen Ländern nur auf Strafen, Nebenstrafen und Nebenfolgen unter Ausschluß der Sicherungs- und Besserungsmaßnahmen (so z. B. in Preußen), während es in anderen Ländern auch diese umfaßte. Sehr verschieden waren die Schranken, die in den einzelnen Ländern dem Niederschlagungsrecht gezogen waren. Ein besonders buntscheckiges Bild bot die Regelung der bedingten Begnadigung. Sie war teils als bedingter Straferlaß (ipso iure eintretender Straferlaß nach Ablauf der Probezeit), teils als bedingte Strafauflösung (bedingte Aussetzung der Strafvollstreckung und förmlicher Erlaß nach Ablauf der Bewährungsfrist) ausgestaltet; teils war sie bei Freiheits- und Geldstrafen, teils nur bei Freiheitsstrafen zulässig; ihre Handhabung lag teils in der Hand der Gerichte, teils in der Hand der Zentralbehörden, von den verfahrensrechtlichen Verschiedenheiten ganz zu schweigen.

b) Den ersten Schritt zu einer einheitlichen Ordnung des Gnadenwesens tat das Reichstatthaltergesetz v. 7. April 1933 (RGBl. I, 173), indem es die Ausübung des Gnadenrechts der Länder auf die Reichstatthalter (in Preußen auf den Reichskanzler) übertrug. Das Gnadenrecht blieb also auch weiterhin ein Landeshoheitsrecht, auch sein Inhalt unterlag weiterhin der Abgrenzung durch das Landesrecht, und nur die Person des zur Ausübung in den einzelnen Ländern Berufenen war einheitlich geregelt und einem Reichsorgan übertragen worden.

c) Mit dem Übergang aller Landeshoheitsrechte auf das Reich gemäß Art. 2 des Ges. über den Neuaufbau des Reichs v. 30. Jan. 1934 (RGBl. I, 75) ist auch das Gnadenrecht der Länder auf das Reich übergegangen; nach Art. 49 Abs. 1 der

Weimarer Verfassung wurde es vom Reichspräsidenten ausgeübt. Da diese Vorschrift, wie oben erwähnt, sich nur auf das Begnadigungsrecht im engeren Sinne bezog, fehlte es an einer Bestimmung über die Ausübung des Niederschlagungsrechts, das als Hoheitsrecht der Länder ebenfalls auf das Reich übergegangen war. Diese Lücke wurde ausgefüllt durch Art. 2 des ersten Ges. zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich v. 16. Febr. 1934 (RGBl. I, 91), wonach der Reichspräsident neben dem Begnadigungsrecht (im engeren Sinn) das Recht der Niederschlagung ausübt; gleichzeitig bestimmte Art. 2 a. a. O., daß Amnestien — generelle Niederschlagung wie genereller Erlaß oder sonstige Milderung von Strafen — eines Reichsgesetzes bedürften. Damit war also das Erfordernis eines besonderen die Niederschlagung anordnenden Gesetzes, das sowohl noch Reichsrecht (für die zur Gnadenzuständigkeit des Reichs gehörigen Sachen) als auch noch dem Recht einer Reihe von Ländern bis dahin bestand, weggefallen, soweit es sich um die Niederschlagung eines einzelnen Verfahrens handelt. Daß Amnestien nur durch Gesetz angeordnet werden konnten, entsprach dem bis dahin geltenden Reichsrecht, bedeutete aber eine Abweichung z. B. von dem in Preußen geltenden Recht, wo durch Ges. v. 22. Juli 1933 (GS. 270) die Vorschrift, daß preußische Amnestien eines Gesetzes bedürften, aufgehoben worden war. Durch Art. 2 a. a. O. verlor Art. 49 RWerf. in vollem Umfang seine Bedeutung.

Durch Erlaß v. 3. Febr. 1934 (RGBl. I, 82) behielt sich der Reichspräsident die Ausübung des Begnadigungsrechts (im engeren Sinn) bei Soldaten und Wehrmachtsbeamten und für ausdrücklich von ihm bezeichnete Einzelfälle vor und übertrug sie im übrigen auf die Reichstatthalter, für Preußen auf den Reichskanzler, der seinerseits seine Befugnisse auf den preußischen Ministerpräsidenten weiter übertrug. Die Ausübung des Niederschlagungsrechts hat sich der Reichspräsident durch Erlaß v. 21. März 1934 (RGBl. I, 211) vorbehalten bei Straftaten, die nach dem 21. März 1934 begangen wurden, und sie im übrigen — mit dem gleichen Vorbehalt bezüglich der Soldaten und Wehrmachtsbeamten und bestimmter Einzelfälle wie in dem Erlaß v. 3. Febr. 1934 — ebenfalls auf die Reichstatthalter, für Preußen auf den Reichskanzler, übertragen; auch hier übertrug der Reichskanzler seine Befugnisse auf den preußischen Ministerpräsidenten. Durch Erlaß des Führers und Reichskanzlers v. 14. Aug. 1934 (RGBl. I, 773) wurden diese Übertragungen bestätigt.

d) Durch das dritte Ges. zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich v. 24. Jan. 1935 (RGBl. I, 68) ist die endgültige Vereinlichung der Rechtspflege angeordnet worden. Damit hat das Reich den Justizverwaltungsunterbau erhalten, dessen Mangel bisher die zentrale Ausübung des Gnadenrechts bei gerichtlich erkannten Strafen gehindert hatte. Damit war der Zeitpunkt für eine Neuordnung der Zuständigkeit zur Ausübung des Gnadenrechts gegeben. Die Grundlage dafür bildet § 8 des neuen Reichstatthaltergesetzes v. 30. Jan. 1935 (RGBl. I, 65), der in Wiederholung des Art. 2 des ersten Rechtspflegeüberleitungsges. vom 16. Febr. 1934 bestimmt: „Das Gnadenrecht steht dem Führer und Reichskanzler zu. Er übt es selbst aus oder überträgt die Ausübung anderen Stellen mit dem Rechte der Weiterübertragung.“

Unter „Gnadenrecht“ ist hier sowohl das Recht zum Erlaß und zur Milderung rechtskräftig erkannter Strafen wie das Niederschlagungsrecht zu verstehen. Insoweit hat daher Art. 2 des Ges. v. 16. Febr. 1934 seine Bedeutung verloren. Dagegen ist die dort enthaltene Vorschrift, daß Amnestien eines Gesetzes bedürfen, bei Bestand geblieben (vgl. dazu das Ges. über Straffreiheit für das Saarland v. 28. Febr. 1935 [RGBl. I, 309]).

Auf Grund des § 8 Reichstatthaltergesetzes hat der Führer und Reichskanzler in dem Erlaß v. 1. Febr. 1935 (RGBl. I, 74) zunächst über die Ausübung des Gnadenrechts in Strafsachen und Dienststrafsachen Bestimmung getroffen. Unter Strafsachen sind dabei, wie sich aus dem Inhalt des Erlasses, insbesondere aus II 5 und 6 ergibt, wo von Ordnungsstrafen und den von Verwaltungsgerichten verhängten Strafen

¹⁾ Vgl. im einzelnen Grau-Schäfer, Preuß. Gnadenrecht S. 64 f.

die Riede ist, keineswegs nur kriminelle Strafsachen zu verstehen; vielmehr bezieht sich die Regelung des Erlasses vom 1. Febr. 1935 außer auf Dienststrafen auf alle kraft obrigkeitslicher (aus der Staatsgewalt abgeleiteter) Strafbefugnis festgesetzten Strafen, gleichviel, welche Stelle sie verhängt hat, mit alleiniger Ausnahme der ehrengerichtlichen Strafen. Über die Ausübung des Gnadenrechts in Ehrengerichtssachen der Rechtsanwälte hat der Führer und Reichskanzler inzwischen durch Erlass v. 27. Febr. 1935 (Deutsche Justiz S. 356) Bestimmung getroffen; im übrigen, insbesondere auch was die Zuständigkeit zur Ausübung des Gnadenrechts bei der sozialen Ehrengerichtsbarkeit der Arbeit und des Handwerks anlangt, sind Anordnungen des Führers und Reichskanzlers noch nicht ergangen.

Im einzelnen ist über den Inhalt der Neuregelung des Gnadenwesens folgendes zu sagen.

A. Zuständigkeit zur Ausübung des Gnadenrechts

I. In den Erlassen v. 1. Febr. 1935 (RGBl. I, 74) und v. 27. Febr. 1935 (Deutsche Justiz S. 356) hat der Führer und Reichskanzler die Entschließung über die Ausübung des Begnadigungsrechts teils sich selbst vorbehalten, teils auf nachgeordnete Stellen übertragen.

1. Der Führer und Reichskanzler hat sich die Entschließung über die Ausübung des Gnadenrechts (also sowohl die Erteilung wie die Ablehnung von Gnadenerweisen) vorbehalten

a) bei Todesstrafen, wo nach § 453 StPO. eine Vollstreckung erst möglich ist, wenn der Inhaber des Gnadenrechts eine Begnadigung ablehnt hat;

b) bei Strafen wegen Hoch- und Landesverrats. Da der Sinn dieses Vorbehaltts offenbar der ist, daß der Führer und Reichskanzler, wie bei schwersten Angriffen gegen das Einzelleben, so auch bei schwersten Angriffen gegen das Gemeinschaftsleben, selbst die Entscheidung treffen will, sind unter „Hoch- und Landesverrat“ nicht alle in den Abschnitten „Hochverrat“ (§§ 80—85 StGB.) und „Landesverrat“ (§§ 88 bis 92 f. StGB.) bedrohten Straftaten, sondern nur diejenigen davon zu verstehen, die nach Art. III § 3 Ges. zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens v. 24. April 1934 (RGBl. I, 30) zur Zuständigkeit des Volksgerichtshofs gehören, also die Fälle des Hochverraths nach §§ 80—84 und des Landesverraths nach §§ 89—92 StGB., gleichviel, ob das RG., der Volksgerichtshof oder das OVG. entschieden hat, an das das Verfahren gemäß Art. III § 4 Ges. v. 24. April 1934 abgegeben worden ist (so auch Richter: Deutsche Justiz 1935, 251 f.);

c) bei Strafen gegen Soldaten und Wehrmachtsbeamte, wenn auf Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten erkannt ist;

d) bei anderen Strafen, wenn der Führer und Reichskanzler allgemein oder im Einzelfall die Entschließung sich vorbehalten hat.

Weiterhin hat sich der Führer und Reichskanzler vorbehalten

e) bei unmittelbaren Reichsbeamten die Aufhebung eines auf Dienstentlassung lautenden Disziplinarurteils, die Zuerkennung eines im Disziplinarurteil nicht ausgesprochenen Teilruhegehalts, die Erhöhung eines zugebilligten Teilruhegehalts und schließlich die Beseitigung der beamtenrechtlichen Folgen einer strafgerichtlichen Verurteilung, d. h. des Amts- und Ruhegehaltsverlustes, der nach §§ 31 ff. StGB. oder nach den §§ 32, 33 VRAndG. v. 30. Juni 1933 (RGBl. I, 433) als Folge eines Strafurteils eintritt. Die kraft Gesetzes oder kraft ausdrücklichen Ausspruchs im Strafurteil eintretende Amtsunfähigkeit gehört nicht zu den beamtenrechtlichen Folgen im Sinne des Erlasses (vgl. hierzu Wittland: Deutsche Justiz 1935, 289);

f) die gnadenweise Aufhebung der Strafe der Ausschließung von der Rechtsanwaltschaft;

g) die Anordnung der Niederschlagung

a) von Strafverfahren, die zur Zuständigkeit der Gerichte — und zwar sowohl der zum Bereich der Justizverwaltung gehörenden Gerichte wie der Militärgerichte — gehören,

gleichviel, ob das Verfahren bereits gerichtlich anhängig ist oder nicht. Es erhebt sich hier die Frage, ob auch diejenigen Strafverfahren „zur Zuständigkeit der Gerichte“ gehören, die im Verwaltungsweg durchgeführt werden, vorbehaltlich des Rechtes des Beschuldigten, gegen die Straffestsetzung — z. B. durch polizeiliche Strafverfügung (§ 413 StPO.) oder durch Strafbeschluß der Verwaltungsbehörde (§ 419 StPO., § 447 RABG., §§ 34 ff. PostG.) — den ordentlichen Richter anzurufen. Diese Frage ist zu bejahen; maßgebend ist nur, ob es sich um ein Strafverfahren handelt, das in abstracto zur Zuständigkeit der Gerichte gehört. In diesem Sinne war auch, wie von keiner Seite bezweifelt worden ist, der § 11 StraffreiheitG. v. 20. Dez. 1932 (RGBl. I, 559) zu verstehen, wonach die Amnestie sich auf die „zur Zuständigkeit der Gerichte gehörenden Strafsachen“ erstreckte, und es besteht kein Grund, im vorliegenden Falle die Frage anders zu beantworten (vgl. dazu aber unten unter II);

b) von solchen Dienststrafverfahren, die bereits bei Dienststrafgerichten anhängig sind, hier ohne Rücksicht darauf, ob sich das Verfahren gegen einen unmittelbaren Reichsbeamten, einen unmittelbaren Landesbeamten, einen Gemeinde- oder einen sonstigen Beamten richtet;

c) von ehrengerichtlichen Verfahren gegen Rechtsanwälte. Die Vorbereitung der Entschließungen des Führers und Reichskanzlers liegt den zuständigen Fachministern (vgl. die unter II folgenden Darlegungen) ob.

2. Von diesen Vorbehalten abgesehen, ist (unter II des Erlasses) die Befugnis zur Erteilung von Gnadenerweisen wie zur Ablehnung von Gnadengesuchen (einschließlich der Niederschlagungsgeweise) teils auf die roßmäßig zuständigen Reichsminister, teils auf die Reichsstatthalter für Preußen den Ministerpräsidenten) mit dem Rechte der Weiterübertragung übertragen worden, und zwar

a) für die zur Zuständigkeit der Gerichte gehörigen Sachen grundsätzlich auf den Reichsminister der Justiz. Auf Grund der ihm hiermit erteilten Ernächtigung hat der Reichsjustizminister die Ausübung des Gnadenrechts im Bereich der Justizverwaltung durch die Gnadenordnung vom 6. Febr. 1935 eingehend geregelt. Näheres hierüber unter C.

b) für die zur Zuständigkeit der Militärgerichte gehörigen Sachen auf den Reichswehrminister. Der Bereich der Militärgerichtsbarkeit ergibt sich aus § 1 MilStG. (in der Fassung v. 4. Nov. 1933 [RGBl. I, 924]). Die Zuständigkeit des Reichswehrministers ist auch dann gegeben, wenn ausnahmsweise gemäß § 4 MilStG. ein Soldat oder Wehrmachtsbeamter wegen der Beteiligung an einer Straftat, an der auch Zivilpersonen beteiligt sind, den bürgerlichen Behörden übergeben worden ist. Soweit dagegen gemäß § 3 MilStG. die Aburteilung von Militärpersonen den allgemeinen Behörden zusteht (bei Steuerzuwiderhandlungen und den nur mit Geldstrafe bedrohten Zuwidderhandlungen gegen sonstige Finanzgesetze sowie gegen Polizei-, Jagd- und Fischereigesetze), richtet sich auch die Gnadenzuständigkeit nach den allgemeinen Vorschriften.

Durch ausdrückliche Vorschrift ist die Gnadenzuständigkeit des Reichswehrministers auch auf diejenigen Strafen ausgedehnt worden, die gegen Soldaten und Wehrmachtsangehörige vor der allgemeinen Wiedereinführung der Militärgerichtsbarkeit (1. Jan. 1934) von den bürgerlichen Gerichten verhängt worden sind. Und zwar erstreckt sich diese erweiterte Zuständigkeit auch auf die früher erkannten Strafen wegen solcher Zuwidderhandlungen, deren Aburteilung auch jetzt noch den bürgerlichen Behörden zusteht;

c) für Steuerzuwiderhandlungen (einschließlich Zollzuwiderhandlungen), für Zuwidderhandlungen gegen Finanzmonopole und für Zuwidderhandlungen gegen Ein- und Ausfuhrverbote dem Reichsminister der Finanzen, gleichviel, ob es sich um Reichs- oder Landessteuergesetze handelt und ob die Strafe durch Strafbeschluß des FinA. (Hauptzollamt) nach den Vorschriften der RABG. oder durch Strafbeschluß der Verwaltungsbehörde gemäß § 419 StPO. oder durch das ordentliche Gericht verhängt worden ist. Diese Regelung entspricht dem bisher in Preußen geltenden Recht, wonach die Ausübung des Gnadenrechts bei Steuerzuwiderhandlungen und

den übrigen vorgenannten Straftaten dem preußischen Finanzminister übertragen war (vgl. § 45 Abs. 2 preuß. Strafvollstreckungs- und Gnadenrecht v. 1. Aug. 1933 [Ges. 293]).

Unter Finanzmonopolen im Sinne dieser Bestimmung sind Bevorrechtigungen des Staates zur ausschließlichen Herstellung, Beschaffung oder Verteilung gewisser Verbrauchsartikel mit der Nebenabsicht der Erhebung einer (indirekten) Verbrauchsteuer zu verstehen. Solche Monopole sind das Zündwarenmonopol (Ges. v. 29. Jan. 1930 [RGBl. I, 11]) und das Branntweinmonopol (Ges. v. 8. April 1922 [RGBl. I, 405] in seiner jetzt geltenden Fassung); Hervorhebung verdient dabei, daß Zuwiderhandlungen gegen die Strafschriften des Branntweinmonopols, ohne Ausnahme der Gnadenzuständigkeit des Finanzministers unterliegen, während nach preußischem Recht die Zuwiderhandlungen gegen die §§ 134 bis 143 ausdrücklich ausgenommen waren. Wegen der Bedeutung des Begriffs „Ein- und Ausführerverbote“ dürfen wohl Ausführungsbestimmungen zu erwarten sein.

In Preußen hatte der Finanzminister einen Teil seiner Gnadenbefugnisse hinsichtlich gerichtlich erkannter Strafen, nämlich das Recht zur Gewährung von Strafanstand und von bedingter Strafaussetzung, den Justizbehörden weiter übertragen; eine entsprechende Übertragung durch den Reichsfinanzminister ist bisher nicht erfolgt.

Die Zuständigkeit des Reichsfinanzministers ist — abgesehen von den oben unter b erwähnten Fällen des § 4 Mül-StGö. — die einzige Ausnahme von dem Grundsatz, daß die Ausübung des Gnadenrechts in Sachen, die zur Zuständigkeit der allgemeinen Gerichte gehören, dem Reichsminister der Justiz zusteht. Weitere Ausnahmen, wie sie das preußische Recht aufwies, wonach auch noch anderen Fachministern, insbesondere dem Minister des Innern, Gnadenbefugnisse hinsichtlich gerichtlich erkannter Strafen übertragen waren (vgl. § 45 des preuß. Strafvollstreckungs- und Gnadenrechts vom 1. Aug. 1933 i. d. Fass. der Bd. v. 17. Aug. 1934 [Ges. 377]), sieht der Erlass v. 1. Febr. 1935 nicht vor;

d) für Strafen, die durch rechtskräftige Verfügung der Polizei- oder anderer Verwaltungsbehörden verhängt sind, den Reichsministern, die die Dienstaufsicht über diese Behörden führen. Hier ist an die kriminellen Strafen zu denken, die von den Polizeibehörden gemäß §§ 413 ff. StPO. oder von anderen dazu ermächtigten Behörden durch polizeiliche Strafverfügung, und die von den Verwaltungsbehörden wegen Gesällzuwiderhandlungen durch Strafbescheid gemäß §§ 419 ff. StPO., §§ 34 ff. PostG., rechtskräftig festgesetzt worden sind.

Durch Erlass v. 23. Febr. 1935 (RGBl. I, 316) hat der Reichsminister des Innern für Strafen, die durch rechtskräftige Verfügung von seiner Dienstaufsicht unterstehenden Polizei- oder anderen Verwaltungsbehörden verhängt sind, die Befugnis zur Erteilung von Gnadenerweisen und zur Ablehnung von Gnadenbesuchen in Preußen auf die Regierungspräsidenten, im Saarland auf den Reichskommissar für die Rückgliederung des Saarlandes und in den übrigen Ländern auf die Reichsstatthalter übertragen, und zwar bei den Reichsstatthaltern mit dem Recht zur Weiterübertragung ihrer Befugnisse;

e) für Ordnungsstrafen den Reichsministern, zu deren Geschäftsbereich die Stellen gehören, die die Ordnungsstrafen verhängt haben. Unter Ordnungsstrafen sind alle nicht-kriminellen Kraft obrigkeitslicher Strafgewalt als Sühne für begangene Ordnungswidrigkeit verhängten Strafen zu verstehen, gleichviel ob die Ordnungsstrafe von einem Gericht, einer Verwaltungsbehörde oder einer sonstigen mit Ordnungsstrafgewalt ausgestatteten Stelle festgesetzt worden ist, ob sie in einer Vermögenseinbuße, in Freiheitsentzug oder einem sonstigen Übel besteht und welcher Kasse sie, wenn es sich um eine Geldstrafe handelt, zufliest. Nicht hierher gehören, wie man annnehmen muß, die von Verwaltungsgerichten verhängten Ordnungsstrafen, da für die von diesen ausgesprochenen Strafen — dazu dürfen auch die Ordnungsstrafen gehören — in II 6 des Erlasses eine besondere Regelung getroffen worden ist (vgl. unten zu f). Keine Ordnungsstrafen im Sinne der Vorschrift sind die in § 413 RAbGö. bei Zuwiderhand-

lungen gegen die im Interesse der Besteuerung erlassenen Vorschriften angedrohten Ordnungsstrafen; hier handelt es sich vielmehr um kriminelle Strafen, für die der Reichsfinanzminister nach II 3 des Erlasses zuständig ist.

Zu den Ordnungsstrafen, die die allgemeinen Gerichte verhängen, gehören u. a. die Strafen gegen Zeugen, die ausgeblieben sind oder das Zeugnis oder die Eidesleistung unberechtigt verweigern (§§ 51 Abs. 1, 70 Abs. 1 StPO.; §§ 380 Abs. 1, 390 Abs. 1 ZPO.) und die gemäß § 890 ZPO. gegen solche Schuldner festgesetzten Strafen, die der ihnen auferlegten Duldsungs- oder Unterlassungspflicht zumünderhandeln. Zu den Ordnungsstrafen, die von Verwaltungsbehörden festgesetzt werden, gehören z. B. auch die Geldbußen und die zeitige Überkennung des Bürgerrechts, die nach § 23 Deutsche Gem. v. 30. Jan. 1935 (RGBl. I, 49) gegen Bürger verhängt werden können, die ohne wichtigen Grund eine ehrenamtliche Tätigkeit ablehnen. Als Beispiele für Ordnungsstrafen, die von anderen Stellen verhängt sind, mag auf die von den Versicherungsträgern in der Sozialversicherung (z. B. nach §§ 1488 ff. RWD.) verhängten Ordnungsstrafen hingewiesen werden oder auf diejenigen Strafen, die von den Vorsitzenden gewisser wirtschaftlicher Zwangsverbände, z. B. von dem Vorsitzenden der Wirtschaftlichen Vereinigung der Kartoffelslockenhersteller auf Grund der Satzung (veröffentlicht in RGBl. 1934, I, 1074) ausgesprochen werden können. Wenn bisher noch ein Zweifel bestehen könnte, ob Strafen dieser Art dem staatlichen Begnadigungsrecht unterliegen (vgl. dazu meine Ausführungen in JW. 1935, 557 ff.), so können diese Bedenken jetzt keinesfalls mehr aufrechterhalten werden. Schon der Wortlaut von II 5 des Erlasses: „für Ordnungsstrafen den Reichsministern, zu deren Geschäftsbereich die Stellen gehören, die die Ordnungsstrafen verhängt haben“ — im Gegensatz etwa zu II 4 a. a. D.: „für Strafen, die durch rechtskräftige Verfügung der Polizei- oder anderer Verwaltungsbehörden verhängt sind, den Reichsministern, die diese Dienstaufsicht über diese Behörden führen“, läßt deutlich erkennen, daß die Regelung in II 5 des Erlasses auch die Ordnungsstrafen solcher Stellen umfaßt, die nicht die Eigenschaft einer Verwaltungsbehörde haben und die, weil sie nicht in den staatlichen Behördenaufbau eingegliedert sind, nicht der Dienstaufsicht eines Reichsministers unterstellt zu sein brauchen.

Den Gegensatz zu den Ordnungsstrafen bilden die Erzwingungs-(Beuge-)Strafen, die nur das Ziel kennen, ein bestimmtes Verhalten zu erzwingen. Sie dürfen, wenn der Pflichtige die geschuldete Leistung erbracht hat, selbst dann nicht mehr vollstreckt werden, wenn er sich erst nach rechtskräftiger Festsetzung der Beugestrafe auf seine Pflicht bejammert hat. Dieser Grundsatz ist in einer Reihe neuerer Gesetze (vgl. z. B. § 56 Abs. 1 Satz 5 PrPolVerwG. v. 1. Juni 1931 [Ges. 77]; § 45 Abs. 4 Ges. über das Kreditwesen v. 5. Dez. 1934 [RGBl. I, 1203]) ausdrücklich ausgesprochen, in anderen Fällen, z. B. bei den in § 132 RJGö. vorgesehenen, dort einer veralteten Terminologie entsprechend noch als „Ordnungsstrafen“ bezeichneten Strafen zur Erzwingung bestimmter, aus dem HGB. sich ergebender Pflichten wenigstens in der Rechtsprechung anerkannt (vgl. wegen der leitgenannten Strafen Gutachten des AG. v. 7. Jan. 1929, abgedr. in PrJMBL. 1929, 36). Bei diesen Beugestrafen kommt, solange ihr Zweck, die Handlung zu erzwingen, noch nicht erreicht ist, eine Begnadigung der Natur der Sache nach regelmäßig nicht in Betracht²⁾; ist der Zweck aber erreicht, so ist für eine Begnadigung kein Raum, weil eine Vollstreckung, die durch Begnadigung verhindert werden könnte, nicht mehr zulässig ist. Soll jedoch durch die Strafe ein Unterlassen, also die Erfolgung eines Verbotes, erzwungen werden, so muß regelmäßig im Falle der Zuwiderhandlung eine Vollstreckung auch dann noch zulässig sein, wenn der Pflichtige von weiteren Zuwidern

²⁾ Anders z. B. § 47 Abs. 2 Ges. über das Kreditwesen v. 5. Dez. 1934, wonach — obwohl eine Vollstreckung trotz rechtskräftiger Festsetzung nicht zulässig ist, wenn der Pflichtige nachträglich dem Gebot entspricht — die Reichsregierung befugt ist, auch festgesetzte Erzwingungsstrafen ganz oder teilweise zu erlassen.

handlungen endgültig Abstand nimmt. In diesen Fällen ist die Strafe, wenn sie nicht überhaupt eine Ordnungsstrafe ist — dient sie doch jetzt auch dazu, den Pflichtigen zu bestrafen, weil er seiner Pflicht zuwidergehandelt hat —, doch jedenfalls gnadenrechtlich wie eine Ordnungsstrafe zu behandeln; sie unterliegt daher nach II 5 dem Gnadenrecht des zuständigen Fachministers. Das gleiche gilt bei Beugestrafen, die die Verfolgung eines Gebotes erzwingen sollen, soweit sie ausnahmsweise nach rechtskräftiger Festsetzung auch dann noch vollstreckt werden können, wenn ihr Ziel bereits erreicht ist.

Für Ordnungsstrafen im Bereich der Justizverwaltung gelten die Bestimmungen der Gnadenordnung v. 6. Febr. 1935 (unten unter C). Die Ausübung des Gnadenrechts bei Ordnungsstrafen der Stellen innerhalb seines Geschäftsbereiches hat der Reichsminister des Innern in dem Erlass v. 23. Febr. 1935 in gleicher Weise weiter übertragen wie bei den durch Strafsverfügung (-bescheid) festgesetzten Strafen der Polizei und anderer Verwaltungsbehörden (s. oben zu d);

f) für von Verwaltungsgerichten verhängte Strafen — abgesehen von Dienststrafen — den Reichsministern, die die Dienstaufsicht über die Verwaltungsgerichte führen. Hier ist wohl an die von den Verwaltungsgerichten verhängten Ordnungsstrafen und Beugestrafen, die dem Gnadenrecht zugänglich sind, zu denken. Auch hier ist, soweit es sich um Verwaltungsgerichte handelt, die der Dienstaufsicht des Reichsministers des Innern unterstehen, die gleiche Übertragung der Ausübung des Gnadenrechts wie bei verwaltungsmäßig festgesetzten Strafen und Ordnungsstrafen im Bereich der inneren Verwaltung erfolgt;

g) für Dienststrafsachen — mit dem oben unter 1 e und f erwähnten Vorbehalten — bei unmittelbaren Reichsbeamten den zuständigen Obersten Reichsbehörden;

h) für Dienststrafsachen und für Amts- und Ruhegehaltsverlust, der auf einem Strafurteil beruht, bei unmittelbaren Landesbeamten in Preußen dem Ministerpräsidenten, in den übrigen Ländern den Reichsstatthaltern, soweit sich nicht der zuständige Reichsminister für bestimmte Fälle die Entschließung vorbehält, für die Kommunalbeamten dem Reichsinnenminister, und für die übrigen Beamten den für die Dienstaufsicht zuständigen Reichsministern. Was die unmittelbaren Landesbeamten anlangt, so hat sich in Preußen der Ministerpräsident die Aufhebung eines auf Dienstentlassung lautenden Urteils und die Beseitigung der beamtenrechtlichen Folgen einer strafgerichtlichen Verurteilung vorbehalten; für die außerpreußischen Länder hat der Reichsinnenminister von der ihm erteilten Ermächtigung Gebrauch gemacht und sich in dem gleichen Umfang wie der preußische Ministerpräsident die Entschließung vorbehalten (näheres in der „Anordnung über die Ausübung des Gnadenrechts in Dienststrafsachen“ des Reichsinnenministers v. 21. Febr. 1935 [RGBl. I, 213]);

i) in Ehrengerichtssachen der Rechtsanwälte dem Reichsminister der Justiz.

II. Vorschriften über die Zuständigkeit zur Erteilung von Gnadenerweisen sind auch in einer Reihe früherer gesetzlicher Bestimmungen enthalten. So kann z. B. nach § 477 RAbG. in Verbindung mit der VO. über das Verwaltungsstrafverfahren bei Steuerzuwiderhandlungen v. 5. Mai 1934 (RGBl. I, 373) der Reichsfinanzminister Verwaltungsstrafverfahren niederschlagen und durch Strafbescheid der Finanzbehörden rechtskräftig erkannte Strafen erlassen. Soweit solche Vorschriften sich inhaltlich mit dem Gnadenerlaß des Führers und Reichskanzlers decken, haben sie ihre Bedeutung verloren. Daher ist § 477 RAbG. insoweit gegenstandslos, als er dem Reichsfinanzminister die Befugnis zum Erlass von rechtskräftig im Verwaltungswege festgesetzten Steuerstrafen zuspricht; das gleiche gilt z. B. für den bereits in anderem Zusammenhang erwähnten § 47 Abs. 2 Ges. über das Kreditwesen v. 5. Dez. 1934, wonach die Reichsregierung die auf Grund der Vorschriften dieses Gesetzes festgesetzten Erzwingungs- und Ordnungsstrafen erlassen kann. Soweit dagegen die gesetzlichen Bestimmungen Regelungen treffen, die in gewissem Umfang von der Regelung des Gnadenerlasses v. 1. Febr. 1935 abweichen, wird man nicht ohne weiteres annehmen können, daß

sie insoweit aufgehoben seien. Wenn § 477 Abs. 1 RAbG. dem Reichsfinanzminister die Befugnis gibt, von der Einleitung oder Durchführung eines Verwaltungsstrafverfahrens abzusehen, so weicht diese Vorschrift zwar von der Bestimmung des Erlasses v. 1. Febr. 1935 ab, wonach die Anordnung der Niederschlagung von Strafverfahren, die zur Zuständigkeit der Gerichte gehören (s. dazu oben unter I g a) dem Führer und Reichskanzler zusteht. Da aber § 477 RAbG. nicht zu den Vorschriften gehört, die im Eingang des Erlasses v. 1. Febr. 1935 förmlich aufgehoben sind, so ergibt sich aus dem Auslegungsgrundsatz, wonach das spätere allgemeine Gesetz frühere Sonderregelungen im Zweifel bestehen läßt, daß § 477 RAbG. insofern unberührt bleibt.

Hierbei ist auf folgendes hinzuweisen: Ein Gnadenakt (gnadenweise Niederschlagung oder Erlass) liegt nicht vor, wenn das allgemeine Straf- oder Verfahrensrecht die mit der Verfolgung oder Straffestsetzung betrauten Behörden ermächtigt, beim Vorliegen bestimmter Umstände von der Verfolgung der Tat, von der Verhängung oder der Vollstreckung einer Strafe abzusehen. Das ist z. B. der Fall, wenn § 2 Teil 6 Kap. I der VO. v. 6. Okt. 1931 (RGBl. I, 537) die Verfolgung von Übertretungen nur zuläßt, falls das öffentliche Interesse es erfordert, oder wenn § 153 Abs. 2 StPO. der Staatsanwaltschaft gestattet, von der Verfolgung von Vergehen wegen Geringfügigkeit abzusehen. Ebensovenig liegt eine Begnadigung vor, wenn für das Einschreiten mit Strafen und ihre Vollstreckung nicht das Legalitätsprinzip gilt, sondern Verhängung und Vollzug dem pflichtgemäßen Ermessens der Behörden überlassen worden ist (wie bei den meisten Ordnungsstrafen). Es liegt dann also ein Akt der Gnade weder vor, wenn die Behörde oder Stelle von der Verhängung einer Ordnungsstrafe Abstand nimmt, noch dann, wenn sie (soweit das Gesetz es gestattet) die Straffestsetzung von Amts wegen oder auf Veranlassung der Aufsichtsbehörde zurücknimmt. In V der Anordnung des Reichsinnenministers über die Ausübung des Gnadenrechts in Dienststrafsachen v. 21. Febr. 1935 ist demgemäß ausdrücklich hervorgehoben, daß die Vorschriften über die Einstellung von förmlichen Dienststrafverfahren durch die obersten Dienstbehörden (z. B. nach §§ 98, 101 RABG.; § 41 PrWDStrO.), da diese im Rechtsinne keine Niederschlagung darstellen, ebenso unberührt blieben wie die, die dem Dienstvorgesetzten oder der höheren Behörde das Recht gewähren, eine im nichtförmlichen Verfahren verhängte Dienststrafe aufzuheben (z. B. § 19 PrWDStrO.).

Diese Ausführungen leiten schon über zu den Grörerungen über

B. Inhalt und Umfang des Gnadenrechts nach der Neuordnung

1. Weder der § 8 ReichsstatthalterG. noch der Erlass des Führers und Reichskanzlers v. 1. Febr. 1935 enthalten eine Begriffsbestimmung des Inhalts des Gnadenrechts. Gleichwohl geben die Erlasses v. 1. und 26. Febr. 1935 auf die Frage danach eine deutliche Antwort.

Visher war der Inhalt des Landesgnadeurechts lebhaft umstritten. Die früher weitans herrschende Meinung sah bekanntlich in der Begnadigung einen Verzicht des Staates auf seinen durch die Straftat begründeten Strafan spruch; diese Auffassung hatte namentlich in der Rechtsprechung der höchsten Gerichte Anerkennung gefunden (vgl. RGSt. 33, 211; 50, 388; 52, 150; 53, 68; RJH. 14, 169 und der EGH. für Rechtsanwälte in „Deutsche Justiz“ 1934, 328³⁾). Aus dieser Auffassung ergab sich, daß eine Begnadigung dann begrifflich nicht mehr möglich war, wenn ein staatlicher Strafan spruch nicht mehr bestand, weil er bereits verwirklicht oder sonst erloschen war. Deshalb keine Begnadigung, wenn die Freiheitsstrafe verbüßt, die Geldstrafe bereits bezahlt oder

³⁾ Auch § 42 des preuß. Strafvollstreckungs- und Gnadenrechts v. 1. Aug. 1933 bezeichnete die Begnadigung als einen „Verzicht auf den rechtskräftig erkannten Strafan spruch“; es ist aber nicht anzunehmen, daß sich das Gesetz damit zu den im Text erörterten Folgerungen, die aus der Würdigung als Verzicht gemeinhin gezogen werden, hat bekennen wollen.

beigetrieben war. Begnadigung war von diesem Standpunkt aus ferner nicht möglich, wenn der Verurteilte bereits verstorben war. Trotz Vollstreckung oder Tod des Verurteilten kann aber, wie die Erfahrung gezeigt hat, ein praktisches Bedürfnis für einen Gnadenakt bestehen, und zwar namentlich dann, wenn sich nachträglich herausstellt, daß die Verurteilung zu Unrecht erfolgt ist, die formellen Voraussetzungen des Wiederaufnahmeverfahrens aber nicht gegeben sind. Vor allem aber war nach der Verzichtstheorie eine Begnadigung nicht möglich, wenn die Strafe in dem Verlust einer durch einen besonderen Erwerbsakt erlangten Rechtsstellung bestand, wenn also z. B. das Straferkenntnis den Verlust eines von dem Verurteilten bekleideten Amtes, eines Ordens, eines Titels oder einer Würde kraft Gesetzes zur Folge hatte. In einem solchen Falle tritt der Verlust des Amtes usw. mit der Rechtskraft des Urteils ein; dieses ist damit insoweit vollstreckt und deshalb — vom Standpunkt der Verzichtstheorie aus — ein Gnadenersatz, der auf Beseitigung dieser Rechtsfolgen gerichtet wäre, ohne weiteres ausgeschlossen. Hier blieb, wollte man die Urteilsfolgen ausgleichen, nur der Weg einer erneuten Anstellung, erneuter Verleihung des Ordens oder Titels, ein Weg, der z. B. verschlossen war, wenn Orden und Titel dieser Art nicht mehr verliehen würden. Zu dem gleichen Ergebnis, wie die Verzichtstheorie, führt die gelegentlich (vgl. Nachweise bei Grau-Schäfer S. 50) vertretene sog. Befehlstheorie, die in dem Gnadenakt einen Befehl der Staatsgewalt an die zuständigen Behörden erbläßt, daß eine Strafverfolgung oder Strafvollstreckung unterbleibe: ein solcher Befehl ist nur möglich, solange ein Strafan spruch noch besteht.

Demgegenüber sahen andere den Inhalt des Gnadenrechts darin, daß die Gnade dem Verurteilten die Wiedereinführung in den vorigen Stand gegen die Folgen des Strafurteils gewähren könne, daß, mit anderen Worten, der Träger des Gnadenrechts alle unmittelbaren Rechtsfolgen der Verurteilung so beseitigen könne, als seien sie gar nicht eingetreten (sog. Restitutionstheorie). Danach also war der Träger des Gnadenrechts befugt, denjenigen, der seines Amtes durch Strafurteil verlustig gegangen war, in dieses wieder einzuführen, soweit nicht rechtliche Hindernisse dem entgegenstanden, wie etwa in dem Falle, daß die Stelle inzwischen anderweit besetzt war und weitere Stellen nach dem Haushaltplan nicht zur Verfügung standen. Diese bereits in der älteren gnadenrechtlichen Literatur vertretene Auffassung (Nachweise bei Grau-Schäfer a. a. O. S. 55, die sich ebenfalls dazu beziehen), hat in neuerer Zeit mehr und mehr — z. T. mit gewissen Einschränkungen — Anerkennung gefunden (vgl. außer den bei Grau-Schäfer a. a. O. angeführten etwa Doerner: JW. 1934, 1221, und „Die neue Ehrengerichtsbarkeit der Wirtschaft und des Handwerks“ [1934] S. 179; Hued-Nipperdeh-Dieck, Komm. z. ArbOG. [1934] Num. 26 zu § 38, von Lisszt-Schmidt [26] § 73 II, Köhler, Lehrbuch S. 656, Grüzner: GoltdArch. 76, 188). Auch die preußische Gnadenpraxis (vgl. darüber Grau-Schäfer a. a. O. S. 105 ff.) hat von jeher eine deutliche Hinneigung zur Restitutionstheorie gezeigt. In neuester Zeit hat sie auch in gewissem Umfang die Anerkennung des Reichsgesetzgebers gefunden, und zwar zunächst in § 35 BrLIndG. v. 30. Juni 1933 (RGBl. I, 433), wonach im Wege der Gnade ein verurteilter Beamter, der sein Amt gem. § 32 a. a. O. durch Strafurteil verloren hatte, wieder angestellt werden konnte. Noch deutlicher liegt der Restitutionsgedanke dem § 30 Abs. 3 StAnpG. v. 16. Okt. 1934 (RGBl. I, 925) zugrunde, wonach denjenigen Verurteilten, die der in dem Gesetz gewährten Amnestie teilhaftig wurden, durch einen besonderen Ausspruch des Reichsjustizministers die durch Verurteilung zu Zuchthausstrafe oder Überkennung der bürgerlichen Ehrenrechte verloren gegangenen Ämter, Titel und Orden wieder verliehen werden könnten.

Auch wenn die Restitutionstheorie in der Gnadenpraxis theoretisch allgemein Anerkennung gefunden hätte, wäre sie bei der bisherigen Aufteilung der Gewalten zwischen Reich und Ländern praktisch — jedenfalls was den durch Strafurteil bewirkten Amts- und Ruhegehaltsverlust anlangt — kaum

durchführbar gewesen. Es erscheint kaum vorstellbar, daß, wenn ein bayrischer Beamter durch Urteil eines preußischen Gerichts sein Amt verlor, der preußische Justizminister als die in Preußen zur Ausübung des Gnadenrechts bei gerichtlich erkannten Strafen berufene Stelle dem Verurteilten sein bayrisches Amt wieder verleihen könnte; ein solcher Gnadenakt hätte praktisch einen Eingriff in die Unterhoheit des anderen Landes bedeutet. Und selbst wenn der Beamte das verlorene Amt in dem gleichen Land bekleidet hatte, in dem er verurteilt worden war, ergaben sich Schwierigkeiten, wenn es sich etwa um einen Gemeindebeamten oder um ein im Bereich eines anderen Ressorts — z. B. in der inneren Verwaltung — bekleidetes Amt handelt: auch hier hätte eine Begnadigung durch den Justizminister als Eingriff in den Bereich des zuständigen Fachministers empfunden werden können.

Diese Schwierigkeiten entfielen mit dem Augenblick, in dem durch den Übergang der Landeshoheitsrechte auf das Reich die Unterhoheit und die Gnadenhoheit in der Person des Führers und Reichskanzlers vereinigt wurden (vgl. wegen der Landesbeamten ausdrücklich § 7 ReichsstatthalterG. v. 30. Jan. 1935). Nunmehr bestand kein Anlaß mehr, den Inhalt des Gnadenrechts so zu umgrenzen, daß es seinem Träger verwehrt wäre, die beamtenrechtlichen Folgen einer strafrechtlichen Verurteilung voll zu beseitigen, wenn dazu im Einzelfall ein Anlaß besteht. In dem Erlass v. 1. Febr. 1935 ist deshalb (unter II 7) klar ausgesprochen, daß das Gnadenrecht die Befugnis zur Aufhebung eines auf Dienstentlassung lautenden Disziplinarurteils und zur Beseitigung der beamtenrechtlichen Folgen einer strafgerichtlichen Verurteilung umfaßt. Wegen der Bedeutung der Vorschrift im einzelnen vgl. Wittland a. a. O. S. 291 f. Die oben dargelegten Ressortschwierigkeiten, die sich ergeben könnten, wenn (bei strafgerichtlicher Verurteilung) der Verurteilte einem anderen Ressort als dem der Justizverwaltung angehört, sind durch die oben unter A 1 e und 2 h mitgeteilte Regelung der Zuständigkeit zur Ausübung des Gnadenrechts ausgeschlossen worden.

Hat sich aber der Erlass v. 1. Febr. 1935 bezüglich des Amts- und Ruhegehaltsverlusts ausdrücklich auf den Boden der Restitutionstheorie gestellt, so entspricht es ohne Zweifel dem Willen des Erlasses, daß auch im übrigen die Befugnis der Gnade dahin geht, dem Verurteilten Wiedereinführung gegen die Folgen der Verurteilung zu gewähren. Denn auch die Ordens- und Titelhoheit steht jetzt dem Führer und Reichskanzler zu (vgl. § 3 des Ges. über Titel, Orden und Ehrenzeichen v. 7. April 1933 [RGBl. I, 180] i. d. Fass. des Ges. v. 15. Mai 1934 [RGBl. I, 379] und § 4 Abs. 1 der BD. vom 30. Jan. 1934 [RGBl. I, 73]). Ein verlorengegangener Titel oder Orden kann demnach im Wege der Gnade wieder verliehen werden, auch wenn nach dem jetzt geltenden Recht eine Neuverleihung solcher Auszeichnungen nicht mehr in Frage kommt.

Von diesem Standpunkt aus unterliegt der Erlass von Geld- und Freiheitsstrafen auch noch nach beendeter Vollstreckung — dessen Zulässigkeit bei Geldstrafen in der preußischen Gnadenpraxis von jeher feststand und auch in einem Erlass des Reichsjustizministers v. 16. Jan. 1935 (II a 15015/35) anerkannt worden ist — keinen Bedenken; das gleiche muß bei dem Erlass von Strafen gegen Verstorbene gelten, wenn (zur Ehrenrettung) ausnahmsweise im Einzelfall ein Bedürfnis für einen solchen Gnadenakt besteht.

2. Was den Umfang des Gnadenrechts anlangt, so bestanden bisher, wie bereits erwähnt, landesrechtliche Verschiedenheiten hinsichtlich der Frage, ob die Gnade sich auch auf den Erlass und die Milderung von Maßnahmen der Sicherung und Besserung erstrecke. Diese Frage ist jetzt in § 3 GnadenD. des Reichsjustizministers v. 6. Febr. 1935 in bejahendem Sinne entschieden und damit der Anlaß zu den oft schwierigen Untersuchungen, ob eine Maßnahme Nebenstrafe, Nebenfolge oder Sicherungs- (Besserungs-) Maßnahme ist, wenigstens auf dem Gebiet des Gnadenrechts beseitigt. Abs. 2 Satz 3 a. a. O. bestimmt: „Maßregeln der Sicherung und Besserung und andere Sicherungsmaßnahmen, auf die durch Strafurteil erkannt ist oder die sich aus ihm kraft gesetzlicher

Vorschrift ergeben, sind nicht grundsätzlich dem Begnadungsrecht entzogen.“ Es kommen hier neben den in §§ 42a StGB. geregelten Maßregeln der Sicherung und Besserung wie Sicherungsverwahrung, Unterbringung in einer Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt, Entmannung usw., auch sonstige Besserungsmaßnahmen (z. B. die Erziehungsmaßregeln nach dem FGG.) und sonstige Sicherungsmaßnahmen in Betracht. Bei den letzteren macht es keinen Unterschied, ob sie durch Strafurteil angeordnet sind, wie die Einziehung, die ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse zulässig ist, oder die Unbrauchbarmachung (§ 41 StGB.) und Vernichtung (z. B. noch § 28 WeinG. v. 25. Juli 1930) oder ob sie kraft Gesetzes an das Strafurteil anknüpfen. Daher unterliegen der Aufhebung im Wege der Gnade insbesondere auch die in einer Reihe von Gesetzen vorgesehenen sog. Sperrfristen, d. h. die Rechtsminderungen, die sich daraus ergeben, daß dem Verurteilten als Folge der Verurteilung während eines bestimmten Zeitraumes die zur Ausübung gewisser Tätigkeiten erforderliche behördliche Erlaubnis versagt oder entzogen werden muß oder kann. Es kommen hier in Betracht die Sperrfristen für die Erteilung eines Wandergewerbezeichns oder einer Reiselegitimationskarte (§§ 44a, 57 Biff. 3, 57b GewD.), die nach bisherigem Recht (vgl. AusfVG. zu § 43 des preuß. Strafvollstreckungs- und Gnadenrechts v. 1. Aug. 1933, ferner Urteile des BayBGH. v. 5. Juni 1931; J.W. 1932, 971, und des PrDVG. v. 11. Febr. 1932; DVG. 89, 344) im Wege der Gnade nicht beseitigt werden konnten, weiterhin z. B. die Sperrfristen für die Erteilung eines Jagdscheins (§§ 23 Nr. 6, 24 Nr. 2—4 JagdG. v. 3. Juli 1934), und für die Erteilung eines Waffenerwerbs- oder Waffenscheins (§ 16 Abs. 1 Nr. 4 SchutzwG. v. 12. April 1928). Soweit der Rechtsnachteil darin besteht, daß dem Verurteilten eine Erlaubnis versagt oder entzogen werden kann (nicht muß), liegt die Bedeutung des Gnadenweises darin, daß eine Versagung oder Entziehung nicht mehr auf die dies als Folge der Verurteilung zulässende Vorschrift gestützt werden kann.

Sind danach Strafe und Sicherungs- (Besserungs-) Maßnahme darin jetzt grundsätzlich gleichgestellt, daß sie gleichermaßen im Wege der Gnade erlassen und gemildert werden können, so besteht doch noch ein tiefgreifender Unterschied. Während die Strafe in erster Linie Sühne für in der Vergangenheit liegendes Unrecht bezweckt, ist der Zweck der Sicherungs- und Besserungsmaßnahmen ausschließlich auf die Verhütung künftigen Unrechts gerichtet. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß an die gnadenweise Beseitigung einer solchen Maßnahme so lange nicht gedacht werden kann, als das Sicherungs- (Besserungs-) Bedürfnis noch besteht. Ist dieses nachträglich wegfallen oder bestand es bei den kraft Gesetzes eintretenden Sicherungsmaßnahmen in ganz besonderen Ausnahmefällen von vornherein nicht, so ist meist im Gesetz selbst die Möglichkeit vorgesehen, die Maßnahme aufzuheben. So sieht z. B. § 42f StGB. vor, daß bei den mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßregeln der Sicherung und Besserung die Untergebrachten zu entlassen sind, wenn das Gericht feststellt, daß der Zweck der Unterbringung erreicht ist. Der Wandergewerbechein kann nach § 57 Abs. 2 Satz 3 GewD. (i. d. Fass. des Ges. v. 3. Juli 1934 [RGBl. I, 566]) ausnahmsweise vor Ablauf der Sperrfrist erteilt werden, wenn die Versagung nach den besonderen Umständen des Falles eine unbillige Härte bedeuten würde. Ähnliche Vorschriften finden sich z. B. in § 11 Abs. 2 TierschutzG. v. 24. Nov. 1933 (RGBl. I, 987) (nachträgliche Aufhebung der gerichtlich angeordneten Untertragung der Haltung von bestimmten Tieren oder der berufsmäßigen Beschäftigung und des Handels mit ihnen) und in § 16 Abs. 3 SchutzwG. (Ausnahme von der Sperre für die Erteilung eines Waffenerwerbs- oder Waffenscheines). Ein Anlaß zum Eingreifen der Gnade kann daher in der Regel nur dann in Betracht kommen, wenn das Sicherungs- oder Besserungsbedürfnis weggefallen ist und wenn gesetzliche Möglichkeiten, dem Rechnung zu tragen, entweder nicht bestehen oder die vorbezeichneten Möglichkeiten nicht ausreichen. Ein solcher Fall ist z. B. denkbar, wenn gem. § 421 StGB. ein Berufsverbot auf bestimmte Zeit ausgesprochen ist und das Bedürfnis für seine Aufrechterhaltung nachträglich

entfällt; da das Gesetz die Möglichkeit einer Abkürzung der Verbotsdauer nicht vorsieht, muß hier der Weg der Gnade beschritten werden. Diese Gedankengänge finden sich denn auch in der Gnadenordnung ausdrücklich ausgesprochen; § 3 Abs. 2 Satz 4 und 5 besagen:

„Bei diesen Maßnahmen (den Maßnahmen der Sicherung und Besserung) überwiegt der Zweck, die Allgemeinheit vor Gefahren zu schützen, die Rücksicht auf die Person des Betroffenen so sehr, daß ein Anlaß zu einer Milderung des Urteilsspruchs nur in seltenen Ausnahmefällen (Fehlurteil, nachträglicher Wegfall des Sicherungsbedürfnisses) eintreten kann. Auch in solchen Fällen kommt der Weg der Gnade in der Regel nur in Betracht, wenn nicht das Gesetz bereits Milderungen (z. B. durch nachträgliche Anordnungen des Vollstreckungsgerichts gem. §§ 42f, 42h StGB.) zuläßt.“

In diesem Zusammenhang bedürfen noch zwei Punkte der Hervorhebung.

a) Knüpft das Gesetz an die Anerkennung der bürgerlichen Ehrenrechte während deren Dauer weitere Rechtsminderungen, die Sicherungsscharakter tragen (z. B. das Verbot, Handlungsschultheiße zu halten, § 81 HGB.), so können diese nicht selbstständig im Wege der Gnade beseitigt werden; die Wirkungen des Verlusts der bürgerlichen Ehrenrechte sind vielmehr nur in ganzen behebbar.

b) Wo nach gesetzlicher Vorschrift nicht eine bestimmte Bestrafung, sondern allgemein mangelnde Zuverlässigkeit zur Versagung oder zur Zurücknahme einer vorgeschriebenen Erlaubnis oder zum Verbot bestimmter Tätigkeiten führt (vgl. z. B. § 35 GewD.), kommt eine Begnadigung nicht in Betracht, da die Versagung usw. nicht Folge der Verurteilung, sondern der durch die Straftat bewiesenen Unzuverlässigkeit ist (vgl. dazu auch Friedrichs, Verwaltungsrechtliche Wirkungen der Begnadigung, R. u. PrVerwBl. 1934, 263, dessen Ausführungen im übrigen durch die Neuregelung überholt sind).

3. Im übrigen hat die Neuregelung den Umsang des Gnadenrechts, den es nach bisherigem Recht gemeinhin hatte, nicht geändert; die Umschreibung des Gnadeninhalts in § 3 der Gnadenordnung bringt außer dem vorstehend Erörterten keine weiteren Neuerungen. Auch jetzt sind, um nur einen Punkt herauszugreifen, solche Urteilsfolgen von der Gnade ausgeschlossen, die nicht Strafe (d. h. Aufsetzung eines Urteils) darstellen oder Sicherung oder Besserung bezeichnen, sondern der Beseitigung des einem Dritten entstandenen Schadens oder dem Erfolg seiner Aufwendungen dienen. Es können daher z. B. nicht erlassen werden die gemäß §§ 403 ff. StPO. aufgeriegelten Bußen, die dem Verlebten zugestrichene Befugnis zur Veröffentlichung des Urteils, die ihm Genugtuung verheißen soll (z. B. in den Fällen der §§ 165, 200 StGB.), die durch Urteil auferlegte Verpflichtung zum Wertertag, wenn dieser die Bedeutung einer Entschädigung hat (vgl. z. B. § 9 PrForstdiebstahlsG., §§ 3, 64 PrFeldFPolG.) usw.

C. Die Gnadenordnung vom 6. Febr. 1935 im besonderen

Die Gnadenordnung regelt, wie bereits oben (A I 2a) hervorgehoben, die Ausübung des Gnadenrechts, insbesondere das Gnadenverfahren, in den Gnadenfällen, in denen durch den Erlass des Führers und Reichskanzlers v. 1. Febr. 1935 die Vorbereitung der Entschließungen, die sich der Führer und Reichskanzler vorbehalten hat, und die Befugnis zu Gnadenweisen sowie zur Ablehnung von Gnaden- und Niederschlagungsgefaulen dem Reichsminister der Justiz übertragen ist. Die Gnadenordnung gilt demnach für den Bereich der Zuständigkeit der allgemeinen Gerichte, d. h. der ordentlichen Gerichte und der reichsgesetzlich bestellten oder zugelassenen Sondergerichte (einschließlich des Volksgerichtshofs und der Konsulargerichte), soweit nicht die Gnadenzuständigkeit durch den Erlass v. 1. Febr. 1935 anderen Fachministern übertragen worden ist.

Die Regelung der Gnadenordnung lehnt sich in wesentlichen Punkten an die gnadenrechtlichen Vorschriften des preuß. Strafvollstreckungs- und Gnadenrechts v. 1. Aug. 1933

(Ges. 293) nebst der Ausf. B.D. vom gleichen Tage an, über die ich in J.W. 1933, 1922 berichtet habe. Das lag nahe, nicht nur, weil es sich um die bewährten Vorschriften des größten Landes handelte⁴⁾, sondern vor allem deshalb, weil die preuß. Regelung erst nach der Machtübernahme durch den Nationalsozialismus und in dem Geist geschaffen worden ist, in dem sich jetzt die allgemeine Neuordnung des deutschen Strafrechts vollzieht. Immerhin ist das preuß. Recht keineswegs in vollem Umfang der Gnadenordnung zugrunde gelegt, es finden sich vielmehr darin wesentliche Neuerungen, und die wertvollen Vorschriften des Gnadenrechts der übrigen Länder sind nicht unberücksichtigt geblieben.

Im einzelnen ist in Ergänzung der Ausführungen unter B 2 über den Inhalt der Gnadenordnung — unter Beschränkung auf das Wesentlichste — folgendes zu sagen:

Die Gnadenordnung kennt drei Formen von Gnadenerteilung:

1. endgültige Gnadenerweise. Sie bestehen in
 - a) dem gänzlichen oder teilweisen Erlass einer Strafe oder ihrer Umwandlung in eine mildernde Strafart,
 - b) die Niederschlagung des Strafverfahrens.

2. Die bedingte Strafaussetzung.

Den Strafausstand, d. h. eine nicht durch besondere gesetzliche Vorschrift zugelassene vorübergehende Aussetzung der Vollstreckung. Der Strafausstand kann bestehen in

- a) Strafaufschub, d. h. der Hemmung des noch nicht begonnenen Vollzuges,
- b) Strafunterbrechung, d. h. der vorübergehenden Einstellung der Vollstreckung nach Beginn des Vollzugs.

1. Endgültige Gnadenerweise durch Straferlass oder Milderung.

Die Erteilung solcher Gnadenerweise hat der Reichsjustizminister, soweit er zuständig ist, sich selbst vorbehalten; dagegen hat er die Befugnis zur Ablehnung von Gnadengeuchen auf die Gnadenbehörden übertragen, denen auch die Vorbereitung der Entschließung des Reichsjustizministers obliegt. Gnadenbehörde ist nach § 4 GnadenO. die Vollstreckungsbehörde; soweit jedoch der Amtsrichter Vollstreckungsbehörde ist, tritt an seine Stelle der Oberstaatsanwalt bei dem übergeordneten Landgericht. Gnadenbehörden sind demnach (vgl. die AllgVsg. des Reichsjustizministers über die Zuständigkeit der Vollstreckungsbehörden v. 6. Febr. 1935: Deutsche Justiz S. 202) der Oberrechtsanwalt, wenn Reichsgerichts- oder Volksgerichtshof im ersten und letzten Rechtszug entschieden haben, der Generalstaatsanwalt bei dem Oberlandesgericht (dem Obersten Landesgericht in München), wenn dieses im ersten und letzten Rechtszug erkannt hat, und in allen übrigen Sachen der Oberstaatsanwalt bei dem Landgericht.

Gnadengesuche, die bei den Justizbehörden eingehen, sind der Gnadenbehörde zuzuleiten (§ 5 Abs. 3). Diese hat, soweit der Reichsjustizminister für die Ausübung des Gnadenrechts zuständig ist, schleunig und in schonender Weise die Ermittlungen über die Gnadenwürdigkeit des Verurteilten vorzunehmen (§ 7); ist sie dagegen unzuständig, so gibt sie das Gesuch unmittelbar an die zuständige Stelle weiter (§ 2 Abs. 2). Bei den Ermittlungen ist das Gericht des ersten Rechtszuges und, wenn das Berufungsurteil in der rechtlichen Würdigung oder im Strafmaß ganz oder teilweise vom ersten Urteil abweicht, auch das Berufungsgericht zu hören. Die Äußerung gibt der Vorsitzende ab (§ 8 Abs. 1), der sich naturgemäß mit den Beisitzern beraten wird. Ist der Verurteilte in Strafhaft, so ist außerdem die Stellungnahme des Strafanstaltsleiters einzuhören; reicht der Verurteilte das Gesuch aus der Anstalt heraus ein, so soll die Äußerung bereits bei der Weiterleitung des Gesuchs von Amts wegen beigefügt werden; sie kann unterbleiben — und ist dann gegebenenfalls erst auf Erfuchen der Gnadenbehörde nachzuholen —, wenn seit dem Strafantritt oder seit einer

⁴⁾ Das Ges. v. 1. Aug. 1933 ist seinerzeit in vollem Umfang von Schaumburg-Lippe (Ges. v. 18. Okt. 1933, Schaumb.-Lipp. LandesB.D. S. 387) und Danzig (B.D. v. 27. Febr. 1934, Ges. Bl. f. die freie Stadt Danzig S. 91) übernommen worden.

früheren Äußerung erst eine verhältnismäßig kurze Zeit verstrichen ist, so daß mit einem Erfolg des Gesuchs nicht zu rechnen ist. Die Einholung einer Äußerung der Sozialen Gerichtshilfe oder einer ähnlichen Einrichtung ist — abweichend von dem preußischen Recht (Ausf. B.D. zu § 60 Strafvollstreckungs- und Gnadenrechts) — nicht untersagt, weil sich diese Einrichtungen in den Ländern, in denen sie noch bestehen, im allgemeinen bewährt haben. Soweit es zur Vorbereitung der Entschließung angezeigt ist, sind nach pflichtmäßiger Ermessen der Gnadenbehörde auch sonstige beteiligte Stellen und Behörden zu hören (§ 9). Nach Abschluß der Ermittlungen hat die Gnadenbehörde gemäß § 10 dem Reichsjustizminister zu berichten, wenn

- a) die Entschließung dem Führer und Reichskanzler vorbehalten ist,
- b) der Reichsjustizminister Bericht eingesordert hat,
- c) die Gnadenbehörde selbst oder Gericht oder Strafanstalt einen Gnadenerweis befürworten.

Eines Berichts bedarf es nicht, wenn weder Gericht noch Strafanstalt einen endgültigen Gnadenerweis, wohl aber eine der beiden Stellen bedingte Strafaussetzung empfohlen hat und daraufhin durch die zuständige Stelle (vgl. unten zu 3) dem Vorschlag entsprochen worden ist.

Soweit hiernach ein Bericht nicht zu erstatten ist, ist die Gnadenbehörde ermächtigt, den Gesuchsteller im Namen des Reichsjustizministers ablehnend zu bescheiden. Bei wiederholten Gnadenbeschwerden, in denen nur bereits früher gewürdigte Gründe vorgebracht werden, kann sie ablehnen, ohne Gericht und Strafanstalt hören zu müssen (§ 17). Gegen die Ablehnung kann — eine Neuerung gegenüber dem preuß. Recht — Beschwerde eingelegt werden, und zwar entscheidet, wenn der Oberstaatsanwalt abgelehnt hatte, der Generalstaatsanwalt, wenn dagegen der Oberrechtsanwalt oder der Generalstaatsanwalt als Gnadenbehörde den ablehnenden Bescheid erteilt hatte, der Reichsminister der Justiz (§ 37). Wenn sich auch der Generalstaatsanwalt als Beschwerdeinstanz für Ablehnung entscheidet, ist es dem Gesuchsteller nicht verwehrt, sich gnadenstreichend unmittelbar an den Reichsjustizminister zu wenden; dieser wird aber wohl bei seiner Entschließung über das Gesuch dem Umstand Rechnung tragen, daß dieses schon zweimal eingehend geprüft und für ausichtslos befunden worden ist. Legt der Gesuchsteller eine im Gesetz nicht vorgesehene weitere Beschwerde ein, so wird die Eingabe dem Reichsjustizminister vorgelegt.

Mit Rücksicht auf die Einreichung eines Gnadenbeschwerde soll grundsätzlich die Vollstreckung nicht gehemmt werden. Nur wenn dem Verurteilten durch die Vollstreckung ein unwiederbringlicher Schaden zugefügt würde, wenn ferner erhebliche Gnadengründe vorliegen und außerdem der Strafzweck die sofortige Vollstreckung nicht erfordert, kann die Gnadenbehörde — in Eifällen einstweilig der Amtsrichter, wenn er Vollstreckungsbehörde ist — die Vollstreckung hemmen. Bei Fluchtverdacht, nach Ablehnung eines Gesuchs und nach Beginn der Strafverbüßung ist die Einstellung unzulässig (§ 6).

2. Niederschlagung (§ 18 GnadenO.).

Niederschlagungsgesuche werden von der Anlagebehörde bearbeitet, und zwar auch, wenn das Verfahren bereits gerichtlich anhängig ist; an die Stelle des Amtsgerichts tritt der Oberstaatsanwalt bei dem Landgericht. Erachtet die Anlagebehörde einen Erfolg des Gesuchs nicht für ausgeschlossen, so hat sie dem Reichsjustizminister zu berichten. Andernfalls hat sie den Gesuchsteller im Namen des Reichsjustizministers dahin zu bescheiden, daß das Gesuch zur Befürwortung keinen Anlaß gebe und das Verfahren seinen Fortgang nehme; eine Beschwerde dagegen ist — anders als zu 1 — nicht vorgesehen.

§ 18 Abs. 5 regelt, unter welchen Voraussetzungen mit Rücksicht auf ein Niederschlagungsgesuch mit dem Verfahren innegeschalten werden darf. Da die Anordnung der Niederschlagung, so heißt es a. a. D., nur beim Vorliegen ganz besonderer Umstände zu erwarten sei, sei ein Niederschlagungsgesuch nur in seltenen Fällen geeignet, den Lauf des Verfahrens zu hemmen. Niederschlagungsgesuche, die nach An-

beraumung der Hauptverhandlung anberaumt würden, ließen in der Regel auf Verschleppungsabsicht schließen. Nur wenn die Anklagebehörde mit der Möglichkeit rechnet, daß die Fortsetzung des Verfahrens der Gnadenentziehung des Führers und Reichskanzlers vorgreifen werde, ist mit dem Verfahren innezuhalten. In Zweifelsfällen muß u. U. — noch vor der sachlichen Stellungnahme zu dem Niederschlagungsgebot selbst — die Entscheidung des Reichsjustizministers eingeholt werden, ob das Verfahren gehemmt werden soll.

3. Bedingte Strafaussetzung.

Bei der Regelung der Strafaussetzung auf Probezeit war die Frage zu entscheiden, ob sie als bedingter Straferlaß oder — entsprechend dem preuß. Vorbild — als bedingte Aussetzung der Strafvollstreckung mit nachfolgendem förmlichen Erlaß auszustalten sei. Die Gnadenordnung hat sich für den letzteren Weg entschieden. In § 20 GnadenO. sind die Gnadenbehörden ermächtigt worden, bedingte Strafaussetzung zu gewähren

- für die ganze (rechtskräftig erkannte) Freiheitsstrafe, wenn sie sechs Monate nicht übersteigt,
- für Restfreiheitsstrafen (einschl. der Buchthausstrafen) von nicht mehr als sechs Monaten,
- für Geldstrafen, wenn die erkannte oder restliche Ersatzfreiheitsstrafe nicht mehr als sechs Monate beträgt⁵⁾.

Freiheits- und Geldstrafen, die diese Grenzen übersteigen, kann nur der Reichsjustizminister bedingt aussagen; ihm ist auch die bedingte Aussetzung von Sicherungsmaßnahmen (falls diese nach dem oben zu B 2 Ausgeführtten überhaupt einmal in Betracht kommen sollte) vorbehalten.

Von der Ermächtigung sind ausgenommen die Strafen, bei denen die Gnadenentziehung dem Führer und Reichskanzler vorbehalten ist oder die von den gemäß Bd. vom 21. März 1933 (RGBl. I, 136) errichteten Sondergerichten erkannt sind; ferner die von den Jugendgerichten verhängten Strafen, weil hier das Jugendgericht gemäß §§ 10 ff. JGG. die Vollstreckung aussehen kann und ein Bedürfnis, daneben noch die Aussetzung im Wege der Gnade durch die Gnadenbehörde zuzulassen, nicht besteht.

Gnadenbehörde ist auch hier, wie bei der Bearbeitung der auf einen endgültigen Gnadenerweis gerichteten Gesuche, die Vollstreckungsbehörde, doch ist — abweichend von der dort getroffenen Regelung — der Amtsrichter als Vollstreckungsbehörde⁶⁾ nicht völlig ausgeschlossen. Vielmehr ist ihm die Ermächtigung zu bedingter Aussetzung erteilt, wenn die erkannte Freiheitsstrafe oder — bei Geldstrafen — die erkannte Ersatzfreiheitsstrafe nicht mehr als einen Monat beträgt⁷⁾; für Restfreiheits- und Ersatzfreiheitsstrafen gilt dies nicht.

In den Richtlinien, die § 21 GnadenO. für die Handhabung der bedingten Aussetzung aufstellt, ist hervorgehoben, daß sie nur ausnahmsweise bewilligt werden darf, und zwar regelmäßig nur, wenn die begangene Verfehlung nicht durch Verborbenheit und verbrecherische Neigung, sondern durch Leichtsinn, Unerschaffenheit, Verführung oder Not veranlaßt worden ist und die Gnadenbehörde die sichere Überzeugung hat, daß der Verurteilte sich während der Bewährungsfrist gut führen wird. Vorbestrafte soll Bewährungsfrist in der Regel nicht zuteil werden.

Nach § 26 hat die Vollstreckungsbehörde vor Einleitung der Vollstreckung von Amts wegen zu prüfen, ob Anlaß zu bedingter Strafaussetzung gegeben ist. Bejahendensfalls legt sie, falls sie nicht selbst Gnadenbehörde ist, dieser die Akten vor. Die Gnadenbehörde, die auf diese Weise oder auf ein Gnadengesuch hin mit der Sache befaßt wird, stellt die nötigen

⁵⁾ Nach dem bisherigen preuß. Recht konnten die Vollstreckungsbehörden Geldstrafen ohne Einschränkung bedingt aussuchen (§ 56 des preuß. Strafvollstreckungs- u. Gnadenrechts v. 1. Aug. 1933).

⁶⁾ Der Amtsrichter ist Vollstreckungsbehörde in den Sachen, in denen er im ersten Rechtszug erkannt hat (§ 1 der AllgVsg. des RJM. v. 6. Febr. 1935 [Deutsche Justiz S. 202]).

⁷⁾ Insofern anders bisher das preuß. Recht, wonach der Amtsrichter als Vollstreckungsbehörde in gleichem Umfang wie der Oberstaatsanwalt zur Erteilung von Bewährungsfristen ermächtigt war (§ 56 des preuß. Strafvollstreckungs- u. Gnadenrechts v. 1. Aug. 1933).

Ermittlungen an und hat dabei — wie bei endgültigen Gnadenerweisen (oben zu 1) — Gericht und Strafanstalt zu hören; ist der Amtsrichter Gnadenbehörde, so kommt nur eine Anhörung des Berufungsgerichts (bei Abweichungen des ersten Urteils vom zweiten und der Strafanstalt in Frage). Gegen den Widerspruch auch nur einer der beiden Stellen soll die Gnadenbehörde Ausschlag nicht gewähren, sie kann es aber, wenn sie dies ausnahmsweise aus besonderen Gründen für angebracht hält. Befürwortet dagegen auch nur eine der beiden Stellen, so hat die Gnadenbehörde, wenn sie dem Vorschlag nicht entsprechen will — dazu gehört auch der Fall, daß sie ihm nicht entsprechen soll, weil die andere Stelle widersprochen hat —, dem Reichsjustizminister zu berichten, der die Entscheidung trifft.

Lehnt die Gnadenbehörde im Einvernehmen mit Gericht und Strafanstalt ab, so kann der Geschäftsteller dagegen Beschwerde einlegen (§ 37 GnadenO.). Die Entscheidung über die Beschwerde trifft, wenn der Amtsrichter abgelehnt hat, der Oberstaatsanwalt und bei Gnadenentscheidungen des Oberstaatsanwalts der Generalstaatsanwalt. Beschwerden über den Generalstaatsanwalt oder Oberrechtsanwalt als Gnadenbehörde gehen an den Reichsminister der Justiz. Eine weitere Beschwerde gegen die ablehnende Entscheidung der Beschwerdeinstanz ist im Gesetz nicht vorgesehen (vgl. dazu die Ausführungen über die Behandlung weiterer Beschwerden unter 1).

Wird bedingte Aussetzung gewährt, so kann sie — von vornherein oder nachträglich — mit Auflagen und Bedingungen verbunden werden. Hervorzuheben ist, daß Verurteilten, die Dritte geschädigt haben, in der Regel auferlegt werden soll, den Schaden nach besten Kräften wieder gutzumachen; wenn irgend möglich soll dabei zugleich bestimmt werden, in welcher Weise und innerhalb welcher Frist die Wiedergutmachung zu erfolgen und wie die Befolgung der Auflage der Gnadenbehörde nachzuweisen ist (§ 22). Die Auflage einer Geldbuße ist nur zugunsten der Staatskasse zulässig (§ 23); Auflagen zugunsten anderer Stellen sind in solche zugunsten der Staatskasse umzudeuten.

Die Bewährungsfrist, über deren Bedeutung der Verurteilte eingehend zu belehren ist (§ 28), dauert regelmäßig drei, höchstens fünf Jahre. Wird während ihrer Dauer bekannt, daß der Verurteilte sich schlecht führt, so wird er rufst die Gnadenbehörde die Aussetzung oder trifft die sonst erforderlichen Maßregeln (z. B. weitere Auflagen usw.); werden ihr nachträglich Tatsachen aus der Zeit vor Bewilligung der Aussetzung bekannt, die sie bei rechtzeitiger Kenntnis von der Bewilligung abgehalten hätten (z. B. erhebliche Vorstrafen), so kann sie die Aussetzung zurücknehmen, auch wenn der Verurteilte sich während der Bewährungsfrist gut ausgeführt hat (§ 30⁸⁾).

Gegen Ablauf der Bewährungsfrist stellt die Gnadenbehörde Ermittlungen über die Führung des Verurteilten an, insbesondere darüber, ob er den ihm gemachten Auflagen nachgekommen ist. Solche Ermittlungen bringen nicht selten die Gefahr mit sich, daß die möglicherweise in der Umgebung des Verurteilten unbekannt gebliebene oder vergessene Verurteilung steht, wo die Strafe erlassen werden soll, bekannt wird. Außerdem ist es praktisch in der Mehrzahl der Fälle nicht möglich, auf diese Ermittlungen zu verzichten. Um aber wenigstens in den Fällen, in denen Ermittlungen nicht unbedingt erforderlich sind, eine Gefährdung des Verurteilten zu vermeiden und um sogleich den Behörden überflüssige Mehrarbeit zu ersparen, sieht § 31 Abs. 3 vor, daß im Falle von geringerer Bedeutung, in denen keine Auflagen gemacht sind, von weiteren Ermittlungen abgesehen werden kann, wenn bei dem Strafreister von weiteren Verurteilungen oder anhängigen Verfahren nichts bekannt und auch sonst nichts zur Kenntnis der Gnadenbehörde gelangt ist, was zu einem Widerruf Ver-

⁸⁾ Eine allgemeine Vorschrift über die Rücknahme von Gnadenerweisen enthält die GnadenO. nicht. Die im Schrifttum viel erörterte Frage des Widerrufs endgültiger (erschöpfernder) Gnadenerweise (vgl. dazu neuestens etwa Schaffstein: DJR. 1934, 1178 und Bralle, Die Begnadigung als fehlerhafter Staatsakt, Breslau 1934) hat, wie die Erfahrung gezeigt hat, so gut wie keine unmittelbar praktische Bedeutung.

anlassung geben könnte. Bei günstigem Ausfall der Ermittlungen wird die Strafe förmlich von der Gnadenbehörde erlassen.

Hat der Reichsjustizminister bedingte Ausschöpfung gewährt, so ist die Überwachung des Verurteilten und die Anordnung der weiter zu treffenden Maßnahmen (Widerruf, weitere Auflagen, Erlaß) Sache der Gnadenbehörde. Nur die Zurücknahme der Ausschöpfung wegen nachträglich bekanntgewordener Umstände ist dem Reichsjustizminister vorbehalten (§ 33).

4. Der Strafausstand.

Zur Gewährung von Strafausstand im Wege der Gnade — d. h. von Strafausstand, der nicht auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmungen über Aufschub und Unterbrechung (wie z. B. § 28 StGB., §§ 455 ff. StPO.) erfolgt — sind bei Freiheits- und Geldstrafen die Vollstreckungsbehörden ermächtigt⁹⁾, und zwar können der Amtsrichter und der Generalstaatsanwalt als Vollstreckungsbehörde nur Ausstand bis zur Dauer von insgesamt einem Jahr erteilen; die Bewilligung eines längeren Ausstandes ist dem Generalstaatsanwalt vorbehalten (§ 34, 35). Ausstand im Wege der Gnade bei Maßnahmen

9) Die Vollstreckungsbehörde entscheidet auch über die Gewährung von Strafausstand in Hoch- und Landesverratsachen; der Vorbehalt des Führers und Reichskanzlers (vgl. oben unter A I 1 b) erstreckt sich hier nicht auf die vorliegende Hemmung oder Unterbrechung der Vollstreckung (RdWsg. des RJM. v. 28. Febr. 1935, II a 15314/35).

der Sicherung und Besserung anzuordnen ist nur der Reichsjustizminister zuständig. Strafausstand darf nur gewährt werden, wenn er zur Vermeidung besonderer Nachteile, die über die mit jeder Strafvollstreckung für den Verurteilten verbundenen Nachteile hinausgehen, notwendig ist und keine überwiegenden Gründe für die sofortige Durchführung der Vollstreckung sprechen (§ 36). Gegen ablehnende Bescheide ist Beschwerde zulässig; es gilt im übrigen das gleiche wie für die Beschwerde über die Ablehnung bedingter Strafaussetzung (§ 37).

Die Gnadenordnung hat sich bei der Regelung des Strafausstandes auf diese Vorschriften beschränkt, weil die Einzelregelung des Strafausstandes eng mit der Gestaltung der in Vorbereitung befindlichen neuen Vollstreckungsordnung verbunden ist, die die im Verwaltungswege zu treffenden Anordnungen auf dem Gebiet der Strafvollstreckung enthalten wird. In dieser sind wohl noch Einzelvorschriften über die Handhabung des Strafausstandsrechts zu erwarten. Einzelvorschriften der Länder, die den Strafausstand betreffen und mit der Regelung der Gnadenordnung nicht in Widerspruch stehen, gelten einstweilen weiter¹⁰⁾.

10) Deshalb ist die in den Vollzugsvorschriften der meisten Länder enthaltene Vorschrift, daß in Eilsachen der Strafanstaltsvorsteher Strafgefangenen kurzfristigen Urlaub erteilen kann (vgl. für Preußen § 136 Biff. 4 DurchVO), durch die GnadenO. nicht berührt worden (RdWsg. d. RJM. v. 11. März 1935, III s. 17060).

Fundstellenverzeichnis der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen

Von Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin

Die in Band 68 der Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen abgedruckten Entscheidungen sind für die Hefte 1—3 in JW. 1934, 3245 und für die Hefte 4—7 an den nachstehend angegebenen Stellen in der Juristischen Wochenschrift veröffentlicht

- RGSt. 68, 193: 26. April 1934, 2 D 120/34, Unzüchtige Handlung: JW. 1934, 1577¹⁶
 RGSt. 68, 194: 5. Juni 1934, 1 D 452/34, Nachträgliches Sicherungsverfahren. Entmahnung: JW. 1934, 2410¹⁰
 RGSt. 68, 197: 7. Juni 1934, 3 D 572/34, Schwerer Diebstahl. § 370 Abs. 1 Nr. 5 StGB.: JW. 1934, 2338⁹
 RGSt. 68, 198: 11. Juni 1934, 3 D 525/34, Ärztlische Untersuchung im Falle des § 246 a StPO.: JW. 1934, 2415¹⁸
 RGSt. 68, 201: 11. Juni 1934, 3 D 530/34, Gerichtsvollzieher. Dienstregister: JW. 1934, 2338¹⁰
 RGSt. 68, 204: 12. Juni 1934, 1 D 1410/33, Verhältnis des § 348 Abs. 2 zu § 276 StGB. Gefechtseinheit: JW. 1934, 2062²¹
 RGSt. 68, 210: 9. Mai 1934, 2 D 356/34, Vorstand einer ausländischen AktG. Untreue: JW. 1934, 2067²⁰
 RGSt. 68, 212: 17. Mai 1934, 2 D 438/34, Betrug beim Gemäldeverkauf: JW. 1934, 2851¹⁶
 RGSt. 68, 214: 31. Mai 1934, 2 D 513/34, Nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung: JW. 1934, 2849¹⁰
 RGSt. 68, 216: 7. Juni 1934, 2 D 461/34, Unbefugter Gebrauch eines Kraftwagens: JW. 1934, 2154²⁷
 RGSt. 68, 218: 8. Juni 1934, 4 D 489/34, Besonders schwerer Betragsschaff: JW. 1934, 2147¹⁷
 RGSt. 68, 221: 14. Juni 1934, 3 D 459/34, Gesamthaftung für Wertersatz: JW. 1934, 2341¹⁸
 RGSt. 68, 222: 21. Juni 1934, 3 D 510/34, Sicherungsverwahrung: JW. 1934, 2468⁸
 RGSt. 68, 225: 21. Juni 1934, 2 D 1153/33, DevBG. Tatsächlicher Irrtum. Freigrenze. § 27 b StGB.: JW. 1934, 2414¹²
 RGSt. 68, 227: 21. Juni 1934, 2 D 370/34, Verhältnis mehrerer Devisenvergehen zueinander: JW. 1934, 2339¹¹
 RGSt. 68, 230: 21. Juni 1934, 2 D 572/34, Entmannung des „Exhibitionisten“: JW. 1934, 2150²¹
 RGSt. 68, 233: 25. Juni 1934, 3 D 604/34, RABG. § 410. „Anzeige“: JW. 1934, 2158³⁰
 RGSt. 68, 234: 26. Juni 1934, 4 D 79/34, Einkommensteuerpflichtige Brandentschädigung: JW. 1934, 2341¹⁴
 RGSt. 68, 238: 26. Juni 1934, 1 D 404/34, Rücktritt vom Versuch. Mithören von Waffen: JW. 1934, 2237¹⁵
 RGSt. 68, 240: 26. Juni 1934, 1 D 1212/33, Klausurarbeiten. Urkundenfälschung. Strafrechtsirrtum: JW. 1934, 2148¹⁸
 RGSt. 68, 244: 18. Juni 1934, 2 D 539/34, Sitzungsprotokoll. Beweiskraft: JW. 1934, 2853¹⁸
 RGSt. 68, 245: 28. Juni 1934, 3 D 365/34, Berichterstattung in Geschäftsbüchern. Rüdlagen: JW. 1934, 2693¹⁰
 RGSt. 68, 247: 29. Juni 1934, 1 D 129/34, § 4 Nr. 3 LebMittG. „Diätetische“ Nährmittel: JW. 1934, 2153²⁶
 RGSt. 68, 249: 2. Juli 1934, 2 D 432/34, Sicherungsverwahrung. Frühere Verurteilung: JW. 1934, 2620¹⁰
 RGSt. 68, 251: 2. Juli 1934, 2 D 517/34, Öffentliche Urkunde. Besteckung: JW. 1934, 2558¹⁵
 RGSt. 68, 257: 2. Mai 1934, 1 D 1096/33, Verurteilung auf Grund wahldeutiger Feststellungen: JW. 1934, 2049¹⁴
 RGSt. 68, 263: 7. Juni 1934, 2 D 405/34, Strafantrag. Umlauterer Wettbewerb: JW. 1934, 2915¹⁸
 RGSt. 68, 271: 8. Juni 1934, 1 D 485/34, Sicherungsverwahrung: JW. 1934, 2057¹⁸
 RGSt. 68, 272: 2. Juli 1934, 3 D 1281/33, Protokollführer. Ausschlußkraft Gesetzes: JW. 1934, 2777¹⁶
 RGSt. 68, 275: 12. Juni 1934, 1 D 309/34, Zeugen. Der frühere Chegatte des Beifülligten: JW. 1934, 2158³¹
 RGSt. 68, 278: 15. Juni 1934, 1 D 1063/33, Unternehmen der Verleitung zum Meineid: JW. 1934, 2336⁸
 RGSt. 68, 284: 26. Juni 1934, 1 D 196/34, Tateinheit. Opiumgesetz: JW. 1934, 2152²⁵
 RGSt. 68, 286: 28. Juni 1934, 2 D 986/33, Devisenauskunfts pflicht: JW. 1934, 2921²⁷
 RGSt. 68, 291: 2. Juli 1934, 2 D 551/34, Sicherungsverwahrung. Fehlen der Antragschrift: JW. 1934, 2150²²
 RGSt. 68, 292: 2. Juli 1934, 2 D 672/34, Anordnung der Entmannung: JW. 1934, 2918²⁰
 RGSt. 68, 294: 5. Juli 1934, 2 D 654/34, Verminderte Berechnungsfähigkeit: JW. 1934, 2238⁶
 RGSt. 68, 295: 12. Juli 1934, 2 D 770/34, Sicherungsverwahrung: JW. 1934, 3202¹⁵
 RGSt. 68, 297: 23. Aug. 1934, 1 D 768/34, § 20 a Abs. 2 StGB. Sammelstrafat: JW. 1934, 2690⁶
 RGSt. 68, 298: 27. Aug. 1934, 5 D 59/34, Urkundsbeamter. Revisionsbegründung: JW. 1934, 2561¹⁹
 RGSt. 68, 300: 10. Sept. 1934, 3 D 835/34, Ausländische öffentliche Urkunden mit unrichtigem Inhalt: JW. 1934, 2920²⁶

- RGSt. 68, 302: 18. Sept. 1934, 4 D 803/34, Wiederverwendung von Postwertzeichen. Betrug: J.W. 1934, 2919²⁴
- RGSt. 68, 304: 20. Sept. 1934, 2 D 1392/33, Eigentumsvorbehalt. Bevollmächtigter: J.W. 1934, 3063²⁵
- RGSt. 68, 305: 15. März 1934, 2 D 284/33, Sparkassenvorstand. Antragsrecht bei Vollstredigungsbereitung: J.W. 1934, 3205²⁶
- RGSt. 68, 306: 17. Sept. 1934, 2 D 839/33, Tötung auf Verlangen. Rücktritt vom Versuch: J.W. 1935, 284¹⁵
- RGSt. 68, 310: 25. Sept. 1934, 4 D 733/34, Angehörige des Verlebten als Zeugen. Vereidigung: J.W. 1934, 2980²⁷
- RGSt. 68, 313: 27. Sept. 1934, 2 D 880/34, Nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung: J.W. 1934, 3062¹¹
- RGSt. 68, 315: 4. Okt. 1934, 3 D 543/34, DevBd. 1932. Anbietungspflicht. Genehmigungslose Verfügung: J.W. 1934, 3059¹⁶, 3286²⁷
- RGSt. 68, 321: 10. Sept. 1934, 1 D 790/34, Nichtvereidigung wegen Begünstigungsverdachts: J.W. 1935, 46¹⁹
- RGSt. 68, 323: 1. Okt. 1934, 3 D 898/34, Diebeswerkzeug. Bestoh oder Gewahrlosam: J.W. 1934, 2919²³
- RGSt. 68, 325: 1. Okt. 1934, 2 D 221/34, Beamteneigenschaft. Obhut: J.W. 1934, 2980²⁹
- RGSt. 68, 327: 4. Okt. 1934, 3 D 841/34, Untersuchung im Sinne des § 246 a Satz 2 StGB. Entmannung: J.W. 1934, 3064¹⁵
- RGSt. 68, 330: 5. Okt. 1934, 4 D 1017/34, Gewohnheitsverbrecher: J.W. 1934, 3201¹⁵
- RGSt. 68, 332: 18. Okt. 1934, 5 D 212/34, Schnellversfahren. Verweisung zum ordentlichen Verfahren: J.W. 1935, 205¹³
- RGSt. 68, 336: 22. Okt. 1934, 3 D 1074/34, Totschlagsversuch: J.W. 1934, 3131¹⁵
- RGSt. 68, 337: 24. Sept. 1934, 2 D 483/34, Dessert- (Süd-, Süß-) Wein: J.W. 1934, 3205²¹
- RGSt. 68, 338: 1. Okt. 1934, 5 D 121/34, Fortsetzungstat. Strafschärfung: J.W. 1935, 281¹¹
- RGSt. 68, 339: 4. Okt. 1934, 2 D 987/34, Anfang der Ausführung. Bedingter Tatvorsatz: J.W. 1935, 284¹⁴
- RGSt. 68, 342: 12. Okt. 1934, 1 D 337/34, Entmannung: J.W. 1934, 3282²¹
- RGSt. 68, 346: 15. Okt. 1934, 3 D 1357/33, Bilanzverschleierung bei der Form nach unrichtiger Bilanz: J.W. 1935, 204¹²
- RGSt. 68, 349: 22. Okt. 1934, 5 D 268/34, § 20 a StGB. Strafschärfung beim Rücksallbetrug: J.W. 1934, 3131¹⁴
- RGSt. 68, 351: 23. Okt. 1934, 4 D 1085/34, Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt: J.W. 1935, 282¹²
- RGSt. 68, 353: 14. Sept. 1934, 5 D 42/34, Zurückverweisung an ein Gericht eines anderen Landes: J.W. 1935, 290¹⁸
- RGSt. 68, 356: 1. Okt. 1934, 2 D 827/34, Meineid. § 154 Abs. 2 StGB.: J.W. 1935, 431¹⁴
- RGSt. 68, 358: 16. Okt. 1934, 1 D 664/34, Sicherungsverwahrung. Arbeitsanstalt. Gesamtstrafe: J.W. 1935, 42¹²
- RGSt. 68, 360: 22. Okt. 1934, 5 D 280/34, Verabredung zur Tötung nach § 49 b StGB.: J.W. 1935, 703¹²
- RGSt. 68, 364: 25. Okt. 1934, 3 D 1092/34, Gefährlicher Gewohnheitsverbrecher. Strafbemessung: J.W. 1935, 361⁷
- RGSt. 68, 365: 25. Okt. 1934, 3 D 1120/34, Unzucht mit Pflegekindern. Blutschande. Leiblicher Vater: J.W. 1934, 3285²⁶
- RGSt. 68, 368: 25. Okt. 1934, 2 D 131/34, §§ 239 und 241 StO. im Nachlaßkonkurs: J.W. 1935, 44¹⁶
- RGSt. 68, 371: 18. Okt. 1934, 2 D 1098/34, Zum Missbrauchstatbestand der Untreue: J.W. 1935, 289¹⁷
- RGSt. 68, 375: 26. Okt. 1934, 4 D 1149/34, Ausschließung vom Richteramt: J.W. 1935, 45¹⁸
- RGSt. 68, 378: 29. Okt. 1934, 3 D 859/34, Vereidigung. Ersuchter Richter. Gerichtsbeisitzluf: J.W. 1934, 3286²⁹
- RGSt. 68, 379: 29. Okt. 1934, 3 D 1082/34, Betrug bei Eingehung von Dienstverträgen. Vermögensschaden: J.W. 1935, 288¹⁶
- RGSt. 68, 381: 29. Okt. 1934, 3 D 1129/34, Rücktritt vom Versuch. Vortäuschung des Rücktritts: J.W. 1934, 3284²¹
- RGSt. 68, 382: 30. Okt. 1934, 2 D 1398/32, Depotgesetz. Mitteilungspflicht nach § 8 Abs. 1: J.W. 1934, 980⁷
- RGSt. 68, 383: 8. Nov. 1934, 3 D 910/34, Kein Vorbehalt der Entscheidung über Maßnahmen nach § 42 a StGB.: J.W. 1935, 429¹⁸
- RGSt. 68, 385: 1. Okt. 1934, 5 D 70/34, Beschränkung des Rechtsmittels. Sicherungsverwahrung: J.W. 1935, 201⁹
- RGSt. 68, 392: 25. Okt. 1934, 2 D 1026/34, Sicherungsverwahrung. Verbrauch der Strafflage: J.W. 1935, 430¹⁴
- RGSt. 68, 394: 29. Okt. 1934, 2 D 1159/34, Zeugen. Nichtvereidigung. Verzicht auf Verteidigung: J.W. 1935, 541⁴⁴
- RGSt. 68, 397: 16. Nov. 1934, 4 D 1273/34, Notwendige Verteidigung. Untersagung der Berufsausübung: J.W. 1935, 282¹³
- RGSt. 68, 400: 26. Nov. 1934, 5 D 363/34, Bandenkrimmugel i. R. Gesamtstrafenbildung bei Tatmehrheit: J.W. 1935, 539⁴³
- RGSt. 68, 403: 2. Nov. 1934, 1 D 1047/34, Vom Staatsanwalt „gestellte“ Zeugen: J.W. 1934, 3286³⁰
- RGSt. 68, 404: 8. Nov. 1934, 3 D 506/34, Bestechungsgeld. Verfallserklärung. Objektives Verfahren: J.W. 1935, 707¹⁶
- RGSt. 68, 407: 15. Nov. 1934, 2 D 83/34, Zusammentreffen von Kindesstörung und Aussegnung: J.W. 1935, 939²²
- RGSt. 68, 411: 26. Nov. 1934, 5 D 217/34, Umsatzsteuerhinterziehung. Steuerberater: J.W. 1935, 427¹²
- RGSt. 68, 414: 27. Nov. 1934, 4 D 1305/34, Besetzung der Kriegsgerichte und Oberriegsgerichte: J.W. 1935, 538⁴⁰
- RGSt. 68, 418: 12. Okt. 1934, 1 D 659/34, DevBd. 1932 §§ 12, 36. Verlust. Täterschaft. Teilnahme: J.W. 1935, 356⁶
- RGSt. 68, 427: 26. Nov. 1934, 5 D 295/34, Sicherungsverwahrung. Gesamtstrafenbeschluss: J.W. 1935, 522¹⁶
- RGSt. 68, 430: 6. Dez. 1934, 3 D 1208/34, Schiffsversenkung. Versicherungsbetrag: J.W. 1935, 533³⁸

Gedanken zur Reichsgemeindeordnung

Von Rechtsanwalt Dr. Nieling, Naumburg a. Saale

Am historischen Gedenktage des neuen Deutschen Reiches, dem 30. Jan. 1935, ist die Deutsche Gemeindeordnung verkündet worden. Dieses Gesetz ist eine Großtat nationalsozialistischer Gesetzgebung. Mit ihm finden jahrzehntelange Reformversuche, die durch die politische Kraftlosigkeit des Parlamentarismus zum Scheitern verdammt waren, ihren Abschluß, ist aber zugleich ein eherner Grundpfeiler für den Neubau des Reiches gesetzt worden.

Es ist undenkbar, aus einem modern aufgebauten Staat die Organisationsform der Gemeinde fortzulassen. Nächst der Familie ist die Gemeinde die ursprünglichste Form des zu einer Gemeinschaft zusammengeschlossenen Menschen. In ihr tritt der Mensch zum erstenmal aus dem rein blutsmäßig gebundenen Kreis der Familie und Sippe heraus in die höhere Gemeinschaft seiner Volksgenossen. Das Einzelschicksal tritt zurück, das Gefühl der Zusammengehörigkeit gewinnt greifbaren Ausdruck. Die Gemeinde ist der fruchtbare Boden, auf dem die wahre Volkgemeinschaft ausreifen kann.

Es ist daher begreiflich, daß die nationalsozialistische Regierung bei dem Aufbau des neuen Deutschen Reiches als erstes ein einheitliches kommunales Verfassungsrecht geschaffen hat. Von hier aus wird sie „den Neubau des Reichs vollenden“, wie die Präambel es selbst zum Ausdruck bringt.

Nach der Machtübernahme behielt der Nationalsozialismus zunächst die Verwaltungsformen, die er vorfand, bei. Schnell aber wurde durch Ausschaltung des Parlamentarismus die parteipolitische Zerrissenheit, die die gemeindliche Verwaltungsarbeit zerstörte, überwunden. Man kehrte zurück zu einer personen- und sachverbundenen Verwaltung, die bisher verdrängt worden war durch die Herrschaft von abstrakten Parteidiktaten. Langsam wandte man sich ab von der bis dahin stetig gefestigten Zentralisation der gemeindlichen Verwaltung. Das alles konnte geschehen ohne gesetzliche Grundlage, weil endlich die Männer zur Leitung der Gemeinden berufen worden waren, die von der nationalsozialistischen Staatsauffassung und Staatswirklichkeit durch jahrelangen Kampf so durchdrungen waren, daß ihr gesamtes Wirken in ständiger Kleinarbeit im Rahmen ihres Wirkungskreises auf die Schaffung eines neuen Deutschen Reiches hinzielte. Und sie brauchten daher nichts revolutionär Neues zu schaffen, sondern nur die Verwaltung zurückzuführen in die Bahnen, die die geschichtliche Entwicklung wies, und zu verbinden mit dem gegenwärtigen Lebensgebot der im Kampfe auf Leben und Tod stehenden Volkgemeinschaft.

In die Geschichte der kommunalen Verwaltung ist ein Name mit ehrernen Lettern unauslöschlich eingetragen, der

Name des größten deutschen Kommunalpolitikers, des Reichsfreiherrn vom Stein. Auf sein Wirken geht das Werden der neuzeitlich verwalteten Gemeinde zurück. Es war daher für den Nationalsozialismus, der seine Kräfte schöpfte aus der geschichtlichen Volkswerdung der Deutschen, naheliegend, an die Gedanken der Steinschen Reformen anzuknüpfen. Wie unser Führer Adolf Hitler Deutschland aus tiefster Erniedrigung und Zersplitterung zur Einheit und Ansehen emporführte, so wollte auch Stein, der die Schmach Preußens als deutsches Schicksal empfand, die Wiedergeburt Preußens als Weg zur deutschen Einheit. Und beide wählten denselben Weg: die Erweckung des deutschen Menschen. Stein fand den absoluten Staat vor, der die Staatszügel ins Ungemessene erweitert hatte, der für alle Angelegenheiten durch sein Beamtenamt sorge und keinen Raum ließ für die freie persönliche Initiative der Untertanen. Er sah überall Gleichgültigkeit, ja Schadenfreude am Zusammenbruch des alten Regimes. Er erkannte, daß hier nur Erziehung half, Erziehung des Untertanen zum Staatsbürger. Als er mit der Nassauer Denkschrift im Juni 1807 — die man wohl ohne Übertreibung als eines der gewaltigsten und erfolgreichsten Dokumente der deutschen Geschichte bezeichnen darf — sich an die Öffentlichkeit wandte, erkannte man sogleich die elementare Gewalt seiner Gedanken. Geleitet von dem Gedanken an die Bedeutung der moralischen Kräfte im Dasein der Völker, suchte er die Untertanen des preußischen Staates, dem er diente, zu erfüllen mit dem Geist der Verantwortlichkeit, sie hinzulenken auf die Aufgaben der Gemeinschaft. Das beste Mittel hierzu sah er in der Selbstverwaltung: sie ist der große, schöpferische Gedanke, den Stein in die deutsche Geschichte getragen hat. Zum Ministerpräsidenten im Okt. 1807 ernannt, verfügte er sogleich durch das Edikt vom 9. Okt. 1807 die Freiheit von Person und Eigentum. Am 19. Nov. 1808 folgte die Städteordnung. Mit diesem Gesetz wurde die Selbstverwaltung in den Städten eingeführt. Der Staat beschränkte sich fortan auf die Oberaufsicht. Nun war der Raum geschaffen für „die Tätigkeit des Bürgers, der nicht in Formen und Papier lebt, sondern kräftig handelt, weil ihn seine Verhältnisse in das wirkliche Leben hinzufen und zur Teilnahme an dem Gewirre der menschlichen Angelegenheiten nötigen“ (Stein: Aus der Schrift: Über Selbstverwaltung). Aber es ist die Tragik von Steins Leben und damit auch die Tragik der deutschen Geschichte geworden: Auswirkung und Erfüllung sind versagt geblieben. Als die politischen Verhältnisse die Entlassung Steins forderten und Hardenberg die Leitung der Staatsgeschäfte übernahm, begann, veranlaßt durch die Opposition der Kreise, die ihre Privilegien bedroht sahen, bereits die Verwässerung der Steinschen Reformgedanken. Das folgende Jahrhundert mit seinen Auswüchsen des Liberalismus, die letzten Jahre vor dem Umbruch mit ihrem schrankenlosen Parlamentarismus haben dann aus der gemeindlichen Verwaltung das gemacht, was uns mit seiner parteidemokratischen Zerrissenheit und Korruption, mit dem ewigen Kampf zwischen Staat und Gemeinde, mit einer unübersichtlichen Verschiedenheit der gemeindlichen Verfassungen abschreckend noch vor Augen steht.

Innerquidlich war vor allem der Zustand völliger Zersplitterung der Gemeindeverfassungen. Gab es doch allein in Preußen bis zum Dez. 1933, abgesehen von den Novellen, 30 verschiedene Gemeindeverfassungsgesetze! Dieser Zustand wurde schon seit langem als unhaltbar erkannt. Es fehlte daher nicht an Reformplänen und Ansätzen zu einer Reform (1909 Einsetzung einer Immediatkommission zur Vorbereitung der Verwaltungsreform, 1917 Ernennung eines Staatskommissars für die Vorbereitung einer Verwaltungsreform). Seit Jahren lagen im Preußischen Landtag Entwürfe einer neuen Städte- und Landgemeindeordnung. Aber auch hier erweist sich die Unfähigkeit des parlamentarischen Systems in vollem Umfang. Parteidemokratische, Fraktionsitzungen, Ausschussherrungen ließen das Gesetz nicht zur Entstehung kommen. Auch im Reich erkannte man die Notwendigkeit einer das ganze Reichsgebiet betreffenden Vereinheitlichung. Im Sommer 1930 wurde daher der Entwurf eines Selbstverwaltungsgegeses eingebracht. Zugleich kam der vom Deutschen Städte- tag propagierte Gedanke einer „Reichsstädteordnung“ erneut

zur Erörterung, der in dem dem Reichstag vorgelegten Reichsstädteordnungsentwurf formulierten Ausdruck fand. Daß dieser Entwurf auf der Basis des damaligen Reichstags niemals gesetzliche Form finden konnte, war vorauszusehen. Denn es fehlte für ein derartig reformatorisches Werk die Grundlage: die deutsche Volksgemeinschaft!

Es blieb daher dem Nationalsozialismus, dem Schöpfer der deutschen Volks- und Schicksalgemeinschaft, dem Erwecker des Gemeinsinns, vorbehalten, die langerstreute Reform zum glücklichen Ende zu führen. Es ist das geschichtliche Verdienst Preußens, daß es im Bewußtsein seiner politischen Sendung zuerst die rechtlichen Folgen aus dem neuen Staatsgedanken des Nationalsozialismus gezogen hat.

Am 15. Dez. 1933 wurden das Preuß. Gemeindeverfassungsgesetz und das Preuß. Gemeinefinanzgesetz verkündet. Damit hat Preußen seine Gemeinden völlig auf den Boden des Nationalsozialismus gestellt. Wenn die preußische Regelung trotzdem mannigfache Kritik erfahren hat, so lag das vor allem daran, daß die preußischen Gesetze im Hinblick auf die zu erwartende Reichsreform den Charakter von Übergangsmäßignahmen ohne Zweifel tragen. Bemängelt wurde vor allem der allzu geringe Einfluß der Partei. Trotzdem aber bleibt die preußische Gesetzgebung eine nationalsozialistische Tat ersten Ranges, und die großen Gesichtspunkte der preußischen Gemeindegesetze: Führergrundsatz, Sauberkeit der Verwaltung, Aufrechterhaltung des Grundsatzes der Selbstverwaltung, Aufrechterhaltung und Stärkung der Gemeinden und damit der Staatsautorität, leben fort in der Deutschen Gemeindeordnung. Die preußischen Gesetze wurden auch dadurch für das Reichsgesetz wichtig, daß sie über ein Jahr praktisch erprobt waren. Man konnte also die Erfahrungen, die die Praxis dieser Gesetze mit sich brachte, bei den Arbeiten an dem neuen Gesetz nützlich verwenden. Das Reichsgesetz ist das Ergebnis langer, ernster und gründlicher Arbeit. 1½ Jahre sind im Reichsinnenministerium die Probleme der Reichsgemeindeordnung durchgesprochen worden. Die äußere Fassung wurde sodann der Akademie für Deutsches Recht übertragen.

Der nationalsozialistische Staat ist ein Volksstaat in der Form des Führerstaats. Das Wesen dieses Staats verlangt, daß die gesamte Verwaltung letzten Endes in einer einzigen Hand zusammenläuft, in der Hand des vom Volke erkorenen Führers. Der auf dem Führergrundsatz aufgebaute Staat fordert, daß auch die Unterführer und Behördleiter Autoritätsträger jeweils für ihren besonderen Befehlsbereich sind. Jeder dieser Autoritätsträger ist aber seinem nächsten Vorgesetzten und letzten Endes dem Führer für seine Amtsführung verantwortlich (vgl. Fabricius, Gedanken zur Reichsverwaltung in Akademie für Deutsches Recht 1935 S. 46).

Die Leitung der Gemeinde ist nach dem neuen Gesetz völlig auf dem Führergrundsatz aufgebaut. Der Bürgermeister ist heute die Persönlichkeit, die in der Verwaltung der Gemeinde mit persönlicher Verantwortung die Entscheidung zu fällen hat (§§ 6 Abs. 1, 32 GemD.). Es ist einleuchtend, daß für Kollegialbehörden, deren Mitglieder sich hinter Mehrheitsbeschlüssen verschließen und sich dadurch der Verantwortung entziehen könnten, in der nationalsozialistisch verwalteten Gemeinde kein Platz ist. Ebenso wenig durften auch die verantwortlichen Männer an die Zustimmung unverantwortlicher Kollegien gebunden werden. Die Entscheidung des Nationalsozialismus konnte daher nicht in der Wahl zwischen den beiden ihm überlieferten Verfassungsformen — Magistratsverfassung oder Bürgermeisterverfassung — Zweikammer- oder Einkammersystem — liegen. Beide Typen waren für ihn unbrauchbar.

Die Magistratsverfassung, das System der östlichen Provinzen Preußens, stellte den Gemeindevorstand und die Gemeindevertretung als gleichberechtigte Faktoren gegenüber. Nur durch Übereinstimmung beider kam ein Gemeindebeschuß zu stande. Die Bürgermeisterverfassung, vorherrschend in Westdeutschland, insbesondere in der preußischen Rheinprovinz, im übrigen Deutschland in den Landgemeinden, sieht zwar als verantwortlichen Leiter eine Einzelperson vor, bindet ihn aber an Gemeindebeschlüsse, die durch Stadtverordnetenversammlung unter seinem Vorsitz zustande kommen. Schon früher wurde

vielfach die Auffassung vertreten, daß die Magistratsverfassung wegen ihrer schwierigen Bechlußfassung zu schwerfällig sei und den Anforderungen des überaus wechselvollen gemeindlichen Lebens nicht nachkommen könne. Man erkannte auch, daß es schwierig sei, den wirklich Verantwortlichen für die Leitung der einzelnen Verwaltungsgeschäfte festzustellen. Man gab daher der Bürgermeisterverfassung im Prinzip den Vorzug. Aber in der Erkenntnis der Schwäche des ganzen Systems fand man nicht den Mut, diese Einsicht auch in die Tat umzusetzen. Es bestand nach damaliger Ansicht die Gefahr, „daß das Überge wicht des Bürgermeisters, insbesondere durch den Vorsitz in der Gemeindevertretung, leicht allzu groß werden kann und der wirkliche Wille der Gemeinde verkümmert wird“ (Sacher, Staatslexikon 1927 Bd. 2. Art.: „Gemeinde“ S. 431). Diese Stellungnahme zeigt so richtig den Geist, der das überwundene System beherrschte: eine erbärmliche Angst vor einer machtvollen Persönlichkeit, die es den Handlern der Parteiwirtschaft vielleicht unmöglich machen würde, für selbsttückige Belange im Trüben zu fischen! Und daher sah man den besten Ausweg aus dem nun einmal erkannten Dilemma darin, „daß es dem Selbstverwaltungsprinzip am ehesten entspräche, wenn der Staat weder die eine noch die andere Form für diese oder jene Gemeindekategorie festsetze, sondern es dem Belieben der Gemeinde selbst überließe, welches System sie wählen will“. Es ist nicht auszudenken, wohin die Verwirklichung dieser Gedankengänge, die man nur als Ausgeburt eines bis zum äußersten überspannten Liberalismus bezeichnen kann, geführt haben würde! In den schon bestehenden Spannungen zwischen Reich, Staat und Gemeinde wäre eine völlige Zersplitterung des Deutschen Reiches unaufhaltbar gewesen. Die „Kleinstaatenerei“ hätte eine neue Blütezeit erlebt. Man mag diesen Gedankengängen nur ruhig einmal nachgehen. Vielleicht wird man erst dann richtig ermessen können, von welcher ungeheuren Wichtigkeit es war, daß der Nationalsozialismus gerade in der kommunalen Verwaltungspolitik die Zügel straff in die Hände nahm und hier die im Kern gesunden Grundsätze aus ihren Zerrbildern in die urreigensten Formen zurückführte.

Dies gilt insbesondere von dem Grundbegriff jeder Gemeindeverwaltung, der Selbstverwaltung. Im Rahmen der kommunalen Verfassungslehre interessiert nur der sog. juristische Begriff der Selbstverwaltung. Im Gegensatz hierzu steht der sog. politische Begriff, der für die englische Lehre des „selfgovernment“ Bedeutung gewonnen hat und die Erledigung staatlicher Geschäfte durch unbesoldete Ehrenbeamte umfaßt. Nach dem juristischen Begriff versteht man unter Selbstverwaltung die Verwaltung öffentlicher Angelegenheiten durch nichtstaatliche Körperschaften unter eigener Verantwortung. Dieser Begriffsbestimmung ist zu entnehmen, daß sich Staatsverwaltung und Selbstverwaltung begrifflich ausschließen.

Es drängt sich daher sofort zwingend die Frage auf: „Hat im autoritären Führerstaat die Selbstverwaltung überhaupt noch Berechtigung?“ Daß diese Frage durchaus nicht in der einen oder anderen Richtung beantwortet werden muß, bietet uns der Vergleich der deutschen Gemeindeordnung mit der italienischen Regelung. Das faschistische Staatswesen kennt eine echte Selbstverwaltung nicht. Das kommt entscheidend darin zum Ausdruck, daß die Amtsburgermeister italienischer Gemeinden nachgeordnete Staatsbeamte sind. Sie sind völlig abhängig von der übergeordneten Behörde, können jederzeit abgesetzt und ersezt werden, sogar ohne Angabe von Gründen. Demgegenüber verleiht die deutsche Gemeindeordnung dem Bürgermeister eine vollkommen unabhängige Stellung. Einmal berufen, ist er nach Ablauf eines Probejahres (§ 45 Abs. 1 GemD.) für die Dauer von zwölf Jahren unabsehbar (§ 44 GemD.). Diese unterschiedliche Stellungnahme läßt sich nur erklären aus dem Wesen der beiden Staatslehren. Der faschistische Staat ist ein reiner Obrigkeitstaat. Er hat daher die Neigung, den Willen des übergeordneten Gemeinwesens, des Staates, in allen seinen Gliederungen uneingeschränkt zur Geltung zu bringen. Der nationalsozialistische Staat aber bleibt bei aller straffgefaßten Führung ein Volksstaat. Das diktatorische Element des Faschismus fehlt ihm. Der Führer wird getragen vom Vertrauen des gesamten

Staatsvolks, er ist zur Führung berufen durch den Willen der ganzen Nation. Führer, Staat, Volk sind eine Einheit. Der Staat ist nur die äußere Lebensform des Volkes, dem es dient. Aus der staatlichen Gliederung kann daher nicht ein Teil herausgenommen werden, ohne den Organismus zu zerstören. Ein Teil des Staats aber, und zwar ein wesentlicher Teil, sind die Gemeinden. Die Einstellung des nationalsozialistischen Staats zur Selbstverwaltung der Gemeinden kann daher nur die sein, daß der Staat einen wesentlichen Teil seiner Aufgaben und Zuständigkeiten als örtlich zu bearbeitenden Aufgabekreis den Gemeinden zu treuen Händen überläßt, und zwar nicht nur zur Bearbeitung nach Anweisung, sondern nach eigenem freien Ermessen. Zu dieser wahrhaft freiheitlichen Entwicklung kann sich der nationalsozialistische Staat ohne Gefahr der Selbstaufgabe bekennen, weil er ein kraftvolles Staatswesen ist, der keinerlei Mistrauen besitzt, sondern aufgebaut ist auf dem schrankenlosen Vertrauen seines Staatsvolks. Ihm ist es daher vergönnt, sich durch eine möglichst freie Entfaltung der Gemeinden die in ihr schlummernden Kräfte der Gemeindebürger nutzbar zu machen. So ist am besten dem Volkswohl gedient.

Man mag sich bei dieser Gelegenheit daran erinnern, daß auch das Weimarer System für sich in Anspruch nahm, ausschließlich dem Volkswohl zu dienen. Und doch hatte gerade seit Einführung der parlamentarischen Demokratie das Verhältnis zwischen Reich, Staat und Gemeinden unerhörte Spannungen erfahren. Und forschen wir nach dem Grund, so finden wir ihn in der von den damaligen Parlamentariern vertretenen Ansicht, daß der demokratische Staat, da er sich auf die Volksgewalt stütze, keinen Raum habe für eine freie, örtliche Selbstverwaltung, deren Wünsche mit dem Parlament als der Verkörperung des Gesamtvolks in Widerspruch treten könnten. Wir sehen, auch hier wieder tritt uns das Bekenntnis der eigenen Unzulänglichkeit und Schwäche entgegen. Die Angst vor möglicher Konkurrenz bedingte den Verzicht auf die im Volke lebenden besten Kräfte. Das europäische Beispiel lehrt uns denn auch, daß parlamentarische Demokratie und Selbstverwaltung Begriffe sind, die sich ausschließen. England und Frankreich kennen eine echte Selbstverwaltung nicht. Auch in Deutschland war die Selbstverwaltung zu völliger Bedeutungslosigkeit herabgesunken, während der Parlamentarismus das Staatsleben beherrschte. Mit seiner Überwindung lebt auch die Selbstverwaltung wieder auf.

Die Einstellung des Nationalsozialismus zur Selbstverwaltung findet ihren Niederschlag auch in der Gestaltung der Staatsaufsicht. Selbstverwaltung und Staatsaufsicht sind untrennbare Begriffe. Den Wert der wahren Selbstverwaltung erkennt man am besten an der Beschränkung, die sich der Staat in seiner Aufsicht auferlegt. Diese liegt auch in seinem eigenen Interesse. Wollte er der Gemeinde für jede ihrer Handlungen Anweisungen erteilen, so würde ein ungeheuer kostspieliger Beamtenapparat notwendig. Die Deutsche Gemeindeordnung aber geht von dem Gedanken aus, daß der deutsche Mensch nur dann zu höchsten Leistungen kommt, wenn er in seinen Entschlüssen frei ist. Einen sog. „übertragenen Wirkungskreis“, in dem das Gemeindeorgan an die Weisungen der staatlichen Behörden gebunden ist, kennt das neue Gesetz nicht. Die Aufsicht der Gemeinden soll daher so gehandhabt werden, „daß die Entschlußkraft und Verantwortungsfreudigkeit der Gemeindeverwaltung gefördert und nicht beeinträchtigt wird“ (§ 106 Satz 2 GemD.). Die Staatsaufsicht beschränkt sich daher grundsätzlich auf die Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Maßnahmen der Gemeindeverwaltung (§ 106 Satz 1) und sichert so für alle deutschen Gemeinden die einheitliche Linie der Staatsführung auf dem Gebiete der Selbstverwaltung. Darüber hinaus bedarf es für eine Reihe von Handlungen der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Der Gesetzgeber hat aber ausdrücklich vorgesehen, daß der Kreis der genehmigungspflichtigen Entschlüsse durch Verordnung des Reichsinnenministers verkleinert werden kann und durch vorherige Anzeige ersezt wird (§ 105 a. a. D.). Wir sehen, ein immer weiterer Ausbau der Selbstverwaltung ist vorgesehen. Es liegt an den Gemeinden selbst: bewahren sie sich, erweisen sie sich des Vertrauens würdig, wird ihre Handlungsfreiheit erweitert. Die

Devise der Steinschen Städteordnung „Zutrauen veredelt den Menschen, ewige Vormundschaft hemmt seine Reisen“ hat ihre beste Verwirklichung gefunden!

Einen gänzlich neuen Begriff hat die Deutsche Gemeindeordnung in das Verfassungsleben der Gemeinden hineingetragen: die gesetzliche Verankerung der Mitwirkung der Partei. Nachdem die Machtverhältnisse im nationalsozialistischen Staat durch das Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat vom 1. Dez. 1933 (RGBl. I, 1016) dahin klargestellt worden sind, daß die NSDAP. Trägerin des Staatsgedankens ist, war es notwendiges Erfordernis, ihr auch entscheidenden Einfluß in der Verwaltung aller Staatsorgane einzuräumen. Das geschieht entweder auf die Weise, daß Staats- und Parteiamt in einer Person vereinigt werden (Landrat — Kreisleiter, Oberpräsident — Gauleiter), oder aber, daß ihr entscheidender Einfluß bei den wichtigsten Entschließungen eingeräumt wird. Den letztgenannten Weg hat die Gemeindeordnung gewählt. Zur Sicherung des Einklangs der Gemeindeverwaltung mit der Partei wirkt der Beauftragte der NSDAP. bei bestimmten Angelegenheiten mit (§ 6 Abs. 2 Satz 2 GemO.). Er hat Einfluß auf die Berufung und Abberufung des Bürgermeisters, der Beigeordneten und Gemeinderäte (§§ 41, 45, 51 und 54 a. a. D.). Der Erlass der Hauptaufsicht, das Verfassungsstatut der Gemeinde, sowie die Verleihung und Überkennung des Ehrenbürgerrechts bedürfen seiner Zustimmung (§ 33 Abs. 1 Ziff. 1 u. 2 a. a. D.). Diese bedeutungsvolle Stellung des Parteibeauftragten gewährleistet am ehesten, daß die Gemeindeverwaltung dauernd Aufschluß erhält über die Auswirkung ihrer Anordnungen, zumal in psychologischer Hinsicht. Denn die Partei mit ihren Organen lebt nach der Natur ihrer Tätigkeit in engerem Zusammenhang mit dem Volk. Sie ermöglicht daher, daß die Verwaltung auch volksverbunden bleibt. Volksverbundenheit ist unumgängliches Erfordernis jeder positiven Verwaltungspolitik. Um die dauernde Fühlung der Verwaltung mit allen Schichten der Bürgerschaft zu sichern, sieht die Gemeindeordnung daher auch weiterhin vor, daß dem Leiter der Gemeinde erfahrene und verdiente Bürger mit ihrem

Rat zur Seite stehen (§§ 6 Abs. 2 Satz 3, 48 Abs. 1 a. a. D.). Diese Gemeinderäte werden von dem Beauftragten der NSDAP. berufen (§ 51 a. a. D.). Wir sehen, auch hier ist der Gedanke maßgebend, daß die NSDAP. allein befähigt ist, den Willen der Bürgerschaft in den einzelnen Gemeinden durchzusetzen. Eine Wahl, durch die in früheren Zeiten die Gemeinderäte ihr Amt erhielten, ist nicht erforderlich. Die Entscheidung des Parteibeauftragten ersetzt sie vollkommen. Es ist eigentlich unnötig, zu erwähnen, daß bei der Auswahl der Gemeinderäte der Grundsatz von Leistung und Persönlichkeit maßgebend ist. Wie wichtig trotz der alleinigen Verantwortlichkeit des Bürgermeisters die Mitwirkung der von der Partei berufenen Gemeinderäte ist, zeigt die Bestimmung, daß der Bürgermeister wichtige Angelegenheiten mit ihnen beraten, ihnen Gelegenheit zur Äußerung geben muß (§ 55 Abs. 1), und vor allem, daß sie ihre Äußerung bei der Beratung zur Niederschrift zu geben haben, wenn ihre Auffassung von der des Bürgermeisters abweicht (§ 57 Abs. 3 Satz 2). Die Belange der Partei und damit der geleiteten Volksgenossen werden also weitgehend geschützt.

Darüber hinaus hat dann das Gesetz durch Beibehaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit (§§ 29, 30) Vorzüge getroffen, daß Rechtsverletzungen der Gemeindeorgane beseitigt werden können. Diese Verwaltungsgerichtsbarkeit widerspricht nicht etwa der nationalsozialistischen Führeridee. Auch der Nationalsozialismus rechnet mit der Unvollkommenheit der Menschen und ist sich bewußt, daß es immer Menschen gibt, die sich durch die dem Führerdenken innenwohnende Macht- und Autoritätsfülle zum Missbrauch der Macht und zur Willkür verleiten lassen. Pflege der Gerechtigkeit ist daher notwendiges Erfordernis einer volksverbundenen Verwaltungspolitik (vgl. Weidemann, Deutsches Verwaltungsrecht II 4 b S. 13/14).

So finden wir in der Deutschen Gemeindeordnung eine einheitliche Gestaltung der deutschen Gemeindeverfassung, eine Zusammenfassung der in der Gemeinde lebenden, bündengebundenen Kräfte zu einem gleichgerichteten politischen Wollen, dessen Ziel die Vollendung des Neubaues des Reiches ist.

Die Strafbarkeit unerlaubter Verwendung von Registermark

Von Regierungsrat Dr. Baer, Berlin

Mit Recht verneint das RG. 1. Sen. v. 18. Dez. 1934 = JW. 1935, 705, die Anwendung des § 36 Abs. 1 Nr. 7 DevBd. (= § 42 Abs. 1 Nr. 7 DevG.) und des § 263 StGB., wenn ausländische Reisende die abgehobenen Registermarkbeträge zu anderen als Reisezwecken verwenden. Da jedoch der Ausländer im Inland den Beschränkungen der Devisenbestimmungen — mit Ausnahme der gegen Inländer gerichteten — unterliegt, verstößt die Versendung oder Überbringung von inländischen Zahlungsmitteln, also der erworbenen Reichsmarkbeträge, ins Ausland gegen § 12 DevBd. = § 13 DevG. und die Bezahlung von Verbindlichkeiten dritter Ausländer durch den ausländischen Reisenden gegen § 13 Abs. 2 DevBd. = § 11 Abs. 2 DevG. (vgl. Ranke, Bespr. des gen. Urteils: JW. 1935, 705). Das RG. weist indessen noch mit besonderer Deutlichkeit darauf hin, daß der Inhalt des Kreditabkommen, namentlich das Verbot gewisser Verwendungen von Registermarkguthaben, nicht zu inländischen Rechtsnormen erhoben werden ist; daß Kreditabkommen selbst enthalte keine Strafbestimmungen; eine Bestrafung könne daher nur in Frage kommen, wenn sie sich auf devisenrechtliche Bestimmungen gründen ließe; § 36 DevBd. = § 42 DevG. enthalte aber keinen Tatbestand, der den Fall derartiger Verstöße decke.

Dieser Auffassung des RG. dürfte aber nicht gefolgt werden können; denn m. E. liegt hier ein Verstoß gegen § 20 DevBd. = § 18 DevG. i. Verb. m. § 36 Abs. 1 Nr. 3 DevBd. = § 42 Abs. 1 Nr. 3 DevG. vor. Zur Begründung muß auf die Entstehung dieser Vorschrift und die Bestimmungen des Kreditabkommen näher eingegangen werden.

a) Die Vorschrift des § 20 DevBd. = § 18 Abs. 1

DevG. ist vom § 1 Abs. 1 zu c der 10. DurchfWD. zur DevBd. 1931 v. 18. Febr. 1932 (RGBl. I, 79) übernommen. Sie lautet in der nun geltenden Fassung:

„Die Verfügung über eine auf Reichsmark oder Goldmark lautende Forderung, die zugunsten eines Ausländers nach dem 3. Aug. 1931 entstanden ist, bedarf der Genehmigung, wenn sich die Devisenstelle oder die Reichsbank bei der Entstehung der Forderung eine solche Genehmigung vorbehalten hat (Sperrguthaben).“

Der Grund zu dieser Vorschrift lag darin, daß durch Rückzahlung langfristiger Kredite an eine Devisenbank im Verhältnis des Kontoinhabers zu der betreffenden Bank neue Guthaben entstanden, deren Natur als Sperrguthaben sich nicht aus den Devisenbestimmungen unmittelbar ergab, sondern aus einem Vorbehalt, den die Devisenstellen bei der Erteilung der Genehmigung machten. Aus einer so erteilten Genehmigung entstand lediglich eine schuldrechtliche Verpflichtung der kontoführenden Bank und des Kontoinhabers, zu jeder weiteren Verfügung die Genehmigung der Devisenstelle oder der Reichsbank einzuholen; eine dingliche Verfügungsbeschränkung, wie sie für die ursprüngliche Forderung bestand (z. B. § 13 Abs. 3 DevBd. = § 15 DevG.) und eine entsprechende Strafvorschrift bestand nicht (ebenso Hartenstein, Ann. 1 zu § 20 DevBd.; RG. des NWIM. Nr. 37/32 v. 19. Febr. 1932). Diese Lücke füllt § 18 Abs. 1 DevG. aus; es sind nunmehr auch Verfügungen ohne Genehmigung oder zu anderen als aus der Genehmigung ersichtlichen Zwecken nicht nur unzulässig, sondern auch nichtig und strafbar.

b) Das Kreditabkommen 1934 bezieht (wie schon die

gleichen Abkommenen 1931, 1932, 1933) die an Deutschland gegebenen kurzfristigen Bankkredite aufrechtzuerhalten (Biff. 3). Neben der hier nicht interessierenden Kürzung der Verschuldung durch Streichung unbemerkter Kredite bestimmt Biff. 10 des Abkommen, daß der ausländische Bankgläubiger, der endgültige Rückzahlung der Schuld in Reichsmark annehmen will, berechtigt ist, dem Schuldner eine Kündigung zur Rückzahlung im Reichsmark zu geben. Der Anspruch auf Rückzahlung ist beschränkt der Art und Höhe nach (Unterziffer [2] der Biff. 10). Auf die Kündigung hat der Schuldner zu erklären, ob er zahlen kann oder nicht (Unterziffer [3]). Die Zahlung erfolgt sodann mit schriftlicher Genehmigung der Reichsbank in Reichsmark für Rechnung des Treuhänders zugunsten des „registrierten Berechtigten“. Die zurückgezahlten Reichsmarkguthaben werden Registerguthaben genannt (Unterziffer [4]). Sie können nach Maßgabe der Unterziffer (5) angelegt werden, z. B. in deutschen Aktien oder Schuldbörsereinbungen oder in Darlehen bei einer von den ausländischen Gläubigerausschüssen zwecks Führung von Registermarkkonten ausgewählten Bank. Sie können endlich gemäß Unterziffer (7) freigegeben werden, damit Ausländer nach Maßgabe der von der Reichsbank erlassenen Ausführungsbestimmungen die Kosten der Reise in Deutschland und die damit zusammenhängenden Aufwendungen bezahlen können. Der ausländische Reisende erwirbt zu diesem Zweck bei einer ausländischen Bank mit Valuta Registermarkreiseschecke, die er bei einer inländischen Bank einlöst. Während die Freigabe für andere Zwecke von der vorherigen Genehmigung der Reichsbank abhängig ist, ist sie für Reisezwecke allgemein erteilt.

Dies vorausgeschickt, ergibt sich für die Anwendung des § 18 Abs. 1 DevG. folgendes: Die Reichsbank behält sich bei Entstehung des Registermarkkontos die Genehmigung inform vor, als sie in dem dem Schuldner erteilten Bescheid ausdrücklich auf Biff. 10 des Kreditabkommens Bezug nimmt. Die Freigabe des Registerguthabens ist damit nur in dem Umfang und unter den Bedingungen gestattet, wie sie das Kreditabkommen in Unterziffer (7) (a)–(d) vorsieht. Für ausländische Reisende bedeutet dies, daß die allgemeine Genehmigung nur zum Zwecke der Bezahlung der Reisekosten erteilt ist. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Ausländer durch Vorzeigung des Reiseschecks und Abhebung des Betrages über das Registerguthaben der ausländischen Bank verfügt; denn durch die Abhebung des Betrages wird das Registerguthaben vermindert, es findet also

Zur Aufklärungspflicht der Finanzbehörden im Steuerprozeß

I. Gemäß § 204 RABG. hat das FinA. die steuerpflichtigen Fälle zu erforschen und von Amts wegen die Tatsachen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln, die für die Steuerpflicht und die Bemessung der Steuer wesentlich sind.

Die gleiche Verpflichtung ist durch § 243 RABG. den Rechtsmittelbehörden auferlegt, soweit sie zur Nachprüfung tatsächlicher Verhältnisse berufen sind.

Da nur die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse ermittelt werden sollen, die für die Besteuerung wesentlich sind, wird selbstverständlich die Ermittlungspflicht nur auf rechtlich erhebliche Tatsachen erstreckt.

Aus § 204 RABG. hat im übrigen der RfH. auch die Verpflichtung der Steuerbehörden hergeleitet, dem Steuerpflichtigen rechtliches Gehör zu gewähren.

II. Obwohl hiernach von Amts wegen alle erheblichen Tatsachen aufzufüllen sind, haben die Steuerbehörden auch Beweisanträgen der Steuerpflichtigen, soweit sie die Aufstellung rechtlich erheblicher Tatsachen beziehen, nachzugehen.

Zu den Erkenntnisquellen, aus denen die Wahrheit geschöpft werden kann, gehören auch die angebotenen Beweise.

Es ist selbstverständlich, daß solche Beweise nicht zu erheben sind, soweit die Steuerbehörde ohnehin von der Wahrheit der unter Beweis gestellten Tatsachen überzeugt ist. Ebenso sind Beweise nicht zu erheben, wenn die Unwahrheit dieser Angaben für die Behörde unwiderrücklich gegeben ist; denn dann ist die Wahrheit bereits erforscht. Hat hingegen die Unwahrheit der Angaben des Steuerpflichtigen nur einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit erlangt, so ist dennoch Beweis zu erheben, da ja eine völlige Feststellung der Unrichtigkeit der Angaben des Steuerpflichtigen noch nicht getroffen werden kann.

Im Ergebnis eine Rückzahlung durch den deutschen Schuldner statt. Wollte man sich aber auf den Standpunkt stellen, daß nur die auszahlende Stelle verfügt, so wäre diese Verfügung in mittelbarer Täterschaft durch den ausländischen Reisenden vorgenommen. Denn er gibt durch die Vorzeigung des Schecks zu erkennen, daß er den Betrag im Sinne des Kreditabkommens verwenden will. Diesen Gedanken erwähnt übrigens auch die obengenannte Entscheidung des RG., allerdings nur in dem Zusammenhang, daß die etwa in dem Verhalten des Reisenden liegende arglistige Täuschung der Bank nicht die Annahme einer Genehmigungserschleichung rechtfertige. Nimmt also der Ausländer die Abhebung in der Absicht vor, die Registermark nicht für Reisezwecke zu verwenden, so verfügt er über eine nach dem 3. Aug. 1931 entstandene Reichsmarkforderung — direkt oder durch Vermittlung der Bank —, die nach dem Bescheid der Reichsbank Sperrguthaben geworden ist, ohne Genehmigung, weil die allgemein erteilte Genehmigung nur unter der Voraussetzung und zu dem Zwecke erteilt ist, die abgehobenen Beträge für die Reise zu verwenden. Der Fall liegt ebenso, wie wenn — etwa durch Beihilfe der die Registerguthaben führenden Bank — der Ausländer ohne die erforderliche Genehmigung der Reichsbank sein Registerguthaben zu anderen Zwecken verwendet. Der Ausländer und, bei Beihilfe, die Bank verstößen sonach gegen § 20 DevG. = § 18 DevG. und machen sich gem. § 36 Abs. 1 Biff. 3 DevG. = § 42 Abs. 1 Biff. 3 DevG. strafbar. Im sachlichen Zusammenhang mit diesem Verstoß würden die obengenannten Verstöße gegen § 13 DevG. und § 11 Abs. 2 DevG. stehen. Dass die frühere Fassung des § 20 DevG. die erforderliche Genehmigung der Reichsbank neben der Genehmigung der Devisenstelle im Gegenzug zu § 18 DevG. nicht erwähnte, ist unerheblich, da sich aus § 1 Abs. 2 Satz 2 DevG. ergab, daß auch für Stillhalteverbindlichkeiten die DevG. gilt und lediglich für die Genehmigungen die Reichsbank zuständig ist (vgl. Hartenstein, Anm. 5 zu § 1 DevG.).

Aus dem Gesagten folgt, daß eine Verurteilung eines Ausländers auch dann möglich ist, wenn er die abgehobenen Registermarkbeträge dazu verwendet, um eigene Schulden im Inland zu zahlen oder Anschaffungen zu machen, die nicht durch die Reise veranlaßt sind. So ist es auch möglich, den gewöhnlichen Registermarkschiebern leichter beizukommen, weil meist nachzuweisen sein wird, daß das abgehobene Geld zu anderen als Reisezwecken Verwendung gefunden hat.

Diese Beweisanforderungen hat der RfH. bereits im Urteil vom 21. Dez. 1921 (5. Senat, 5 A 258/21; RfH. 8, 25) in Anlehnung an die ständige Rechtsprechung des RG. und des PrOVG. aufgestellt.

Darüber hinaus verlangt der RfH. für den Fall der Ablehnung eines Beweisauftrages Darlegung mit ausdrücklichen Worten, aus welchen Gründen es ausgeschlossen sei, daß ein angebotener Beweis, welches Ergebnis er auch haben möge, die bereits feststehende Überzeugung des Gerichts von der Unwahrheit einer Behauptung verderben könnte (RfH. a. a. O. 8, 26).

Einer solchen ausdrücklichen Begründung bedarf es nur dann nicht, wie in der Entscheidung weiter hervorgehoben wird, wenn aus dem festgestellten Sachverhalt von einem verständigen Leser als selbstverständlich die Ablehnung des Beweisantrages gefolgt werden kann. Hier kann man von einer stillschweigenden Begründung sprechen, so daß eine bloße hinzutretende wortähnliche Begründung eine leere Form darstellen würde, deren Übergehung keinen wesentlichen Mangel des Verfahrens bildet (RfH. a. a. O.).

III. Hieraus folgt, daß auch die Vernehmung eines Zeugen nicht allein deshalb unterbleiben darf, weil die Auskunftsper Person im Angestelltenverhältnis zum Steuerpflichtigen stand; denn ob der Zeuge glaubwürdig ist oder nicht, kann in der Regel erst nach seiner Anhörung einwandfrei beurteilt werden (so RfH. Urt. vom 11. Dez. 1934, I A 55/34; RStV. 1935, 121).

IV. Da die Steuerbehörden von Amts wegen alle rechtserheblichen Tatsachen feststellen und alle ihnen zugänglichen Erkenntnisquellen ausschöpfen müssen, sind sie auch verpflichtet, rechtserheblichen Beweisanträgen nachzugehen, die in anderen ihnen bekannten Steuersachen vom Steuerpflichtigen gestellt worden sind. Es ist in solchen Fällen Sache der Steuerbehörde, von Amts wegen zu erforschen, ob das so der Behörde bekannte Beweisangebot auch für

den Streitfall von Rechtserheblichkeit ist (RGH. a. a. D.: RStBl. 121).

V. Wird gegen die Grundsätze der Aufklärungspflicht der Finanzbehörden, also auch der Erhebung von Beweisen, verstoßen, so bilden diese Verstöße einen in der Regel zur Aufhebung der Entscheidung führenden Verfahrensmangel, wenn es sich um einen so genannten wesentlichen Mangel handelt (§ 288 RAbgD.). Ein Verfahrensmangel ist aber nur dann wesentlich, wenn die Möglichkeit besteht, daß ohne ihn die Entscheidung anders ausgefallen wäre (RGH. Urt. v. 14. März 1933, I A 93/31; RStBl. 1933, 304).

VI. Hier nach ist festzustellen, daß die RAbgD. im Steuerprozeß dem Steuerpflichtigen jede Möglichkeit gibt, die Steuerbehörde zu zwingen, den Sachverhalt, soweit er von Bedeutung für den Steuerfall ist, durch Erhebung von Beweisen aufzuklären. Hieraus ergibt sich die Verpflichtung der Steuerberater, bei schriftlichen Darlegungen in Steuerprozessen auch, wie das in anderen Prozeßarten selbstverständlich ist, genaue Beweisanträge zu stellen. Es wäre nur zu wünschen, daß die FinGer. von der Möglichkeit der Anordnung einer mündlichen Verhandlung einen erheblich größeren Gebrauch machen würden, damit das Vertrauen der Steuerpflichtigen zu den FinGer. nicht gefährdet würde; denn gerade die Ablehnung der mündlichen Verhandlung durch die FinGer. erweckt Misstrauen. Hinzu kommt, daß auch nach nationalsozialistischer Prozeßauffassung in der Regel nur die mündliche Verhandlung mit der Zwiesprache zwischen Richter und dem Prozeßbeteiligten die beste Aufklärung bringt.

RAl. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

Zum Tatbestand der Steuerhinterziehung

I.

A. Nach § 396 RAbgD. wird wegen Steuerhinterziehung mit Geldstrafe bestraft, wer zum eigenen Vorteil oder zum Vorteil eines anderen nicht gerechtfertigte Steuervorteile erschleicht oder vorsätzlich bewirkt, daß Steuereinnahmen verkürzt werden.

1. Eine Verkürzung der Steuer ist, wenn im Ermittlungsverfahren unrichtige und unvollständige Angaben gemacht werden, in der Regel erst dann gegeben, wenn auf Grund dieser Angaben die Steuer zu gering festgesetzt und die Festsetzung dem Steuerpflichtigen bekannt gegeben worden ist. Das folgt nach RGSt. 59, 401 aus § 396 Abs. 3 RAbgD.: „Es genügt, wenn infolge der Tat ein geringerer Steuerbetrag festgesetzt ist...“ (vgl. Becker, Die Reichsabgabenordnung, Berlin 1926, S. 759).

2. Eine Verkürzung der Steuer und damit eine Erfüllung des Tatbestandes einer Steuerhinterziehung kann aber auch vorliegen, ohne daß ein Steuerbescheid zugestellt und ohne daß es überhaupt zu einer Steuerfestsetzung gekommen ist. So kann eine Verkürzung der Steuer bereits dann vorliegen, wenn der Steuerpflichtige einer besonderen Steuerpflicht zuwider die Abgabe von Erklärungen oder Voranmeldungen vorsätzlich unterläßt oder er die Erklärung vorsätzlich verspätet abgibt (vgl. RG. 2 D 139/26, Urt. v. 22. April 1926; JW. 1927, 1762 und 2 D 1272/31, Urt. v. 25. Febr. 1932; JW. 1933, 337; Mrozek, R. 1 zu § 359 RAbgD. 1919 und R. 14 zu § 396 RAbgD. 1931). Ein bloßes Unterlassen der Abgabe oder der nicht rechtzeitigen Abgabe, also ein rein negatives Verhalten, genügt nicht, vielmehr muß eine für diesen Erfolg urfachliche Steuernehrlichkeit, ein Verhinderen der Steuerpflicht oder, soweit eine bloße Steuergefährdung in Betracht kommt, wenigstens ein Unterlassen hinzutreten, durch das die Steuerbehörde über das Bestehen oder die Höhe der Steuerpflicht in Unkenntnis gehalten wird (RGSt. 61, 81 und 186 und RG. I D 993/29, Urt. vom 22. Okt. 1929; Mrozek, R. 18 zu § 359 RAbgD. 1919).

Wann in solchen Fällen das Steuervergehen vollendet ist, läßt sich nicht gleichmäßig beantworten. Bei der Lohnsteuer ist dann die Verkürzung bereits bewirkt, wenn die Lohnsteuerbeträge nicht rechtzeitig oder unvollständig abgeführt werden. Gleichermaßen hat für die Fälle zu gelten, in denen Voranmeldungen abzugeben sind. Handelt es sich um ein vorsätzliches Unterlassen der Abgabe z. B. der Einkommensteuererklärung — der Steuerpflichtige gibt im Februar 1935 vorsätzlich keine Erklärung ab —, so ist die Hinterziehung hinsichtlich des Unterschiedsbetrages zwischen den Vorauszahlungsbeträgen und der Abschlußzahlung dann vollendet, wenn durch das Unterlassen der Abgabe der Erklärung „die rechtzeitige Verantragung, Festsetzung usw. bereitstellt wird, der Eingang der geschuldeten Steuerbeträge ganz unterblieben ist oder doch geringer war oder später erfolgte, als es nach den gesetzlichen Vorschriften ohne den steuerwidrigen Vorgang dem regelmäßigen Verlauf der Dinge entsprochen haben würde“ (RG. II 247/26, Urt. v. 1. Juli 1926; RG. 60, 307). Der Tatbestand einer vollendeten Verkürzung wird also nicht

schon dann vorliegen, wenn am letzten Tage der Abgabefrist eine Einkommensteuererklärung nicht eingeht, vielmehr erst dann, wenn die Verantragung der Gesamtheit der Steuerpflichtigen beendet ist (Ende September). Erst wenn einige Zeit nach diesem Zeitpunkt eine (vorsätzlich verspätete) Erklärung eingeht, wird festzustellen sein, daß die Steuer später festgesetzt worden ist, als es dem regelmäßigen Verlauf der Dinge entspricht.

3. Schließlich kann das Vergehen der Hinterziehung auch in Bezug auf bereits festgestellte Steuern begangen werden, so, wenn die an den Fälligkeitstagen zu zahlenden Steuerbeträge (z. B. die Abschlußzahlung einen Monat nach Feststellung des Bescheides) nicht rechtzeitig an die Finanzkasse abgeführt werden, da „Verkürzung“ nicht gleich Vermögensbeschädigung ist. Zwar reicht auch hier bloße Säumnigkeit nicht aus; es muß vielmehr ein betrügerisches (steuerunehrliches) Verhalten des Steuerpflichtigen hinzutreten, das die Verwirklichung des Steueranspruchs verhindern oder wesentlich erschweren soll. Ein solches Verhalten ist dann gegeben, „wenn der Steuerpflichtige durch unwahre Angaben seine Zahlungsunfähigkeit vortäuscht, wenn er sich bewußt außerstande sieht, seiner Steuerpflicht zu genügen, entweder dadurch, daß er die Mittel, die ihm zur Steuerzahlung zur Verfügung stehen würden, verschiebt, oder dadurch, daß er sie verschwendet, und ferner endlich, daß er auf dem Wege unlauterer Machenschaften eine Pfändung des Final zu vereiteln sucht“ (vgl. RStBl. 1934, 695).

B. In einem Urteil vom 13. Nov. 1934 (ID 278/34; DStZ. 1935, 103) hatte das RG. über die Frage zu befinden, ob eine Steuerhinterziehung vorliegt, wenn der Steuerpflichtige zu niedrige Angaben über den Umsatz gemacht hat, die richtige Angabe aber mit Rücksicht auf § 7 UmStG. 1932 keine Erhöhung der wirklich gezahlten Steuer zur Folge gehabt hätte. Die Entscheidung kommt m. E. zu dem durch den Sachverhalt gerechtfertigten Ergebnis, daß eine Steuerhinterziehung nicht gegeben sei, der Angeklagte vielmehr lediglich wegen Unterlassens der Angabe der steuerfreien Leistungen eine Zu widerhandlung i. S. des § 413 (377) RAbgD. begangen habe. Denn wenn der Angeklagte, so führt das Urteil aus, seinen gesamten Umsatz vollständig angegeben hätte, so hätte sich bei richtiger Anwendung des UmStG. eine höhere Steuerpflicht ergeben.

Es wäre jedoch verfehlt, diesen Satz der Entscheidung zu verallgemeinern. Bekanntlich sind z. B. im EinfStG. seit dem Kalenderjahr 1930 Steuerstufen eingeführt worden; das neue EinfStG. 1934 hat die Stufen, wenn auch in veränderter Form, beibehalten. Es kann nun der Fall eintreten, daß trotz vorsätzlich unrichtiger Angabe in der Erklärung eine Berichtigung der Verantragung nicht stattfinden kann, weil das berichtigte Einkommen innerhalb derselben Steuerstufe bleibt. Eine Verkürzung der Steuer ist also trotz unrichtiger Angaben nicht eingetreten. Dennoch darf die obengenannte Entscheidung nicht zu dem Schluß verleiten, daß ein Steuervergehen im eigentlichen Sinne nicht vorliegt. Es liegt vielmehr in einem solchen Falle ein fehlgeschlagenes Vergehen vor, das nach den Vorschriften über die Strafbarkeit des Versuches zu bestrafen ist, und zwar auch dann, wenn der Steuerpflichtige gewußt hat, daß die unrichtigen Angaben nicht zu einer Verkürzung der Steuer führen werden. Diese Annahme entspricht zwar nicht der bisher im Strafrecht herrschenden Doctrin (vgl. RG. ID 1887/21 v. 23. Febr. 1922; Mrozek, R. 1 zu § 360 RAbgD. 1919), wohl aber den Grundsätzen des neuen Strafrechts (Ge fährdungsprinzip). Im übrigen bietet bereits § 1 StAnpG. eine gesetzliche Handhabe, in Fällen dieser Art eine Bestrafung eintreten zu lassen. Nach § 1 a. D. sind Steuergezege (also auch das Steuerstrafrecht) nach nationalsozialistischer Weltanschauung auszulegen. Dabei ist nach Abs. 2 die Volksanschauung zu berücksichtigen. Diese würde es schwerlich verstehen, wenn der eine Steuerpflichtige, nur weil zufällig die Steuerstufe dieselbe bleibt, straffrei ausgehen sollte, der andere dagegen, der vielleicht nur einen geringeren Betrag nicht angegeben hat, dessen Steuerschuld sich aber erhöht, nicht.

RegAss. Hans Werner, Bitterfeld.

II.

1. Der Unterschied zwischen Vollendung und Versuch spielt auf dem Gebiete der Steuerhinterziehung nur eine untergeordnete Rolle. So ist gem. § 397 Abs. 2 RAbgD. für Versuch und vollendete Steuerhinterziehung die gleiche Strafe vorgesehen. Dasselbe gilt übrigens für die Steuerhochlerei (§ 403 RAbgD. und RGSt. 59, 96). § 44 RGStB., wonach das verückte Vergehen milde zu bestrafen ist als das vollendete, findet somit für diese beiden Verbrechensdelikte keine Anwendung (§ 391 RAbgD.).

2. Zu Ziff. A 3 ist folgendes nachzutragen: Die Steuerhinterziehung setzt Unredlichkeit und Täuschung der Steuerbehörde vor-

aus. Dennoch nimmt die Rspr. vollendete Steuerhinterziehung sogar dann an, wenn das Finl. bei Festsetzung der Steuern bereits Mißtrauen gegen die Erklärungen des Steuerpflichtigen hegte und Neuverantragungen auf Grund der vorgefehnten Buchprüfung ins Auge sah (NGUrt. v. 12. Nov. 1931, 2 D 904/34 = Kartei Mrozek, RabgD. 1931, § 396 Abz. 3 R. 1). Dieser Rechtsprechung ist beizutreten, da ja bloßes Mißtrauen des Finl. einer Täuschung nicht entgegensteht. Jedenfalls muß die vom Steuerpflichtigen in einem solchen Falle versuchte Täuschung als geglättet angesehen werden, da das Finl. zunächst von der Steuererklärung nicht abgewichen ist und den Steuerpflichtigen deswegen auch nicht vor der Steuerfestsetzung zur Klärung aufgefordert hat.

3. Zu B vermag ich den Ausführungen des RegAss. Werner nicht in vollem Umfange beizutreten.

Es sei vorausgeschickt, daß der von Werner behandelte Fall nicht verwechselt werden darf mit § 396 Abz. 3 RabgD. Hier nach genügt für vollendete Steuerhinterziehung, daß infolge der Tat ein geringerer Steuerbetrag festgesetzt oder ein Steuervorteil zu Unrecht gewährt oder belassen ist; ob der Betrag, der sonst festgesetzt wäre, aus anderen Gründen hätte ermäßigt werden müssen oder der Vorteil aus anderen Gründen hätte beansprucht werden können, ist für die Bestrafung ohne Bedeutung.

In dem den Urteil v. 13. Nov. 1934 zugrunde liegenden Falle war ein geringerer Steuerbetrag überhaupt nicht festgesetzt, auch ein Steuervorteil zu Unrecht nicht gewährt worden. Es waren lediglich nichtsteuerpflichtige Umsätze in den Steuererklärungen nicht angegeben worden.

In einem solchen Falle der Unterlassung von Angaben nichtsteuerpflichtiger Umsätze oder Einkommenseite kann m. E. niemals eine vollendete oder gar verdeckte Steuerhinterziehung gefunden werden, weil ja von einer Steuerkürzung oder Entschleichung eines Steuervorteils keine Rede sein kann. Selbstverständlich handelt es sich bei solchen Vorfällen um eine grobe Ordnungswidrigkeit i. S. des § 413 RabgD. Der Strafraum (Ordnungsstrafe bis 10 000 RM) ist groß genug, um hier Auswüchsen vorzubehren.

Werner geht weiterhin noch auf den Fall ein, daß eine Steuerkürzung nicht erfolgt, weil die nicht angegebenen Einkommensbeträge z. B. so gering sind, daß der Steuerpflichtige infolge der besonderen Lagerung des Falles nicht in eine andere Steuerstufe kommt. In einem solchen Falle ist zunächst festzustellen, daß eine Steuerkürzung nicht eingetreten ist, wohl aber liegt eine Täuschung des Finl. über den Umfang des steuerpflichtigen Einkommens vor.

Hinsichtlich der Strafbarkeit eines solchen Vorganges wird zu unterscheiden sein, je nachdem, ob der Steuerpflichtige bestimmt nach Lage des Einzelfalles damit rechnen konnte, daß er bei Nichtangabe in derselben Steuerstufe bleibt, oder ob er zum mindesten damit rechnen müßte, daß er bei Angabe des Einkommenseite in eine andere Steuerstufe kommen würde. Müßte er mit letzterem rechnen, so liegt ohne Zweifel versuchte Steuerhinterziehung vor. Ist der erste Tatbestand gegeben, so würde m. E. auch versuchte Steuerhinterziehung mangels inneren Tatbestandes nicht in Frage kommen. Der Vorwurf ist ja ausgeschlossen. Daun aber greift wiederum § 413 RabgD. durch.

Werner glaubt nun, daß in einem solchen Falle wegen Steuerhinterziehung aus dem sogenannten Gefährdungsprinzip heraus bestraft werden könne. Diese Folgerung ist m. E. abzulehnen, weil das Gefährdungsprinzip bisher nicht ausdrücklich gesetzlich weder für das allgemeine Strafrecht noch für die Steuerhinterziehung durchgeführt ist. Der Sonderfall des § 396 Abz. 5 RabgD. interessiert in diesem Zusammenhang ja nicht. Der Grundatz in *dubio pro reo* gilt immer noch. Er wird m. E. auch nicht durch § 1 StAnpG. für das Steuerstrafrecht außer Hebung gesetzt. § 1 StAnpG. bestimmt, daß Steuergesetze nach nationalsozialistischer Weltanschauung auszulegen sind. Er enthält also eine Auslegungsregel. Auslegungen dürfen aber niemals zu einer Erweiterung steuerstrafrechtlicher Tatbestände führen, da ja auch nach nationalsozialistischer Weltanschauung Strafvorschriften eng auszulegen sind, solange nicht der Gesetzgeber ausdrücklich etwas anderes bestimmt. Eine solche ausdrückliche andersartige Bestimmung ist aber im § 1 StAnpG. noch nicht enthalten. Dies folgt zunächst daraus, daß bisher eine Abänderung des Steuerstrafrechts nicht vorgenommen worden ist, und daß andererseits die Beratungen über die Erneuerung des allgemeinen Strafrechts noch im Flusse sind. Es sei hier nur an die Erörterungen über die Möglichkeiten der Einführung eines Willensstrafrechts oder der Einführung des von Werner auch erwähnten Gefährdungsprinzips erinnert.

Es mag sein, daß im Einzelfalle die nationalsozialistische Volksanschauung es schwerlich verstehen wird, wenn hier oder da in einem nicht billigenwerten Falle eine Bestrafung wegen Steuerhinterziehung nicht erfolgen kann. Dies ist gewiß bedauerlich. Es wird sich aber niemals infolge allgemeiner menschlicher Unzuläng-

lichkeit erreichen lassen, daß Volksanschauung und Gesetz immer miteinander übereinstimmen. Darüber hinaus könnte aber im vorliegenden Falle wegen Ordnungswidrigkeit der Steuerpflichtige mit einer entsprechenden Ordnungsgeldstrafe belegt werden. Dies aber reicht bei der Höhe des Strafraumes aus. Grenzfälle wird es jedenfalls bei allen Gesetzen auch in Zukunft geben müssen, da sie sich niemals völlig vermeiden lassen. Würden nämlich die Steuergesetze so eng gefasst werden, daß sie jeden einzelnen Tatbestand ergreifen, so würden sie zu unübersichtlich und zu umfangreich.

R. Dr. Dr. Megow, Rüstringen-Alstadt.

Zur Form der Verpflichtungsgeschäfte von Gemeinden nach dem preußischen Gemeindestaatgesetz und der Deutschen Gemeindeordnung

Die neue Deutsche Reichsgemeindeordnung verlohnt der praktisch so bedeutsamen Sonderbetrachtung, welcher Form die gemeindlichen Verpflichtungsgeschäfte bedürfen, die sich zweckmäßig aus einer Gegenüberstellung zum bisherigen Rechtszustand gewinnen läßt.

Die besondere Formvorschrift des § 45 PrGemFinG. wurde in der Entsch. des 1. Sen. des RG. v. 14. Juni 1934 (Fw. 1934, 2075¹) für die Vorrangseintümung als Verfügungsgeschäft nicht für notwendig erachtet. Damit war der alte Zweifel wieder wachgerufen, wie weit der Begriff der Verpflichtungsgeschäfte als solcher im Sinn dieser Bestimmung zu fassen sei. Es kommt nicht darauf an, ob das Geschäft zu den tatsächlichen Entstehungsgrundlagen einer Verpflichtung gehöre, vielmehr muß der Wille auf die Übernahme einer Verpflichtung gerichtet sein. Nur der rechtsgeschäftliche Wille, nicht etwaige Nebenwirkungen machen ein Geschäft zum Verpflichtungsgeschäft. Das Verfügungsgeschäft, etwa eine Kündigung, enthalte keinen Grund zur Verpflichtung, sondern sei allein zweckorient. Im Gegensatz zu dieser Kläffung stand die des 17. Sen. v. 5. Nov. 1932 (Fw. 1933, 1201). Nach ihm werden Verpflichtungen nicht allein übernommen, wenn das Rechtsgeschäft darauf abzielt, sie einzugehen, sondern auch schon, wenn ihre Entstehung eine nicht bezweckte, aber unvermeidliche Nebenwirkung des Rechtsgeschäfts ist, etwa die Kostenverpflichtung einer eingelegten Verufung.

Welcher Meinung ist der Vorzug zu geben gewesen? Konnten Verpflichtungsgeschäfte unter die Form fallen, wenn sie nebenbei oder weiterhin Verpflichtungen, leichter oder schwerer Natur, auslösten? Mit dem RG. (RG. 90, 399) ist das Merkmal eines Verpflichtungsgeschäfts in der unmittelbaren Einwirkung des Berechtigten auf das Recht zu erblicken, durch das dieses, sei es in seinem Bestande oder in dem Verhältnis des Berechtigten zu ihm, eine Veränderung irgendwelcher Art erleidet, im Gegensatz zu dem reinen Verpflichtungsgeschäft, durch welches nur die Rechtslage einer Person im Verhältnis zu einem anderen geändert wird. Die ergangenen Ausführungsbestimmungen — DurchVO. v. 23. Febr. 1934 (Ge. 127) und AusfAnw. v. 23. Febr. 1934 (MBl. 347) — ließen sich dahin aus, daß der alte Rechtszustand gewahrt bleiben sollte. Der Wortlaut der neuen Regel wich jedoch zunächst einmal nicht unbedeutend von der alten ab. § 56 Biff. 8 OstStädteD. schrieb für „Urkunden, in welchen Verpflichtungen der Gemeinden übernommen werden“, die zweite Unterschrift vor. Hieraus konnte schlüssig gefolgt werden, daß der rechtliche Wille auf Übernahme einer Verpflichtung nach außen hin das einzige beachtliche Wesen der Urkunde auszumachen habe, daß Verpflichtungen, die nur als Nebenwirkung entstanden, jedenfalls zuvorbest nicht erkennbar, also auch nicht zu berücksichtigen seien. Das GemFinG. verlangte aber weitergehend von „der Vornahme von Rechtsgeschäften, durch die eine Verpflichtung der Gemeinde begründet wird“, den Sichtvermerk des zweiten Beamten. Es stellte somit in erster Linie auf den Akt der Vornahme des Rechtsgeschäfts ab und ließ es offen, in welchem Rahmen dadurch eine Verpflichtung der Gemeinde begründet wurde. Indem es das offen ließ, aber auch keine Grenze setzte, daß etwas auch mit der Vornahme des Rechtsgeschäfts auch der Wille vorhanden sein müsse, eine Verpflichtung für die Gemeinde zu begründen, ging es weiter als die früheren Vorschriften. Solange nichts gesagt war, muß angenommen werden, daß die Regel des GemFinG. weit auszulegen ist, daß, wenn überhaupt durch die Vornahme von Rechtsgeschäften Verpflichtungen begründet wurden, die strengere Regel gilt, soweit nicht die Geschäfte minderen Umfangs aus laufender Verwaltungskraft besondere Vorschrift ausgenommen waren. Das GemFinG. erfaßt also auch solche rechtsgeschäftlichen Akte, durch die Verpflichtungen für die Gemeinde nicht nur unmittelbar gewollt, sondern auch als Nebenwirkung begründet wurden, die irgend einmal nach irgendeiner Richtung hin eine Verpflichtung für die Gemeinde zur Folge haben konnten (so auch Hettlage-Loschelder-Spiethagen; auch Brumbach: DGemBrantZ. 1934, 686 empfiehlt aus Gründen der Verkehrssicherheit die weitgehende Abzeichnung, wenn er auch der Sache nach dem 1. Sen. des RG. folgt).

§ 36 DGemD. schreibt vor, daß „Erklärungen, durch die die

Gemeinde verpflichtet werden soll", der schriftlichen Form bedürfen, die entweder von dem Vertreter der Gemeinde allein, dem Bürgermeister, handschriftlich unter seiner Amtsbezeichnung oder im Falle seiner Vertretung durch zwei vertretungsberechtigte Beamte oder Angestellte zu zeichnen sind. Dieser Wortlaut stellt unmöglich verständlich allein auf den rechtsgeschäftlichen Willen bei der Erklärung ab. Nur diese Frage ist zu untersuchen, falls die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts mit einer Gemeinde als Vertragspartei zur Erörterung steht. Über die Grenze, bis zu welchem Umfang verpflichtende Erklärungen der Schriftform bedürfen, ist nichts gesagt, was nichts anderes bedeuten kann, als daß eben alle vorkommenden Erklärungen gültig schriftlich sein müssen, wenn sie den rechtsgeschäftlichen Willen in irgendeinem Zusammenhang erkennen lassen, daß die Gemeinde verpflichtet werden soll. Nun werden gerade in der Praxis großer Gemeinwesen häufig auch weittragende Geschäfte mit Verfügungsgeschäften erlebt, etwa Kaufgeschäfte und ähnliches. Ob aus einer solchen Verfügung alsdann für die Gemeinde eine Verpflichtung erwächst, wird stets handgreiflich zu merken sein. Dann wird sich stets auch sagen lassen, daß der Wille der Gemeinde, eben mit der verfügenden Erklärung in der späteren Wirkung eine Verpflichtung einzugehen, vorhanden war, so daß auf diesem Wege auch Verfüzungsgeschäfte u. U. schriftlich zu fassen sind. Es kommt mithin in Zukunft weniger darauf an, darzutun, ob eine Verpflichtung unmittelbar oder mit einer mehr oder weniger großen Fernwirkung begründet werden sollte, sondern einzig und allein auf die Prüfung der Willensrichtung bei der Erklärung.

M. Dr. Erich Engelhardt, Dortmund.

Hauptstelle der Allianz und Stuttgarter Verein, Versicherungs-Allianz- Gesellschaft

1. Schiedsgerichtsvertrag muß in besonderem Schriftstück verfaßt sein, Beifügung der Kaufel im (Kauf-, Miet- usw.) Vertrag genügt nicht mehr (§ 1027 BGB).

2. Notar darf Vollstreckungsauftrag nicht erteilen, nachdem er als Anwalt Vollstreckungsauftrag erhalten hatte.

3. Es wird uns mitgeteilt, daß ein FinA. Prozeßvollmachten, in denen Vermerke über vorzeitige Weglegung der Handakten (innerhalb sechs Monaten usw.) sowie sonstige Vermerke (Haftungsausschluß usw.) enthalten sind, auch bei Gegenstandswerten unter 150 RM als stempelpflichtig (und zwar mit dem Vertragsstempel) hält. Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig.

Aus der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte

Reichsfachgruppenrat Rechtsanwälte

Durch Erlass des Reichsjuristensführers v. 8. März 1935 sind auf Vorschlag des Reichsfachgruppenleiters Rechtsanwälte berufen worden:

Rechtsanwalt Dr. Schüller, Weinheim i. Baden, Gauführer des Gaues Baden des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen, zum stellvertretenden Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwälte;

Rechtsanwalt Dr. Hawliky, Forst i. L., und

Rechtsanwalt Dr. Emil Schwarz, Prenzlau (L. M.), zu ordentlicher Mitgliedern des Reichsfachgruppenrates.

Eine Tagung des Reichsfachgruppenrates Rechtsanwälte ist auf den 29. und 30. März 1935 nach dem Hause der Deutschen Rechtsfront, Tiergartenstr. 20, einberufen worden mit folgender

Tagesordnung:

Freitag, den 29. März 1935 (Beginn vorm. 9½ Uhr):

1. Bericht des Reichsfachgruppenleiters über die Arbeit des letzten Jahres und die weiterhin zu lösenden Aufgaben.
Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes.
Entwicklung der NS-Rechtsbetreuung.
2. Wahrung des Arbeitsgebietes der Anwaltschaft.
Berichterstatter: Dr. Möller.
3. Maßnahmen gegen das Winkelkonsulententum; Reichsgesetz zum Schutze des deutschen Volkes gegen unzuverlässige Rechtsberatung.
Berichterstatter: Dr. Droege.
4. Anwaltsnotariat oder Nur-Notariat.
Berichterstatter: Dr. Scholz.
5. Steuerfragen.
Berichterstatter: Dr. Hawliky.

Akademie für internationales Recht im Haag

Der Herr Präsident der Akademie für internationales Recht im Haag teilt mit, daß in der Zeit vom 1. Juli bis 24. Aug. 1935 zwei Fortbildungskurse für Angehörige aller Nationen auf dem Gebiete des internationalen Rechts stattfinden. Die Kurse, die in französischer Sprache gehalten werden, dauern vom 1. Juli bis 27. Juli und vom 29. Juli bis 24. Aug. 1935 und können zusammen oder unabhängig voneinander einzeln besucht werden.

Dem Präsidenten stehen zwölf Stipendien — jedes in Höhe von 300 Gulden — zur Verfügung, die an geeignete Bewerber verteilt werden sollen.

Die Bewerber haben ihre Gesuche an nachstehende Adressen zu richten:

„Secrétariat de l'Académie de droit international de la Haye

Palais de la Paix

Holland!

Den Haag.“

Die Bewerbungen müssen spätestens bis zum 31. März 1935 dem Präsidenten des Kuratoriums der Akademie zugeleitet werden. Der Bewerber hat in seinem Gesuch anzugeben:

Name,
Vorname,
Beruf,
Staatsangehörigkeit,
Geburtsort und -datum,
Wortlaut der Diplome, die den Kandidaten zur Erlangung einer Freistelle als geeignet erscheinen lassen.

Die Bewerber haben ihrem Gesuch nach Möglichkeit Belegexemplare ihrer veröffentlichten, wissenschaftlichen Arbeiten beizufügen. Die eingefandene Belegstücke werden nicht zurückgegeben. Universitäts- oder andere Zeugnisse und Diplome müssen in beglaubigter Abschrift eingereicht werden. Außerdem muß jedem Gesuch eine empfehlende Stellungnahme eines Professors für internationales Recht beigelegt sein.

Die Entsch. über die Bewerbungen wird bis zum 31. Mai 1935 getroffen und den einzelnen Bewerben direkt mitgeteilt werden.

Nähere Auskünfte erteilt:

„Akademie für Deutsches Recht, Ger. Ass. Noetold,
Berlin W 9, Leipziger Platz 15.“

Sonntagnachmittag, den 30. März 1935 (Beginn vorm. 9½ Uhr):

1. Simultananzlassung und Erweiterung der landgerichtlichen Zuständigkeit.

Berichterstatter: Dr. Schwarz und Dr. Hawliky.

2. Ab 11½ Uhr:

kurze Zusammenfassung der Verhandlungsergebnisse durch die Berichterstatter.

Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwälte

Dr. Raake,

Reichs-Amtsleiter.

Betrifft: § 11 des Arbeitsgerichtsgesetzes

In der Zeitschrift „Deutsches Recht“, dem Zentralorgan des BNSDJ., und Bekündungsblatt des Reichs-Rechtsamts der NSDAP., ist S. 101 das Rundschreiben Nr. 14/35 des Reichsgeschäftsführers des BNSDJ. bekanntgegeben, das allen Anwälten zur besonderen Beachtung bringend empfohlen wird.

In dem Rundschreiben wird darauf hingewiesen, daß die Ernächtigung zum Auftreten vor dem Arbeitsgericht auch an den amtlichen bzw. legitimierten Vertreter des etwa an der persönlichen Wahrnehmung eines Termins verhinderten ursprünglich ernächtigten Rechtsanwalts erteilt werden kann und auch die Nachreichung der Ernächtigung für zulässig erachtet wird.

D. S.

Schrifttum

Die Einsendung von Büchern begründet keinen Anspruch auf Besprechung. Eine Rücksendung kann in keinem Fall erfolgen.

Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. Herausgeber:

Dr. Hans Frank. München. J. Schweizer Verlag. Erscheint monatlich. Einzelheft 1 RM. Bezugspreis jährlich 10 RM.

Das Märzheft ist der Strafrechtsreform gewidmet. StSchr. Dr. Freisler, der die Hauptaufschriftleitung der Zeitschrift übernommen hat, beschäftigt sich mit der Frage, wie das künftige oberste Strafgericht aussehen soll. Er macht hierfür unter Darlegung des bisherigen Aufbaus und der bisherigen Aufgabenverteilung den Vorschlag, den Volksgerichtshof durch Übernahme der Strafsachen des RG. zu dem Reichsgericht auszubauen. Dabei müßte jedoch die Unterscheidung zwischen Tatfragen und Rechtsfragen und ihre verschiedenartige Behandlung bei der Nachprüfung endgültig beseitigt werden. Die Möglichkeit der Rückführung der Volksgerichtsbarkeit in die Rechtspflege des RG. bezeichnet Freisler als undiskutierbar. StMin. Dr. Thierauf entwickelt die Grundzüge eines nationalsozialistischen Strafprozesses unter besonderer Berücksichtigung des Ergebnisses der Arbeiten des Ausschusses für Strafprozeßrecht der Akademie für Deutsches Recht. Von den in Aussicht genommenen Änderungen seien hier nur erwähnt der Fortfall der Voruntersuchung, die Einführung des Führergrundgesetzes, die straffreie Handhabung der Beweisanträge, die Herausnahme des Privatlageverfahrens aus dem Verfahren vor den Strafgerichten, die Zulässigkeit der Anordnung der Blutprobe gegenüber jedem, nicht nur gegenüber dem Beschuldigten (§ 81 a StPO).

Neben weiteren strafrechtlichen Abhandlungen von Schaffstein, Schwarz und Schütter enthält das Heft den Bericht des Ausschusses für Versicherungsweisen der Akademie für Deutsches Recht und dessen Gesetzentwurf betr. die Registrierung der hauptberuflichen Versicherungsvertreter und Versicherungsmakler, zu dem hier nicht Stellung genommen werden kann. Es sei jedoch darauf hingewiesen, daß sich das kommende Deutsche Recht auch in der Sprache alles Fremden enthalten und in der Überschrift eines Gesetzes das Wort „Registrierung“ vermieden werden sollte. [L.]

Dr. Roland Freisler, Preuß. Staatsrat und Staatssekretär im R.- u. Pr. Justizmin.: *Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers? Fesselung des Verbrechers oder des Richters?* Einiges über das zweckmäßige Maß der Bindung des Richters an gesetzliche Straftatbestände. (Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Sonderdruck Nr. 2, Sonderdruck aus der Zeitschrift „Deutsches Strafrecht“, Heft 1—2, 1935. Berlin. R. v. Deckers Verlag G. Schenk. Preis 1 RM.)

Es handelt sich hier um einen Sonderdruck der Akademie für Deutsches Recht aus der Zeitschrift „Deutsches Strafrecht“ Heft 1—2, 1935. Mit Recht verfiehlt der Verf. die These, daß der Schutz der Allgemeinheit über einem vom verweichlichten Liberalismus geforderten Individualschutz des Verbrechers stehen müsse. Es muß der formelle Unrechtsbegriff überwunden werden und durch die Herrschaft des materiellen Unrechtsbegriffes ersetzt werden. In Zukunft geht es nicht an, daß der Strafrichter bei der Verurteilung mit sich selbst zu dem Ergebnis kommt, „der Angeklagte hat Strafe verdient, aber das formalistische Recht hindert mich, ihn zu bestrafen“. Möge die meisterhafte Darstellung Freislers zu weiteren Arbeiten auf diesem Gebiete anregen, insbes. zur Behandlung der von ihm offengelassenen, aber mit Recht angedeuteten weiteren Fragen.

Al. Prof. Dr. Noack, Halle a. S.

o. Prof. Dr. Hellmuth v. Weber: Zum Aufbau des Strafrechtsystems. Jena 1935. Frommannsche Buchh. Walter Biedermann.

Ohne jeden Zweifel muß und wird die herrschende wissenschaftliche Strafrechtsystematik, welche in ihren Grundlagen trotz aller Entwicklung, die sie gerade in den letzten Jahrzehnten erfahren hat, doch noch im wesentlichen durch ihren Ausgangspunkt, die Lehren Feuerbachs und der Spätlaufklärung bestimmt wird, eine radikale Umwälzung erfahren. Dazu wird nicht nur die kommende nationalsozialistische Gesetzesreform nötigen, sondern mehr noch die allen Rechtsgebieten gemeinsame Erkenntnis, daß sich hinter den abstrakten „allgemeingültigen“ Begriffen ihrer Systeme und ihrer „Allgemeinen Teile“ in einer freilich nur scheinbar un-

angreifbaren Position eine dem neuen Rechtsdenken völlig entgegengesetzte aufklärende Haltung verbirgt.

Auch die kleine Schrift v. Weber's, deren Vorschläge übrigens auf frühere Arbeiten ihres Verf. zurückführen, ist ein Beweis dafür, daß auf diesem Gebiet der Strafrechtswissenschaften die Dinge wieder in Fluss zu geraten beginnen. Seiner wohl abgewogenen Kritik an den strafrechtsystematischen Bemühungen der vergangenen Jahrzehnte wird man nur zustimmen können. Allerdings wird man dabei mit E. nicht zu sehr die methodologische und logische Struktur der Begriffe, die bei v. Weber im Vordergrund steht, sondern den weltanschaulich-politischen Gehalt, der gerade auch den systematischen Begriffen innenwohnt und deren Wandlung erst verständlich macht, zum Ausgangspunkt für Kritik und Neuausbau nehmen müssen.

Von den mannigfachen wertvollen Anregungen, die v. Weber's eigene Systemflizze enthält, scheint mir die wichtigste die zu sein, daß er den üblicherweise zur Schule gerechneten Vorsatz dem Unrechtssubstrat zuweisen und damit die ohnehin unhaltbar gewordene objektive Rechtswidrigkeitslehre durchbrechen möchte. Dieser Gedanke ergibt sich nicht nur aus dem kommenden „Willensstrafrecht“, sondern auch, wie v. Weber nachweist, aus der logischen Struktur zahlreicher Tätigkeitsworte des Besonderen Teils durch die ein auf Erfolg gerichtetes und eben daher durch den Willen des Täters gekennzeichnetes Verhalten unter Strafe gestellt wird. v. Weber will freilich die herrschende Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld auf der Grundlage des Gegensatzes von Sollen und Können (statt objektiv-subjektiv) bestehen lassen. Indessen wird man wohl doch darüber hinausgehend fragen müssen, ob überhaupt diese Unterscheidung in einem völlig neuen System noch einen Sinn hat, und ob nicht auch das gerade in der Strafrechtskommission-Denkschrift so stark betonte „Du kannst, denn Du sollst“ einem systematischen Aufbau des nationalsozialistischen Strafrechts auf der Grundlage des Gegensatzes von Sollen und Können im Wege steht.

Prof. Dr. Schaffstein, Leipzig.

Strafrecht und Strafprozeß. Eine Sammlung der wichtigsten Gesetze des Strafrechts und des Strafverfahrens mit Erläuterungen. Für den Praktiker zum Handgebrauche begründet von Dr. A. Dalke, weiland Oberstaatsanwalt, fortgeführt von P. Dalke, Amtsgerichtsrat i. R. 26. neu bearbeitete Auflage, besorgt von Dr. E. Fuhrmann, Oberstaatsanwalt, Dr. A. Krug, Oberstaatsanwalt im Reichs- und preuß. Justizministerium, Dr. A. Schäfer, Oberlandesgerichtsrat im Reichs- und preuß. Justizministerium. Berlin 1935. Verlag H. W. Müller. Preis in Leinen geb. 16,40 RM.

Ein neuer Dalke, obwohl Strafrecht wie Strafprozeß im Zeichen der Reform stehen? Weshalb nicht? Selbst wenn wir ein neues StGB. und eine neue Strafverfahrensordnung so bald vor uns liegen haben sollten, wie uns Optimisten voraussagen, wäre der neue Dalke doch nicht überflüssig. Dies schon darum nicht, weil das StGB. und die StPO. bei Dalke auf 571 Seiten behandelt werden, während das ganze Buch 1392 Seiten umschließt. Denn es bringt ja nicht weniger als 52 Gesetze strafrechtlichen oder strafprozeßualen Inhalts, ungeachtet der vielen Rechtsvorschriften, die nicht selbständig wiedergegeben, sondern in die Darstellung der Hauptgesetze eingearbeitet worden sind.

Über den Wert dieser ebenso geschickt wie übersichtlich zusammengestellten Gesetzesammlung habe ich mich schon wiederholt, so in Lz. 1928, 791, 1719, geäußert. Ihre Vorzüge sind so bekannt und so oft hergehoben worden, daß sie nicht nochmals aufgezählt zu werden brauchen. Wenn auch nicht bis zum jetzigen — das wäre unmöglich —, so doch im allgemeinen bis zum Stande des Jahres 1934 vervollständigt, bietet das Buch vor allem die wichtigen Gesetze, die i. J. 1934 erlassen worden sind: das ReichsverwaltungsG., die StrafVerkD., das JagdG., das ParteischutzG. v. 20. Dez. 1934. Das Gesetz zur Änderung des GBG. v. 13. Dez. 1934 ist wenigstens im Texte durch den Nachtrag wiedergegeben worden. Die vorgeschritte Verreichlichung unseres Rechts hat es mit sich gebracht, daß von den früher von Dalke mitbehandelten preußischen Gesetzen jetzt nur eine beschränkte Anzahl Aufnahme gefunden hat, so vor allem das wichtige PolizeiG., das FischG. das FeldFpolG., das SchulpflichtG. Um das Werk nach Möglichkeit auf dem neuesten Stand zu halten,

sollen Gesetzesänderungen, die vor einer Neuauflage eintreten, in besonderen Nachträgen Berücksichtigung finden.

Die Anwendung der Gesetze wird dadurch wesentlich erleichtert, daß ihnen in den sehr zahlreichen Anmerkungen wertvolle Erläuterungen, Schriftumsnachweise und Entscheidungen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung beigefügt worden sind. Es ist erstaunlich, wieviel Stoff auf diese Weise zusammengetragen worden ist, ohne daß die Klarheit oder die Übersichtlichkeit beeinträchtigt wurde. Dass dabei ab und zu auch einmal eine Bemerkung auftaucht, der man nicht beipflichten kann, soll nur nebenbei erwähnt werden. So wird — ähnlich wie Löwe-Rosenberg dies in der 19. Aufl. ihres Erläuterungsverks zur StGB. S. 907 tun — die Sprungrevision S. 225 zu § 235 behandelt, obwohl sie durch die Wahlrevision der NotBd. v. 14. Juni 1932 gegenstandslos geworden ist. Erst durch die vorsichtige Bemerkung auf S. 230 zu § 240: „Nach AG. DJB. 38, 914 ist § 240 ... nicht mehr anwendbar“ wird der Fehler eingemerkt. — Auf S. 384 Biff. 6 ist zu § 239 AG. RGSt. 66, 268 aufgeführt. Diese Entscheidung behaftet sich überhaupt nicht mit dem inneren Tatbestand des betrüglichen Bankrotts, wohl aber RGSt. 66, 88. — Die innere Tatseite der Beleidigung wird wenig glücklich behandelt, wenn S. 1019 Biff. 1 Abs. 2 gesagt wird: „Sowenig eine bloße Absicht zu beleidigen ohne einen objektiv ehrverleidenden Akt den Tatbestand der Beleidigung darstellt, ebensowenig genügt eine objektiv beleidigende Kundgebung, wenn jede böse Absicht fehlt“, und ferner S. 1020: „Als dolus bei der Beleidigung genügt allein das Bewußtsein des Täters, daß seine Äußerung objektiv geeignet ist, die Ehre eines anderen zu kränken.“ Tatsächlich gehört wie bei allen Delikten so auch bei der Beleidigung zum Vorjahr neben dem „Bewußtsein“ auch der „Willen“, den deliktischen Tatbestand zu erfüllen. Eine Beleidigungsabsicht dagegen kommt nicht in Frage. Auch nicht bei § 193 StGB! Mein Auffass: J.W. 1927, 2671 ist mißverständlich worden, wenn S. 1027 Biff. 19 als meine Ansicht hingestellt wird, bei § 193 genüge nicht, wie in den sonstigen Fällen der Beleidigung, „das Bewußtsein von dem beleidigenden Charakter der Kundgebung, sondern eine direkt auf Zusfügung einer Beleidigung gerichtete Absicht“.

Nach der technischen Seite ist leider einem früher schon beanstandeten Mangel auch durch die neue Auflage nicht abgeholfen worden: die Zeitschriften werden nach wie vor dem Bande, nicht der Jahreszahl noch angeführt. Die Bandzahl interessiert in keiner Weise, wohl aber die Zeit einer ergangenen Entscheidung.

Dass der hohe Wert des vorliegenden Buchs durch einige Unstimmigkeiten nicht beeinträchtigt wird, braucht nicht betont zu werden. Es wird nach wie vor den Auf eines äußerst brauchbaren und zuverlässigen Rüstzeugs für den Praktiker bewahren.

GenStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

Dr. Eduard Kohlrausch, ord. Prof.: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Mit Erläuterungen und Nebengesetzen. 31. Aufl. Berlin und Leipzig 1934. Verlag Walter de Gruyter & Co. Preis geb. 7,20 RM.

Die neue Auflage des weitverbreiteten, allgemein bekannten Kommentars berücksichtigt die zahlreichen Änderungen der letzten zwei Jahre und entspricht nunmehr überall der neuen Fassung des StGB. Auf das künftige neue Recht ist, soweit möglich, hingewiesen. Der Anhang (S. 472—580) enthält außer einem ausführlichen Sachregister (S. 581—624) eine große Anzahl wichtiger Nebengesetze und BD., u. a. die neuen Grundsätze für den Vollzug von Freiheitsstrafen v. 14. Mai 1934 und das Gesetz zur Ausführung des Gesetzes gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßnahmen der Sicherung und Besserung v. 16. Okt. 1934.

Die Wissenschaftlichkeit und Prägnanz der Erläuterungen sind anerkannt und in ähnlicher Form in der einschlägigen Literatur nicht mehr vorhanden, da andere Taschenformatammlungen sich auf mehr oder weniger kurze Hinweise beschränken. Daher wird das Buch auch jetzt wieder für jeden Juristen, den Praktiker wie den Studierenden, von grossem Werte sein. Um so mehr wäre es zu begrüßen, wenn der Verf. sich dazu entschließen würde, grundlegende, aber nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des AG. in Strafsachen, sondern in der J.W. veröffentlichte Entscheidungen des AG. mit zu verarbeiten. Gerade bei Erläuterung der neueren Bestimmungen des StGB. fallen hier die Anmerkungen etwas ab (vgl. z. B. zu § 263 StGB., wo auf S. 263 Abs. 4 überhaupt nicht eingegangen ist und J.W. 1934, 2147¹⁷; 1934, 2649¹⁴; 1934, 2920²⁵). Dasselbe gilt übrigens bei § 266 Abs. 2, vgl. dazu J.W. 1934, 2851¹⁷). Nicht haltbar ist die Auffassung (zu § 263 Anm. 5 S. 356), daß durch die Einführung der Wahrhaftspflicht in den Zivilprozeß durch § 138 ZPO sich die strafrechtliche Beurteilung des Prozeßbetruges nicht geändert habe (vgl. AG.: J.W. 1934, 1853⁷). Das Beispiel für eine Verlezung tatsächlicher Treupflicht zu § 266 StGB. (S. 360 Anm. 4)

ist recht unglücklich gewählt (vgl. dazu Siebert, Der strafrechtliche Schutz des Treuhandsverhältnisses durch den neuen § 266 StGB.: J.W. 1933, 2242 ff. III 3).

RA. Dr. Kurt von Bohlen, Berlin.

Vierteljahresschrift für angewandte Kriminalistik. Herausgegeben von Dr. Aleij, Philipp, Dr. Schneidert. 2. Jahrg. Nr. 1, 1935: „Die Handschrift in ihrer Bedeutung für Wirtschaft und Kriminalistik“. Berlin. Lothar Philipp Verlag. Preis 3 RM.

Das mit 23 Abbildungen versehene Heft bringt u. a. eine Reihe von Aufsätzen, deren Titel ohne weiteres auf den Inhalt schließen lassen: „Versicherungsurkunden und ihr Schub“, „Praktische Erfahrungen über den Gebrauch von Geheimhandschriften“, „Verbrecherhandschriften“, „Die Handschrift als Mittel zur Personalauflösung“, „Zur Photomontage-Frage“, „Können verschiedene Schreiber gleiche Schriften schreiben?“ Sie zeigen insbes. in anschaulicher Weise, von welch großer Bedeutung die Handschrift im Rechtsleben ist, wie der Gefahr von Fälschungen vorgebeugt und wie Fälschungen selbst festgestellt werden können. Dass die — vielfach überbewerteten — Ergebnisse der Graphologie mit Vorsicht aufzunehmen sind, erhellt auch aus diesem Heft.

GenStA. Dr. Alfr. Weber, Dresden.

Dr. Fritz Müller, Geh. RegR. MinR. im NVerfMin.: Strafenverkehrsrecht mit einem technischen Leitsaden. (Stilkes Rechtsbibliothek Nr. 44.) 9. Aufl. des bisherigen Werks „Automobilgesetz“. Berlin 1935. Verlag Georg Stille. Preis in Leinen geb. 22,50 RM.

Die Neuordnung des Strafenverkehrsrechts forderte gebietsspezifisch die Neuauflage des Müller'schen Buches: Zwar ist sein Aufbau beibehalten, aber sein Inhalt ist völlig verändert. Das Werk ist keine leichte Kost, aber unentbehrlich für den Beamten, Techniker und Juristen, der mit dem Verkehr zu tun hat. Ich empfehle daher diesem Personenkreis aufs dringendste, sich in aller Ruhe in dieses Buch zu vertiefen und es gründlich in allen Einzelheiten durchzulesen. Von Anfang bis zu Ende wird es von dem Sturmwind der neuen Zeit durchweht. Rückblicklos werden frühere Rechtsansichten zum alten Eisen geworfen und überall und folgerichtig das Gedankengut nationalsozialistischen Gemeinschaftsrechts ausgebreitet. Das kommt vor allem in der Besprechung des neuen § 25 StrafVerfO. zum Ausdruck. Diese Bestimmung, deren Wortlaut allen Verkehrsteilnehmern eingehämmert werden muß, wird aller Voraussicht nach der Angelpunkt der zukünftigen Rechtsprechung werden. Ihre Bedeutung kann daher nicht ausführlich genug und die ihr angelassenen Grundsätze der AG. nicht eingehend genug dargelegt werden. Die Hauptfrage, ob der § 25 eine selbständige Strafnorm ist, wird bejaht; bisher liegen Entscheidungen höherer Gerichte zu dieser Frage noch nicht vor. Eine Einheitlichkeit der Rechtsprechung wird sich in absehbarer Zeit bestimmt nicht erzielen lassen, denn eine große Reihe anderer Schriftsteller, z. B. Schifferer, Albing, Lechner und Heude bezeichnen den § 25 wegen seiner Unbestimmtheit als ungeeignet, die Grundlage für ein Strafversfahren abzugeben. Auch ich schließe mich dieser letzten Auffassung an; auch ich bin der Ansicht, daß der § 25 zu allgemein gefasst ist, um eine Verurteilung darauf stützen zu können. Festzustellen ist aber heute schon, daß sehr viele untere Gerichte auf Grund des § 25 bestrafen; soweit ich bisher erfahren habe, sehen auch viele Polizeiverwaltungen in diesem Paragraphen eine willkommene Handhabe, dem Kraftfahrer Schwierigkeiten zu machen. Müller geht an der Möglichkeit, daß die Rechtsprechung der Bedeutung des § 25 nicht gerecht werden wird, nicht vorbei. Sein Optimismus ist aber so stark, daß er diese Misschancen in Kauf nimmt gegenüber der Erwartung, daß mit dem § 25 ein Wendepunkt in der gesamten Rechtsprechung im Kraftverkehrsrecht eintreten wird; das hofft auch der Kraftfahrer; aber bis jetzt ist noch nichts davon zu merken; der Kraftfahranwalt weiß ein Lied davon zu singen; er wäre der erste, der es aus ganzem Herzen begrüßen würde, wenn die von dem neuen Gesetz ausgehende frische Luft durch alle Amtsstuben wehte und alles Überlebte und Greisenhafte beseitigte. Mit erfrischender Deutlichkeit spricht Müller auch aus, daß, falls das Gesetz die darauf gesetzten Hoffnungen unerfüllt ließe, das nicht am Gesetz liegen würde, sondern an den Personen, die es handhaben sollen.

Auch alle sonstigen dem Automobilrecht eigentümlichen Rechtsfragen werden nach allen Richtungen hin eingehend besprochen, so insbes. auch die §§ 17 und 18 RfG. Jeder Praktiker weiß, welche Schwierigkeiten sich gerade hier auftürmen. Ich empfehle allen

Juristen, vor Bearbeitung eines jeden einzelnen Falles sich der von Müller aufgestellten Wegweiser zu bedienen, um sich an ihnen durch das Labyrinth der sich oft scheinbar widersprechenden Rechtsgrundsätze hindurch- und zurechtzufinden.

Die Anlage der Darstellung ist meisterhaft; in kurzen Überschriften und Sätzen werden Richtungspunkte aufgestellt, um dann in mühseliger Kleinarbeit die vielen durch die Vielfältigkeit des Verlehrts geborenen Einzelheiten dem Großenganzen unterzuordnen.

An dieser Stelle möge mir gestattet sein, einen Gedanken auszusprechen, der mich seit langen Jahren beschäftigt. Die heutige Rechtsprechung und Literatur geht von der scheinbar unverrückbaren Grundlage aus, daß, wenn Wagen A. mit Wagen B. zusammenstößt, die Insassen von A. Ansprüche gegen B. und die Insassen von B. Ansprüche gegen A. haben, es sei denn, daß der Nachweis des unabwendbaren Ereignisses geführt wird. Gegen den eigenen Wagen hat der Insasse gemäß § 8 Nr. 1 keine Ansprüche aus dem KraftfG., und zwar deshalb nicht, weil der § 7 KraftfG. den Schutz der Öffentlichkeit bezweckt, der Insasse durch die Benutzung des Kraftfahrzeugs die von diesem ausgehende Betriebsgefahr freiwillig übernimmt und daher keines besonderen Schutzes bedarf.

Ich habe mir nun immer wieder die Frage vorgelegt, ob es grundsätzlich an der Betriebsgefahr, die der Insasse freiwillig auf sich nimmt, etwas ändert, wenn diese mit der von einem anderen Fahrzeug ausgehenden Betriebsgefahr zusammentrifft. Ist die Betriebsgefahr des anderen Fahrzeugs die Ursache für den entstandenen Unfall? Nach meiner Ansicht nicht! Vielmehr bleibt die Betriebsgefahr des eigenen Wagens unverändert bestehen, und wenn sie nicht vorhanden wäre, so wäre die von dem anderen Fahrzeug ausgehende Betriebsgefahr ohne Wirkung gewesen. Wer mit einem Kraftfahrzeug fährt, muß m. E. alle Gefahren, die damit verbunden sind, auf sich nehmen. Dazu gehört auch die Gefahr des Zusammenstoßes mit einem anderen Fahrzeug. Für das in Bewegung befindliche Fahrzeug ist ein Baum, ein Gebäude, eine haltende Straßenbahn, ein auf der Straße stehendes Tier eine ebenso große Gefahr, wie ein normal fahrendes anderes Fahrzeug. Deshalb können m. E. nicht nur aus dem Zusammenstoß mit einem anderen Fahrzeug Ansprüche gegen dieses Fahrzeug hergeleitet und dieses andere Fahrzeug mit dem Entlastungsbeweis belastet werden. Nach meiner Ansicht muß daher der Insasse eines jeden Fahrzeuges darauf beschränkt werden, sich auf Verschulden eines oder beider Fahrzeuge zu berufen.

Nach meiner Auffassung ist derjenige, der Ansprüche wegen der falschen Fahrweise eines anderen Fahrzeugs erheben will, zum Beweise seiner Behauptungen gezwungen. Ist der andere tatsächlich falsch gefahren, so hat er gegen den § 25 verstoßen, der ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. ist, und der Beweis des Verschuldens ist nicht allzu schwierig zu führen. Von der mehr oder weniger großen Schwierigkeit der Beweislast kann man aber m. E. nicht die grundsätzliche Frage abhängig machen, ob der Insasse des Wagens A., wenn dieser mit dem Wagen B. zusammenstößt, infolge der vom B. ausgehenden Betriebsgefahr verletzt ist und deshalb als im Betrieb des Wagens B. verletzt angesehen werden kann oder nicht; wenn man ferner B. gestattet, die von ihm an den Insassen von A. gezahlten Schadensbeträge zur Ausgleichung mit A. heranzuziehen, so haftet damit A., wenn auch indirekt, doch wieder für seinen Insassen.

Gelegentlich findet man wohl in der Rechtsprechung Anlässe, die sich meinem Gedankengang anpassen; insbes. hat noch vor kurzer Zeit das HanseatDAG. in einer Entscheidung, die sich mit einem Unfall auf einer Motorrad-Rennbahn befaßte, auf Grund ähnlicher Erwägungen die Klage des Verletzten abgewiesen. Das AG. hat sich aber offenbar damit nicht befriedigen können und dem abgewiesenen Kläger auf seinen Antrag hin für die Revisionsinstanz das Urmenrecht gewährt.

Bemüht habe ich in dem Müller'schen Buch eine ausführliche Darstellung über die Bedeutung des § 831 BGB. Allgemein bekannt ist, daß das AG. an dem hiernach zu führenden Entlastungsbeweis sehr erhebliche Anforderungen stellt; in der Praxis spielt der § 831 BGB. eine sehr große Rolle; deswegen hätte ich es gern gesehen, wenn Müller sich hierzu etwas eingehender geäußert hätte, als es tatsächlich geschehen ist. Im übrigen findet man über alle übrigen Fragen, die das Herz eines Kraftfahrers bewegen, Auskunft, so z. B. insbes. über die Rechtsprechung in Schwarzfahrsachen.

An die äußere Ausgestaltung des Buches muß man sich auch erst gewöhnen. Im Vorwort hat der Verf. selbst darauf hingewiesen, daß dem fortwährenden Anwachsen des Buchumfangs mit drucktechnischen Maßnahmen begegnet werden müßte; das geschieht in der Weise, daß häufig sich wiederholende Ausdrücke abgekürzt werden. Das zwinge zur Konzentration und zum langsamen Lesen, und das ist letzten Endes auch wieder von Vorteil.

Ein ausführliches Sachverzeichnis gewährleistet ein schnelles

Zurechtsfinden im Buch; der Teil, der sich mit der RStrafVerfD. befaßt, hat einen roten Schnitt und ist infolgedessen von den Erläuterungen des Gesetzes auch äußerlich erkennbar getrennt. Außerdem Wortlaut der in Frage kommenden Gesetze nebst Ausführungsbestimmungen sind auch noch die Muster für Führerscheine usw. abgedruckt, außerdem eine Reihe technischer Abbildungen, die das Verständnis des Buches auch in technischer Beziehung erheblich erleichtern. Daß auch die neuen Verkehrszeichen nicht fehlen, ist selbstverständlich.

RL. Dr. Bruno Louis, Hamburg.

Amts- u. LGR. Dr. Schlichting, Vor. beim ArbG. u. LArbG.

Berlin: Arbeitszeitordnung in der Fassung der Verordnung vom 26. Juli 1934. Textausgabe mit Einleitung, Sachregister und einigen Nebengesetzen. Berlin 1934. Verlag für Sozialpolitik, Wirtschaft und Statistik GmbH. Preis 1,80 RM.

Die vorliegende Ausgabe, die der Herausgeber mit einer leicht fasslichen und gut unterrichtenden Einleitung versehen hat, enthält außer der ArbZO. in der neuen Fassung und den AusfBest. noch die am 26. Sept. 1934 neugesetzte VO. über die Arbeitszeit in den Bäckereien und Konditoreien, ebenfalls mit den AusfBest., sowie die VO. über die Arbeitszeit in Krankenpflegeanstalten vom 13. Febr. 1924. Dem Text der ArbZO. ist die amtliche Erläuterung beigefügt, und zwar der besondere Teil zweckmäßigerweise bei den einzelnen Paragraphen. Die Ausgabe wird für die Zwecke der Betriebsführer und Vertrauensräte im allgemeinen ausreichen. Für größere Betriebe und namentlich für das Studium und für Behörden wird man der weit umfassenderen Textausgabe von Rohmer (angezeigt JW. 1935, 31) wohl den Vorzug geben müssen.

RL. Dr. W. Oppermann, Dresden.

Eingegangene Bücher

Die Steuerreform 1934. Systematische Darstellung der Reichsteuergesetze v. 16. Okt. 1934 einschließlich aller Durchführungsbestimmungen. Hrsg. von den Mitgliedern der Geschäftsführung der Reichsgruppe Industrie (Steuerabteilung) RL. Dr. Fr. Herrmann, RL. Dr. L. Meyer, Dr. O. Thiem, Dr. H. Goetzke, Dr. B. Skrodzki. Berlin 1935. Verlag Franz Vahlen. Preiskart. 8,40 RM. geb. 9 RM.

Dr. Heinrich Stuebel: Staat und Banken im preußischen Anleihewesen von 1871—1913. Bd. 3 (Forschungen zur internationalen Finanz- u. Bankgeschichte). Hrsg. von Adolf Trende. Berlin 1935. Carl Heymanns Verlag. Preis 4,80 RM.

Schnellkartei der Reichsteuergesetze. Teil I: Die gesamten Reichsteuergesetze. 39. Ergänzungslieferung. Ausgegeben Februar 1935. Köln. Verlag Dr. Otto Schmidt.

General Hermann Göring, Preuß. Ministerpräsident, Mitglied der Akademie für Deutsches Recht: Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft. (Schriften der Akademie für Deutsches Recht, hrsg. von dem Präs. der Akademie für Deutsches Recht Reichsminister Dr. Frank.) Hamburg 1935. Hanseatische Verlagsanstalt. Preiskart. 1 RM.

Steuerführer 1935. Eine Übersicht über das geltende Reichsteuergesetz nach dem Stande vom Februar 1935. Von Dr. Otto Model, RegR. a. D., RL. u. Notar in Mühlhausen (Thür.). 6. Aufl. Berlin 1935. Verlag Franz Vahlen. Preis 2,50 RM.

Die Verwaltungs-Akademie, ein Handbuch für den Beamten im nationalsozialistischen Staat. Hrsg. von Dr. H. H. Lammers, Staatssekretär und Chef der Reichskanzlei, und Hans Pfundtner, Geh. RegR., Staatssekretär im R.- u. PrMdJ. Bd. I Gruppe 1: 4. Der rassische und völkische Grundgedanke des Nationalsozialismus. Von Prof. Dr. Wolfgang Schulz, Universität München. Bd. I Gruppe 2: 11. Familienspfege. Von Dr. Falk Ruttke, geschäftsführender Direktor des Reichsausschusses für Volksgesundheitsdienst, Berlin. Bd. I Gruppe 2: 12. Staatsangehörigkeit. Von Dr. Bernhard Lössener, RegR. im R.- u. PrMdJ., Berlin. Bd. I Gruppe 2: 14. Nationalsozialismus und Staatsrecht. Von Dr. Helmut Nicolai, MinDir. im R.- u. PrMdJ., Berlin. Bd. I Gruppe 2: 15. Der nationalsozialistische Rechtsstaat. Von Prof. Dr. Otto Kollreutter, Universität München. Bd. I Gruppe 2: 16. Quellen des nationalsozialistischen Staatsrechts. Von Prof. Dr. Otto Kollreutter, Universität München. Bd. II Gruppe 1: 24. Deutsches Verwaltungsrecht. Von Dr. jur. Dr. rer. pol. Johannes Weidemann, Oberbürgermeister, Halle. Bd. II Gruppe 1: 27. Die Polizei. Von Hans Lehr, Ministerialdirigent im R.- u. PrMdJ., Berlin 1934/35. Industrieverlag Spaeth & Linde. Preis je Lieferung 1 RM.

Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur mit genauer Angabe der Quelle gestattet; Nachdruck der Anmerkungen verboten! D. S.

A. Ordentliche Gerichte

Reichsgericht

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

a) Civilsachen

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht
Justizrat Dr. Kaiser und Huber

1. Tilgung einer Valutaschuld unter den gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnissen durch Zahlung des entsprechenden Reichsmarkbetrages auf ein Sperrkonto.

Das LG. hat der Klage in der Form entsprochen, daß es die Bell. zur Zahlung des Reichsmarkgegenwertes von 100 000 SchwFr. und von 5% Zinsen aus 175 000 SchwFr. seit dem 1. Juli 1929 nach dem Briefkurse des Schweizer Franken am letzten Notierungstage vor der Zahlung an der Berliner Börse und in die Kosten des Rechtsstreits verurteilt hat.

Die Bell. hat Berufung eingelegt mit dem Antrage, die Klage abzuweisen; der Kl. hat Zurückweisung der Berufung und im Wege der Anschlußberufung beantragt:

„die Bell. zu verurteilen, ihm 175 000 SchwFr. nebst 5% Zinsen seit dem 1. Juli 1929 auf ein Sperrkonto bei der DD-Bank in Berlin in deutschen Reichsmark zu zahlen, und zwar einen Betrag, der dem Kurs des Schweizer Franken am letzten Notierungstage vor der Zahlung entspricht“.

Das OG. hat auf die Berufung und die Anschlußberufung unter Zurückweisung der Berufung im übrigen das Urt. des LG. dahin abgeändert: Die Bell. wird verurteilt, auf ein Sperrkonto des Kl. bei der DD-Bank in Berlin den Reichsmarkgegenwert von 175 000 SchwFr. nebst 5% Zinsen seit dem 1. Juli 1929 nach dem Briefkurs des Schweizer Franken an der Berliner Börse am letzten Notierungstage vor der Zahlung zu zahlen.

OG. hat bestätigt.

Die Bell. fühlt sich dadurch beschwert, daß sie als Bürgin für eine Valutaschuld zur Zahlung von Reichsmark auf einem Sperrkonto verurteilt worden ist. Sie meint, es bleibe dem Kl., da er sich nicht verpflichtet habe, die Sperrmark in der verlangten Höhe an Erfüllungsstätt anzunehmen, die Möglichkeit, gegenüber der Bell. und der Hauptschuldsnerin weitere Forderungen zu erheben. Diese Bedenken sind nicht gerechtfertigt. Der Inhalt des angefochtenen Urt. läßt keinen Zweifel darüber, daß die Valutaschuld der Bell. getilgt wird, wenn sie den ihr entsprechenden Reichsmarkbetrag auf Sperrkonto einzahlt. Die Gefahr, daß der Kl. noch weitere Ansprüche erheben könnte, besteht nicht. Durch die Verurteilung zur Zahlung von Reichsmark an Stelle von Devisen, welch letztere die Bell. sich jetzt doch nicht oder nur schwer beschaffen könnte, ist sie nicht beschwert.

(U. v. 8. Dez. 1934; I 203/34. — Köln.)

[R.]

2. §§ 133, 138, 305 BGB.; §§ 271 ff. HGB.

I. Der Beschuß einer AktG., keine Maßnahmen gegen ein Gesellschaftsorgan wegen seiner, der Generalversammlung bekannten, Verfehlungen zu erheben, enthält an sich nur eine interne Anweisung an den Vorstand der Gesellschaft. Dritte, insbesondere das Gesellschaftsorgan, das die Verfehlungen begangen

hat, können Rechte aus dem Beschuß nicht herleiten.

II. Die grundsätzliche Befugnis einer AktG., auf die ihr gegen ein Gesellschaftsorgan zu stehenden Regressansprüche durch einen in der Generalversammlung zu fassenden Beschuß zu verzichten, kann nicht in Zweifel gezogen werden, auch nicht für den Fall, daß der Verzicht den Belangen der Gesellschaft abträglich erscheint.†

Der Kl. hat gegen die bell. AktG. einen bereits seit dem 1. Okt. 1933 fälligen Anspruch auf Rückzahlung eines dinglich gesicherten Darlehens von 10 000 RM erhoben.

Das OG. hat die Klage abgewiesen, das OG. hat ihr stattgegeben. Mit der Rev. begeht die Bell. die Aufhebung des BU. und Erkenntnis nach ihren Anträgen in der Verfinst.

Die Bell. bestreitet an sich nicht die Entstehung der Klagesforderung. Sie rechnet aber mit einer weit höheren Schadensersatzforderung, die sie aus den Verfehlungen des Kl. während seiner langjährigen Tätigkeit als geschäftsführendes Vorstandsmitglied der Bell. herleitet, gegen sie auf. Gegenüber dem Einwande des Kl., daß auf die geltend gemachte Schadensersatzforderung seitens der Bell. durch die Beschlüsse ihrer GenVers. v. 23. März 1933 in jedem Falle rechtswirksam verzichtet sei, führt die Bell. aus:

Der Beschuß der GenVers., „keine Maßnahmen“ gegen den Kl. „zu erheben“, sei (nur) zu dem Punkte der Tagesordnung ergangen, der auf die Verlezung der dem Kl. nach § 241 HGB. obliegenden Verpflichtungen und die Verwendung von Gesellschaftsgeldern zu Privatzwecken Bezug gehabt habe. Er bedeute wohl eine „Bindung der AktG. in sich und gegenüber der GenVers.“, keine zivilrechtliche Schadensersatzklage gegen den Kl. zu erheben und keine Maßnahmen gegen ihn aus strafrechtlichen Gesichtspunkten vorzunehmen. Ein Verzicht auf die Forderung sei darin aber nicht zum Ausdruck gekommen.

In zweiter Linie macht die Bell. Richtigkeit der GenVers.-Beschlüsse v. 23. März 1933 geltend. Die Beschlüsse seien in sich unmittelbar gewesen, da sie ohne Rücksicht auf das Wohl der AktG. die den Aktionären gegenüber ein eigenes Dasein mit eigenen Interessen führe und daher besonders zu schützen gewesen sei, in einseitiger Weise die Schonung eines ungetreuen Vorstandes bezweckt hätten.

Zu 2. In der Entsc. handele es sich um die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen seitens einer AktG. gegen ein früheres Vorstandsmitglied. Die Vorgänge, aus denen die Schadensersatzansprüche hergeleitet wurden, lagen in den Jahren 1924—1930. Für das Geschäftsjahr 1931 war dem Vorstand Entlastung erteilt worden. Es wurde gleichzeitig von der GenVers. beschlossen: „Die Angriffspunkte, aus denen Schadensersatzansprüche gegen ... evtl. hergeleitet werden können, sind uns aus den Prüfungsberichten bekannt. Wir befürworten einstimmig, daß keine Maßnahmen gegen ... erhoben werden sollen.“ Das OG. hatte angenommen, daß die Erfahranansprüche durch die Entlastung untergegangen seien. Das OG. führt hingegen aus, es sei zwischen den beiden Beschlüssen zu unterscheiden. Der für das Jahr 1931 gefasste Entlastungsbeschuß sei das Angebot zum Abschluß eines negativen Schuldanerkenntnisvertrages, das von dem Vorstandsmitglied stillschweigend angenommen worden sei. Dieser negative Anerkenntnisvertrag beziehe sich aber nur auf die Geschäftsführung während des Jahres 1931. Der zweite Beschuß sei prima vista nur eine interne Anweisung an den Vorstand, keine Erfahranansprüche geltend zu machen. Der frühere Vorstand könne daraus keine Rechte herleiten. In Verbindung mit dem Entlastungsbeschuß für das Jahr 1931 sei freilich auch eine andere Auslegung möglich, nämlich die, daß auch der zweite Beschuß, wenngleich er nicht ausdrücklich als Entlastungsbeschuß bezeichnet sei, als eine Entlastung für die vorausgegangenen Jahre anzusehen sei. Brecks Nachprüfung,

I. Dem angef. Urt. fehlt jede nähere Darlegung, in welchen rechtsvernichtenden Tatsachen das Erlöschen der Gegenforderung erblidt wird. Die Ausführungen des Urt. über die Bedeutung einer nach § 260 BGB. beschlossenen Entlastung des Vorstandes lassen so viel erkennen, daß das BG. den Untergang der Gegenforderung als eine Folge der in der GenVers. v. 23. März 1933 zustande gekommenen Entschließungen der Befl. ansieht. Zweifel bestehen aber nach der Richtung, aus welcher der in Betracht kommenden Entschließungen es die Rechtsfolge des Forderungsuntergangs herleitet. Zu der Geschäftsführung des Kl. als den Ursachen der Unterbilanz hat die GenVers. in mehreren Beschlüssen Stellung genommen, einmal in dem von der Nichterhebung von Maßnahmen gegen den Kl. handelnden Beschuß, sodann in der dem Kl. nach der Prüfung der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung erstellten Entlastung. Letztere umfaßt auf den ersten Blick nur die Geschäftsführung des Kl. während des Jahres 1931; der andere Beschuß ist dem Wortlaut nach umfassender, weil er keine zeitliche Begrenzung aufweist. Dagegen ist der Inhalt beider Beschlüsse einer sehr verschiedenen Deutung fähig. Der Entlastungsbeschluß enthält das Anerkenntnis, daß wegen der Geschäftsführung des Kl. während des Jahres 1931 keine Regressansprüche bestehen, eine Willenserklärung, die mangels einer ihre Weitergabe beschränkenden Best. zur Mitteilung an den Kl. aussersehen, durch ihre stillschweigende Entgegennahme seitens des Kl. das Erlöschen im bezeichneten Zeitraume etwa entstandene Regressansprüche bewirkt hat (RG. 106, 262¹); 115, 250²); Brodmann, Aktienrecht, Anm. 5 o zu § 260). Der Beschuß, keine Maßnahmen gegen den Kl. wegen seiner der GenVers. bekannten Verfehlungen zu erheben, enthält an sich nur eine Anweisung an den Vorstand der Befl., für deren Nichtbeachtung dieser der GenVers. nicht aber jedem Dritten, insbes. nicht dem Kl. verantwortlich sein sollte. Er ist seinem rechtlichen Inhalte

ob die eine oder andere Auslegung zutreffend sei, wurde die Sache an das BG. zurückverwiesen.

Diese Ausführungen sind zutreffend, wenn man hinsichtlich des Wefens der Entlastung der herrschenden Lehre folgt. Die herrschende Lehre sieht in der Tat in der Entlastung einen negativen Anerkenntnis- oder Verzichtsvertrag zwischen der AktG. und dem betreffenden Verwaltungsmittel, der in der Weise zustande kommt, daß der Vertragsabschluß von der AktG. angeboten und von dem betreffenden Verwaltungsmittel angenommen wird.

Ich werde demnächst an anderer Stelle nachzuweisen versuchen, daß die herrschende Lehre verfehlt ist. Es ist untichtig, die Entlastung in die bürgerlich-rechtlichen Begriffe des negativen Schuldnerkenntnis- oder des Verzichtsvertrages hineinpreßt zu wollen. Dem widerspricht die ständige Praxis, die sich bei der Entlastung nie darum kümmert, ob die Entlastungserklärung von der entlasteten Person auch angenommen ist. Um die Theorie des negativen Schuldnerkenntnisvertrages halten zu können, muß man zu einem berüchtigten Hilfsmittel der Begriffsjurisprudenz greifen, nämlich zur Fiktion einer stillschweigenden Annahme der Entlastungserklärung. Die Annahme eines Vertragsabschlusses zwischen der GenVers. und der entlastungsberechtigten Verwaltung widerspricht auch der Verteilung der Zuständigkeiten bei der AktG. Verträge werden bei der AktG. von dem Vorstand und in Ausnahmefällen von dem Aufsichtsrat, niemals aber von der GenVers. abgeschlossen. Die herrschende Lehre steht weiterhin in Widerspruch mit der geschichtlichen Entwicklung der Entlastung. Ursprünglich waren nämlich die Feststellung der Bilanz, die Genehmigung der Geschäftsführung und die Entlastung der Verwaltung ein einheitlicher Begriff (vgl. noch RG. 44, 69). Die herrschende Lehre von dem Wesen der Entlastung verwechselt eine Rechtsfolge der Entlastung, nämlich das Erlöschen etwaiger Schadensersatzansprüche, mit ihrem Inhalt. Der wirkliche Inhalt der Entlastung ist Genehmigung der Geschäftsführung, etwa in dem gleichen Sinne, wie der Geschäftsherr die Ausführung eines Auftrages durch den Beauftragten genehmigt (vgl. Staudinger § 665 Anm. 2). Aus der Genehmigung der Geschäftsführung folgt dann, daß etwaige Ersatzansprüche wegen mangelhafter Geschäftsführung untergehen, ebenso wie der Geschäftsherr bei einer Geschäftsführung ohne Auftrag durch Genehmigung der Geschäftsführung gem. § 684 BGB. den Schadensersatzanspruch aus § 678 BGB. verliert (RGKomm. § 678 Anm. 2). Als Genehmigung ist die Entlastung eine einseitige empfangsbedürftige organisch

nach an sich nicht zur Bekanntgabe nach außen, insbes. nicht an den Kl., aussersehen und daher auch nicht zur Begr. von Rechten des letzteren bestimmt gewesen. Eine Bekanntgabe der Entlastung an den Kl. und eine Annahme durch ihn hat daher keine Rechte entstehen lassen, die der Kl. der Befl. hätte entgegenhalten können. Wenn also das BG. das Erlöschen der Gegenforderung der Befl. aus dem Entlastungsbeschluß hergeleitet hat, hat es übersehen, daß dieser nur Regressansprüche hat untergehen lassen, die aus der Geschäftsführung des Kl. während des Jahres 1931 entstanden waren. Hat es das Erlöschen auf den zweitgenannten Beschuß zurückgeführt, so hat es dessen Unberichtigkeit für den Bestand der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung verkannt und durch die Zurückweisung der Aufrechnung gegen Vorschr. des sachlichen Rechts, insbes. gegen die §§ 133, 305 BGB., verstößen.

Nun ist allerdings nicht zu verkennen, daß der von der Nichterhebung von Maßnahmen gegen den Kl. handelnde Beschuß in einem engeren tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhang mit dem formellen Entlastungsbeschluß stehen und daher eine andere als die vorstehend gekennzeichnete Bedeutung haben kann, wie auch die Möglichkeit besteht, daß dem Entlastungsbeschluß mit Rücksicht darauf, daß bei seiner Fassung die Berichte der Treuhandgesellschaft über die Ursachen der Unterbilanz des Jahres 1931 vorgelegen haben, eine über die Geschäftsführung des Kl. in diesem Jahre hinausgreifende Bedeutung beigemessen werden muß. Die Prüfung und Feststellung, ob den Beschlüssen nach Lage der Umstände die eine oder die andere Bedeutung zukommt, ist aber grundsätzlich Sache der tatkräftlichen Würdigung, die dem RevG. nicht zusteht.

II. Der Sen. hat sich im übrigen der Auffassung der Rev., daß die Beschlüsse der GenVers. v. 23. März 1933 wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 BGB. für nichtig erachtet werden müßten, nicht angeschlossen. Die

Willenserklärung der Gesellschaft, die keiner Annahme bedarf. Die von mir vertretene Auffassung scheint mit schließlich auch weit mehr dem Geiste des heutigen Aktienrechts zu entsprechen. Die Strukturwandelung wird sich bei der AktG. in der Richtung vollziehen, daß dem Vorstand eine Art Führerstellung eingeräumt wird. Die GenVers. wird von Zeit zu Zeit gefragt, ob sie der Verwaltung ihr Vertrauen schenkt, d. h. ob sie die Geschäftsführung der Verwaltung billigt oder nicht. Man kann ohne Übertreibung von einer überholten liberalistischen Denkungsweise sprechen, wenn man bei der Vertrauensfrage lediglich in Geld denken und bei der Entlastung ausschließlich darauf abstellen würde, ob Schadensersatzansprüche bestehen oder nicht. Es sollte beispielweise möglich sein, daß die GenVers. aus begründetem Anlaß die Geschäftsführung nicht genehmigt, die Entlastung also ver sagt, ohne daß deshalb gerade Schadensersatzansprüche zu bestehen brauchen. Man nehme an, daß ein Verwaltungsmittel raffinierte Unterschlagungen begangen, den unterschlagenen Betrag aber nach der Entdeckung wieder gedeckt hat. Soll er tatsächlich Anspruch und Klagerecht auf Entlastung haben?

Aus meiner Auffassung ergeben sich gegenüber der herrschenden Lehre eine Reihe praktischer Unterschiede, u. a. folgende:

1. Da die Entlastung nicht Vertragsangebot, sondern einseitige Genehmigungserklärung ist, kommt es nicht darauf an, ob sie angenommen wird oder nicht.

2. Die Entlastung kann schon dann verwirkt werden (ohne daß die Verwaltung mit Erfolg auf Entlastung klagen kann), wenn die Geschäftsführung zu beanstanden ist, nicht erst dann, wenn Schadensersatzansprüche nachgewiesen werden.

3. Da die Entlastung als einseitige Genehmigungserklärung den Untergang von Schadensersatzansprüchen zur Folge hat, kann die entlastete Verwaltung nicht etwa die angebotene Entlastung ablehnen und eine negative Feststellungsklage darüber erheben, daß keine Ansprüche bestehen. Sie kann dies auch dann nicht, wenn in Verbindung mit dem Entlastungsbeschluß erklärt wird, es beständen an und für sich Schadensersatzansprüche, die die GenVers. nur aus irgendwelchen Gründen nicht geltend machen wolle.

Für den vorl. Fall würde sich nach meiner Auffassung ohne weiteres ergeben, daß der zweite Beschuß jedenfalls keine Entlastungserklärung war. Denn wenn die GenVers. die Geschäftsführung eines Verwaltungsmittels genehmigen will, drückt sie sich nicht dahingehend aus, daß sie keine Maßnahmen gegen das Verwaltungsmittel ergreifen wolle. Allerdings würde es, auch wenn man bei dem zweiten Beschuß keine Entlastungserklärung annimmt, möglich

¹⁾ ZW. 1924, 1143. ²⁾ ZW. 1927, 672.

grundähnliche Besugnis einer AktG., auf die ihr gegen ein Gesellschaftsorgan zustehenden Regressansprüche durch einen in der GenVers. zu fassenden Mehrheitsbeschluß zu verzichten, kann nicht in Zweifel gezogen werden, auch für den Fall nicht, daß der Verzicht den Belangen der Gesellschaft abträglich erscheint. Voraussetzung ist nur, daß die Verzichtleistung nicht in einer gegen die guten Sitten verstörenden Weise vorsätzlich zum Nachteil der Gesellschaft erfolgt (RG. 68, 316³). Die Ausführungen des BG. tragen diesen Gesichtspunkten Rechnung. Auch die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen der Anfechtbarkeit und der unheilbaren Nichtigkeit von AktG-Beschlüssen ist von ihm zutreffend hervorgehoben. Eine unheilbare Nichtigkeit von AktG-Beschlüssen ist nach der Rspr. des RG. nur unter beschränkten Voraussetzungen anzuerkennen, nämlich nur dann, wenn die Beschlüsse unverzichtbare gesetzliche Vorschr., namentlich solche, die im öffentlichen Interesse gegeben sind, verlegen, oder wenn sie sonst dem Wesen der AktG. widersprechen (RG. 118, 72⁴), oder sofern sie inhaltlich gegen die guten Sitten verstößen (RG. 131, 145⁵). Sonst ist nur Anfechtbarkeit gegeben. Die Sittenwidrigkeit muß in dem Beschuß selbst zu finden sein. Ist sie nur in der Art seines Zustandekommens begründet, so ist wiederum nur Anfechtbarkeit anzuerkennen (RG. 115, 383⁶; 131, 145⁷); Brodmann, Aktienrecht, Anm. 1 II a, b 1, 2, 3 zu § 271; vgl. wegen des von der Befl. betonten Verstoßes gegen § 317 HGB: Brodmann a. a. O., Anm. zu § 317 a. E.). Wegen der hier in Frage kommenden Beschlüsse ist aus keinem Gesichtspunkte die Anfechtungslage erhoben worden. Es kann sich daher nur darum handeln, ob ihrerwegen die Voraussetzungen der einredeweise geltend gemachten Nichtigkeit gegeben sind. Von den bezeichneten Voraussetzungen verlangt nach den Umständen des Falles nur die Frage der inhaltlichen Sittenwidrigkeit eine nähere Prüfung. Maßgebend ist hier der aus Inhalt, Beweggrund und Zweck erhellende Gesamtkarakter des Beschlusses (RG. 107, 74 und 204⁸); 112, 16⁹).

(U. v. 2. Okt. 1934; II 164/34. — Stuttgart.) [v. B.]

****3.** §§ 133, 155, 157, 459 ff. BGB; § 6c Kap.-VerfStG. Ist bei dem Kaufe eines Unternehmens eine beschränkte Schuldenlast zugesichert, so liegt die Annahme nahe, daß nicht nur die Zusicherung einer Eigenschaft, sondern darüber hinaus die Übernahme einer Gewähr dafür gewollt war, daß sich nachträglich nicht noch andere Schulden herausstellen würden. Eine Beteiligung an der Gesellschaft im Sinne obigen § 6c kann auch vorliegen, wenn nur einzelne Kureninhaber das Darlehen gewährt haben und eine

sein, einen mit dem betreffenden Vorstand oder zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrag zu konstruieren. Aber die Konstruktion eines solchen Vertrages würde bei meiner Auffassung viel schwerer sein, weil die Entlastung kein besonderer Vertragstyp ist und somit genau festgestellt werden müßte, zwischen wem ein Vertrag, und welchen Inhalts er geschlossen ist. Die Ausführungen des RG. über die Beugnis der GenVers., eine Entlastung auch dann zu beschließen, wenn Regressansprüche gegen ein Verwaltungsmittel offensichtlich gegeben sind, entsprechen der bisherigen Rspr. Die GenVers. ist nach dem Aufbau des noch geltenden Aktienrechts das oberste Organ der Gesellschaft und hat die alleinige Verfügungsbefugnis darüber, ob es mit der Geschäftsführung der von ihm abhängigen Verwaltungsmittel einverstanden ist oder nicht. Die Frage, ob der Entlastungsbeschluß wegen Sittenwidrigkeit nichtig sei, kann deshalb immer nur unter dem Gesichtspunkt gestellt werden, ob durch die Entlastung die Rechte einer Minderheit in sittenwidriger Weise beeinträchtigt werden. Wenn, wie im vorl. Falle, der Entlastungsbeschluß einstimmig gefaßt worden ist, kann von Sittenwidrigkeit nicht die Rede sein. Deshalb hat das RG. im vorl. Falle die Sittenwidrigkeit des Entlastungsbeschließes mit Recht abgelehnt.

R. Dr. Ernst Boesebeck, Frankfurt a. M.

³) ZW. 1908, 464. ⁴) ZW. 1927, 2982. ⁵) ZW. 1931, 2976.
⁶) ZW. 1927, 1348. ⁷) ZW. 1931, 2976.
⁸) ZW. 1924, 1150. ⁹) ZW. 1926, 543.

Verschiebung des bisherigen Beteiligungsverhältnisses nicht vorliegt.

Die B.-Konzern GmbH., die Rechtsvorgängerin der Erftbfl., hatte als Hauptgewerke der 5000teiligen Gewerkschaft seit 1926 der genannten Gewerkschaft nach und nach Darlehn gewährt, die sich schließlich im Febr. 1928 auf 2370 079 RM beliefen. Am 1. März 1928 verkaufte die beiden Befl. als die beiden alleinigen Gewerken der Grube ihre Kuge an die Kl., und zwar der B.-Konzern 3140, der Zweitbfl. 1840 Stück, zum Preise von 800 RM je Kuge; nur 20 Kuge gingen in fremden Besitz über. Dabei wurde vereinbart, daß die Darlehnsschuld der Gewerkschaft gegenüber dem Konzern bis zum 6. März 1928 zurückgezahlt werden sollte. Dies ist geschehen. Die Kl. übernahm die Schuld; die Forderung des Konzerns wurde an sie abgetreten. In der Folgezeit gewährte die Kl. der Gewerkschaft neue Darlehen, so daß deren Schuld auf 2559 525 RM anwuchs.

Im Sept. 1929 fand bei der Gewerkschaft eine finanzielle Verkehrsteuerprüfung statt. Das FinA. erklärte die Darlehnforderung der Kl. gegen die Gewerkschaft von 2559 525 RM sowie weitere inzwischen an die Kl. abgetretene Kreditsforderungen gegen die Gewerkschaft von 724 087 RM für gesellschaftsteuerpflichtig und stellte eine 4%ige Steuerfestsetzung in Aussicht. Um eine Steuerermäßigung zu erreichen, verzichtete im Einverständnis mit den Befl. die Kl. am 14. Okt. 1929 auf ihre gesamte Darlehnforderung gegen die Gewerkschaft. Durch Urt. des NFD. v. 3. Mai 1932 wurde auf die Kl. der Gewerkschaft eine Steuer von insgesamt 64 495 RM festgesetzt, wobei hinsichtlich eines Überschuldungsbetrags von 2228 302 RM ein Steuersatz von 1% und hinsichtlich 1 055 310 RM ein Steuersatz von 4% zugrunde gelegt wurde. Die Kl. hat die Steuer bezahlt.

In den Kaufbriefen der Befl. v. 1. März 1928 heißt es: „Die Gewerkschaft ist per 1. März 1928 höchstens mit folgenden Schulden belastet: gegenüber dem B.-Konzern 2370 079 RM, gegenüber usw.“; ferner enthalten die Kaufbriefe Angaben über anhängige Prozesse sowie die Versicherung, daß die Gewerkschaft keine anderen Verpflichtungen habe als die bezeichneten.

Die Kl. hat geltend gemacht, die Befl. hätten ihr Gewähr dafür geleistet, daß höhere Schulden als die in den Kaufbriefen angegebenen Verbindlichkeiten nicht vorhanden seien. Sie hat von den Befl. die Erfüllung eines Betrages von 48 310 RM verlangt, nämlich „desjenigen Betrags, der auf die Darlehnsschuld von 2370 079 RM anteilmäßig von der Steuerschuld und von den entstandenen Steuerverfahrensosten entfallen“.

Alle drei Instanzen haben die Befl. antragsgemäß verurteilt.

I. Bei seiner rechtlichen Würdigung geht das BG. davon aus, daß der Verlauf der den beiden Befl. gehörigen 4986 Kuge der Gewerkschaft als Verkauf des ganzen Bergwerkseigentums aufzufassen sei und daß deshalb die Gewährleistungsvorschr. der §§ 459 ff., insbes. auch die über die kurze Verjährung des § 477 BGB., auf das Verkaufsgefecht v. 1. März 1928 anzuwenden seien (vgl. RG. 120, 283 [286]¹; 122, 378 [381]²). Der Borderrichter lehnt es aber ab, den Befl. in der Meinung zu folgen, daß die von ihnen abgegebene Erklärung über den Schuldenstand nichts weiter sei als eine „bloße Zusicherung im Augenblick des Vertragschlusses vorhandener Eigenschaften des verkaufen Unternehmens“. Er hat sich davon überzeugt, „daß die Befl. über die Gewährleistung für die Richtigkeit der sich für den 1. März 1928 buchungsmäßig ergebenden und von ihnen angegebenen einzelnen Geschäftsschulden hinaus sich bereitgefunden haben, auch die volle Haftung dafür zu übernehmen, daß sich künftig keine weiteren Verbindlichkeiten der Gewerkschaft herausstellen würden“. Der Borderrichter nimmt demnach an, daß es sich um einen außerhalb des Kaufvertrages liegenden selbständigen Gewähr- (Garantie-) Vertrag handle. Darin befindet er sich im Einklang mit dem LG., dessen Gründen er beitritt.

¹) ZW. 1928, 1392.

²) ZW. 1929, 735.

In dieser Richtung hatte das RG. erwogen, der Wille der Parteien ergebe sich nicht eindeutig klar aus dem Wortlaut des Vertrags, vielmehr könne jede Partei sich für ihre Auslegung auf den Vertrag stützen; es sei deswegen Aufgabe des Gerichts, den Sinn des Vertrags durch Auslegung zu ermitteln; dabei sei der Grundsatz zu beachten, daß jeder seine Erklärung in dem Sinne gegen sich gelten lassen müsse, wie sie der Vertragsgegner nach Treu und Glauben auffassen müsse. Die von den Befl. gegebene Zusicherung über den Höchststand der Schulden, die Aufzählung der einzelnen Verbindlichkeiten und die Versicherung, daß die Gewerkschaft keine weiteren Schulden habe, enthalte eine Garantiezusage im weiteren Sinne. Der übliche Sinn dieser Garantie sei der, daß die Befl. sich verpflichteten, etwaige Mehrschulden der Gewerkschaft, falls sie sich später herausstellen sollten, zu tragen; diesen Sinn hätten die Befl. gegen sich gelten zu lassen. Dieser dem Willen des Kl. entsprechende Sinn des Vertrags sei zudem in den Verhandlungen, die zum Abschluß des Kaufvertrags geführt hätten, besonders deutlich geworden. Bei den Vertragsverhandlungen hätten sich nämlich die Parteien nach anfänglichen Meinungsverschiedenheiten darüber geeinigt, daß die Käuferin nur für bestimmte im Vertrage festgelegte Verpflichtungen haften sollte. Danach hätten die Verkäufer dafür einzustehen gehabt, daß die Kl. nur für bestimmte Verbindlichkeiten in Anspruch genommen würde. Im Zusammenhang mit einem von der Kl. abgelehnten Haftungsvorschlag der Verkäufer habe dies bedeutet, daß die Verkäufer die weiteren Verbindlichkeiten tragen mühten, die vor dem Verkaufe bestanden hätten, einerlei ob sie ihnen damals bekannt gewesen seien oder nicht. Unerheblich sei auch, daß die Vertragsparteien bei jenen Verhandlungen nicht an die Kapitalverkehrsteuerschuld gedacht haben möchten. Denn aus dem gesamten Zusammenhang habe sich jedenfalls ergeben, daß die Käuferin für andere als die im Vertrage bezeichneten Schulden nicht habe einzustehen wollen. Das hätten die Verkäufer ohne Weiteres erkennen können, und sie seien sich dessen auch bewußt gewesen.

Das BG. hat zunächst festgestellt, aus den Umständen des vorl. Falles sei nichts zu entnehmen für die Annahme, daß in der Zusicherung, ein gewisser Höchstbetrag vorhandener Schulden werde nicht überschritten, die Zusicherung einer Eigenschaft i. S. des § 459 Abs. 2 BGB. gefunden werden könne. Im Gegenteil hätten die Beteiligten — das sei aus dem Gange der Verhandlungen ersichtlich — beim Vertragsabschluß auf Grund des vor der Kl. begehrten und ihr ermöglichten Einblicks in den derzeitigen Schuldenstand der Gewerkschaft die Gewährleistungspflicht der Befl. nicht etwa auf die Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer Angaben über die im damaligen Zeitpunkte buchungsmäßig erfassbaren Schulden beschränkt, die bekannt gewesen seien oder hätten bekannt sein müssen; vielmehr habe die Kl. trotz des Widerstandes der Befl. im Laufe der Verhandlungen eine weitgehende Gewährleistungübernahme der Verkäufer (Befl.) durchgesetzt, die auch ein Einstehen für etwa wider Erwarten zukünftig sich doch noch über den beigebrachten Schuldenstand hinaus ergebende, gegenwärtig noch unbekannte Geschäftsverbindlichkeiten aus dem Kaufabschluß v. 1. März 1928 vorhergehenden Zeit umfaßt habe.

Nach der Rspr. des RG. ist unter einem Garantievertrag der selbständige Vertrag zu verstehen, worin jemand sich verpflichtet, für das Eintreten eines bestimmten Erfolges einzustehen oder die Gefahr (Gewähr) für einen künftigen, noch nicht entstandenen Schaden zu übernehmen, insbes. worin jemand der Unternehmung eines anderen dadurch Unterstützung und Förderung zuwendet, daß er die damit verbundene Gefahr ganz oder teilweise übernimmt (RG. 61, 157 [160]; 72, 138 [140]³; 82, 337 [339]⁴; 90, 415⁵); 92, 121; 103, 231 [237]; 140, 218⁶); RGUrt. v. 2. April 1913, V 501/12; JWB. 1913, 653¹⁶, v. 13. April 1916, VI 54/16; RGWarn. 1916 Nr. 130, v. 1. Nov. 1918, VII 158/18; JWB. 1919, 241⁶, v. 1. März 1921, VII 381/20; JWB. 1921, 828³,

v. 26. Juni 1922, VI 821/21; RGWarn. 1923/24 Nr. 10 und v. 26. Sept. 1924, VII 451/23 das. 1925 Nr. 21; Staub-Gadow, HGB. § 349 Anm. 65 ff. S. 134 ff.). Gegenstand der Verpflichtung aus einem Gewähr- (Garantie-) Vertrage ist demnach die fachliche Haftung für einen bestimmten Erfolg oder die Übernahme einer Gefahr oder eines Schadens, die dem Gläubiger aus dem Rechtsverhältnisse mit einem Dritten erwachsen können und noch bevorstehen müssen. Bei einem selbständigen Gewährschaftsversprechen muß der gewährleistete Erfolg ein anderer und weiterer sein als die bloße Vertragsmäßigkeit der Leistung. Wenn bei einem Kauf der Verkäufer bestimmte Eigenschaften als gegenwärtig vorhanden zusichert, so hat er mangels besonderer Abrede Gewähr zu leisten nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschr. (§§ 459 ff. BGB.). Aber das Schuldrecht wird beherrsch von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Sowit nicht gesetzliche Schranken errichtet sind, können die Parteien ihre schuldrechtlichen Beziehungen nach ihrem eigenen Ermeessen regeln, und es besteht auch beim Kauf kein rechtliches Hindernis, über den Rahmen der gesetzlichen Gewährleistungsvorschr. hinaus dem Verkäufer Verpflichtungen aufzuerlegen, welche i. S. einer vertragsmäßigen Gewährschaft der Gegenpartei weitergehende Erfolge sichern, z. B. mit Bezug auf künftige Verwendbarkeit oder Leistungsfähigkeit des Kaufgegenstandes, auf das Nichteintreten von hemmenden oder störenden Ereignissen, auch wenn diese sich unabhängig von Eigenschaften des Kaufgegenstandes und unabhängig von dem Willen der Beteiligten einstellen, auf das Eintreten von vorteilhaft wirkenden Verhältnissen u. dgl. m. In solchen Fällen richtet sich die vertragsmäßige Zusicherung auf einen Erfolg, der über die Vertragsmäßigkeit der Leistung weit hinausgeht und begründet die Garantie eine noch nach der Übergabe des Kaufgegenstandes zu erfüllende Vertragspflicht. Eine solche Gewährschaft kann, je nach den Umständen des Falles, auch als stillschweigend vereinbart angesehen werden (RG. 138, 354 [357] = JWB. 1933, 905⁷). Bildet ein Erwerbsgeschäft oder ein sonstiges Unternehmen den Gegenstand des Kaufs, so kann die Schuldenfreiheit oder die Beschränkung der Schulden auf einen bestimmten Betrag oder die Versicherung, daß andere Schulden als die besonders angegebenen nicht vorhanden seien, eine zugesicherte Eigenschaft i. S. der §§ 459 ff. BGB. darstellen. Mehr ist in dem RG-Nr. v. 2. Nov. 1920: RG. 100, 200 (204) in dem darin enthaltenen Hinweise auf den Fall des Verkaufs eines Handelsgeschäfts oder eines Gesellschaftsvermögens nicht ausgesprochen. Das BG. hat auch nicht mehr herausgelesen. Ob von den Parteien im einzelnen Falle eine bloße Eigenschafts- zusicherung oder eine darüber hinausgehende neben dem Kaufgeschäfte stehende Erfolgsgewährschaft beabsichtigt ist, läßt sich nur nach den tatsächlichen Umständen des einzelnen Falles beurteilen (RGUrt. v. 28. Sept. 1917, III 150/17; JWB. 1918, 36¹¹ und v. 25. Febr. 1932, VI 503/31; JWB. 1932, 1552⁴, Lz. 1932, 1042 Nr. 5). Es steht aber in der Rspr. des RG. fest, daß Zusicherungen, eine zur Zeit des Gefahrübergangs vorhandene Eigenschaft werde auch in Zukunft vorhanden oder eine nicht vorhandene Eigenschaft werde in Zukunft vorhanden sein, in aller Regel nicht den Grundsätzen über die Gewährleistung wegen Mangelhaftigkeit der Sache (§§ 459 ff. BGB.) unterworfen sind. Denn hierbei besteht die Gewährschaft gerade in der Übernahme der Verpflichtung, dafür einzustehen, daß ein gewisser Zustand oder Erfolg später vorhanden sein, fortdauern oder eintreten werde. Derartige Zusicherungen sind also Gegenstand eines besonderen Gewährschaftsvertrags, der anderen Regeln folgt als den gesetzlichen Gewährleistungsvorschr. (ErlB. RGKomm. § 459 Anm. 5 e S. 70; RGUrt. v. 6. Okt. 1906, V 6/1906; JWB. 1906, 712⁸ = SeuffArch. 62 Nr. 5 = Gruch. 51, 935, v. 22. Dez. 1908, II 274/1908; RGWarn. 1909 Nr. 201, v. 21. Jan. 1911, V 116/10; RGWarn. 1911 Nr. 172 = JWB. 1911, 322¹³ und v. 17. Sept. 1913, V 125/13; RGWarn. 1914 Nr. 11).

Die Rev. beanstandet als fehlksam, daß der Verk. in einer Schuldenabmachung nach Art des vorl. Vertrags in der Regel einen (selbständigen) Gewährschaftsvertrag und nur ausnahmsweise eine vertragliche Zusicherung von Eigenschaften erblicken wolle; das Verkehrsbedürfnis spreche im gegen-

³) JWB. 1909, 722. ⁴) JWB. 1913, 1036. ⁵) JWB. 1918, 37.
⁶) JWB. 1933, 2388 u. 2642.

teiligen Sinne. Indessen läßt sich der Ausgangspunkt des Borderrichters nicht missbilligen. Mag man die Zusicherung einer beschränkten Schuldenlast als Zusicherung einer Eigenschaft des verkauften Unternehmens im einzelnen Falle auch gelten lassen, so steht sie, auch wenn sie auf einen bestimmten Stichtag abgestellt ist, in ihrem Wesen schon an sich der Zusicherung nahe, daß ein gewisser Zustand oder Erfolg auch später noch vorhanden sei. Ob Schuldenverbindlichkeiten in einem bestimmten Zeitpunkte bestehen, in welchem Umfang sie bereits entstanden sind, läßt sich, zumal bei umfänglichem Geschäftsbetriebe, oft nicht mit Sicherheit feststellen. Zuweilen entstehen bei Verwirklichung eines bestimmten flagbegruenden Sachverhalts noch nach Umfluß geraumer Frist Streitigkeiten mit Dritten, deren Ausgang die Schuldenlast eines in den Streit gezogenen Unternehmens erheblich zu beeinflussen vermag. Der Annahme des BG., es entspreche der Regel, daß der Käufer eines ganzen Unternehmens, wenn er sich zugleich mit dem Kaufabschluß eine derartige Zusicherung über den Schuldenstand geben lasse, einen weitergehenden Erfolg erstrebe als den mit einer gewöhnlichen Eigenschaftszusicherung verbundenen, läßt sich weder mit Rechtsgründen noch mit Rücksicht auf die Lebenserfahrung entgegentreten. Mag es auch gemeinhin die Sicherheit des Verkehrs verlangen, daß der Verkäufer so schnell wie möglich Gewißheit darüber erhält, ob und welche Ansprüche etwa gegen ihn erhoben werden, so kann doch diese Erwägung nicht den Ausschlag geben in einem besonders liegenden Falle der vorl. Art, wo die Parteien eine Abmachung treffen, deren Durchführung schon nach dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge eine langfristige Zeitspanne der Ungewissheit erfordert, mit der die Beteiligten von vornherein naturgemäß rechnen müssen. Bei dieser Sachlage kann die Rev. auch mit dem Hinweis keinen Erfolg erzielen, daß die Einbeziehung unbekannter Verbindlichkeiten in die Schuldenklausel für die Rev. ein unerträgliches Wagnis bedeutet hätte, und daß eine solche Gewährschaft deshalb nach den Gebräuchen des Geschäftsverkehrs höchst unwahrscheinlich gewesen sei. Es handelt sich um einen Ankauf zu bestimmt errechnetem Kaufpreis. Die Unsicherheit des Schuldenstandes begründete ein Wagnis nicht weniger für die Kl. als für die Rev. Aber die Kl. wollte sich gegen Überraschungen sichern und ließ sich deshalb die Gewährschaft leisten, auf welche die Rev. nach der Feststellung des BG. auch eingingen, um den Verkauf zustande zu bringen. Ob unter anderen Verhältnissen eine derartige, den Verkäufer belastende Abrede denkbar oder wahrscheinlich gewesen wäre, ist für die rechtliche Beurteilung belanglos.

Auch im übrigen ist die Annahme des Borderrichters, es handle sich um einen über den Rahmen der Zusicherung von Eigenschaften hinausgehenden Gewährleistungsvertrag, rechtlich nicht zu beanstanden. Sie beruht auf einer eingehenden Tatsachenwürdigung. Mit Recht fasst der Verf. die „besonderen“ Umstände des Falles ins Auge, worunter er nichts anderes verstehen konnte und verstanden hat als den Inbegriff der Tatsachengesamtheit, der zum Zwecke der Willenserforschung in Betracht zu ziehen war, um daraus den Schluß zu ziehen, daß die Beteiligten bei Vertragsabschluß sich nicht etwa nur auf die Zusicherung der Nichtigkeit und Vollständigkeit der Angaben der Rev. über die damals erfassbaren Schulden beschränkt hätten. Der Wille der Parteien war vielmehr, wie das BG. ausdrücklich feststellt, auf einen weitergehenden Erfolg gerichtet: die Rev. sollten und wollten gewährleisten, daß die Kl. frei blieb von solchen, auch gegenwärtig noch unbekannten Schulden, die sich wider Erwarten zukünftig doch noch über den beigebrachten „Status“ hinaus aus der dem Kaufabschluß v. 1. März 1928 vorhergehenden Zeit ergeben sollten. Das BG. hat dabei den gesamten Sachverhalt, einschließlich der nach seiner tatrichterlichen Überzeugung wichtigen Vorverhandlungen, sachgemäß gewürdig. Die Auslegung, die es der Schuldenabrede, ohne an ihrem Wortlaute zu haften, in einwandfreier Willenserforschung beilegt, ist möglich und verstößt weder gegen Denkgesetze noch gegen die gesetzlichen Auslegungsregeln oder sonstige Rechtsgrundsätze. Die Feststellung der Tatsachen, die es seiner Würdigung zu grunde legt, ist aber in der Rev. Inst. nicht nachprüfbar. Da-

mit entfallen die Angriffe der Rev. insoweit, als sie die tatsächlichen Folgerungen bekämpft, die das BG. aus den Verhandlungen gezogen hat.

Das BG. hat sich davon überzeugt, daß die Parteien über den Sinn ihrer Schuldenabrede einig geworden seien. Es stellt fest, die Rev. hätten den Vertragswillen der Kl. richtig erkannt gehabt. Diese habe zu erreichen gewünscht, daß die Rev. nicht bloß für die Nichtigkeit ihrer Angaben über den Schuldenstand im Rahmen der gesetzlichen Gewährleistungsvorschr. haften sollten, sondern darüber hinaus im Falle der Aufdeckung weiterer Schuldenverbindlichkeiten ihr (der Kl.) gegenüber für deren Wegfertigung einzustehen hätten. In Kenntnis dieser Vertragsabsicht der Kl. haben sich die Rev. nach der Annahme des Tatrichters auf die Vertragsabrede eingelassen und damit diese in dem bezeichneten Sinne gebilligt. Nach Treu und Glauben sind sie an ihre eigene Erklärung gebunden. Von einer Unklarheit, die — wie die Rev. anschrift — zum Nachteil der Kl. ausschlagen müßte, kann bei dieser Sachlage keine Rede sein. Daß sich die Beteiligten vielleicht nicht über alle rechtlichen Folgerungen der von ihnen gewählten Vertragsgestaltung vollständig klar waren, kann die Willenseinigung und die sich daraus ergebende vertragliche Bindung selbst nicht berühren. Angesichts der rechtlich einwandfrei festgestellten Willenseinigung kann auch weder darauf etwas ankommen, ob sich jede der Parteien für ihre Auffassung auf den Wortlaut des Vertrags hätte stützen können, noch kann davon die Rede sein, daß die Verständigung der Parteien nicht alle Vertragspunkte umfaßt hätte (§ 155 BGB.). Ob eine Willenseinigung vorliegt, kann nur nach gegenständlichen Rücksichten ermessen werden. Ist sie, wie im vorl. Falle, nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte anzunehmen, so schließt dies den Sachverhalt des § 155 BGB. regelmäßig aus (RG. 100, 134^r; 116, 274^s).

II. Daß die die Gewerkschaft belastende Kapitalverkehrsteuerschuld entstanden ist, steht durch die Entsch. des IfH. v. 3. Mai 1932 fest und ist hier nicht nachzuprüfen. Aber der IfH. hat, weil hier der Haupttatbestand des § 6 zu b KapVerkStG. v. 8. April 1922 i. d. Fass. der Ges. v. 9. Juli 1923 und v. 10. Aug. 1925 (RGBl. 1922, I, 354, 1923, I, 555, 1925, I, 241) (Verzicht auf Forderungen) und der Ersatztatbestand des § 6 zu c dritter Fall (Gewährung von Darlehen als wesentliche Voraussetzung des Beginns oder der Fortführung der Gesellschaft, wenn die Darlehnsgewährung sich sachlich als Beteiligung an der Gesellschaft darstellt) zusammentrafen, sich nur mit dem Haupttatbestand beschäftigt und die Steuer nur auf Grund des § 6 zu b KapVerkStG. festgesetzt. Nach seiner Ausführung hat, wenn dem FinA. beide Tatbestände gleichzeitig vorliegen, für die Besteuerung der Haupttatbestand vorzugehen, anderenfalls aber der Tatbestand, der zuerst versteuert oder hinsichtlich dessen ein Besteuerungsversfahren zuerst anhängig gemacht ist. Im vorl. Falle war aber, als die Gewerkschaft dem FinA. den Verzicht der Kl. mitteilte, ein Steuerbescheid aus § 6 zu c noch nicht erlassen; die Besteuerung konnte deshalb nicht mehr nach § 6 zu c, sondern nur noch nach § 6 zu b erfolgen.

Für die Frage der Erstattungspflicht der Rev. kann aber nur maßgebend sein, ob der Tatbestand, an dem die Entstehung der Steuerschuld nach § 6 zu c KapVerkStG. geknüpft ist, an dem für die Schuldenhaftung der Rev. entscheidenden Stichtage, am 1. März 1938, schon eingetreten war (§ 9 zu c KapVerkStG.). Denn damals lag der Verzicht der Kl., der die Steuerpflicht der Gewerkschaft aus § 6 zu b begründete, noch nicht vor. Die Rev. trägt selbst vor, die Steuerschuld habe damals „nur als Eventualverbindlichkeit“ bestanden. Aber die Bedingtheit der Steuerschuld bestand, wie die Borderrichter zutreffend ausführen, nur darin, daß die Rev. vor dem 1. März 1928 auf Grund des Ersatztatbestandes des § 6 zu c KapVerkStG. entstandene Steuerschuld durch den späteren Verzicht der Kl. v. 14. Okt. 1929 sich nachträglich in eine Steuerschuld umwandelte, die auf Grund des Haupttatbestandes des § 6 zu b geschuldet wurde.

^r) ZB. 1921, 23.

^s) ZB. 1927, 1588.

In dieser Hinsicht stellt der Borderrichter fest, daß alle Tatbestandsmerkmale des § 6 zu c KapVerkStG. schon vor dem 1. März 1928 gegeben waren. An eine inländische Gesellschaft — die Gewerkschaft — waren seit 1926 von einem Gesellschafter — der B.-Konzern GmbH. als Hauptgewerkin — Darlehen gewährt worden. Diese Darlehnsbewilligung war nach der Meinung des Borderrichters eine wesentliche Voraussetzung der Fortführung der Gewerkschaft und stellte sich auch sachlich als Beteiligung des B.-Konzerns an der Gewerkschaft dar. Mindestens schon seit Ende 1925 bis Anfang 1926 hat — so führt das Bl. zur Stütze seiner Annahme an — der Gewerkschaft das zur Fortführung ihres Unternehmens erforderliche Betriebsvermögen nicht mehr zur Verfügung gestanden. Tatsächlich sind die vom Konzern gewährten Beträge auch als das zum Fortbetrieb notwendige Kapital angesehen und mangels anderer Mittel als solches verwendet worden. Ohne die Darlehen würden der Gewerkschaft die zur Betriebsfortführung nötigen flüssigen Mittel ständig gefehlt haben. Diese Tatsachen rechtfertigen die Annahme, daß die Darlehnsbewilligung eine wesentliche Voraussetzung der Fortführung der Gewerkschaft war.

Aber auch soweit der Borderrichter die übrigen Voraussetzungen des § 6 zu c KapVerkStG. als gegeben ansieht, tritt in seiner Begr. ein durchgreifender Rechtsfehler nicht zutage. Das Bl. führt die Tatsachen an, aus denen es entnimmt, daß die Darlehnsbewilligung des B.-Konzerns sich als Ersatz für eine an sich notwendige Erhöhung der Gesellschaftereinlagen, also sachlich als Beteiligung an der Gesellschaft, darstelle (nur teilweise Ausführung des Zubusbeischl. v. 20. Jan. 1926; Bevorschussung durch den Konzern; spätere Umbuchung der Vorschüsse auf Zubusbewußtonto; Bewilligung der Vorschüsse auf längere Zeit; Absicht des Geldgebers, durch die Vorschüsse als Hauptgewerke die Belange der Gewerkschaft zu fördern; Hergabe des Geldes ohne Sicherheit, obwohl dem Geldgeber die schwierigen wirtschaftlichen Verhältnisse der Gewerkschaft bekannt waren; schließlich die Parteiamtshaltung v. 1. März 1928, wonach der Geldgeber seine Vorschüsse von der Gewerkschaft selbst nicht mehr zurückforderte). Insofern handelt es sich, wie die Rev. nicht verkennt, im wesentlichen um eine dem Tatsachengebiete angehörende Erwägung, die in der Rev. Inst. nicht nachgeprüft werden kann. Daß sich nicht sämtliche Gewerken an der Darlehnsbergabe beteiligt haben, die Vorschüsse vielmehr nur von dem Hauptgewerken gewährt wurden, der mehr als die Hälfte der Kuge in seiner Hand vereinigte, hält der BerR. nicht für ausschlaggebend. Er verweist darauf, daß der Ersatztatbestand des § 6 zu c KapVerkStG. eine Umgehung des Regelstatbestandes des § 6 zu a das. zu verhindern bestimmt sei, und meint, wenn man zur Erfüllung des Ersatztatbestandes die verhältnismäßige Heranziehung aller Gewerken zu den Vorschütleistungen fordere, so „würde hierdurch zu wider der Absicht des Gesetzgebers eine naheliegende leichte Möglichkeit zur Umgehung des § 6 zu c KapVerkStG. geschaffen werden; denn es brauchte stets nur einer der Gewerken den übrigen als formeller Darlehnsgeber vorgeschickt zu werden“. Es kann dahinstehen, ob diese Erwägung für sich allein durchschlägt, oder ob den insoweit erhobenen, auf § 10 RabG. gestützten, Angriffen der Rev. nicht jede Berechtigung abgesprochen werden könnte. Denn die Entsch. des Bl. zu diesem Punkte rechtfertigt sich schon aus einem anderen Grunde. Das KapVerkStG. stellt in steuerlicher Hinsicht die bergrechtlichen Gewerkschaften den Kapitalgesellschaften gleich (§ 3 zu f); als Gesellschaftsrechte an Kapitalgesellschaften gelten auch Kuge (§ 5 Abs. 1 zu b). Der Ersatztatbestand des § 6 zu c KapVerkStG. erfordert aber gerade nicht, daß die Gewährung von Geldmitteln, wenn es sich um die Hergabe von solchen an eine Gewerkschaft handelt, an der die Geldgeber mit Kuge beteiligt sind, unter Einhaltung der für das Gewerkschaftsrecht geltenden Grundsätze erfolge. Vielmehr kommt es für jenen Tatbestand nur darauf an, daß sich die Darlehnsbergabe sachlich als Beteiligung an der Gewerkschaft darstellt. Durch das Erfordernis der sachlichen Beteiligung soll klargestellt werden, daß, entsprechend dem Zwecke des § 6 zu c, Umgehnungen der in § 6 zu a festgelegten Steuerpflicht zu ver-

hüten, nur solche Darlehen von Seiten des Gesellschafters (Gewerken) an die Gesellschaft (Gewerkschaft) erfaßt werden sollen, die wirtschaftlich der Beführung von Gesellschaftskapital gleichzustellen sind, während normale, auf beschränkte Zeit laufende Kreditgeschäfte frei bleiben sollten (Bericht des 11. Ausschusses über den Entwurf eines KapVerkStG. vom 14. März 1922, R.T. I. Wahlyer. 1920 Bd. 371 Altenstück Nr. 3754 S. 3906 f., 3926, 3938, 3945). Nach § 102 Abs. 2 AllgBergG. sind die Gewerken verpflichtet, die Beiträge, welche zur Erfüllung der Schuldverbindlichkeiten der Gewerkschaft und zum Betriebe erforderlich sind, nach Verhältnis ihrer Kuge zu zahlen. Das AllgBergG. regelt also die Art der Schuldenhaftung der Gewerken in einer eigenen, den Bedürfnissen des Verkehrs und der besonderen Natur des Bergwerksbetriebes angepaßten und zwingenden (§ 94 Abs. 3 AllgBergG.) Weise. Es nötigt aber die Gewerkschaften nicht, die erforderlichen Mittel zur Schuldendekung und zum Beginn oder zur Fortsetzung des Betriebes ausschließlich auf dem Wege der Zubusheberhebung (§ 120 Nr. 2 AllgBergG.) zu beschaffen; andere Mittel hierzu, insbes. die Finanzpruchnahme von Krediten, sind ihr nicht verwehrt. Für die Anwendung des § 6 zu c KapVerkStG. kommt es indessen nicht auf die Rechtsform an, in der die Mittel zum Beginn oder zur Fortsetzung der Gewerkschaft beschafft werden, sondern allein darauf, daß die Darlehnsbewilligung, wenn sich die Gewerkschaft dieses Mittels bedient, sich sachlich als Beteiligung an der Gewerkschaft darstellt. Dabei kann es auch nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein, daß der Geldgeber etwa nach bergrechtlichen Grundsätzen auch hinsichtlich der dargelegten Beträge mit an dem Gewinne oder Verluste teilnimmt (§ 102 Abs. 1 AllgBergG.); im Gegenteil bezieht sich § 6 zu c gerade nur auf die Fälle, in denen die Forderungen nicht zu einem Anteil am Gewinne der Gesellschaft berechtigen; Leistungen mit Gewinnberechtigung fallen schon unter § 6 zu a (Kehler, KapVerkStG., 2. Aufl. [1934], § 6 Anm. 39 S. 133), wo die Zubusen als zu den dort bezeichneten Zahlungen oder Leistungen gehörig besonders erwähnt sind. Maßgebend ist für die Steuerpflicht vielmehr nur, daß die dargelegten Gelder bestimmungsgemäß dazu dienen sollen, mangels anderer Betriebsmittel den Beginn oder die Fortsetzung des Betriebes der Gewerkschaft zu ermöglichen und die Neubildung von Stammkapital zu ersezten. Daß diese Voraussetzung vorliegen kann, auch wenn die Gelder nur von einem der mehreren Gewerken aufgenommen werden, zumal wenn dieser die Mehrzahl der Kuge in seiner Hand vereinigt und er demgemäß der Hauptbeteiligte an der Gewerkschaft ist, kann nicht bezweifelt werden. Auf die Entsch. darüber, ob Beiträge (Zubusen) von den Gewerken erhoben werden sollen, haben die Gewerken maßgeblichen Einfluß (§§ 111 bis 113, 120 Nr. 2 AllgBergG.). Der Konzern hatte es als Inhaber der Kurenmehrheit in der Hand, zu bestimmen, ob der zur Betriebsfortführung benötigte Geldbedarf durch Auszeichnung von Zubusen aufgebracht oder durch die von ihm selbst darlehnsweise zur Verfügung gestellten Mittel gedeckt werden sollte. Wirtschaftlich betrachtet war es gleich, ob dieser oder jener Weg beschritten wurde. Wenn es sich nicht um ein normales Kreditgeschäft handelte, wenn nicht die Möglichkeit und auch nicht die Absicht bestand, die Darlehnsbeträge aus dem Vermögen der Gewerkschaft, aus ihren Betriebserträgen oder aus anderen von ihr zu beschaffenden Mitteln zurückzuhalten, so lief die Darlehnsbergabe zwar nicht rechtlich, aber sachlich und wirtschaftlich auf eine Beteiligung an der Gewerkschaft hinaus. Eine rechtliche Verschiebung des bisherigen Beteiligungsverhältnisses unter den mehreren Gewerken war dazu nicht erforderlich. Für die Frage, ob sachlich eine Beteiligung an der Gesellschaft (Gewerkschaft) vorliegt, ist nach ständiger Rspr. die persönliche Auffassung der Beteiligten entscheidend. Auf die Absicht der Beteiligten kommt es an; aber die Feststellung dieser Willensrichtung hängt von allgemeinen wirtschaftlichen Erwägungen ab und kann nur nach äußerem Merkmalen getroffen werden (vgl. Weinbach-Rüdel, KapVerkStG., 4. Aufl. [1934], § 6 Anm. 30 b bis i S. 162 ff., Anm. 16 S. 131; Kehler a. a. D. § 6 Anm. 39 S. 133, Anm. 42 S. 136). Nach diesen Rück-

sichten hat der Verf. in Unbetracht der von ihm gewürdigten gesamten Umstände des Falles die Beteiligungsabsicht und damit die fachliche Beteiligung des Konzerns rechtlich einwandfrei festgestellt.

Mit Recht haben auch die Inst.Ger. angenommen, die Befl. könnten sich nicht darauf berufen, daß durch den späteren Verzicht der Kl. auf ihre ganze Forderung gegen die Gewerkschaft der Tatbestand des § 6 zu b KapVerfStG. erfüllt worden sei. Dieser Vorgang hatte nur die Bedeutung, daß die Steuerbehörde die Steuer nur nach § 6 zu b veranlagen durfte; an der Steuerpflichtigkeit selbst wurde dadurch nichts geändert (AfH.Urt. v. 20. Juli 1926, II A 234/26; AfH. 19, 229 und v. 30. Juli 1929, II A 194/29; das. 25, 272). Wirtschaftlich handelt es sich um denselben Vorgang; weder ein neuer selbständiger Tatbestand noch eine neu begründete Steuerpflicht ist damit eingetreten. Die nachträgliche Ablösung des Erhaftatbestandes des § 6 zu c durch den Haupttatbestand des § 6 zu b hat der Steuerschuldnerin nur den Vorteil eingebracht, daß die Steuer nach § 13 zu b KapVerfStG. i. Verb. m. § 8 Abs. 1 StMildG. v. 31. März 1926 (RGBl. 1926, I, 185; 1927, I, 183 [1928, I, 399; 1929, I, 219]) wesentlich verringert worden ist. Diese Veränderung kommt auch den Befl. selbst zustatten. Den hierauf bezüglichen Ausführungen des OG, die schon der Verf. gebilligt hat, ist lediglich beizutreten.

(U. v. 11. Dez. 1934; VII 240/34. — Berlin.) [S.]
<= RG. 146, 120.>

**4. § 764 BGB. Die reine Preisspekulation ist nur dann wirtschaftlich berechtigt und damit dem Differenz einwand entzogen, wenn sie in Beziehung zu anderen auf tatsächliche Lieferung gerichteten Hauptgeschäften im Betriebe eines einzelnen gemacht worden ist. An dieser Auffassung ist festzuhalten. Der Einwand des Differenzgeschäftes durch einen im Handelsregister eingetragenen Kaufmann ist auch nach der jetzt herrschenden Rechtsauffassung zu lässig.^{f)}

Das OG. ist zur Abweisung der Klage gelangt, weil es die Voraussetzungen des § 764 BGB. für gegeben ansieht. Es hat dazu im wesentlichen ausgeführt: Nach der ständigen Rspr. des OG. sei § 58 BörsG. auf Geschäfte, die an ausländischen Börsen abgeschlossen seien, nicht anwendbar. — Das OG. geht davon aus, daß die rein wörtliche Anwendung des § 764 BGB. ihrem Sinn und Zweck nicht gerecht werde und zu Ergebnissen führen würde, die mit den Bedürfnissen eines gesunden Geschäftsverkehrs nicht vereinbar seien. Die Börschr. wolle wirtschaftlich berechtigte Geschäfte nicht treffen, bei denen die Gegendeckung nur zum Zweck der Sicherung gegen Verluste aus nicht voraussehbaren Schwankungen der

Zu 4. Dem Urteil ist beizustimmen.

1. Der Ausgangspunkt, von dem sowohl die Parteien wie das OG. Stuttgart und das OG. ausgegangen sind, entspricht der bislang herrschenden Auffassung und läßt sich in folgendem zusammenfassen:

1. Wirtschaftlich berechtigte Geschäfte werden von § 764 BGB. nicht getroffen.
2. Das Hedgegeschäft im Baumwollhandel ist wirtschaftlich berechtigt und unterliegt deshalb nicht dem Einwand aus § 764 BGB. Diese Rspr. hat sich vor allem aus der wirtschaftlichen Entwicklung der Nachkriegszeit entwickelt, die die Sicherung gegen Kurschwankungen im internationalen Handel erforderlich machte (vgl. OG.: JW. 1923, 1021, eine Entsh., die gerade für das Hedgegeschäft grundlegend ist; OG.: JW. 1927, 2296).

Diesen Grundsätzen ist auch heute beizustimmen, wenn man sie richtig versteht. D. h. es muß bei der Beurteilung, ob wirtschaftlich berechtigte Geschäfte vorliegen, in erster Linie nicht von den Belangen des einzelnen Vertrags schließenden auszugehen werden, sondern von den Belangen der Volkswirtschaft. Sind also Kursänderungen durch Differenzgeschäfte erforderlich, um im Außenhandel volkswirtschaftlich wichtige Geschäfte (und dazu gehört heute zweifellos die Ablaufruh im wesentlichen schlechthin und ebenso die notwendige Einfuhr, insbes. von Baumwolle, Wolle usw.) zu stande zu bringen, so besteht die Möglichkeit, daß § 764 BGB. nicht zur Anwendung gelangt.

Marktlage erfolge. Sie sei nur gegen solche Geschäfte gerichtet, die ohne Beziehung zum Güterumsatz des Wirtschaftslebens und der mit ihm verbundenen wirtschaftlichen Tätigkeit aus den Schwankungen des Marktes Gewinn erzielen wolle. Das OG. habe das „Hedgegeschäft“ im Baumwollhandel als wirtschaftlich berechtigt anerkannt. Das Charakteristische dieser Geschäftsmethode bestehne darin, daß ein auf tatsächliche Lieferung von Ware gerichtetes Hauptgeschäft (Kauf oder Verkauf) verbunden werde mit einem daneben laufenden Termingeschäft, welches nur dazu dienen solle, das im Hauptgeschäft liegende durch plötzliche und unvorhergesehene Kurs schwankungen bedingte Risiko in geeigneter Weise auszuschalten. Zu einem ähnlichen Ergebnis komme Professor Dr. Göppert (BdR. 1933, 259 ff.). Er wolle den § 764 BGB. unmittelbar oder in rechtsähnlicher Anwendung nur auf die — von ihm sog. — reine Preisspekulation anwenden. Voraussetzung dieser reinen Preisspekulation sei nach ihm: a) daß das Geschäft für den anderen Teil erkennbar in der Absicht geschlossen worden sei, es nicht zur effektiven Erfüllung kommen zu lassen, sondern vorher durch Abschluß eines Gegengeschäftes das Engagement auf eine Differenz zu reduzieren, b) die Abwesenheit eines berechtigten wirtschaftlichen Zweckes auf Seiten des Auftraggebers und deren Erkennbarkeit für den Gegner. Dem hat sich das OG. angeschlossen.

Die Kl. meinen nun, daß von diesem auch von ihnen als richtig anerkannten Ausgangspunkte aus mit Notwendigkeit der Schluß gezogen werden müsse, daß der gesamte Terminhandel, soweit sich an demselben Persönlichkeiten beteiligen, die an dem betreffenden Güterumsatz teilnehmen, nicht von § 764 BGB. betroffen werden könne. Der Baumwollmann, der im Terminmarkt Baumwolle handele, wenn auch zu dem ausgesprochenen Zweck der Mitnahme der Gewinndifferenz, diene einmal damit seinem eigenen Geschäftsbetriebe, jedenfalls aber auch dem großen Wirtschaftskreise, in dem er sich betätige, und für den das Vorhandensein und eine mögliche Ausdehnung des Terminhandels eine Lebensnotwendigkeit sei; er habe auch durch ein solches Geschäft in jedem Falle die Möglichkeit, den Markt zu beobachten und seine Dispositionen in effektiver Baumwolle danach einzurichten. Man dürfe bei der Frage, was Spiel sei oder nicht, nicht auf den Betrieb des einzelnen allein abstellen. Mit Recht hat das OG. eine solche Schlußfolgerung abgelehnt. Sie entspricht, wie auch die Rev. nicht verkennt, nicht der bisherigen Rspr. des OG., welche erkennbar davon ausgeht, daß die reine Preisspekulation nur dann als wirtschaftlich berechtigt angesehen werden kann, wenn eine Beziehung zu anderen auf tatsächliche Lieferung gerichteten Hauptgeschäften im Betriebe des einzelnen besteht. Es besteht auch keinerlei Veranlassung, die bisherigen Grundsätze zu erweitern. Es muß schon zweifelhaft erscheinen, ob es überhaupt zutrifft, daß der ganze Wirtschaftszweig durch Erweiterung des Termin-

Handels es sich dagegen um volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigte oder nicht notwendige Preisspekulationen, die sich nach heutiger (nationalsozialistischer) Auffassung als Missbräuche darstellen, so greift § 764 BGB. stets ein.

Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Notwendigkeit dürfen jedoch keine weiten Maßstäbe angelegt werden. Insbes. geht es nicht an, durch die Rspr. unter Bezugnahme auf volkswirtschaftliche Gründe reine Spekulationsgeschäfte zu schützen. Dies hat das OG. auch klar zum Ausdruck gebracht.

Damit, daß sich aus volkswirtschaftlichen Gründen das Differenzgeschäft rechtfertigen läßt, ist es jedoch nicht getan. Vielmehr sind die Verhältnisse des jeweils vorliegenden besonderen Falles zu berücksichtigen. In dem besonderen Fall muß die enge Verbindung zwischen Warengeschäft und Kursfixierung durch Termingeschäft vorhanden sein. Insofern ist also auch, wie das OG. sagt, vom Geschäftsbetrieb des Einzelnen auszugehen. Die Folgerung der Rev.KL., daß der gesamte Terminhandel mit Baumwolle „lebensnotwendig“ sei, hat das OG. deshalb mit vollem Recht und unter zutreffender Begründung zurückgewiesen.

2. Interessant ist das Vorbringen der Rev.KL., daß der Einwand aus § 764 BGB. eine „Verlezung der Standespflicht“ sei, die mit der „jetzt herrschenden Rechtsauffassung“ (also der nationalsozialistischen) nicht vereinbar sei! Hier liegt ein typischer Fall dafür vor, falsch verstandenes nationalsozialistisches Rechtsdenken zu privatem Nutz-

handels durch bloße Preisspekulationen gefördert wird. Sollte das aber der Fall sein, so ist diese Beziehung zum Güterumsatz doch jedenfalls eine so fernliegende, daß sie nicht in Betracht kommen kann. Von dem Geschäftsbetrieb des einzelnen ist auszugehen. Es ist daher dem BG. nicht entgegenzutreten, wenn es meint, daß ein Spinner, der lediglich zu dem Zwecke der Preisspekulation Baumwolltermingeschäfte abschließt, grundsätzlich nicht anders zu behandeln sei, als ein Spinner, welcher Kupfertermingeschäfte tätige. Nur insofern besteht, wie das OVG. zutreffend hervorhebt, ein Unterschied, als, wenn ein Termingeschäft sich auf eine Warengattung bezieht, die in keiner Beziehung zum Berufskreis des Vertragsschließenden steht, darin ein erhebliches Anzeichen für das Vorliegen reiner Preisspekulation ohne wirtschaftliche Berechtigung liegt, während, wenn ein Baumwollspinner Baumwolltermingeschäfte tätigt, die Möglichkeit gegeben ist, daß er einen berechtigten wirtschaftlichen Zweck verfolgt. Es besteht dann eine gewisse tatsächliche Vermutung für das Vorhandensein eines wirtschaftlichen Zweckes, die aber durch bestimmte Anhaltspunkte zu widerlegen wäre.

Die Rev. hat zur Nachprüfung gestellt, ob der Einwand des Differenzgeschäftes durch einen im Handelsregister eingetragenen Kaufmann, der nach deutschen Gesetzen sogar börsenterminsfähig sei, mit der jetzt herrschenden Rechtsauffassung noch vereinbar sei. Sie weist darauf hin, daß die Erhebung des Einwandes von der Kaufmannshaft als standeswidrig betrachtet und durch Ausschließung vom Börsenbesuch gehandelt werde. Wenn nun die Vertreter der Böll. wie zu unterstellen sei, durch die Unterzeichnung des Kontraktes nach außen hin den Anschein erweckt hätten, ein Konvertierungsgeschäft abschließen zu wollen, sie sich zweimal den Gewinn hätten gutschreiben lassen und 1926 die Verlängerung des Kontraktes auf fünf Jahre verlangt und erhalten hätten, wenn sie dadurch die Kl. zu erheblichen Auslagen veranlaßt hätten, so müsse es nicht nur als mit den Anschauungen eines ehrbaren Kaufmanns unvereinbar, sondern als sittenwidrig und daher gegen § 826 BGB. verstößend angesehen werden, wenn sie nach Eintritt von Verlust den Einwand des Differenzgeschäfts erhöben. Mit dieser Frage hat sich der erk. Sen. schon im Urt. v. 4. Okt. 1930, I 109/30 (SeuffArch. 85, 10) befasst. Es ist dort ausgeführt: Grundsätzlich sei die Erhebung des Einwandes der Arglist gegenüber der Berufung auf den Differenzcharakter des Geschäftes nicht zulässig, auch dann nicht, wenn die Absicht der Erhebung schon bei Eingehung des Geschäftes bestanden habe (SeuffArch. 73 Nr. 72). Es sei nicht ersichtlich, was im vorliegenden Falle für seine Zulässigkeit sprechen könnte. Wenn die Rev. meine, die Böll. habe ihre Spielabsicht verschleiert, indem sie Verträge unterschrieben habe, die allgemein als wirtschaftlich berechtigte angesehen würden, so gehe das schon deshalb fehl, weil nach der tatsächlichen Feststellung den Kl. die Spielabsicht in der Person ihrer Agenten bekannt war. Diese Ausführungen, die in einem wesentlich gleichliegenden Rechtsstreit der jüngsten Kl. gegen einen anderen Spinner gemacht worden sind, treffen auch hier zu. Allerdings ist die Frage, ob ein Verhalten gegen die guten Sitten verstößt, nach den jeweils in der Volksgemeinschaft herrschenden Ansichten zu beurteilen. Daß diese sich aber in dem hier fraglichen Punkte gewandelt hätten, kann nicht anerkannt werden. Das Urt. v. 16. April 1934:

ins Feld zu führen. Dabei wird freilich seitens der Rev. Kl. übersehen, daß auch eine angebliche Standespflicht (die hier übrigens vom RG. mit Recht verneint wird) niemals die Hilfe des Rechtes finden kann, wenn sie gegen die Grundauffassungen nationalsozialistischen Rechtes überhaupt verstößt. Gemeinnutz geht auch vor „Branchennutz“. Ein Geschäft, dessen Rechtswirksamkeit wegen seines Spekulationscharakters grundfährlich vom Recht auf Grund des Rechtsdenkens der Volksgemeinschaft verneint wird, kann also niemals deshalb Rechtswirksamkeit erlangen, weil eine als „Standespflicht“ aufgefasste Standesauffassung, die gegen jenes Rechtsdenken verstößt, solche Geschäfte als rechtswirksam angesehen wissen will.

Im übrigen ist dem RG. auch insofern beizustimmen, daß der Arglisteinwand gegenüber dem Differenzeinwand grundsätzlich überhaupt nicht zulässig ist.

R. Dr. Hans Peter Danielcik, Berlin.

JW. 1934, 1563 erkennt auch an, daß Standeswidrigkeit grundsätzlich noch nicht Sittenwidrigkeit bedeute. Nur aus den besonderen Umständen des dort gegebenen Tatbestandes ist die Sittenwidrigkeit bejaht worden.

(U. v. 8. Dez. 1934; I 143/34. — Stuttgart.) [R.]
<= RG. 146, 190.>

** 5. § 1571 BGB. Den Ablauf der zehnjährigen Ausschlußfrist hat der Scheidungsbekl. zu beweisen.

Der Ehebruch der Böll. mit H. i. J. 1921 ist vom BG. festgestellt worden, nicht aber auch der genaue Zeitpunkt, bis zu welchem die Böll. ehebrecherische oder ehewidrige Beziehungen zu H. unterhalten hat (Urt. S. 13, 14), und ebenso hat der Zeitpunkt der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft nicht genau festgelegt, sondern nur ermittelt werden können, daß er frühestens in den Okt. 1931 zu verlegen ist (Urt. S. 22). Es blieb daher trotz der „Feststellung“ des Urt., die auf der angenommenen Beweislast beruht, zweifelhaft, ob die zehnjährige Ausschlußfrist des § 1571 BGB. bereits vollendet war, als die häusliche Gemeinschaft aufgehoben wurde. Das BG. läßt diese Ungewißheit zu Lasten des Kl. gehen, weil es ihn für den Beginn der zehnjährigen Ausschlußfrist und wohl auch für den Zeitpunkt der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft für beweispflichtig hält.

Diese Auffassung beruht, soweit es sich um den Zeitpunkt des Eintritts des Scheidungsgrundes handelt, auf Rechtsirrtum. Das BG. spricht (Urt. S. 15) mit Recht von einem Verlustiggehen des Scheidungsrechts, setzt also selbst voraus, daß es schon entstanden war. Das entspricht der Fassung des § 1571 Abs. 1 Satz 2 BGB. Es ergibt sich daraus, daß der Ablauf der zehnjährigen Ausschlußfrist das bereits entstandene Scheidungsrecht wieder in Toffall bringen soll. Rechtsaufhebende Tatsachen hat nach allgemeinen Grundsätzen derjenige zu beweisen, der Rechte daraus herleiten will, daß Erlöschen des Scheidungsrechts durch Ablauf der Ausschlußfrist also die Böll. Der Kl. hat seiner Darlegungspflicht genügt, wenn er die zur Klagebegründung notwendigen Tatsachen darstellt. Dazu gehört der genaue Zeitpunkt des Ehebruchs nicht. Erst für den Ausnahmetatbestand des § 1571 Abs. 2 Satz 1 BGB., die Hemmung der Frist durch Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft, ist der Kl. wieder beweispflichtig. Das RG. hat demgemäß in seiner Entsch. v. 1. Juni 1931, VIII 112/31, auch schon ausgesprochen, die Beweislast, daß die Fristen des § 1571 BGB. gewahrt seien, treffe nicht den Scheidungs Kl.; es sei Sache des andern Ehegatten, die Versäumung der Frist darzutun.

Den gleichen Standpunkt nehmen bezüglich der sechsmonatigen Frist des § 1571 die bei RG-Warn. 1918 Nr. 211 und im Recht 1923 Nr. 898 abgedr. Entsch. ein.

Der Rev. mußte daher statiggegeben und die Sache an das BG. zurückverwiesen werden. Denn es ist nicht sicher, ob nicht das BG. nur deswegen die Feststellung des genauen Datums unterlassen hat, weil der Kläger es nicht bewiesen hat, den das BG. für beweispflichtig hielt.

(U. v. 17. Dez. 1934; IV 275/34. — München.) [R.]

** 6. §§ 1627, 1630, 1654 BGB. Der gesetzliche Vertreter kann einen auf Gesetz beruhenden Schadenserstattungsanspruch des minderjährigen weder für die Zeit nach Erreichung der Volljährigkeit noch für die frühere Zeit in eigenem Namen geltend machen.

Frau M. klagte wegen Tötung ihres Ehemannes auf Zahlung einer Rente für sie und ihre minderjährige Tochter. Das RG. verurteilte die Böll. an Frau M. und an ihre Tochter eine Rente von je 63 RM monatlich zu zahlen. Das OVG. änderte auf Ver. der Böll. und Ausschlußber. der Kl. dahin ab, daß die Böll. an Frau M. 1102 RM und eine Rente von 52 RM und an die Tochter ebenso 1102 RM und eine Rente von 52 RM zahlen sollte, und zwar an die Tochter auch auf gewisse Zeit nach Erreichung der Voll-

jährigkeit. BG. wies die Rev. der Befl. zurück, in dem Kopf des Urt. die Mutter und die Tochter als die El. bezeichnend.

Das BG. sieht allein Frau M. als El. an und führt hierzu aus: Ihr könne die Klagebefugnis auch insofern nicht abgesprochen werden, als sich der geltend gemachte Anspruch ihrer Tochter über den Zeitpunkt von deren Volljährigkeit hinaus erstrecke. Dass der Inhaber der elterlichen Gewalt berechtigt sei, die seinen minderjährigen Kindern zustehenden Forderungen im eigenen Namen im Klageverfahren zu folgen, sei im Hinblick auf § 1630 BGB. anerkannt. Diese Befugnis entspringe dem ihm zustehenden Recht, das Kindesvermögen zu verwalten und zu nutzen. Wenn nun also die El. den Schadensersatzanspruch ihrer Tochter für die Zeit bis zu deren Volljährigkeit einlägen dürfe, so ergebe sich daraus in Verbindung mit dem Umstände, dass es sich um einen einheitlichen Anspruch handle, der für die Folgezeit fortwirke, und dass es der Prozeßökonomie widerspreche, ihn in Teile zu zerlegen, zugleich die Befugnis der El., das Recht ihrer Tochter auch über den genannten Zeitpunkt hinaus im eigenen Namen zu folgen, zumal an dessen alsbaldiger Klärstellung in seinem vollen Umfange ein berechtigtes Interesse bestehe.

Diese Ausführungen sind zu beanstanden. Frau M. hat ursprünglich zwar einen einheitlichen Anspruch auf Zahlung an sie selbst geltend gemacht, indem sie die für sich selbst und für ihre Tochter begehrten Beträge zusammenrechnete. Bereits das LG. hat aber die Verurteilung dahin ausgesprochen, dass die für Frau M. und für ihre Tochter bestimmten Beträge gesondert wurden. Dem hat sich Frau M. in der Berufung angeschlossen. Auch das BG. ist so verfahren. Und das ist zutreffend. Es handelt sich um selbständige Ansprüche zweier verschiedener Personen, die nicht deshalb miteinander vermengt werden dürfen, weil sie in einem Rechtsstreit geltend gemacht werden und der eine Gläubiger der gesetzliche Vertreter des anderen ist. Die Voraussetzungen beider Ansprüche sind auch keineswegs dieselben (vgl. J.W. 1911, 185¹⁸; RGUrt. v. 10. Dez. 1931, VI 263/31 und v. 8. Juni 1931, VI 32/31; RGNomm. Bem. 6 b zu § 844). Für die auf die Unterhaltspflicht des Ehemannes und des Vaters hinweisende Vorschr. des § 844 Abs. 2 BGB. und des § 10 Abs. 2 KraftfG. kommt einerseits § 1360, andererseits § 1602 BGB. in Betracht. Verfehlt ist die Annahme des BG., es sei im Hinblick auf § 1630 BGB. anerkannt, dass der Inhaber der elterlichen Gewalt berechtigt sei, die seinen minderjährigen Kindern zustehenden Forderungen im eigenen Namen im Klageverfahren zu folgen. Nach § 1630 umfasst die Sorge für die Person und das Vermögen die Vertretung des Kindes. Daraus ergibt sich also grundsätzlich nur die Berechtigung des gesetzlichen Vertreters, den Anspruch des Kindes als dessen Vertreter geltend zu machen. Etwas ganz anderes ist es, wenn man angenommen hat, dass der Gewalthaber durch seine Stellung als Vertreter nicht unbedingt genötigt sei, die für das Kind abschließenden Rechtsgeschäfte auf den Namen des Kindes zu stellen, und dass er folgeweise nicht gehindert sei, die Ansprüche des Kindes aus den auf eigenen Namen abgeschlossenen Rechtsgeschäften auch im Prozesse auf eigenen Namen einzuklagen (RGNomm. Bem. 1 zu § 1630). Eine solche stille Stellvertretung kann wie einem Volljährigen, so auch einem Minderjährigen gegenüber vorkommen, ohne dass die dem gesetzlichen Vertreter durch das Gesetz gebene Vertretungsmacht entgegensteht. Für die Geltendmachung eines auf dem Gesetz beruhenden Schadensersatzanspruchs kommt eine solche Erwägung nicht in Betracht. So wird auch in der Erläuterung von Planck, Bem. 3 zu § 1630 und Staudinger, Bem. II zu § 1630 im Anschluss an die Mot. 4, 1087 nur ausgesprochen, dass eine Verpflichtung des Gewalthabers, die für das Kind bestimmten Rechtsgeschäfte im Namen des Kindes vorzunehmen, nicht besteht. Die Mot. führen a. a. O. bei Erörterung der Befugnisse des Vormundes aus, dass dieser bei den laufenden Geschäften der Verwaltung des Kindesvermögens — wie Anschaffung unbedeutender Gegenstände — nicht gezwungen

sei, diese Rechtsgeschäfte im Namen des Kindes abzuschließen. Es ist also eine Frage des materiellen Rechts, ob der gesetzliche Vertreter bestimmte Willenserklärungen in stiller Stellvertretung des Kindes im eigenen Namen abgeben darf; das hat aber mit der Frage nichts zu tun, ob der gesetzliche Vertreter ganz allgemein die Wahl hat, ob er einen Rechtsstreit in Vertretung des Kindes oder im eigenen Namen führen will. Zirkel vertritt in J.W. 1911, 633 die Auffassung, dass sich aus dem Recht und der Pflicht, für das Vermögen des Kindes zu sorgen (§ 1627 BGB.), das allgemeine Recht zum Handeln im eigenen Namen da ergebe, wo es sich um das Vermögen des Kindes handelt. Dem kann nicht zugestimmt werden. Für eine solche Annahme kann auch nicht in OLG. 11, 298 angeführt werden. Dort wird ausgeführt, ein Interesse des Kindes werde nicht dadurch verletzt, dass nicht ausdrücklich in seinem Namen gehandelt werde, sofern der Gewalthaber nur zum Ausdruck bringe, dass er als solcher die Einziehung der Forderung zum Kindesvermögen vornehme, was im dortigen Falle geschehen war. Dann lag die Sache in Wirklichkeit so, dass der gesetzliche Vertreter, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend als Vertreter aufgetreten war. Dann konnte das Kind als Partei angesehen werden. Dass der gesetzliche Vertreter im Rechtsstreit regelmäßig als Vertreter des Kindes aufzutreten hat, wird durch die Vorschr. des § 1654 BGB. bestätigt, wenn dort von den Kosten eines Rechtsstreits die Rede ist, der für das Kind geführt wird.

Dass der gesetzliche Vertreter einen Anspruch des Minderjährigen auch für die Zeit nach Erreichung der Volljährigkeit geltend machen kann, unterliegt dann keinem Bedenken, wenn der Anspruch auf die künftige Leistung nach der Rechtsordnung auch von einem Volljährigen schon jetzt im Rechtswege verfolgt werden kann. Mit den nicht zu billigenden Ausführungen des BG. über die aus Gründen der Prozeßökonomie zu vermeidende Teilung des Anspruchs hat das alles nichts zu tun. Die Annahme, dass der gesetzliche Vertreter einen auf dem Gesetz beruhenden Schadensersatzanspruch des Kindes für die Zeit nach Erreichung der Volljährigkeit im eigenen Namen geltend machen könne, entbehrt der gesetzlichen Grundlage. Im vorl. Falle ist aber unbedenklich anzunehmen, dass Frau M. von vornherein nicht nur im eigenen Namen — letzteres, soweit ihr eigener Anspruch in Betracht kam —, sondern auch als gesetzliche Vertreterin ihrer Tochter hat auftreten wollen, und dass auf der Klageseite in Wirklichkeit zwei Personen stehen. Hätten darüber Zweifel bestanden, so wäre es Sache des Prozeßgerichts gewesen, die Frage aufzuhüllen. Dementsprechend ist der Kopf des Urt. zu fassen.

(U. v. 17. Dez. 1934; VI 400/34. — Kiel.)

[S.]

7. § 1910 Abs. 2 BGB.; PrünfürsG. vom 2. Juni 1902.

I. Nach feststehender Aspr. kann auch einem Geistesfranken und Geisteschwachen, der seine Angelegenheiten allgemein nicht zu besorgen vermag, aber nicht bevormundet ist, gemäß § 1910 Abs. 2 BGB. für einzelne Angelegenheiten oder einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten ein Pfleger bestellt werden (BG. 52, 240).

II. Die im § 9 PrGes. v. 2. Juni 1902 für die Bezüge aus diesem Gesetz für anwendbar erklärt Bestimmungen des PrGes. betr. die Pensionierung der unmittelbaren Staatsbeamten v. 27. März 1872 und 30. April 1884 geben in den §§ 22, 23 ihrerseits besondere Vorschriften über den notwendigen Vorbescheid der vorgesetzten Dienstbehörde, die die dem gleichen Zweck dienende Bestimmung des § 2 PrGes. betr. die Erweiterung des Rechtsweges v. 24. Mai 1861 ausschließen. Danach hat der Klage auf Unfallruhegehalt eine Entscheidung des Departementschefs und des Finanzministers oder der dem Departementschef nachgeordneten Behörde i. S. des §§ 23

Satz 2, 22 a. a. D. voranzugehen. Ob ein Kl. in der Lage war, innerhalb der sechsmonatigen Frist die Klage zu erheben, ist gegenüber dem Charakter der Frist als Ausschlußfrist ohne Belang (R. G. 48, 162).

(U. v. 23. Okt. 1934; III 132/34. — Naumburg.) [v. B.]

** 8. §§ 1, 4 PatG. Das Patent schützt nur den vom Erfinder vorgeschlagenen Weg zur Lösung der gestellten Aufgabe.^{f)}

Der Kl. steht das v. 2. Mai 1922 ab wirksame Patent 371 641 auf einen Sämereiausleser zu. Dieser soll eine auf der Mantelinnenseite mit Zellen versehene umlaufende Trommel haben und nach dem (allein in Betracht kommenden) Anspruch 1 dadurch gekennzeichnet sein, daß in der unteren Hälfte der Trommel eine Kulisse eingebaut ist, welche die auf und ab schwankende Bewegung des in der Trommel befindlichen Samengemenges wirkungslos macht. Wie dieser Ausleser, so arbeiten auch die von der Bell. in den Verfehr gebrachten sog. Hochleistungstriere, denen eine Kulisse fehlt, mit einer Umlaufgeschwindigkeit von erheblich mehr als 0,4 m/sec. Hierin allein schon erblickt die Kl. eine Verlegung ihres Patentes und hat deswegen Klage auf Unterlassung, Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht erhoben. Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen worden.

Der BerR. hat zutreffend erwogen, daß an sich der Erfinder B. das allgemein verbreitete Vorurteil überwunden haben könnte, das gegen den Schnellauf von Samenauslesern wegen der damit angeblich für die Güte der Auslese verbundenen Nachteile bestand. Er hat aber, entgegen seiner Auffassung im früheren Verlehnungsstreit 33 O 17/29, mit Recht, geschützt jetzt auf das Gutachten von S., ausgeführt, daß das Klagepatent umgekehrt das Vorurteil geradezu der Erfindung zugrunde legt und mit der in der Trommel eingebauten Kulisse ein besonderes Mittel vorschlägt, durch dessen Anwendung die nach Zeile 12 der Patentschrift „natürlich“ die Leistung steigernde Erhöhung der Umdrehungsgeschwindigkeit erzielt werden könne. Die Kulisse soll nämlich die auf und ab schwankende Bewegung des Samengemenges, in der der Erfinder das eigentliche Hindernis gegen einen schnelleren Umlauf erblickt, dadurch wirkungslos machen, daß sie sich dem Gemenge ständig in den Weg stellt. Der Sachverständige von S. hat das treffend so ausgedrückt, daß der Erfinder der bei allem (selbstverständlichen) Bestreben der Leistungssteigerung nun einmal bestehenden „Angstvorstellung der Fachmeinung“ Rechnung getragen habe, daß Schwanken des Gemenges könnte bei schnellerer Umdrehung eine richtige Einstellung der Umlaufmulde unmöglich machen und die Langförderer in unerwünschter Weise mit übergehen lassen (Gutachten S. 45). Die, wie sich herausgestellt hat, richtige (für den praktischen Betrieb jedenfalls weithin richtige) Erkenntnis, daß sich die Umdrehungsgeschwindigkeit auch ohne jede besondere Maßnahme der von B. vorgeschlagenen Art steigern läßt, ist dem Erfinder gerade noch verschlossen geblieben und von ihm deshalb mit seinem Patente der Fachwelt auch nicht offenbart worden. Es hat sich herausgestellt, daß die Aufgabe, die er sich gestellt hat, nämlich das seiner Ansicht nach

Zu 8. Nach einem in der Rspr. und im Schrifttum allgemein anerkannten Grundsatz hat der Inhaber eines Patents Anspruch auf den Schutz alles dessen, was an der geschützten Erfindung nach dem Stande der Technik schutzfähig ist, um was die Technik durch die Offenbarung der Erfindung bereichert worden ist. Dem Patentinhaber gebührt also ein starker Schutz der Erfindung, der, da der Stand der Technik für die Feststellung des Schutzmanges maßgebend ist, auch Merkmale und Ausführungsformen umfassen kann, die der Erfinder zur Zeit der Anmeldung noch gar nicht erkannt hatte. Entscheidend ist allein, daß der Erfindungsgedanke im erweiterten Umfange von dem Durchschnittsfachmann der Beschreibung der Erfindung ohne weiteres entnommen werden konnte. Anders verhält es sich dagegen, wenn es sich um ein Mittel zur Lösung der im Patent gestellten Aufgabe handelt, das sich für den Durchschnittsfachmann aus der Beschreibung der Erfindung nicht ergibt, ihr also ohne erforderliches Gutachten nicht entnommen werden konnte. Solche Mittel, die vielfach erst bei dem Ausprobieren der Erfindung oder durch die Weiterentwicklung der

dem Schnellauf hinderliche Schwanken des Samengemenges zu beseitigen, in Wahrheit mit dem Schnellauf nichts zu tun hat, und daß die Aufgabe, einen Schnelläufer zu konstruieren, von ihm überhaupt nicht gelöst worden ist.

Es trifft hiernach nicht zu, daß, wie die Rev. meint, der Erfindungsgedanke des schnellen Umlaufs der Kl. geschützt wäre, ebensowenig, daß die Drehzahlsteigerung das Erste, die Anbringung von Einbauten das Zweite in der Erfindung sei. Ganz allein diese vielmehr sollte die der Technik selbstverständlich längst erwünschte Steigerung der Geschwindigkeit und damit der Leistung ermöglichen. Gewiß kommt es auf die subjektive Auffassung und technische Vorstellung des Erfinders für den Schutzmfang des Patentes nicht entscheidend an. Hier aber hat er objektiv dem Fachmann nichts gegeben als die Empfehlung der Einbauten, die sich dann als Irrtum erwies; das gegen die Geschwindigkeitssteigerung an sich bestehende Vorurteil aber hat er damit nur verstärkt. Das bestand, wie die Rev. richtig sagt, gegen jede Steigerung des Schnellaufs; und das Klagepatent enthält nichts weiter, als daß diese dennoch, nämlich — wie die Rev. selbst sich ausdrückt — bei Anwendung geeigneter Zusatzmaßnahmen, aber eben doch nicht ohne diese erreicht werden könne. Das schließt nicht aus, daß sich an das Patent, wie die Kl. behauptet, tatsächlich die eigentliche Entwicklung der schnell umlaufenden Sämereiausleser angelässt. Es ist der Erfinder durch seine falsche Lehre die Frage des schnelleren Umlaufs vielleicht sogar ins Nollen gebracht haben mag. Auch in einem solchen Falle kann aber dem Erfinder doch immer nur der Weg geschützt sein, den er geglaubt hat als den richtigen vorschlagen zu können. Es trifft also durchaus nicht zu, was die Rev. dem Bl. gegenüber vorbringt, daß das Patent auf diese Weise seiner Bedeutung entkleidet würde. Der Vorhalt erinnert an den Streit um die Auslegung eines vom RPatU. erteilten Patentes, das sich im Verlehnungsprozeß nach dem Stande der Technik als vollkommen vorweggenommen herausstellt. Doch hat damit die gegenwärtige Entsch. in Wirklichkeit nichts gemein. Vielmehr soll hier dem Patentinhaber für den Lösungsweg, den das Patent gezeigt hat, der Schutz uneingeschränkt erhalten bleiben, d. h. aber für den Weg, der sich später als untauglich erwiesen hat. Das Bl. hat also nur das Patent auf seinen wahren Schutzmfang zurückgeführt und an dem Verdienst des Erfinders nichts zu Unrecht geschmälerert. Den von der Kl. beanspruchten umfassenden Schutz auf alle schnell laufenden Trommelausleser aber hat der BerR. mit Recht versagt, folglich die Patentverlegung der Bell., die ohne die geschützten Einbauten arbeitet, zutreffend verneint, so daß sich die Rev. als unbegründet erweist.

(U. v. 2. Jan. 1935; I 133/34. — Berlin.)

[K.]

** 9. § 15 BzG. Die Unterlassungsschutzlage wegen Verlegung des Ausstattungsschutzes setzt kein Verschulden des Verleihers voraus. — Für Gestaltungen, die dem Arbeits- oder Gebrauchs- zweck dienen oder ihn fördern sollen, kann kein Ausstattungsschutz entstehen. Eine Ausnahme tritt nur ein, wenn die kennzeichnenden Merk-

Technik gefunden werden, liegen außerhalb des Schutzbereiches des Patents. Wenn der Patentinhaber, wie es hier geschehen ist, den Anspruch auch auf den Schutz derartiger Mittel erhebt, so gibt er seinem Patent eine ihm nach dem Stande der Technik zur Zeit der Anmeldung nicht zukommende Auslegung. Das R. G. hat daher im vorl. Falle mit Recht dem Patentinhaber den Schutz nur für den von ihm vorgeschlagenen und dem Fachmann allein offenbarten Weg zur Lösung der gestellten Aufgabe zugestellt und ihm den weiter beanspruchten Schutz auf ein anderes Lösungsmittel versagt. Unerheblich ist dabei, daß der Patentinhaber durch die Erfindung erst die Anregung zur Weiterentwicklung auf dem hier in Betracht kommenden Gebiete der Technik gegeben hat, und daß diese Weiterentwicklung erst ein brauchbares Lösungsmittel gebracht hat, während sich das von dem Erfinder vorgeschlagene Mittel später als unbrauchbar erwiesen hat.

Geh. Regd. Dr. Gennewald, Berlin.

male von der technischen Gestaltung unabhängig sind. †)

Die Kl. nimmt den Ausstattungsschutz i. S. des § 15 WbzG. für sich in Anspruch an ihren durchsichtigen, mit farbigem Aufdruck von Firma und Warenbenennung versehenen, zylindrischen Eiertörrchenpackungen, die an den beiden Enden farbige Kappen tragen. Dieser Ausstattungsschutz sieht sie als verletzt an durch die von der Bell. für die gleichen Waren verwendeten, ebenfalls durchsichtigen oder durchscheinenden oval gesformten zylindrischen Packungen, die auch einen farbigen Aufdruck der Firma und Warenbenennung tragen und an beiden Enden mit farbigen Kappen versehen sind. Die Kl. behauptet, daß die Packungen der Bell. infolge der gleichen Größe und Form ihrer Kappen und dadurch, daß diese sich infolge ihrer Farbe — ebenso wie das bei ihnen, der Kl., Kappen der Fall sei — scharf von dem Hauptteil der Packungen abhöben, mit ihnen — der Kl. — Packungen verwechslungsfähig seien. Bestände der von dieser behauptete Ausstattungsschutz und die weiter von ihr behauptete Verwechslungsgefahr, so wäre der überhaupt nur noch geltend gemachte Unterlassungsanspruch entgegen der Ansicht des BG. nicht von der Voraussetzung abhängig, daß die Bell. zum Zwecke der Täuschung im Handel und Verkehr ihre gleichartigen Waren in verwechslungsfähiger Aufmachung fehlhielte. Für die Unterlassungsklage wegen Verlezung des Ausstattungsschutzes bedarf es nach der neueren Rspr. des erf. Sen. der Erfüllung des vollen subjektiven Tatbestands des § 15 WbzG. nicht. Der in den §§ 12, 862, 1004 BGW. enthaltene Rechtsgedanke, der schon auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes, insbes. des unsaureren Wettbewerbs, zur ausdrücklichen Gewährung des Unterlassungsanspruchs geführt hatte, ist in Anerkennung eines Verkehrsbedürfnisses über den Kreis der absoluten Rechte hinaus ausgedehnt auf den Schutz sonstiger Rechtsgüter gegen Wiederholung rechtswidriger Eingriffe (RG. 116, 151¹). Diese quasinegatorische Abwehrklage auf Unterlassung ist unabhängig von einem Verstoß dem Handelnden gegen jeden objektiv rechtswidrigen Eingriff gegeben; sie ist daher auch gegen eine nur objektiv rechtswidrige Verlezung des zu den Rechtsgütern zählenden Ausstattungsbesitzes für zulässig erklärt (RG. 120, 329; RG.: ZW. 1928, 2082; 1930, 1684; 1931, 1891; MuW. 27/28, 94 u. 337; 1930, 559, übereinstimmend das Schrifttum).

Das BG. geht bei Prüfung der Frage, ob der Kl. der von ihr beanspruchte Ausstattungsschutz zustehe, davon aus, daß dieser Schutz überhaupt nicht erworben werden könne für solche Gestaltungen, die dem Arbeits- oder Gebrauchs- zweck dienen oder ihn zu fördern geeignet sind, die also aus Zweckmäßigkeit oder aus technischen Gründen so gewählt sind. Das entspricht der Rspr. des erf. Sen.; der Begriff der Ausstattung schließt die technische Funktion aus (RG. 54, 174; 69, 31²; 71, 384³); 100, 254⁴); 112, 353⁵); MuW. XXIII, 187; XXVI, 252; Jahrg. 27/28, 525; 1932, 178). Dieser Auffassung hat sich auch das Schrifttum angegeschlossen. Was den Arbeits- oder Gebrauchs- zweck fördern soll, kann Gegenstand eines Gebrauchsmusterschutzes sein. Dieser und der

Zu 9. Das RG. geht, in Übereinstimmung mit der im Schrifttum vertretenen Ansicht und mit der herrschenden Rspr., bei der Prüfung, ob eine Verlezung eines Ausstattungsschutzes i. S. des § 15 WbzG. vorliegt, davon aus, daß alles, was dem Arbeits- oder Gebrauchs- zweck dient, also technisch funktionelle Bedeutung hat, dem Ausstattungsschutz nicht zugänglich ist und infolgedessen auch keine Verkehrsgeltung erhalten kann. Wäre es anders, so könnte beispielsweise nach Ablauf eines Gebrauchsmusters der Gegenstand dieses Schutzrechtes weiter unter Ausstattungsschutz gestellt werden.

Auch dem Standpunkt des RG. von der Berechtigung der Unterlassungsklage bei objektiver Verlezung des Ausstattungsschutzes ist beizupflichten, da sonst der auf der Verkehrsgeltung beruhende Schutz durch diese objektiven Verleuzungen, eben infolge des Verlustes der allgemeinen Anerkennung, zerstört werden könnte.

PatAnw. Dr. Arthur Ulrich, Berlin.

¹⁾ ZW. 1927, 1471 u. 1997. ²⁾ ZW. 1908, 503.

³⁾ ZW. 1909, 669. ⁴⁾ ZW. 1921, 397. ⁵⁾ ZW. 1926, 1157.

Ausstattungsschutz schließen sich aber aus. Daher ist es ausgeschlossen, daß eine Gestaltung zu technischen Zwecken, die früher durch Patent oder Gebrauchsmusterschutz gegen Nachahmung gesichert war, nach Erlöschen dieses Schutzes aber frei geworden ist, Ausstattungsschutz genießen könnte. Die Möglichkeit, unter dem Gesichtspunkt der Ausstattung eine Verlängerung jenes erloschenen Schutzes zu erreichen, besteht somit nicht (zit. RG. 112, 352 ff. [354]⁶). Auf diesem Standpunkt steht — jedenfalls grundsätzlich — auch die Rev. Es ist aber, wie ebenfalls in der Rspr. des erf. Sen. wiederholt hervorgehoben ist (vgl. zit. RG.: MuW. 1932, 179), möglich, daß das technisch praktische und das kennzeichnende Moment bei einem Gegenstande gleichzeitig vorhanden sind; dann kann der Ausstattungsschutz insoweit in Anspruch genommen werden, als die kennzeichnenden Merkmale unabhängig von der technischen Gestaltung sind. Um festzustellen, ob dieser Fall hier gegeben ist, mußte das BG., wie es geschehen ist, auf die Einzelheiten der Verpackung der Partien, in erster Linie der der Kl. eingehen. Daher ist die Rüge der Rev., das BG. „untersucht und zerplückt die einzelnen Kennzeichen der Ausstattung der Kl.“, jedenfalls insoweit ohne weiteres unberechtigt, als sie die Prüfung und Feststellung des BG. betrifft, welche Elemente der Verpackung der Kl. technischen Zwecken dienen. Im vorliegenden Fall ist die Prüfung der Frage, welche Teile der Verpackung der Kl. dem Arbeits- oder Gebrauchs- zweck zu dienen bestimmt sind, dadurch erleichtert, daß die Kl. sich für ihre Verpackung zwei Gebrauchsmuster hatte eintragen lassen, die inzwischen gelöscht worden sind. Da der Inhalt des ersten war: „Packung für Makaroni u. dgl., aus einer durchscheinenden Hülle bestehend, die an den Enden durch feste Kappen verstellt ist“, die Versicherung der Kappen aber, die ihrer Sicherung dienen sollte, und durch die allein sich das zweite Gebrauchsmuster von dem ersten unterschied, nach der Feststellung des BG. niemals von der Kl. verwendet worden ist, so besteht der technische Inhalt der Verpackung der Kl., wie das BG. ohne Rechtsirrtum annimmt, zum mindesten in der durchscheinenden Hülle, die an beiden Enden durch feste Kappen verstellt ist. An dieser Aufmachung der Verpackung als solcher, d. h. abgesehen vorläufig von der Form der letzteren — Querschnitt: Kreis oder Ellipse — und daher auch der Abschluskkappen sowie von der Farbe der Kappen und von der Beschriftung der Packung, kann also ein Ausstattungsschutz der Kl., wie auch das BG. mit Recht annimmt, nach den obigen Darlegungen nicht in Frage kommen. Die Rev. irrt daher, wenn sie — trotz ihrer Erklärung, daß bei den Packungen der Kl. von den den Gebrauchsmusterschutz begründenden technischen Elementen abzusehen sei (vgl. RevBegr. Biff. III, 1 Abs. 1) — als „die kennzeichnenden Merkmale der Aufmachung der Kl. außer dem „bandartigen Abschluß auf den Kappen in einer kräftigen von dem Ton der Umhüllung abstechenden Farbe“ die längliche Form, die Durchsichtigkeit des Umhüllungsmaterials und den Firmenaufdruck auf letzterem bezeichnet (vgl. RevBegr. S. 4 Abs. 2). Von diesen Momenten scheiden die längliche Form der Verpackung als durch die längliche Form der Ware geboten und daher technisch bedingt sowie die Durchsichtigkeit des Umhüllungsmaterials als Inhalt des früheren Gebrauchsmusters, endlich der Firmenaufdruck auf der Hülle als dem Ausstattungsschutz nicht zugänglich für die Frage nach dem Umfang des Ausstattungsschutzes der Kl. an ihrer Verpackung somit von vornherein aus. Diese Elemente der Verpackung der Kl. können also als technischen Zwecken dienend nicht Verkehrsgeltung i. S. des Hinweises auf die Herkunft der Ware aus dem Betriebe der Kl. (oder richtiger: immer aus dem gleichen Betriebe) erlangen. Der technische Gegenstand nimmt im Ausstattungsrecht eben eine Sonderstellung ein insofern, als er nur dann des Ausstattungsschutzes fähig ist, wenn gerade das Charakteristische seiner Gestaltung nicht dem Gebrauchs- zweck dient. Das beachtet die Rev. nicht bei ihren Ausführungen über die Verkehrsgeltung und die Verwechslungsgefahr in Biff. I, II, III Nr. 1 der RevBegr. Das BG. war daher genötigt, unter Ausscheidung der obigen Elemente, für den angeblichen Ausstattungsschutz der Kl. an ihrer Verpackung zu prüfen, ob die übrigbleibenden Elemente

für den Erwerb eines solchen ausreichen. In dieser Beziehung kommt in erster Linie die Querschnittsform der Packungen der Parteien — rund oder oval oder vierseitig — in Betracht. Die Kl. verwendet nach der Feststellung des BG. außer einer rechtwinkligen Packung, die anscheinend nur Kartonpackung ist, bei ihrer durchsichtigen Packung nur die runde, die Bell. aber die ovale Form. Das BG. nimmt an, daß diese nicht beanstandet werden kann, und zwar einmal deshalb nicht, weil eine ganze Anzahl von Firmen, die sich für die gleichen Warenarten wie die Parteien der durchsichtigen Hüllen für ihre Verpackung bedienen, dabei die runde oder die ovale Form anwenden, ferner deshalb nicht, weil die Kl. durch das Schreiben ihres Prozeßbevollmächtigten v. 23. Sept. 1932 der Bell., die versucht habe, Packungen herauszubringen, die die Kl. nicht beanstanden würde, erklärt habe, die Röllchenform sei auszuscheiden, eine ovale Formgebung solle gewählt werden. Die erste Begr. des BG. hat zur Grundlage die tatsächliche Feststellung, daß die Kl. mit Rücksicht auf die im Verkehr befindlichen, von ihr nicht als Verlezung ihres angeblichen Ausstattungsschutzes bekämpften Packungen der gleichen Waren zahlreicher anderer Firmen in durchsichtiger Hülle in runder oder ovaler Form Verkehrsgeltung für diese Form nicht besessen hat, als die Bell. zur Verwendung ihrer ovalen Form überging. Die zweite Begr. des BG. geht dahin, daß jedenfalls durch Verwendung der ovalen Form seitens der Bell. für ihre Packungen in durchsichtiger Hülle keinesfalls ein objektiv rechtswidriger Eingriff in das geschützte Rechtsgut des angeblichen Ausstattungsbesitzes der Kl. an der runden Form ihrer Packungen, der auch evtl. die ovale Form bedecken würde, gegeben wäre, weil es in Anbetracht der ausdrücklichen schriftlichen Erklärung der Kl., wonach eine ovale Form von der Bell. gewählt werden sollte, bei der Verwendung einer solchen Form an einer Rechtsverlezung seitens der Bell. fehle.

Beide Begr. des BG. sind rechtlich nicht zu beanstanden, sie stellen beide nur die rechtlichen Schlüsse aus tatsächlichen Feststellungen dar.

Das BG. nimmt daher mit Recht an, daß sich der Ausstattungsschutz der Kl. im wesentlichen nur auf Form und Farbe der Abschluskkappen sowie auf die Beschriftung beziehen könnte. Die feste steife Beschaffenheit der Kappen war, wie das BG. feststellt, schon bisher nicht als Element des Ausstattungsschutzes der Kl. von ihr geltend gemacht und daher von ihr die Verwendung von Kappen gleicher fester, steifer Beschaffenheit seitens der Bell. nicht beanstandet worden.

(U. v. 21. Dez. 1934; II 212/34. — Stuttgart.) [R.]

b) Strafsachen

Berichtet von Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin und Generalstaatsanwalt Dr. Alfred Weber, Dresden

10. GewohnheitsverbrecherG. Die Eigenschaft als Gewohnheitsverbrecher kann auch darin gefunden werden, daß das strafbare Handeln des Täters, wie es sich in den mindestens drei erheblichen Straftaten zeigt, einen ganz allgemein gearteten Hang zum Verbrechen erkennen läßt. Ein solcher wird angenommen werden können, wenn die ungleich gearteten, gegen ganz verschiedene Rechtsgüter sich richtenden strafbaren Handlungen des Täters erweisen, daß ihm jedes Empfinden für die Gebote des Rechts und der Sittlichkeit infolge seiner Veranlagung fehlt oder infolge seines besonderen Werdeganges abhanden gekommen ist, daß er sich bewußt gegen alle ihm nicht zugängenden Normen der Strafrechtsordnung auflehnt (RG. v. 5. Juli 1934, 2 D 275/34, v. 5. Nov. 1934, 5 D 272/34; auch ErIWERK zum GewohnheitsverbrecherG. von Schäfer-Wagner und Schäfhäule, Num. 18 zu Art. 1 Ziff. 1 S. 50).

(5. Sen. v. 31. Jan. 1935; 5 D 507/34.) [Hn.]

11. Art. 5 GewohnheitsverbrecherG. Für die Anordnung der Sicherungsverwahrung ist erforderlich, daß die Straftaten, welche den die formelle Voraussetzung bildenden Verurteilungen zugrunde liegen, einer Gesamtverurteilung unterzogen werden. Es ist notwendig, daß diese Straftaten nicht bloß allgemein als Diebstahl, Unterschlagung usw. gekennzeichnet, sondern im einzelnen dargestellt werden und in ihnen eine gleichgeartete innere Beziehung zu dem Wesen des Täters nachgewiesen wird, die diese Taten, und zwar jede von ihnen als Ausfluß eines und desselben Wesenzuges des Täters, nämlich des ihm innewohnenden verbrecherischen Hanges, als ein eigenständiges Kennzeichen hierfür und für seine Gefährlichkeit erscheinen läßt, so daß durch die einheitliche Zusammenfassung in der Gesamtverurteilung das Bild des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers entsteht (RGSt. 68, 149, 154 ff. = JW. 1934, 1662; 68, 174 = JW. 1934, 2056¹⁷). Die Annahme der Eigenschaft als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher setzt allerdings nicht voraus, daß die Straftaten, aus denen diese Eigenschaft abgeleitet wird, gleichartig sind. Aber es ist selbstverständlich, daß bei Straftaten inhaltlich ganz verschiedener Art der Nachweis ihrer, für einen verbrecherischen Hang und für die Gefährlichkeit des Täters kennzeichnenden Bedeutung ungleich schwieriger ist und einer besonders sorgfältigen Prüfung bedarf (RGSt. 68, 149, 156 = JW. 1934, 1662; RG.: JW. 1934, 3130¹⁸). Die Würdigung der Straftaten im einzelnen ist auch deshalb nötig, um beurteilen zu können, ob etwa Gelegenheitsstatten (RGSt. 68, 174, 175 = JW. 1934, 2056¹⁹) oder Taten aus Not (RG.: JW. 1934, 2912²⁰, 2850²¹) in Frage stehen. Taten dieser Art schließen die Eigenschaft als Gewohnheitsverbrecher nicht durchweg aus, erfordern aber eine besondere Würdigung (RG.: JW. 1934, 3281²⁰).

(2. Sen. v. 10. Jan. 1935; 2 D 1506/34.)

[L.]

12. Art. 5 GewohnheitsverbrecherG. Anordnung der Sicherungsverwahrung. Jede der drei Straftaten, in denen das Gericht die gesetzlichen Voraussetzungen des Art. 5 Nr. 2 GewohnheitsverbrecherG. erfüllt sieht, ist darauf zu prüfen, ob sie sich nach den sie kennzeichnenden Umständen (äußere Lebensverhältnisse des Angekl. zur Zeit der Tat, Beweggründe, Art der Vorbereitung und Ausführung usw.) als Ausfluß eines dem Täter innewohnenden Hangs zu verbrecherischem Treiben darstellt (RGSt. 68, 149 ff., 1 D 877/34 v. 25. Sept. 1934; JW. 1934, 2912²⁰). Die vom Gesetz vorgeschriebene Gesamtverurteilung der Straftaten darf sich nicht in einer Aufzählung dieser Taten erschöpfen.

(1. Sen. v. 18. Jan. 1935; 1 D 1445/34.)

[Hn.]

13. Der in der Entsch. des erk. Sen. RGSt. 68, 149 = JW. 1934, 1662 aufgestellte Grundsatz, daß durch nachträgliche Gesamtstrafenbildung zusammengefaßte Urteile als eine einzige Verurteilung i.S. des Art. 5 Abs. 2 GewohnheitsverbrecherG. v. 24. Nov. 1933 zu erachten sind, darf nicht dahin ausgelegt werden, daß ein Gesamtstrafenbeschluß, durch den eine solche Zusammenfassung mehrerer Urteile herbeigeführt wird, auch formell, insbes. auch hinsichtlich des Zeitpunkts des Erlasses an die Stelle der von ihm umfassenen Urteile tritt.

Für die Frage, welche Urteile früher oder später ergangen sind, ist nicht der Zeitpunkt des Gesamtstrafenbeschlusses, sondern der Zeitpunkt maßgebend, der sich aus den von ihm umfassenden Urteilen ergibt, es sei denn, daß

durch die Gesamtstrafenbildung erst die nach § 20a StGB. erforderliche Mindeststrafe von 6 Monaten Gefängnis erreicht wird (vgl. RGSt. 68, 422¹⁾). Wenn daher im vorliegenden Fall durch einen Gesamtstrafenbeschluß v. 29. März 1933 Urteile zusammengefaßt wurden, die am 18. Okt. 1932 und 10. Febr. 1933 ergangen sind, so stellen sie in ihrer Gesamtheit eine spätere Verurteilung dar als die durch den Gesamtstrafenbeschluß v. 24. April 1933 umfaßten Urteile v. 26. Nov. 1931 und 20. Juli 1932, wenn auch der Gesamtstrafenbeschluß v. 24. April 1933 zeitlich später liegt als der v. 29. März 1933. Der Angekl. verbüßt auf Grund der im Gesamtstrafenbeschluß v. 29. März 1933 zusammengefaßten Urteile v. 18. Okt. 1932 und 10. Febr. 1933 nach dem 1. Jan. 1934 Strafe. Es gehen zwei rechtskräftige Bestrafungen, nämlich die im Gesamtstrafenbeschluß v. 24. April 1933 enthaltenen Urteile v. 26. Nov. 1931 und 20. Juli 1932 und die im Gesamtstrafenbeschluß v. 15. Juli 1929 zusammengefaßten Urteile v. 4. Jan. 1929 und 18. Juni 1929 voraus. Die im ersten genannten Gesamtstrafenbeschluß enthaltenen Urteile betreffen Taten, die meistens zum Teil nach der Rechtskraft der im Gesamtstrafenbeschluß v. 24. April 1933 zusammengefaßten Urteile v. 26. Nov. 1931 und 20. Juli 1932 begangen sind, und die von diesem leichtgenannten Gesamtstrafenbeschluß erfaßten Urteile betreffen Straftaten die nach den der Rechtskraft der im Gesamtstrafenbeschluß vom 15. Juli 1929 enthaltenen Urteile v. 4. Jan. 1929 und 18. Juni 1929 begangen sind. Die formellen Voraussetzungen für die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung sind somit gegeben.

(2. Sen. v. 3. Jan. 1935; 2 D 1256/34.)

[Hn.]

14. Art. 5 Nr. 2 GewohnhVerbrG. Sind Einzelstrafen zu Unrecht rechtskräftig zu einer Gesamtstrafe zusammengezogen worden, so können sie bei Prüfung der Voraussetzungen für die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung gleichwohl als zwei Verurteilungen i. S. des Art. 5 Nr. 2 angesehen werden.

Das die Sicherungsverwahrung des Angekl. nachträglich aussprechende Urt. stützt sich in der Frage, welche Anforderungen an die Reihenfolge der die Voraussetzung dieser Maßregel bildenden früheren Straftaten und Verurteilungen zu stellen sind, auf die Rechtsauffassung, die in dem Erläuterungsbuch Schäfer-Wagner-Schäfle zum GewohnhVerbrG. Anm. 9 zu Art. 5 Nr. 2 vertreten wird, und sieht deshalb die formellen Voraussetzungen für die Anordnung einer Sicherungsverwahrung als gegeben an, obgleich es feststellt, daß die der dritten Verurteilung zugrunde liegenden Tatsachen schon vor der zweiten Verurteilung begangen seien. Das RG. ist dieser Rechtsauffassung in einer Reihe von Entsch. entgegentreten. Es wird verwiesen auf RGSt. 68, 149 (151/52¹⁾). An dem hier vertretenen Rechtsstandpunkt ist festzuhalten.

Das angefochtene Urt. unterliegt deshalb der Aufhebung. Es fragt sich, ob die Sache bereits zu einer Ablehnung des Antrags der StA. auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung reif ist. Das ist nicht der Fall. Auch wenn weitere Straftaten, deren Mitherausziehung den Nachweis der formellen Erfordernisse des Art. 5 Nr. 2 GewohnhVerbrG. möglicherweise erbringen könnte, nicht vorliegen mögen, so würde eine Feststellung in diesem Punkt nur der Tatrichter treffen können. Im übrigen ergibt sich aber aus dem angefochtenen Urt. ein Bedenken gegen die Feststellung der StA., daß die der dritten Verurteilung (immer gemeint i. S. des Art. 5 Nr. 2 GewohnhVerbrG.) zugrunde liegenden Taten vor der zweiten Verurteilung begangen worden seien. Die dritte Verurteilung ist eine Gesamtstrafe, festgesetzt durch Beschl. des SchöffG. G. vom 3. Aug. 1928. Die zugrunde liegenden Einzelstrafen haben

Straftaten zum Gegenstand, die teils 1919 bis 1922 teils 1925 begangen sind; bei zwei Diebstahlstrafen von je einem Jahr und drei Monaten Gefängnis ist die Zeit der Begehung der Diebstähle aus dem Urt. nicht zu entnehmen. Andererseits ist durch Beschl. des LG. M. v. 23. Mai 1924 eine Gesamtstrafe festgesetzt worden, die im Jahre 1923 erkannte Einzelstrafen umfaßt. Es war deshalb unrichtig, wenn das SchöffG. G. in der 1928 festgesetzten Gesamtstrafe sowohl Einzelstrafen berücksichtigte, die sich auf Taten aus der Zeit vor dem 2. Mai 1923 (Urt. des LG. D.) als auch solche, die sich auf spätere Taten bezogen. Es hätte die Strafen, die spätere Straftaten betreffen, für sich allein auf eine Gesamtstrafe zurückführen müssen, und die Einzelstrafen, denen die früher begangenen Taten zugrunde liegen, entweder ebenfalls zu einer selbständigen Gesamtstrafe zusammenziehen oder mit den Einzelstrafen zu einer neuen Gesamtstrafe vereinigen müssen, die schon im Jahre 1924 auf eine Gesamtstrafe zurückgeführt waren, wenn das noch möglich war. Die hiernach allem Anschein nach unrichtige Gesamtstrafenfestsetzung ist zwar in Ansehung der Gesamtstrafe selbst rechtskräftig, kann aber nicht dazu führen, daß bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung die zahlreichen zwischen 1919 und 1927 begangenen Straftaten nur als eine Verurteilung i. S. des Art. 5 Nr. 2 GewohnhVerbrG. gewertet werden, wenn ohne dieses Versehen zwei Verurteilungen i. S. des Ges. und damit zugleich die formellen Voraussetzungen überhaupt gegeben sein würden. Darin würde eine Überspannung der Grundsätze der im Eingange erwähnten Rspr. des RG. gefunden werden müssen. Wenn, was noch im einzelnen vom Tatrichter nachzuprüfen sein wird, die Sachlage die ist, daß als zweite Verurteilung die im Jahre 1924 festgesetzte Gesamtstrafe anzusehen ist und dann als dritte Verurteilung die 1928 festgesetzte Gesamtstrafe hinzukommt, in die unzulässigerweise Einzelstrafen aufgenommen sind, die auf ältere Straftaten zurückgehen, die im übrigen aber Einzelstrafen umfaßt, die auf im Jahre 1925 und später begangenen Verbrechen beruhen, so können damit die drei die Grundlage für eine Anwendung des Art. 5 Nr. 2 GewohnhVerbrG. bildenden Verurteilungen gegeben sein; nur sind die wegen der älteren Straftaten erkannten Einzelstrafen als nicht zur dritten Verurteilung gehörig hier bei der Gesamtürwidigung auszuschließen.

(1. Sen. v. 4. Jan. 1935; 1 D 1261/34.)

[Hn.]

15. Art. 14 AusfG. zum GewohnhVerbrG. vom 14. Nov. 1933. Ist rechtskräftig die nachträgliche Entmannung des Angekl. angeordnet, dann ist die Einleitung eines neuen Verfahrens auf die nachträgliche Anordnung einer der in Art. 14 genannten Maßregeln der Sicherung und Besserung unzulässig.

Das RevG. hatte von Amts wegen zu prüfen, ob die Straflage durch das auf Grund des Antrages der StA. vom 29. Mai 1934 erlassene Urteil des LG. v. 31. Juli 1934, das in Übereinstimmung mit dem Antrag der StA. rechtskräftig die nachträgliche Entmannung des Angekl. ordnet, für ein Verfahren auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung des Angekl. verbraucht ist (RGSt. 49, 170; 68, 392 = JW. 1935, 430¹⁴⁾). Im regelmäßigen Strafverfahren tritt durch ein rechtskräftiges Urteil stets der Verbrauch der Straflage ein, und zwar kann in einem solchen Falle — abgesehen von den im Gesetz ausdrücklich zugelassenen Ausnahmen — auch weder die Sicherungsverwahrung noch die Entmannung des Verurteilten durch ein nachfolgendes Verfahren angeordnet werden (vgl. RGSt. 68, 383 f. = JW. 1935, 429¹⁵⁾).

Durch den Art. 14 des AusfG. zum GewohnhVerbrG. v. 14. Nov. 1933 (RGBl. I, 1000) ist demgegenüber insoweit eine andere Rechtslage geschaffen worden, als die StA. nach rechtskräftiger Erledigung des Strafverfahrens beim Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 5 Nr. 2, 3 des genannten Gesetzes eine nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwah-

¹⁾ JW. 1935, 356^a.

²⁾ JW. 1934, 1662.

rung oder der Entmannung beantragen kann. Diese Möglichkeit, trotz rechtskräftiger Urteilung eine solche Maßregel zu beantragen und anzurufen, ohne daß der Verurteilte eine neue Tat begangen hat, bedeutet, wie auch die amtliche Begr. des Gesetzes ausspricht, eine Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtskraft. Der Gesetzgeber hat es bewußt zugelassen, daß der Schutz gegenüber den im Gesetz bezeichneten Arten von Verbrechen auch nach dem Eintritt der Rechtskraft eines Urteils wirksam durchgeführt werden kann.

Wird auf Grund des Art. 14 des genannten Gesetzes ein Antrag auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung oder der Entmannung gestellt, so ist das Gericht mit Rücksicht auf den § 429 b StPO. befugt und verpflichtet, im Rahmen des § 264 StPO. die Angelegenheit nach allen Richtungen zu prüfen, insbes. auch daraufhin, ob bei einem Antrage auf nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung — unter Beachtung der Vorschrift des § 265 StPO. — statt oder neben dieser die Entmannung anzuordnen ist. Das Gericht hat — wie bei sonstigen Strafverfahren — auch auf Grund eines Antrages aus dem Art. 14 die rechtlichen Folgerungen zu ziehen, die sich auf Grund der Gesamtürdigung der zur Beurteilung stehenden Taten des Angekl. ergeben. Wie in der rechtsgerichtlichen Spr. weiter anerkannt ist, wird die Straflage insoweit verbraucht, als bei einer früheren Entsch. das Gericht zur Umgestaltung der Straflage gemäß dem § 264 StPO. befugt und verpflichtet war (vgl. RGSt. 66, 19, 20 und die dort angeführten Entscheidungen).

Hiernach ist die Straflage gegen den Beschw. durch das rechtskräftige Urteil des LG. v. 31. Juli 1934 verbraucht. Das LG. wäre auf Grund des ursprünglichen Antrages auf Anordnung der Entmannung und auf Grund des daraufhin ergangenen Beschlusses über die Größenöffnung des Hauptverfahrens befugt und verpflichtet gewesen, zu prüfen und eine Entsch. darüber zu treffen, ob nicht neben oder anstatt der Entmannung des Angekl. auch seine Sicherungsverwahrung anzuordnen war. Die Einleitung eines neuen Verfahrens auf die nachträgliche Anordnung einer der im Art. 14 genannten Maßregeln der Sicherung und Besserung war demnach unzulässig. Das angef. Urteil muß daher aufgehoben und das Verfahren eingestellt werden.

(3. Sen. v. 24. Jan. 1935; 3 D 1390/34.)

[Hn.]

16. § 20a StGB.; Art. 5 Nr. 1 u. 2 GewohnheitsverbrG. Das Gericht ist befugt und nach Maßgabe des § 155 Abs. 2 StPO. sogar verpflichtet, sich zur Gesamtürdigung der drei Taten des Verbrechers weitere Unterlagen erforderlichfalls durch eine neue Beweisaufnahme zu verschaffen; eine Grenze ergibt sich hierbei aus der Bindung (RGSt. 68, 175 = J.W. 1934, 2056) an die tatsächlichen Feststellungen der früheren rechtskräftigen Entscheidungen.

Die Strk. stellt das Vorhandensein der förmlichen Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung gem. Art. 5 Nr. 2 GewohnheitsverbrG. einwandfrei fest, nämlich die drei im Beginn der Entscheidungsgründe angeführten Verurteilungen, die Strafverjährung aus dem letzten Urteil über den 1. Jan. 1934 hinaus und den rechtzeitigen Antrag der StA. In sachlicher Hinsicht gelangt die Strk. ohne erkennbaren Rechtsirrtum zu dem Ergebnisse, daß der Verurteilte ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist, dessen Sicherungsverwahrung für die öffentliche Sicherheit erforderlich ist. Sie stützt sich hierbei nicht lediglich auf eine Aufzählung der schon hervorgehobenen drei und noch zweier weiterer früherer Verurteilungen zu Gefängnis- und Zuchthausstrafen, die der Beschw. wegen Abtreibung oder Beihilfe zur Abtreibung, zum Teil in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung, erlitten hat, sondern sie geht näher auf die Taten des Angekl. ein. Sie prüft insbes. den Beweggrund und findet ihn „zunächst“, also vorwiegend, in der Sucht des Verurteilten nach Geldgewinn. Sie beachtet auch den Hergang der Straftaten im besonderen; hierbei stellt sie fest, daß der Verurteilte in mehreren Fällen seine Maßregeln unsachgemäß und grob

fahrlässig getroffen hat, ohne den medizinischen Erfordernissen an Sauberkeit und hygienischer Sorgfalt zu entsprechen, wodurch die Todesfälle überwiegend verursacht worden seien, und sie würdigte die außerordentliche Schnelligkeit des Rückfalls des Angekl. in seine strafbare Betätigung nach der Entlassung aus der Haft im Spätherbst 1930. Sie macht sich dann auch ein Bild von der Persönlichkeit des Verurteilten und von den Verhältnissen, die vorliegen würden, wenn er jetzt nach der Vollstreckung seiner Strafe in Freiheit gesetzt würde.

Das alles wirkt zusammen, die Anordnung der Sicherungsverwahrung gem. Art. 5 Nr. 2 GewohnheitsverbrG. zu rechtfertigen.

Nicht begründet ist der Vorwurf der Rev., daß das LG. seine Beweisaufnahme unzulässigerweise über die Berücksichtigung der früher gegen den Beschw. ergangenen Straferkenntnisse hinaus ausgedehnt habe und sogar in Widerspruch mit den tatsächlichen Feststellungen geraten sei, die bei den früheren Verurteilungen des Beschw. von den Gerichten getroffen worden sind.

Ob ein Täter ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist, muß allerdings nach dem Art. 5 Nr. 2 GewohnheitsverbrG. und auch nach dem § 20a StGB. auf Grund der Gesamtürdigung bestimmter früherer Taten entschieden werden. Soweit diese Gesamtürdigung aber schon rechtskräftig abgeurteilte Taten zu umfassen hat, darf nicht nur dasjenige berücksichtigt werden, was bei den früheren Verurteilungen des jeweils in Bezug auf kommenden Täters schon zur Würdigung der Taten ausgesprochen worden ist, sondern das Gericht ist befugt und nach Maßgabe des § 155 Abs. 2 StPO. sogar verpflichtet, sich auch noch weitere Unterlagen für die Gesamtürdigung erforderlichfalls durch eine neue Beweisaufnahme zu verschaffen. Denn solche frühere Entsch. können infolge der gegenwärtig erst kurzen Geltungsdauer des GewohnheitsverbrG. von Gerichten erlassen worden sein, die dieses Gesetz noch nicht kannten und schon deshalb bei der Urteilsbegründung nicht imstande waren, die für die Anwendung dieses Gesetzes maßgebenden Gesichtspunkte besonders zu beachten; es kann sich auch um frühere Verurteilungen im Anfang der Verbrecherlaufbahn des Täters handeln, so daß die Gerichte noch keinen Anlaß hatten, an die Anwendbarkeit des genannten Gesetzes zu denken, oder auch keine ausreichenden Unterlagen zur Feststellung einer Gewohnheitsmäßigkeit haben konnten. Wenn nunmehr die Taten des Verurteilten auf Grund der Ausführungen der früheren Straferkenntnisse einer Gesamtürdigung zu unterwerfen sind, so können und werden sich Zweifel oder bisweilen sogar Widersprüche ergeben, die zur sachgemäßen Lösung neue Ermittlungen erforderlich machen. Überdies bedarf es für die Entsch. über eine Sicherungsverwahrung jedenfalls neuer Ermittlungen und Feststellungen über die Erforderlichkeit der Maßregel für die öffentliche Sicherheit, und diese Erforderlichkeit steht ihrerseits wieder in einem engen Zusammenhang mit der Eigenschaft des Täters als eines gefährlichen Gewohnheitsverbrechers. In keinem Falle ist es also zu beanstanden, wenn das Gericht neben der Heranziehung der früher ergangenen Strafurteile noch anderweit Beweis erhebt, um zu einer Gesamtürdigung der Taten des Verurteilten i. S. des Gesetzes zu gelangen (vgl. schon RGSt. 68, 156, 157¹).

Eine Grenze für neue Beweiserhebungen ergibt sich im Sicherungsverfahren allerdings aus der Bindung des Gerichts an die tatsächlichen Feststellungen, die bei den früheren rechtskräftigen Entsch. getroffen worden sind (RGSt. 68, 175²). Die Strk. hat jedoch diese Grenze im vorl. Fall nicht überschritten. Die angefochtene Entsch. steht vielmehr im allgemeinen mit den früheren Urteilen ohne weiteres im Einklang.

(1. Sen. v. 14. Dez. 1934; 1 D 1318/34.)

[Hn.]

****17. §§ 42b, 51 StGB.; § 358 Abs. 2 StPO.** Die Anordnung der Unterbringung eines alten Sittlichkeitsverbrechers in eine Heil- und Pflegeanstalt ist nur dann geboten, wenn sie das einzige

¹⁾ J.W. 1934, 1662.

²⁾ J.W. 1934, 2056¹².

Mittel der notwendigen Sicherung bildet. Würde der Sittlichkeitsverbrecher, gegen den die Unterbringung verfügt ist, im Strafverfahren freigesprochen und richtet sich seine Revision nur gegen die Anordnung der Unterbringung, so verbleibt es zwar unter allen Umständen bei der Freisprechung. Gleichwohl kann aber das RevG. gegebenenfalls auch ohne besondere Revisionsrüge die Anordnung der Unterbringung deshalb aufheben, weil eine strafbare Handlung oder der Geisteszustand des Angekl. nicht ausreichend dargestan sei.[†]

Der jetzt 68 Jahre alte Angekl. hat den äusseren Tatbestand eines Sittlichkeitsverbrechens nach § 176 Nr. 3 StGB. wiederholt verirrt, jedoch infolge von hochgradiger Altersschwäche im Zustande der Zurechnungsunfähigkeit. Daher hat ihn die Strk. auf Grund des § 51 Abs. 1 StGB. freigesprochen. Die gleichzeitige Anordnung der Unterbringung des Angekl. in einer Heil- und Pflegeanstalt wäre nach § 42 b StGB. nur dann berechtigt, wenn die öffentliche Sicherheit sie erforderte. In dieser Hinsicht hat das LG. festgestellt: es bestehe Gefahr, daß der Angekl. bei seiner krankhaften Veranlagung weitere derartige Verfehlungen begehe, wenn man ihn wieder in die Freiheit lasse; da sich gegenüber seinem krankhaften Triebe keine Hemmungen als stark genug erwiesen, bilde er eine ernste Gefahr für die Jugend.

Aus diesen Feststellungen ergibt sich allerdings, daß der Angekl. eigener Hemmungen entbehrt und daß daher die öffentliche Sicherheit zum Schutze gegen künftige ähnliche Taten eine Sicherung erfordert, die durch die Aufnahme in einer Heil- oder Pflegeanstalt geschaffen werden könnte. Dagegen ergibt sich noch nicht einwandfrei, daß die Unterbringung in der Anstalt die einzige mögliche Art der notwendigen ausreichenden Sicherung sei. Um zu einem einwand-

Zu 17. Die Begründung des obigen Urteils mündet in den Satz, die Gestaltung des Strafprozesses könne unter Umständen dazu führen, daß ein Angekl. im ersten Rechtsgang auf Grund des § 51 Abs. 1 StGB. freigesprochen, im weiteren Verlaufe des Verfahrens aber seine volle Zurechnungsfähigkeit festgestellt wird, daß aber — trotz Aufrechterhaltung der auf § 51 Abs. 1 StGB. gestützten Freisprechung — davon abzusehen sei, seine Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt anzurufen. Aber nicht nur wegen dieses dem Rechtsmissinden widersprechenden prozessualen Ergebnisses ist die obige Entsch. von erheblichem Interesse, sondern auch schon im Hinblick auf ihren sachlich-rechtlichen Gehalt.

I. Der Tatrichter hat im abgeurteilten Falle festgestellt, daß der Angekl. das ihm zur Last gelegte Sittlichkeitsverbrechen verirrt, dabei jedoch infolge hochgradiger Altersschwäche im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit gehandelt habe. Deshalb ordnete das Gericht unter Freisprechung des Angekl. gem. § 42 b StGB. seine Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt an. Diese Anordnung bestandete der Angekl. mit der Rev. Das LG. erkennt an, daß nach den tatsächlichen Feststellungen des LG. der Angekl. eigener Hemmungen entbehre und daß daher die öffentliche Sicherheit zum Schutze gegen künftige ähnliche Taten eine Sicherung des Angekl. erfordere. Es vermißt jedoch den Nachweis dafür, daß die Unterbringung in der Anstalt „die einzige mögliche Art“ der notwendigen Sicherung des Angekl. sei. Das LG. beanstandet, daß das LG. nicht die persönlichen Lebensbedingungen des Angekl. nach seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft geprüft habe, und hält es gegebenenfalls für ausreichend, wenn der Angekl. nach Rückkehr in seine Häuslichkeit lediglich von seinen Angehörigen überwacht werde, falls deren Persönlichkeiten eine wirkliche Gewähr gegen eine Wiederholung der früheren Vorkommnisse bieten.

Das LG. überträgt mithin die Voraussetzungen, die es in zahlreichen Entsch. (RGSt. 68, 149 = JW. 1934, 1662; 68, 271 = JW. 1934, 2057; 68, 358 = JW. 1935, 42) für die Anordnung der Sicherungsverwahrung aufgestellt hat, ohne weiteres auch auf die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt. Ob dieser Auffassung beizupflichten ist, darf bezweifelt werden. § 20 a StGB. stellt die verschiedenen materiellen Bedingungen auf, unter denen jemand als ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher angesehen und damit zugleich nach § 42 e StGB. die Voraussetzung für Anordnung der Sicherungsverwahrung geschaffen werden kann. Die Sicherungsverwahrung kann in einer ganzen Reihe verschiedener Punkte gründen, bei deren Würdigung unter Umständen auch die Frage eine Rolle spielt, wie sich die Lebensverhältnisse des Angekl. nach seiner Entlassung gestalten

freien Ergebnis zu gelangen, hätte das LG. auch noch prüfen müssen, wie sich die persönlichen Lebensbedingungen des Angekl. nach seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft gestalten werden, in der er sich zur Zeit trotz seiner Freisprechung noch befindet (vgl. RGSt. 68, 149¹).

Zweifelsfrei wäre die Unterbringung des Angekl. in der Anstalt notwendig, wenn für den Fall der Entlassung die Rückkehr in seine bisherigen Verhältnisse — in sein einjames und unbeaufsichtigtes Wohnen in seinem Häuschen — zu erwarten wäre. Andererseits wäre es aber denkbar, daß Verwandte eine für die öffentliche Sicherheit ausreichende Betreuung und Bewachung des schwachsinnigen alten Mannes leisten könnten und auch leisten wollten.

Allerdings kann die Überwachung in der Familie nur dann als ausreichend angesehen werden, wenn sich bei näherer Prüfung ergibt, daß die Angehörigen für eine ausreichende künftige Verhinderung der früheren Vorkommnisse eine wirkliche Gewähr bieten. Das angef. Urt. läßt aber nicht erkennen, ob das LG. die Sachlage in dieser Richtung überhaupt geprüft hat.

Die hierauf gebotene Aufhebung des angef. Urt. ist auf die von der Rev. angef. Unterbringung in der Heil- oder Pflegeanstalt zu beschränken; die Freisprechung bleibt also bestehen. Die Rev. richtet sich nur gegen die Anordnung der Unterbringung in einer Anstalt und kann sich auch nur hiergegen richten. Denn durch die Freisprechung ist der Angekl. nicht beschwert, und er kann sie daher nicht anfechten. Es ist dabei nicht von Bedeutung, daß sich die Freisprechung auf die Annahme einer Geisteskrankheit des Angekl. stützt; denn durch das Rechtsmittel angreifbar ist nur der Spruch des Gerichts als Ergebnis, nicht seine Begründung. Würde unzulässigerweise die Rev. auch auf die Freisprechung bezogen und würde daher auch die Freisprechung aufgehoben, so müßte bei der neuen Entsch. nach § 358 Abs. 2 StPO. wiederum auf

werden. Während in § 20 a StGB. eine „Gesamtvürdigung“ vorgeschrieben ist, deren Ergebnis zu der Feststellung führen kann, daß jemand ein „gefährlicher Gewohnheitsverbrecher“ ist, macht im Gegensatz hierzu § 42 b StGB. die Unterbringung eines Angekl. in einer Heil- oder Pflegeanstalt lediglich von den eindeutigen und klaren Voraussetzungen abhängig, daß der Angekl. 1. eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen, 2. dabei im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit oder verminimten Zurechnungsfähigkeit gehandelt hat und 3. daß die öffentliche Sicherheit die Unterbringung des Angekl. in einer Heil- oder Pflegeanstalt erfordert. Da die Anordnungspflicht vom Gesetz in die Worte gekleidet ist, „so ordnet das Gericht an“, so erhebt, daß das Gericht die Unterbringung anordnen muß, sobald es die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen für gegeben erachtet.

Die obige Entsch. hat insofern eine grundsätzliche Bedeutung, als sie dem Gericht gestattet, von der Unterbringung abzusehen, wenn bestimmte Verhältnisse zu dem Schluß berechtigen, daß künftige Wiederholungen der strafbaren Handlung unterbleiben werden. Danach könnten Angehörige eines geisteskranken oder vermindert zurechnungsfähigen Angekl. dem Gericht Unterlagen dafür erbringen, daß auch auf andere Weise als gerade durch Unterbringung des Angekl. in einer Heil- oder Pflegeanstalt ein Rücksatz ins verbrecherische Treiben auszuschließen sei. Es bedarf keiner Ausführung, daß auf diese Weise der gefährderische Zweck leicht vereitelt werden könnte. Der Wortlaut des Gesetzes deutet darauf hin, daß die von § 42 b vorgesehene Sicherungsmaßnahme gerade nur durch die Aufnahme des geisteskranken oder vermindert zurechnungsfähigen Täters „in einer Heil- oder Pflegeanstalt“ getroffen werden soll. Die Unterbringung solcher Personen ist zwar nicht schlechthin vorgeschrieben, sondern nur mit der Einschränkung „wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert“. Daß diese Worte aber im objektiven Sinne auszulegen sind, darauf deuten alle Vorschriften des GewohnheitsverbrecherG. hin, die sich mit der „Unterbringung“ befassen. In § 42 a StGB. sind die Maßregeln erschöpfend aufgeführt, die der Sicherung der Volksgesamtheit und der Besserung des Rechtsbrechers dienen sollen. Die in Ziff. 1 bis 4 genannten Maßnahmen bestehen ausnahmslos in einer bestimmten Art von Freiheitsentziehung. Sowenig das „Arbeitshaus“ der Ziff. 3 oder die „Trinkerheilanstalt“ oder die „Entziehungsanstalt“ der Ziff. 2 durch irgendeine andere Anstalt oder Einrichtung erzeugt werden kann, sowein kann etwas anderes an Stelle der „Heil- oder Pflegeanstalt“ treten. Es ist eben nur diese eine Anstalt in § 42 a sowie in den übrigen Vorschriften über die Behandlung zurechnungsfähiger

[†] JW. 1934, 1662.

Freisprechung erkannt werden. Die Ausdehnung der Wirkung der Rev. auf die Freisprechung wäre also zwecklos.

Hieraus folgt jedoch nicht, daß nunmehr das LG. bei der neuen Verhandlung und Entsch. den Geisteszustand und die Tat des Angekl. nicht mehr zu prüfen hätte, weil insoweit die Rev. nichts bemängelt habe und darüber schon rechtssicherhaft entschieden sei. Vielmehr muß diese Prüfung von neuem erfolgen. Denn Voraussetzung für eine Unterbringung in der Anstalt nach § 42 b StGB. ist nicht allein, daß die öffentliche Sicherheit die Unterbringung erfordert, sondern auch, daß jemand eine mit Strafe bedrohte Handlung im Zustande der Zurechnungsfähigkeit oder der geminderten Zurechnungsfähigkeit begangen hat. Die Unterbringung in der Anstalt kann also nach § 42 b StGB. nur angeordnet werden, wenn diese Voraussetzungen sämtlich vorstehen, und die Anordnung der Unterbringung ist eine in sich selbst

unfähiger oder vermindert zurechnungsfähiger Verbrecher, in §§ 42 b, 42 f Abs. 3, 42 i Abs. 2 StGB.; §§ 26 a, 171 a GWG.; §§ 80 a, 81, 126 a Abs. 1, 3, 140 Abs. 2, 246 a, 270 Abs. 1, 331 Abs. 2, 358 Abs. 2, 373 Abs. 2, 429 a, 463 a Abs. 2 StPO., genannt. Die Auslegung, die das LG. dem § 42 b Abs. 1 StGB. gibt, wäre vielleicht möglich, wenn das Gesetz lautete „so weit die öffentliche Sicherheit es erfordert“. Dann dürfte der Richter zunächst prüfen, ob etwa den Bedürfnissen der öffentlichen Sicherheit auf andere Weise genügt werden könnte als nur durch die Unterbringung des Übeltäters in einer Heil- oder Pflegeanstalt. Der Spielraum, der durch das Wort „soweit“ gewährt wäre, wird durch das Wort „wenn“ tatsächlich ausgeschlossen. Das Gebot der „öffentlichen Sicherheit“ kann das Gericht nur verneinen oder abjahen. Im letzteren Falle erwächst mit der Bejahung ohne weiteres die Pflicht, die Unterbringung des Täters in einer Heil- oder Pflegeanstalt zu versuchen. Keinesfalls darf das Gericht aber, wenn es die öffentliche Sicherheit durch Verbleiben des Täters auf freiem Fuße für gefährdet hält, also die gesetzliche Bedingung „wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert“ für vorliegend erachtet, versuchen, um die vom Gesetze an diese Bedingung geknüpfte Folge der „Unterbringung“ dadurch herumzukommen, daß es untersucht, ob nicht auch auf andere Weise der Täter für die Zukunft unschädlich zu machen wäre. Würde diese Möglichkeit zugelassen, so könnten geisteskranken Verbrecher der Obhut der für ihn eintretenden Familie überlassen bleiben, die zwar vom besten Willen erfüllt sein kann, den Geisteskranken sorgfältig zu überwachen, in Wahrheit aber doch meist keinerlei bestimmte Gewähr dafür böte, daß es doch nicht wieder durch die betreute Person zur Verübung einer neuen Straftat oder sonstiger Schädigung von Volksgenossen käme. Deshalb wäre nur zu wünschen, daß die Praxis andere Wege einschläge, als wie sie die obige Entsch. der Rechtsanwendung eröffnet.

II. Die auf die Unterbringung in der Heil- oder Pflegeanstalt beschränkte Anfechtung hält das RG. im obigen Falle für zulässig. Es stellt sich dadurch in einen gewissen Gegensatz zu den Entsch. in HöchstRpr. 1934, 1417; JW. 1934, 2913¹³ u. 2913¹⁴. Hier war im ersten Falle die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt, im zweiten die Anwendung der Sicherungsverwahrung und im dritten die Entrammlung des Angekl. angeordnet und das Urteil nur hinsichtlich dieser Anordnung oder (im Falle 3) hinsichtlich der Strafe angefochten worden. Das RG. setzte sich aber in allen Fällen über diese Rev.Beschränkung hinweg und hob das angefochtene Urteil in vollem Umfange auf, weil es die Bestimmungen des § 51 Abs. 1 u. 2 StGB. als „einen Ausflug aus der unteilbaren Täterpersönlichkeit“ aufsägte. Im vorl. Falle spielten der Abs. 1 u. 2 des § 51 StGB. keine Rolle, da Bedenken hinsichtlich des festgesetzten Geisteszustandes des Angekl. nicht aufgetaucht waren, vielmehr nur seine Gefährlichkeit für die Unwelt und demgemäß die Notwendigkeit seiner Unterbringung zur Erörterung stand. Hatte das RG. nur in dieser Richtung Zweifel, so muß es bestreiten, daß es die von ihm verfügte Aufhebung des angefochtenen Urteils nicht auf die vom Angekl. allein angefochtene Anordnung der Unterbringung beschränkte. Statt dessen geht hier das RG. davon aus, die Anordnung der Unterbringung sei „eine in sich selbst unteilbare Entscheidung“. In meinem Aufsatz über § 51 StGB.: JW. 1934, 2885 habe ich darzulegen versucht, daß tatsächlich von „einer unteilbaren Täterpersönlichkeit“ i. S. des RG. nicht gesprochen werden könne. Ebenso wenig ist aber eine Beweisführung möglich, wenn man von der Unterbringung als „einer in sich selbst unteilbaren Entscheidung“ spricht. Steht die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt in Frage, so kann das Gericht entweder die Unterbringung anordnen oder aber von dieser Anordnung absehen. Daß die Entscheidung dieser Frage unteilbar ist, kann nicht dem geringsten Zweifel unterliegen. Hieraus sind keinerlei Schlüsse für die hier erörterten Punkte herzuleiten. Das RG. glaubt im obigen Urteil, aus dem Grunde dem Trafichter die Möglichkeit zur neuen

unteilbare Entsch. Daher kann weder das Rechtsmittel noch ein sich anschließendes wiederholtes Verfahren der Vorinstanz auf die Prüfung nur einer der mehreren Grundlagen dieser Entsch., z. B. auf die Frage beschränkt werden, ob die Maßregel für die öffentliche Sicherheit erforderlich sei. Unter Umständen kann deshalb das RevG. auch ohne besondere Revisionsräge in die Lage kommen, die Anordnung der Unterbringung deshalb aufzuheben, weil eine mit Strafe bedrohte Handlung oder der Geisteszustand des Angekl. nicht ausreichend dargetan sei.

Infolgedessen ist ein Ergebnis der neuen Verhandlung denkbar, wonach die volle Zurechnungsfähigkeit des Angekl. anzunehmen und demgemäß seine Unterbringung in der Anstalt abzulehnen wäre. Der hierin liegende Widerspruch gegen die Freisprechung ließe sich aber in einem solchen Falle nicht dadurch vermeiden, daß die Wirkung des Rechtsmittels auf die

Prüfung des Geisteszustandes des Angekl. schaffen zu müssen, weil der Geisteszustand nach dem Inhalt des § 42 b StGB. eine Grundlage für die Unterbringung des Angekl. darstellt. Tatsächlich ist aber aus dem Wortlaut des § 42 b StGB. keine Schlussfolgerung dahin zu ziehen, daß das RevG. im Falle der Anfechtung der „Unterbringung“ auch diese Voraussetzung nachzuprüfen und gegebenenfalls aus diesem Gesichtspunkte die Aufhebung des angefochtenen Urteils auszusprechen habe. Wenn sich der Revisionsführer bei den tatsächlichen Feststellungen zur Schuldsseite beruhigt und nur gegen die Anordnung der Unterbringung ankämpft, so bleibt dem RevG. nur die Aufgabe, die Berechtigung eben dieser Anordnung nachzuprüfen. Es muß mithin feststellen, ob das angefochtene Urteil überhaupt ausreichende Darlegungen dafür enthält, daß der Angekl. zurechnungsfähig oder vermindert zurechnungsfähig sei, in diesem Zustand eine Straftat verübt habe, und auf der anderen Seite, daß die öffentliche Sicherheit seine Unterbringung erfordere. Enthält das Urteil keine klaren und überzeugenden Feststellungen zu diesen Punkten, so muß das RevG. die angefochtene Entsch. aufheben. Hat aber der Vorderrichter die Zurechnungsfähigkeit oder die verminderte Zurechnungsfähigkeit des verbrecherischen Angekl. einwandfrei festgestellt, so muß das RevG. vor dieser Feststellung haltmachen und lediglich die Frage, was die öffentliche Sicherheit fordere, nachprüfen. Ich habe schon in dem genannten Aufsatz darauf hingewiesen, daß die von mir beanstandete Rspr. des RG. auf eine Nichtbeachtung der relativen Rechtskraft hinausläuft. Solange das Gesetz (vgl. §§ 316, 318, 327, 343, 352 StPO.) die Möglichkeit einer beschränkten Urteilsanfechtung zuläßt und demgemäß die Prüfungspflicht des Rechtsmittelgerichts begrenzt, solange muß es auch bei der Anerkennung einer teilweisen Rechtskraft von Gerichtsentsh. verbleiben. Es ist interessant, zu beobachten, wie das RG. auf der einen Seite sich über die teilweise Rechtskraft des Urteils hinwegsetzt, auf der anderen Seite aber — an sich nicht folgerichtig — in der obigen Entsch. das Verbot der reformatio in pejus beachtet.

Wäre die hier bekämpfte Aussaffung des RG. guttredend, wonach es die Voraussetzungen für die Anordnung der Unterbringung nicht nur hinsichtlich ihrer einwandfreien Feststellung, sondern auch noch hinsichtlich der Grundlagen dieser Feststellung prüfen müsse, so würden damit die Grundsätze über die teilweise Rechtskraft von Strafurteilen überhaupt über den Haufen geworfen. Denn man könnte mit der Beweisführung des RG. schon von jeder Bestrafung sagen, daß sie die Zurechnungsfähigkeit des Angekl. voraussehe und demgemäß die Anfechtung auch nur der Strafe es notwendig mache, in allen Fällen auch den Schuld spruch nachzuprüfen, für den ja immer als erste Voraussetzung die Bejahung der Zurechnungsfähigkeit in Frage kommt.

Das von dem RG. selbst als unbequem empfundene Ergebnis seiner Darlegungen läßt sich mithin sehr wohl vermeiden. Der Angekl. ist im obigen Falle vom Trafichter freigesprochen worden; das Verbot der reformatio in pejus führt dazu, daß es bei dieser Freisprechung unter allen Umständen verbleiben muß. Ist es schon aus diesem Grunde zwecklos, den Gründen der Freisprechung nachzugehen, so lag im gegenwärtigen Falle auch deshalb kein Anlaß dazu vor, weil lediglich die Anordnung der Unterbringung angefochten war. Müßte daher die Schuldfrage in der RevInst. außerhalb der Erörterung bleiben, so durfte das RevG. m. G. auch nicht dem Vorderrichter anheimgehen, den Geisteszustand des Angekl. nochmals nachzuprüfen, so daß er eine mit der — endgültig schon feststehenden — Freisprechung des Angekl. in Widerspruch stehende Feststellung seiner Zurechnungsfähigkeit treffen könnte. Hatte das RG. Bedenken, ob die Anordnung der Unterbringung des Angekl. zu Recht bestehe, so war vielmehr die von ihm verfügte Aufhebung des LGUrt. auf diesen Punkt zu beschränken.

Freisprechung erstreckt und auch diese von dem RevG. aufgehoben würde, sondern er müßte als Folge des § 358 Abs. 2 StGB. ertragen werden.

(1. Sen. v. 20. Nov. 1934; 1 D 1222/34.) [W.]

18. §§ 47 ff., 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. In der bloßen Belastung des Treugebers mit einer Verbindlichkeit kann keine Verfügung über ein Vermögensstück des Treugebers i. S. des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. liegen (vgl. u. a. RGSt. 10, 72; 13, 375). Dabei macht aber die Verfügung über einen festen dem Auftraggeber eingeräumten Kredit eine Ausnahme (RGSt. 62, 130, 133; RGUrt. v. 24. Sept. 1929, 2 D 288/25; v. 8. Nov. 1927, 1 D 719/27; v. 7. April 1932, 2 D 1382/31 und v. 16. Nov. 1933, 3 D 585/33); ein derartiger Kredit ist als ein Vermögensstück des Auftraggebers anerkannt. Handeln auf Anweisung einer vorgesetzten Behörde oder Stelle bildet für strafbare Handlungen eines Beamten grundsätzlich keinen Rechtfertigungsgrund. Er hat die Ausführung von Anweisungen, die ihm die Begehung einer strafbaren Handlung zumeuten, abzulehnen (vgl. RGUrt. v. 8. Mai 1934, 1 D 1170/33). Fortsetzungszusammenhang kann nur angenommen werden, wenn am Anfang der Ausführung ein Vorsatz steht, der den Gesamterfolg der in einzelnen Teilhandlungen zu verwirklichenden Tat umfaßt. Neben einem derartigen Gesamtversuch bedarf es aber zur Begehung einer jeden Teilhandlung stets noch einer besonderen Willensentschließung. Durch gelegentliches Schwanken des Täters bei der Fassung dieser Einzelentschlüsse verliert jedoch der die ganze Tat zusammenfassende Gesamtversuch noch nicht seine Bedeutung. Hieraus erklärt sich die rechtliche Möglichkeit einer Ansichtung auch für einzelne Teilhandlungen einer fortgesetzten Handlung (stündige Rsp., vgl. u. a. RGSt. 17, 227; 34, 5; 48, 206, 207f.; 56, 326, 328; RGUrt. v. 13. Dez. 1929, 1 D 1052/29; v. 27. Mai 1930, 1 D 456/30; vom 10. Juli 1933, 2 D 731/33 = J.W. 1933, 2281; v. 15. Mai 1934, 1 D 172/34 = J.W. 1934, 1654; v. 3. Dez. 1934, 3 D 1200/34 = J.W. 1935, 524²²).

(3. Sen. v. 1. Nov. 1934; 3 D 1095/34.) [L.]

19. § 157 Abs. 1 Nr. 2 StGB.; §§ 383 Abs. 1 Nr. 3, 384 Nr. 1 und 2, 385 Abs. 1 Nr. 4 BPD.

1. Ist der Zeuge unter Hinweis auf einen bestimmten gesetzlichen Tatbestand, z. B. den des § 383 Abs. 1 Nr. 3 BPD., darüber belehrt worden, daß er zur Verweigerung des Beugnisses berechtigt sei, so schließt dies die Strafermäßigung des § 157 Abs. 1 Nr. 2 aus, mager auch über ein aus einem weiteren rechtlichen Gesichtspunkt noch bestehendes Verweigerungsrecht nicht belehrt worden sein (vgl. 1 D 192/34 vom 16. März 1934); dies gilt selbst dann, wenn in Wahrheit nur das letztere, nicht aber das erstgenannte Beugnisverweigerungsrecht bestand.

2. Ist das Beugnisverweigerungsrecht des § 384 Nr. 2 BPD. gegeben, das des § 384 Nr. 1 aber gem. § 385 Abs. 1 Nr. 4 ausgeschlossen, so ist es für die Anwendbarkeit des § 157 Nr. 2 ohne Belang, ob der Täter seine Aussage zugunsten des Verwandten oder Verschwägerten in dem Sinn erstattet hat, daß er ihn vor vermögensrechtlichem Schaden bewahre (§ 384 Nr. 1), oder in dem Sinn, daß er dessen strafgerichtliche Verfolgung verhüten wollte (§ 384 Nr. 2). Vgl. auch III D 928/24 v. 15. Jan. 1925 (zit. bei Ebermayer, Bem. 5 a. E.).

1. Die Voraussetzungen der Nr. 1 des § 157 Abs. 1

glaubt die Rev. in folgendem erfüllt sehen zu können: Der Neffe des Angekl. M., habe den von ihm eingeforderten Restbetrag seiner Forderung, den die Schuldnerin D. schon längst an M. und den Angekl. durch Lieferung landwirtschaftlicher Erzeugnisse und Barzahlung getilgt haben wolle, tatsächlich nie erhalten; also habe der Angekl. wenn er als Vormund seines Neffen diese Leistungen entgegengenommen und sie nicht seinem Mündel abgeliefert bzw. mit ihm darüber abgerechnet habe, sich diesem gegenüber der Untreue oder der Unterschlagung schuldig gemacht; durch Angabe der Wahrheit hätte er sich einer Verfolgung wegen dieses Vergehens ausgesetzt.

Mit dieser Beweisführung setzt sich die Rev. in Widerspruch zu den tatsächlichen Feststellungen des LG. Dieses spricht anlässlich der Erörterungen über die Strafzumessung ausdrücklich aus, daß der Angekl. das von der Frau D. erhaltenen nicht etwa, statt es für sein Mündel zu verwenden, selbst verbraucht habe; vielmehr sei der Mündel über die Leistungen der Schuldnerin im Bilde gewesen und sie seien ihm auch zugute gekommen. Damit ist die Annahme der Rev. von einer strafbaren Handlung des Angekl., die er durch Angabe der Wahrheit hätte aufdecken müssen, widerlegt und die Anwendung des § 157 Nr. 1 insoweit ausgeschlossen. Auch die bei dem Zusammenleben des Angekl. mit seinem Neffen naheliegende Möglichkeit, er habe mit dem Neffen zusammen zum Nachteil der Schuldnerin einen Prozeßbetrag begangen — oder begehen wollen — oder seinem Neffen doch hierzu Beihilfe geleistet, vermag die Anwendung des § 157 Nr. 1 zugunsten des Angekl. nicht zu begründen; denn soweit im Zeitpunkt der Eidesleistung ein Betrugsvorwurf vorgelegen hätte, würde von ihm der Angekl. durch Angabe der Wahrheit mit hefriender Wirkung gem. § 46 StGB. zurückgetreten sein (RGSt. 58, 295).

2. Der Angekl. hatte aber, da der Kl. sein Neffe (Sohn seiner Schwester) war, an sich das Recht, das Zeugnis zu verweigern, und zwar auf Grund folgender gesetzlichen Bestimmungen:

a) Ganz allgemein auf Grund des § 383 Abs. 1 Nr. 3 BPD.,

b) ob auch auf Grund des § 384 Nr. 1 BPD., kann zweifelhaft sein. Zwar mußte der Neffe mit seiner Klage abgewiesen werden, wenn der Angekl. als Zeuge zugab, daß er für den Neffen von der Bell. Frau D. die von ihr behaupteten Lieferungen und Zahlungen als vereinbarte Leistung auf ihre jetzt vom Neffen eingeforderte Schuld empfangen habe. Damit wäre dem Neffen aber nur sein Recht geworden. Ob hierin ein Schaden i. S. des Ges. gefunden werden kann und ob § 384 Biff. 1 einem Zeugen die Aussageverweigerung auch in solchem Fall sichern will, in dem er durch sie einem anderen zu einem der Rechtsordnung zwiderlaufenden Vor teil verhelfen würde, bedarf jedoch für den vorliegenden Fall keiner Entscheidung, da, wie unten dargelegt, jenes Verweigerungsrecht hier aus anderem Grund wegfällt.

c) Jedenfalls hatte der Angekl. aber auf Grund des § 384 Nr. 2 BPD. ein Zeugnisverweigerungsrecht; denn da nach der Feststellung des angefochtenen Urts. der Neffe seinerzeit mit dem Angekl. zusammen die landwirtschaftlichen Erzeugnisse bei der Bell. abgeholt hatte, auch von der Zahlung von 20 RM mußte, den Empfang der Leistungen auf die Schuld der Bell. also kannte, so machte er sich durch die prozessuale Geltendmachung der angeblich noch geschuldeten Restsumme eines zum mindesten versuchten Prozeßbetruges schuldig; deckte der Angekl. durch wahrheitsgemäße Angabe unter Eid diesen Sachverhalt auf, so setzte er seinen Neffen der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung aus. Für die Anwendbarkeit des § 157 Nr. 2 ist es dabei ohne Belang, ob der Angekl. bei seiner Aussage nur daran gedacht hat, dem Neffen zum Prozeßsieg zu verhelfen, oder ob er ihn vor der im Fall der Aufdeckung ihm drohenden Strafe hat schützen wollen (vgl. auch III D 928/24 v. 15. Jan. 1925, angeführt in Ebermayer-Lobe, Bem. 5 a. E. zu § 157).

Das auf § 383 Abs. 1 Nr. 3 und auf § 384 Nr. 1 beruhende Zeugnisverweigerungsrecht des Angekl. entfällt jedoch im vorliegenden Fall gem. § 385 Nr. 4 BPD., weil

den Gegenstand seiner Vernehmung eine auf das streitige Rechtsverhältnis sich beziehende Handlung bildete, die von ihm als Vertreter der Partei vorgenommen sein sollte: die Schuldnerin behauptete, sie habe dem Angekl. als dem Vormund des damals noch minderjährigen Kl. die Leistungen auf ihre Schuld gemacht, und das RG. stellt dies auch tatsächlich fest.

Das auf § 384 Nr. 2 BGB. sich stützende Zeugnisverweigerungsrecht stand dem Angekl. jedoch zu.

Die Rev. macht nun geltend, der Angekl. sei „nur hinsichtlich seiner Verwandteigenschaft belehrt“, auf den Gesichtspunkt der Verweigerung der Aussage nach § 384 Nr. 1 und 2 aber nicht hingewiesen worden. Auch sei er nicht auf sein Recht, die Beleidigung zu verweigern, hingewiesen worden.

Letzteres ist auf alle Fälle bedeutungslos, weil für § 157 Nr. 2 nicht neben einer Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht noch eine solche über das Recht zur Eidesverweigerung in Betracht kommt (RGSt. 62, 142).

Dagegen hätte der Angekl., wenn § 157 Nr. 2 ausscheiden sollte, über sein Recht, die Aussage abzulehnen, belehrt werden müssen. Dies ist möglicherweise unterblieben, denn die Urteilsgründe, die sich mit dem § 157 überhaupt nicht befassen, enthalten nichts darüber, ob und in welchem Sinne der Angekl. über ein ihm zustehendes Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden ist, und ebenso wenig darüber, wie seine Vernehmung sich abgespielt hat: ob nur in einem Termin mit alsbaldiger Beleidigung oder in mehreren Terminen, erst uneidlich und später eidlich. Auch die Darstellung in der Revisionsbegründung ist in dieser Beziehung nicht klar; immerhin dürfte sie so gemeint sein, daß zwar eine Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht bei der ersten Vernehmung stattgefunden hat, bei einer späteren dagegen eine Belehrung weder über ein Zeugnis-, noch über ein Eidesverweigerungsrecht erfolgte.

Da nach dem zuletzt Gesagten nur ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 384 Nr. 2 BGB. bestand, könnte sich jene Belehrung eben auf dieses Recht bezogen haben, so daß dann die gegenteilige Behauptung der Rev. nicht zutreffen würde. Übrigens wäre dies für die Unwürdigkeit des § 157 Nr. 2 gar nicht erforderlich; denn eine Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 383 Nr. 3 BGB. würde eine solche über ein außerdem oder statt seiner gem. § 384 Nr. 1 oder 2 bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht erübriggt haben (RG. v. 16. März 1934, 1 D 192/34; JW. 1934, 1575 = DRZ. 1934, 298 Nr. 297).

Auch dann bleibt aber jedenfalls noch offen, daß die Beleidigung des Angekl. in einem besonderen Termin vorgenommen worden sein kann, bei dem er über ein Zeugnisverweigerungsrecht überhaupt nicht belehrt wurde. Dann aber wäre, gleichviel ob eine nochmalige Belehrung nach den Vorschriften der BGB. geboten war oder nicht, die Anwendung von § 157 Nr. 2 nach der ständigen Rspr. des RG. nicht ausgeschlossen (RGSt. 60, 106; 62, 207).

(1. Sen. v. 26. Okt. 1934; 1 D 941/34.) [Hn.]

20. § 158 StGB. Eine Zurücknahme des Widerrufs einer falschen Zeugenaussage muß, wenn überhaupt möglich, mindestens bei der in § 158 StGB. bezeichneten Behörde geschehen.

Das SchwG. versagt dem Beschw. die Strafmerkmäßigung des § 158 StGB. deshalb, weil er den — den sonstigen Vorauflösungen dieser Bestimmung augenscheinlich entsprechenden — Widerruf seiner falschen Aussage „später zurückgenommen und seine falsche eidliche Aussage aufrechterhalten hat“. Wie die Feststellungen des angef. Urt. ergeben, hat der Beschw. die wissenschaftlich falsche eidliche Aussage als Zeuge in einem bürgerlichen Rechtsstreit gemacht und sie in eben demselben Rechtsstreit bei seiner zweiten, uneidlichen Vernehmung als falsch widerrufen. Er ist bei dieser Erklärung auch verblieben, nachdem ein Strafverfahren wegen Meineides gegen ihn anhängig gemacht worden war, insbes. auch noch bei seiner Vernehmung als Angehuldigter durch den Untersuchungsrichter. Erst nachdem ihm die Anklageschrift zugestellt worden war, hat

er erklärt, sein Widerruf sei falsch, er habe sich geirrt, seine erste — eidliche — Aussage sei richtig. Dem Urteilszusammenhang muß entnommen werden, daß der Angekl. diese Erklärung nur gegenüber der Strafverfolgungsbehörde oder dem Strafgericht, also innerhalb des gegen ihn gerichteten Strafverfahrens, abgegeben hat, und nur zu dem Zweck, um sich gegen die Anklage wegen Meineides zu verteidigen; jedenfalls sagt das angef. Urt. nichts darüber, daß diese „Zurücknahme“ des Widerrufs zur Kenntnis des bürgerlichen Gerichts gekommen wäre, vor dem der Angekl. den Widerruf erklärt hatte, und daß er dies gewollt oder auch nur sich vorgestellt hätte.

§ 158 StGB. verlangt, daß der Meineidige den Widerruf der falschen Aussage „bei derjenigen Behörde, bei welcher er sie abgelegt hat“, erkläre; wenn also eine Zurücknahme dieses Widerrufs mit der Wirkung, daß die Strafmerkmäßigung des § 158 nicht eintrete, überhaupt denkbar und möglich sein soll, dann muß dazu doch mindestens gefordert werden, daß auch sie bei der in § 158 bezeichneten Behörde geschehe. Denn mit der Vergünstigung des § 158 — und ebenso des § 163 Abs. 2 StGB. — verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, in den Verfahren, in denen eine Entsch. auf beschworene Aussagen begründet werden soll, der Wahrheit noch nachträglich zum Siege zu verhelfen und Benachteiligungen dessen, der von der Entsch. betroffen wird, zu verhüten (vgl. RGSt. 34, 422); dieses Ziel bleibt aber jedenfalls so lange gewahrt, als der Widerruf seinerseits nicht vor der mit der Entsch. noch befaßten Behörde selbst von dem Meineidigen — sei es unmittelbar oder sei es mit seinem Wissen und Wollen durch Vermittlung eines Dritten — zurückgenommen oder als zu Unrecht geschehen hingestellt wird. Ja sogar eine solche Zurücknahme oder Entkräftigung des Widerrufs wird der Behörde, die in dem vor ihr anhängigen Verfahren die Aussage des Meineidigen als Beweismittel verwerten soll, in aller Regel keinen Anlaß geben, der ursprünglichen, wissenschaftlich falschen Aussage wieder zu trauen und sie bei der Fällung ihrer Entsch. mitzuverwerten. Im vorl. Falle kommt noch hinzu, daß durchaus die Möglichkeit besteht, daß der bürgerliche Rechtsstreit, in dem der Angekl. die falsche Aussage gemacht hatte, schon rechtskräftig entschieden war, als er seinen Widerruf „zurücknahm“. Dann aber wäre für eine „Zurücknahme“ des Widerrufs überhaupt kein Raum mehr gewesen.

(4. Sen. v. 18. Dez. 1934; 4 D 1418/34.)

[W.]

21. § 181a StGB. a. u. n. F.; §§ 181 Abs. 1 Nr. 2, 73 StGB.

1. Ein der Zuhälterei gegenüber der Ehefrau angeklagter Ehemann kann sich nicht darauf berufen, daß ihm ein das Merkmal der Ausbeutung ausschließender Unterhaltsanspruch gegen seine Ehefrau zugestanden habe (so auch RGUrt. v. 28. Febr. 1924, 2 D 176/24).

2. Das Verbrechen der Zuhälterei nach § 181a n. F. kann mit schwerer Zuhälterei nach § 181 Abs. 1 Nr. 2 StGB. in Tateinheit stehen.

Der Tatbestand des § 181a StGB. n. F. ist in seinen beiden Begehungsfomren ausreichend nachgewiesen. Die Strk. hat insbes. mit zutreffenden Ausführungen dargetan, daß sich der Angekl. nicht darauf berufen könne, gegenüber seiner Ehefrau, aus deren Unzuchtsverdienst er teilweise den Lebensunterhalt bezog, einen geheizlichen Unterhaltsanspruch gehabt zu haben, der die Annahme des Tatbestands der ausbeutativen Zuhälterei ausschließe (so auch schon RGUrt. vom 28. Febr. 1924, 2 D 176/24). Daß der Angekl. nach Annahme der Strk. auch nicht etwa an das Bestehen eines Unterhaltsanspruchs geglaubt hat, ergibt sich aus der Feststellung, daß der Angekl. wie das unangemeldete Wohnen entnehmen lasse, selbst sein Treiben als unerlaubt angesehen habe. Er handelte auch nicht etwa in einem unverschuldeten Notstand i. S. des § 54 StGB.; denn er hätte vom Fürsorgeamt Unterstützung erhalten, wenn er sich mit dem, was ihm angeboten war, begnügt und nicht eine Lebensführung erstrebt hätte, die ihm im Wege der Fürsorge nicht geboten werden konnte.

Gegen die Annahme der Tateinheit mit einem Verbrechen der schweren Kuppelei nach § 181 Abs. 1 Nr. 2 StGB. besteht angesichts der neuen Fassung des § 181a n. F. StGB. kein Bedenken.

(1. Sen. v. 21. Dez. 1934; 1 D 1322/34.)

[Hn.]

** 22. §§ 217, 221 StGB. Bei unbedingtem wie auch bei bedingtem Vorsatz der Kindesstötung ist eine besondere Verurteilung wegen Aussetzung im rechtlichen Zusammentreffen mit § 217 StGB. ausgeschlossen. Der Senat gibt insoweit die in RGSt. 25, 321 ausgesprochene gegenteilige Rechtsansicht auf.

Durch das angefochtene Urt. wurde die Angell. wegen Aussetzung mit Todesfolge (§ 221 StGB.) in Tateinheit mit Kindesstötung (§ 217 StGB.) zu drei Jahren Buchthaus verurteilt. Die Strafe ist dem § 221 Abs. 3 StGB. als dem schwereren Gesetz entnommen. Das Urt. nimmt an, daß die Angell. mit unbedingtem Aussetzungs- und bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt hat.

Die Rüge der Rev., daß der Begriff der Aussetzung verkannt sei, weil die Angell. das Kind nicht dauernd, sondern nur vorübergehend in eine hilflose Lage habe versetzen wollen, ist unbegründet (RGSt. 7, 111; 41, 165; 54, 274). Weitere Ausführungen hierzu sind aber nicht nötig, da eine besondere strafbare Handlung der Aussetzung gar nicht vorliegt. Denn die Rüge der Rev., daß es rechtsirrig sei, wenn das Gericht annimmt, es sei ein rechtliches Zusammentreffen zwischen §§ 217 und 221 StGB. möglich, greift durch.

Die Frage nach der Möglichkeit eines solchen Zusammentreffens ist eine alte Streitsfrage.

Der erk. Sen. hat in RGSt. 25, 321 angenommen, daß Idealkonkurrenz zwischen §§ 217 und 221 dann ausgeschlossen ist, wenn sowohl die Aussetzung als die Kindesstötung mit unbedingtem Vorsatz begangen werden; denn unter dieser Voraussetzung sei es undenkbar, daß derjenige, der einen anderen töten will, eben denselben an Leib und Leben nur gefährden wolle; beides schließe einander begrifflich aus. Dagegen nimmt der Senat in der gleichen Entsch. an, daß Idealkonkurrenz möglich sei, wenn direkter Aussetzungsvorsatz und bedingter Tötungsvorsatz oder umgekehrt zusammentreffen; denn es stehe nach den Denkgesetzen nichts entgegen, eine solche Gestaltung des Falles anzunehmen.

Zu RGSt. 25, 321 haben schon der erk. Sen. in RGSt. 62, 8 und der 4. StrSen. in RGSt. 42, 214 Zweifel an der Richtigkeit des dort eingenommenen Standpunkts geäußert, ohne aber eine bestimmte Stellung zu der Frage einzunehmen. Der Sen. hält die geäußerten Zweifel aus folgenden Gründen für gerechtfertigt.

In RGSt. 25, 321 wird die Frage im wesentlichen unter dem Gesichtspunkte beurteilt, ob nach den Denkgesetzen der unbedingte Aussetzungsvorsatz mit einem bedingten Tötungsvorsatz vereinbar sei, und mit Rücksicht auf die Verschiedenheit des unbedingten und bedingten Vorsatzes ein rechtliches Zusammentreffen bei unbedingtem Tötungsvorsatz verneint, bei bedingtem Vorsatz bejaht. Es bedarf für die Entsch. der Frage hier keiner bestimmten Stellungnahme dazu, ob rein denkgesetzlich ein unbedingter Aussetzungsvorsatz mit bedingtem Tötungsvorsatz vereinbar ist, während das bei unbedingtem Tötungsvorsatz nicht der Fall sein soll, und ob jene Auffassung mit dem vom 3. StrSen. in RGSt. 61, 375 vertretenen Standpunkt im Einklang steht, wonach der unmittelbare Vorsatz der Körperverletzung mit bedingtem Tötungsvorsatz unvereinbar sei.

Entscheidend ist allein, ob für die strafrechtliche Beurteilung einer abgeschlossenen Tat dem Aussetzungsvorsatz neben dem Tötungsvorsatz überhaupt noch Beachtung zu schenken ist, für die Beantwortung dieser Frage ist kein Gewicht darauf zu legen, ob der Tötungsvorsatz ein bedingter oder ein unbedingter ist. Auch ein Handeln mit bedingtem Vorsatz ist ein vorsätzliches und wird, soweit nicht das Gesetz für den einzelnen Straftatbestand etwas anderes bestimmt, für das strafrechtliche Verhältnis gleich bewertet. Es kommt

lediglich darauf an, ob und in welchem Umfange bei vorsätzlicher Verlehung eines strafrechtlich geschützten Rechtsgutes die ebenfalls unter Strafschutz gestellte bloße Gefährdung desselben Rechtsgutes noch für die strafrechtliche Beurteilung der Tat von Bedeutung ist. Vom Standpunkt des geltenden Rechts ist an dem Grundsatz festzuhalten, daß ein Gefährdungsdelikt neben dem Verlehnungsdelikt als besondere Straftat nicht mehr in Betracht kommt, sondern das erstere vom letzteren aufgezehrt wird (RGSt. 59, 107). Denn vorsätzliche Verlehung eines Rechtsgutes schließt den Verbrechenswert jener Gefährdung, wenn sie zur Verlehung geführt hat, in sich, so daß der Gefährdung die eigene strafrechtliche Bedeutung genommen ist. Dabei ist allerdings notwendige Voraussetzung, daß es sich um dasselbe Rechtsgut handelt, daß also der Gefährdung nicht eine über die Verlehung hinausgreifende Bedeutung zukommt. Im Falle der Aussetzung mit Todesfolge und der Kindesstötung ist das geschützte Rechtsgut gleichermaßen das Leben; anders bei den gemeingefährlichen Verbrechen, bei denen rechtliches Zusammentreffen mit Tötungsverbrechen als möglich anzusehen ist (RGSt. 31, 198).

Der Senat hält deshalb auch bei bloß bedingtem Vorsatz der Kindesstötung eine besondere Verurteilung aus dem Gesichtspunkte der Aussetzung in rechtlichem Zusammentreffen mit dem Verbrechen des § 217 StGB. für ausgeschlossen und gibt insoweit die in RGSt. 25, 321 ausgesprochene Rechtsansicht auf.

Für die Notwendigkeit der Gleichsetzung von unbedingtem und bedingtem Tötungsvorsatz im Falle des § 217 StGB. spricht aber noch besonders folgende Erwägung: Schließt man bei unbedingtem Tötungsvorsatz das rechtliche Zusammentreffen mit § 221 StGB. aus, dann wird die Strafe aus § 217 StGB. entnommen, der mildernde Umstände zuläßt. Läßt man aber bei bedingtem Tötungsvorsatz das rechtliche Zusammentreffen zu, dann ist die Strafe aus § 221 Abs. 3 StGB. zu entnehmen und mildernde Umstände sind ausgeschlossen. Eine solche strengere Bestrafung des bedingten Vorsatzes als des unbedingten würde der Gerechtigkeit widersprechen. Dabei bleibt allerdings bestehen, daß der Kindsmutter, die ohne (unbedingten oder bedingten) Tötungswillen ihr Kind sofort nach der Geburt aussetzt, mildernde Umstände auch dann nicht zugebilligt werden können, wenn ihr Kind bei der Aussetzung ungewollt den Tod findet (§ 221 Abs. 3 StGB.). Dieser auf dem Gesetz bestehende Widerspruch kann durch die Rspr. nicht beseitigt werden, wohl aber der andere eben gezeigte (vgl. hierzu den ähnlichen auf dem Gesetz beruhenden Widerspruch für die §§ 244, 249, 252 StGB.; der in RGSt. 6, 245 festgestellt ist).

Hier nach war die Angell. nur der vorsätzlichen Kindesstötung nach § 217 StGB. schuldig zu sprechen. Insoweit konnte das Urt. vom Senat berichtigt werden. Wegen der Straffestsetzung mußte die Sache zurückverwiesen werden, da nunmehr § 217 StGB., der mildernde Umstände zuläßt, allein anzuwenden ist.

(2. Sen. v. 15. Nov. 1934; 2 D 83/34.)

<= RGSt. 68, 407. [W.]

** 23. § 218 Abs. 4 Satz 2 StGB.

Verschafft ist ein Abtreibungsmittel einer Schwangeren auch dann, wenn es nicht ihr selbst ausgehändigt wird, sondern eine Mittelsperson es mit ihrem Willen für sie zum Zweck der Abtreibung vom Täter erwirbt, um es ihr auszuhändigen oder nach ihren Weisungen darüber zu verfügen (vgl. Urt. v. 26. April 1929, 1 D 192/29).

Dass die Schwangere selbst die Anregung zum Erwerb gegeben haben müste, ist nicht erforderlich.

Bestrafung wegen Versuchs der Verschaffung setzt nicht voraus, daß der Täter geglaubt hat, die Schwangere sei zur Abtreibung entschlossen, sofern er nur dem Mittelsmann das Werkzeug zum Zwecke der Abtreibung in der Erwartung

übergaben hat, dieser werde es der Schwangeren aushändigen und die Abtreibung alsdann vorgenommen werden.

In sachlich-rechtlicher Beziehung bekämpft die Rev. die Verurteilung des Angell. wegen vollendeten Verbrechens i. S. des § 218 Abs. 4 Satz 2 StGB. (gewerbsmäßiges Verschaffen von Mitteln oder Werkzeugen zur Abtreibung der Frucht an eine Schwangere) mit der Begr. es sei der Begriff des „Verschaffens“ vom SchwG. verkannt worden.

1. „Verschafft“ ist ein Abtreibungsmittel oder -werkzeug der Schwangeren jedenfalls dann, wenn es ihr so zugänglich gemacht worden ist, daß sie die Verfügungsgewalt darüber erlangt und damit die Möglichkeit erhalten hat, die Abtreibung vorzunehmen. Das kann dadurch geschehen, daß ihr der Täter oder eine Zwischenperson das Werkzeug unmittelbar aushändigt; es genügt zur Vollendung des Verbrechens aber auch schon, wenn eine Mittelperson das Werkzeug mit dem Willen der Schwangeren für sie zum Zweck der Abtreibung vom Täter erwirbt, um es ihr auszuhändigen oder darüber nach ihren Weisungen zu verfügen, und der gewerbsmäßig handelnde Verkäufer weiß oder mit der Möglichkeit rechnet und damit einverstanden ist, daß das Mittel ihrem Willen entsprechend in ihre Verfügungsgewalt gelangt (vgl. Urt. des erk. Sen. v. 26. April 1929, 1 D 192/29, über das im Vorstehenden jedoch noch hinausgegangen wird).

Daz die Schwangere selbst die Anregung zum Erwerb gegeben haben müßte, wird zwar im Schrifttum vielfach als Voraussetzung für die Vollendung bezeichnet (Olshausen, Anm. 13 IIa zu § 218; Eberm., Bem. 9 zu § 218), und auch die Rev. macht sich diese Rechtsauffassung zu eigen. Weder Wortlaut noch Zweck des Gesetzes rechtfertigen aber eine solche Einschränkung. Es ist kein zwingender gesetzgeberischer Grund erkennbar, warum jemand, der einer ihm als schwanger bekannten Frauensperson von sich aus ein Werkzeug zur Abtreibung ihrer Frucht zugänglich macht und dadurch vielleicht erst den Entschluß, abzutreten, bei ihr hervorruft, nicht oder doch leichter (nämlich nur wegen Versuchs) bestraft werden sollte, als jemand, der hierzu erst durch eine Anregung der bereits zur Abtreibung Entschlossenen sich hat bestimmen lassen. Das gilt in gleicher Weise, mag das Verbrechen durch Aushändigung des Werkzeugs an die Schwangere selbst oder durch Ausfolgung an eine Mittelperson unter den oben dargelegten Umständen zur Vollendung kommen.

Immer ist erforderlich, daß die Frau wirklich schwanger und das Mittel zur Abtreibung geeignet war; nicht dagegen, daß mit ihm eine Abtreibung versucht oder ausgeführt worden ist (vgl. die oben angef. Entsch. sowie RGSt. 68, 13¹).

Hat die Mittelperson ohne das Einverständnis der Schwangeren gehandelt, so braucht der Täter, um der versuchten Verschaffung schuldig zu sein, nicht angenommen zu haben, daß die Schwangere zur Abtreibung entschlossen sei, sich darüber überhaupt keine Gedanken gemacht zu haben; es genügt, wenn er dem Mittelsmann das Werkzeug zum Zwecke der Abtreibung in der Erwartung übergeben hat, dieser werde es der Schwangeren aushändigen und die Abtreibung alsdann vorgenommen werden.

(1. Sen. v. 15. Jan. 1935; 1 D 1436/34.)

[Hn.]

** 24. § 263 Abs. 4 StGB. Die Annahme eines besonders schweren Falles wird durch die Feststellung eines besonders starken und verwerflichen verbrecherischen Willens noch nicht gerechtfertigt. Zum Begriffe „besonders arglistig“.

Der Rev. ist zuzugeben, daß die Ausführungen, mit denen die Anwendung des § 263 Abs. 4 StGB. begründet wird, jedenfalls, wenn man sie für sich allein betrachtet, den Zweifel aufwerfen, ob sich das LG. über die sachliche Bedeutung dieser Vorschrift und über die an die Begründung im Falle ihrer Anwendung zu stellenden Anforderungen völlig klar gewesen ist. Aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber den Begriff des „besonders schweren Falles“, an dessen Vorliegen dort die Zulässigkeit der Straffärfung geknüpft ist, nicht näher umschrieben und sich auf die Aufzählung mehrerer Bei-

spiele hierfür beschränkt hat, ist zwar zu folgern, daß im wesentlichen der Richter darüber zu entscheiden hat, ob er einen solchen Fall annehmen will oder nicht. Immerhin handelt es sich aber um einen Rechtsbegriff, und es verbleibt daher dem SchwG. die Nachprüfung, ob der Vorderrichter diesen nicht verkannt hat. Die Urteilsbegründung muß demnach ergeben, daß er ohne Rechtsirrtum einen der nach dem Gesetz die Annahme des besonders schweren Falles rechtfertigenden Umstände für vorliegend erachtet hat. Daran fehlt es hier. Das LG. führt aus, der Angekl. habe — wie z. B. durch die Fälschung der Sitzungsberichte — ein so außerordentliches Maß von List und Tücke angewandt, daß nicht nur ausgesprochen dumme, sondern auch durchaus vorsichtige und überlegende Leute getäuscht werden könnten. Er habe in vielen Fällen arme, bedürftige Leute geschädigt — stets aber seien seine Opfer solche Volksgenossen gewesen, die die Kredite bitter nötig hatten, und keinesfalls in der Lage waren, einen Geldverlust leicht verschmerzen zu können. Aus diesen Gründen müsse auf einen besonders stark ausgeprägten verbrecherischen Willen geschlossen werden.

Auf Grund dieser Darlegungen entsteht zunächst der Eindruck, daß es dem LG. darauf ankam, den besonders hartnäckigen verbrecherischen Willen und dessen besondere Verwerflichkeit festzustellen und daß es darin die entscheidende Begründung für die Annahme eines besonders schweren Falles gefunden hat. Das wäre rechtsirrig. War läßt die Entwicklung, wie sie in der neueren Strafgelehrtebung hervortritt, zweifellos erkennen, daß der verbrecherische Wille des Täters, sein inneres Wesen, seine innere Einstellung und Beziehung zur Tat neben der von ihm ausgehenden Gefahr mehr und mehr bei der Frage nach der Strafbarkeit, besonders aber auch für die Strafbestimmung ins Gewicht fallen, und so ist grundsätzlich auch davon auszugehen, daß ein ungewöhnlich starker und verwerflicher verbrecherischer Wille, der bei der Begehung der Tat hervorgetreten ist, bei der Entsch. der Frage, ob ein „besonders schwerer Fall“ vorliegt, nicht unberücksichtigt bleiben kann. In § 77 ADStGB., Entw. 1927, der wohl dem § 263 Abs. 4 StGB. n. f. wie auch dem § 266 Abs. 2 das. als Vorbild gebient hat, war das auch ausdrücklich vorgesehen. Wie aber dessen Wortlaut und auch die Begründung (S. 58) ergeben, sollte der in der angegebenen Weise besonders gestaltete Wille des Täters keine selbständige Voraussetzung für die Annahme eines besonders schweren Falles bilden. Ein solcher Fall sollte vielmehr nur angenommen werden dürfen, wenn daneben noch andere Tatsachen nachgewiesen werden, und zwar Tatsachen, die die Tat aus dem Regelfall herausheben und in den Umständen ihrer Begehung oder in ihren schweren Folgen gefunden werden sollten. Diese äußeren Tatsachen fehlen, wenn auch in mehr konkreter Form, in den im § 263 Abs. 4 StGB. n. f. aufgeführten Beispielen von „besonders schweren Fällen“ wieder. Von dem verbrecherischen Willen ist dort aber überhaupt nicht mehr die Rede. Hätte der Gesetzgeber neben den erwähnten äußeren Umständen den besonders starken und verwerflichen verbrecherischen Willen des Täters für sich allein und unabhängig davon, ob ein solcher äußerer Umstand vorliegt, als zur Begründung des „besonders schweren Falles“ ausreichend angesehen, so hätte er das im Gesetz zum Ausdruck gebracht und als Beispiel auch ihn mitgeführt. Da das unterblieben ist, ist davon auszugehen, daß das Hervortreten eines besonders starken und verwerflichen verbrecherischen Willens für sich allein als Begründung für die Annahme eines besonders schweren Falles nicht genügt. So weit in der Entsch. 2 D 669/34 eine abweichende Auffassung vertreten wird und darauf jene Entsch. beruhen sollte, vermag der Sen. dem nicht zu folgen. Einer Anrufung der Verstrassen. nach § 136 Abs. 1 StGB. bedarf es insoweit nicht, da die Entsch. des Fer. Sen. den erk. Sen. nicht bindet.

Nun hat das LG. allerdings auch auf das außerordentliche Maß von List und Tücke hingewiesen, mit dem der Beichw. gehandelt habe. Allein abgesehen davon, daß es diesen Gesichtspunkt nur nebenbei verwertet hat, scheint es angenommen zu haben, daß ein besonders arglistiges Handeln jedenfalls dann vorliege, wenn die Täuschung nicht nur gegenüber „ausgesprochen dummen“, sondern auch bei „durchaus

¹⁾ JZB. 1934, 693.

vorsichtigen und überlegenden" Leuten Erfolg hatte. Wenn man schon einen solchen Rücksluß für angängig erachten wollte, so hätte ihm das LG. doch keinesfalls als Ausgangspunkt die Wirksamkeit der Täuschung gegenüber ausgesprochen dummen Menschen zugrunde legen dürfen. Als Maßstab könnte dann nur der normale Durchschnittsmensch in Frage kommen. Indessen ist der vom LG. beschrittene Weg rechlich überhaupt nicht zu billigen, da er zu einem zulässigen Ergebnis nicht zu führen vermag. Das ergibt sich schon daraus, daß folgerichtig ein besonders arglistiges Handeln gegenüber Menschen, die in geistiger Hinsicht oder hinsichtlich ihrer Geschäftsgewandtheit oder ihrer Erfahrung, hinter dem Durchschnittsmenschen zurückbleiben, regelmäßig ausgeschlossen wäre. Das kann aber nicht der Standpunkt des Gesetzes sein. Das LG. hätte also auf die Begehungsweise selbst eingehen und prüfen müssen, ob sich in ihr eine besondere Arglist zeigt, insbes. ob der Angell. den verbrecherischen Erfolg unter Anwendung besonders listiger, über das gewöhnliche, beim Betrug schon begrifflich vorauszusehende Maß hinausgehender Ränke erstrebt und erreicht oder zu erreichen versucht hat. Hierbei konnte und mußte es unter Umständen auch auf die erwähnten Eigenschaften der Getäuschten eingehen und daraus für jene Wertung der Begehungsweise etwa bedeutsame Schlüsse ziehen. Gedenfalls müßte aber das LG. die Tatsachen angeben, in denen es jene Wertung begründet sah. In dieser Hinsicht hat es nur beispielsweise und nebenher die Fälschung der Sitzungsberichte angeführt. Zum Nachweise besonders arglistigen Handelns kann das weder allein noch in Verbindung mit dem bereits erörterten Rücksluß ausreichen. Denn Betrüger arbeiten erfahrungsmäßig häufig mit Fälschungen, und es kann sich nicht ohne weiteres ein Betrug, der in Tateinheit mit gewinnstüchtiger Privaturlundenfälschung begangen ist, allein deswegen immer als besonders schwerer Fall darstellen. Das LG. hätte daher hervorheben müssen, weshalb in der vorgenommenen Fälschung der Berichte und in ihrer Verwendung als Täuschungsmittel ein besonders listiges Verhalten erblickt wurde. Ferner hätte es auch das übrige Verhalten des Angell. gegenüber den Getäuschten unter dem in Rede stehenden Gesichtspunkt würdigen und beurteilen müssen, ob eine besondere Arglist, von Form und Inhalt der Sitzungsberichte abgesehen, nicht in der eine Entbedarf besonders erschwerenden Ausgestaltung der Täuschungshandlung durch Verwendung eines besonders vertrauenerweckenden äußeren Aufmachung und Heranziehung dritter Personen als Sachverständiger sowie in der hinsichtlich der angewendeten List sich steigernden Wiederholung der Täuschungshandlungen zu finden ist.

(5. Sen. v. 17. Dez. 1934; 5 D 475/34.)

[W.]

25. § 265 StGB. Die betrügerische Absicht setzt voraus, daß der Täter das Ziel verfolgt, dem Versicherungsnehmer einen unrechtmäßigen Vermögensvorteil zuzuwenden. Als Versicherungsnehmer kann dabei sowohl der Täter selbst als auch ein Dritter in Betracht kommen. Ist der Täter zugleich der Versicherungsnehmer und handelt er in der Absicht, sich unter Verheimlichung der Brandursache die Versicherungssumme zu verschaffen, so ergibt sich aus der Bestimmung des § 61 BGB. ohne weiteres, daß eine solche Absicht betrügerisch ist. Es bedarf aber hierzu eines besonderen Nachweises, wenn der Täter einem anderen die Versicherungssumme verschaffen will.

Dadurch, daß ein Dritter in der vorbezeichneten Absicht die versicherte Sache in Brand setzt, geht dem Versicherungsnehmer der Anspruch auf die Versicherungssumme in der Regel nicht verloren. Was er als Ersatz für den Versicherungsschaden auf Grund des Gesetzes und des Versicherungsvertrages erhält, erwirkt er rechtmäßig. Anders ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn beispielsweise der Versicherungsnehmer von der Tat des Dritten gewußt hat und mit ihr einverstanden gewesen ist (vgl. hierzu insbes. RGSt. 64, 273, 275—278) oder, wenn der Versicherungsvertrag den Ver-

sicherungsfall bei Brandstiftung überhaupt oder bei Brandstiftung seitens eines Angehörigen des Versicherungsnehmers ausschließt oder wenn die Sache überversichert ist und das Bestreben des Täters dahin geht, dem Versicherungsnehmer die Versicherungssumme in ungerechtfertigter Höhe zu verschaffen (vgl. zu alledem RGSt. 62, 297 und die dort angeführten älteren Entscheidungen).

(5. Sen. v. 4. Febr. 1935; 5 D 20/35.)

[Hn.]

**** 26. § 266 StGB.** Eine feste Abgrenzung des Begriffs „Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen“ ist nicht möglich. Bei der Neufassung des § 266 StGB. hat der Gesetzgeber auf eine Bindung der Kspr. an starre Rechtsbegriffe verzichtet und ihr stattdessen eine Art Rahmenvorschrift zur Ausfüllung einräumen wollen. Richtlinien für die Ausfüllung der Rahmenvorschrift.

I. Der Angell., der Betriebszellenobmann eines Industriewerkes war, hat vom September 1933 bis zum März 1934 als Amtswalter der Deutschen Arbeitsfront für diese bei seinen Mitarbeitern gegen Aushändigung von Marken Beiträge eingezogen und diese, statt sie bestimmungsgemäß an die Arbeitsfront abzuliefern, zu einem Teil für sich verwendet. Das LG. hat ihn wegen (erschwerter) Unterschlagung i. S. des § 246 StGB. (2. Begehungsf orm) verurteilt, während die beschwerdeführende Sta. ihn der Untreue i. S. des § 266 StGB. i. d. Fass. des Ges. v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 295) für schuldig hält.

II. Die neue Fassung des § 266 StGB. sucht die dem bisherigen Untreue-Parapharen anhaftenden Mängel und Lücken zu beseitigen, indem sie die gesetzgeberische Folgerung aus den Ergebnissen der neueren Kspr. des RG. zieht, die — dem praktischen Bedürfnisse folgend — den Geltungsbereich der strafbaren Untreue immer mehr erweitert hatte.

Zugleich sucht das neue Gesetz den über das Wesen der Untreue bestehenden Widerstreit zwischen der „Missbrauchs“- und der „Treuebruchs“-Lehre zu lösen, indem es, sich teilweise an den § 348 des Entwurfs 1927 anlehrend, beide Grundauffassungen verwertet und zusammenfaßt. Es stellt zwei selbständige Untreuetatbestände nebeneinander:

1. den Missbrauch einer auf Gesetz, behördlichem Auftrag oder Rechtsgeschäft beruhenden Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten,
2. die Verlezung einer auf Gesetz, behördlichem Auftrag, Rechtsgeschäft oder einem Treueverhältnis beruhenden Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen.

In beiden Fällen muß hinzukommen, daß hierdurch dem, dessen Vermögensinteressen der Täter zu betreuen hat, Nachteil zugefügt wird.

III. Das LG. will in dem Verhalten des Angell. deshalb keine Untreue sehen, weil er zur Verfügung über die Marken oder das (sofort in das Eigentum der Deutschen Arbeitsfront übergegangene) Geld nicht berechtigt, sondern lediglich wie ein Verteilungsmittel von Marken und Geld gewesen sei. Damit hat es aber nur den ersten dieser beiden Tatbestände ausgeschlossen. Diesen allerdings mit Recht, denn wenn man den Angell. deshalb, weil er als Beleg für die bewirkten Beitragzahlungen Marken auszufolgen hatte, dem Überbringer einer Quittung gleichstellen wollte, so verlieh ihm doch diese Stellung als solche nicht die Befugnis, über die Beitragforderungen der Arbeitsfront oder über die von ihm einzuziehenden, zu verwahrenden und dann abzuliefernden Beitragsgelder zu „verfügen“ (vgl. die Entsch. RGSt. 42, 211, die auch für das neue Recht noch ihre Geltung behält).

IV. Es bleibt aber noch die Frage zu beantworten, ob sein Tun nicht unter den zweiten Tatbestand des § 266 n. F. fällt, ob also der Angell. die (auf einem der drei dort aufgezählten Rechtsgründe oder auf einem rein tatsächlichen

Treueverhältnis beruhende) Pflicht verletzt hat, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen.

1. Die Obliegenheiten des Angestellten beruhen auf dem Auftrag der ihm übergeordneten Stellen der Deutschen Arbeitsfront. Ob hier von einem „behördlichen Auftrag“ gesprochen werden kann, bedarf keiner Erörterung, denn wenn das zu verneinen wäre, so wären doch die Voransetzungen eines Auftrags i. S. der §§ 662 ff. BGB, also eines Rechtsgeschäfts, gegeben.

2. Zweifelhaft kann sein, ob seine Obliegenheiten zu dem zu rechnen sind, was das Gesetz mit „Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen“ bezeichnet. Die Abgrenzung dieses sehr weit gefassten Begriffs bietet erhebliche Schwierigkeiten. Sicher ist, daß das Gesetz hier, anders als beim Missbrauchstatbestand, daß Innenverhältnisse zwischen dem Täter und dem Inhaber des Vermögens für maßgebend erklärt. Offenbar will es unter dem Begriff der „zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen Verpflichteten“ die in § 266 Abs. 1 Nr. 1 und 3 a. F. einzeln, aber lückenhaft aufgezählten Personen, soweit sie nicht schon unter den Missbrauchstatbestand fallen, zusammenfassen.

Der Begriff reicht aber seinem Wortlaut nach weiter. Man kann hierunter alle Aufgabenkreise und Tätigkeiten verstehen, die eine Einwirkung irgendwelcher Art (durch Handlung, Duldung, Unterlassung) auf das Vermögen oder auf Vermögensteile eines anderen zum Gegenstand haben, hierzu nötig oder dienlich sind. Im Schriftum wird die Grenze in der Tat vielfach so weit gezogen und darunter ganz allgemein einbezogen der Überbringer einer Quittung, der Kellner, der Lohnkutscher, Hausverwalter, Milchmann, Bäckerjunge, die für ihren Geschäftsherrn Gelder einnehmen und diese rechtzeitig abzuliefern versäumen. Ausscheiden würde dann fast nur der Bote als solcher.

3. Aus dem Wortlaut des Gesetzes läßt sich gegen eine so weitgehende Auslegung nichts durchaus Zwingendes entnehmen. Er läßt sich selbst auf ganz untergeordnete Auftrags- und Dienstverhältnisse, ja sogar noch auf einen großen Teil der Botendienste anwenden.

Das kann aber nicht der Wille des Gesetzgebers sein. Dieser wollte zwar den Bereich der strafbaren Untreue erweitern, so daß nach dem neuen Recht in Fällen wie dem in AGSt. 42, 211 entschiedenen Untreue anzunehmen sein kann. Aber schon die erhebliche Erhöhung nicht bloß des außerordentlichen (Abs. 2), sondern auch des ordentlichen Strafrahmens, ferner die Wahl der Ausdrücke „Wahrnehmen“, „Betreuen“, „Vermögensinteressen“, die schon ihrem sprachlichen Inhalt nach auf Vorgänge von einem gewissen Gewicht hindeuten, lassen doch erkennen, daß der Bereich nicht ins Ungemessene erweitert werden, daß nicht jeder kleinste, vom Standpunkt der Volksgesamtheit vielleicht bedeutungslose Fehlritt den schweren Folgen der neuen Strafbestimmung unterstellt werden sollte. Um bei der unbestimmten Fassung des Gesetzes überhaupt eine Grenze ziehen zu können, muß man neben dem Wortlaut auf den Zweck sehen, den der Gesetzgeber mit der Änderung des Untreueparagraphen verfolgt hat: Man wollte im Kampf gegen Schieberamt und Korruption den strafrechtlichen Schutz von Treu und Glauben im Verkehr und die Sicherung des gegenseitigen Vertrauens in Handel und Wandel erweitern und verstärken.

Unter den Schutz des Strafgesetzes sollen also Treueverhältnisse gestellt werden, welche den Täter und den Vermögensinhaber verbinden und jenen zur Betreuung von „Vermögensinteressen“ des anderen verpflichten. Ihre bewußte Verleugnung soll als Untreue bestraft werden. Das geht über die bloße Pflicht hinaus, irgendeine geschuldete Leistung zu erfüllen; denn nicht jeder Leistungspflicht liegt ein Treueverhältnis zugrunde. Ob ein solches besteht, müssen die besonderen Umstände des einzelnen Falles ergeben.

Die Tätigkeit, welche der „Betreuende“ auf dieser Grundlage ausübt, soll „Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen“ sein.

Dem Ausdruck „Vermögensinteressen“ kann und muß i. Verb. m. den Ausdrücken „betreuen“ und „wahrnehmen“ soviel entnommen werden, daß an Pflichten oder Pflichten-

kreise gedacht ist, die sich ihrer Dauer nach über eine gewisse Zeit oder ihrem Umfang nach über bloße Einzelfälle hinaus erstrecken, so daß hinsichtlich ihrer Erfüllung der Verpflichtete einen gewissen Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbständigkeit hat, mag auch ein solcher Pflichtenkreis an Bedeutung und Umfang hinter dem eines Vormunds, eines Testamentsvollstreckers oder anderer Vermögensverwalter im eigentlichen Sinne mehr oder weniger zurückbleiben und sich mehr einer einzelnen Geschäftsbefragung i. S. des bürgerlichen Rechts nähern.

Nicht hierher werden in der Regel rein mechanische Tätigkeiten gehören, so die bloße Botentätigkeit als solche oder die Erledigung untergeordneter Einzelaufträge. Ausnahmen sind freilich auch hier denkbar, wie etwa die Tätigkeit eines Kassenboten. Einen Anhaltspunkt kann es auch geben, ob die das Vermögen des anderen berührende Obliegenheit des Täters den wesentlichen Inhalt oder nur eine Nebenpflicht des zwischen beiden bestehenden Innenverhältnisses bildet.

4. Mit alledem ist freilich keine eindeutige, alle Fälle treffende Grenze gezogen, so daß gewissermaßen ein Schlüssel dafür gewonnen wäre, was unter den § 266, was darüber hinausfällt. Das ist bei der Unbestimmtheit des Gesetzesausdrucks überhaupt nicht möglich; ihr muß vielmehr als Absicht des Gesetzgebers entnommen werden, daß dieser — wohl in bewußtem Gegensatz zur bisherigen Fassung des § 266 — auf eine Bindung der RSPR. an starre Rechtsbegriffe hat verzichtet und ihr stattdessen eine Art Rahmenvorschrift zur Ausfüllung hat eingeräumt wollen. Bei deren Ausfüllung können die obigen Gesichtspunkte dem Richter Hinweise dafür geben, auf welche Anzeichen er bei der von ihm zu treffenden Entsch. zu achten hat. Ob dann im Einzelfall von einer Pflicht zur Betreuung oder Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen gesprochen werden kann, muß der Richter schließlich nach seinem vernünftigen Ermessen feststellen, für welches ihm als Maßstab der Zweck des Gesetzes und dessen Entstehungsgeschichte dienen muß.

Die sich ergebende Erweiterung gegenüber dem bisherigen Geltungsbereich der strafbaren Untreue liegt i. S. des Gesetzes und steht auch nicht im Widerspruch zu dem, was der deutsche Sprachgebrauch und das Volksempfinden mit dem Wort „Untreue“ auszudrücken pflegt. Diesem gefundenen Volksempfinden entspricht auch die schärfere Abhöhung, welche ein solches Handeln durch den § 266 n. F., wenigstens durch dessen ordentlichen Strafrahmen, erfährt.

5. Damit greift allerdings die strafbare Untreue weit in das Gebiet der Unterschlagung, insbes. von anvertrautem Gut, hinein, und es wird auch der § 350 StGB. in weitem Umfang seiner praktischen Bedeutung entkleidet. Beide Vergehen standen sich aber schon bisher nahe. § 266 Abs. 1 Nr. 2 a. F. war geschaffen worden, um eine Lücke des Gesetzes nach der Richtung auszufüllen, daß über den § 246 hinaus auch die fremde Treue anvertrauten Forderungen und Rechte geschützt würden (AGSt. 62, 58 [60]; 63, 406 [408]). Daß beide Gesetzesvorschriften durch dieselbe Handlung verletzt werden können (§ 73 StGB.), war schon bisher anerkannt. Damit scheidet auch der Versuch aus, die Grenze etwa in der Weise zu ziehen, daß § 266 n. F. auf die nicht von § 246 StGB. erfaßten Fälle beschränkt würde. Der heutige Rechtszustand unterscheidet sich von dem früheren in seinen Wirkungen allerdings grundlegend dadurch, daß sich früher die Strafdrohungen für die Untreue und die erschwerete Unterschlagung nicht sehr voneinander unterschieden, während jetzt, nachdem die Tatbestände einander noch mehr angenähert worden sind, die Strafdrohung für die Untreue gegenüber der Unterschlagung außerordentlich verschärft worden ist. Es kann jetzt also vorkommen, daß zwei Taten, die sich tatbestandsmäßig nur wenig unterscheiden, von denen aber nur die eine unter § 266 n. F. fällt, vom Gesetz mit ganz verschiedenen hohen Strafen bedroht sind.

Ob dies vom Gesetzgeber beabsichtigt war, ist hier nicht zu untersuchen. Aber wenn das zu schweren Unbilligkeiten führen mag, so kann dem doch schon aus grundsätzlichen Erwägungen nicht dadurch begegnet werden, daß man den den

Begriff umschreibenden Abs. 1 des § 266 einengt. Soweit hier eine Einschränkung erforderlich ist, müßte sie auf dem Boden des derzeitigen Rechtszustandes in einer sorgfältigen Abwägung der im Abs. 2 gegebenen Maßstäbe versucht werden.

V. Daß im vorliegenden Fall der Tätigkeit des Angell. als Betriebszellenobmanns und Amtswalters der Deutschen Arbeitsfront nicht bloß ein bürgerlich-rechtliches Vertragsverhältnis zugrunde lag, sondern ein Treueverhältnis in dem oben gekennzeichneten Sinne, ergibt sich schon aus der Eigenart der Deutschen Arbeitsfront, die auf Schaffung der Betriebseinheit und des Arbeitsfriedens abzielt und von dem Grundsatz von Betriebsführertum und -gesellschaft beherrscht wird.

Es handelte sich, wie die Höhe der einbehaltenen Beträge zeigt, um eine nach Dauer und Umfang recht ausgedehnte Tätigkeit, die zum Ziel hatte, die für die Arbeitsfront zur Durchführung ihrer Aufgaben unentbehrlichen Geldmittel innerhalb des dem Angell. unterstellten Betriebes zu beschaffen; sie gewährte dem Angell. eine tatsächliche Möglichkeit, auf die zum Vermögen der Arbeitsfront gehörenden Ansprüche oder die auf Grund derselben bezahlten Gelder einzutwirken, und forderte von ihm ein gewisses Maß von Geschick, Regsamkeit und eine gewisse Selbstständigkeit des Handelns, auch stellte sie einen wesentlichen Inhalt seiner gesamten Obliegenheiten als Betriebszellenobmann dar. Die Verleugnung dieser seiner Pflichten fällt unter den § 266 n. F., 2. Fall.

In einem ähnlich liegenden Fall hat der FerSen. als 1. StrSen. ohne nähere Begründung die Verurteilung eines Helfers beim Winterhilfswerk wegen Untreue gem. § 266 n. F. gebilligt, weil er die von ihm auf Grund einer Haushaltungsliste für die NS.-Volkswohlfahrt eingesammelten Gelder nicht abgesteckt, sondern verbraucht hatte (1 D 785/34 v. 29. Aug. 1934).

VI. Das LG. hat in dem Tun des Angell. eine Unterschlagung gesehen. Daß diese rechtliche Würdigung auch neben einer Bestrafung wegen Untreue grundsätzlich möglich ist, ist bereits oben ausgesprochen worden.

Da das Geld mit der Einziehung durch den Angell. Eigentum der Deutschen Arbeitsfront wurde und er nicht etwa schon bei der Einziehung jedes einzelnen Betrages die Absicht hatte, das Geld für sich zu verwenden, vielmehr diesen Entschluß erst gefaßt hat, als er es schon in seinem Besitz hatte, so hat er sich der Untreue in Tateinheit mit Unterschlagung schuldig gemacht (vgl. AGSt. 63, 406; 16, 343, die infsofern auch für das neue Recht noch Geltung haben).

Das angefochtene Urt. muß daher im Schuldausspruch entsprechend berichtigt werden. Im Strafausspruch muß es aufgehoben werden.

(1. Sen. v. 9. Okt. u. 14. Dez. 1934; 1 D 865/34.) [L.]

27. § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. a. F. Vermögensverfügung durch Annahme von Geschenken. Wenn Gewährung und Annahme von Geschenken aus fremden Mitteln nicht grundsätzlich verboten sind, so ist für sie allein maßgebend der Zweck, dem das anvertraute Vermögen dient, und das Verdienst, das der zu Bedenkende an der Erfüllung dieses Zweckes hat.†)

Der Kreisausschuß hat aus Mitteln des Kreises Tafel Silber im Werte von 2093,65 RM angeschafft und dem

Zu 27. Das Urteil verdient im Ergebnis Beifall, in der Begründung kann es wenig befriedigen.

I. Im Mittelpunkt der Erörterungen steht die Frage, ob und in welchem Umfange es einem Beamten gestattet ist, Geschenke aus öffentlichen Mitteln anzunehmen. Falls kein ausdrückliches Verbot besteht, soll die Hingabe und Annahme gestattet sein, wenn „besondere Umstände“ es rechtfertigen — z. B. eine allgemeine Übung, die aber kein Missbrauch sein darf. Im einzelnen seien dafür maßgebend einerseits der Zweck, dem das anvertraute Vermögen diene, andererseits das Verdienst, daß der zu Bedenkende an der Erfüllung dieses Zweckes habe. In ersterer Beziehung sei vor allem die wirtschaftliche Lage des Unternehmens oder der Einrichtung, für die das Vermögen bestimmt ist, in Betracht zu ziehen, in letzterer Beziehung die Höhe der Entlohnung, die der zu Bedenkende für seine Arbeit bereits erhält. Eine besonders strenge Prüfung nach den beiden Richtungen wird dann stattfinden müssen, wenn das Geschenk aus öffentlichen Mitteln gewährt werden soll. Diese Mittel sind für allgemeine Bedürfnisse bestimmt; sie dürfen nicht für Dinge verwendet

Angell. (damaligen Landrat) aus Anlaß seiner Silberhochzeit übergeben. Das LG. glaubt, den § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. a. F. auf diesen Sachverhalt zunächst aus dem Grunde nicht anwenden zu können, weil der Angell. keine Vermögensverfügung i. S. dieser Bestimmung getroffen habe. Die Rev. bezeichnetet diese Auffassung mit Recht als irrig.

Die Anschaffung des Silbers ist allerdings ohne Wissen und Wollen des Angell. erfolgt; insoweit kommt also eine von ihm getroffene Verfügung nicht in Frage. Wohl aber ist eine solche in der Annahme des Geschenkes zu finden. Mit der Anschaffung ist das Silber Eigentum des Kreises geworden. Dieser verlor den Besitz und das Eigentum daran dadurch, daß es der Angell. mit dem Willen des Eigentumsvertrags entgegennahm. Der Angell. hat also eine Handlung vorgenommen, die eine tatsächliche und eine rechtliche Veränderung der Beziehung des Kreises zu dem Gegenstand zur Folge hatte. Damit ist der Begriff des Verfügungs erfüllt.

Als zweiten Grund für die Nichtanwendung des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. a. F. führt das LG. an, daß sich der Angell. im Zeitpunkt der Annahme des Geschenkes der Rechtswidrigkeit seines Tuns nicht bewußt gewesen sei. Es begründet diese Annahme nicht näher. Der Angell. würde nur entlastet sein, wenn er irrigerweise die Rechtmäßigkeit seines Handelns angenommen hätte, und es entstünde die Frage, ob sein Irrtum Tatumsände i. S. des § 59 StGB. oder Normen des Strafrechts betroffen hätte.

Die Auslegung des Urt. im erstenen Sinne wird infsofern nahegelegt, als der Angell. bei der Annahme den Wert des Geschenkes nicht erkannt haben will. Selbst wenn das LG. diesem Vorbringen Glauben geschenkt haben sollte, würde es zu seiner einwandfreien Würdigung nur haben gelangen können, wenn es vorher die rechtliche Frage geprüft hätte, ob und in welchem Umfang dem Angell. die Annahme von Geschenken erlaubt war.

Hierfür sind selbstverständlich vor allem die Dienstvorschriften und die Anordnungen der vorgesetzten Stellen maßgebend. Soweit die Hingabe oder Annahme von Geschenken aus öffentlichen Mitteln verboten ist, ist sie schlechthin rechtswidrig. Besteht kein solches Verbot, so kann sie gestattet sein, wenn und soweit sie durch besondere Umstände gerechtfertigt ist. Als ein solcher Umstand kann wohl eine allgemeine Übung in Betracht kommen. Das LG. hat eine solche in einem anderen Zusammenhang festgestellt. Derartige Übungen dürfen aber nicht zum Missbrauch werden; in diesem Falle kann ihre Rechtmäßigkeit nicht anerkannt werden, wie die oberstrichterliche Aspr. schon immer bei der Würdigung der Bedeutung von Sitten und Gebräuchen für das Recht angenommen hat.

Allein maßgebend für die Gewährung von Geschenken aus fremden Mitteln, infolgedessen auch für deren Annahme, können, wenn sie nicht grundsätzlich verboten sind, nur sein einerseits der Zweck, dem das anvertraute Vermögen dient, andererseits das Verdienst, das der zu Bedenkende an der Erfüllung dieses Zweckes hat. In ersterer Beziehung ist vor allem die wirtschaftliche Lage des Unternehmens oder der Einrichtung, für die das Vermögen bestimmt ist, in Betracht zu ziehen, in letzterer Beziehung die Höhe der Entlohnung, die der zu Bedenkende für seine Arbeit bereits erhält. Eine besonders strenge Prüfung nach den beiden Richtungen wird dann stattfinden müssen, wenn das Geschenk aus öffentlichen Mitteln gewährt werden soll. Diese Mittel sind für allgemeine Bedürfnisse bestimmt; sie dürfen nicht für Dinge verwendet

in letzterer Beziehung die Höhe der Entlohnung, die der Betreffende für seine Arbeit bereits bekomme.

Als eine Begründung, die logisch flächhaftig ist und die entscheidenden Gesichtspunkte klar herausstellt, kann man das nicht bezeichnen. Zunächst ist zu fragen: Was hat der Zweck, dem das anvertraute Vermögen dient, mit dessen wirtschaftlicher Lage zu tun? Hier handelt es sich um Gesichtspunkte, die nichts miteinander zu tun haben.

Ob der Täter seinen Pflichten zuwiderrichtet hat, kann nur mit Hilfe des Begriffs der ordnungsmäßigen Geschäftsführung bestimmt werden (Schwingen-Siebert, Das neue Untreuerstrafrecht S. 45 f.). Ob der Verwalter fremder Interessen seiner

werden, die außerhalb dieser Bedürfnisse liegen. Es ist denkbar, daß ein allgemeines Bedürfnis dafür besteht, oder daß es die öffentlichen Belange erfordern, einem verdienstvollen Beamten aus einem besonderen Anlaß zum Zeichen der Anerkennung und zur Erhöhung der allgemeinen Dienstfreudigkeit der Beamten ein Geschenk zu überreichen. Aber auch dann muß das Ausmaß des Geschenkes diesem Bedürfnis oder diesen Belangen entsprechen.

Einer besonderen Bemerkung bedarf nur noch die Frage, ob der Angekl. dadurch entlastet wird, daß für die Hingabe der Geschenke Beschlüsse der maßgeblichen Stellen vorgelegen haben, die äußerlich in Ordnung waren, ferner daß er von der Schenkung aus Kreismitteln dem RegPräf. Mitteilung gemacht, dieser sie aber nicht beanstandet hat. Diese Umstände können für die Gutgläubigkeit des Angekl. insofern in Betracht kommen, als auch er die Rechtmäßigkeit der Geschenke in dem obigen Sinne annehmen könnte, weil diese Personen sie für angemessen hielten. Aber auch diese Personen könnten nicht etwas geben oder bewilligen, was nicht dem öffentlichen Bedürfnis oder den öffentlichen Belangen entsprach. Wenn etwa — eine Annahme, die der Sachverhalt nahelegt — der Wert der Geschenke außer Verhältnis zu der wirtschaftlichen Lage des Kreises gestanden hätte oder über das Maß einer angemessenen Auszeichnung des Angekl. hinausgegangen wäre,

Treupflicht zuwidergeht hat, ist danach zu bestimmen, „was der regelmäßige und gesunde Verkehr unter Berücksichtigung der jeweiligen Verhältnisse fordert“ (RG. 119, 400 = JW. 1928, 1049). Die Antwort auf diese Frage wird nicht nur von Eigenart und Bedeutung der Interessen abhängig sein, sondern auch von Zeit und Ort der Tätigung.

Danach kommt es in erster Linie an auf die Art der Tätigkeit. Die Stellung eines Beamten ist anders als die des Generaldirektors einer Bank oder eines industriellen Unternehmens. Eine gegenverloste Zuwendung an einen Beamten wird viel seltener noch als ordnungsgemäß anzusprechen sein, als eine gleichartige Zuwendung an einen in der Wirtschaft Tätigen. Das ergibt sich aus der staatsrechtlichen Stellung des Beamten, seiner stark herausgehobenen öffentlich-rechtlichen Treupflicht, das folgt aber auch aus der Eigenart der ihm anvertrauten Interessen. Mit Recht sagt der Senat: „Diese Mittel sind für allgemeine Bedürfnisse bestimmt; sie dürfen nicht für Dinge verwendet werden, die außerhalb dieser Bedürfnisse liegen.“ Andererseits wird zutreffend betont, daß Geschenke an verdiente Beamte nicht grundfährlich ausgeschlossen sein sollen. Es muß aber ein besonderer Anlaß dafür vorliegen.

Von Bedeutung sind zweitens auch die zeitlichen Umstände, unter denen die Handlung vorgenommen wurde. Ist die Wirtschaftslage im allgemeinen und die finanzielle Lage der zu betreuenden Körperschaft im besonderen ungünstig, so sind Hingabe und Annahme eines so ungewöhnlichen Geschenks pflichtwidrig.

II. Zustimmung verdient das Urteil auch, wenn es betont, daß der Beschuß des KrAussch. und das Unterbleiben einer Beanstandung seitens des RegPräf. den Angekl. nicht entlasten können, weil beides selbst pflichtwidrig war. Der darin liegende allgemeine Rechtsgebanke ist nun schon zu einem festen Grundsatz in der Rspr. des RG. zum neuen Untreuestrafrecht geworden (vgl. meine Num. in JW. 1934, 2773 und die dort angegebenen Entscheidungen).

III. Zweifelhaft liegt die Frage, ob der Angekl. vorjährlich gehandelt hat. Daß ihm bei dem ungewöhnlichen Geschenk Bedenken gekommen sind, beweist seine Mitteilung an den RegPräf. Im Hinblick darauf erscheint es mir fraglich, daß bei ihm das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit vorhanden war. Ob das RG. dem Fehlen des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit bei § 266 StGB. n. f. vorzugsweise die Wirkung zusprechen wird, läßt sich bei der Irrationalität seiner Irrtumslehre nicht mit Sicherheit sagen, ist auch aus dem vorl. Urteil nicht klar zu entnehmen. Seine Rspr. zum Parteiverrat, einem der Untreue sehr nahe verwandten Delikt, läßt aber darauf schließen, daß das RG. im allgemeinen den Mangel des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit berücksichtigen wird, da der Begriff der Pflichtverleugnung Tatbestandsmerkmal ist und weitauß überwiegender seinen Inhalt aus Normen empfängt, die nicht dem Strafrecht angehören (Näheres bei Schwinge-Siebert S. 55). Im vorl. Fall spricht vieles dafür, daß der Angekl. dieses Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit nicht gehabt hat. Mindestens aber hat er in entschuldbarem Glauben an eine ihn deckende Einwilligung des Machtgebers gehandelt, ein Irrtum, der nach der Lehre des RG. ein die Rechtswidrigkeit negierendes Tatbestandsmerkmal betrifft und als solcher vom § 59 StGB. erfaßt wird (Schwinge-Siebert S. 55).

Prof. Dr. Erich Schwinge, Halle a. d. S.

oder wenn die dafür aufgewendeten Mittel dringenderen Bedürfnissen entzogen worden wären, so könnte sich der Angekl., falls er dies erkannt hätte, nicht damit entschuldigen, daß andere für eine geordnete Vermögensverwaltung mitverantwortliche Personen die rechtswidrige Vermögensminderung mitverschuldet hätten.

(5. Sen. v. 3. Dez. 1934; 5 D 158/34.)

[L.]

28. § 266 Abs. 2 StGB. (n. f.). Eine geldliche Schädigung der NSDAP. mag bei der engen Beziehung zwischen ihr und dem Staat in vielen Fällen auch eine Schädigung des Wohles des Deutschen Volkes bedeuten. Das kann aber nicht ohne weiteres bei jeder Schädigung angenommen werden. Eine Schädigung der NSDAP. durch Untreue kann das Wohl des Deutschen Volkes auch insofern schädigen, als sie zu einer Minderung des Ansehens der Partei und damit des von ihr getragenen Staates und Volkes führen kann, sie braucht das aber nicht in jedem Fall zu tun.

Die Begründung der Rev. rügt lediglich die Anwendung des Abs. 2 des § 266 StGB. Sie bekämpft somit nur den Strafausspruch. Demgegenüber ist es unbeachtlich, daß bei Einlegung der Rev. ohne Begründung Aufhebung des angefochtenen Urt. und Freisprechung des Angekl. beantragt worden ist (RG. 1 D 254/34; JW. 1934, 2067). Die Straße sieht einen besonders schweren Fall der Untreue deshalb als vorliegend an, weil die Tat des Angekl. das Wohl des Volkes geschädigt habe. Das Urt. führt aus, der Angekl. sei als Mann der Parteiorganisation und Kassenverwalter des Stützpunktes H. der NSDAP. zu dieser und ihrem Führer zu besonderem Treuverhältnis verpflichtet gewesen. In Verleugnung dieser Treupflicht habe der Angekl. Geld, das Eigentum der Partei gewesen sei, für sich verbraucht und damit der Partei einen Nachteil zugefügt. Die NSDAP. sei nun aber der wesentliche und bestimmende Faktor im Leben des Deutschen Volkes; wer die Partei schädige, schädige das Deutsche Volk; somit habe der Angekl. auch das Wohl des Deutschen Volkes geschädigt. Diese Erwägungen reichen zur Begründung der Anwendung des Abs. 2 Satz 2 von § 266 StGB. nicht aus. — Eine Schädigung des Wohles des Deutschen Volkes durch eine Untreue i. S. des § 266 StGB. ist in doppelter Weise denkbar; sie kann einmal auf finanziellem Gebiet liegen, sie kann aber auch eine Schädigung im Ansehen sein. Nach beiden Richtungen ist der vorl. Fall zu prüfen. Betrachtet man die geldliche Schädigung der NSDAP., so wird bei der engen Beziehung zwischen ihr und dem Staat, von der der Vorderrichter ausgeht, in vielen Fällen angenommen werden müssen, daß eine Schädigung der Partei in ihrem Vermögen auch eine Schädigung des Deutschen Volkes bedeutet. Das kann aber nicht ohne weiteres bei jeder Schädigung angenommen werden. Nicht jeder kleine geldliche Verlust der NSDAP. schädigt das Wohl des Deutschen Volkes. Es würde eine übertriebene Wertung wirtschaftlicher Vorgänge gegenüber den vielen anderen für das Wohl des Volkes wichtigen Gesichtspunkten sein, und eine zu geringe Wertung der das Volk tragenden Kräfte bedeuten, wenn schon ein geringer Geldverlust einer mit dem Staat in enger Verbindung stehenden Organisation ohne weiteres als Schädigung des Wohles des Deutschen Volkes angesehen würde. Zu diesem Punkt mag verwiesen werden auf ein Urt. des FerSen. des RG. v. 14. Sept. 1934, 5 D 42/34¹), in dem zu einem Fall der Schädigung der NS.-Volkswohlfahrt um einen mäßigen Geldbetrag ausgeführt ist, daß eine Schädigung des Wohles des Volkes nur anzunehmen sei, wenn das Volk als Ganzes oder doch eine nicht geringfügige Mehrzahl von Volksgenossen in dieser Eigenschaft als Volksgenossen fühlbar beeinträchtigt werden. Dem ist beizutreten. — Die verhältnismäßig geringfügige geldliche Schädigung der NSDAP. als solche kann hiernach nicht schon als eine Schädigung des Wohles des Volkes angesehen werden. Es fragt sich deshalb, ob eine Schädigung des Volkswohles aus anderen als rein geldlichen Gründen gegeben ist. Sicherlich kann die Fest-

¹) JW. 1935, 290¹⁸ mit Num. Schwinge.

stellung einer gesellschaftlichen Mißwirtschaft oder von Unterstellungen in der den Staat tragenden Partei zu einer Minderung des Ansehens der Partei und damit des von ihr getragenen Staates und Volkes führen (RG. 1 D 254/34; JW. 1934, 2067), braucht das aber keineswegs in jedem Fall zu tun. Wenn kein an wichtiger Stelle stehender Vertreter der Partei, sondern wie vorliegend ein an sich unbedeutender Kassenführer eines kleinen Bezirks eine in mäßigen Grenzen bleibende Unterstellung von Parteidern begeht, so wird im allgemeinen damit die Partei noch nicht in ihrem Ansehen geschädigt. Das sind Vorkommnisse, die bei der Unzulänglichkeit alles Menschlichen zu allen Seiten vorgekommen sind und immer wieder vorkommen werden. Auch diejenigen Organisationen, die grundsätzlich mit Nachdruck für Sauberkeit im öffentlichen Leben und insbes. bei der Verwaltung öffentlicher Gelder eintreten, werden in ihrem Ansehen und in ihrer Werthschätzung durch die Mitmenschen nicht gemindert, wenn gelegentlich irgendeiner ihrer untergeordneten Vertreter sich gegen die von ihnen in erster Linie vertretenen Grundsätze vergeht. Die Feststellungen des angefochtenen Urt. lassen deshalb auch nicht erkennen, daß der Angell. das Wohl des Volkes durch Schädigung des Ansehens der mit dem Staat eng verbundenen Partei geschädigt hätte.

(1. Sen. v. 11. Dez. 1934; 1 D 1329/34.)

[Hn.]

29. § 267 StGB. Veranlaßt jemand den Schalterbeamten einer Bank unter Vorlegung eines gefälschten Scheids zur Auszahlung des Scheckbetrags, so bedarf die Annahme, daß dies in rechtswidriger Absicht geschehen sei, einer besonderen Darlegung.

Der Angell. hat auf der Rückseite des Scheids über 35 000 RM durch die Unterschrift mit dem falschen Namen T. Quittung geleistet und den so quittierten Scheck dem Schalterbeamten der Bank bei Abhebung des Scheckbetrags übergeben. Er hat hierdurch eine für Rechtsverhältnisse erhebliche Privaturlunge gefälscht und von der Urkunde durch die Übergabe an die Bank Gebrauch gemacht. Das geschah auch zum Zwecke der Täuschung; denn der Angell. wollte den Anschein erwecken, als habe nicht er selbst, sondern ein anderer als Zahlungsempfänger den Scheck mit der Quittung versehen. Ob er dabei bezweckte oder auch nur beabsichtigte, den Schalterbeamten der Bank durch die Täuschung über die Person des Ausstellers der Quittung zur Auszahlung der Schecksumme zu veranlassen, ist für das Tatbestandsmerkmal des Verfälschens und Gebrauchmachens „zum Zwecke einer Täuschung“ ohne Bedeutung.

Nicht einwandfrei ist jedoch die Annahme des OG., der Beschw. habe deshalb in rechtswidriger Absicht gehandelt — d. h. in der Absicht, mittels der Urkunde durch die Täuschung einen Erfolg im Rechtsleben zu erzielen (JW. 1934, 693) —, weil er den Bankbeamten durch die Täuschung zur Auszahlung der 35 000 RM habe veranlassen wollen. Der in Vollmacht des K. von N. dem Beschw. übergebene Scheck war als ein Inhaberpapier ohne weiteres an den Beschw. bei der Vorlegung des Scheids zahlbar. Der Beschw. hätte die Zahlung also bei Angabe seines richtigen Namens und bei Quittungsleistung unter diesem Namen von der Bank erhalten müssen und konnte diesen Empfang durch die Verwendung des falschen Namens nach dem bisher festgestellten Sachverhalt nicht fördern, sondern nur gefährden. Anders wäre das freilich, wenn etwa der richtige Name D. bei der Bank aus irgendwelchen Gründen ungünstig bekannt gewesen wäre und daher einen besonderen Verdacht gegen den Scheckinhaber erregt hätte, so daß besonders eingehende unlösbare Nachprüfungen der Bank vor der Auszahlung des Scheckbetrags zu befürchten gewesen wären.

Bei der neuen Verhandlung und Entsch. wird das OG. jedoch noch zu prüfen haben, ob eine rechtswidrige Absicht des Angell. D. in anderer Richtung bestanden habe. Dabei sind mehrere Möglichkeiten denkbar. Die Umstände legen es nahe, daß der Beschw. beabsichtigt haben könnte, als den Empfänger der Schecksumme und als den Quittungsleistenden

einen T. erscheinen zu lassen, um dadurch für den Fall späterer Nachforschungen sich selbst der Verantwortlichkeit für die Aufhebung und den Verbleib des Geldes zu entziehen und solche Nachforschungen in der Richtung auf einen nicht auffindbaren T. irrezuleiten. Daneben besteht die Möglichkeit, daß die Ablenkung späterer Ermittlungen nur ein entfernter Beweggrund für das Verhalten des Beschw. war und daß er zunächst den Schalterbeamten der Bank dazu veranlassen wollte, die Quittung auf den falschen Namen als Erfüllung des Rechtsanspruchs der Bank auf die — im Scheckverkehr auch übliche — Quittung des Zahlungsempfängers (§ 368 BGB.) anzunehmen.

(1. Sen. v. 4. Dez. 1934; 1 D 1056/34.)

[W.]

30. §§ 306 Nr. 2, 265, 47, 73 StGB. Strafbarkeit einer von Ehegatten in der Form der Mittäterschaft durch Nichtverhütung des Brandes begangenen Brandstiftung. (Verleugnung einer Rechtspflicht des gegen Feuerschaden Versicherten zum Handeln, unter Umständen auch des Ehemanns der versicherten Ehefrau auf Grund des Güterstandes, nicht auf Grund von § 1353 BGB., wenn auch die Frau den Brand wünscht.)

Die Verurteilung der angell. Eheleute K. je wegen schwerer Brandstiftung in Tateinheit mit Versicherungsbetrug, begangen in Mittäterschaft mit dem Großvater der angell. Ehefrau, dem Stefan K., bekämpft die Rev. ohne Erfolg mit der Begründung, es sei eine — körperliche oder geistige — Mitwirkung der Angell. bei der Tat des K. nicht festgestellt.

Ohne Rechtsirrhum erachtet das SchwG. zur Mittäterschaft eine „rein psychische Mitwirkung“ für ausreichend, wenn sie eine Ergänzung und Förderung der Tätigkeit des Ausführenden darstellt. Es sieht demgemäß die Mittäterschaft der Angell. darin, daß sie vor der Tat wiederholt über die Inbrandsetzung des Anwesens mit K., der es angezündet hat, gesprochen haben, wobei sie allerdings „nicht direkt gesagt“ haben, daß er anzünden solle; über solche Sachen rede man nicht so viel; sie seien aber damit einverstanden gewesen, daß K. den Brand lege, um den Anspruch auf die Versicherungssumme zu erlangen, sie hätten gewußt, daß K. die Tat ausgeführt, und nichts getan, ihn davon abzubringen, sondern ihm durch ihr Verhalten ausdrücklich oder stillschweigend diese Zustimmung zum Ausdruck gebracht; sie hätten auch gewußt, daß K. nicht anzünden würde, wenn es ihnen nicht recht wäre; dabei sei ihr zustimmendes Verhalten als das der am Erfolg hauptsächlich Interessierten besonders zu bewerten.

Hierin findet das SchwG., wie die Urteilsgründe im Zusammenhang ergeben, nicht bloß das Einverständnis der Angell. mit der Tat des K. und eine (straflose, vgl. RGSt. 56, 329) Beteiligung an der Verabredung, sondern auch weiterhin, daß sie durch dieses ihr Verhalten den K. in seinem Entschluß zur Tat bestärkt und gefestigt, diesen Erfolg auch beabsichtigt und damit zugleich die Ausführung der Brandstiftung durch K. als ihre eigene Tat gewollt haben.

Auf dieser Grundlage begegnet ihre Verurteilung wegen eines in Mittäterschaft mit K. begangenen Verbrechens der Brandstiftung i. S. der §§ 306 Nr. 2, 47 StGB. keinen rechtlichen Bedenken, ebenso wenig die wegen eines in Tateinheit hiermit begangenen Versicherungsbetrugs i. S. der §§ 265, 73 StGB. Die Rev. der Angell. ist daher als unbegründet zu verwiesen, ohne daß es einer Prüfung der Frage bedürfe, ob die Angell. dadurch, daß sie den K. von seiner Tat nicht abgehalten haben, einer Rechtspflicht zuwidergehalten haben und auch deshalb der Mittäterschaft an seiner Tat schuldig sind.

(1. Sen. v. 15. Jan. 1935; 1 D 1374/34.)

[Hn.]

31. Straffreiheit v. 7. Aug. 1934. Ein auf Einstellung (§ 2) lautendes Urteil kann zwar mittels der Revision mit der Begründung angefochten werden, die Voraussetzungen der Einstellung seien nicht gegeben. Dagegen kann die Revision nicht darauf gestützt werden, daß keine strafbare Handlung vorliege, der Beschwerdeführer also

nicht schuldig sei. Eine weitere Nachprüfung der Schuldfrage ist in denjenigen Fällen, in denen die Voraussetzungen der Einstellung erfüllt sind, verfahrensrechtlich verboten. Die Revision ist somit in solchen Fällen unzulässig (so bereits Urt. 1 D 1453/34 v. 18. Jan. 1935).

Der Angell. bestreitet an sich nicht, daß die im StrafreichG. aufgestellten Voraussetzungen der Einstellung vorliegen. Er ist vielmehr der Meinung, er hätte dennoch freigesprochen werden müssen, da er keine strafbare Handlung begangen habe, er sei also durch die Einstellung des Verfahrens beschwert. Zur Begr. seiner Rev. bringt er die mit der Füge aus § 267 StPO. verbundene Sachbeschw. dahin vor, daß in beiden Fällen der innere Tatbestand des § 176 Abs. 1 Nr. 3 StPO. nicht geprüft, jedenfalls aber nicht festgestellt worden sei. Sein Verlangen zielt also auf eine sachliche Nachprüfung ab, ob die im Eröffnungsbeschuß enthaltene Beschuldigung zutreffe. Eine derartige Nachprüfung der Schuldfrage ist jedoch nach dem StrafreichG. v. 7. Aug. 1934 nicht mehr zulässig.

Die in § 2 des Ges. angeordnete Einstellung abhängiger Verfahren tritt, wie nach früheren Gesetzen über die Gewährung von Straffreiheit, in denjenigen Fällen, in denen die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, nach Gesetzes ein. Die eine Einstellung gemäß dem Gesetz aussprechende Entsch. — sei es die Verfügung der Strafverfolgungsbehörde, sei es ein Beschluß oder ein Urteil des Gerichts — hat lediglich die Bedeutung einer Feststellung (RGSt. 54, 17; 67, 145, 146 = JW. 1933, 1326). Sie bewirkt, wenn sie auf unrichtigen Voraussetzungen beruht, keinen Verbrauch der Strafflage (RGSt. 67, 383, 385 = JW. 1934, 236). Die Rechtshängigkeit einer Sache endet beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen nach Gesetzes, auch wenn keine Einstellungsvorführung getroffen worden ist (RGSt. 67, 233, 236 = JW. 1933, 1777). Ob die Voraussetzungen vorliegen, muß in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen geprüft werden (RGSt. 59, 56). Die Bedeutung der Straffreiheitsgewährung in Fällen, in denen das Verfahren noch nicht rechtskräftig erledigt worden ist, besteht darin, daß der Staat endgültig auf seinen Strafanspruch mit der Wirkung verzichtet, daß er erlischt (RGSt. 53, 39, 41; 59, 54, 56), und daß er dementsprechend durch ein an die Strafverfolgungsbehörden gerichtetes Verbot, weiter tätig zu sein, in den davon betroffenen Fällen ein verfahrensrechtliches Hindernis für die Fortsetzung der Verfolgung und damit auch für die weitere Nachprüfung der Schuldfrage aufrichtet. Daß das unter Umständen eine Härte im einzelnen Fall bedeuten kann, ist nicht zu verkennen, muß aber in Kauf genommen werden. Eine weitere Nachprüfung der Schuldfrage, wie sie der Angell. erstrebt, ist demnach auch dem RevG. verfahrensrechtlich verboten. Das hat der erk. Sen. bereits im Urt. 1 D 1453/34 v. 18. Jan. 1935 ausgesprochen.

(1. Sen. v. 22. Jan. 1935; 1 D 1460/34.)

[Hn.]

32. § 2 Ges. gegen PartNeub. v. 14. Juli 1933 (RGBl. 479). Das bloße Geldgeben zur Unterstützung der KPD. kann ein Unternehmen der Aufrechterhaltung des organisatorischen Zusammenhalts dieser Partei sein, und zwar selbst dann, wenn der Geldgeber nicht Mitglied der Partei war und es auch nicht werden wollte.

Das angefochtene Urt. stellt fest, daß der Angell. im September 1933 dem Arbeiter H. fünfzig Pfennige zu einer Geldsammlung gegeben habe, die dieser auf Veranlassung des früheren Zellenorganisationsleiters der KPD. H. eingesammelte, und die angeblich für die Schuhhaftgefangenen oder ihre Angehörigen bestimmt sein sollten; als Quittung habe der Angell. zwei bis drei kleine gedruckte Marken erhalten, die von Ende Mai oder Anfang Juni bis Ende August 1933 von der KPD. für Ost Sachsen als Quittungsmarken für Mitgliedsbeiträge der Erwerbslosen in Höhe von 20 Pfennigen für zwei Wochen eingeführt gewesen seien. Das LG. hat den Angell. auf Grund dieses Sachverhalts unter Bezugnahme auf RGSt. 68, 15 von der Anklage eines Verbrechens nach § 2

Ges. gegen PartNeub. v. 14. Juli 1933 freigesprochen, weil sich sein Tun lediglich als Unterstützung der KPD. darstelle, nicht aber das Tatbestandsmerkmal des „Aufrechterhaltens des organisatorischen Zusammenhaltes“ erfülle; der Angell. sei kein Glied der Parteidorganisation gewesen und habe sich auch später nicht in diese eingegliedert, denn er habe nicht selbst gesammelt, sondern nur Geld gegeben; auch als Gehilfe der Haupttat, die in der Sammeltätigkeit erblickt wird, sei er nicht anzusehen, da diese bereits „abgeschlossen“ und „unabhängig vom Erfolg“ gewesen sei.

Die Rev. der StA. ist begründet. Es ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig, daß das bloße Geldgeben zur Unterstützung der KPD. kein Unternehmen der Aufrechterhaltung des organisatorischen Zusammenhalts dieser Partei sei. Denn wenn dieses Geldgeben geschieht in der Absicht oder mit dem Bewußtsein, daß dadurch der organisatorische Zusammenhalt gefördert wird, so ist damit der urfächliche Zusammenhang zwischen Handlung und gesehlichem Erfolg gegeben. Ob der Angell. Mitglied der Parteidorganisation gewesen ist oder werden wollte, ist für die Ausführung des Verbrechens an sich gleichgültig und nur für die Frage von Bedeutung, ob der Angell. als Täter oder Mittäter oder als Gehilfe anzusehen ist. Zu Unrecht beruft sich das angefochtene Urt. auf die angeführte Entsch. Diese unterscheidet nicht zwischen „organisatorischem Zusammenhalt“ und „bloßer Unterstützung“, sondern zwischen „Unterstützung eines aufgelösten Vereins“, wie sie § 5 Bd. zur Erhaltung des inneren Friedens v. 19. Dez. 1932 (RGBl. I, 548) und § 11 RepSchG. vom 25. März 1930 (RGBl. I, 91) mit Strafe bedrohten, und dem „Aufrechterhalten des organisatorischen Zusammenhalts einer Partei“, der umschrieben wird als „die Verbundenheit, die unter den Anhängern einer Partei durch die bewußte Unterordnung unter den Gesamtwillen der Partei und durch das gemeinschaftliche Fördern der Partei-Ziele entsteht und äußerlich dadurch zum Ausdruck kommt, daß die von ihr umfaßten Personen ein Glied der Parteidorganisation bilden“. Unterstützt werden aber kann ein solcher organisatorischer Zusammenhalt ebenso wie die Partei selbst, und wenn es mit dem erforderlichen Vorsatz geschieht, so liegt der strafbare Tatbestand des § 2 Ges. v. 14. Juli 1933 vor. Die angeführte Entsch. sagt auch nur, daß nicht jede Unterstützung einer der früher bestehenden politischen Parteien die Strafbarkeit nach dieser Vorschrift begründet, daß dies aber z. B. der Fall ist, wenn beim Verbreiten von Flugblättern deren Inhalt dazu bestimmt ist, den Willen der Parteianhänger zum weiteren organisatorischen Zusammenhalt zu stärken, sie mit Nachrichten über das Weiterbestehen der Partei und deren Weiterbetätigung zu versehen oder neue Anhänger zum Anschluß an die Organisation zu werben. Entsprechend wird es auch bei der Geldsammlung, an der sich der Angell. durch seine Spende beteiligt hat, darauf ankommen, ob sie dazu bestimmt war, den organisatorischen Zusammenhalt der KPD. in dem umschriebenen Sinn aufrechtzuerhalten, und ob sich der Angell. bei der Hingabe des Geldes dessen bewußt war. Ob der Angell. selbst mitgesammelt hat, ist gleichgültig. Läßt sich feststellen, daß der Angell. das von ihm mit dem bezeichneten Vorsatz an H. gezahlte Geld als Mitgliedsbeiträge für die KPD. für Ost Sachsen oder eine ihrer sonstigen Organisationen angesehen hat und durch die Zahlung wieder Mitglied hat werden wollen, oder daß er dies schon früher wieder geworden war, so wird er als Täter, anderenfalls als Gehilfe zu bestrafen sein.

(4. Sen. v. 18. Jan. 1935; 4 D 1492/34.)

[W.]

33. §§ 9, 11 DepotG.; § 246 StGB.; § 240 Ziff. 3 Kd. Einheitliches Zusammentreffen dieser Tatbestände. Fortsetzungszusammenhang.

Zu beanstanden ist die Annahme des LG., daß zwischen den im Urt. festgestellten Verstößen gegen § 9 DepotG. und § 246 StGB. Fortsetzungszusammenhang bestehe. Dazu wäre auf der inneren Tatseite erforderlich, daß der Wille der Angell. von Anfang an auf die Ausführung des ganzen schließlich von ihnen verwirklichten strafbaren Tatbestandes gerichtet gewesen wäre. Das ist aber nicht der Fall. Denn nach

den Feststellungen wollten die Angell. in der ersten Zeit ihrer unrechtmäßigen Verfügung über die Kundenpapiere diese nur vorübergehend verpfänden, nicht aber ihren Kunden dauernd entziehen. Es fehlte ihnen also der Wille, sich diese Papiere zuzueignen: Darin, daß sie diesen Willen später faßten, nachdem sie ihre dauernde Unfähigkeit zur Wiedereinlösung der Papiere und Schadloshaltung ihrer Kunden erkannt hatten, liegt eine das Wesen ihres bisherigen Vorsatzes berührende Veränderung und somit — strafrechtlich betrachtet — die Fassung eines neuen Vorsatzes, der nunmehr auf die Begehung einer anderen als der bisher von ihnen verübten Straftat gerichtet war. Danach scheidet aber die Annahme eines Fortsetzungszusammenhangs aus (RGSt. 38, 55; 51, 308; 55, 134).

Dagegen gibt die Annahme eines Fortsetzungszusammenhangs zwischen den festgestellten Zu widerhandlungen nach § 246 StGB. und § 11 DepotG. zu keinen Bedenken Anlaß. Der Tatbestand des letzteren Verbrechens umfaßt alle Merkmale des im § 246 StGB. unter Strafe gestellten Vergehens; zu diesem treten lediglich noch einige weitere hinzu, und zwar — abgesehen davon, daß die Tat nur von einem Kaufmann und nur an fremden Wertpapieren, die dieser im Betriebe seines Handelsgewerbes als Verwahrer, Pfandgläubiger oder Kommissionär in Gewahrsam genommen hat, begangen werden kann — die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Täters und seine Kenntnis dieser Sachlage bei der Vornahme der strafbaren Handlung. Daß ein Kaufmann, der sich in schlechter Vermögenslage befindet und sich infolge hiervon fremde Wertpapiere, die er in Gewahrsam hat, durch deren Verpfändung oder Veräußerung zueignet, von Anfang an mit dem Willen handelt, von diesem Beginnen auch dann nicht abzulassen, wenn sich seine ungünstige Vermögenslage bis zur Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung steigern sollte, ist begrifflich nicht ausgeschlossen, vielmehr nach den tatsächlichen Umständen jedes einzelnen Falles für diesen zu prüfen und zu entscheiden. Im vorliegenden Falle hat die Strk. ohne erkennbaren Rechtsirrtum die Sachlage dahin beurteilt, daß die Angell. mit dem bezeichneten Willen gehandelt haben.

Hier nach kann die Verurteilung der Angell. wegen einer einzigen fortgesetzten Handlung, die in zeitlicher Auseinandersetzung gegen § 9 DepotG., sodann gegen § 246 StGB., schließlich gegen § 11 DepotG. in Tateinheit mit § 240 Biff. 3 Rd. verstoßen soll, nicht aufrechterhalten werden; sie sind vielmehr nach dem festgestellten Sachverhalt, soweit ihr Verhalten in die Jahre 1927 und 1928 fällt, eines Vergehens gegen § 9 DepotG. und für die spätere Zeit einer selbständigen in fortgeleiteter Handlung begangenen Straftat gegen § 246 StGB., § 11 DepotG., § 240 Biff. 3 Rd. schuldig. Eine entsprechende Berichtigung des Schuld spruches konnte das RG. von sich aus vornehmen. Diese Berichtigung mußte aber auch erfolgen. Zwar ist es im Zweifel für den Angell. lediglich vorteilhaft, wenn er wegen nur einer anstatt mehrerer unter sich gleichartiger strafbarer Handlungen verurteilt wird; das gleiche gilt indessen nicht ohne weiteres, wenn, wie hier, die Vereinigung des Fortsetzungszusammenhangs dazu führt, daß ein nicht unbeträchtlicher Teil des gesamten strafbaren Verhaltens nunmehr nach einem mildernden Strafgesetz als bisher zu beurteilen ist. Das trifft aber hier für den in die Jahre 1927 und 1928 fallenden Teil der Straftaten der Angell. zu, für die jetzt die Strafe anstatt aus § 11 DepotG. aus § 9 desselben Ges. zu entnehmen ist. Die Sache war mithin zur Festsetzung der beiden Einzelstrafen — einmal für das Vergehen nach § 9 DepotG. aus diesem Strafgesetz und ferner für die fortgesetzte Zu widerhandlung gegen § 246 StGB., § 11 DepotG., § 240 Biff. 3 Rd. aus § 11 DepotG. — sowie zur Bildung einer neuen Gesamtstrafe an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

(2. Sen. v. 10. Dez. 1934; 2 D 1241/34.)

[B.]

nügt noch nicht, um die KommGes. zu einer OHG. zu machen. Läßt sich für einige Mitglieder einer KommGes. nicht der Nachweis führen, daß sie neben dem des Verbrechens nach § 11 DepG. schuldigen Inhaber Mitinhaber des Geschäfts gewesen seien, so können sie wegen Unterstützung des Inhabers in seinem verbrecherischen Treiben nur aus §§ 49, 246 StGB. belangt werden. — Eigene Untreue i. S. von § 266 Biff. 2 StGB. a. F. und Beihilfe zu der Untreue eines anderen können nicht dieselbe Tat sein und auch nicht im Verhältnis des Fortsetzungszusammenhangs zueinander stehen. — In der Verpfändung von Lösen durch den Bevollmächtigten einer Generallotteriedirektion kann, je nachdem, ob der Gewinn von der Generaldirektion schon an den Bevollmächtigten ausgezahlt war, Untreue oder Unterschlagung zum Nachteil der Lotteriedirektion oder zum Nachteil der Spieler liegen. War der Verpfändende der Ansicht, daß der gutgläubige Dritte, dem er die Löse verpfändete, daraus gegen die Generaldirektion keinen Anspruch mehr erwerben könne, so kann auch Betrug gegenüber dem Gläubiger in Frage kommen.

1. Dem Angell. R. L. ist der Tatbestand des Verbrechens gegen § 11 DepG. bisher nicht einwandfrei nachgewiesen.

a) Zunächst fehlt ihm die Kaufmannseigenschaft.

Doch er als Prokurist eines Handelsunternehmens und als Leiter eines Zweiggeschäftes dieses Unternehmens nicht Kaufmann gewesen ist, bedarf keiner besonderen Ausführung (vgl. RGSt. 47, 38; 49, 72; 65, 411).

Unzutreffend ist ferner die Annahme des LG., der Angell. habe in seiner Eigenschaft als Kommanditist der KommGes. L. L. & Co. die Kaufmannseigenschaft gehabt.

Kaufmann ist nach § 1 Abs. 1 HGB., wer ein Handelsgewerbe betreibt. Das Gewerbe betreibt der, in dessen Namen es geführt wird oder, etwas anders ausgedrückt, der, der durch die in dem Betriebe des Gewerbes abgeschlossenen Rechtsgeschäfte berechtigt wird und für die Verbindlichkeiten aus diesen Geschäften ohne weiteres persönlich haftet. Daß das Geschäft auch „für seine Rechnung“ geführt wird, ist dagegen wohl die Regel, aber keineswegs ein Begriffsmerkmal für die Kaufmannseigenschaft.

Der Kommanditist bei einer einfachen KommGes. i. S. der §§ 161 ff. HGB. wird nun zwar durch die Geschäfte, die die Gesellschaft abschließt, auch „berechtigt und verpflichtet“. Daraus erklärt es sich auch, daß nach der Rspr., insbes. auch des RG., der Kommanditist im Rechtsstreit der Gesellschaft als Partei angesehen wird und deshalb nicht als Zeuge vernommen werden darf (vgl. RG. 32, 398; 141, 277 = JZ 1933, 2451; Urt. I 668/04 u. VI 495/08). Es darf aber nicht verkannt werden, daß der Haftung des Kommanditisten aus den Geschäften der Gesellschaft eine bestimmte Grenze gezogen ist; er haftet nur mit der Einlage; über deren Betrag hinaus kann er nicht für eine Schuld der Gesellschaft in Anspruch genommen werden. Hat er die Einlage geleistet, so ist er gegen weitere Anspruchsnahme aus den Geschäften der Gesellschaft geschützt. Man kann unter diesen Umständen nicht davon sprechen, daß er i. S. der oben gegebenen Begriffsbestimmung des Kaufmanns für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft „haftet“; denn dieses Begriffsmerkmal ist nur gegeben, wenn die Haftung die (wirtschaftliche) Person in ihrer Gesamtheit ergreift, wenn sie das pfändbare Vermögen des Haftenden im ganzen erfaßt. Der Kommanditist steht nur einen genau begrenzten Vermögensteil, aber nicht seine wirtschaftliche Persönlichkeit im ganzen aufs Spiel.

Auch sonst ist die Stellung und der Einfluß des Kommanditisten in der KommGes. gegenüber der Stellung, die der persönlich haftende Gesellschafter (oder der Gesellschafter in der verwandten Gesellschaftsform der OHG.) einnimmt, weitgehend beschränkt. Das Handelsgewerbe wird zwar unter einer gemeinsamen Firma betrieben; in dieser darf aber der Name

des Kommanditisten nicht erscheinen; sein Name wird nicht einmal bekanntgemacht, sondern er ist für Dritte lediglich aus dem Handelsregister zu ersehen. Die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft nach außen liegt dem persönlich haftenden Gesellschafter ob. Der Kommanditist hat als solcher weder Geschäftsführungsbeijugnis noch Vertretungsmacht; daß in der Frage der Geschäftsführung und, wie der gegenwärtige Fall zeigt, durch besondere Maßnahmen auch in der Frage der Vertretung nach außen andere Regelungen getroffen werden können, die die Gesellschaftsform der Kom-Ges. der der OHG. annähern, ändert nichts daran, daß die Stellung des Kommanditisten als solchen gegenüber der des persönlich haftenden Gesellschafters zurücktritt. Sie hat als solche nach außen so wenig Bedeutung, daß der Kommanditist für den unbefangenen Beobachter nicht als „Inhaber“ des Betriebes, nicht als „Prinzipal“ erscheint. Er „betreibt“ nicht das Handelsgewerbe. Aus diesen Gründen hat sich das RG. auch bereits in anderem Zusammenhang auf den Standpunkt gestellt, daß der Kommanditist nicht Kaufmann ist (vgl. Urt. VII 27/33; OVG. Hamburg: HansG. 1906, 156).

b) Hiermit steht weiter im Einklang, daß im Konkurs der Gesellschaft zwar der Gesellschafter der OHG. (RGSt. 46, 77; JZB. 1895, 454¹; 1902, 213²; VII 154/04) und der persönlich haftende Gesellschafter der KommGes. Gemeinschuldner sind, nicht aber der Kommanditist (vgl. JurAdsch. 1926 Nr. 1588). Der Kommanditist hat auch — anders als der persönlich haftende Gesellschafter — nicht seine Zahlungen eingestellt, wenn die Gesellschaft es getan hat. Es fehlt also an einem weiteren Merkmal für die Anwendung des § 11 DepG.

c) Ohne Belang wäre es für die zu treffende Entsch., wenn etwa der Angell. K. L. im Rahmen eines anderen Gewerbes, nämlich des von ihm betriebenen Geschäftes als „Lotterieeinnehmer“, Kaufmann gewesen sein (vgl. RDH.G. 23, 213; a. M. OVG. Dresden: OVGspr. 12, 435) und dort seine Zahlungen eingestellt haben sollte. Denn für das Verbrechen nach § 11 DepG. kommt es darauf an, daß diese Voraussetzungen gerade für den Geschäftsbetrieb zutreffen, in dem sich die Unterschlagungen fremder Wertpapiere ereignet haben. Auch wenn über ihn persönlich das Konkursverfahren verhängt worden wäre, wäre das für die hier zu beantwortende Frage belanglos.

d) Die Strk. will den Angell. K. L. als Kaufmann und als Schuldner, über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist oder der seine Zahlungen eingestellt hat, deshalb ansehen, weil seine Stellung in der Gesellschaft der eines persönlich haftenden Gesellschafters „durchaus entsprochen habe“; er habe insbes. „Geschäfte für die Firma abgeschlossen und sei aus diesen Geschäften berechtigt“ gewesen. Die Verzinsung der Einlage und die Gewinnausschüttung sei in der Gesellschaft nicht nach den Vorschriften des § 168 HGB. gehandhabt worden; auch habe der Angell. K. L. in seiner Eigenschaft als „Prokurist“ der Firma kein Gehalt bezogen. Er habe aus der Geschäftskasse entnommen und entnehmen dürfen, was er gebraucht habe. Umgekehrt sei er auch „ohne weiteres bereit gewesen, auf seine Forderung an die Gesellschaft aus Lotterieüberschüssen zu verzichten, um die Bilanz der Gesellschaft zu verbessern; das zeige, daß er die Schulden der Gesellschaft, nicht nur, soweit sie seinen Kapitalanteil betroffen hätten, sondern auch darüber hinaus, schlechthin als die seinigen angesehen habe, die ihn verpflichtet hätten“. „Dass er sich selbst als Mitinhaber angesehen habe, gehe auch daraus hervor, daß er sich in dem Schriftwechsel der Gesellschaft ... als Juniorchef habe bezeichnen lassen.“

Mit diesen Ausführungen will sich die Strk. anscheinend auf die ständige Rspr. des RG. stützen, daß als den Täter eines Verbrechens oder Vergehens gegen die RG., insbes. gegen die §§ 239, 240 das, als „Schuldner, der seine Zahlungen eingestellt hat“, an Stelle der als „Inhaber“ des Geschäftes vorgeichobenen Person den wirklichen Inhaber ansieht (vgl. z. B. RGSt. 25, 121; 26, 187; 29, 103; 46, 10; 49, 321; 65, 411; GoldArch. 63, 428; Urt. 3 D 827/31).

Das RG. hat bereits anerkannt, daß diese Rspr. auch auf den anzuwenden ist, der zwar dem äußeren Schein nach nur

als Angestellter des von einem anderen betriebenen Geschäftes, in Wirklichkeit aber neben diesem als Gesellschafter tätig ist (vgl. RGSt. 65, 411; 24, 261; Urt. 2 D 713/28 und 2 D 76/29). Unbedenklich kann sie auch für den Fall zugrunde gelegt werden, daß der Täter nur dem äußeren Schein nach Kommanditist, in Wirklichkeit aber persönlich haftender Gesellschafter sein soll.

Im gegenwärtigen Fall bestehen aber nach den Feststellungen Zweifel daran, ob die Strk. i. S. der erwähnten Rspr. ein „Teilhaberverhältnis“ des Angell. K. L. an einer OHG. mit Recht angenommen hat. Es hat nach den Ausführungen des angef. Urteils allerdings den Anschein, als ob die Gesellschafter unter sich einig gewesen wären, daß das Geschäft nicht wie eine KommGes., sondern wie eine OHG. zu betreiben. Eine derartige Vereinbarung unter den Gesellschaftern würde indes bei der gegebenen Sachlage nicht ausgereicht haben, um die Gesellschaft zur OHG. zu machen. Die Gesellschaft ist nach den Best. des § 161 HGB. nach außen als KommGes. gegründet und betrieben worden; sie war als solche auch im Handelsregister eingetragen. Um sie mit Wirkung nach außen in die von den Gesellschaftern möglicherweise gewollte andere Gesellschaftsform zu überführen, hätte es entweder einer entsprechenden Änderung der Eintragung im Handelsregister (§ 106 HGB.) oder einer entsprechenden Verlautbarung nach außen in handelsüblicher Form bedurft, und die OHG. wäre als solche erst mit der Eintragung der Umwandlung in das Register oder mit der Fortsetzung des Geschäftsbetriebs nach anderweitiger Verlautbarung der Umwandlung entstanden. Die Feststellungen der Strk. lassen nicht erkennen, ob eine derartige Umwandlung vorgenommen worden ist. Nach ihnen wäre es möglich, daß die Angell. zwar im Innenverhältnis eine Gesellschaft nach Art der OHG. mit entsprechender Haftung und Geschäftsführungsbefugnis nach innen hätten bilden, nach außen aber das Geschäft unter der Form der KommGes. — also unter alleiniger unbeschränkter Vertretungsbefugnis und persönlicher Haftung des Angell. K. L. und unter Beschränkung der Haftung der beiden Kommanditisten auf ihre Geschäftanteile und ihrer Vertretungsbefugnis auf die des Prokuristen — hätten betreiben wollen. Das wäre rechtlich zulässig gewesen. Und die sich aus dem Handelsregister ergebende Vermutung, daß das Verhältnis nach außen so geregelt sei, wäre mit den von der Strk. angeführten Umständen noch nicht widerlegt gewesen. Um etwas anderes anzunehmen zu können, wäre der Nachweis zu führen gewesen, die Angell. hätten nach außen zu erkennen gegeben, daß die Kommanditisten in Zukunft unbeschränkt die Gesellschaft vertreten und unbeschränkt für die Geschäftsverbindlichkeiten der Gesellschaft haften würden. An diesem Nachweis fehlt es bisher. Es genügt dazu nicht, daß sich K. L. im Schriftwechsel der Gesellschaft als „Juniorchef“ hat bezeichnen lassen; denn dieser Ausdruck ist farblos und besagt nichts über die Vertretungsbefugnis und über den Willen, für die Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt zu haften. Alles, was die Strk. zu diesem Punkte sonst festgestellt hat, bezieht sich auf das Innenverhältnis der Gesellschafter. Maßgebend ist nicht, ob K. L. die Geschäftsschulden als die seinigen angesehen hat und deshalb bereit gewesen ist, auf Forderungen, die er selbst gegen die Gesellschaft gehabt hat, zu verzichten; von Bedeutung ist vielmehr nur, ob diese Ansicht in den geschäftlichen Handeln der Gesellschaft auch Dritten gegenüber ihren Niederschlag gefunden hat. Daß ein derartiger Wille nach außen hin erklärt worden sei, würde etwa angenommen werden können, wenn der Angell. K. L. mit Billigung der Mitgesellschafter im geschäftlichen Schriftverkehr der Firma K. L. & Co. wie ein persönlich haftender und zur Geschäftsführung berechtigter Gesellschafter, also etwa ohne einen das Prokuraverhältnis bezeichnenden Zusatz, unterschrieben hätte, insbes. wenn er etwa in dieser Weise Wechsel oder andere die Gesellschaft verpflichtende Urkunden gezeichnet hätte. Nur wenn in dieser oder anderer Weise die Umwandlung der KommGes. in eine OHG. tatsächlich vollzogen worden wäre, würde der Angell. K. L. als „Kaufmann“ und „Mitinhaber“ der Firma und — infolge der Zahlungseinstellung der Gesellschaft und der Öffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen —

als ein Schuldner angesehen werden können, der seine Zahlungen eingestellt hat und über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist (vgl. RGSt. 65, 411 und Urt. 3 D 827/31).

Der Mangel eines ausreichenden Nachweises nach dieser Richtung nötigt zur Aufhebung des angef. Urteils, soweit darin A. L. wegen Depotverbrechens verurteilt worden ist. Nach § 357 StPO ist die Aufhebung auch auf den Angekl. A. L. zu erstrecken.

Für die erneute Verhandlung zu diesem Punkte sei noch auf folgendes hingewiesen.

Sollte sich der vorerwähnte Nachweis der Mitinhaberschaft der Angekl. A. und A. L. nicht führen lassen, so könnte eine Verurteilung dieser Angekl. wegen Beihilfe zu der Straftat des Angekl. L. L. in Frage kommen. Es könnte sich dann aber nach der Vorschrift des § 50 StGB. nur um eine Beihilfe zur Unterschlagung handeln. Denn das Verbrechen gegen § 11 DepG. stellt nur einen wegen der besonderen persönlichen Eigenschaften des Täters mit erhöhter Strafe bedrohten Sonderfall der Unterschlagung dar (vgl. GoldArch. 55, 328 und JVZ. 1903, 147st).

2. Der Untreue i. S. des § 266 Abs. 1 Nr. 2 a. F. StGB. kann sich als Täter grundsätzlich allerdings nur schuldig machen, wer selbst Bevollmächtigter ist; wer nicht selbst diese Eigenschaft hat, kann höchstens Gehilfe (oder Anstifter) bei der Untreue des Bevollmächtigten sein. Daraus ergibt sich zugleich, daß eigene Untreue und Beihilfe zu der Untreue eines anderen nicht dieselbe Tat sein und — jedenfalls in der Regel — auch nicht im Verhältnis des Fortsetzungszusammenhangs zueinander stehen können. Es ist also fehlerhaft, daß die Strk. hier Fortsetzungszusammenhang auch insoweit angenommen hat, als die Angekl. nicht selbst Untreue begangen, sondern einer dem anderen Hilfe geleistet haben. Indes sind die Angekl. durch diesen Rechtsfehler keinesfalls beschwert.

3. Die Strk. hält Untreue in Tateinheit mit Unterschlagung deshalb für nachgewiesen, weil der Angekl. L. L. als Bevollmächtigter der Generallotteriedirektion über die Lose durch Verpfändung zum eigenen Vorteil verfügt habe. Die Lose seien nämlich gem. § 797 Satz 2 BGB. nach ihrer Einlösung durch den Angekl. L. L. wieder Eigentum der Generallotteriedirektion geworden, das er (als Bevollmächtigter der Direktion) in Gewahrsam gehabt habe; der Angekl. sei sich „bei der Hinterlegung der Lose ganz klar darüber gewesen, daß er über Lose, die mit Geld der Generallotteriedirektion eingelöst und deshalb deren Eigentum waren, unberechtigterweise verfügte“. Daß der Angekl. L. L. auch in der hier fraglichen Zeit (zu der Zeit also, zu der sein Sohn A. L. die Lotterieeinnehmerstelle innehatte) Bevollmächtigter der Generallotteriedirektion gewesen ist, ist bereits dargelegt worden.

Nach den Feststellungen hat es sich bei den verpfändeten Lotterielosen durchweg um solche gehandelt, für die der Gewinn an die Spieler aus dem von der Generaldirektion dafür zur Verfügung gestellten Gelde bereits ausgezahlt oder mit dem Kaufpreis der Lose für die neue Lotterie bereits verrechnet worden war, nicht um solche, für die der Gewinn zwar von der Generaldirektion an den Angekl. ausgezahlt, von diesem aber an die Spieler noch nicht weitergegeben war. (Wäre der letzter genannte Fall gegeben, so könnte nicht Untreue oder Unterschlagung zum Nachteil der Lotteriedirektion, sondern nur zum Nachteil der Spieler in Frage kommen.)

Unter diesen Umständen hängt die Beantwortung der Frage, ob der Angekl. an den Lotterielosen Unterschlagung und Untreue begangen hat, ausschließlich davon ab, welche Vorstellung er selbst von der Bedeutung der in seiner Hand befindlichen Lose gehabt hat. Diese Frage ist noch nicht damit gelöst, ob er die Lose als Eigentum der Lotteriedirektion angesehen hat — das waren sie zweifellos —; denn auf das Papier als solches waren seine Taten nicht gerichtet, sondern auf das Papier als Träger eines darin verkörperten Anspruchs auf Auszahlung eines Geldbetrages. Es kommt also darauf an, ob der Angekl. bei der „Verpfändung“ der Lose geglaubt hat, daß sie auch nach Ausführung des daraus entfallenen Gewinnes an die Berechtigten noch den Anspruch auf die Gewinnzahlung verkörperten, daß daraus ein gut-

gläubiger Erwerber oder Pfandgläubiger noch den Gewinnanspruch gegen die Generaldirektion geltend machen könne. Nur in diesem Falle hätte der Angekl. eine Untreue in Tateinheit mit einer Unterschlagung gegenüber der Lotteriedirektion begangen. Ist er aber der Meinung gewesen, daß der gutgläubige Dritte, dem er die Lose verpfändet hat, daraus gegen die Generaldirektion keinen Anspruch mehr erwerben könne, so liegt die Annahme eines Betruges gegenüber dem Gläubiger nahe; die Annahme einer Unterschlagung entfällt, da der Gebrauch wertlosen fremden Papiers zu einer Täuschung nicht als „Zueignung“ angesehen werden könnte. Da hiernach Untreue und Unterschlagung bisher nicht ausreichend nachgewiesen sind, ist das angef. Urteil auch in diesem Falle aufzuheben.

(3. Sen. v. 5. Jan. 1935; 3 D 974/34.)

[W.]

35. §§ 27, 27a StGB.; § 128 Abs. 2 Branntw-MonG.

1. Im Reichssteuerstrafrecht ist der Wertersatz eine Geldstrafe. Der Strafrahmen der §§ 27, 27a StGB. gilt also auch für den Wertersatz nach dem Branntw-MonG.

2. Bei der Strafzumessung innerhalb des gesetzlich bestimmten Strafrahmens sind Erwägungen, die den Grund für die ergangene Strafandrohung und den im Gesetz aufgestellten Strafrahmen gebildet haben, außer Betracht zu lassen.

3. Im Urteilstonor sind die einzuziehenden Gegenstände näher zu bezeichnen. Der Ausspruch „Einziehung der beschlagenahmten Gegenstände“ genügt nicht.

4. Wie weit dürfen Schätzungen der für den Fall des Erfolges zu erwartenden — nach § 397 RAbG. §§ 124, 128 Branntw-MonG. zu berücksichtigenden — Ausbeute bei der Strafzumessung berücksichtigt werden?†)

1. Der in dem § 365 (jetzt 401) Abs. 2 RAbG. und § 128 Abs. 2 Branntw-MonG. vorge sehene Wertersatz gilt als eine Geldstrafe. Das bringt schon die RAbG. selbst in dem § 435 (jetzt 470) dadurch zum Ausdruck, daß sie von der Strafe des Ersatzes des Wertes nicht einziehbarer Sachen spricht. Demgemäß ist auch in der RAbG. anerkannt, daß der Wertersatz sowohl im Bereich der RAbG. wie in dem des Branntw-MonG. Geldstrafe ist (RGSt. 60, 245; 65, 81). Daraus folgt, daß auch für den Wertersatz nach § 128 Abs. 2 Branntw-MonG. die Vorschrift der Festsetzung in Goldmark (jetzt in Reichsmark) nach § 27 Abs. 1 StGB. gilt, ferner der in § 27 Abs. 2 bestimmte Strafrahmen von 3 bis zu 10 000 RM. (jetzt R.M.). Es muß dann aber zugleich § 27a StGB. mit seiner Erweiterung des Höchstbetrags auf

Zu 35. 1. Die Entsch. bringt wichtige Beiträge für die Findung des Strafmaßes. Zunächst ist von Wichtigkeit die Feststellung, daß im Reichssteuerstrafrecht der Wertersatz stets als Geldstrafe gilt. Dies ergibt sich aus folgendem:

Gem. § 391 RAbG. gilt das Strafgesetzbuch nur, soweit die Steuergesetze nichts Abweichendes vorschreiben.

Bezüglich des Wertersatzes ist nun in § 401 Abs. 2 RAbG. bestimmt: „Kann die Einziehung der Erzeugnisse oder Waren nicht vollzogen werden, so ist auf Erlegung ihres Wertes und, soweit dieser nicht zu ermitteln ist, auf Zahlung einer Geldsumme bis zu 100 000 RM zu erkennen.“

§ 470 RAbG. bestimmt weiter: „Kann eine durch Strafscheid festgesetzte Geldstrafe oder die Strafe des Ersatzes des Wertes nicht einziehbare Sachen nicht beigetrieben werden, so hat das Gericht auf Antrag des FinA. die Strafe in Freiheitsstrafe umzuwandeln.“ Hiermit steht also fest, daß der Wertersatz eine Strafe ist.

Damit gelten nun gem. § 391 RAbG. mangels besonderer eigener steuerstrafrechtlicher Best. hinsichtlich des Strafrahmens die §§ 27 ff. RStB.

Hier nach sind sämtliche Geldstrafen in Reichsmark festzusetzen. Bezüglich der Höhe gilt für Verbrechen und Vergehen: Sie beträgt mindestens 3 RM und höchstens 10 000 RM, soweit nicht im einzelnen höhere Beträge oder Geldstrafen unbeschränkter Höhe angedroht sind.

Der Höchstbetrag von 10 000 RM gilt ferner nicht, soweit die

100 000 RM. (RM) gelten, beschränkt auf den Fall, daß die Tat, die sich auf die Gegenstände bezieht, aus Gewinnsucht (RGSt. 60, 306, 390) begangen worden ist.

Dieselbe Rechtslage bestand auf Grund der VO. vom 6. Febr. 1924 auch für den Geltungsbereich der RAbgD. Für diesen ist nun, hiermit nicht vollkommen übereinstimmend, auf Grund der II. StNotVO. v. 19. Dez. 1923. Art. XV § 3 (RGBl. 1225) durch die AnpassungsVO. v. 20. Nov. 1925 (RGBl. 389) der Betragrahmen des § 365 Abs. 2 dahin geändert worden, daß er jetzt (statt des bis zur VO. vom 6. Febr. 1924 in Geltung gewesenen Rahmens von 20 bis zu 300 000 M.) „bis zu 100 000 GM.“ geht. Indessen die Betragssbestimmung, die § 365 (jetzt 401) Abs. 2 für den Geltungsbereich der RAbgD. getroffen hat, gilt nicht auch für den § 128 Abs. 2 BranntwMonG., also nicht mit seiner allgemein, ohne Rücksicht auf eine Gewinnsuchtigkeit der Tat getroffenen Ausdehnung des Rahmens auf 100 000 GM. (RM). Anderseits ist es für die Rechtslage im Geltungsbereich des BranntwMonG. ohne Belang, daß der Gesetzgeber bisher nicht auch hier Anlaß genommen hat, den überholten Betragrahmen des § 128 Abs. 2 ausdrücklich durch den jetzt maßgebenden zu ersehen. Vielmehr gelten hier, wie ausgeführt, die Vorschriften der §§ 27 Abs. 2, 27a StGB.

Innerhalb des für den Wertersatz hiernach maßgebenden Betragrahmens hält sich der vom LG. erlassene Ausspruch auf 2000 RM. Gleichwohl muß auch er aufgehoben werden, weil anzunehmen ist, daß das LG. bei seiner Bemessung nicht von der richtigen Rechtslage ausgegangen ist, und weil kein sicheres Urt. darüber möglich ist, ob das LG. auch bei richtiger Beurteilung zu demselben Betrag gelangt sein würde.

2. Zu beiden Fällen besteht sodann ein rechtliches Bedenken gegen die Verurteilung zu Zusatzgefängnisstrafen auf Grund der Ausführung des angefochtenen Urt., daß die Strafe schärfer zu bemessen sei wegen der „allgemein schädigenden Wirkung der Straftaten für das Volksvermögen und das redliche Gewerbe“. Das ist eine Erwägung, die den Grund für die

angedrohte Strafe in dem Mehrsachen, dem Einfachen oder dem Bruchteil eines bestimmten Betrages besteht.

Liegt Gewinnsucht vor, so kann die Geldstrafe auf 100 000 RM erhöht und auf eine solche Geldstrafe neben Freiheitsstrafe auch in denjenigen Fällen erkannt werden, in denen das Gesetz eine Geldstrafe nicht androht (§ 27 a).

Gewinnsucht ist „die Steigerung des berechtigten Erwerbszumes auf ein ungewöhnliches, ungesundes, sittlich anstößiges Maß. Sie ist vorhanden, wenn das Verlangen des Täters nach Gewinnerzielung ihn mit solcher Gewalt beherrscht, daß er ihm hemmungslos unterliegt, ohne auf die Schranken zu achten, deren Einhaltung Gesetz und Recht, geschäftlicher Unstand und die schuldige Rücksicht auf seine Mitmenschen von ihm fordern“ (RGSt. 60, 307).

Der Strafraum der §§ 27, 27a RStGB. gilt auch für BranntwMonG. (vgl. RGSt. 60, 245); denn § 128 BranntwMonG. spricht ausdrücklich für den Fall der Rechtswidrigkeit der Einziehung von einer Verurteilung zur „Erlegung des Wertes der Gegenstände“. Dies ist aber Wertersatz i. S. der §§ 401, 470 RAbgD.

Die allgemeine strafrechtliche Vorschr. des § 29 StGB., wonach nur eine uneinbringliche Geldstrafe in Freiheitsstrafe umzuwandeln ist, nicht aber an Stelle der Einziehung ausgesprochener Wertersatz, gilt nicht für das Reichsteuerstrafrecht. Sie ist durch die §§ 391, 401, 470 RAbgD. für das Gebiet des Reichsteuerstrafrechts außer Anwendung gesetzt (RGSt. 60, 245).

2. In dem zur Besprechung stehenden Falle hatte die Große Strafkammer des LG. neben einer Geldstrafe noch auf eine Zusatzgefängnisstrafe erkannt mit der Begr., daß die Strafe wegen der „allgemein schädigenden Wirkung der Straftaten für das Volksvermögen und das redliche Gewerbe“ schärfer zu bemessen sei. Mit Recht hebt das RG. hervor, daß diese Erwägung nicht für die Höhe der Strafe zu berücksichtigen sei. Hiermit sei schon die ergangene Strafdrohung und der im Gesetz aufgestellte Strafraum begründet worden. Diesem Standpunkt des RG. ist beizutreten. Es ist also davon auszugehen, daß der Gesetzgeber das allgemein Verwerfliche der hier in Frage kommenden Tat bereits dadurch berücksichtigt hat, daß er einmal die Tat selbst unter Strafe gestellt hat, und daß er zum anderen bezüglich der Höhe der Strafe auch die allgemeine Begr. der allgemein schädlichen Wirkung berücksichtigt hat. Diese allgemein schädliche Wirkung ist also gewissermaßen durch die Aufstellung des Strafraums bereits abgetan, so daß für die Ermittlung der auszuwendenden Strafe nur die diesem Fall besonders eigentümlich ge-

ergangene Strafdrohung und den im Gesetz aufgestellten Strafraum gebildet hat; sie darf also nicht nochmals als Strafummessungsgrund für den einzelnen Fall bewertet werden.

Irrig ist es hier zugleich, wenn das LG. wie die Urteilsgründe annehmen lassen, davon ausgegangen ist, bei einer Abgabenhinterziehung nach dem BranntwMonG. könne § 27 b StGB. überhaupt keine Anwendung finden.

3. Auch der Anspruch auf Einziehung „der beschlagnahmten Gegenstände“ kann nicht bestehen bleiben. Das Urt. bezeichnet diese Gegenstände nicht näher, es ist daher nicht möglich nachzuprüfen, ob der Ausspruch dem Gesetz entspricht.

4. Für die neue Verhandlung ist noch auf folgendes aufmerksam zu machen.

Das LG. hat zu dem zweiten Fall die Geldstrafe auf 8000 RM bemessen unter Würdigung der „Anhaltpunkte über die mögliche oder mutmaßliche Menge des entgültigen Branntweins“. Auf derselben Erwägung beruht es wohl auch, daß der Wertersatz auf 2000 RM bemessen wurde. Das könnte insoweit nicht genehmigt werden, als das LG. (womit nach jener Bemerkung gerechnet werden muß) sich bei der Schätzung schon an die nur mögliche Menge gehalten hätte. Diese nach den in der Hauptverhandlung gewonnenen Anhaltpunkten als möglich anzusehende Menge läme vielmehr nur insofern in Betracht, als die zu erkennende Geldstrafe jedenfalls nicht über die mögliche Höchstmenge und der Wertersatz nicht über den möglichen Höchstwert hinausgehen dürfte.

Andererseits ist sowohl für die Geldstrafe wie für den Wertersatz zu berücksichtigen, daß die nach den §§ 124 und 128 Abs. 2 dem Gericht obliegende Schätzung nur insoweit in Frage kommt, als das Gericht außerstande ist, eine zahlenmäßig sichere Feststellung zu treffen. Soweit diese geschehen kann, sind die festgestellten Beträge maßgebend (so daß möglicherweise schon hiernach die Geldstrafe oder der Wertersatz höher zu bemessen ist als nach den im Gesetz genannten Höchstbeträgen); nur für die darüber hinausgehenden, bloß noch durch Schätzung zu ermittelnden Werte hat die Bemessung von

lagernden Umständen zu berücksichtigen sind. Alle im einzelnen Falle — also hier jeder Branntweinmonopolhinterziehung — anhaften allgemein verwerflichen Umstände sind also außer Betracht zu lassen. Aus diesen Erwägungen heraus kommen wir zu der Gewinnung des im Rechtssatz ausgedrückten allgemeinen Strafummessungsgrundsatzen, wonach dem Täter nicht neben dem vom Gesetzgeber aufgestellten Strafraum nochmals das Verwerfliche der Tat im allgemeinen zugerechnet werden darf.

3. Die steuerstrafrechtliche Einziehung hat starke sachlich-rechtliche Wirkung (vgl. §§ 414, 415 RAbgD.). Alle Rechte Dritter erlösen mit der Rechtskraft der Einziehung, auch Rechte dritter Personen, die gutgläubig vor der Rechtskraft des Einziehungserkenntnisses eingezogene Gegenstände erworben haben. Wegen dieser starken sachlich-rechtlichen Wirkung hat das RG. in dem Urt. 4 D 1164/34 (vgl. JW. 1935, 951³⁶ und meine dortige Besprechung) den Einziehungsbeteiligten eine einem Angekl. ähnliche formellrechtliche Stellung zugebilligt. Dem muß aber auch folgerichtig weiterhin eine genaue Fassung des auf Einziehung lautenden Erkenntnisses entsprechen. Mit Recht genügt daher für die Einziehung nicht die Bezeichnung „beschlagnahme Gegenstände“, sondern diese Gegenstände müssen im einzelnen genau beschrieben und aufgeführt werden; denn sonst würden Unklarheiten bezüglich der Wirkung des Erkenntnisses entstehen müssen (§ 415 RAbgD.).

4. Das LG. stellt einen weiteren Rechtsgrundatz über die Gewinnung des Strafraums bei Schätzungen auf.

Grundsätzlich sind gem. § 397 Abs. 2 Halb. 2 RAbgD. Geldstrafen, die auf ein Vielfaches des hinterzogenen Betrages zu bestimmen sind, nach der Steuerverkürzung oder dem Steuervorteil zu bemessen, die bei Vollsendung der Tat eingetreten wären. Bezüglich dieser auch nach dem BranntwMonG. vorzunehmenden Schätzung darf nicht hinreichlich der Gewinnung des Strafrakes auf dem bloß möglichen Steuervorteil Rücksicht genommen werden. Diese Möglichkeit allein bildet auf alle Fälle den Höchstraum des zugrunde zu legenden Befreiungstigers; denn auch hier gilt zugunsten des Angekl. der Rechtsgrundatz in dubio pro reo. Zunächst kommt die Schätzung ja nur insoweit in Frage, als eine zahlenmäßig sichere Feststellung nicht zu treffen ist. Soweit darüber hinaus eine Schätzung erforderlich wird, muß sie aber auch auf sicheren Schätzungsgrundlagen beruhen und darf niemals auf bloße Möglichkeiten zu Lasten des Angekl. hinauslaufen.

Strafe und Wertersatz innerhalb der oben genannten gesetzlichen Rahmen zu geschehen (vgl. RGSt. 60, 389, 392; 63, 286).

(1. Sen. v. 18. Dez. 1934; 1 D 1171/34.)

****36.** §§ 154—156, 158 Abs. 2 BZollG.; §§ 396, 401, 414, 415, 420, 421, 443, 459 RAbgD.; §§ 430—432 StPO. Der für den Bannbruch aufgestellte Grundsatz, wonach nicht auf Einziehung erkannt werden darf, wenn der durch den Bannbruch eingeführte Gegenstand nach Beendigung der Straftat von einem gutgläubigen Dritten zu Eigentum erworben worden ist, gilt nicht für die Einziehung im Bereiche der RAbgD. Der Eigentümer einer Sache, die in einem gegen einen anderen gerichteten Strafverfahren eingezogen werden soll, ist befugt, in jenem Verfahren als Nebenbeteiligter aufzutreten. Die bloße Behauptung, ein Recht an dem der Einziehung unterliegenden Gegenstande zu haben, genügt zum Beitritt in das gegen einen anderen anhängige Strafverfahren und insbes. auch zur Eröffnung eines neuen Rechtszuges nicht, vielmehr ist das behauptete Recht glaubhaft zu machen. Die Besugnis der Finanzbehörde zur Einlegung von Rechtsmitteln hängt nicht davon ab, ob sie durch die vorangegangene Entscheidung beschwert ist.¹⁾

I. Für die Einziehung der Gegenstände, hinsichtlich deren die strafbare Handlung begangen worden ist, sind im vorl. Falle zufolge der neuen Best. des § 158 Abs. 2 BZollG. und des § 396 Abs. 6 RAbgD. (eingefügt durch Kap. II B.D. v. 18. März 1933 [RGBl. I, 109, 112]) nur noch die Vorschriften der RAbgD. maßgebend. Daraus ergibt sich folgendes:

Im Falle der Einfuhr der braunen Stute hat die Strk. gegen die vier Beschw. auf Ersatz des Wertes nach § 401 Abs. 2 RAbgD. erkannt mit der Begründung, daß „die Einziehung nicht mehr erfolgen konnte“. Aus welchen Gründen

Zu 36. 1. Die Entsch. des RG. fördert die wissenschaftliche Erkenntnis der steuerstrafrechtlichen Einziehung und der verfahrensrechtlichen Stellung des dem Steuerrecht eigentümlichen sog. Nebenbeteiligten.

2. Nach der Aspr. des RG. zu dem sog. Bannbruch war eine Einziehung nicht möglich, wenn der durch einen Bannbruch eingeführte Gegenstand nach Beendigung der Straftat von einem gutgläubigen Dritten zu Eigentum erworben worden war. Das Einziehungsrecht der RAbgD. geht über die Bestimmungen des BZollG. auch bzgl. der Einziehungsmöglichkeit hinaus. Durch die Bd. des Präf. über Maßnahmen auf dem Gebiete der Finanzen, der Wirtschaft und der Rechtspflege v. 18. März 1933, Kap. II, ist bestimmt worden, daß auch hinsichtlich solcher Waren Steuerhinterziehung begangen werden kann, deren Einfuhr, Ausfuhr oder Durchfuhr verboten ist. Demgemäß kann der Bannbruch seit dem Inkrafttreten dieser Bestimmung auch als Steuerhinterziehung angesehen werden. Dann gilt aber auch, wenn die Merkmale der Steuerhinterziehung erfüllt sind, daß allgemeine Einziehungsrecht der RAbgD. Demgemäß entfällt für die Zukunft die bisherige Aspr. zur Bannbruch-einziehung (JW. 1933, 1464).

3. Bei jeder Verurteilung wegen Steuerhinterziehung ist auf Einziehung zu erkennen. Kann sie nicht vollzogen werden, so ist zur Zahlung eines Wertersatzes zu verurteilen (§ 401 RAbgD.).

Diese Einziehung ist auszusprechen ohne Rücksicht darauf, wem die Gegenstände gehören und ob gegen eine bestimmte Person ein Strafverfahren eingeleitet wird (§ 414 RAbgD.).

Mit der Rechtskraft der Einziehung geht das Eigentum an den eingezogenen Sachen auf das Reich über. Rechte dritter Personen erlischen. Für einen Rechtsverlust, der nach der Rechtskraft des Erkenntnisses eintritt, gelten die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zugunsten derer, die Rechte von einem Rechtberechtigten herleiten (§ 415 RAbgD.).

Die Einziehung wird dadurch vollstreckt, daß das FinA. die Sachen dem Besitzer wegnnehmen läßt. Es kann nach den Vorschriften des § 328 RAbgD. Vollstreckungsgegenklage durch einen Dritten mit der alleinigen Geltendmachung angestrengt werden, daß die Sache nicht durch die Einziehung betroffen sei, oder daß er das Recht an ihr nach der Rechtskraft des Strafbescheides erworben habe (§ 459 Abs. 3 RAbgD.). Der Dritte kann also nur vortragen, daß die Gleichheit des eingezogenen und herausverlangten Gegenstandes nicht ge-

dies nicht mehr möglich gewesen sein soll, sagt das Urteil nicht ausdrücklich. Da aber in anderem Zusammenhange dargelegt ist, daß der Mitangell. A., der die Stute von dem Beschw. J. O. gekauft hat, bei diesem Erwerb nicht nachweislich sich strafbar gemacht, also unwiderlegbar in gutem Glauben gehandelt habe, ergibt sich die Vermutung, daß die Strk. in der Tatsache des gutgläubigen Erwerbes ein rechtliches Hindernis für den Ausspruch der Einziehung erblickt hat, und zwar im Anschluß an die zu §§ 154—156 BZollG. ergangene Aspr. des RG., wonach dann nicht auf Einziehung erkannt werden darf, wenn der durch einen Bannbruch eingeführte Gegenstand nach Beendigung der Straftat von einem an ihr nicht beteiligten gutgläubigen Dritten zu Eigentum erworben worden ist (vgl. RGSt. 30, 413; 67, 204¹⁾). Dieser Rechtsgrundsatz gilt aber nicht für die Einziehung im Bereich der RAbgD. Hier hat im Gegenteil RGSt. 62, 49 dargelegt, daß der Gesetzgeber durch die §§ 414, 415 RAbgD. noch in weiterem Umfang als durch die Vorschriften des § 154 BZollG. dem Reichsfiskus die Entschädigung für den entgangenen Zoll durch Übertragung des Eigentums an der von der Straftat betroffenen Sache sichern und den gutgläubigen Eigentümer lediglich auf seine Rückgriffsansprüche verweisen wollte, und daß sich daraus der unabwendbare Schluß ergebe, daß auf Einziehung auch dann zu erkennen ist, wenn die Sache, hinsichtlich deren die Vollhinterziehung begangen worden ist, nach Vollendung der Hinterziehung in das Eigentum eines gutgläubigen Dritten übergegangen ist. Nur für den einzigen Fall, daß der Rechtsverlust erst nach Rechtskraft des Straferkenntnisses eintritt, läßt § 415 Abs. 1 Satz 2 RAbgD. die Ausnahme zu, daß die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zugunsten derer gelten, die Rechte von einem Rechtberechtigten herleiten. Dieselbe starre Auffassung der Steuerstrafgesetzegebung findet ihren Ausdruck auch in § 459 Abs. 3 Satz 2 RAbgD. Danach kann der Dritte, gegen den eine Einziehung vollstreckt werden soll, nur geltend machen, daß die Sache nicht durch die Einziehung getroffen sei (also die Identität der in seinem Besitz befindlichen mit der einzuziehenden Sache bestreiten), oder daß er das Recht an

geben sei, oder daß die Vorschriften des § 414 (gutgläubiger Erwerb nach Rechtskraft der Einziehung) gegeben sind.

Insolgedessen hätte im vorl. Falle auf Einziehung der Fuchs-Stute erkannt werden müssen, da der Erwerb der Fuchs-Stute nicht nach Rechtskraft der Einziehung erfolgt ist. Ein gutgläubiger Dritter wird also gegenüber der steuerstrafrechtlichen Einziehung selbst bei gutgläubigem Erwerb nach Vollendung der Hinterziehung nicht geschützt, wenn im Zeitpunkt des Erwerbes die Einziehung noch nicht rechtskräftig geworden ist.

4. Von besonderer Bedeutung ist das Urteil hinsichtlich der Frage, in welcher Form denn nun sich ein Dritter, der Rechte an dem einzuziehenden Gegenstande geltend machen will, an dem Verfahren beteiligen kann.

Hat er die verfahrensrechtliche Befugnis, zur Wahrung seiner Rechte in einem Strafverfahren aufzutreten?

Die StPO. kennt keinerlei Vorschriften. Für das allgemeine Strafverfahrensrecht ist also eine Lücke vorhanden; denn die §§ 430 bis 432 StPO. beziehen sich nur auf das selbständige Verfahren.

Anderes in der RAbgD. In den allgemeinen Bestimmungen und den Vorschriften über das gerichtliche Verfahren (§§ 420, 461—476 RAbgD.) sind ebenfalls keine Bestimmungen enthalten. Nur das Verwaltungssteuerstrafverfahren kennt in § 421 Abs. 3 RAbgD. den sog. Nebenbeteiligten. Nebenbeteiligter ist hiernach

1. wenn ein Recht an Gegenständen zusteht, die der Einziehung unterliegen, oder wenn ein Anspruch auf solche Gegenstände zusteht,
2. wer für die Geldstrafe und die Kosten haftet, die dem Täter oder einem Teilnehmer auferlegt werden.

Ein solcher Nebenbeteiligter ist sowohl zu dem Verwaltungssteuerstrafverfahren als auch bei der Verwaltungssteuerstrafverfahrensvollstreckung hinzuzuziehen (§§ 443 Abs. 2, 449 Abs. 3 RAbgD.).

Es tritt nunmehr die Frage auf, ob und inwieweit diese Bestimmungen des Verwaltungssteuerstrafverfahrens auf das gerichtliche Verfahren zu übertragen sind. Zunächst ist gem. § 448 RAbgD. vorgeschrieben, daß in einem Strafbescheid, der in einem Verwaltungssteuerstrafverfahren ergeht, auch auf Einziehung zu erkennen ist.

Da bei Antrag auf gerichtliche Entsch. das Verwaltungssteuer-

¹⁾ JW. 1933, 1464.

der Sache erst nach der Rechtskraft des Strafbescheides erworben habe. Der jetzt erk. Sen. sieht gerade im Hinblick auf die in RGSt. 62, 49 angeführten Gründe keine Möglichkeit, von dieser Rechtsauflösung abzuweichen. Dadurch allerdings, daß infolge der obengenannten BD. v. 18. März 1933 der Bannbruch nunmehr auch als Steuerhinterziehung beurteilt werden kann und im Falle tateinheitlichen Zusammentreffens mit einer Zollhinterziehung lediglich mit der für die letztere maßgebenden — also aus der RAbgD. zu schöpfenden — Strafe zu ahnden ist, hat die zu § 154 BZollG. entwickelte Rspr., die die wohlverstandene Sicherheit des redlichen Verfahrens wahren wollte, ihre Bedeutung im wesentlichen verloren.

Da hiernach die Möglichkeit besteht, daß die Strk. nur aus Rechtssitztum von der Einziehung der braunen Stute abgesehen hat, und da die an Stelle der für nicht vollziehbar gehaltenen Einziehung ausgesprochene Verurteilung zum Wertersatz, insbes. aber zu der an derselben Stelle tretenden Ersatzfreiheitsstrafe, den vier Beschw. zum Nachteil gereicht, muß das Urteil auf die Rev. dieser Angekl. insoweit aufgehoben werden. In dem gleichen Umfang ist die Aufhebung auf Grund des § 357 StPO. auch hinsichtlich des Angekl. T. O. geboten, der in diesem Falle keine Rev. eingelegt hat. Auf Grund der neuen Verhandlung wird die Strk. auf Wertersatz nur dann erkennen können, wenn der weitere Verbleib der — von A. weiterverkauften — Stute tatsächlich nicht mehr zu ermitteln ist.

II. S. hat die Rev. „als Nebenbeteiligter“ eingelegt und verlangt Aufhebung des Ausspruches der Einziehung der Hirschstute mit der Behauptung, daß er der Eigentümer dieses Pferdes sei, weil er es gutgläubig erworben habe. Aus dem angef. Urt. ergibt sich nichts für diese Behauptung; dort ist lediglich gesagt, der Angekl. J. O. habe dieses Pferd an den Pferdehändler G. verkauft. Nach den Alten allerdings hat G. angegeben, daß er das Pferd an S. weiterverkauft habe. Indessen kann es vorerst auf sich beruhen, ob dies zutrifft. Denn vor allen Dingen ist die dem Gebiete der Verfahrensvoraussetzungen zugehörige Frage zu entscheiden, ob überhaupt dem Eigentümer einer Sache, die in einem gegen einen anderen gerichteten Strafverfahren eingezogen werden soll, die verfahrensrechtliche Befugnis zusteht, in jenem Verfahren zur Wahrung seiner Rechte aufzutreten.

a) Die StPO. selbst gibt keine Vorschriften darüber, ob und welche Befugnisse die dinglich Berechtigten innerhalb

strafverfahren in ein gerichtliches Steuerstrafverfahren übergeht, wird auch die Einziehungsbefugnis und damit die Hinzuziehung eines Nebenbeteiligten nötig.

Weiterhin folgert das RG. aus der allgemeinen Vorschrift des § 420 RAbgD., wonach die StPO. nur insoweit gilt, als die Steuergesetze nichts Abweichendes vorschreiben, daß die gesamten Bestimmungen des steuerlichen Strafverfahrensrechts, also auch diejenigen des Verwaltungsstrafverfahrens, in einem gerichtlichen Steuerstrafverfahren anzuwenden sind. Außerdem müsse es gleichgültig sein, ob das gerichtliche Steuerstrafverfahren durch einen Antrag des Nebenbeteiligten auf gerichtliche Entsch. (§ 450) oder durch ein von Anfang an schon gerichtliches Verfahren in Gang gesetzt sei, weil die StaL. oder das FinA. die öffentliche Klage erhoben habe (§ 472).

Diesen Auslegungsgrundlagen ist in vollem Umfange beizutreten. Sie entsprechen durchaus der Richtung des gesamten Steuerstrafverfahrensrechts, welches bei seiner Ausgestaltung in weitgehendem Umfange auf die Besonderheiten steuerstrafrechtlicher Tatbestände geschünkt ist.

Als allgemeiner Rechtsgrundsatz ist somit festzuhalten, daß die gesamten Bestimmungen des Verwaltungssteuerstrafverfahrensrechts insoweit im gerichtlichen Steuerstrafverfahren anzuwenden sind, als sie mit den Bestimmungen des steuerstrafrechtlichen gerichtlichen Verfahrensrechts nicht in Widerspruch geraten.

Hiermit ist die Notwendigkeit der Hinzuziehung der Nebenbeteiligten im gerichtlichen Verfahren festgestellt.

5. Über die Form der Hinzuziehung des Nebenbeteiligten ist folgendes hervorzuheben:

Zunächst ist unter Verwendung der Rechtsgrundsätze RGSt. 63, 23 festzustellen, daß eine Zuziehung der Nebenbeteiligten zum gerichtlichen Steuerstrafverfahren gegen den Beschuldigten unter den gleichen Voraussetzungen und in der gleichen Weise geboten ist wie im selbstständigen Einziehungsverfahren (§§ 430 ff. StPO.). Mit Recht hebt

des gewöhnlichen, d. h. gegen einen bestimmten Beschuldigten gerichteten Strafverfahrens haben. Nach der feststehenden Rspr. des RG., wie sie sich nunmehr insbes. im Anschluß an RGSt. 34, 388 und in bewußter Ablehnung von der in RGSt. 5, 371, 375 fundgegebenen Auffassung entwickelt hat (vgl. z. B. RGSt. 66, 405), können die nur für das selbstständige („objektive“) Verfahren gegebenen Vorschriften der §§ 430 bis 432 StPO. auch nicht entsprechend für das ordentliche, d. h. gegen einen bestimmten Beschuldigten gerichtete, Strafverfahren angewendet werden. Raum für eine Ausnahme von diesem Grundsatz eröffnet sich nur dort, wo besondere gesetzliche Vorschriften die Zuziehung eines Dritten zum Strafverfahren vorsehen. Vorschriften solcher Art sind aber die in der RAbgD. enthaltenen Bestimmungen über das Steuerstrafverfahren der §§ 420 ff. Was zunächst das Verwaltungssteuerstrafverfahren betrifft, so ist nach § 421 Abs. 3 „Nebenbeteiligter“ auch der, dem ein Recht an Gegenständen zusteht, die der Einziehung unterliegen. § 443 Abs. 2 schreibt zwingend vor, daß der Einziehungsbeteiligte zum Verfahren zu ziehen ist, wenn er sich meldet oder wenn anzunehmen ist, daß es einer Vollstreckungshandlung gegen ihn bedarf; einer solchen bedarf es aber immer dann, wenn er im Besitz der einzuziehenden Sache sich befindet (vgl. § 459 Abs. 3). All das muß auch für das gerichtliche Strafverfahren gelten; denn in § 448 Abs. 2 wird die Zuziehung des Nebenbeteiligten zum gerichtlichen Verfahren — nicht etwa nur zum selbstständigen Verfahren — geradezu als Regel vorausgesetzt. Daß dies der erklärte Wille des Gesetzgebers ist, geht auch daraus hervor, daß § 420 RAbgD. den beiden Titeln, die das Verwaltungsstrafverfahren (§§ 421—460) und das gerichtliche Verfahren (§§ 461—476) regeln, als selbstständiger Titel und als „allgemeine Vorschrift“ vorangestellt ist und ausdrücklich den Steuergesetzen — also auch den das gerichtliche Verfahren regelnden Vorschriften der RAbgD. — den Vorrang vor den Bestimmungen der StPO. einräumt. Dabei kann es auch keinen Unterschied begründen, ob ein gerichtliches Steuerstrafverfahren erst dadurch in Lauf gekommen ist, daß der Nebenbeteiligte auf gerichtliche Entsch. angetragen hat (§ 450), oder ob das Verfahren von Anfang an schon ein gerichtliches deswegen gewesen ist, weil die StaL. oder das FinA. die öffentliche Klage erhoben hatte (§ 472).

Dafür nun, wie der Einziehungsbeteiligte in dem gerichtlichen Verfahren zu ziehen ist und welches im einzelnen seine Befugnisse in diesem Verfahren sind, bieten die §§ 431 und

das RG. hervor, daß der starken sachlich-rechtlichen Wirkung der steuerrechtlichen Einziehung auch gegenüber dem gutgläubigen Erwerber ein entsprechend erhöhter verfahrensrechtlicher Schutz des von der Einziehung bedrohten Eigentümers gegenüberstehen muß. Der allgemeine Grundsatz des Verfahrensrechts, daß einer starken sachlich-rechtlichen Wirkung eine entsprechend starke prozeßrechtliche Stellung entsprechen muß, ist auch für andere Rechtsgebiete festzuhalten. Je stärker also die sachlich-rechtliche Entsch. auf einen Beteiligten einwirkt, desto stärker müssen ihm Möglichkeiten im Verfahren an die Hand gegeben werden, sich zu wehren. Dies gilt ganz besonders für die steuerstrafrechtliche Einziehung, die ja erst, wie oben dargelegt, einen gutgläubigen Erwerb nach Rechtskraft der Einziehung kennt.

Mit Recht hat daher das RG. in diesem Urteil beachtenswerte Grundsätze über die Notwendigkeit und die Form der Hinzuziehung des Einziehungsbeteiligten ausgesprochen.

Nach Gewinnung dieser Rechtsgrundlage war es einfach, weiter zu folgern (§ 443 Abs. 2 RAbgD., § 431 Abs. 2 StPO.), daß der Einziehungsbeteiligte zum Termin zu laden ist. Die strafprozeßuale Einschränkung des § 431 Abs. 2 StPO. „soweit dies ausführbar erscheint“ ist mit Recht auf das Steuerstrafverfahrensrecht nicht übertragen worden, weil der § 443 Abs. 2 RAbgD. die Zuziehung des Nebenbeteiligten zwingend vorschreibt.

Hiermit muß also in jedem Falle der Einziehungsbeteiligte in dem gerichtlichen Strafverfahren hinzugezogen werden. Eine solche Hinzuziehung ist auch schon selbstverständlich im Vorverfahren zulässig (§ 431 Abs. 3 Satz 1 StPO.).

Der Nebenbeteiligte hat sowohl im Vorverfahren als auch im Hauptverfahren die volle rechtliche Stellung eines Angekl., also auch das Recht der Verteidigung (§ 431 Abs. 3 StPO.).

Das Recht des Angekl. geht selbstverständlich auch so weit, alles vorzubringen, was die Einziehung unzulässig erscheinen läßt.

432 StPO. einen Anhalt. So hat denn auch der 1. StrSen.: RGSt. 63, 23 — allerdings nicht entscheidungsweise — unter ausführlicher Begründung, auf die hier verwiesen werden kann, die Aussöhnung vertreten, daß in den Fällen, in denen die Vorschriften der RAbgD. über das Strafverfahren Anwendung finden, eine Buziehung der Nebenbeteiligten zum gerichtlichen Verfahren gegen den Beschuldigten unter den gleichen Voraussetzungen und in der gleichen Weise geboten sei wie im selbständigen Einziehungsverfahren der §§ 430 ff. StPO. Dieser Rechtsauffassung tritt der jetzt erf. Sen. bei. Sie wird auch durch folgende allgemeine Erwagung bestärkt: Der weitgehenden Ausgestaltung der Rechte des Fiskus im Bereich der RAbgD., insbes. der auf §§ 414, 415 RAbgD. beruhenden sachlich-rechtlichen Wirkung der Einziehung auch gegen den gutgläubigen Erwerber der einzuziehenden Sache, wie sie oben unter Hinweis auf RGSt. 62, 49 erörtert worden ist, muß auf der anderen Seite auch ein erhöhter verfahrensrechtlicher Schutz des von der Einziehung bedrohten Eigentümers gegenüberstehen; er muß also in dem Verfahren gegen den Beschuldigten, in dem auch über die Einziehung seiner Sache entschieden werden soll, gehört werden. In welcher Weise und unter welchen Voraussetzungen dieses Gehör schon im Vorverfahren zu gewähren ist, ergibt sich aus der Bestimmung des § 443 Abs. 2 RAbgD., die zwar unmittelbar nur für das Verwaltungsstrafverfahren getroffen ist, aber für das gerichtliche Verfahren zum mindesten entsprechend angewendet werden muß. Für die Hauptverhandlung schreibt § 431 Abs. 2 StPO. vor, daß der Einziehungsbeteiligte zum Termine zu laden ist. Dabei ist aber zu beachten, daß die dort gemachte Einschränkung („soweit dies ausführbar erscheint“), die es mehr oder weniger in das Ermessen des Gerichtes stellt, ob und in welchem Umfang von der Möglichkeit der Buziehung der Einziehungsbeteiligten Gebrauch zu machen ist (vgl. RGSt. 11, 414), im Steuerstrafverfahren nicht gilt, und zwar aus dem Grunde, weil § 443 Abs. 2 RAbgD. die Buziehung des Nebenbeteiligten unter den dort angeführten Voraussetzungen zwingend vorschreibt. Aus dieser Verpflichtung des Gerichts, den Einziehungsbeteiligten zur Hauptverhandlung zu laden, ergibt sich von selbst, daß er, wenn er der Ladung Folge leistet, auch in der Hauptverhandlung zu hören ist. Er kann in dieser — ebenso aber auch im Vorverfahren —, wie § 431 Abs. 3 Satz 1 StPO. ausdrücklich erklärt, alle Befugnisse ausüben, die dem Angekl. zustehen. Das ihm zu gewährende Gehör kann sich also nicht darauf beschränken, daß ihm Gelegenheit gegeben wird, dar-

also insbes. auch geltend zu machen, daß der innere Tatbestand des Vergehens, auf welches die Einziehung gestützt ist, nicht vorliegt.

Der Einziehungsbeteiligte kann auch Rechtsmittel einlegen, die sich jedoch nur auf die Einziehung beschränken. Allerdings kann er innerhalb dieses Rechtsmittelverfahrens auch geltend machen, daß eine strafbare Haupthandlung nicht vorliegt.

Dankenswerterweise hat das RG. bei dieser Gelegenheit die Frage geklärt, unter welchen Voraussetzungen überhaupt ein beliebiger Dritter das Recht hat, in einem gegen einen anderen anhängigen Strafverfahren sich als Nebenbeteiligter geltend zu machen.

Auch hier fehlen ausdrückliche Vorschriften, so daß das RG. auf eine rechtsähnliche Anwendung des § 431 Abs. 2 StPO. angewiesen war. Dort ist von Personen die Rede, die einen rechtlichen Anspruch auf den Gegenstand der Einziehung haben und infolgedessen zu dem Termin zu laden sind.

Aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung gehe hervor, daß das Erfordernis der Glaubhaftmachung des rechtlichen Anspruches zu verlangen sei. Diesen Grundzügen ist durchaus beizutreten, damit die Einziehung solcher Personen in dem Verfahren vermieden wird, die nicht einmal in irgendeiner Form ihre Beziehung zu dem Gegenstande der Einziehung glaubhaft machen können.

Hiernach ist also festzustellen, daß ein Nebenbeteiligter in einem steuerstrafrechtlichen Verfahren zuzulassen ist, wenn er glaubhaft macht, daß ihm an dem der Einziehung unterliegenden Gegenstandem ein Recht aufsteht, wobei die letzte Endes für das Steuerstrafrecht entscheidende Frage, ob der Erwerb im Hinblick auf § 414 RAbgD. zivilrechtlich von Bedeutung ist, zunächst völlig auszuhalten ist. Es würde also z. B. m. E. völlig die Tatsache genügen, daß der Nebenbeteiligte bei seinem Antrage auf Zulassung glaubhaft macht, daß er infolge irgend-eines Erwerbes die einzuziehende Sache im Besitz habe.

6. Interessant ist der weitere Rechtsatz des RG., daß die

zutun, die Einziehung sei aus irgendwelchen, außerhalb der Strafstat liegenden Gründen tatsächlich nicht möglich oder rechtlich nicht zulässig; vielmehr muß er, da er ja die Einziehung gar nicht abwenden kann, falls der Nachweis der die Einziehung rechtfertigenden Strafstat gegen den Angekl. geführt wird, auch das Recht haben, der erhobenen Straflage selbst in allen ihren Teilen zu widersprechen und, unabhängig vom Verhalten des Beschuldigten selbst, das Nichtvorhandensein einer die Einziehung begründenden Strafstat darzulegen, — all das selbstverständlich nur mit dem Ziel, durch die Widerlegung oder Entrückung der Anklage die bei Bejahung der Schuldfrage ihm selbst drohende Einziehung abzuwenden. Gegen das Urt., das eine ihn beschwerende Einziehung aussprochen hat, steht ihm gem. § 432 StPO. das hierfür allgemein gegebene Rechtsmittel zu. Dieses kann er allerdings — gemäß seiner Stellung im ganzen Verfahren und dem Umstände, daß ihn selbst nur die Einziehung beschwert, — nur gegen die diese Einziehung aussprechende Teilentscheidung richten. Er kann auch im weiteren Rechtszug anstreben, den Ausspruch der Einziehung dadurch zu Fall zu bringen, daß er ihm die rechtliche Unterlage, nämlich die Annahme des Erststrichers, es liege bei dem Angekl. ein die Einziehung begründendes Steuervergehen i. S. des § 401 RAbgD. vor, entzieht, sei es nun, daß er — im Berufungsverfahren — eine andere, ihm günstige Feststellung des den Gegenstand der Anklage bildenden Sachverhaltes zu erreichen sucht, oder sei es — in der Berufung und in der Rev. —, daß er rügt, die vom Erstrichter getroffene Feststellung des Sachverhalts rechtfertige die Annahme eines solchen Vergehens nicht oder sei auf verfahrenswidrige Weise zustande gekommen. In verfahrensrechtlicher Beziehung kann der Einziehungsbeteiligte das Rechtsmittel auch darauf stützen, daß er der zwingenden Vorschrift des § 443 Abs. 2 RAbgD. zuwider zum Verfahren des ersten Rechtszuges nicht zugezogen, insbes. daß er entgegen § 431 Abs. 2 StPO. nicht zur Hauptverhandlung geladen worden sei.

Nach alledem ist die Zulässigkeit der Rev. eines Nebenbeteiligten gegen das die Einziehung seiner Sache aussprechende Urt. nicht zu bezweifeln.

Die in diesem Zusammenhang weiter auftauchende Frage, ob im Steuerstrafverfahren für den Einziehungsbeteiligten, der zum Verfahren des früheren Rechtszuges überhaupt nicht zugezogen worden war, besondere Fristen für die Einlegung des Rechtsmittels laufen oder ob er an die regelmäßigen Fristen des Rechtsmittelverfahrens gebunden ist (vgl. hierüber hinsichtlich des selbständigen Einziehungsverfahrens RGSt. 11, 414), braucht hier nicht entschieden zu werden, weil S.

Befugnis der Finanzbehörde zur Einlegung von Rechtsmitteln nicht davon abhängt, ob sie durch die vorangegangene Entst. beschwert ist. Auch dieser auffallenden Rechtsmeinung ist beizutreten.

Zunächst ist der Tatbestand festzuhalten: Das HZollA. griff das angefochtene Urteil insoweit an, als auf Einziehung erkannt war, mit der Begründung, daß statt der ungültigen Einziehung auf Wertersatz gegen die vier Angekl. gem. § 401 Abs. 2 RAbgD. und gegebenenfalls auf Freiheitsstrafe zu erkennen gewesen sei.

Insoweit ist also die Rev. zuungunsten der verurteilten Angekl. eingelegt und damit zu Recht; denn das HZollA. war durch die nicht erfolgte Verurteilung der Angekl. zum Wertersatz gegenüber diesen Angekl. zum mindesten beschwert.

Ferner darf aber auch das HZollA. (FinA.) darüber hinaus Rechtsch. einlegen, ohne daß es beschwert ist. Dies folgt aus der verfahrensgeschichtlichen Begründung der Hinzuziehung der FinA. als Nebenkäfiger. Es war nicht nur der Gesichtspunkt der Verfolgung reichsfiskalischer Belange maßgebend, sondern es sollte vorwiegend die größere Erfahrung der Verwaltungsbörde in dem einschlägigen Zoll- und Steuerrecht zur Schaffung einer erhöhten Gewähr für richtige Straferkenntnis auf diesem der Sta. ferner liegenden Gebiete verwertet werden (vgl. RGSt. 57, 255; 48, 255; 60, 189).

In § 472 Abs. 2 ist sogar für einen Sonderfall dem FinA. dieselbe verfahrensrechtliche Stellung wie der Sta. zuerkannt worden. Demgemäß ist das FinA. gerichtsverfassungsmäßiges Glied der staatlichen Strafverfolgung (RGSt. 60, 190). Somit ist die Rev. des FinA. auch ohne ihre Beschwer Zulässig (§§ 296 Abs. 2, 301, 339 StPO).

R.A. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

seine Rev. noch innerhalb einer Woche nach Verkündung des angef. Urt. eingelegt hat.

b) Weiter ist zu prüfen, ob schon die bloße Behauptung, ein Recht an dem der Einziehung unterliegenden Gegenstande zu haben, genügt, um jedem beliebigen Dritten das Recht zum Beitritt in das gegen einen anderen anhängige Strafsverfahren, insbes. auch zur Eröffnung eines neuen Rechtszuges, zu geben, oder ob diese prozeßrechtliche Legitimation förmlich nachgewiesen oder wenigstens glaubhaft gemacht werden muß. Ein solches Erfordernis ist allerdings nicht ausdrücklich in den maßgebenden Vorschriften aufgestellt, ein Anhalt dafür ergibt sich aber aus § 431 Abs. 2 StPO. Bei der Gestaltung dieser Vorschrift wurde nämlich in der ersten Lesung der Kommission vom Regierungsvertreter die Erklärung abgegeben, daß das Erfordernis der Glaubhaftmachung des rechtlichen Anspruchs auf den Gegenstand der Einziehung i. S. des Gesetzes liege (s. KommProt. zu § 404 — jetzt § 431 — S. 706; vgl. auch Graf zu Dohna, Strafrecht 262). Demgemäß ist auch für den Eintritt des Nebenbeteiligten zu fordern, daß er sein Recht an dem der Einziehung unterliegenden Gegenstande glaubhaft mache. Für den Begriff dieser Glaubhaftmachung, ihre Mittel und ihre richterliche Würdigung haben im allgemeinen die zu § 45 StPO. von der Rspr. entwickelten Grundsätze zu gelten. Im vorl. Fall erachtet der Sen. das Eigentum des S. an dem eingezogenen Pferde auf Grund des durch die Akten bestätigten Vorbringens des Beschw. für hinreichend glaubhaft gemacht.

c) Hätte der Beschw. seine Rev. nur auf die Rüge der Verlezung sachlichen Rechtes gestützt, so müßte ihr der Erfolg verjagt bleiben. Denn die — auch auf seine Rev. vorzunehmende — Nachprüfung der Schuldfrage hat, wie bei der Rev. der Angell. schon erörtert worden ist, ergeben, daß die vier hier in Betracht kommenden Angell. im Falle der Einziehung der Fuchsstute zu Recht wegen eines Vergehens der Zollhinterziehung nach § 396 RABG. verurteilt worden sind. Diese Annahme der Strk. bezeichnet auch der Beschw. nicht als rechtsirrtümlich. Er wendet sich vielmehr nur gegen die Anwendung der §§ 401, 414 RABG., auf Grund deren die Strk. die Einziehung der Fuchsstute ausgesprochen hat. Insofern genügt aber der Hinweis auf das, was oben hinsichtlich der Frage der Einziehung der braunen Stute ausgeführt worden ist; danach mußte auf die Einziehung der Fuchsstute erkannt werden, ohne Rücksicht darauf, ob der Beschw. sie nach Vollendung der Straftat gutgläubig von den Tätern oder auch von einem Dritten erworben hat. Die in der Revisionsbegründung für ihre gegenteilige Auffassung angeführte Entsch.: RGSt. 67, 204 betrifft, wie gleichfalls schon erörtert, nur das Vergehen des Bannbruchs nach § 134 ZollG., wie es vor der BD. v. 18. März 1933 strafrechtlich zu ahnden war. Wenn die Rev. weiter meint, eine „unbedingte Einziehung sei hier nicht erforderlich gewesen“, so beruht das auf einer falschen Auslegung des § 414 RABG. Denn diese Vorschrift ist nicht so zu verstehen, daß die vorgezogene Einziehung in das Ermessen des Tatrichters gestellt sei, wenn das Eigentum an dem Gegenstand einem andern als dem Verurteilten zusteht; das „kanu“ bedeutet hier vielmehr, daß der Einziehung da, wo sie in anderen Bestimmungen zwingend vorgeschrieben oder auch nur zugelassen ist, das Eigentum eines Dritten in keinem Falle entgegensteht.

Der Beschw. rügt aber auch versagensrechtlich, daß er als Einziehungsbeteiligter zu dem Verfahren vor dem Tatrichter hätte zugezogen werden müssen, um seine Rechte wahren zu können. Diese Rüge ist nach dem oben Dargelegten ohne weiteres begründet. Sie muß zur Aufhebung des Urt. führen, soweit darin auf die Einziehung der Fuchsstute erkannt worden ist. Denn das RevG., dem das Eingehen auf das tatsächliche Gebiet verwehrt ist, kann nicht die Möglichkeit verneinen, daß der Nebenbeteiligte, wenn er zum Verfahren vor dem Tatrichter zugezogen worden wäre, in der Hauptverhandlung — sei es von sich aus oder sei es auf Grund des Vorbringens der Angell. oder der Bekundungen der vernommenen Zeugen oder des sonstigen Beweisergebnisses — Tatsachen vorgebracht oder Beweismittel bezeichnet haben

würde, die der gegen die vier Verurteilten gerichteten Anklage die tatsächliche Grundlage entzogen und damit auch die Einziehung verhindert hätten; der Ausspruch der Einziehung beruht also auf dem gerügten Verfahrensverstoß.

III. a) Die Rev. des Hauptzollamtes als Nebenkämpfer greift das angef. Urt. zunächst nur insofern an, als es auf Einziehung der Fuchsstute erkannt hatte, und begründet seinen Antrag auf Aufhebung dieses Ausspruches lediglich damit, daß die Einziehung wegen des gutgläubigen Erwerbs des Pferdes durch den Nebenbeteiligten S. nicht zulässig gewesen sei. Das Ziel dieser Rev. ist, an Stelle der Einziehung die Verurteilung der vier in diesem Falle an der Zollhinterziehung beteiligten Angell. zum Werterzähler gem. § 401 Abs. 2 RABG. und damit auch — im Uneinbringlichkeitsfalle — zu einer Ersatzfreiheitsstrafe herbeizuführen. Die Rev. ist also insofern zuungunsten der verurteilten Angell. eingelegt. Daß die Einziehung der Fuchsstute in sachlich-rechtlicher Beziehung keinem Bedenken unterliegt, ist bereits dargelegt worden.

b) Der Nebenkämpfer rügt aber weiter als versagensrechtlichen Verstoß, daß der Nebenbeteiligte S. zu Unrecht zu dem Verfahren vor dem Tatrichter nicht zugezogen worden sei. Was zunächst die Zulässigkeit eines solchen Revisionsangriffes betrifft, so ist die nach der den Finanzbehörden in der RABG. zuerkannten Stellung nicht zu bezweifeln; die Befugnis der Finanzbehörde zur Einlegung von Rechtsmitteln ist nicht von einer Beschwer abhängig (vgl. RGUrt. 2 D 487/26; ferner RGSt. 57, 255; 60, 189). Daß diese Rüge begründet ist und zur Aufhebung des Ausspruches der Einziehung führen muß, ergibt sich aus dem, was oben zur Rev. des Nebenbeteiligten ausgeführt wurde.

c) Des vom Nebenkämpfer weiter vermittelten Ausspruches in der Urteilsformel, daß der Nebenbeteiligte S. die Einziehung der Fuchsstute gegen sich gelten lassen müsse, wird es dann nicht bedürfen, wenn der Nebenbeteiligte bei der neuen Verhandlung und Entsch. zum Verfahren zugezogen wird; denn solchenfalls wird das Urt., soweit es die Einziehung der Fuchsstute wiederum anordnet, unmittelbar für und gegen den Nebenbeteiligten wirken, und gem. § 415 Abs. 1 RABG. wird mit der Rechtskraft dieses Erkenntnisses das Eigentum an der Fuchsstute kraft Gesetzes auf das Reich übergehen.

(4. Sen. v. 8. Jan. 1935; 4 D 1164/34.)

[W.]

37. § 401 RABG. Ist hinsichtlich eines Ausgangsstoffes (hier Futterzuder) ein Steuervergehen begangen worden, so kann nicht auf Wertersatz erkannt werden, soweit das aus jenem Stoff gewonnene — teurere — Erzeugnis (hier Trinkbranntwein) noch vorhanden ist und eingezogen wird. Soweit das Erzeugnis nicht mehr greifbar ist, ist auch hinsichtlich des Ausgangsstoffes auf Wertersatz zu erkennen, aber nur gegen denjenigen, der sich allein wegen des Ausgangsstoffes eines Steuervergehens schuldig gemacht hat, und nur unter samtblieblicher Haftung mit demjenigen, der sich hinsichtlich des Erzeugnisses vergangen hat und deshalb Wertersatz hierfür zu leisten hat.

(1. Sen. v. 18. Dez. 1934; 1 D 1109/34.)

[Hn.]

****38. § 15 Abs. 1 der 2. StAmnBD. v. 19. Sept. 1931 (RGBl. I, 493).** — Fortsetzungszusammenhang. Zwischen Steuerhinterziehung und einem Vergehen nach § 15 Abs. 1 der 2. StAmnBD. ist die Annahme von Tateinheit rechtlich möglich.

— Ein Fortsetzungszusammenhang zwischen Steuerhinterziehungen, die sich teils auf die Einkommen-, teils auf die Vermögensteuer beziehen, ist unmöglich, weil dabei nicht dasselbe Rechtsgut in Frage kommt.

Die Annahme einer mit dem Vergehen gegen § 15 Abs. 1 der 2. StAmnBD. in Tateinheit zusammenstehenden fortgesetzten Steuerhinterziehung begegnet rechtlichen Bedenken.

Das angef. Urt. erblickt die Steuerhinterziehung darin, daß der Angell. in seiner Vermögenserklärung 1928 3124 RM und in seiner Vermögenserklärung 1931 28098 RM „sonstiges Vermögen“ verschwiegen und daß er ferner in seinen Einkommensteuererklärungen v. 26. Sept. 1927 und v. 15. Juli 1930 zusammen 1220 RM an Zinseinkommen nicht angegeben habe.

Zunächst hätte es der Vorschr. des § 267 Abs. 1 Satz 2 StPO entsprochen, wenn aus dem Urt. die Berechnung zu erscheinen gewesen wäre, an Hand deren die Straße auf die Zahlen gekommen ist. Für die neue Hauptverhandlung soll darauf hingewiesen werden, daß die Straße die Frage, ob ein Steueranspruch verkürzt ist, falls nicht schon der RGSt. über sie entschieden hat, gen. §§ 261, 262 StPO. in der RGSt. 59, 258 näher dargelegten Weise selbstständig zu prüfen hat. Es wäre also unzulässig, ohne eigene Beweisaufnahme sich auf die Feststellungen der Finanzbehörden zu beziehen.

Die Annahme von Tateinheit zwischen Steuerhinterziehung und einem Vergehen gegen § 15 der 2. StAmnWD. ist rechtlich möglich (Urt. 1 D 1190/32; RStBl. 1931, 1127).

Die Annahme der Straße, daß nicht vier rechtlich selbständige Vergehen der Steuerhinterziehung, sondern eine fortgesetzte Handlung vorliege, wird weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Beziehung begründet. In der neuen Hauptverhandlung wird festzustellen sein, ob der Angell. auf Grund eines einheitlichen Vorsatzes gehandelt hat (vgl. RGSt. 45, 70; 51, 7; 55, 129; 58, 19, 183). An sich bestehen gegen die Annahme einer fortgezogenen Handlung bei mehreren dieselbe Steuerart betr. falschen Steuererklärungen, die jeweils auf Grund desselben Hinterzeichnungsvorsatzes abgegeben wurden sind, keine rechtlichen Bedenken (RGSt. 59, 258). Dagegen erscheint ein Fortsetzungszusammenhang zwischen Steuerhinterzeichnungen, die sich teils auf die Einkommensteuer, teils auf die Vermögensteuer beziehen, rechtlich nicht möglich, weil sich diese Handlungen nicht gegen dasselbe Rechtsgut richten. Denn als verlegtes Rechtsgut kommt bei solchen Steuerzuwiderhandlungen nicht etwa die Steuerhoheit des Reichs im allgemeinen, sondern nur dessen Anspruch auf den vollen Ertrag der einzelnen Steuer in Betracht (RGSt. 59, 262). Eine derartig enge Beziehung zwischen diesen beiden Steuerarten, daß nur die Verleugnung eines Rechtsgutes anzunehmen wäre, wie dies in der angeführten Entsch. als möglich angesehen wird, erscheint hier nicht gegeben.

(4. Sen. v. 5. Febr. 1935; 4 D 699/34.)

[W.]

**39. § 140 VersAuffG. v. 6. Juni 1931. Zum Begriff des Bausparvertrags. Eine Zwecksparkasse, die nicht als Bausparkasse zugelassen ist, ist i. S. des § 140 Abs. 2 VersAuffG. niemals „befugt“, und zwar auch dann nicht, wenn sie nach dem Ges. über Zweckspartenunternehmungen v. 17. Mai 1933 (RStBl. 269) zum Geschäftsbetriebe befugt sein sollte.

Die Annahme der Straße, der Angell. habe sich in Tateinheit mit dem Betrug eines Vergehens gegen § 140 Abs. 2 VersAuffG. v. 6. Juni 1931 schuldig gemacht, ist frei von Rechtsirrtum. Nach § 140 Abs. 1 VersAuffG. wird bestraft, wer im Inland das Versicherungsgeschäft oder eine Bausparkasse ohne die vorge schriebene Erlaubnis betreibt, nach Abs. 2 das, wer im Inland einen Versicherungsvertrag oder einen Bausparvertrag für eine dort zum Geschäftsbetrieb nicht befugte Unternehmung als Vertreter oder Bevollmächtigter abschließt oder wer den Abschluß solcher Verträge geschäftsmäßig vermittelt.

Die Best. war bereits in dem Ges. über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 (RGStBl. 139), und zwar in dessen § 108 enthalten; sie ist, soweit der gesetzliche Tatbestand in Betracht kommt, durch das Ges. vom 6. Juni 1931 lediglich dahin geändert worden, daß im Abs. 1 die Worte „oder eine Bausparkasse“, im Abs. 2 die Worte „oder einen Bausparvertrag“ eingefügt worden sind.

Handlungen der in Abs. 2 bezeichneten Art würden zu meist schon als Teilnahme an einer Tat nach Abs. 1 (regelmäßig als Beihilfe) strafbar sein. Die Bedeutung des Abs. 2 liegt darin, daß er die dort unter Strafe gestellten Tätigkeiten zu selbständigen Straftatbeständen und damit von der Feststellung eines Vergehens nach Abs. 1 unabhängig macht. Der „Vertreter“ oder „Bevollmächtigte“ kann also nach Abs. 2 auch strafbar sein, wenn dem Unternehmer selbst keine strafbare Handlung nach Abs. 1 zur Last fällt.

Es handelt sich bei den Verträgen, die der Angell. vermittel hat, auch um „Bausparverträge“. Als Bausparvertrag ist, wie der Begriffsbest. der „Bausparkasse“ in § 112 Ges. v. 6. Juni 1931 entnommen werden kann, ein Vertrag anzusehen, durch den sich ein einzelner „Sparer“ gegenüber einem Zweckspartenunternehmen zu den zahlungsmäßigen Leistungen gegen das Versprechen verpflichtet, dadurch selbst gemäß der Zahlung die Anwartschaft auf Gewährung eines Darlehens aus dem Vermögen zu erhalten, das die bei dem Unternehmen zusammengeschlossenen Sparer gemeinsam aufgebracht haben, wenn er das Darlehen „zur Beschaffung oder Verbesserung von Wohnungen oder Siedlungen oder zur Ablösung hierzu eingegangener Verpflichtungen“ verwenden will. Es gehört nicht zum Begriff des „Bausparvertrages“, daß die Zwecksparkasse als „Bausparkasse“ i. S. der §§ 112, 140 Abs. 1 VersAuffG. betrieben wird; vielmehr genügt es, daß der Sparer einen der Zwecke verfolgt, die den Zweckspartenvertrag als Bausparvertrag kennzeichnen. Der Vertreter, der einen solchen Zweckspartenvertrag für ein Zweckspartenunternehmen vermittelte, obwohl er den auf „Bausparen“ gerichteten Zweck kennt, den der Sparer damit verfolgt, macht sich nach § 140 Abs. 2 VersAuffG. schuldig.

Die Darlehngesellschaft war auch eine „im Inland zum Geschäftsbetriebe nicht befugte Unternehmung“. Gemeint ist, soweit der hier fragliche Tatbestand des § 140 Abs. 2 in Betracht kommt, der Geschäftsbetrieb als „Bausparkasse“. Die Befugnis zum Betrieb einer Bausparkasse kam nach § 112 i. Verb. m. § 5 VersAuffG. nur durch Erlaubnis der Aufsichtsbehörde — das ist nach § 113 VersAuffG. stets das RAuffAprivVers. — erlangt werden. Daß die Gesellschaft als Bausparkasse nicht zugelassen war, ist nach den Feststellungen nicht zweifelhaft. Sie war vielmehr offenbar eine Zweckspartenunternehmung i. S. des Ges. vom 17. Mai 1933 (RStBl. I, 269). Daß sie, wie es nach dem angef. Urt. den Anschein hat, in dieser Eigenschaft zum Geschäftsbetriebe befugt gewesen ist, schließt den Tatbestand des § 140 Abs. 2 VersAuffG. nicht aus.

Nun knüpft sich allerdings an die Vorschr. des § 140 Abs. 2, soweit er den Abschluß oder die Vermittlung von Versicherungsverträgen für eine im Inland zum Geschäftsbetriebe nicht befugte Unternehmung betrifft, eine Zweifelsfrage, die auf der Entstehungsgeschichte des Ges. vom 12. Mai 1901 beruht. In dem Entwurf des gen. Ges. war § 108 Abs. 2 wie folgt gefaßt: „Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher im Inland für eine dasselbst zum Geschäftsbetriebe nicht befugte Unternehmung oder für eine zum Geschäftsbetriebe befugte Unternehmung unter Überschreitung der ihr zustehenden Befugnis einen Versicherungsvertrag ... abschließt oder ... geschäftsmäßig vermittelt.“ Der RAuffApriv. hatte die Worte „oder für eine zum Geschäftsbetriebe befugte Unternehmung unter Überschreitung ihrer Befugnis“ gestrichen. Daraus ist der Zweifel hergeleitet worden, ob § 108 Abs. 2 (jetzt § 140 Abs. 2) auch anwendbar sei, wenn für ein an sich nach dem Ges. zum Betriebe des Versicherungsgeschäftes zugelassenes Unternehmen ein Versicherungsvertrag abgeschlossen oder vermittelt wird, der über die Grenzen des genehmigten Geschäftsbetriebes hinausgeht, für den das Unternehmen also keine Erlaubnis hat (vgl. Manes-Hagen, 2. Aufl., Ann. 4 zu § 108; Behnert-Brandstätter, 2. Aufl., Ann. 8 zu § 108). Es braucht aber zu dieser Zweifelsfrage und zu der weiteren Frage, ob sie auch für die Vermittlung von Bausparverträgen in Betracht kommt, nicht Stellung genommen zu werden, weil sie nur auftauchen kann, wenn die Unternehmung nach dem Ges. über die Beaufsichtigung

der privaten Versicherungsunternehmen und Baufunktionen die Erlaubnis zum Geschäftsbetriebe erhalten hat und nur die Überschreitung dieser Befugnis in Frage steht. Um einen solchen Fall handelt es sich hier aber nicht. Eine Zwecksparkasse, die nicht als Baufunktion zugelassen ist, ist i. S. des § 140 Abs. 2 VerfAuffG. niemals „befugt“, auch nicht, wenn sie nach dem Ges. v. 17. Mai 1933 zum Geschäftsbetriebe befugt sein sollte.

Die Anwendung des § 140 Abs. 2 VerfAuffG. erweist sich daher als gerechtfertigt.

(3. Sen. v. 10. Jan. 1935; 3 D 1321/34.)

[W.]

****40.** § 79 StPO. Der Sachverständige braucht, auch wenn sein Gutachten teilweise die Bekundung einer Zeugenaussage enthält, nicht als Zeuge beeidigt zu werden. Darüber, ob bestimmte vom Sachverständigen wahrgenommene Tatsachen zur wesentlichen Grundlage seines Gutachtens gehören, entscheidet nur das innere Verhältnis, in dem jene Umstände zu dem Gesamtinhalt des Gutachtens stehen.

Der Angekl. bringt vor, daß der — auf Grund der neuen Fassung des § 79 StPO. nach richterlichem Ermessen unbeeidigt gebliebene — ärztliche Sachverständige ausweislich der Urteilsgründe in der Hauptverhandlung auch befunden hat, der Angekl. habe ihm gelegentlich einer früheren, außerhalb des gegenwärtigen Strafverfahrens vorgenommenen Untersuchung eingestanden, daß er geschlechtlich sehr erregbar sei und häufig unfreiwillige Samenergusse habe, und rügt, daß der Sachverständige, obwohl diese Bekundung eine Zeugenaussage enthalte, nicht als Zeuge vereidigt worden sei (§§ 85, 59 n. F. StPO.). Diese Rüge ist unbegründet:

Dass der Sachverständige sein Gutachten, auch wenn er nicht darauf beeidigt wird, trotz einer besonderen, über die Wahrheitspflicht des bloß als Beweismittel verwendeten Zeugen hinausgehenden Berufspflicht nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten hat, ist in der Natur der Gutachtentätigkeit und in der verfahrensrechtlichen Stellung des Sachverständigen als eines zur Ermittlung der Wahrheit mitberufenen Helfers des Gerichts begründet. Gerade eine solche aus der Natur der Sache selbst erwachsende Pflicht des Sachverständigen hat der Gesetzgeber bei der Schaffung des neuen § 79 StPO. vorausgesetzt, wenn er den Standpunkt des früheren Gesetzgebers, der den Sachverständigen in allen Fällen unter Eidzwang stellte, bewußt verließ und nunmehr — im Gegensatz zu der auch jetzt noch durch § 59 n. F. StPO. grundsätzlich beibehaltenen Unterstellung des Zeugen unter den Eid — die Beeidigung des Sachverständigen zunächst in das Ermessen des Richters stellte. Diese Pflicht umfasst die gesamte tatsächliche Grundlage des Gutachtens; der Sachverständige könnte ihr nicht vollständig nachkommen, wenn er etwa von ihm selbst wahrgenommene Umstände tatsächlicher Art, die für diese Grundlage in Betracht kommen, unbeachtet ließe oder nicht nach bestem Wissen der Wahrheit gemäß verwertete. Darüber aber, ob bestimmte, vom Sachverständigen wahrgenommene Tatsachen zur wesentlichen Grundlage seines Gutachtens gehören, entscheidet nicht die Frage, zu welcher Zeit und aus welchem Anlaß er seine Wahrnehmungen gemacht hat; ausschlaggebend ist vielmehr allein das innere Verhältnis, in dem jene Umstände nach ihrer Natur und nach der Auffassung des Sachverständigen zu dem Gesamtinhalt des zu erstattenden Gutachtens stehen. Ist eine solche Beziehung gegeben, so ist auch die Darstellung jener tatsächlichen Umstände in dem Gutachten durch die besondere Sachverständigenpflicht gedeckt (vgl. für den früher vom Gesetz allgemein vorgeschriebenen Eid des Sachverständigen RGSt. 44, 11). Es würde auch geradezu dem Sinn und dem Zweck des Gesetzes „zur Einschränkung der Eide“ v. 24. Nov. 1933 zuwiderlaufen, wollte man den Sachverständigen hinsichtlich der Bekundung bestimmter, zu seinem Gutachten gehöriger und von ihm verwerteter Tatsachen wiederum unter die strengeren Best. über das grundsätzliche Gebot der Beeidigung der Zeugen (§ 59 n. F. StPO.) stellen. Hinzu kommt im vorl. Falle, daß gerade der Angekl. die Zuziehung dieses

Sachverständigen zum Beweise dafür beantragt hatte, daß er „an schweren nervösen Störungen leide“, und daß er diesen Antrag auch damit begründet hatte, daß dieser Sachverständige ihn früher aus anderem Anlaß schon eingehend untersucht habe. Das konnte dem Sachverständigen erst recht Anlaß geben, auch die Wahrnehmungen, die er bei jener früheren Untersuchung gemacht hatte, in seinem Gutachten mitzuverwerten; ärztliche Wahrnehmungen sind aber auch die Angaben, die der Kranke über die Art und die Erscheinungen seines Leidens dem behandelnden Arzt macht.

Von einer Verlehung der ärztlichen Schweigepflicht durch den Sachverständigen — die übrigens die Rev. nicht zu begründen vermöchte — kann schon deshalb keine Rede sein, weil der Angekl. selbst diesen Sachverständigen unter Hinweis auf die frühere Behandlung und Untersuchung benannt hat.

(4. Sen. v. 29. Jan. 1935; 4 D 22/35.)

[W.]

41. § 224 Abs. 1 StPO. Ein den Verstoß gegen § 224 Abs. 1 StPO. heilender — stillschweigender — Verzicht auf seine Geständnismachung kann nur dann angenommen werden, wenn sowohl dem Angeklagten wie auch dem Verteidiger die Nichtbenachrichtigung jedes anderen Teils bekannt gewesen ist (vgl. hierzu RG R spr. 8, 731; RG Entsch. 1 D 248/27 vom 5. April 1927; J.W. 1927, 1641¹⁴ und 2 D 343/28 vom 3. Mai 1928; J.W. 1928, 2142²⁰).

(3. Sen. v. 21. Jan. 1935; 3 D 1294/34.)

[Hn.]

****42.** § 244 StPO.; § 263 StGB. Ein Beweisantrag kann nicht deshalb ohne weiteres abgelehnt werden, weil er in die Form eines Beweisermittlungsantrags gekleidet worden ist. Die Formel „zum Zeugnis bereit“ bringt nicht zum Ausdruck, daß eine Belohnung des Zeugen über sein Zeugnisverweigerungsrecht stattgefunden habe. Vermisst der Richter bewußt unwahrerstattete Zeugenaussagen in seinem Urteil unter Verleugnung verfahrensrechtlicher Vorschriften, so steht dies der Annahme eines Prozeßbetrugs nicht entgegen.†)

Nach den Feststellungen des SchwG. hat die Angekl. D. im Sept. 1930 am Abend vor dem Abrücken der Reichswehr aus S. zuerst mit dem Obergefreiten M. und dann mit dem Obergefreiten G. Geschlechtsverkehr gepflogen. Am 13. Juni 1931 gab sie ein Kind. Als Vater wurde M. in Anspruch genommen. In dem beim AG. M. anhängig geworbenen Rechtsstreit des durch den Amtsvormund vertretenen Kindes gegen M. wegen Unterhalts erhob M. den Einwand des Mehrverkehrs und benannte hierfür G. als Zeugen.

Zu 42. Der Entsch. ist beizupflichten.

1. Das AG. beanstandet mit Recht die Ablehnung des auf Verneinung des ersuchten Richters abzielenden Beweisbegehrens.

Das dem Beweisermittlungsantrag zu entnehmende Beweisthema, die Angekl. sei damals, als sie im Rahmen des von ihrem unehelichen Kindes geführten Unterhaltsprozesses als Zeugin vernommen wurde, über ihr Zeugnisverweigerungsrecht nicht ordnungsmäßig belehrt worden, war — jedenfalls für die Straffrage — erheblich.

Da die Angekl. zugunsten ihres Kindes ausgesagt hatte, obwohl sie gem. § 383 Abs. 1 Nr. 3 StPO. zur Zeugnisverweigerung berechtigt gewesen wäre und gem. § 383 Abs. 2 StPO. hierüber hätte belehrt werden müssen, kam ihr die in § 157 Abs. 1 Nr. 2 StGB. vorgesehene Strafermäßigung zustatten, wenn jene Belohnung unterblieben war (vgl. hierzu RGSt. 60, 106 ff.).

Diese Erheblichkeit des Beweisthemas hatte das SchwG. offenbar auch nicht verkannt; aber es glaubte, den Beweisantrag um deswegen zurückweisen zu können, weil die Beweisfrage schon geklärt sei und eines weiteren Beweises nicht mehr bedürfe. Wenn der ersuchte Richter in der Niederschrift vermerkt habe, die Zeugin sei „zum Zeugnis bereit“, so stehe fest, daß eine Belohnung über das Zeugnisverweigerungsrecht vorausgegangen sei.

Das AG. hebt zutreffend hervor, daß diese Begründung die Entsch. nicht trägt; die Formel „zum Zeugnis bereit“ gibt keineswegs nur im Zusammenhang mit einer Belohnung über ein Zeugnisverweigerungsrecht einen Sinn, sondern kann sehr wohl ledig-

G. bekundete in diesem Rechtsstreit, daß er am fraglichen Tag mit einem Mädchen verkehrt und hiervon dem M. Mitteilung gemacht habe, vermochte aber keine genaue Beschreibung von dem Mädchen zu geben. Gegenüberstellung fand zunächst nicht statt. Die als Gegenzeugin benannte nunmehrige Angell. wurde im ersten Rechtszug vom AG. S. als eruchtem Gericht zweimal vernommen. Die erste Vernehmung fand am 8. März 1932 statt. Die Niederschrift hierüber lautet: „Nach Hinweis auf die Bedeutung des Eides wurde die Zeugin vernommen wie folgt: B. P.: Ich heiße W. E. D. ... Mutter des Klägers. Zum Zeugnis bereit. Z. S.: Ich bin bereit, zu schwören, daß ich in der Zeit v. 14. Aug. bis 30. Dez. 1930 nur Geschlechtsverkehr mit dem Verkl. gehabt habe und daß ich in dieser Zeit mit anderen Männern keinen Geschlechtsverkehr hatte, insbes. auch nicht mit dem Obergesreiten G. ...“ Die Beeidigung wurde dem Prozeßgericht vorbehalten. — Nachdem das Prozeßgericht die Beeidigung beschlossen hatte, wurde die Angell. am 26. April 1932 nochmals vernommen. Die Niederschrift hierüber lautet: „Nach Hinweis auf die Bedeutung des Eides wurde die Zeugin vernommen wie folgt: B. P.: Ich heiße W. E. D. ... Ich bin die Mutter des Klägers. Ich bin auch heute bereit, den Zeugeneid zu leisten. Der Zeugin wird ihre Aussage vom 8. März 1932 wörtlich vorgelesen. Sie erklärt: Meine auf Vorhalt aus den Bekundungen des G. am 8. März 1932 gegebene Antwort lautet: Ich bin mit G. damals in S. nicht zusammen gewesen und habe nicht etwa auch mit dem G. außer mit dem Verkl. Geschlechtsverkehr gehabt. Im übrigen wiederhole ich meine Aussage v. 8. März 1932 als meine heutige hierher. — Vorg. gen. und vereidigt.“ — Hierauf hat das AG. N. den Verkl. M. zur Zahlung einer Unterhaltsrente verurteilt und zur Begründung ausgeführt, der Beweis des Mehrverkehrs sei nicht geglückt, da die Kindesmutter glaubhaft unter ihrem Eide jeden Mehrverkehr innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit in Abrede gestellt habe, und die Aussage G.s wegen ihrer Unbestimmtheit nicht geeignet sei, den Beweis für den vom Verkl. behaupteten Mehrverkehr mit G. zu erbringen. — Nachdem der Verkl. Berufung eingelegt hatte, wurden die jetzige Angell. und G. am 2. Dez. 1932 vom AG. S. nochmals, und zwar unter Gegenüberstellung, vernommen. Die Niederschrift hierüber lautet: „Den Zeugen werden ihre Aussagen wörtlich vorgelesen. Die Zeugin D. erklärt: Ich beschwöre auch heute, daß ich mit dem mir gegenübergestellten Zeugen G. zu der Zeit, als die Soldaten hier im Manöver waren, keinen Geschlechtsverkehr gehabt habe. Der Zeuge G. erklärt: Die mir gegenübergestellte, Fräulein D., ist das Mädchen, mit dem ich

gelegentlich des Manövers hier in S. Geschlechtsverkehr gehabt habe, und zwar einmal, wie ich schon berichtet habe, im Freien.... Die Zeugen erklären nach nochmaligem Hinweis auf die Folgen falscher Eidesleistung, daß sie die Wahrheit ihrer heutigen Aussage unter Berufung auf den von ihnen im Verfahren bereits geleisteten Zeugeneid versichern. —“ Das AG. N. wies hierauf die Berufung des Verkl. zurück mit der Begründung, daß das Gericht keiner der einander widersprechenden eidlichen Aussagen der beiden Zeugen den Vorzug geben könne, daß sich daher die beiden Aussagen aufheben und der Beweis des Mehrverkehrs nicht als geführt erachtet werden könne.

Gegen W. D. wurde das Hauptverfahren eröffnet unter der Beschuldigung, am 26. April und am 2. Dez. 1932 durch eine einheitliche Handlung zu S. vor einer zur Abnahme von Eiden zuständigen Behörde wissenschaftlich ein falsches Zeugnis mit ihrem Eide bekräftigt zu haben, wobei sie zugleich (durch dieselbe Handlung) in der Absicht, ihrem unehelichen Sohne E. L. einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen (nämlich des M.) dadurch beschädigte, daß sie durch ihre falschen eidlichen Angaben (sc. in den Prozeßrichtern) einen Irrtum erregte.

Das SchwG. in M. verurteilte die Angell. wegen Meinungsdissonanz in Tateinheit mit Betrug zu einem Jahr sechs Monaten Buchthaus, zum Verlust der bürgerlichen Ehrentrechte auf die Dauer von zwei Jahren und zur dauernden Unfähigkeit, als Zeugin oder Sachverständige eidlich vernommen zu werden.

Die von der Angell. gegen dieses Urt. eingelegte verfahrensrechtliche und sachlich-rechtliche Rev. ist teilweise begründet.

I. Der Verteidiger hatte in der Hauptverhandlung beantragt, den AGDir. H. in S. darüber als Zeugen zu vernnehmen, ob die Angell. über ihr Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden ist; dies gehe aus den Niederschriften nicht eindeutig hervor. Der Beweisantrag ist durch Gerichtsbeschluß abgelehnt worden mit der Begründung, es sei durch die Niederschriften v. 8. März und 26. April 1932 bereits erwiesen, daß die Angell. am 8. März und 26. April auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht hingewiesen worden sei. In den Urteilsgründen wird hierzu noch bemerkt, die abgekürzte und gebräuchliche Formel: „Zum Zeugnis bereit“ und die Wendung „ich bin auch heute bereit, den Zeugeneid zu leisten“ zwängen zu diesem Schluß.

Die Behandlung des Beweisantrages verstößt gegen verfahrensrechtliche Grundsätze.

Deln z. B. die Entsch. RGSt. 17, 15; 65, 420; Recht 1917 Nr. 961 — frei zu würdigen (§ 261 StPO).

3. Erfreulich sind die Ausführungen, die das Urt. zu der Frage des Prozeßbetrugs enthält. Sie lassen erscheinen, daß der 1. Sen., wie er es schon in dem Urt. v. 11. Mai 1934 (ZB. 1934, 1853) zum Ausdruck gebracht hat, die bisherige reichsgerichtliche Rpr. zum Prozeßbetrag in einem wichtigen Punkte für korrekturbedürftig erachtet. In der Tat kann schon nach der Bedingungstheorie die Möglichkeit eines Kausalzusammenhangs zwischen einer unwahren Parteibehauptung und der durch richterliches Urt. eintretenden Schädigung des Prozeßgegners nicht deshalb in Abrede gestellt werden, weil der Richter bei Bewertung jener Behauptung pflichtwidrig verfahren sei; vom Standpunkt der neuen Strafrechtsauffassung aus, die in erster Linie auf den vom Rechtsbrecher betätigten verbrecherischen Willen und nicht auf den durch die Tat verursachten Erfolg abstellt, könnte die strafrechtliche Verantwortlichkeit der täuschenden Prozeßpartei in derartigen Fällen nicht in Zweifel gezogen werden.

Es wäre nur zu wünschen, daß sich für das AG. bald die Gelegenheit ergäbe, die Frage der Strafbarkeit des durch unwahre Parteibehauptung verübten Prozeßbetrugs erneut aufzurollen und im Sinne volksverbundener Rpr. zu klären.

Hierdurch würde auch die nur auf einer lex imperfecta beruhende zivilprozeßuale Wahrheitspflicht (§ 138 Abs. 1 BGB.) in großem Umfang strafrechtliche Sanktion erhalten, ohne die eine wirklich durchgreifende Bekämpfung der Prozeßlügen kaum möglich erscheint.

AGR. Dr. Albert Weh, Berlin.

lich die schlichte Aussagewilligkeit des Zeugen zum Ausdruck bringen. Wenn man berücksichtigt, wie häufig z. B. die in Strafsachen von den Polizeibehörden aufgenommenen Vernehmungsprotokolle mit der einleitenden Bemerkung beginnen, der Erschienene wolle aussagen, wolle sich vernehmen lassen, so wird man die Aussäffung des SchwG. in jener Verallgemeinerung nicht billigen können.

Der vorl. Fall sollte zu sorgfältiger Abfassung der Niederschriften Anlaß geben; es wird sich empfehlen, die Tatsache, daß über ein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden ist, im Protokoll jeweils ausdrücklich festzustellen und in diesem Zusammenhange auf die abgekürzte „missbräuchliche Formel“ „zum Zeugnis bereit“ zu verzichten.

2. Prozeßual bemerkenswert ist weiter der Hinweis des AG., daß das Protokoll des eruchten Richters keineswegs den „unwiderleglichen und auch nicht etwa einen nur durch den Nachweis der Fälschung widerlegbaren Beweis“ für die bei der Vernehmung beobachteten Förmlichkeiten biete.

§ 274 StPO trifft nur über das Protokoll der strafprozeßualen Hauptverhandlung Bestimmung; die formelle Beweiskraft gilt ferner nur im Rahmen desselben Strafverfahrens und nur für die höhere Instanz (RGSt. 58, 59).

Protokolle über die im Rahmen eines Zivilrechtsstreits vom eruchten Richter durchgeführten Zeugenvernehmungen (§§ 355 Abs. 1 Satz 2, 362, 375, 165 BGB.) sind daher, soweit sie nach den für den Urkundenbeweis geltenden Vorschr. der §§ 248 ff. StPO im Strafprozeß überhaupt verwertbar sind — die Frage der Verlesbarkeit von Vernehmungsniederschriften in Meinungsverfahren behan-

Der Beweisantrag ist allerdings in die Form eines Beweismittelungsantrages gekleidet. Dies berechtigte aber noch nicht ohne weiteres zu seiner Ablehnung; er ist auch nicht aus diesem Grunde abgelehnt worden. Der Vorsitzende hätte fragen müssen, ob denn von der Angekl. behauptet werde, daß sie über ihr Zeugnisverweigerungsrecht nicht belehrt worden sei, und ob diese Behauptung unter Beweis gestellt werde. Mangels einer Klärstellung durch eine Frage des Vorsitzenden muß zugunsten der Angekl. angenommen werden, daß sie in der Tat eine solche Behauptung habe unter Beweis stellen wollen. Dann durfte aber der Antrag auf Anhörung des Richters, der die Angekl. seinerzeit als Zeugin vernommen hatte, nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß das Gegenteil bereits durch die Niederschrift bewiesen sei. Das Protokoll über die Vernehmung eines Zeugen durch den ersuchten Richter bringt keinen unwiderrücklichen und auch nicht etwa einen nur durch den Nachweis der Fälschung widerlegbaren Beweis dafür, daß die beurkundeten Täglichkeiten wirklich beobachtet worden sind. Im gegebenen Falle ist überdies die Beurkundung an sich schon mangelhaft. Die nach der Behauptung des SchwG. gebräuchliche, in Wirklichkeit aber missbräuchliche Formel „zum Zeugnis bereit“ bringt keineswegs klar zum Ausdruck, daß eine Belehrung des Zeugen über sein Zeugnisverweigerungsrecht stattgefunden hat; sie könnte ebenso gut die Antwort auf eine mit einer Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht nicht verbundene Frage des Richters sein, ob der Zeuge bereit ist, sich vernehmen zu lassen. Noch weniger kann aus der Erklärung: „Ich bin auch heute bereit, den Meineid zu leisten“ ein zwingender Schluß auf die Wiederholung der Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht bei der der Bereidigung unmittelbar vorhergehenden Vernehmung gezogen werden.

II. 1. Sachlich-rechtlich ist die Entsch. insofern unvollständig, als nur die eidliche Aussage v. 26. April 1932 erörtert ist, nicht auch die eidliche Aussage v. 2. Dez. 1932, die im Eröffnungsbeschuß gleichfalls zum Gegenstand des Verfahrens gemacht ist und nach Annahme des Eröffnungsbeschlusses mit ihr eine einheitliche Tat bildet. Die Angekl. hat ein Recht darauf, daß die ihr zur Last gelegte einheitliche Handlung erschöpfend erörtert wird, wenn auch angesichts des Umstandes, daß im Eröffnungsbeschuß die beiden Meineide als eine Fortsetzungstat beurteilt worden sind, die Gefahr einer nochmaligen Verfolgung wegen des Meineids v. 2. Dez. 1932 nur in geringem Maß besteht (vgl. RGSt. 57, 302).

Abgesehen von der Aufzerahtlassung des zweiten Meineids gibt der den Meineid betreffende Schuld spruch keinen Anlaß zu rechtlichen Bedenken.

Dagegen beruht die Verneinung der Strafmaßigung des § 157 Nr. 2 StGB. möglicherweise auf dem unter I erörterten Verfahrensverstoß. Für die weitere Verhandlung wird auf RGSt. 60, 106 verwiesen.

2. Unbegründet sind die Einwendungen der Rev. gegen die Annahme eines mit dem Meineid in Tateinheit stehenden Betruges.

Die Rev. führt hierzu aus: „Wenn sich durch die Ausführung des Beweisantrages der Verteidigung, AGDir. S. zu vernehmen, herausgestellt hätte, daß die Angekl. (sc. über ihr Zeugnisverweigerungsrecht) nicht belehrt worden ist, dann könnte auch die Angekl. nicht wegen Betrugs bestraft werden. Das Prozeßgericht für die Unterhaltsklage durfte dann die Aussage der Angekl. nicht für seine Entsch. benutzen (vgl. Baumback, Num. 7 zu § 383 BGB). Wenn das Prozeßgericht trotzdem die Aussage der Angekl. für seine Entsch. verwertet hat, so beruht dies auf einem fehlerhaften Akt des Gerichts. Durch diesen fehlerhaften Akt ist aber der rechtliche Zusammenspiel zwischen der Irrtumserregung seitens der Angekl. und der Schädigungshandlung, nämlich dem Urt. des Gerichts, unterbrochen. Die Möglichkeit, die Angekl. wegen Betruges zu verurteilen, wäre damit entfallen.“

Diese Ausführungen gehen fehl. Die Rev. hat anscheinend die Rspr. des AG. im Auge, nach der ein sog. Prozeßbetrug zu verneinen ist, wenn der Richter in einem bürgerlichen Rechtsstreit — entgegen den verfahrensrechtlichen Vor-

schriften — auf einseitige, nicht durch täuschende Beweismittel unterstützte, unwahre Behauptungen einer Partei eine den Gegner schädigende Entsch. trifft (vgl. RGSt. 1, 227; 2, 91; 5, 321; 16, 193; 20, 391; 29, 291; 32, 1; 36, 114; 40, 9; 50, 95; 63, 391). Diese Entsch. beruhen auf der Erwägung, daß in derartigen Fällen nicht die falsche Vorwiegung, sondern die Pflichtwidrigkeit des Richters ursächlich für die Vermögensbeschädigung sei, daß also, wie es im Schrifttum zuweilen auch ausgedrückt wird, der Ursachenzusammenhang zwischen der Täuschungshandlung der Partei und der Vermögensbeschädigung durch das pflichtwidrige Verhalten des Richters unterbrochen werde. Eine Unterbrechung solcher Art nimmt die Rev. auch an, wenn der Richter eine ihn täuschende Zeugenaussage unter Verlegung verfahrensrechtlicher Vorschriften seiner Entsch. zugrunde legt.

Der erl. Sen. hat bereits in der Entsch.: JW. 1934, 1853 zum Ausdruck gebracht, daß es ihm zweifelhaft erscheint, ob jene Rspr. über den Prozeßbetrag mit der von den Str-Sen. angewendeten „Bedingungstheorie“ vereinbar ist (gegen jene Rspr. auch Binding, Lehrb. 1, 350 Anm. 2; Hegeler, Bergl. Darst. Bes. Teil, 7, 437; Frank, Anm. VI 2a zu § 263 StGB.). Nach dieser Theorie ist als haftungsbegründende Ursache eines strafrechtlich bedeutsamen Erfolgs jede Bedingung anzusehen, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entstehe, also jede sog. conditio sine qua non. Die Annahme des Ursachenzusammenhangs wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß auch noch andere Bedingungen zur Herbeiführung des Erfolgs beigetragen haben; dies gilt auch dann, wenn eine weitere Bedingung als „überwiegende Bedingung“, als „Hauptursache“ erscheint, ferner wenn sie sich als „Zwischenursache“ zwischen die zu beurteilende Handlung und den Erfolg einschiebt, und wenn diese Zwischenursache in einer schuldlosen oder schuldhaften (fahrlässigen oder vorsätzlichen) Handlung eines anderenzurechnungsfähigen Menschen besteht (vgl. RGSt. 1, 373; 6, 249; 29, 219; 34, 91; 56, 343; 58, 130, 366; 61, 318; 63, 382; 64, 316, 319, 370).

Voraussetzung für die Annahme des Ursachenzusammenhangs ist natürlich, wie sich aus der oben wiedergegebenen Begriffsbestimmung ergibt, daß die ursprüngliche, auf einen bestimmten Erfolg gerichtete Handlung auch wirklich bis zum Eintritt des Erfolgs fortgewirkt hat, also wirklich mitursächlich geworden ist, daß nicht etwa das auf denselben Erfolg gerichtete spätere Ereignis diese Fortwirkung beseitigt und unabhängig von der zu beurteilenden Handlung unter Eröffnung einer neuen Ursachenreihe den Erfolg herbeigeführt hat. Ein solcher Fall läge beispielsweise vor, wenn zwar ein Zeuge durch eine falsche Zeugenaussage in dem Richter eine falsche Vorstellung erwecken würde, wenn aber der Richter zu der vom Zeugen beabsichtigten, das Vermögen eines anderen mindernden Entsch. nicht auf Grund dieser falschen Vorstellung, sondern auf Grund anderer hier von völlig unabhängiger Erwägungen gelangen würde; es könnte dann höchstens verhinderter Betrug in Frage kommen.

In der vorl. Sache aber kann bei Zugrundelegung der eben erörterten rechtsgerichtlichen Rspr. an dem ursächlichen Zusammenhang zwischen der falschen Zeugenaussage der Angekl. und der — im angef. Urt. bisher allein berücksichtigten — vermögensschädigenden Entsch. des AG. N. kein Zweifel bestehen. Daß durch eine unwahre Zeugenaussage an sich ein Prozeßbetrag verläßt werden kann, ist nie bezweifelt worden (vgl. RGSt. 58, 295; 62, 405; RGUrt. 1 D 81/26). Im gegebenen Fall ist durch die falsche Zeugenaussage der Angekl. in dem Prozeßrichter ein Irrtum des Inhalts erregt worden, daß die Angekl. möglicherweise nicht das Mädchen gewesen sei, mit der G. Geschlechtsverkehr gepflogen hat, daß daher das Zeugnis G.s nicht geeignet sei, den vom Weil. M. behaupteten Mehrverkehr zu beweisen. Infolge dieses Irrtums gelangte dann der Richter zu der den Weil. schädigenden Entsch. Unerheblich ist, ob der Richter bei der Verwertung der Aussage der Angekl. richtig oder fehlerhaft, schuldhaft oder schuldblos gehandelt hat; an dem tatsächlichen Ursachenverlauf wird hierdurch nichts geändert. Daß die Angekl. durch ihre bewußt falsche Zeugenaussage in dem Richter einen Irrtum der angegebenen Art erregen und dadurch eine den Weil. in seinem

Vermögen schädigende Entsch. des Prozeßrichters herbeiführen wollte, in der Absicht, ihrem Kinde eine Unterhaltsrente zu verschaffen, auf den es im Hinblick auf den Mehrverkehr der Kindesmutter keinen Anspruch hatte, ist festgestellt.

Die hier angestellten Erwägungen sind an sich auch für die Beurteilung der Frage von Bedeutung, ob durch eine bewußt falsche Parteibehauptung ein Prozeßbetrug verübt werden kann, soweit nicht etwa ausnahmsweise — wie z. B. im Mahn- oder Verfaßnisverfahren (RGSt. 20, 391; 42, 410) — der Richter ohne Rücksicht auf Glauben oder Nichtglauben verpflichtet ist, auf eine Parteierklärung hin eine Entsch. zu treffen. Eine Anrufung der Verstrßen gem. § 136 GBG. ist jedoch nicht geboten, da sich die oben erwähnte Rspr. über den Prozeßbetrug eben nur mit der Möglichkeit der Annahme eines Prozeßbetruges auf Grund bewußt falscher Parteibehauptungen befaßt, während es sich im vorl. Falle um einen Prozeßbetrug durch eine falsche Zeugenaussage handelt.

Die in der Rspr. des RG. entwickelten Grundsätze über den Mangel des Ursachenzusammenhangs zwischen falscher Parteibehauptung und der Entsch. des Richters beruhen auf dem Gedanken, daß der Zivilprozeß vom Grundsatz des Parteibetriebs, der sog. Antrags- und Verhandlungsmaxime, beherrscht werde, und daß hiernach die Tatbestandsfeststellung in gewissem Umfang nicht von der Überzeugung des Prozeßrichters, sondern von der Verfügung der Parteien abhänge (RGSt. 63, 391). Dieser Gedankengang ist jedenfalls nicht anwendbar auf unwahre Zeugenaussagen, die der Richter unter Verleugnung verfahrensrechtlicher Vorschriften verwirkt. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob die Erwägungen, die der bisherigen Rspr. über den Prozeßbetrug durch falsche Parteibehauptung zugrunde liegen, als richtig anzuerkennen sind und ob sie nicht jedenfalls durch die Neufassung der BPD., insbes. des § 138, ihre Bedeutung verloren haben.

Obgleich nach den vorstehenden Ausführungen die Annahme eines Prozeßbetruges nicht zu beanstanden ist, muß sich die Aufhebung des angef. Urt. auch auf den Betrug erstrecken, da dieser mit dem Meineid in Tateinheit steht und ebenso wie bei dem Meineid, die am 2. Dez. 1932 begangene Handlung unberücksichtigt geblieben ist.

(1. Sen. v. 21. Aug. 1934; 1 D 134/34.)

[W.]

****43.** § 358 Abs. 2 StPO. Die Frage der Zulässigkeit der Anordnung der Sicherungsverwahrung ist angesichts des § 358 Abs. 2 StPO. von Amts wegen zu prüfen, da das Verbot der reformatio in pejus eine beschränkte Rechtskraft zugunsten des Angell. schafft. Das Verbot der reformatio in pejus findet hinsichtlich der Sicherungsverwahrung nur solchen Urteilen gegenüber Anwendung, die nach dem 1. Jan. 1934 über vorher begangene Straftaten ergangen sind. Was das Verhältnis der Sicherungsverwahrung zur Entmannung betrifft, so kann nicht gesagt werden, daß die eine oder die andere Maßnahme an sich leichter oder schwerer wäre als die andere. Es kommt vielmehr immer auf den einzelnen Fall an.

Der Angell. wurde vom LG. am 6. März 1934 wegen mehrerer Verbrechen wider die Sittlichkeit, die vor dem 1. Jan. 1934 begangen waren, zu vier Jahren Zuchthaus verurteilt. Zugleich wurde seine Entmannung angeordnet. Nachdem das Urteil auf die Rev. des Angell. am 21. Juni 1934 aufgehoben worden war, erkannte das LG. am 25. Sept. 1934 auf die gleiche Zuchthausstrafe; von der Anordnung der Entmannung wurde, da ihr Erfolg zweifelhaft sei, abgesehen; dafür ordnete aber die Strk. auf Grund des Art. 5 Abs. 1 GewohnhVerbrG. neu die Sicherungsverwahrung des Angeklagten an.

Die Rev. des Angell. gegen das Urt. v. 25. Sept. 1934 rügt Verleugnung des fachlichen Rechts. Die fachliche Rüge ist unbegründet, soweit die Beurteilung wegen Verbrechens wi-

der die Sittlichkeit in acht Fällen in Frage steht, da insoweit ein Rechtsirrtum nicht zu erkennen ist. Dagegen bestehen gegen das Urteil Bedenken, soweit auf Sicherungsverwahrung erkannt wurde.

1. Eine Rüge gegen die Zulässigkeit der Anordnung der Sicherungsverwahrung auf Grund des § 358 Abs. 2 StPO. ist nicht erhoben. Die Frage der Zulässigkeit ist aber von Amts wegen zu prüfen, weil das Verbot des § 358 Abs. 2 eine einseitige beschränkte Rechtskraft zugunsten des Angell. schafft (RGSt. 67, 63¹). Dieser Auffassung steht nicht entgegen, daß § 358 in § 340 StPO. als eine Rechtsnorm über das Verfahren bezeichnet ist. Denn die neuere Rspr. (RGSt. 67, 53; 1 D 1039/34) unterscheidet zwischen den, stets von Amts wegen zu berücksichtigenden sog. Verfahrensvoraussetzungen und denjenigen, nur auf Rüge zu beachtenden Vorschriften, die ein an sich zulässiges Verfahren regeln. Zu den Verfahrensvoraussetzungen rechnet sie auch die Vorschrift des § 358 Abs. 2 StPO., weil die sich aus ihm ergebende beschränkte Rechtskraft eine Schranke für das weitere Verfahren insoweit bildet, als dieses in Widerspruch mit dem Verbot des § 358 Abs. 2 stehen würde. Der Senat tritt dieser Rechtsauffassung bei. Es ist deshalb zu prüfen, ob der Angell. durch die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Urt. v. 25. Sept. 1934 gegenüber dem Urt. v. 6. März 1934 schlechter gestellt wurde.

2. § 358 Abs. 2 Satz 2 StPO. läßt es zu, daß die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt, einer Trinkerheilanstalt oder einer Entziehungsanstalt in dem zweiten Urteil auch dann angeordnet wird, wenn eine solche Anordnung im ersten Urteil nicht erfolgt war. Da die übrigen Maßnahmen der Besserung und Sicherung nicht mit aufgeführt werden, ist daraus zu entnehmen, daß für sie das Verbot des § 358 Abs. 2 Satz 2 StPO. gilt, also auch die Sicherungsverwahrung in dem zweiten Urteil nicht angeordnet werden kann, wenn das im ersten Urteil nicht geschehen war. Dieses Verbot hat aber in den Entsch. 1 D 394/34, 4 D 644/34², 1 D 1148/34³) folgende Einschränkung erfahren:

Art. 5 Nr. 2 GewohnhVerbrG. durchbricht gegenüber Urteilen, die vor dem 1. Jan. 1934 ergangen sind, hinsichtlich der Anordnung der Sicherungsverwahrung überhaupt den Grundsatz der Rechtskraft. Gegenüber den vor dem 1. Jan. 1934 ergangenen Urteilen muß deshalb um so mehr das nur eine beschränkte Rechtskraft schaffende Verbot der reformatio in pejus zurücktreten. Gegenüber diesen Urteilen, die auf Sicherungsverwahrung nicht erkennen konnten, gilt deshalb das Verbot des § 358 Abs. 2 StPO. nicht. Dagegen findet gegenüber Urteilen, die nach dem 1. Jan. 1934 über vorher begangene Straftaten ergangen, die also gem. Art. 5 Nr. 1 GewohnhVerbrG. die Frage der Sicherungsverwahrung prüfen konnten, ja prüfen mußten, das Verbot der reformatio in pejus uneingeschränkt Anwendung. In dem nach Aufhebung dieser Urteile ergehenden neuen Urteile darf deshalb nur auf die in § 358 Abs. 2 Satz 2 StPO. aufgeführten Maßnahmen neu erkannt werden.

Der Senat schließt sich dieser Auffassung an.

3. Damit ist aber die Frage der Zulässigkeit der Anordnung der Sicherungsverwahrung im Urt. v. 25. Sept. 1934 noch nicht entschieden. Die Anordnung wäre zweifellos unzulässig, wenn das Urt. v. 6. März 1934 eine Maßnahme nach § 42a StGB. überhaupt nicht vorgesehen und das Urt. v. 25. Sept. 1934 neu auf Sicherungsverwahrung erkannt hätte. Nun war im Urt. v. 6. März 1934 die Entmannung des Angell. angeordnet. Es fragt sich deshalb, ob der Angell. dadurch, daß im Urt. v. 25. Sept. 1934 die Sicherungsverwahrung angeordnet wurde, trotz des Umstandes beschwert ist, daß in dem gleichen Urteil die Anordnung der Entmannung wegfiel.

In RGSt. 68, 230 hat der erf. Sen. allerdings ausgesprochen, daß in dem nachträglichen Verfahren gem. Art. 5 Nr. 2 GewohnhVerbrG. und Art. 14 AusfG. nach Aufhebung des ersten Urteils, das auf Entmannung erkannte, in dem

¹⁾ ZB. 1933, 1028. ²⁾ ZB. 1935, 294²¹. ³⁾ ZB. 1935, 519¹⁸.

neuen Urteil statt auf Entmannung auf Sicherungsverwahrung erkannt werden kann. Diese sich auf jene besonderen Best. des nachträglichen Verfahrens gründende Auffassung kann aber für den vorl. Fall, in dem es sich um ein Urteil nach Art. 5 Nr. 1 GewohnhVerbrG. handelt, nicht verwertet werden.

Das Gesetz und seine Begründung bieten zur Lösung der Frage, wie die Sicherungsverwahrung gegenüber der Entmannung zu bewerten ist, keinen anderen Anhaltpunkt als den, daß das Gesetz, wie sich aus § 358 Abs. 2 Satz 2 ergibt, die Maßnahmen des § 42a StGB. untereinander nicht gleichstellt, sondern verschieden beurteilt. Aus § 42n StGB., der vorsieht, daß die Maßnahmen des § 42a StGB. nebeneinander verhängt werden können, ist für die Frage nichts zu entnehmen.

Es kommt deshalb darauf an, ob die beiden Maßnahmen miteinander vergleichbar sind.

Das AG. hat sich mit ähnlichen Vergleichen aus dem Gesichtspunkt des Verbots der reformatio in peius schon befaßt. In RGSt. 40, 411; 66, 202 ist z. B. das Verhältnis der Geldstrafe zur Freiheitsstrafe und in RGSt. 57, 350, das Verhältnis der Werkstrafe zur Einziehung behandelt. In diesen Fällen war es möglich, zu einer bestimmten Entsch. zu kommen, weil das Gesetz einen objektiven Maßstab in § 21 StGB. für Geldstrafe und Freiheitsstrafe und im übrigen darin bietet, daß die Werkstrafe den Angekl. unmittelbar und unbedingt, die Einziehung ihn aber nur bedingt belastet. Beim Vergleich der Entmannung und der Sicherungsverwahrung fehlt es an einem solchen objektiven, im Gesetz gebotenen Maßstab, wenngleich das Gesetz natürlich beiden Maßnahmen einen näher umschriebenen Inhalt gibt; aber es unterläßt, diesen Inhalt gegeneinander abzuwerten oder Gesichtspunkte für seine Bewertung zu geben. Dazu kommt, daß jede der Maßnahmen bei dem Betroffenen je nach seiner Persönlichkeit verschieden wirkt und verschieden empfunden wird, und daß sich bei der Anordnung beider Maßnahmen nicht übersehen läßt, wie ihr Vollzug verläuft und sich weiter gestaltet.

Vergleicht man die beiden Maßnahmen trotz dieser Schwierigkeiten, dann läßt sich folgendes sagen:

Die Entmannung bedeutet einen schwerwiegenden Eingriff in den körperlichen und seelischen Organismus, der über das gewollte Ziel (die Vernichtung oder doch die Schwächung des entarteten Triebes) hinaus nachteilige Folgen für die Gesundheit haben kann. Die Sicherungsverwahrung entbehrt eines solchen Eingriffs, ist jedoch mit der Entziehung der Freiheit verbunden, während der Entmannete in Freiheit bleibt und weiteren Einschränkungen außer der Entmannung nicht unterworfen ist. Die Entmannung kann nicht wieder gut gemacht werden. Auch die Sicherungsverwahrung ist zunächst an keine Frist gebunden, also möglicherweise lebenslänglich; aber das Gesetz sieht vor, daß sie beendet wird, wenn sich bei der innerhalb bestimmter Fristen vorzunehmenden Prüfung ergibt, daß der Zweck der Unterbringung erreicht ist.

Bei dieser Sachlage kann nicht gesagt werden, daß die eine oder andere Maßnahme an sich leichter oder schwerer ist als die andere, weil es ganz auf die Lage des einzelnen Falles ankommt und auch in diesem die spätere, bei der Anordnung nicht vorhersehbare Auswirkung der Maßnahmen von entscheidender Bedeutung ist. Es kann deshalb nicht allgemein festgestellt werden, daß die Sicherungsverwahrung leichter oder zumindestens nicht schwerer ist als die Entmannung. Ist das aber der Fall, dann kann die Sachlage im vorl. Fall nicht anders angesehen werden, als wenn im ersten Urteil gar nicht auf Entmannung erkannt und im zweiten Urteil die Sicherungsverwahrung neu ausgesprochen worden wäre. Das ist aber nach § 358 Abs. 2 Satz 2 StPO. unzulässig. Es muß deshalb die Anordnung der Sicherungsverwahrung als unzulässig aufgehoben werden.

(2. Sen. v. 7. Jan. 1935; 2 D 1384/34.)

[W.]

Bayerisches Oberste Landesgericht

Berichtet von Oberstaatsgerichtsrat Dr. Hölldorfer und Rechtsanwalt Dr. Wilhelm Dieß, München

Strafsachen

1. § 134a StGB. Zum Begriff der Öffentlichkeit.

Das BayOBLG. hat ein Urteil des AG. F. aufgehoben, weil der Begriff der Öffentlichkeit in § 134a StGB. möglicherweise verkannt worden ist. In der Begr. ist ausgeführt:

Die Feststellungen des AG. sind nicht ausreichend, soweit Öffentlichkeit der nach § 134a StGB. strafbaren Beschimpfung angenommen wird. Nach dieser Richtung wird nur festgestellt, daß die offene Wirtschaftshalle, in der der Angekl. sah, frei zugänglich war, daß sich in der Halle mehrere Wirtschaftsbefürder befanden und daß diese Gäste — sechs ohne den Angekl. — keinen geschlossenen Personenkreis bildeten. Wie das AG. und das OBLG. in gleichbleibender Anspr. annehmen, ist nicht die Öffentlichkeit des Ortes der Äußerung maßgebend. Beliebt ist der Nachweis, daß die Art der Äußerung ihre Wahrnehmbarkeit für einen größeren, durch persönliche Beziehungen nicht zusammenhängenden Personenkreis begründet hat, für die Annahme der Öffentlichkeit erforderlich und ausreichend (RGSt. 38, 207; 65, 112; AG.: BayZ. 1932, 29; OBLGSt. 19, 61). Die Feststellungen des AG. lassen die Möglichkeit offen, daß es diesen in der Anspr. festgelegten Begriff der Öffentlichkeit verkannt hat. Der Umstand allein, daß in der Halle eine größere Anzahl von Personen anwesend war, macht nicht jede unter diesen Umständen gefallene Äußerung zu einer öffentlichen.

Das AG. nimmt, ohne sich über die näheren Umstände auszulassen, an, daß die anwesenden sechs Gäste keinen geschlossenen, durch persönliche Beziehungen verbundenen Personenkreis gebildet hätten.

Selbst wenn dies richtig ist, hätte es zur Begr. der Öffentlichkeit der Feststellung bedurfst, daß die Äußerungen für diesen ganzen Personenkreis wahrnehmbar waren; aus der Urteilsbegründung ergibt sich aber nur, daß zwei der Gäste — die als Zeugen vernommenen — die Beschimpfungen gehört haben. Auch die Feststellung, daß die Tat in einer frei zugänglichen Wirtschaftshalle verübt wurde, genügt nicht, die Öffentlichkeit der Äußerung zu begründen. Mit dieser Feststellung sollte wohl auf die Möglichkeit hingewiesen werden, daß auch noch andere, der Person und Zahl nach nicht bestimmte Besucher hinzukommen könnten. Eine solche denkbare Möglichkeit darf aber nicht an die Stelle der Wirklichkeit gesetzt werden (RGSt. 65, 112). Solange sich diese Möglichkeit nicht verwirklicht hatte, war sie für die Beurteilung der Tatumstände ohne Bedeutung.

(BayOBLG., Urt. v. 12. Dez. 1934, RevReg. I Nr. 335/34.) [D.]

*

2. § 360 Nr. 8 StGB. gilt auch für das unbefugte Tragen einer geistlichen Ordenskleidung; Art. 10 des Reichskonkordats v. 20. Juli 1933 ist anwendbar.

Nach den Feststellungen des AG. hat die Angekl. fortgesetzte geistliche Ordensgewänder (die Tracht des geistlichen Ordens der Franziskanerinnen) getragen, obwohl ihr von der Kirchenbehörde das Tragen der geistlichen Kleidung verboten worden ist. Das AG. hat sie von der Anklage wegen Übertretung des § 360 Nr. 8 StGB. freigesprochen. Auf die Rev. des Amtsgerichts wurde das amtsgerichtliche Urteil aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen.

Zutreffend nimmt der Erstrichter allerdings an, daß das unbefugte Tragen einer Ordenskleidung nicht unmittelbar unter die Strafbestimmung des § 360 Nr. 8 StGB. fällt. Denn diese Strafbestimmung dient dem Schutz der staatlichen Autorität dagegen, daß Personen durch Tragen von Uniformen oder Amtskleidungen fälschlich den Eindruck erwecken, Träger dieser Autorität zu sein; unmittelbar geniesßen daher den Schutz nur staatliche Uniformen und Amtskleidungen, weshalb alle nicht öffentlich-rechtlichen Uniformen, Berufskleidungen, Trachten und Phantasiuniformen auszuschließen sind (vgl. RGSt. 61, 7; Olshausen, StGB., 11. Aufl., Note b, 1 zu § 360 Nr. 8; LpzKomm. z. StGB., 4. Aufl., Bem. VIII zu § 360 Nr. 8; Frank, StGB., 18. Aufl., Note VIII 1 zu § 360).

Rechtsirrig ist aber die Annahme des Erstrichters, daß auch eine mittelbare Anwendung des § 360 Nr. 8 StGB. auf Grund des Art. 10 des Konkordats zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Deutschen Reich v. 20. Juli 1933 (RGBl. I, 679) deshalb ausgeschlossen sei, weil dieses Reichskonkordat nicht als Reichsgesetz erlassen und bekanntgemacht worden sei, Art. 10 daher nicht Gesetzeskraft habe.

Die Frage, ob das Reichskonkordat ohne weiteres Gestung

als innerstaatliches deutsches Recht hat, ist allerdings streitig (vgl. Roedel-Paulus, Reichskirchenrecht und neues bav. Kirchenrecht, Vorbemerkungen, letzter Absatz zum Reichskonkordat, S. 10, ferner Anmerkungen zu Art. 10 u. 26; R.- u. PrVerwBl. 1933, 821 ff.; 1934, 92 ff.; DJZ. 1934, 320 ff.; Deutsche Verwaltungsbüller 1934, 266 ff.; Bay. Gem.- u. VerwBl. 1934, 526 ff.).

Der Senat bejaht diese Frage im Einklang mit der vorherrschenden Meinung. Das Reichskonkordat ist als völkerrechtlicher Vertrag anzusehen oder mindestens einem solchen gleichzustellen. Das Konkordat hätte demnach, soweit es sich auf Gegenstände der Reichsgesetzgebung bezieht, gem. Art. 45 Abs. 3 RVerf. früher der Zustimmung des RT. (durch formelles Reichsgesetz) bedürft. Durch Art. 4 Ges. zur Behebung der Not von Volk und Reich v. 24. März 1933 (RGBl. I, 141) ist aber dieses Erfordernis beseitigt worden. Danach bedürfen Verträge des Reichs mit fremden Staaten, die sich auf Gegenstände der Reichsgesetzgebung beziehen, nicht der Zustimmung der an der Gesetzgebung beteiligten Körperschaften, und die Reichsregierung erlässt die zur Durchführung dieser Verträge erforderlichen Vorschriften.

Nach Art. 34 des Reichskonkordats sollte es mit dem Tage des Austausches der Ratifikationsurkunden — 10. Sept. 1933 — in Kraft treten. Dass die Vertragschließenden auch die innerstaatliche Wirkung mit diesem Tag eintragen lassen wollten, ergibt sich aus der, der Veröffentlichung im RGBl. vorausgeschickten, von den RMIn. des Innern und des Auswärtigen gezeichneten Bek. v. 12. Sept. 1933 (RGBl. II, 679). Hier ist ausdrücklich festgestellt, dass das Konkordat gem. Art. 34 am 10. Sept. 1933 in Kraft getreten ist, und es ist weiter darauf hingewiesen, dass zu seiner Ausführung das Ges. v. 12. Sept. 1933 (RGBl. I, 625) ergangen ist, das den RMdF. ermächtigt, die zur Durchführung der Bestimmungen des Reichskonkordats erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen. Gerade bei der Bedeutung der Veröffentlichung im RGBl. für die innerstaatliche Geltung ist diese Feststellung und der bezeichnete Hinweis von ausschlaggebender Bedeutung. Es kann unmöglich mit der Feststellung nur die völkerrechtliche Geltung gemeint sein; auch wäre die gleichzeitige Erlassung eines Gesetzes zur Ausführung des Konkordats nicht verständlich, wenn nicht dieses Konkordat selbst, das die Grundlage für die zu seiner Durchführung erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften bildet, mit der Veröffentlichung im RGBl. auch innerstaatliches deutsches Recht hätte werden sollen und geworden wäre. Durch die Veröffentlichung im RGBl. in Verbindung mit der angeführten Bekanntmachung und dem erwähnten, vom Reichskanzler und den RMIn. des Auswärtigen und des Innern gezeichneten Ges. v. 12. Sept. 1933 hat das Reichskonkordat demnach auch reichsgesetzliche Kraft erhalten. Die Tatsache, dass das Reichskonkordat nebst Bekanntmachung im RGBl. Teil II, nicht — wie sonst die Reichsgesetze — im Teil I, verkiindet ist, ist bedeutungslos.

Richtig ist nun allerdings, dass einzelne Bestimmungen des Reichskonkordats zu ihrer Durchführung noch besonderer Ausführungsvorschriften bedürfen; dies schlicht aber die sofortige Anwendung derjenigen Bestimmungen des Reichskonkordats nicht aus, zu denen Ausführungsvorschriften nicht mehr erforderlich sind. Nach Art. 10 des Reichskonkordats unterliegt der Gebrauch geistlicher Kleidung oder des Ordensgewandes durch einen Laien oder durch Geistliche oder Ordenspersonen, denen dieser Gebrauch durch die zuständige Kirchenbehörde durch endgültige, der Staatsbehörde amtlich bekanntgegebene Anordnung rechtskräftig verboten werden ist, staatlicherseits den gleichen Strafen wie der Missbrauch der militärischen Uniform. Die Strafbestimmung für den Missbrauch der militärischen Uniform liegt vor im § 360 Nr. 8 StGB., der daher auch auf die Fälle des Art. 10 a. a. O. Anwendung findet, ohne dass es einer weiteren Durchführungsvorschrift bedarf.

Die Tatsache, dass das bayerische Konkordat v. 29. März 1924 keine hier einschlägige Bestimmung enthält, ist rechtlich belanglos, weil nach Art. 2 Satz 3 des Reichskonkordats dessen Bestimmungen auch für Bayern verpflichtend sind, soweit sie Gegenstände betreffen, welche in den Länderkonkordaten nicht geregelt wurden, oder soweit sie die früher getroffene Regelung ergänzen.

Abgesehen von alledem hätte das AG. auch prüfen müssen, ob nicht eine Zuwiderhandlung gegen das Ges. betr. den Schutz der Berufstrachten und Berufsauszeichen für Betätigung in der Krankenpflege v. 7. Sept. 1915 (RGBl. 561) vorliegt (vgl. Stenglein, Strafrechtliche Nebengesetze, 5. Aufl., Bd. 1 S. 462 ff.).

Bemerkt wird auch, dass im Falle der Anwendung des § 360 Nr. 8 StGB. wie des Ges. v. 7. Sept. 1915 die Bestrafung durch Abweichungen in der Tracht oder den Abzeichen nicht ausgeschlossen wird, sofern ungeachtet dieser Abweichungen die Gefahr einer Verweichung vorliegt (RGSt. 61, 7; BayObLGSt. 7, 320, 399; Juridisch. 1934 HöchstRspr. Nr. 358).

(BayObLG., 2. StrSen., Urt. v. 10. Dez. 1934, RevReg. II Nr. 157/34.)

*

3. § 359 StPO. Gründe, die in einem Wiederaufnahmeverfahren gewürdigt worden sind, können in einem späteren Wiederaufnahmeverfahren zur Unterstützung neu vorgebrachter Tatsachen mitverwertet werden. Ein in der Hauptverhandlung erfolgter Widerruf einer belastenden Aussage kann u. U. als neue Tatsache im Wiederaufnahmeverfahren in Betracht kommen.

In einem Beschl. durch den das BayObLG. über die Beschw. des Angekl. gegen die Verwerfung seines Antrages auf Wiederaufnahme des durch rechtskräftiges Urt. geschlossenen Verfahrens entscheidet, wird u. a. ausgeführt:

Bedenklich ist der im augen. Beschl. enthaltene Satz, dass ein neuer Wiederaufnahmeantrag nur auf Gründe genutzt werden könne, die in früheren Verfahren noch nicht rechtskräftig verworfen worden seien. Das ist nur insofern richtig, als erlebte Gründe nicht für sich allein zum Gegenstand eines neuen Antrags gemacht werden können, dagegen steht, wie schon in dem zu dieser Sache in einem früheren Wiederaufnahmeverfahren ergangenen Senatsbeschluss v. 31. Okt. 1933 bemerkt ist, nichts im Wege, solche Gründe zur Unterstützung neu vorgebrachter Tatsachen mitzuverwerten. Die vom LG. angeführten Stellen bei Loewe-Kosenberg, StPO., 19. Aufl., Bem. 2 zu § 359; 5 zu § 372 sind offensichtlich auch nur in diesem Sinne gemeint (vgl. hierzu die an der zweitemähnlichen Stelle angegebene Entsch. des OGK. Köln: Die strafprozessualen Entsch. der OGK. Bd. 2 Nr. 299, wonach rechtskräftig erlebte Gründe in Verbindung mit neuen Gründen wieder geltend gemacht werden können). Möglicherweise wollte auch die Strk. nichts anderes sagen, zu klarem Ausdruck ist dies aber jedenfalls nicht gekommen.

Abzulehnen ist die Rechtsauflässigkeit der Strk., dass der Widerruf der den Beschw. belastenden Angaben seines Schwagers, des Mitverurteilten U., durch diesen überhaupt keinen Wiederaufnahmegrund nach § 359 Nr. 5 StPO. darstellen könnte, weil diese Angaben schon bei der Urteilsfällung und der Abweisung der früheren Wiederaufnahmearträge vorgelegen hätten und darum kein neues Beweismittel seien. Als solches kann der Widerruf allerdings nicht angesehen werden, wohl aber als „neue Tatsache“ im Sinne der angeführten Vorsch., die unter anderen Umständen, als sie hier vorliegen, fehlt wohl geeignet sein könnte, die früheren belastenden Angaben des U. d. i. dieses Beweismittel in seinem Werte zu mindern oder zu entkräften. So ist auch schon der Widerruf eines in der Hauptverhandlung abgelegten Gesamtbildes des Angekl. in der Rspr. als neue Tatsache anerkannt worden.

(BayObLG., Beschl. v. 3. Dez. 1934. BeschwReg. I Nr. 861/34.)

*

4. § 473 Abs. 1 Satz 3 StPO. Das vom Staatsanwalt eingelegte Rechtsmittel hat dann nur teilweisen Erfolg, wenn die Erhöhung der Strafe nicht das vom Staatsanwalt beantragte Maß erreicht.

Das OG. H. hat auf die Ver. des StA. die vom Exztrichter erkannte Strafe von sechs Monaten Gefängnis auf sieben Monate erhöht — der StA. hatte beantragt, die Strafe auf zwei Jahre zu erhöhen — und hat die Kosten des zweiten Rechtszuges dem Angekl. auferlegt mit der Begr. die zuungunsten des Angekl. eingelegte Ver. des StA. habe vollen Erfolg gehabt. Auf die Rev. des Angekl. hat das BayObLG. das Urt. des OG. H. im Kostenpunkt aufgehoben und die Sache insoweit zur anderweitigen Verhandlung und Entsch. an die Strk. zurückverwiesen. Die vom OG. vorgenommene Erhöhung der Strafe, führt das RevG. aus, war gegenüber der beantragten Erhöhung der Strafe kein voller, sondern nur ein teilweiser Erfolg.

In der oberstrichterlichen Rspr. ist schon wiederholt anerkannt worden, dass bei Beschränkung des Rechtsmittels auf das Strafmaß nicht jede geringfügige Herabsetzung der Strafe für den Angekl. ein voller Erfolg sei (vgl. AG. 63, 311/317 und die dort angeführten Entsch. des OGK.). Was vom Rechtsmittel des Angekl. zu gelten hat, muss — wegen Gleichheit des Grundes — auch für das Rechtsmittel des StA. rechtfertigen. Wenn das Gericht hier die Strafe nur um einen Monat erhöht hat, obwohl der StA. Erhöhung um 18 Monate beantragt hatte, so leuchtet ohne weiteres ein, dass dieser mit seinem Rechtsmittel nur einen verhältnismäßig sehr geringen Erfolg hatte. Die Tatsache, dass der Angekl. durch die Erhöhung der Strafe der Wohltat des StrafstrichG. v. 7. Aug. 1934 (RGBl. I, 769) verlustig ging, kann selbstverständlich nicht als Erfolg des Rechtsmittels zu seinen Lasten gebucht werden. Abgesehen davon, dass zur Zeit der Strafungsbeinlegung — 7. Juli 1934 — das erwähnte Gesetz noch nicht erlassen war, ist davon auszugehen, dass es dem StA. von vornherein und auch noch bei Stellung seines Strafantrags in der Strafungsverhandlung lediglich um die Erzielung einer dem Verschulden des Angekl. entsprechenden — höheren — Strafe zu tun war. Dass die verfügte geringe Erhöhung der Strafe den Verlust der Amme-

sie zur Folge hatte, ist nur eine nicht erreichbare und darum für die Frage des Rechtsmittelerfolgs unbeachtliche Nebenwirkung.

Die Ver. des StA. hatte sonach nur teilweise Erfolg i. S. des § 473 Abs. 1 Satz 3 StGB. Ob das erkennende Gericht auf Grund dieser Best. die Gebühre ermäßigen und die entstandenen Auslagen — des Gerichts — angemessen verteilen will oder nicht, steht nun allerdings in seinem pflichtmäßigen, einem Revisionsangriff entzogenen freien Ermessen. Hier beruht aber die Nichtanwendung der Best. auf dem schon hervorgehobenen Rechtszirkum des LG, über den Umfang des erzielten Rechtsmittelerfolges, sie kann daher sehr wohl zum Gegenstand eines Revisionsangriffes gemacht werden. Für die Annahme, daß die Stra. von der gesetzlich zugelassenen Kostenverteilung auch dann keinen Gebrauch gemacht haben würde, wenn es den Erfolg des Rechtsmittels richtig eingeschägt hätte, fehlt jeder Anhaltpunkt.

(VahDlG., Urt. v. 16. Nov. 1934, ReVReg. I Nr. 320/34.)

*

5. § 14 ZeugGebD. Der Zeuge ist verpflichtet, den Staatsanwalt oder das Gericht nach Empfang der Ladung zum Verhandlungstermin auf Umstände aufmerksam zu machen, die sein Erscheinen besonders kostspielig machen.

Der Beschw. hat 170 RM ersezt verlangt, da er durch eine Zeugenvorladung während einer Urlaubskreise (Seefahrt in die dalmatinischen Gewässer) diesen Betrag für Beschaffung zweier Karten für sich und seine Frau umsonst ausgegeben hätte. Das LG T. hat den Antrag auf Erzahl zurückgewiesen; die Beschw. hiergegen wurde als unbegründet verworfen. Aus den Gründen:

Wenn sich der Zeuge unter den obwaltenden Umständen entschloß, seinen Urlaub in Dalmatien zu unterbrechen und auf die schon bezahlte Seefahrt zu verzichten, um den Verhandlungstermin vor der Stra. wahrzunehmen, so tat er dies auf seine Kosten und Gefahr. Bei verständiger Würdigung des Falles hätte er sich nämlich sagen müssen, daß der StA, wenn er vor dem Sachverhalt Kenntnis gehabt hätte, bei dem Gerichte die Verlegung des Termins, zum mindesten aber die Absetzung des selbständigen, im Verhältnis zum übrigen Prozeßstoff nur unbedeutenden Betrugsfalls, zu dem der Zeuge allein benötigt war, und dessen Verweisung in eine andere Sitzung beantragt haben würde, und daß diesem Antrag aller Voraussicht nach vom Gericht auch stattgegeben worden wäre. Um dies zu ermöglichen, hätte er sofort nach Empfang der Ladung den StA. oder das Gericht von dem Sachverhalt verständigen müssen, zumal er in dem Ladungsformular ausdrücklich darauf hingewiesen war, von jedem Aufenthaltswechsel bis zum Termin alsbald Kenntnis zu geben. Das hätte noch rechtzeitig geschehen können, weil zwischen dem Empfang der Ladung und dem Verhandlungstermin eine volle Woche lag. Diesen allein richtigen, durch die Verhältnisse ihm vorgeschriebenen Weg hat er aber nicht beschritten. Es kann daher auch keine Rede davon sein, daß es gem. § 14 ZeugGebD. der Billigkeit entsprechen würde, ihm Erzahl für den umsonst aufgewendeten Betrag aus der Staatskasse zu gewähren.

(VahDlG., Beschl. v. 6. Dez. 1934, BeschrReg. I Nr. 850/34.)

[D.]

Oberlandesgerichte

Strafsachen

Berlin

1. § 366 Ziff. 10 StGB.; §§ 1 Ziff. 5, 6, 8 u. 9, 18, 19 Abs. 1 u. 3, 29, 39 PrStrVwKd. v. 20. März 1934 (GS. 169); AusfAnw. zur RStrVwKd. v. 29. Sept. 1934 (RGBl. I, 869) zu § 25, § 33 Abs. 2 PolVerwG. v. 1. Juni 1931. Das vorübergehende Aufstellen eines Fahrrades auf dem Bürgersteig an der Hauswand parallel zur Straße ist eine unzulässige Benutzung der Gehbahn. Ein Irrtum des Angekl. über das Polizeiwidrigkeitsprinzip dieses Verhaltens ist ein unerheblicher Strafrechtszirkum.

Der Angekl. hat sein Fahrrad vorübergehend auf der Gehbahn aufgestellt, indem er es an die Hauswand parallel zur Straße anlehnte. Er hat also insoweit für den Verkehr mit dem Fahrrade nicht die Fahrbahn benutzt. Eine Benutzung der Gehbahn zum Verkehr mit einem Fahrzeug liegt auch insoweit vor, als die betr. Gehbahn nicht zum Fahren, sondern zum Halten oder Aufstellen des Fahrzeugs benutzt wird. Der Irrtum, eine solche Art der Benutzung der Gehbahn zum Aufstellen des Fahrrades sei nicht polizeiwidrig, schützt ihn nicht vor der Strafe aus § 366 Ziff. 10 StGB. Danach urteilt sich die Schuldfrage nach Reichsrecht. Auf dem Gebiete der strafrechtlichen Übertretungen ist aber der strafrechtliche Irrtum kein Entschuldigungsgrund. Der im § 33 Abs. 2 PolVerwG. ausgedrückte Rechtsgebanke ist hier nicht anwendbar. Auch nach § 2 Abs. 2 StGB. würde der

Angekl. nicht freizusprechen sein; denn nach Reichsrecht ist sein Tun ebenfalls untersagt (AusfAnw. a. a. O. Ziff. I). Die dortige Ziff. II Abs. 5 über Unzulässigkeit des Parkens an bestimmten Stellen kommt hier nicht in Frage, da diese Vorschrift immer von der Voraussetzung ausgeht, daß die betr. Straße für die gewählte Art des Verkehrs überhaupt bestimmt ist.

(RG., 1. StrSen., Urt. v. 30. Nov. 1934, 1 S 291/34.)

Ber. von RGR. Körner, Berlin.

*

2. § 367 Ziff. 8 StGB. Die Eigenschaft eines Ortes als eines „von Menschen besuchten“ braucht nicht unveränderlich und dauernd zu sein.

Die Feststellung, daß das Siebungshaus des Angekl. am Tage der Zwangsräumung ein von Menschen besuchter Ort war, ist rechtmäßig einwandfrei. Dem AG. ist darin beizustimmen, daß ein Ort von einem unbesuchten zu einem besuchten werden kann, wenn an ihm auch nur innerhalb einer beschränkten Zeitspanne ein vorher angekündigter Verkehr von Menschen stattfindet. Nachdem der Angekl. von dem Termine zur Zwangsräumung Nachricht erhalten hatte, war er verpflichtet, die vorher angebrachte Selbstschusanlage zu entfernen oder zumindest der die Räumung betreibenden Behörde von dieser Anlage Kenntnis zu geben. Die Unterlassung verwirklichte den Tatbestand des § 367 Ziff. 8 StGB.

(RG., 1. StrSen., Urt. v. 8. Jan. 1935, 1 S 321/34.)

Ber. von RGR. Körner, Berlin.

*

3. § 2 Ges. über die Beschränkung der Reisen nach Österreich v. 29. Mai 1933 (RGBl. I, 311). Straffreiheit einer durch das Gebiet der Republik Österreich ohne Fahrtunterbrechung unternommenen Reise.

Während § 1 die beiden Fälle einer Reise in und durch das österreichische Gebiet gebührenpflichtig macht, bedroht § 2 nur den Fall einer Reise in das Gebiet, nicht dagegen den Fall einer bloßen Durchreise mit Strafe. Das ergibt der Sprachgebrauch. Der abv. Ans. bei Pfundtner-Neubert ist nicht beizustimmen. Anzuerkennen ist zwar, daß der außenpolitische Grund, der den Anlaß zu dem Erlaß des Ges. gegeben hat, dem Gesetzgeber auch die Veranlassung hätte geben können, den Fall einer Durchreise ebenso unter Strafe zu stellen. Der Gesetzgeber hat dies aber ersichtlich nicht getan, weil er die Gefahren, die bei einer bloßen Durchreise entstehen können, offenbar wesentlich geringer bemessen hat als die im Falle einer Reise in dasselbe Gebiet. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes spricht jedenfalls nicht gegen diese Auffassung.

(RG., 1. StrSen., Urt. v. 7. Dez. 1934, 1 S 300/34.)

Ber. von RGR. Körner, Berlin.

*

4. § 149 Abs. 1 Ziff. 6 RGewD.; § 26 MarktD. für Hannover (Stadt) v. 1. Juni 1934 (AbI. 103). Verbot des Verkaufs von Gütern und Getränken in der Markthalle zum sofortigen Verbrauch durch andere als den Hallenwirtschaftspächter.

Gegen die Rechtsgültigkeit des § 26 der auf Grund des § 69 RGewD. erlassenen MarktD. bestehen keine Bedenken. Danach ist der Verkauf von Gütern und Getränken in der Halle zum sofortigen Gebrauch nur dem Pächter der Markthallenwirtschaft gestattet und dürfen in der Markthalle zum sofortigen Genüg Speisen und Getränke, die von Gast- oder Schankwirtschaften oder Händlern außerhalb der Markthalle bezogen werden, nur dann hereingebracht werden, wenn das Hineinbringen durch den Bezieher selbst, seine Angehörigen oder die in seinem Haushalt oder Gewerbebetrieb dauernd beschäftigten Personen geschieht. Diese Best. dient, mag sie nebenher auch eine dem Pächter lästige Konkurrenz fernhalten, vornehmlich der Ordnung in der Markthalle, indem sie verhindern will, daß dort Händler usw. erscheinen, um Speisen oder Getränke zu verkaufen oder anzubieten, und dadurch Anlaß zu störenden Reibereien mit anderen Personen, namentlich mit Gewerbetreibenden auf demselben Gebiete geben. Die Möglichkeit dazu besteht offenbar auch dann, wenn nur Boten der genannten Gewerbetreibenden zwangsweise Abgabe von bestellten Gütern und Getränken in der Halle ein- und ausgingen. Daß § 26, dessen Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit hier nicht nachzuprüfen sind, die Ordnung in der Markthalle befehlt, folgt auch aus seiner Stellung in der MarktD. selbst zwischen § 25 (Aufrechterhaltung der Ruhe und Ordnung) und § 27 (Verkehr und Verbot von Verunreinigungen). Untersagt ist durch § 26 aus Gründen der Ordnung in der Markthalle nur eine Art der Ausübung des Gewerbebetriebs, nicht er selbst.

(RG., 1. StrSen., Urt. v. 29. Jan. 1935, 1 S 332/34.)

Ber. von RGR. Körner, Berlin.

*

5. §§ 25, 36 RStraßVerfD. v. 28. Mai 1934 (RGBl. I, 455). Rechtsfahren. Nebeneinanderfahren von Radlern.

Der Angell. ist auf seinem Rade links neben dem Rade der X. gefahren und dabei mehrfach auf die linke Straßenseite hinübergefahren; er hat dadurch den Verkehr gestört. Die Anwendung der §§ 11, 37 PrStraßVerfD. v. 20. März 1934 (GS. 169) auf diesen Sachverhalt ist rechtlich nicht zu beanstanden. Auch die Beurteilung der Rechtslage nach § 2 Abs. 2 StGB. i. Verb. m. der RStraßVerfD. v. 28. Mai 1934 und ihrer AusfAnw. v. 29. Sept. 1934 (RGBl. I, 869) bringt für den Angell. kein günstigeres Ergebnis. Wenn auch die RStraßVerfD. ein Fahren von Radfahrern nebeneinander grundsätzlich nicht verbietet und in § 26 Abs. 1 nur bestimmt, daß rechts auszuweichen und links zu überholen ist, ohne vorzuschreiben, daß ständig die rechte Straßenseite einzuhalten sei, so folgt doch aus der allgemeinen Verkehrsregel des § 25, daß Radfahrer einzeln hintereinander fahren müssen, wenn der Verkehr sonst behindert werden würde (vgl. AusfAnw. zum § 25 Abs. 2 Ziff. 5 Abs. 3), und doch stets die rechte Seite einzuhalten ist, wenn ein Ausweichen oder Überholen bevorstehen kann (vgl. AusfAnw. zum § 26 Abs. 1). Die Bestrafung würde sich also auch aus §§ 25, 36 RStraßVerfD. rechtfertigen.

(RG., 1. StrSen., Urt. v. 22. Jan. 1935, 1 S 328/34.)

Ber. von AGK. Körner, Berlin.

*

6. PrBadePolWD. v. 18. Aug. u. 28. Sept. 1932 (GS. 280 u. 324). Begriff des öffentlichen Nacktbadens.

Die Feststellung, der Angekl. sei während des Badens vom Lande am See und vom See aus sichtbar gewesen, da kein Schutz gegen Sicht vorhanden gewesen sei, rechtfertigt den Schluß, daß das Baden des Angekl. von unbestimmt welchen und wie vielen Personen wahrgenommen werden konnte. Dies genügt zur Annahme der Öffentlichkeit des Badens i. S. der WD. Der Angekl. hat auch nackt, d. h. ohne Badehose (Ziff. 3) gebadet. Dazu genügt schon, daß er während seines Aufenthalts im Wasser ohne jede Bekleidung gewesen ist. Die Nacktheit des Badenden wird nicht dadurch befeitigt, daß er sich nur während des Hinein- und Herausgehens in nicht nacktem Zustande befunden hat.

(RG., 1. StrSen., Urt. v. 15. Jan. 1935, 1 S 319/34.)

Ber. von AGK. Körner, Berlin.

*

7. § 10 StraffreiheitG. v. 7. Aug. 1934; §§ 10, 18 Schw-BeschG. v. 12. Jan. 1923; § 5 AusfWD. dazu v. 13. Febr. 1924.

Der Oberbürgermeister (Schwerbeschädigtenstelle) ist nicht befugt, Beschw. gegen einen Beschuß der Strk. einzulegen, der das Verfahren auf Grund des StraffreiheitG. in einer Sache einstellt, in der das SchwG. gemäß dem SchwBeschG. auf Buße erkannt hat, da er nicht als Beteiligter (§§ 296, 298, 304 StPO.) anzusehen ist, mag auch die Buße nicht der Gerichtskasse verbleiben, sondern der Hauptfürsorgestelle zufließen.

(RG., 1. StrSen., Beschl. v. 30. Nov. 1934, 1 W 102/34.)

Ber. von AGK. Körner, Berlin.

*

8. § 172 StPO. Für eine GmbH. im Konkurs, die durch die den Gegenstand der Anzeige bildende, vor Konkursöffnung begangene Straftat geschädigt sein soll, ist nicht der Geschäftsführer der GmbH., sondern nur der Konkursverwalter antragsberechtigt.

Nach der Anzeige soll die anzeigenende GmbH. gerade durch die den Gegenstand der Strafanzeige bildende, das Vermögen der Anzeigenen schädigende Handlung mit in Konkurs geraten sein. Im Gegenzatz zu dem Beschuß des RG. v. 17. Mai 1926, 3 W 185/26, ist der Sen. der Ansicht, daß in diesem Falle nur der Konkursverwalter befugt war, für die im Konkurs befindliche GmbH. den Antrag auf gerichtliche Entsch. stellen zu lassen; denn die GmbH. ist durch die Konkursöffnung aufgelöst (§ 60 GmbHG.), und die Geschäftsführer sind zur Vertretung der GmbH. insoweit nicht mehr befugt, als die Funktionen des Konkursverwalters reichen, um das zur Zeit der Konkursöffnung der GmbH. gehörige Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen (§ 63 GmbHG.; §§ 6, 58, 59, 117 KO.). Zur Stellung des Antrags aus § 172 StPO. kann besonders auch wegen der Folgen der §§ 174, 176, 177 StPO. nur der Konkursverwalter befugt sein.

(RG., 1. StrSen., Beschl. v. 7. Dez. 1934, 2 (1) W 1064/34.)

Ber. von AGK. Körner, Berlin.

*

9. § 184 StGB. ist zwingenden Rechts. Die Gerichtssprache bleibt deutsch, mögen auch Vorsitzender und Angell. sich teilweise unmittelbar untereinander in einer ihnen geläufigen fremden Sprache verstündigen.

Zu Unrecht rügt der Angell. Verlehnung des § 184 StGB., indem er geltend macht, der Vorsitzende habe bei der Verhandlung

mit ihm französisch gesprochen, und zwar nicht etwa nur gelegentlich einige französische Worte gewechselt, sondern sich fortgesetzt der französischen Sprache bedient und die Antworten den übrigen Mitgliedern des Gerichts in die deutsche Sprache übersetzt, ein solches Verfahren sei unzulässig, weil die Gerichtssprache deutsch sei. Gewiß ist die Vorschr. des § 184, der die deutsche Sprache zur Gerichtssprache erklärt, öffentlich-rechtlicher, zwingender Natur, also von Amts wegen zu beachten, mithin dem Verfügungsberecht der Prozeßbeteiligten nicht unterworfen (RGSt. 67, 223). Diese Vorschr. ist indessen gar nicht verletzt. Der Umstand, daß Vorsitzender und Angell. der Besetzungseinigung der Verhandlung halber sich in der ihnen geläufigen französischen Sprache miteinander verständigt haben, schließt keineswegs aus, daß die Verhandlung selbst in deutscher Sprache geführt worden ist, wie auch das Protokoll ersieht läßt. Daß die gerichtliche Verhandlung auf deutsch geführt worden ist, ergibt sich aus den eigenen Angaben der Rev.; denn es heißt dort, daß die Antworten des Angell. den übrigen Mitgliedern des Gerichts in das Deutsche übersetzt worden sind. Nur Teile der — im übrigen deutsch geführten — Verhandlung, und zwar die Fragen des Vorsitzenden und die Antworten des Angell., spielten sich auf französisch ab, und durch die Übertragung dieser Teile ins Deutsche seitens des Vorsitzenden wuchs sich die Verhandlung im vollen Umfang zu einer in deutscher Sprache geführten aus.

(RG., 1. StrSen., Urt. v. 12. Febr. 1935, 1 Ss 4/35.)

Ber. von AGK. Körner, Berlin.

*

Braunschweig

10. §§ 140, 150, 297 StPO.; § 68 RAGebD. Der bestellte Verteidiger ist ebenso wie der gewählte zur Einlegung und Begründung von Rechtsmitteln ermächtigt, wenn nicht für den einzelnen Fall ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist. Er kann daher nach Maßgabe seiner Tätigkeit in der Revisionsinstanz gem. § 150 StPO. Gebühren verlangen.

Der nach § 140 Abs. 2 StPO. vom Richter des ersten Rechtszuges ohne Beschränkung auf den Rechtszug, mithin für das ganze Verfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung bestellte Verteidiger hat die vom Angekl. rechtzeitig eingelegte Rev. rechtzeitig begründet, dafür steht ihm nach § 68 Abs. 1 Ziff. 2 RAGebD. die Hälfte der Gebühr aus §§ 63, 66 zu. Die volle Gebühr nach den eben angeführten Best. kann ihm nicht bezahlt werden, denn auf die Vertretung des Angekl. in der Hauptverhandlung vor dem RevG. erstreckt sich die notwendige Verteidigung nicht ohne weiteres (BauOBG.: JW. 1928, 1944 Nr. 1). Daher hat mit Recht der Urk. der Geschäftsstelle den Antrag des RA., die ihm für seine Tätigkeit in der RevInst. gem. § 150 StPO. aus der Staatskasse zu zahlende Gebühr nebst Umsatzsteuer auf 40,80 RM festzusetzen, abgelehnt. Soweit sich die Begr. der Entsch. etwa auch gegen den neuen Antrag richtet, wie der Urk. annimmt, kann ihr nicht beigetreten werden. Der bestellte Verteidiger ist ebenso wie der gewählte nach § 297 StPO. zur Einlegung und Begr. von Rechtsmitteln ermächtigt, wenn nicht für den einzelnen Fall ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist (RGSt. 40, 4 und 6; JW. 1924, 1700; 1925, 499). Darum kann er nach Maßgabe seiner Tätigkeit in der RevInst. die Bezahlung von Gebühren nach § 150 StPO. verlangen.

(OLG. Braunschweig, StrSen., Beschl. v. 5. Febr. 1935, 2 L 23/34.)

Eingef. von RA. Dr. Lampe, Braunschweig.

*

Dresden

11. §§ 6, 328 Abs. 3, 328 Ziff. 4 StPO. Die sachliche Zuständigkeit — auch der Vorinstanzen — ist in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen nachzuprüfen. †)

Entsprechend dem Antrage der StA. ist unter dem 27. April 1934 das Hauptverfahren aus § 181 a StGB. vor dem SchöffG. B. eröffnet worden. Das SchöffG. hat wegen Verbrechens nach § 181 a StGB. auf eine Zuchthausstrafe erkannt; auf die Ber. des Angell. hin hat das LG. B. ihn jedoch freigesprochen. Hiergegen richtet sich die auf Verlehnung des sachlichen Rechts gestützte Rev. der StA.

Es war in erster Linie zu prüfen, ob das SchöffG. und das LG. für die von ihnen gefällten Erkenntnisse überhaupt sachlich zuständig waren. An dieser Prüfung ist der Senat auch nicht durch das Fehlen einer diesbezüglichen Revisionstrüge behindert, denn das Vorhandensein der sachlichen Zuständigkeit ist Prozeßvoraussetzung und daher in jeder Lage des Verfahrens — auch vom RevG. — von Amts wegen für alle Instanzen zu prüfen (vgl. RGSt. 66, 256; 67, 58 = JW. 1933, 950).

Zu 11. Vgl. hierzu den Aufsatz Webers oben S. 893.

Das Vorliegen dieser Prozeßvoraussetzung war zu verneinen. Schon dem SchöffG. mangelte die sachliche Zuständigkeit. Nach Art. 3 Riff. 14 GewohnheitsverbrG. ist Zuhälterei (§ 181 a StGB.) grundsätzlich mit Zuchthaus bedroht. Nach dieser seit dem 1. Jan. 1934 geltenden Neuregelung stellt sich die Zuhälterei daher als ein Verbrechen dar. Da die dem Angell. zur Last gelegte Tat nach ihrer Begehungszeit unter die neue, verschärfte Strafandrohung des § 181 a StGB. n. F. fällt, erlangt dem SchöffG. die sachliche Zuständigkeit zu ihrer erstinstanzlichen Urteilung; hierfür war vielmehr nur die große Strk. zuständig (vgl. Art. 1 § 1 Riff. 1 von Teil I Kap. I Bd. v. 14. Juni 1932 [RGBl. I, 285] i. Verb. m. § 28 Riff. 3 a GBG.). Daher fehlte auch dem BG. die Zuständigkeit, als BG. in der Sache selbst zu erkennen. Das BG. hätte vielmehr bei richtigem Verfahren das Urteil des SchöffG. aufzuheben und die Sache an die große Strk. des BG. zur erstinstanzlichen Verhandlung und Entsch. verweisen müssen (vgl. § 328 Abs. 3 StPO.).

Auf Grund dieser Mängel war zunächst das BU. aufzuheben. In Anwendung der §§ 270, 328 Abs. 3, 354 StPO. hatte das RevG. außerdem die Entsch. zu treffen, die bei richtigem Verfahren vom BG. zu erlassen gewesen wäre. Es war demgemäß auch das Urteil des SchöffG. aufzuheben und die Sache zur erstinstanzlichen Verhandlung und Entsch. an die zuständige große Strk. zu verweisen. Dieser bleibt auch die Entsch. über die Kosten der Rev. überlassen.

(OLG. Dresden, Beschl. v. 21. Sept. 1934, 1 OSt 131/34.)

Ber. von GenStA. Dr. Alfr. Weber, Dresden.

*

Karlsruhe

12. Auch nach dem neuen StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 ist die Anfechtung der Entsch. über die Straffreiheit durch sofortige Beschw. nur dann gegeben, wenn diese Entsch. in Form eines Beschl. ergangen ist.

Nach § 10 Abs. 1 Satz 2 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 findet gegen den Beschuß des Gerichts über die Einstellung anhängeriger Verfahren die sofortige Beschw. statt, dagegen gibt es gegen eine Entsch. des Gerichts, die in Form eines Urteils über die Frage ergeht, nur die gegen dieses Urteil zulässigen Rechtsmittel, denn nur für die außerhalb der Hauptverhandlung ergebenen Entsch. muß Vorsorge getroffen werden, daß das Verfahren über die Straffreiheit zu einem sicheren und schleunigen Abschluß gebracht wird.

Dies war schon für das StraffreihG. v. 20. Dez. 1932 anerkannt (vgl. AG.: J.W. 1933, 1325 und 1934, 1176), obwohl dort in § 10 Abs. 1 Satz 2 ganz allgemein die Rede davon war, daß gegen die „Entscheidungen“ des Gerichts über die Einstellung anhängeriger Verfahren die Beschw. zulässig sei. In dem neuen StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 wird dagegen nur gegen den darüber entscheidenden „Beschuß“ die sofortige Beschw. gegeben, dieser Grundsatz muß also hier um so mehr gelten (vgl. Pfundtner-Neubert, Das neue Deutsche Reichsrecht, Anm. 1 zu § 10 des AG.).

Es kann auch nicht die Rede davon sein, daß es sich bei Urteilen, in denen über die Frage der Straffreiheit entschieden wird, nur um Urteile in lediglich formalem Sinne handle, denn solche Urteile, auch wenn sie die Straffreiheit bejahen und eine Einstellung aussprechen, sind dazu bestimmt und geeignet, den Strafprozeß endgültig zu beenden (vgl. die obengenannte Entsch. des AG.), und erst recht gilt dies von Urteilen, in denen, wie im vorl. Falle, die Anwendung des StraffreihG. verneint und der Angekl. verurteilt wurde.

Im vorl. Fall ist aber auch noch aus einem weiteren Gesichtspunkt die sofortige Beschw. als unzulässig anzusehen. Die Ablehnung der Anwendung des StraffreihG. bildet nämlich hier nur eine Voraussetzung der Möglichkeit der Berurteilung, und über diese Vorfrage ist lediglich in den Gründen, nicht im Urteilsauspruch selbst, entschieden. Nur gegen diesen aber kann sich das Rechtsmittel richten, niemals gegen die Gründe, auch nicht soweit sie über eine solche Urteilsvoraussetzung entscheiden (vgl. Günzel-Hartung, Vorber. 2 b zum dritten Buch der StPO. und AGSt. 63, 185).

(OLG. Karlsruhe, 2. StrSen., Beschl. v. 3. Jan. 1935, SOL 328/34.)
Ber. von OLG. Dr. Deitigmann, Karlsruhe.

*

13. § 10 Abs. 2 Satz 2 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934.

1. Gegen eine Entsch. über die Kosten des Nebenklägers ist nur die sofortige Beschwerde gegeben.

2. Diese Kosten sind bei Verfahrenseinstellung nicht ersatzfähig.

Die Beschw. gegen den auf Grund des § 10 Abs. 2 S. 2 Ges. v. 7. Aug. 1934 ergangenen Beschuß der Strk. durch den

nach Einstellung des Verfahrens auf Grund des § 2 Abs. 1 a. a. D. ausgesprochen wird, daß der Angekl. die notwendigen Auslagen des Nebenklägers zu tragen habe, ist die sofortige. Denn in § 10 Abs. 1 a. a. D. ist bestimmt, daß die Beschw. gegen eine Entsch. des Gerichts über die Einstellung die sofortige ist. Das gilt auch für eine Anordnung auf Grund des § 10 Abs. 2. Denn eine solche bildet, selbst wenn sie, wie hier, nachträglich ergeht, nur einen Teil der nach § 10 Abs. 1 S. 1 ergangenen Entsch., der ohne diese gar nicht möglich wäre.

§ 10 StraffreihG. v. 20. Dez. 1932, der sich inhaltlich mit § 10 Ges. v. 7. Aug. 1934 deckt, gibt keine gesetzliche Unterlage dafür, bei Einstellung des Verfahrens die dem Nebenkläger erwachsenen notwendigen Auslagen dem Angekl. aufzuerlegen. Wie der Sen. wiederholt entschieden hat, ist zu einer entsprechenden Anwendung der für den Privatkläger getroffenen Best. des § 10 Abs. 2 S. 2 zugunsten des Nebenklägers kein Raum. Die Unwendbarkeit kann auch nicht aus § 397 StPO. gefolgert werden, weil er keine völlige Gleichstellung des Privatklägers und des Nebenklägers begründet. Das Gesetz kann die Gleichstellung in dieser Frage auch nicht aus Willigkeitsgründen gewollt haben. Denn der, dessen Schutz die StA. durch Erhebung der öffentlichen Klage übernommen hat, ist im Gegensatz zum Privatkläger nicht gezwungen, zum Schutze seiner Interessen eigene Aufwendungen zu machen. Da, wie erwähnt, der § 10 beider StraffreihG. gleichlautet, ist kein Grund ersichtlich, der jetzt eine abweichende Auffassung rechtfertigte.

(OLG. Karlsruhe, StrSen., Beschl. v. 27. Nov. 1934, SOL 306/34.)
Ber. v. AGR. i. R. Dr. Wolff-Williger, Freiburg i. Br.

Kiel

14. § 467 Abs. 2 StPO. Die Verteidigerkosten des Vorverfahrens gehören zu den notwendigen Auslagen i. S. des § 467 Abs. 2 StPO.

Dem Angekl. sind nach dem Urteil die notwendigen Auslagen aus der Staatskasse zu ersezten. Zu den erstattungsfähigen Auslagen sind grundsätzlich auch diejenigen Kosten zu rechnen, die einem Beschuldigten durch Hinzuziehung eines Verteidigers im Vorverfahren erwachsen. Das muß hier um so mehr gelten, als dem Angekl. auf Grund eines rechtmäßig und tatsächlich nicht einfach liegenden Sachverhalts zur Last gelegt wurde, sich in acht Fällen des Betruges schuldig gemacht zu haben. Der Umstand, daß der Angekl. sich der Hilfe des Verteidigers in der Hauptverhandlung nicht bedient hat, vermag den ihm bis dahin erwachsenen Kosten der Verteidigung den Charakter notwendiger Auslagen nicht zu nehmen, zumal die weitere Buziehung des Verteidigers nach dessen Darlegung aus stichhaltigen Gründen unterblieben ist. Nach feststehender Rspr. sind aber als notwendige Auslagen nicht das vereinbarte Verteidigerhonorar, sondern nur die gesetzlichen Gebühren zu betrachten, einschließlich Porti und Umsatzsteuer. Ferner sind als notwendige Auslagen zu bezeichnen die Kosten, die durch die vom Verteidiger für Zwecke des Strafverfahrens gefertigten Aktenabschriften entstanden sind. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob sich die Abschriften nur auf einen Betragfall beziehen, der zur Hauptverhandlung gelangt ist, oder auch auf diejenigen Fälle, bzgl. deren die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt ist. Denn dem Angekl. sind die notwendigen Auslagen zu erstatten, die ihm durch das gesamte Strafverfahren erwachsen sind.

(OLG. Kiel, StrSen., Beschl. v. 29. Dez. 1934, W 277/34.)

Landgerichte

Stuttgart

1. § 25 RStrahVerD.; § 2 StGB. Eine Verurteilung wegen zu raschen Fahrens in einem geschlossenen Ortsteile darf nicht mehr ausgesprochen werden, wenn inzwischen die RStrahVerD. in Kraft getreten ist, die eine Bestimmung über Höchstgeschwindigkeiten innerhalb geschlossener Ortsteile nicht kennt. Zur Frage des mildernden Gesetzes bei Blankettgesetzen.†)

Am Sonntag, dem 2. Sept. 1934, morgens 5 1/2 Uhr, fuhr der Angekl. D. auf seinem Motorrad mit Beiwagen in Stuttgart auf einer Hauptverkehrsstraße mit einer Geschwindigkeit zwischen 30 und 36 km in der Stunde stadtauswärts. Als er sich mit

2. Beim Zusammenstoß zweier Kraftfahrzeuge innerhalb eines geschlossenen Ortsteils sind deren beide Führer verletzt und ein Fahrgäste ist getötet worden. Die beiden Führer sind

der genannten Geschwindigkeit — noch innerhalb des geschlossenen Ortsteils — einer in die Hauptverkehrsstraße einmündenden kleinen Nebenstraße näherte, fuhr aus dieser Nebenstraße der Angell. M. gerade mit seinem Dreiradlieferkraftwagen heraus. Die beiden Fahrzeuge stießen aufeinander. Der Angell. D. und seine auf dem Soziusstuhl sitzende 15jährige Tochter wurden zu Boden geschleudert. Die Tochter des Angell. D. erlitt so schwere Verletzungen, daß sie bald darauf im Krankenhaus verschied. D. selbst wurde schwer verletzt, während der Angell. M. nur eine leichte Körperverletzung davongetragen hat. In der Hauptverhandlung vor der Str. b. 22. Nov. 1934 wurden beide Angell. je wegen eines Vergehens der fahrlässigen Tötung, das bei jedem Angell. mit einem Vergehen der fahrlässigen Körperverletzung, bei D. außerdem mit einer Übertretung i. S. des § 21 KraftfG. je in einer Handlung zusammentrifft, verurteilt.

Die vom Angell. D. zur Tatzeit innerhalb des geschlossenen Ortsteils eingehaltene Geschwindigkeit von über 30 km in der Stunde war nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung nicht ursächlich für den Zusammenstoß. Es erhebt sich aber die Frage, ob der Angell. D. auch wegen unzulässig raschen Fahrens innerhalb eines geschlossenen Ortsteils strafbar gemacht hat. Hierzu wird in dem Urteil wie folgt Stellung genommen:

Die Str. ist der Auffassung, daß die vom Angell. D. unmittelbar vor dem Zusammenstoß eingehaltene Geschwindigkeit zwischen 30 und 36 km nicht ursächlich für den Zusammenstoß und seine Folgen war, da der Angell. D. auch bei dieser Geschwindigkeit den Unfall mit seinen Folgen hätte vermeiden können, wenn er entweder der Fahrbahn und der einmündenden Nebenstraße die erforderliche Aufmerksamkeit geschenkt oder — falls er seine Fahrbahn genügend beachtet hatte — in dem Augenblick, in dem er das Fahrzeug des M. wahrnehmen konnte und wahrnahm, richtig reagierte und richtig gehandelt hätte. Neben dem von der Str. für erwiesen erachteten, aus ganz allgemeinen Gesichtspunkten sich ergebenden fahrlässigen Verhalten des Angell. D., das für den Unfall und seine Folgen mittäglich war, bleibt aber doch die Tatsache bestehen, daß der Angell. D. unmittelbar vor dem Zusammenstoß innerhalb eines geschlossenen Ortsteils mit einer höheren als der im Zeitpunkt der Tat gefestigt vorgeschriebenen höchstzulässigen Geschwindigkeit von 30 km in der Stunde gefahren ist. Dadurch hat der Angell. D. an sich der Vorschr. des § 18 Abs. 3 b 2 der Bd. über Kraftfahrzeugverkehr v. 10. Mai 1932 (RGBl. I, 201) zuwiderr gehandelt. Da in der Zwischenzeit — am 1. Okt. 1934 — in Kraft getretenen RStrafVerL. v. 28. Mai 1934 (RGBl. I, 455) und der hierzu ergangenen Ausführungsanweisung v. 29. Sept. 1934 (RGBl. I, 869) eine der Vorschr. des § 18 Abs. 3 der Bd. über Kraftfahrzeugverkehr entsprechende Beschränkung der Höchstgeschwindigkeit der Kraftfahrzeuge innerhalb geschlossener Ortsteile nicht enthalten ist, sondern im Gegenteil die Beschränkung der Geschwindigkeit für ganze Ortsteile grundsätzlich aufgehoben und verboten wird, so erhebt sich die Frage, ob bei der Beschiedenheit der im Zeitpunkt der begangenen Handlung und deren Aburteilung bestehenden gesetzlichen Bestimmungen gem. § 2 Abs. 2 StGB. eine Bestrafung des Angell. D. wegen der Zu widerhandlung gegen die alte Best. des

je wegen fahrlässiger Tötung (des Fahrgastes) und wegen fahrlässiger Körperverletzung verurteilt werden.

Bei demjenigen Angell., um dem es sich im Berufungsverfahren nur noch handelt, ist eine Überschreitung der damals zulässigen Höchstgeschwindigkeit, aber gleichzeitig weiter festgestellt worden, daß diese Überschreitung nicht ursächlich für den Unfall war. Das Urteil besagt sich nun mit der Frage, ob der Angell. wegen der Überschreitung selbstständig zu bestrafen ist. Die (schuldhafte) Zu widerhandlung gegen die damaligen Geschwindigkeitsvorschriften der KraftfVerL. nimmt das Gericht als erwiesen an. Nach Begehung dieser Straftat ist die KraftfVerL. aufgehoben worden; an ihre Stelle ist die RStrafVerL. getreten. Diese enthält den früheren Best. der KraftfVerL. entsprechende Vorschr. über Höchstgeschwindigkeiten innerhalb geschlossener Ortsteile nicht mehr. Die Str. prüft nun die Frage, ob im Hinblick auf diese Änderung der Rechtslage eine Bestrafung allein wegen Geschwindigkeitsüberschreitung überhaupt noch angängig ist.

Eine Reihe früherer Einzelbestimmungen, darunter insbes. auch die Vorschr. über zahlenmäßige Beschränkung der Höchstgeschwindigkeit, sind im neuen Recht der RStrafVerL. durch eine allgemeine Grundregel ersetzt worden; nach ihr wird bestraft, wer sich nicht so verhält, „daß er keinen Anderen schädigt oder mehr als nach den Umständen unvermeidbar behindert oder belästigt“ (§ 25 RStrafVerL.). Nicht also ist eine angeblich übermäßige Geschwindigkeit als solche strafbar; vielmehr ist Bedingung der Strafbarkeit der Eintritt eines der drei vom Gesetz verponierten Erfolge.

§ 18 Abs. 3 Bd. über Kraftfahrzeugverkehr noch möglich ist. Die Str. hat diese Frage verneint aus folgenden Erwägungen:

Die neue RStrafVerL., die nicht nur den Verkehr mit Kraftfahrzeugen, sondern ganz allgemein den Verkehr auf den Straßen einheitlich für das ganze Reich ordnet, ist, wie schon aus der zu ihrer Begr. beigegebenen Einleitung sich ergibt, erlassen worden, weil die technische und wirtschaftliche Entwicklung des Kraftfahrzeugs eine Wandlung des Straßenverkehrs von Grund auf angebahnt hat. Mit der Entwicklung der Technik und der dadurch möglich und notwendig gewordenen rascheren Abwicklung des Verkehrs hat sich mit der Änderung der tatsächlichen Verhältnisse naturnotwendig auch — jedenfalls in manchen Punkten — eine andere Rechtsauffassung entwickelt, so z. B. gerade die, daß fünfzig derjenige, der innerhalb eines geschlossenen Ortsteils schneller als 30 km in der Stunde fährt, nicht unter allen Umständen strafbar ist, sondern nur dann, wenn er durch sein Fahren — sei es, daß er unter oder über 30 km in der Stunde fährt — einen anderen schädigt oder mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt (vgl. § 25 RStrafVerL.). Ein Kraftfahrer soll also auch dann, wenn er innerhalb eines geschlossenen Ortsteils mit mehr als 30 km in der Stunde fährt, dadurch aber niemand schädigt, behindert oder belästigt, nach der in der neuen RStrafVerL. gelegentlich niedergelegten neuen Rechtsauffassung nicht mehr bestraft werden. Nach anerkanntem Recht soll aber bei einer auf einer veränderten Rechtsauffassung beruhenden Änderung des Ges. gem. § 2 Abs. 2 StGB. grundsätzlich das mildere Gesetz angewendet werden. Da die Tatjade, daß der Angell. D. mit einer höheren Geschwindigkeit als 30 km in der Stunde gefahren ist, nach der Auffassung der Str. im vorl. Fall nicht ursächlich für den Zusammenstoß und seine Folgen war, so hätte er sich, wenn die neue RStrafVerL. im Zeitpunkt der Tat gegolten hätte, wegen unzulässig hohen Fahrens innerhalb eines geschlossenen Ortsteils im gegebenen Fall nicht strafbar gemacht, weil eben durch diese Handlung, die einen Teil seines fortgesetzten einheitlichen Fahrens bis zum Zusammenstoß darstellt, an sich niemand beschädigt, behindert oder belästigt worden ist. Für den Angell. D. stellt sich somit, soweit seine Fahrgeschwindigkeit unmittelbar vor dem Unfall in Frage kommt, in vorl. Fall das neue Recht — gegenüber dem z. B. der Tat geltenden Recht — als das mildere dar.

Nun steht allerdings das RG. auf dem Standpunkt, daß die ein Blankettgesetz ausfüllenden Normen — um solche handelt es sich bei den Best. der Bd. über Kraftfahrzeugverkehr und den Best. der RStrafVerL. und der Ausführungsanweisung zu letzterer — nicht Teile eines Strafgesetzes i. S. des § 2 Abs. 2 StGB. seien (RG. 46, 303; 49, 413), während das BahObLG. die das Blankettgesetz ausfüllende Norm zwar im übrigen für einen Teil des Strafgesetzes hält, aber als Strafgesetz i. S. des § 2 Abs. 2 StGB. nur die die Straffatzung enthaltende Blankettbestimmung ansieht (vgl. BahObLG.: JW. 1934, 2709). Die Str. vermochte sich keiner Auffassungen anzuschließen. Die Blankettbestimmung wird erst im Zusammenhang mit der sie ausfüllenden Norm inhaltlich zu dem Strafgesetz, das einen vom Gelehrten selbst oder von der von ihm ermächtigten Stelle innerhalb ihrer Zuständigkeit bestimmten Tatbestand unter Strafe stellt.

Im vorl. Fall nun ist, wie erwähnt, festgestellt worden, daß für den tatsächlich eingetretenen schädigenden Erfolg die Geschwindigkeit nicht ursächlich war. Hätte z. B. der Tat bereits § 25 RStrafVerL. gegolten, so hätte Bestrafung allein wegen der Überschreitung der Fahrgeschwindigkeit nicht eintreten können. Gegenüber der z. B. der Tat gültig gewesenen Geschwindigkeitsvorschrift der KraftfVerL. ist somit § 25 das mildere Gesetz. Und dieses mildere Gesetz wäre grundsätzlich anzuwenden, da die Rechtsänderung, wie das Urteil zutreffend ausführt, auf gesäuerter Rechtsanschauung beruht. Aber die Rspr. des RG. und des ObLG. lehnt die Anwendung des § 2 Abs. 2 RStrafVerL. dann ab, wenn nur die das Blankettgesetz ausfüllende Norm, nicht aber dieses selbst geändert wird. Es bedarf jedoch für den vorl. Fall nicht des Gehenges auf die Frage, ob diese Rechtsauslegung zutreffend ist oder ob sich die Str. von ihr zu Recht freigemacht hat. Denn hier ist doch die Rechtslage die: Nicht ist etwa nur die das Blankettgesetz ausfüllende Norm geändert worden — das wäre zutreffend, wenn innerhalb der KraftfVerL. deren Geschwindigkeitsvorschriften gemildert worden wären —; sondern die ausfüllende Norm ist mitsamt dem Blankettgesetz (§ 50 KraftfVerL.) beseitigt worden; an Stelle beider ist Neues getreten; die RStrafVerL. enthält selbst die (neuen) sachlich-rechtlichen Vorschr. über den Verkehr und weiter die Strafbestimmung dazu in Gestalt ihres § 36. Das hat die Str. auch richtig erkannt; und allein schon deshalb ist ihrem Urteil beizutreten.

MinR. Geh. RegR. Dr. Müller, Berlin.

Bildet aber die blanketausfüllende Norm zusammen mit der Blankettbestimmung inhaltlich erst das Strafgesetz, so ist nicht einzusehen, weshalb bei einer — nicht nur auf veränderten tatsächlichen Verhältnissen, sondern auf Grund einer veränderten Rechtsauffassung — beruhenden inhaltlichen Änderung einer blanketausfüllenden Norm nicht von einer Veränderung des Strafgesetzes als solchem gesprochen werden kann, ganz gleichgültig, ob in einem solchen Falle die Straffälligkeit der Blankettbestimmung geändert wurde oder nicht. Im übrigen wird nach Auffassung der StR. grundsätzlich davon auszugehen sein, daß — auch soweit Verfehlungen von Kraftfahrern in Frage kommen — vom Inkrafttreten der RStraßVerfD. ab nicht mehr der § 21 KraftfG., sondern § 36 RStraßVerfD. das maßgebende Blankettgesetz ist, daß also auch die Blankettbestimmung als solche — wenn auch nicht hinsichtlich des vorgegebenen Strafrahmens — tatsächlich nunmehr eine neue und andere geworden ist.

Aber sei dem wie ihm wolle; auch wenn man nach dem Inkrafttreten der RStraßVerfD. für Übertretungen im Kraftfahrzeugverkehr als maßgebende Blankettbestimmung den § 21 KraftfG. ansieht, so muß nach der dargelegten Auffassung der StR. bei der Beurteilung der Frage, ob ein Kraftfahrer, der vor dem Inkrafttreten der RStraßVerfD. gegen eine Best. der VO über Kraftfahrzeugverkehr verstoßen hat, im Falle der Änderung der betr. blanketausfüllenden Norm nach dem Inkrafttreten der RStraßVerfD. noch bestraft werden kann, untersucht werden, ob die Änderung der betr. Norm auf Grund einer veränderten Rechtsauffassung oder nur auf Grund tatsächlicher Verhältnisse erfolgt ist. Da nach Ansicht der StR. die Aufhebung der Geschwindigkeitsgrenze innerhalb geflossener Ortsteile auf einer veränderten Rechtsauffassung beruht, so konnte nach dem Ausgeführt der Angell. D. gem. § 2 Abs. 2 StGB. wegen Überschreitung der im Zeitpunkt der Tat noch vorgeschriebenen Höchstgeschwindigkeit von 30 km in der Stunde nicht mehr bestraft werden. Einer ausdrücklichen Freisprechung des Angell. D. bedurfte es insoweit nicht, da das angestragte Verhalten des Angell. D. mit seinem übrigen festgestellten fahrlässigen Verhalten rechtlich eine Tateinheit bildet.

(LG. Stuttgart, 6. StR., Urt. v. 22. Nov. 1934, M 346/34.)

Ber. von LGH. Dr. Stüber, Stuttgart.

B. Verwaltungsbehörden u. Verwaltungsgerichte

I. Reich

Reichsdisziplinarhof.

1. Die Tatsache, daß die durch das rechtskräftige Strafurteil gegen den Angeklagten verhängte Strafe unter das StraffreiheitG. v. 7. Aug. 1934 fällt, ändert nichts an der Bindung der Dienststrafgerichte an die Feststellungen des Strafrichters.

(RDishh., Urt. v. 2. Okt. 1934, F 94/34.)

Ber. von RA. Dr. Görres, Berlin.

*

2. Aus dem Sinn und Zweck der StraffreiheitG. v. 20. Dez. 1932 und 7. Aug. 1934 ist nicht als Absicht des Gesetzgebers zu entnehmen, die infolge früherer politischer Einstellung der Beamten von diesen verübten Dienstverleugnungen sollten auch im Dienststrafverfahren jedenfalls milde geahndet werden.

(RDishh., Urt. v. 2. Okt. 1934, F 88/34.)

Ber. von RA. Dr. Görres, Berlin.

*

3. § 32 RGes. v. 30. Juni 1933 zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgemeinen Beamtenrechts ist keine materiellrechtliche, sondern eine verfahrentrechtliche Neuerung, daher § 2 RStGB. unanwendbar.

Durch die angefochtene Entscheidung ist der Angeklagte, nachdem die StR. am 18. Juli 1933 gegen ihn wegen Amtsunterschlagung und Urkundenfälschung auf eine Gefängnisstrafe von 1 Jahr 6 Monaten erkannt hat, zur Dienstentlassung unter Belassung der Hälfte seines Ruhegeldes auf fünf Jahre verurteilt worden. Er sowohl wie der Beamte der SA. haben gegen diese Entscheidung Berufung eingelegt. In der Tat verstößt diese gegen § 32 RGes. v. 30. Juni 1933 zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgemeinen Beamtenrechts. Hierach verliert ein Reichsbeamter, gegen den auf Gefängnis von längerer als einjähriger Dauer erkannt wird, mit der Rechtskraft des Urteils

sein Amt. Im vorl. Falle ist das strafgerichtliche Urteil nach Inkrafttreten des Ges. v. 30. Juni 1933 ergangen und am 11. Sept. 1933 rechtskräftig geworden. Das Amtsverhältnis des Angeklagten ist mithin schon seit diesem letzteren Zeitpunkt beendet und ein Dienststrafverfahren gegen ihn demzufolge ausgeschlossen. Die Auffassung der angefochtenen Entscheidung, das erwähnte Reichsgesetz finde nur auf nach seinem Inkrafttreten verübte Straftaten Anwendung, findet im Wortlaut der fraglichen Bestimmung keinerlei Stütze und wird auch in keiner Weise vom Zwecke des Gesetzes gerechtfertigt. Auch § 2 StGB. kann für sie nicht herangezogen werden; eine neue Dienststrafe wird mit § 32 des genannten Gesetzes nicht eingeführt. Jeder Beamte hat bei entsprechender Verfehlung nach § 73 Biff. 2 RStGB. Entfernung aus dem Amt zu erwarten; ob diese im Wege des Dienststrafverfahrens ausgesprochen wird oder ohne weiteres als Folge eines strafgerichtlichen Urteils eintritt, kann nicht von Belang sein. Glaubt der Gesetzgeber, in gewissen schweren Fällen von einem förmlichen Disziplinarverfahren absieben zu können, so stellt das gegenüber dem früheren Rechtszustande nur eine verfahrensrechtliche Neuerung dar, die mit ihrem Inkrafttreten auf alle zu dieser Zeit noch nicht rechtskräftig erledigten Dienststraffälle anwendbar ist. Die Wirkung des § 32 auf das Gebiet der strafrechtlichen Nebenstrafen liegt außerhalb des Dienststrafverfahrens. RDishh. ist demgemäß behindert, in der Sache zu erkennt (vgl. § 39 des Ges.). Auch über etwaige Fortbewilligung von Ruhegeld an den Angeklagten hat nach § 34 des Ges. nur die oberste Reichsbehörde zu entscheiden. Das Verfahren war daher unter Aufhebung der Vorentscheidung einzustellen. Im übrigen vgl. § 78 des RG. v. 30. Juni 1933.

(RDishh., Urt. v. 3. Okt. 1934, F 95/34.)

Ber. von RA. Dr. Görres, Berlin.

*

4. Der Grundsatz, daß die i. S. der §§ 73 Abs. 1, 74 RStGB. verhängte Ordnungsstrafe ein nicht in Rechtskraft erwachsender Reichshoheitsakt ist, gilt auch für die entsprechenden Dienststrafen der Deutschen Reichsbahngesellschaft.

Durch die (abweichend von der in § 83 RStGB. getroffenen Regelung) mit Biff. 3 des § 19 C eingeführte Befristung des Beschwerderechts sollte die aus diesen allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts sich ergebende Befugnis der Gesellschaftsstellen, ihre Strafbescheide jederzeit aufzuheben, nicht beschränkt werden. Dies ist in der RdBfg. der Hauptverwaltung der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft v. 16. Dez. 1925, 51. 203. 726 (erwähnt bei Fritzsch, Eisenbahngesetzgebung, 3. Aufl., Note 50 zu § 19 C a. a. D.) ausdrücklich ausgesprochen. Die Aufhebung des Strafbescheides war daher auch hier zulässig und rechtswirksam, und damit wurde die Bahn frei für die Einleitung des jeweils Disziplinarverfahrens. Zugständig hierzu ist nach § 84 RStGB. die oberste Reichsbehörde. Als solche gilt für die Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft nach § 23 Abs. 2 RBahnG. der Generaldirektor, „der seine Befugnisse auf andere Stellen der Gesellschaft übertragen kann“. Von dieser Befugnis ist Gebrauch gemacht; durch § 19 D Biff. 1 Teil 1 PersonalD., § 4 Biff. 2 f der Geschäftsanweisung für die Reichsbahndirektionen sind für das förmliche Dienststrafverfahren die Befugnisse des Generaldirektors auf die Präf. der Eisenbahndirektionen für die ihnen unterstellten Beamten übertragen.

(RDishh., Urt. v. 2. Okt. 1934, F 66/34.)

Ber. von RA. Görres, Berlin.

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Senatspräsidenten Arlt und Bodenstein und den Reichsfinanzräten Ott und Sölch

[\times Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

1. §§ 11, 222 RAbgD. Hat der Pflichtige in seiner Steuererklärung einen Teil seiner Einkünfte entgegen seiner früheren schriftlichen Zusage nicht angegeben, so verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn er sich der Berichtigungsveranlagung gegenüber darauf beruft, daß das FinA. die Unrichtigkeit der Steuererklärung aus dem die Zusage enthaltenden Schriftstück habe erkennen können.

Nach der Rspr. kommt für die Frage, ob eine Tatsache neu ist, dem Inhalt der Steuererklärung besondere Bedeutung zu. Das FinA. darf davon ausgehen, daß diese Erklärung richtig und vollständig ist. Ist dies nicht der Fall und stellt sich die Unrichtigkeit später heraus, so liegt eine neue Tatsache vor, die eine Berichti-

gungsveranlagung rechtfertigt. Das gilt ganz besonders auch dann, wenn der Pflichtige — wie hier — dem FinA. ausdrücklich angezeigt hat, daß er einen bestimmten Betrag in der nächsten Einkommenssteuererklärung als Einkommen angeben werde, dies aber gleichwohl unerlaßt. Angefischt dieser bewußt unvollständigen Steuererklärung kann sich der BeschwG. nicht darauf berufen, daß das FinA. die Unrichtigkeit aus seinem Schreiben vom 6. Nov. 1929 hätte erkennen können. Das würde gegen den auch das Steuerrecht beherrschenden Grundfaß von Treu und Glauben verstößen. Nur dann wäre die Berichtigungsveranlagung nicht zulässig gewesen, wenn schon bei Durchsicht der Steuererklärung oder der dieser beigegebenen Unterlagen sich ohne weiteres Zweifel an der Richtigkeit der Erklärung hätten aufdrängen müssen und das FinA. es gleichwohl unterlassen hätte, hiernach erforderliche Erörterungen vor der endgültigen Veranlagung vorzunehmen. So aber liegt es hier nicht.

(RfH., 6. Sen., Ur. v. 5. Dez. 1934, VI A 131/33.)

*

2. § 26 GrErwStG.; dazu § 1 C u. D AusfBest.; § 396 Abs. 4 RAbgD. 1931. Wer Anteile an einer Personenvereinigung i. S. des § 3 GrErwStG. durch einen Treuhänder erwirbt, hat von diesem Erwerb und dem Treuhandsverhältnis nach § 26 GrErwStG. § 1 D der AusfBest. der Steuerstelle Anzeige zu erstatten, sofern nicht der beurkundende Notar nach § 1 C zu 2 der AusfBest. zur Mitteilung auch von dem Treuhandsverhältnis verpflichtet ist.†)

Der Beschrivengegner war im Jahre 1925 Inhaber von 120 000 RM Geschäftsanteilen der „H.-Straße GmbH.“, zu deren Vermögen mehrere Hausgrundstücke gehörten. Durch notarischen Vertrag v. 16. März 1925 (Angebot) und 15. April 1925 (Annahme) erwarb der Kaufmann K. die übrigen Geschäftsanteile im Nennbetrag von 40 000 RM von dem damaligen Inhaber, dem Kaufmann R. Dieser Erwerb geschah unstreitig auf Veranlassung und für Rechnung des BeschwG., der den Erwerber K. als seinen Treuhänder vorgeschoben hatte. Der beurkundende Notar hat damals zwar Abschriften der Übertragungsurkunden der Grunderwerbsteuersstelle überwandt; da jedoch die Treuhänderstellung des Erwerbers K. nicht beurkundet war, erlangte die Steuerstelle von diesem Rechtsverhältnis erst Kenntnis, als im Jahre 1932 die Geschäftsanteile des BeschwG. an den Kaufmann K. und die Geschäftsanteile des K. an den Bauunternehmer B. weiterveräußert und aus diesem Anlaß Ermittlungen angestellt wurden. Die Steuerstelle nahm nunmehr an, daß das Treuhandsverhältnis eine ungewöhnliche Rechtsgestaltung i. S. des § 10

Zu 2. Das Urteil, gegen dessen Darlegungen allerdinns Bedenken bestehen, ist von größter Bedeutung für Notare.

1. Die Besteuerung der wirtschaftlichen Vereinigung sämtlicher Anteile. In dem dem Urteil zugrunde liegenden Tatbestand handelt es sich anscheinend um eine typische Grundstücks-Mobilisierungsgesellschaft, bei der nach ständiger RfH. des RfH. auf Grund des § 5 RAbgD. a. J. = § 10 RAbgD. n. J. (jetzt § 6 StAnpG.) i. Verb. m. § 1 GrErwStG. die Übertragung von Geschäftsanteilen wie die Übertragung von Grundstücksbruchteilen steuerlich behandelt wird. Das Urteil ist aber allein auf eine Steuerpflicht aus § 3 GrErwStG. i. Verb. m. § 10 RAbgD. n. J. gestützt. Obgleich grundsätzlich nur der bürgerlich-rechtliche Anteilserwerb für die Steuerpflicht des § 3 GrErwStG. maßgebend ist, wird dem bürgerlich-rechtlichen Erwerb sämtlicher Anteile einer Grundstüde besitzenden Personenvereinigung der wirtschaftliche Erwerb sämtlicher Anteile auf Grund der Steuerumgehungskausel für den Bereich des § 3 GrErwStG. ohne weiteres gleichgestellt. Der Beschrivengegner besaß $\frac{3}{4}$ sämtlicher Anteile der GmbH. und erwarb durch einen Treuhänder $\frac{1}{4}$ dieser Anteile hinzu. Dieser Treuhändererwerb reicht nach dem RfH. zur Steuerauslösung aus, die aber nicht unmittelbar aus § 3 GrErwStG., sondern mittelbar mit Hilfe von § 10 RAbgD. n. J. begründet wird. Eine solche Möglichkeit hatte der RfH. bereits in einem Urteil v. 26. April 1921, II A 412/20: ZW. 1921, 1129²⁷ ange��ert (vgl. auch Ott., 3. Aufl., Ann. 15 zu § 7 GrErwStG. S. 177), und es war hauptsächlich beim Erwerb von Bierganteilen durch einen Treuhänder auf diese Weise eine Grunderwerbsteuerplicht begründet worden (StW. 1930 Nr. 1268; vgl. auch Nr. 436). Damit wird aber das wirtschaftliche Eigentum nicht die allein entscheidende Zurechnungsnorm. Der Erwerb sämtlicher Anteile einer Grundstüde besitzenden Personenvereinigung in einer Hand genügt auch dann zur Auslösung der Grunderwerbsteuerplicht, wenn der Erwerber hinsichtlich eines Teils der Anteile nur Treuhänder eines Dritten ist (StW. 1926 Nr. 523), so daß zwar bürgerlich-rechtliche, nicht aber wirtschaftliche Anteilsvereinigung vorliegt. Wird die bürger-

RAbgD. darstelle und lediglich zur Umgehung der Steuerpflicht aus § 3 GrErwStG. begründet worden sei. Sie veranlagte deshalb durch Steuerbescheid v. 4. Aug. 1932 den BeschwG. auf Grund des § 3 GrErwStG. i. Verb. m. § 10 RAbgD. nach dem für 15. April 1925 auf 255 000 RM angenommenen gemeinen Wert der Gesellschaftsgrundstüde zu einer Grunderwerbsteuere von 10 200 RM (4 %) und zu 10 200 RM Bushlägen. Der BeschwG. erhob in erster Linie den Einwand der Verjährung, der nach erfolglosem Einspruch zu seiner Freistellung durch das angefochtene Bu. führte.

Das FinGer. hält zwar den Tatbestand des § 10 RAbgD. für gegeben, meint jedoch, daß die hiernach vorl. Steuer umgehung um deswillen nicht auf Grund des § 396 Abs. 4 RAbgD. als eine die Anwendung der zehnjährigen Verjährungsfrist nach § 14 RAbgD. rechtfertigende Steuererhöhung gelten könne, weil der BeschwG. keine Pflichten vorsätzlich verletzt habe, die ihm im Interesse der Ermittlung einer Steuerpflicht auferlegt worden seien; in den Fällen des § 10 RAbgD. besteht für die Beteiligten keine Verpflichtung zur Selbstanzeige, d. h. keine Verpflichtung, der Steuerbehörde von dem Umgehungsttatbestand, nämlich von dem erstrebten und die Steuerpflicht begründenden wirtschaftlichen Ziele und der diesem Ziele nicht entsprechenden tatsächlich gewählten Rechtsgestaltung Mitteilung zu machen; im übrigen sei im Hinblick auf die nach § 1 C AusfBest. zum GrErwStG. bestehende und auch erfüllte Mitteilungspflicht des beurkundenden Notars für den BeschwG. eine weitere Verpflichtung aus § 1 dieser Best. nicht in Frage gekommen.

Hiergegen richtet sich die RfH. der Steuerstelle mit dem Antrag auf Wiederherstellung des Einspruchsbescheides. Dem Rechtsmittel war stattzugeben.

Es mag dahingestellt bleiben, ob die vom FinGer. in den Fällen des § 10 RAbgD. schlechthin verneinte Anzeigepflicht entsprechend der vom FinA. in der Rechtsbeschwerdebegründung vertretenen Auffassung auf dem Gebiete der Grunderwerbsteuere auf Grund der §§ 25, 26 GrErwStG. i. Verb. m. § 1 AusfBest. allgemein zu bejahen ist. Jedenfalls ist die Bejahung geboten, wenn, wie im vorl. Falle, eine Umgehung der Steuerpflicht aus § 3 GrErwStG. in Frage kommt.

Nach § 1 zu C 2 AusfBest. gehört nämlich die Übertragung von Anteilen einer Personenvereinigung i. S. des § 3 GrErwStG. schlechthin zu den von dem beurkundenden Notar der Steuerstelle mitzuteilenden Rechtsvorgängen, und zwar auch dann, wenn durch die beurkundete Übertragung für sich allein eine Steuerpflicht aus § 3 noch nicht ausgelöst wird und auch eine Umgehung dieser

lich-rechtliche Anteilsvereinigung wieder rückgängig gemacht, so ist andererseits neben bürgerlich-rechtlicher Rückgängigmachung erforderlich, daß auch wirtschaftlich die Zusammensetzung sämtlicher Anteile in einer Hand aufgehoben wird (vgl. RfH.: ZW. 1934, 1265 mit Ann. von mir).

2. Die Begrenzung der dem Notar und den Beteiligten obliegenden Anzeigepflicht.

a) Die Anzeigepflicht des Notars. Nicht nur die Anzeige von der Übertragung von Anteilen einer Grundstüde besitzenden Gesellschaft, sondern darüber hinaus Tatbestände, die eine Steuerumgehung darstellen und deshalb nach § 10 RAbgD. zur Steuerveranlagung führen können, sind nach dem Erlebnis des RfH. von dem Notar anzuziehen. Diese Auslegung widerspricht dem § 1 C der AusfBest. zum GrErwStG. v. 14. Okt. 1919, wonach der Notar nur von den von ihm beurkundeten Übertragungen von Anteilen einer Personenvereinigung Kenntnis zu geben hat. Ebenso verlangt § 3 Abs. 1 Ziff. 4 der GrErwStDurchfBest. (RStBl. 85, 97) vom Notar lediglich eine Anzeige von der Übertragung von Anteilen einer Grundstüde besitzenden Personenvereinigung. Die Ausdehnung der Anzeigepflicht auf weitere, die Steuerpflicht begründende, nichtbeurkundete Tatbestände scheint mir die Tätigkeit des Notars zu verfehlern. Er ist lediglich Urkundsperson und deshalb zur Anzeige beurkundeter Rechtsvorgänge, nicht — etwa wie die Beteiligten — zur Angabe aller anlässlich der Amtshandlung ihm bekannt gewordenen, möglicherweise eine Steuerpflicht begründenden Tatbestände verpflichtet. Die Entsch. des RfH. macht den Notar zu einem Steuererklärungsverpflichteten; sie müßte folgerichtigweise dazu führen, daß er auch sonstige Tatbestände, die die Steuerpflicht beeinflussen können, z. B. die Höhe der Grundstückssteuer, Tatsachen, die das Vorliegen einer Grunderwerbsteuerebefreiung ausschließen, u. ä. mitzuteilen hat. Der Notar müßte alsdann auch zur Anzeige verpflichtet sein, wenn er nachträglich steuerbegündende Tatbestände erfährt (vgl. RfH.: RStBl. 34, 25). Besonders bedeutsam erscheint es, daß dem Notar vom RfH. eine Erklärungspflicht für Steuerumgehungsfälle auferlegt wird. Das RfH. hat im Urteil RStBl. 34, 725 ausdrücklich die Frage, ob

Steuerpflicht nicht in Frage kommt. Um so mehr muß sich nach dem Sinne dieser Vorschr. die Mitteilungspflicht des Notars auf solche mit der Anteilsübertragung zusammenhängende Vereinbarungen erstreden, die, wie z. B. die gleichzeitige Begr. einer Treuhänderstellung für den Anteilserwerber, die Annahme nahelegen, daß die nach § 3 steuerpflichtige Anteilsvereinigung in einer nach § 10 AbgD unbedeutlichen Weise umgangen und daher Steuerpflicht tatsächlich begründet worden ist. Der Notar hat daher ein derartiges Treuhänderverhältnis der Steuerstelle auch dann mitzuteilen, wenn es von ihm nicht beurkundet, ihm aber von den Beteiligten mündlich mitgeteilt worden ist. Auf seine Pflicht zur Verschwiegenheit (Art. 90 des preuß. Ges. über die freiwillige Gerichtsbarkeit) kann er sich nicht berufen (vgl. Urt. des RG. vom 10. März 1934 [RStBl. 724]). Ist er von den Beteiligten nicht über die Begr. des Treuhänderverhältnisses in Kenntnis gesetzt, so entfällt natürlich insoweit für ihn eine Mitteilungspflicht. Es greift alsdann aber die ergänzende Anzeigepflicht der Beteiligten aus § 26 GrErwStG., § 1 zu D der AusfBest. ein, und i. S. des § 396 Abs. 4 AbgD. ist eine vorsätzliche Verleugnung dieser Pflicht jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Beteiligte die Anzeige unterläßt, weil er selbst annimmt oder wenigstens mit der Möglichkeit rechnet, daß die Steuerstelle die mit der Begr. des Treuhänderverhältnisses gewählte Rechtsgestaltung als eine ungewöhnliche ansehen und infolgedessen Steuerpflicht aus § 3 GrErwStG. i. Verb. m. § 10 AbgD. für gegeben erachtet wird. Da das FinGer. dieses verkannt hat, war das Bu. wegen Rechtsirrtums aufzuheben.

Bei freier Beurteilung ist die Sache nicht spruchreif. Unbedenklich ist allerdings der BeschwG., obwohl er selbst an der besteuerten Anteilsübertragung rechtlich nicht beteiligt war, doch wegen seiner Treugeborengeschäft als anzeigepflichtiger Beteiliger i. S. des § 1 D der AusfBest. zu behandeln (vgl. Ott, Bem. 2 zu § 26 GrErwStG.).

Es fragt sich jedoch, ob er die Anzeigepflicht in dem dargelegten Sinne vorsätzlich verleugnet hat oder ob eine solche vorsätzliche Verleugnung mit Rücksicht auf die angebliche Geschäftsunklunde des BeschwG., auf die er sich schon dem FinGer. gegenüber berufen hat, zu verneinen ist. Da das FinGer. zu dieser tatsächlichen Frage noch keine Stellung genommen hat, erschien es geboten, die Sache zur anderweitigen Entsch. an das FinGer. zurückzuberweisen.

(RfH., 2. Sen., Urt. v. 26. Okt. 1934, II A 361/33.)

*

*** 3.** § 1 Nr. 1 UmfStG. 1926 u. 1932. Tritt bei einem Unternehmungszusammenschluß die Gemeinschaft nach außen als Alleinunternehmer auf, so sind die Innenlieferungen zwischen den Mitgliedern umsatzsteuerfrei, gleichviel ob die Gemeinschaft die Außenlieferungen in ihrem eigenen Namen ausführt oder im Namen eines ihrer Mitglieder.

(RfH., 5. Sen., Urt. v. 11. Jan. 1935, V A 136/34 S.)

*

eine Anzeigepflicht des Notars bei Steuerumgeltungstatbeständen besteht, offengelassen. Immerhin werden lüftig Notare alle überhaupt für die Steuerpflicht erheblichen Rechtsvorgänge den Grunderwerbssteuerstellen mitteilen müssen, um sich nicht einer Schadensersatzpflicht auszusetzen.

b) Die Anzeigepflicht der Beteiligten. Mit Recht scheint mir dagegen das Urteil die Anzeigepflicht der an dem Rechtsvorgang Beteiligten auch auf den Fall ausgedehnt zu haben, in dem eine Steuerpflicht nach § 10 AbgD. gegeben ist. § 26 GrErwStG. statuiert eine Steuererklärungspflicht, und diese ist — wie sonst im Steuerrecht — dahin auszulegen, daß auch zweifelhafte Fälle, die zu einer Besteuerung Veranlassung geben können, dem FinA. mitzuteilen sind, da dieses zu prüfen hat, was steuerpflichtig ist, was nicht (vgl. § 166 Abs. 2 Satz 2 AbgD. und Ott an der im Urteil angeführten Stelle). Allerdings wird man für das Jahr 1925, in dem sich die dem Urteil zugrunde liegenden Vorgänge abgespielt haben, nicht so strenge Maßstäbe wie heutzutage an die Steuererklärungspflicht anlegen dürfen, zumal damals der Umfang einer Besteuerung nach § 3 GrErwStG., § 10 AbgD. bei wirtschaftlichem Anteilserwerb in einer Hand durchaus zweifelhaft war. Besonders wichtig ist, daß nach § 396 Abs. 4 AbgD. eine Steuerhinterziehung nur dann angenommen werden kann, wenn eine vorsätzliche Verleugnung einer Steuerermittlungspflicht angenommen wird, während sonst grundsätzlich Steuerumgehungen nicht als Steuerhinterziehungen bestraft werden dürfen.

Ru. Dr. Heinz Meilicke, Berlin.

> 4. §§ 1 Nr. 1, 2 Nr. 2 UmfStG. 1926 u. 1932. Bei Kontingentierungs-Zusammenschlüssen ist in Quotenlauf und Quotenpacht ein umsatzsteuerpflichtiger Leistungs austausch enthalten.

(RfH., 5. Sen., Urt. v. 21. Jan. 1935, V A 584/33 S.)

*

5. § 1 Nr. 1 UmfStG. 1926 u. 1932; § 24 DurchfBest. Auf deutschen Kriegsschiffen sind die innerhalb der Dreimeilenzone ausgeführten Umsätze einer Bordkantine umsatzsteuerpflichtig, gleichviel ob sie von einem Pächter oder von dem Schiffskommando selbst bewirtschaftet wird.

(RfH., 5. Sen., Urt. v. 4. Jan. 1935, V A 503/34.)

Reichsversicherungsamt

Berichtet von Senatspräsident Dr. Bielke und Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVerfA.) abgedruckt]

○ Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVerfA. (EuM.), abgedruckt

1. § 545b RWD. Die Tatsache, daß die Rückbeförderung des Arbeitsgeräts von der Arbeitsstätte nach der Wohnung des Versicherten nicht an dem Tage der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern erst einige Tage später erfolgt ist, steht der Anwendung des § 545b RWD. nicht schlechthin entgegen. Es muß vielmehr unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles stets geprüft werden, ob die Beförderung des Arbeitsgeräts noch mit der Betriebstätigkeit in Zusammenhang steht.

(RVerfA., Entsch. v. 15. Nov. 1934, Ia 5396/33; EuM. 36, 442.)

[8.]

Reichsversorgungsgericht

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin.

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsversorgungsgerichts abgedruckt. — † Anmerkung.]

1. Da die Dienstbezüge der Soldaten der neuen Wehrmacht in den Besoldungsgruppen C 7 bis 22 der Kürzung auf Grund der 3. GehaltskürzungswD. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 738) nicht unterliegen, darf bei der Regelung der Übergangsgebühren (§ 7 WBG.) dieser ehemaligen Soldaten auf Grund der Ruhensvorschriften des § 23 WBG. auch das frühere Militärdiensteinkommen nicht um weitere 9% gekürzt werden; daher sind bei einer solchen Ruhensregelung abweichend von der Vorschrift des § 3 Abs. 1 der 3. GehaltskürzungswD. die früheren und die neuen Dienstbezüge mit den gekürzten Beiträgen einander gegenüberzustellen.

(RVerfG., Urt. v. 30. Okt. 1934, M 13724, 13725/32, 8.)

*

2. Eine Berechtigung, Dienstaufwandsgelder von einem den Ruhensvorschriften unterliegenden Einkommen in Abzug zu bringen, ist gesetzlich nur für die Regelung nach dem ÖPG., MWG., MHG., ÖFG. und WBG. zulässigen Gebühren vorgesehen (vgl. Art. 11 mit Art. 12 der 9. Ergänzung des BesoldG. v. 18. Juni 1923, ferner E. VIII 202 Nr. 52). Auch die neueste Fassung des § 62 RVerfG. (durch § 71 Ges. z. Änderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgemeinen Beamten-, Besoldungs- und Verpflegungsrechts v. 30. Juni 1933 [RGBl. I, 433, 446]) hat hieran nichts geändert; sie hat sogar (durch Anordnung der entsprechenden Anwendung nur des Abs. 2, nicht aber auch des die Dienstaufwandsgelder betr. Abs. 3 des § 57 Nr. 2 RWD.) nochmals ausdrücklich betont, daß Dienstaufwandsgelder bei der Einkommensberechnung des § 62 RVerfG. nicht angesetzt werden dürfen.

(RVerfG., Urt. v. 8. Nov. 1934, M 2795/31, 1.)

*

3. Annahme eigenen Verschuldens bei Entstehung eines Schadens i. S. des § 18 RVerfG., § 254 BGB. bei einem Streikposten, der auch nach der Besetzung der bestreikten Fabrik durch die Polizei dort stehen blieb.

(RVerfG., Urt. v. 15. Nov. 1934, M 13122/32, 12.)

Reichswirtschaftsgericht

1. Das RWiG. ist im Rahmen der Vorschrift des § 39 DevBG. v. 23. Mai 1932 (RGBl. I, 231) zur Entscheidung der Ermessensfrage berufen, ob im Einzelfalle die Festsetzung einer Ordnungsstrafe angemessen ist.†)

Der Präsident des RWiG. hat dem großen Senat des RWiG. folgende Rechtsfrage zur Entsch. vorgelegt: „Ist das RWiG. im Rahmen der Vorschr. des § 39 BD. über die Devisenbewirtschaftung v. 23. Mai 1932 (RGBl. I, 231) auch zur Entsch. der Ermessensfrage berufen, ob im Einzelfalle die Verhängung einer Ordnungsstrafe angemessen erscheint?“ Der große Senat hat die vorgelegte Rechtsfrage bejaht. Der erste Absatz des § 39 DevBG. schreibt vor, daß, wenn im Betrieb eines Unternehmens eine nach § 36 DevBG. strafbare Handlung begangen wird, gegen den Inhaber oder Leiter, unbeschadet ihrer strafrechtlichen Verantwortlichkeit, eine Ordnungsstrafe bis zu 300 000 RM festgesetzt werden kann, sofern sie nicht nachzuweisen, daß sie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zur Verhütung der strafbaren Handlung angewandt haben. Der zweite Absatz des § 39 DevBG. schreibt vor, daß die Ordnungsstrafe auf Antrag einer Stelle für Devisenbewirtschaftung vom RWiG. festgesetzt wird, und daß die Festsetzung unanfechtbar ist.

Zu der vom großen Senat vertretenen Auffassung, daß auch zur Entsch. der Ermessensfrage, ob überhaupt eine Bestrafung nach § 39 DevBG. stattfinden soll, das RWiG. berufen ist, zwingt nicht nur der Wortlaut der Gesetzesvorschrift, sondern auch eine Berücksichtigung ihres inneren Sinnes. Wenn vorgeschrieben wird, daß eine Ordnungsstrafe festgesetzt werden kann, so ist schon durch diesen Wortlaut deutlich zum Ausdruck gebracht, daß derjenigen Stelle, die die Strafe festsetzt, auch die Entsch. der Ermessensfrage, ob von der Besugnis zur Festsetzung überhaupt Gebrauch gemacht werden soll, übertragen ist. Denn gerade an diese Stelle ist die Vorschr. als eine Kann-Vorschrift gerichtet, nicht etwa an die Stelle für Devisenbewirtschaftung, die lediglich berechtigt ist, einen Antrag auf Festsetzung zu stellen, nicht aber die Strafe festzusetzen.

Wenn der zweite Absatz der BD. dahin lautet, daß die Ordnungsstrafe auf Antrag einer Stelle für Devisenbewirtschaftung vom RWiG. festgesetzt wird, so kann dieser zusätzlichen Vorschr. unmöglich die Bedeutung einer materiellrechtlichen Abänderung der im ersten Absatz enthaltenen Best. beigemessen werden. Der Vorschr. des zweiten Absatzes kann vielmehr lediglich die Bedeutung einer rein prozeßrechtlichen Vorschr. zukommen, indem sie als zur Festsetzung der Strafe berufene Behörde das RWiG. und als antragsberechtigte Stelle die Stelle für Devisenbewirtschaftung einsetzt. Bei einer derartigen Auslegung wird nicht nur ein Widerspruch zwischen den beiden Absätzen der Gesetzesvorschrift vermieden. Die Vorschr. enthält weiter auch eine einleuchtende innere Gliederung, indem ihr Abs. 1 auf das Materiellrechtliche und ihr Abs. 2 auf das Verfahrensrechtliche beschränkt wird.

Zu 1. Der vorl. Beschluß ist auf Grund des § 13 Abs. 3 BD. über das RWiG. v. 21. Mai 1920 (RGBl. 1167) i. d. Fass. des Ges. v. 31. März 1928 (RGBl. I, 135) ergangen. Der große Senat hält das Gericht zur Entsch. der Ermessensfrage, ob überhaupt eine Bestrafung nach § 39 DevBG. (jetzt § 47 DevG.) stattfinden soll, für berufen. Zur Begr. beruft er sich auf den Wortlaut dieser Vorschr. und auf ihren inneren gesetzgeberischen Sinn. Richtig ist, daß die Festsetzung einer Ordnungsstrafe Ermessenssache ist (vgl. RWiG.: § 1934, 2087). Der Wortlaut des § 39 DevBG. zwingt jedoch nicht zu der Auslegung, daß die Entsch. darüber, ob eine Ordnungsstrafe festzusetzen ist, ausschließlich bei dem RWiG. liegt. Der Zusammenhang mit der bestimmten Vorschr. des Abs. 2 („wird ... festgesetzt“) läßt ebenfalls den Schluß zu, daß das Ermessen bei der Devisenstelle liegen sollte. Daß der in § 153 Abs. 2 StPO. festgelegte Opportunitätsgrundsatz an sich im Verfahren vor dem RWiG. keine Geltung beanspruchen kann, dürfte seitstehen. Es leuchtet nicht recht ein, daß er durch das beschiedene Wort „kann“ in dem Verfahren des § 39 DevBG. Eingang gefunden haben sollte, während für die Devisenstelle das Tätigwerden nach Ermessensgesichtspunkten das Natürliche ist. Dafür, daß das „kann“ sich auf die Ermessensfreiheit der Devisenstelle bei der Einleitung des Verfahrens und nicht auf die des Gerichts bei seiner Strafentscheidung beziehen sollte, sprechen auch sachliche Gründe. Mit § 39 DevBG. wollte der Gesetzgeber die Möglichkeit schaffen, Devisenzuwiderhandlungen nicht allein durch eine kriminelle, von den ordentlichen Gerichten zu verhängende Strafe, sondern statt dessen auch durch eine Ordnungsstrafe zu sühnen. Nicht alle Devisenzuwiderhandlungen sind zur Verfolgung im kriminellen Strafverfahren geeignet. Beispielsweise läßt sich mitunter für den Leiter einer

Die Übertragung der Ermessensentscheidung auf das RWiG. läßt auch deutlich einen inneren gesetzgeberischen Sinn erkennen. Wie die Vorschr. zeigt, setzt die Verhängung einer Ordnungsstrafe nicht nur die Begehung einer nach § 36 DevBG. strafbaren Handlung im Betriebe des Unternehmens voraus. Es wird vielmehr weiterhin — unter Umkehrung der Beweislast bzgl. dieser Voraussetzung — erfordert, daß eine Ordnungswidrigkeit in der Regelung des Betriebes vorliegt, ohne die die strafbare Handlung vermieden worden wäre. Es liegt auf der Hand, daß die Frage, ob eine derartige Ordnungswidrigkeit die Bestrafung des Betriebsleiters angezeigt erscheinen läßt, von dem zuständigen Senat des RWiG., der mit vier über die erforderlichen genauen Betriebskenntnisse verfügenden Kameraden und nur einem Betriebsrichter befreit ist, mit größerer Sicherheit zutreffend entschieden werden kann als von dem bei der Devisenstelle zuständigen Beauftragten. Auch der führende Kommentar zur DevBG. von Hartenstein ist in beantwortet die zur Erörterung stehende Rechtsfrage im Sinne des vom großen Senat gefassten Beschlusses. Denn in der Ann. 3 zu § 39 DevBG. wird ausgeführt, daß die Strafe nur dann „verhängt“ (nicht etwa „beantragt“) werden soll, wenn dies angemessen erscheint. Der Kommentar erklärt danach in der Vorschr. eine materiellrechtliche Kann-Vorschr., die die zur Verhängung der Strafe zuständige Behörde angibt.

Entsprechend der Auffassung des großen Senats hat auch das Kartellgericht bisher die ähnlich lautende Vorschr. des § 17 KartBG. ausgelegt.

(RWiG., Gr. Sen., Beschl. v. 19. Jan. 1935, 9 S 1/34.)

Ber. von RegR. Dr. Hartenstein, Berlin.

II. Länder

Oberverwaltungsgerichte

Preußen

Preußisches Oberverwaltungsgericht

I. § 1 Abs. 1 Ges. über Einziehung kommunistischen Vermögens v. 26. Mai 1933 (RGBl. I, 293). Bei einer Einziehung von Sachen auf Grund dieses Ges. über Einziehung kommunistischen Vermögens sind die im PrPolVerwG. v. 1. Juni 1931 (GS. 77) vorgesehenen Rechtsmittel gegen PolVg. nicht gegeben.

Am 31. Mai 1933 wurde S. wegen kommunistischer Tätigkeit in Haft genommen und ein Kraftwagen, das er mit sich führte, beschlagahmt, weil vermutet wurde, daß er es im kommunistischen Nachrichtendienst benütze. Durch Bsg. v. 29. Juni 1933 sprach der zuständige RegPräf. auf Grund § 1 Ges. über Einziehung kommunistischen Vermögens v. 26. Mai 1933 die Einziehung des Kraftwagens aus.

Unternehmung eine strafrechtliche Teilnahme an der Zuwidderhandlung nicht nachzuweisen oder es läßt sich unter verschiedenen Umgestalten eines größeren Unternehmens nicht der Schuldige feststellen, dem die begangene Devisenzuwiderhandlung zur Last fällt, obwohl Größe und Umfang der Devisenzuwiderhandlung eine Sühne erfordern. In anderen Fällen mag die Bedeutung des betr. Unternehmens die Durchführung eines öffentlichen Strafverfahrens unzulässig erscheinen lassen. Ob in solchen Fällen — vorbehaltlich der Feststellung des Vorliegens der materiellen Voraussetzungen hierfür — ein Ordnungsstrafverfahren durchgeführt werden soll, wird die zur Durchführung der deutschen Devisenbewirtschaftung berufene Verwaltungsbehörde sachgemäß feststellen können, als ein diesem Verwaltungsbereich naturgemäß ferner stehendes Gericht.

Nach dem vorl. Beschluß kann das RWiG. von einer Festsetzung der Ordnungsstrafe absiehen, ohne die Devisenstelle zu befragen. Es ist zu hoffen, daß das RWiG. von dieser Möglichkeit einen zurückhaltenden Gebrauch machen wird. Sonst besteht die Gefahr, daß die Devisenstellen häufig in Fällen, in denen sie eine Bestrafung der Devisenzuwiderhandlung unbedingt für erforderlich halten, die Erstattung einer Strafanzeige an die StA. vorziehen werden. Die StA. wird in der Regel die Devisenstellen hören, bevor sie einer von dem Gericht gem. § 153 StPO. beabsichtigten Einstellung zustimmt. Wird das Hauptverfahren eröffnet, so erlangt die Devisenstelle die Rechte des Nebenklägers (§ 50 DevG.). Dadurch bleibt sie maßgeblich an dem Verfahren beteiligt und kann durch Stellung von Anträgen ihre Auffassung stets zum Ausdruck bringen.

Geraff. Turowski, Berlin.

Am 15. Juli 1933 beantragte die Ehefrau des S. die Herausgabe des Krastrades mit der Begr., daß es nicht ihr Eigentum sei, sondern einer Frau M. für ein Darlehn von 180 RM zur Sicherheit überreignet worden sei.

Der RegPräf. lehnte die Aufhebung der Beschlagnahme und der Einziehung des Krastrades ab. Die darauf von Frau S. mit dem Antrage „die Beschlagnahme des Krastrades für unrechtmäßig zu erklären“, erhobene Klage wies der BezAussch. ab. Der Rev. der Frau S. versagte das ÖVG. den Erfolg.

Die Klage im Verwaltungsstreitverfahren ist im vorliegenden Rechtsstreit nicht zulässig. Ob die Möglichkeit einer solchen Klage gegeben ist, hängt davon ab, ob der Streit einen Gegenstand betrifft, der durch eine ausdrückliche gesetzliche Best. der Erledigung im Verwaltungsstreitverfahren unterworfen ist (§§ 7 Abs. 2, 50 Abs. 1 PrLBG. v. 30. Juli 1883). Der vorliegende Streit wurde nun nicht durch die am 31. Mai 1933 erfolgte „Beschlagnahme“ des Krastrads, sondern durch die „Einziehung“ desselben veranlaßt, die der RegPräf. am 29. Juni 1933 verfügt und von der er dem S. (vermutlich zu Händen der Ehefrau) hatte Mitteilung machen lassen. Auf diese Mitteilung hin erfolgte die Eingabe der Kl. S. v. 15. Juli 1933. Dazwischen fand sich in der Tat um die Einziehung, d. h. die Enteignung des Krastrads, handelte, ergibt sich daraus, daß in den Schriftsätzen der Parteien die Frage des Eigentums an dem Rade in den Vordergrund gestellt wird, um hierdurch dessen Freigabe zu erwirken. Wenn in den Schriftsätzen der Kl. wiederholt das Wort „Beschlagnahme“ gebraucht wird, so ist hierin nur eine ungenaue Ausdrucksweise zu erkennen, aus der irgendwelche Schlüsse auf den Gegenstand des Streites nicht gezogen werden können. Es bedurfte daher keiner Prüfung, ob etwa die vorausgegangene Beschlagnahme eine PolBfg. darstellte, und ob insoweit den durch sie Betroffenen innerhalb der gesetzlichen Frist von zwei Wochen nach Kenntnisnahme die Rechtsmittel der §§ 45, 49 PolVerwG. v. 1. Juni 1931 (GS. 77) zugestanden hatten.

Die hier strittige Einziehung wird, wie erwähnt, auf das Ges. über Einziehung komm. Vermögens v. 26. Mai 1933 gestützt. Das Ges. besagt in § 1 Abs. 1 folgendes: „Die obersten Landesbehörden oder die von ihnen bestimmten Stellen können Sachen und Rechte der kommunistischen Partei Deutschlands und ihrer Hilfs- und Tätigkeitsorganisationen sowie Sachen und Rechte, die zur Förderung kommunistischer Bestrebungen gebraucht oder bestimmt sind, zugunsten des Landes einziehen.“ Die Rechtsnatur einer durch diese Best. ermöglichten Einziehung ergibt sich, wenn man die Best. mit der VO. des KPräf. zum Schluß von Volk und Staat v. 28. Febr. 1933 (RGBl. I, 83) vergleicht, die nach ihren Eingangsworten ebenfalls der „Abwehr kommunistischer staatsgefährdender Gewaltakte“ dienen sollte und in ihrem § 1 u. a. bereits den Art. 153 NVerf. bis auf weiteres außer Kraft gesetzt und Beschränkungen des Eigentums auch außerhalb der sonst hierfür bestimmten gesetzlichen Grenzen für zulässig erklärt hatte. Die bei Erlass dieser VO. obwaltende gesetzgeberische Absicht war, im Hinblick auf die besonderen staatspolitischen Notwendigkeiten der Gegenwart die Polizei von allen Schranken zu befreien, die sie in der Erreichung ihrer Aufgabe; der Erhaltung oder Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung etwa behindern könnten (vgl. § 2 VO. und Nr. 1 DurchfErl. d. BrMdF. v. 3. März 1933 [MBIIB. 233]). Zur Erreichung dieser Aufgabe sind aber polizeiliche Eingriffe in das Eigentum, die sich bis auf dessen dauernde Entziehung erstrecken, niemals erforderlich und daher nach § 14 PolVerwG. auch nicht zulässig. Um die von einer Sache drohende Gefahr im polizeilichen Sinne abzuwehren, genügt es, wenn die Sache durch die Polizei bis zur Beendigung des Gefahrenzustandes in Verwahrung genommen wird. Demgemäß spricht auch die VO. v. 28. Febr. 1933 nur von „Beschränkungen“ des Eigentums.

Wenn dagegen durch § 1 Abs. 1 Ges. v. 26. Mai 1933 die dauernde Entziehung des Eigentums an gewissen Sachen und Rechten für zulässig erklärt wird, so kann es sich nach dem Gesagten nur um Maßnahmen handeln, die ihrer Rechtsnatur nach über bloße PolBfg. hinausgehen. Der Auslegung, welche der Erlass des BrMdF. v. 20. Juli 1933 (MBIIB. 870) dem Gesetze gibt: daß nämlich der darin genannte Eingriff keine PolBfg. i. S. des PolVerwG., sondern eine staatliche Höheitsmaßnahme besonderer Art sei, ist hiernach beizutreten. Die Rechtsmittel gegen PolBfg. finden gegenüber einem solchen Eingriff nicht statt. Rechtsmittel besonderer Art sind in dem Gesetz ebenfalls nicht vorgesehen.

(PrDVG., 3. Sen., Urt. v. 25. Okt. 1934, III C 85/34.)

Ver. von SenPräf. von Kries, Berlin.

2. § 53 II 15 ALR. Unterhaltung einer öffentlichen Brücke. Märkisches Wegerecht. Nach Märkischem Wegerecht ist die Wegebaulast eine kommunale Last. § 53 II 15 ALR. hat nicht die Bedeutung, daß im Geltungsbereich des ALR. eine bestehende Brückenunterhaltungspflicht ohne weiteres erlischt, wenn ein bisher nicht schiffbarer Flußlauf schiffbar gemacht wird. Wenn demjenigen, der die Nutzung eines schiffbaren Stromes hat, d. h. regelmäßig dem Staat gemäß § 53 a. a. D. die Unterhaltung einer über den Strom führenden Brücke obliegt, so kann diese Unterhaltungspflicht jederzeit durch einen besonderen öffentlich-rechtlichen Titel abweichend von der gesetzlichen Regel geordnet werden.

Wie der Gerichtshof in ständiger Rspr. seit dem grundlegenden Urt.: ÖVG. 10, 221 entschieden hat, ist in der Kurmark die Wegebaulast eine kommunale Last. Sie liegt den Gemeinden und den in dieser Beziehung ihnen gleichgestellten Gutsbezirken ob. Wenn die Stadt N. seit dem Erwerb des Gutes Z. die F. Brücke, die jedenfalls bis zur Schiffsbarmachung des Rhin i. J. 1829 ein Bestandteil des öffentlichen Weges von N. nach S. war, unterhalten hat, so hat sie diese Unterhaltung als Grundherrin von Z. in Erfüllung einer ihr gesetzlich obliegenden Pflicht vorgenommen. J. J. 1829 ist der Rhin vom Staat schiffbar gemacht worden. Für Brücken, die über schiffbare Ströme führen, gilt nach § 53 II 15 ALR. die Regel, daß ihre Unterhaltung demjenigen zur Last fällt, der die Nutzung des Stromes hat. Das wäre im vorliegenden Falle der Staat. Aber diese Regel ist keineswegs zwingend. Sie hat z. B., wie der Gerichtshof bereits in der Entschr. ÖVG. 44, 255, 263 ausgesprochen hat, nicht etwa alle vor dem Inkrafttreten des ALR. bestehenden Verpflichtungen zur Brückenunterhaltung über schiffbare Ströme ipso iure aufgehoben. Ebenso wenig folgt aus § 53 a. a. D., daß im Geltungsbereich des ALR. die bestehende Brückenunterhaltungspflicht ohne weiteres erlischt, wenn ein bisher nicht schiffbarer Flußlauf schiffbar gemacht wird. Dazu bedarf es vielmehr in jedem Falle eines besonderen öffentlich-rechtlichen Titels, wie überhaupt § 53 a. a. D. die Möglichkeit unberührt läßt, die Unterhaltungslast durch einen besonderen öffentlich-rechtlichen Titel abweichend von der gesetzlichen Regel zu ordnen. Es wäre an sich denkbar, daß der Staat, der die Brücke damals neu erbaut hat, zugleich die Unterhaltungspflicht für sie übernommen hätte. Das hat er aber nicht getan. Vielmehr hat er — vielleicht um Rückschlüsse aus der Tatsache des von ihm geleisteten Brückenneubaues auszuschließen — nach den einwandfreien Feststellungen des BezAussch. die Stadt N. als Grundherrin von Z. ausdrücklich verpflichtet, die Brücke ihrerseits weiterhin zu unterhalten. Diese Vereinbarung würde auch dann öffentlich-rechtliche Kraft haben, wenn ihr Inhalt nicht schon ohnehin lediglich die gesetzliche Rechtslage wiedergegeben hätte. Denn es hat bei ihr die den Staat in hoheitsrechtlicher Beziehung vertretende Abt. I der Regierung mitgewirkt. Eine weitere besondere Genehmigung war daneben nicht erforderlich.

(PrDVG., 4. Sen., Urt. v. 8. Nov. 1934, IV C 45/34.)

Ver. von SenPräf. von Kries, Berlin.

*

3. §§ 109, 110 PrLBG. v. 30. Juli 1883 (GS. 195); § 2 Kap. X PrVO v. 14. März 1932 zur Ergänzung der 1. u. 2. SparVO. (GS. 123). VerwStrBef. Gegen die Befg. des Vorsitzenden eines VerwGer., mit der der Fortgang des Verfahrens von Zahlung eines Gebühren- und Auslagenvorschusses abhängig gemacht wird, steht dem Betroffenen die Beschw. nach § 110 LBG. zu. Mit der Beschw. kann jedoch nur die Rechtmäßigkeit, nicht die Zweckmäßigkeit der Vorschußforderung bestritten werden. Auf einen Antrag betr. Niederschlagung der Vorschußforderung ist § 109 LBG. entsprechend anzuwenden. Über ihn hat das Kollegium des VerwGer. zu entscheiden. Erachtet es das Unvermögen als nachgewiesen, so entscheidet es über den Antrag selbst nach freiem pflichtmäßigen Ermessen.

Dass die VerwGer. Gebühren- und Auslagenvorschüsse erheben und von ihrer Entrichtung die Bemerkung von Amtshandlungen abhängig machen können, ergibt sich aus Kap. X § 2 der mit Gesetzeskraft ergangenen VO. v. 14. März 1932 (GS. 123). Ob die VerwGer. im einzelnen Falle von der ihnen damit erteilten Ermächtigung Gebrauch machen wollen, ist ihrem pflichtmäßigen Ermessen überlassen. Insofern kann der Betroffene durch eine Beschwerde keine Nachprüfung der Bemerkung erzielen (vgl. ÖVG.: R. u. PrVerwBl. 54, 50). Letzteres ist nur der Fall, soweit der Vorinstanz bei der Bemessung der Höhe des geforderten Vorschusses in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht ein Fehler unterlaufen sein sollte. Insofern erweist sich indessen die angefochtene Vorschußforderung als fehlerfrei. . . .

Auf die Behandlung von Gesuchen um Erlass eines Gebühren- oder Auslagenvorschusses sind die im § 109 LBG. aufgestellten Grundsätze

säge entsprechend anzuwenden. Infolgedessen hatte das BezVerwGer. an der Hand der von Kl. vorgelegten Zeugnisse zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine gänzliche oder teilweise Niederschlagung des Vorschusses gegeben waren. Nach der ausdrücklichen Best. des § 109 erfolgt die Entsch. durch einen Beschl. des Kollegiums des Gerichts. Der Vorsitzende allein ist nach der Aspr. hierzu nicht befugt (Bruchstück, VerwGes. Bd. 1, 24. Aufl., Num. 3 zu § 109, S. 185). In Fällen, wie dem vorliegenden, ist diese Regelung auch deshalb gerechtfertigt, weil bei tatsächlich nachgewiesinem Unvermögen sich eine Verweigerung der Richterhebung des Vorschusses regelmäßig nur dann rechtfertigen wird, wenn die Rechtsverfolgung aussichtslos erscheint (womit auch im vorl. Falle die Ablehnung begründet worden ist). In der Beurteilung einer Sache als aussichtslos ist aber eine sachliche Würdigung des Rechtsstreits enthalten. Im Falle der damit verbundenen Ablehnung des Niederschlagungsgerichts bedeutet das gleichzeitig oftmals die praktische Erledigung des Rechtsstreits überhaupt. Die entsprechende Beurteilung wird daher billigerweise dem für die tatsächliche Entsch. zuständigen Gerichte selbst vorbehalten bleiben. Hier nach muß die vom Vorsitzenden des BezVerwGer. erlassene, den Erlaß des Gebühren- und Auslagenvorschusses ablehnende Bsg. v. 25. Juli 1934 aufgehoben werden. Das BezVerwGer. wird nunmehr gemäß § 109 LG. zu prüfen haben, ob es das Unvermögen der Beschw. zur Befreiung des Vorschusses für nachgewiesen hält. Bejahendenfalls bleibt es seinem pflichtmäßigen Ermessen überlassen zu entscheiden, ob dieser Nachweis im vorl. Falle die erbetene Niederschlagung der Vorschußforderung rechtfertigt.

(PrDVG., 3. Sen., Beschl. v. 29. Nov. 1934, III ER 106/34.)
Ver. von SenPräf. v. Kries, Berlin.

4. § 15 PrFluchtG. v. 2. Juli 1875 (GS. 561). Straßennanliegerbeiträge. Dass das Grundstück an die Straße grenzt, genügt für die Beitragspflicht nicht, das Gebäude muß auch an der Straße errichtet sein. Ein Gebäude ist nicht der Straße errichtet, wenn es 80 m von ihr entfernt ist und weder Luft noch Licht von ihr erhält, noch bei dem Fehlen einer Verbindung für wirtschaftliche, insbes. Verkehrsbeziehungen zu ihr hat. Ob das bebauten Grundstück mit einem anderen eine wirtschaftliche Einheit bildet, ist nur von Bedeutung für die Höhe des Beitrags (Frontmeter), wenn solcher überhaupt geschuldet wird. Ist das Gebäude aber nicht an der Straße errichtet, ist es ohne Bedeutung.

E. ist Eigentümerin eines Grundstücks, welches zwischen der A-Straße, der S-Straße und einer chemisch projektierten, später aufgegebenen Straße Nr. 7 liegt. Auf diesem Gelände ist 1914 ein früher als Sanatorium, später als chemisches Laboratorium benutztes Gebäude errichtet, dessen eine Längsfront nach der projektierten Straße Nr. 7 und dessen eine Schmalseite nach der S-Straße geht. Von der A-Straße ist das Gebäude etwa 80 m entfernt. Das an die A-Straße stoßende Gelände ist mit einem Zaun von dem bebauten Teil abgegrenzt, der unstrittig nach der A-Straße keine Tür besitzt. Wegen des genannten Gebäudes hat der bek. Bürgermeister die E. zu einem Beitrag für den Ausbau der A-Straße herangezogen. Der Ausbau hat unstrittig vor der Gebäudeerrichtung begonnen. Auf die von E. nach fruchtlosem Einspruch erhobene Klage hat der Borderrichter die Kl. antragsgemäß freigestellt. Die Rev. des Bekl. wies das LG. zurück.

Wischen den Parteien ist lediglich streitig, ob das die Veranlagung auslösende Gebäude an der A-Straße errichtet ist. Dies ist im wesentlichen eine Frage der tatsächlichen Feststellung. Der Borderrichter hat diese Frage verneint, ohne daß ihm der Vorwurf des Rechtsirrtums oder eines wesentlichen Verfahrensmangels dabei zu machen wäre.

Zunächst ist es zutreffend, wenn der Borderrichter ausführt, für die Beitragspflicht reiche es nicht aus, daß das Grundstück an die Straße angrenzt. Der § 15 FluchtG. v. 2. Juli 1875 sieht eine Beitragspflicht nur der „angrenzenden Eigentümer“ vor. Erste Voraussetzung ist also, daß das Grundstück an die Straße angrenzt. Ob die Auffassung des Borderrichters haltbar ist, daß es auch Fälle geben könnte, in denen „ein Gebäude an einer Straße liegen kann, ohne daß das Grundstück des Gebäudeeigentümers an die Straße grenzt“, kann hier dahingestellt bleiben, da dieser Fall nicht vorliegt. Nach der Aspr. des Gerichtshofes trennt ein in fremdem Eigentum befindliches, zwischen dem herangezogenen Grundstück und der Straße gelegenes Grundstück ersteres von der Straße, es sei denn, daß es sich um einen Borgarten handelt, der der Verbindung des veranlagten Grundstücks mit der Straße dient.

Angrenzende Eigentümer sind aber nach § 15 FluchtG. nur beitragspflichtig, „sobald sie Gebäude an der neuen Straße errichten“. Es muß also noch dieser weitere Tatbestand hinzukommen. Nun ist aber nicht jedes Gebäude auf einem angrenzenden Grundstück ohne weiteres auch an der Straße errichtet anzusehen.

Dies ist vielmehr nur dann anzunehmen, wenn es wirtschaftliche, insbes. Verkehrsbeziehungen zu der Straße hat. Denn die Beitragspflicht gründet sich auf den Gedanken, daß das Grundstück durch die Vorteile, die die neue Straße ihm verschafft hat, eine Wertsteigerung erfahren hat. Eine solche ist aber zu verneinen, wenn die Straße ohne jede Bedeutung für das Gebäude ist. Der Borderrichter hat nun festgestellt, daß das Gebäude, da es etwa 80 m von der A-Straße entfernt liegt, weder Luft noch Licht von dieser erhält, sondern von dem unbebauten ehemaligen Sanatoriumsparkgelände. Weiter, daß das Gebäude auch keine wirtschaftlichen Beziehungen, insbes. keine Verkehrsbeziehungen, zu dieser Straße hat, da es einen Ausgang nur zu der nahen S-Straße hat. Unzutreffend ist die Auffassung des Bekl. weil das Gebäudegrundstück und das Parkgrundstück eine wirtschaftliche Einheit bilden, müsse das Gebäude auch an der Straße liegen. Es kann hierbei ganz dahingestellt bleiben, ob eine wirtschaftliche Einheit zwischen den beiden Grundstücksteilen noch besteht. Als das Gebäude als Sanatorium benutzt wurde, diente der Park wohl den Kranken und dem Pflegepersonal als Erholungsaufenthalt, damit also auch den wirtschaftlichen Zwecken des Gebäudes. Ob das jetzt anders ist, nachdem das Gebäude chemisches Laboratorium, also reine Arbeitsstätte, geworden ist, für das der Park ohne Bedeutung ist, und nachdem der Park durch einen Zaun von dem bebauten Teil abgegrenzt und sein Verkauf zu Wohnzwecken beabsichtigt ist, kann unerörtert bleiben. Ob mehrere Grundstücksteile eine wirtschaftliche Einheit bilden, hat, wie der Borderrichter zutreffend ausgeführt hat, überhaupt nur Bedeutung für die Frage der Höhe des Beitrags, falls auf einem angrenzenden Grundstück ein Gebäude an der Straße errichtet ist. Alsdann würde z. B. bei dem im allgemeinen vorgesehenen Frontmetermaßstab die Frontlänge aller eine wirtschaftliche Einheit bildenden Grundstücksteile der Beitragsberechnung zugrunde zu legen sein. Ist das Gebäude aber, wie vorliegend, nicht an der Straße errichtet, dann kommt es gar nicht darauf an, ob es auf einem Einzelgrundstück steht oder auf einem mit anderen zu einer wirtschaftlichen Einheit verbundenen Grundstück. Für die wirtschaftliche Einheit ist es gleichgültig, ob die Grundstücksteile kataster- und grundbuchmäßig selbständige Grundstücke sind; daß das Gelände aus mehreren, nach und nach erworbenen Grundstücken besteht, ist also ohne Bedeutung. Da es vorliegend überhaupt nicht auf die wirtschaftliche Einheit ankommt, braucht auch nicht darauf eingegangen zu werden, daß das Grundstück, wenn man die einzelnen Teile als selbständig ansieht, nicht, wie geschehen, hätte bebaut werden dürfen. Ob die Bebauung etwaigen baupolizeilichen Vorschriften widersprechen würde, berührt die Frage der Ansiegerbeitragspflicht nicht.

(PrDVG., 2. Sen., Urt. v. 6. Nov. 1934, II C 48/34.)
Ver. von SenPräf. v. Kries, Berlin.

5. § 7 Biff. 8 Berliner DroschenD. v. 22. Juni 1927. Entziehung des Droschenfahrausweises. Berufliche Unzuverlässigkeit zum Führen einer Kraftdroschke liegt auch dann vor, wenn der Inhaber des Fahrausweises sich zahlreicher Übertretungen der Polizeivorschriften über das Parken und das sog. „Greifensfahren“ schuldig gemacht hat.

Durch Bsg. des PolPräf. in B. wurde dem Kraftdroschkenführer G. der Droschenfahrausweis entzogen. Die Beschw. des G. beim ObPräf. und seine Klage beim BezVerwGer. blieben erfolglos. Auch seine Rev. wies das LG. zurück.

Die Rev. kann lediglich auf urrichtige Anwendung oder Nichtanwendung des bestehenden Rechts oder auf Mängel des Verfahrens gestützt werden (§ 94 LG.). Letztere sind vom Kl. nicht behauptet, auch bei der von Amts wegen vorzunehmenden Prüfung nicht festzustellen. Wenn Kl. eine Rechtsverletzung darin erblickt, daß im Bordurteil aus seinen wiederholten Verüchten gegen die Verkehrsvorchr. auf seine berufliche Unzuverlässigkeit geschlossen ist, irrt er. Durch § 7 Biff. 8 BerlinDroschenD. v. 22. Juni 1927 ist der Polizei die Befugnis verliehen worden, den Droschenfahrausweis zu entziehen, wenn der Inhaber sich zum Führen von Kraftdroschen beruflich unzuverlässig erwiesen hat. Eine nähere Beg. des Begriffes der beruflichen Unzuverlässigkeit hat die Pol. B. nicht gegeben. Wie der Gerichtshof jedoch in ständiger Aspr. festgestellt hat, soll die Behörde die Möglichkeit haben, nicht bloß die technische, sondern auch die sittliche Geeignetheit des Inhabers eines Droschenfahrausweises nachzuprüfen und bei vorhandenen Mängeln in dieser Richtung den Ausweis zu entziehen. Als ein solcher moralischer Mangel ist es zu bezeichnen, wenn jemand fortgesetzte behördliche für die Vollgeiundheit ergangene Vorchr. mit Nichtachtung behandelt, weil sie ihn in der Nutzung geschäftlicher Möglichkeiten behindern. Ohne Rechtsirrtum hat das BezVerwGer. daher aus den zahlreichen Übertretungen der Verkehrsvorchr. seitens des Kl. die Schlüffolgerung gezogen, daß er für das Führen

von Kraftfroschlen ungeeignet ist. Wenn Kl. sich darauf beruft, daß Bestrafungen jetzt nicht mehr vorgelommen seien, so ist das unerheblich, maßgebend ist der Zustand im Zeitpunkt des Erl. der PolBfg. Zwar hat Kl. lediglich gegen die Vorschr. über das Parken und das „Greifensefahren“ verstoßen, während ihm andere Verstöße gegen die polizeilichen Vorschr. nicht zur Last gelegt werden sind. Aber auch diese polizeilichen Vorschr. sind, wie das BezVerwGer. zutreffend ausführt, zur Regelung des öffentlichen Verkehrs eingangen. Erstens Kl. sich bewußt und wiederholt über diese für den großstädtischen Verkehr im Interesse der Allgemeinheit unbedingt notwendigen Best. hinweggesetzt, bewies er, daß er nicht gewillt war, den behördlichen Vorschr. zu entsprechen.

(PrOVG., 4. Sen., Urk. v. 22. Nov 1934, IV C 70/34.)

Ver. von SenPräf. v. Kries, Berlin.

6. Art. II §§ 3 ff., Art. III § 6 Reichsratsbestimmung über Vergnügungssteuer i. d. Fass. der Bel. v. 12. Juni 1926 (RGBl. I, 262). Vergnügungssteuer. Als Eintrittskarten i. S. des Art. II §§ 3 ff. Reichsratsbestimmung können nur solche Karten oder sonstige Ausweise gelten, mit denen ein Betrag für die Zulassung zur Veranstaltung bezahlt werden soll. Verzehrmarken, die der Unternehmer einer Vergnügung zum Bezug von Speisen, Getränken und anderen Genussmitteln ausgibt, enthalten nicht ohne weiteres ein Entgelt für die Zulassung zur Veranstaltung und könnten daher den für die Kartenbesteuerung gegebenen Vorschriften nur im Rahmen einer ausdrücklichen und für gültig zu erachtenden ortsgezüglichen Regelung unterworfen werden; sie sind regelmäßig keine „Eintrittskarten“ i. S. der §§ 3 ff. a. a. D.

Schanlwirt W. in S. veranstaltete am 31. Dez. 1931 in einigen Räumen der von ihm betriebenen Wirtschaft eine Silvesterfeier. In der Bel. für diese Feier heißt es: „Eintritt frei gegen Lösung einer Verzehrmarke von 1 RM für Damen und 2 RM für Herren.“ Nachdem W. zunächst eine nach dem Flächeninhalt des Raumes berechnete Pauschsteuer in Höhe von 7 RM ohne besondere Aufforderung entrichtet hatte, erhielt er vom Oberbürgermeister einen „Vergnügungssteuerbescheid“, in dem eine Steuer von 70 RM gefordert wurde; die Steuer wurde als Kartensteuer in der Annahme, daß je 175 Verzehrskarten zu 1 und 2 RM ausgegeben worden waren, veranlagt. W. erhob Einпрuch und Klage. Das BezVerwGer. stellte den Kl. in Höhe von 63 RM frei. Die vom Bell. eingelegte, vom BezVerwGer. gem. § 27 Abs. 2 VO. v. 3. Sept. 1932 und 17. März 1933 (GS. 1933, 48) ausdrücklich zugelassene Rev. wies das OVG. zurück.

Zur Zeit der Veranstaltung bestand für S. keine besondere Vergnügungssteuerordnung; Rechtsgrundlage ist also Art. II Reichsratsbestimmungen über die Vergnügungssteuer i. d. Fass. der Bel. v. 12. Juni 1926 (RGBl. I, 262).

Unstreitig ist die vom Kl. veranstaltete Silvesterfeier steuerpflichtig; streitig ist nur, ob die Vergnügungssteuer in Form der Kartensteuer erhoben werden durfte. Das wäre der Fall, wenn die vom Kl. ausgegebenen Verzehrmarken als Eintrittskarten i. S. des Art. II §§ 3 ff. a. a. D. zu gelten hätten. Das BezVerwGer. hat dies verwirkt, dieser Auffassung hat sich der erf. Sen. angeschlossen.

Nach § 3 a. a. D. wird die Vergnügungssteuer in drei Formen erhoben, in der Form der Kartensteuer, sofern und soweit die Teilnahme an der Veranstaltung von der Lösung von Eintrittskarten oder sonstigen Ausweisen abhängig gemacht ist". Maßstab für die Berechnung der Kartensteuer ist gem. § 5 a. a. D. der Preis und die Zahl der ausgegebenen Eintrittskarten; nach § 6 gilt als Entgelt die gesamte Vergütung, die für die Zulassung zu der Veranstaltung gefordert wird, ausschließlich der Steuer. Aus diesen Vorschr. ergibt sich, daß eine Best. in Form der Kartensteuer nicht schon zulässig ist, wenn der Eintritt in eine Veranstaltung von dem Erwerb irgendwelcher Ausweise abhängig gemacht wird. Nicht darauf kommt es allein an, ob diese Ausweise dazu berechtigen, Räume einer Veranstaltung zu betreten, vielmehr sind i. S. der Vergnügungssteuerbestimmungen Eintrittskarten oder ihnen gleich zu behandelnde Ausweise nur solche, mit denen ein Betrag für die Zulassung zur Veranstaltung entrichtet werden soll, deren Preis also ganz oder mindestens teilweise ein Entgelt für die Darbietung steuerpflichtiger Vergnügungen, z. B. von Konzerten, Theatervorstellungen usw., mithin ganz oder z. T. ein Eintrittsgeld darstellt. Das folgt auch aus der Vorschr. im Sak 2 des § 5 a. a. D., wonach unentgeltlich ausgegebene Karten auf Antrag bei der Steuerberechnung unberücksichtigt bleiben können, denn „unentgeltlich“ kann nur bedeuten, daß für die Veranstaltung ein Entgelt nicht gefordert wird; des Weiteren folgt dies aus der Vorschr. im § 6 Abs. 2; nach dieser gehört zum Entgelt auch die Gebühr für die Kleideraufbewahrung sowie für Kataloge oder Programme, wenn die Teilnehmer ohne die Abgabe von Klei-

dungsstücken oder die Entnahme eines Katalogs oder Programms zu der Veranstaltung nicht zugelassen werden. Sonderzahlungen, die zu bestimmten Zwecken verlangt werden, sind dem Entgelt zuzurechnen. Diese Vorschr. der Berechnung bestimmter Teilbeiträge haben also zur Voraussetzung und sind nur in dem Sinne zu verstehen, daß der übrige Teil des Eintrittsgeldes für den Besuch der Veranstaltung als Entgelt für diese bezahlt wird.

Wie vom Bell. nicht bestritten ist, hat Kl. als Verzehrmarken Wertmarken in Höhe von 10 oder mehr Pfennigen bis zum Gesamtbetrag von 1 oder 2 RM ausgegeben. Diese Wertmarken wurden vom Kl. für Speisen und Getränke aller Art, ebenso für Zigaretten und Zigaretten voll in Zahlung genommen. Unstreitig hat der Kl. einen Aufschlag auf die gewöhnlichen Preise seiner Speisen und Getränke nicht erhoben; sie mußten auch von Personen erworben werden, die an der Silvesterfeier nicht teilnahmen, und konnten noch an den folgenden Tagen verwendet werden. Diese Wertmarken enthielten keine Vergütung für die Veranstaltung der Silvesterfeier, sie waren nur Gutscheine für den Bezug von Waren und kein Entgelt für eine Vergnügung. Als Eintrittskarten oder sonstige Ausweise gem. §§ 3 ff. Reichsratsbestimmungen können diese in Wertmarken geteilten Verzehrmarken nicht angesehen werden.

Die Besteuerung in Form der Kartensteuer setzt die Ausgabe von Eintrittskarten oder sonstigen Ausweisen für die Zulassung zur Veranstaltung voraus. An dieser Voraussetzung fehlt es hier; schon deswegen war diese Form der Steuererhebung nicht anwendbar. Sie hätte aber auch deswegen nicht gewählt werden können, weil diese Art der Besteuerung notwendigerweise nur in einem bestimmten Verfahren durchgeführt, den hierfür zwingend gegebenen Vorschr. aber bei der Ausgabe derartiger Verzehrmarken nicht entsprochen werden kann. Das gilt insbes. für § 10 a. a. D., welcher den Unternehmer verpflichtet, die zur Veranstaltung ausgegebenen Karten der Steuerstelle vorzulegen; die Karten müssen außer der Zeit, dem Ort und der Art der Veranstaltung den Entgelt oder die Unentgeltlichkeit angeben. Ferner für §§ 11 und 12; hiernach müssen die abgestempelten Karten entwertet werden; die entwerteten Karten sind den Teilnehmern zu belassen und den Steuerbeamten vorzuzeigen; über die ausgegebenen Karten der Veranstaltung muß der Unternehmer eine Nachweisung führen und diese zusammen mit den nicht ausgegebenen Karten drei Monate aufzubewahren. Diese Vorschr. lassen sich dann, wenn nur Bezugsscheine für Waren ausgegeben werden, nicht durchführen.

Der Bell. hat in der Rev. seinen Steueranspruch im wesentlichen darauf gestützt, daß eine Steuerumgehung dann gegeben sei, wenn der Unternehmer der Form halber billige Eintrittskarten ausgebe. Die Ausgabe von Verzehrmarken stehe dem gleich. Der Steuerzähler sei in jedem Fall berechtigt, den Steuermäßstab so zu wählen, daß der höchstmögliche Steuerertrag erzielt werde. Diesen Ausführungen konnte der Gerichtshof nicht beitreten. Die Form der Kartensteuer konnte nur dann gewählt werden, wenn der Unternehmer überhaupt Eintrittskarten oder sonstige Ausweise ausgegeben hätte; an dieser Voraussetzung fehlt es, wie dargelegt, durchaus. Diese Voraussetzung ist auch nicht deswegen gegeben, weil Kl. Vorteile dadurch gehabt hat, daß die ausgegebenen Verzehrmarken ihm ein Mindesteinkommen gesichert haben, sie auch z. T. vielleicht nicht ganz ausgenutzt worden sind. Diese Vorteile hat der Kl. aus dem Verzehr, nicht aber aus der Teilnahme an der Veranstaltung erzielt; außerdem würde es keineswegs möglich sein, aus diesen Vorteilen ein Entgelt zu errechnen, welches der Steuer nach § 8 a. a. D. zugrunde gelegt werden könnte. Als dieses Entgelt den gesamten Betrag der einzelnen Wertmarken (1 oder 2 RM) anzunehmen, ist aber offenbar unrichtig; auch im Wege der Schätzung könnte, wenn dies überhaupt möglich wäre, immer nur ein Teil des Gesamtbetrages als Entgelt für die Zulassung zur Silvesterfeier gelten. Auf ungerechtfertigter Schätzung des Gesamtbetrages als Vergnügungsentgelt beruht aber der große Unterschied zwischen der vom Kl. bereits entrichteten Pausch- und der vom Bell. geforderten Kartensteuer (7 zu 70 RM). Der Bell. erkennt dies auch an; er will aus Erwägungen der Billigkeit den Steuerbetrag herabsehen. Gegenüber dem Rechtsanspruch des Kl. auf Steuerfestsetzung nach den gesetzlichen Best. können Gründe der Billigkeit nicht maßgebend sein. Hiernach kann es nicht darauf ankommen, ob etwa Kl. absichtlich Eintrittskarten für die Silvesterfeier selbst nicht ausgegeben hat. Überdies war Kl. zur Ausgabe solcher Karten gar nicht verpflichtet; Art. II Reichsratsbestimmungen enthält eine derartige Anordnung für die Unternehmer nicht; erst im Art. III § 6 a. a. D. wird es den Gemeinden überlassen, die Unternehmer entgeltlicher Veranstaltungen zur Ausgabe von Eintrittskarten zu verpflichten. Diese Vorschr. muß also, um Geltung zu gewinnen, in eine örtliche Steuerordnung aufgenommen werden; sie gilt hier, wo nur Art. II Reichsratsbestimmungen als Steuerordnung anzuwenden ist, nicht.

§ 10 AbgD. verlangt zum Nachweis der Steuerumgehung einen Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts; von einem Missbrauch i. S. eines positiven rechtswidrigen Handelns kann hier keine Rede sein, die Berechnung der Steuer konnte nur davon ausgehen, daß Eintrittskarten nicht ausgegeben worden waren.

Wie die Sachlage zu beurteilen wäre, wenn die örtliche Steuerordnung eine Verpflichtung des Unternehmers gem. Art. III § 6 Reichsratsbestimmungen und Vorschr. über die Anrechnung eines Teiles des für die Verzehrmarken gezahlten Preises als Eintrittsgeld enthielte, braucht hier nicht erörtert zu werden. In DBG. 80, 98 hat der Gerichtshof auf die Notwendigkeit besonderer gesetzlicher Vorschr. für die Besteuerung neuartiger Veranstaltungen hingewiesen. Dementsprechend würde auch hier die Lücke durch eine ausdrückliche ortsgesetzliche Vorschr. auszufüllen sein. Das Bez. Berw. Ger. hat in zutreffender Begr. die Pflicht des Kl. zur Entrichtung einer Kartensteuer verneint.

(PrDBG., 2. Sen., Urt. v. 8. Jan. 1935, II C 66/34.)

Ber. von SenPräf. v. Kries, Berlin.

*
7. § 144 AbgD. Gewerbesteuer. Verjährung hinterzogener Steuern. Die zehnjährige Verjährungsfrist bei hinterzogenen Steuerbeträgen in § 144 AbgD. setzt vorsätzliche Hinterziehung (Steuerhinterziehung), nicht Steuergefährdung voraus.

Die Firma W., die rechtzeitig zur GewSt. nach dem Ertrag für 1925 und 1926 veranlagt worden war, wurde im April 1933 für dieselben Rechnungsjahre auf Grund § 32 GewStB. und § 222 Abs. 1 Ziff. 1 AbgD. n. F. im Wege der Berichtigungsveranlagung neu zu anderen Grundbeträgen veranlagt. Veranlassung für die Neuveranlagung, deren Voraussetzungen (abgesehen von der streitigen Frage der Verjährung) die StPr. nicht mehr in Abrede stellt, war die Feststellung des FinA., daß statt des für 1925 erklärten Gewertrags ein erhöhter der Veranlagung zugrunde zu legen war. In einer Verhandlung v. Juni 1928 hatte der Firmeninhaber eine fahrlässige FinkStVerkürzung eingeräumt. Ihm war deshalb eröffnet worden, daß er wegen Vergehens gegen § 367 AbgD. a. F. i. Verb. m. § 410 das. eine Geldstrafe verwirkt habe; der Firmeninhaber hatte sich der festgesetzten Strafe unterworfen.

Die gegen die Neuveranlagung nach vergeblichem Einspruch von der Firma erhobene Berufung wies der GewStVerAussch. zurück. Er hielt den Einwand der Verjährung gem. § 144 AbgD. n. F. für unbegründet, da es sich um „hinterzogene Beträge“ handle.

Hiergegen wendet sich die Abeschw. der Firma. Sie rügt Rechtsverletzung, die Bestrafung sei nicht wegen Steuerhinterziehung, sondern wegen Steuergefährdung erfolgt.

Das DBG. setzte die Berichtigungsveranlagung außer Kraft. Die gewöhnliche Verjährungsfrist beträgt nach der AbgD., die insoweit auch für die GewSt. maßgebend ist, fünf Jahre; sie war in vorl. Falle bei Vornahme der Neuveranlagung abgelaufen. Nach § 144 AbgD. läuft jedoch die Verjährung „bei hinterzogenen Beträgen“ zehn Jahre. Es fragt sich also, ob es sich hier um „hinterzogene Beträge“ handelt. Der VerAussch. hält es für bedeutungslos, ob das FinA. den Ausdruck „Steuergefährdung“ oder Steuerhinterziehung angewandt habe. Dieser Ausführung kann nicht beigetreten werden. Denn mit der verschiedenen Bezeichnung werden zwei voneinander verschiedene Vergehen betroffen: das vorsätzliche Vergehen des § 359 (jetzt § 396) und das fahrlässige des § 367 (jetzt § 402) AbgD. Wenn daher die Verjährungsfrist von zehn Jahren auf „hinterzogene“ Beträge beschränkt ist, so kann sich das schon nach dem Wortlaut nur auf den Fall der „Hinterziehung“, also des vorsätzlichen Vergehens, beziehen. Hätte der Gesetzgeber der längeren Verjährung auch den Fall unterwerfen wollen, in welchem, wie hier, nur eine fahrlässige Steuergefährdung vorliegt, so hätte er eine andere Ausdrucksweise wählen müssen und auch gewählt. Da vielmehr „Steuerhinterziehung“ und „Steuergefährdung“ in der AbgD. gefäßlich festgelegte Begriffe sind, so muß davon ausgegangen werden, daß dasselbe Gesetz im § 144 (früher § 121) unter „hinterzogenen Beträgen“ nur auf vorsätzliche Hinterziehung (Steuerhinterziehung) abgestellt hat. Hinzukommt, daß die Vorschriften der AbgD., wie im Schrifttum und Rpr. stets betont wird, im Zweifel zugunsten des Steuerschuldners zu verstehen sind.

Nun besteht zwar zwischen der Steuerhinterziehung und der Steuergefährdung die eine Ähnlichkeit, daß bei beiden der Steuergläubiger des ihm zustehenden Anspruches (zunächst) verlustig geht. Indessen kann auf diese Gleichheit des Ergebnisses nicht der ausschlaggebende Wert gelegt werden. Denn die beiden Arten der Vergehen haben auf der subjektiven Seite eine sehr erhebliche Verschiedenheit. Die Möglichkeit, nach Ablauf von zehn Jahren seit der Zuwidderhandlung noch auf die Steuerangelegenheit zurückzukom-

men, ist eine so schwere Belastung für den Steuerschuldner und bringt für sein Geschäftsgeschehen in der späteren Zeit eine so starke Unsicherheit mit sich, daß diese Folgen nur in dem Falle einer vorsätzlichen groben Steuerunehrlichkeit (vgl. RGS. 61, 84/85) angebracht erscheinen. Bei der Verwickeltheit der derzeitigen Steuervorschriften ist es zudem denkbar, daß auch ein auf völlige Steuerehrlichkeit bedachter Pflichtiger eine Handlung oder Unterlassung begeht, die bei späterer eingehender und kühler Prüfung der Verhältnisse von den Behörden als Fahrlässigkeit angesehen werden müßt. Unter diesem Gesichtspunkt ist der vom RfH. in seiner Entsch.: RfH. 19, 96, hervorgehobener Gedanke, daß die Verjährung von Steuern auf dem Rechtsschutzbedürfnis des Steuerschuldners beruht, von besonderer Bedeutung.

Dass die längere Verjährungsfrist nur für den Fall der Hinterziehung, nicht auch für den der Steuergefährdung in Frage kommt, geht auch aus dem Aufsat. von Becker: StW. 1926, 1160, 1161 hervor, der bei Erörterung einer Entsch. des RfH. nur auf den (die Steuerhinterziehung behandelnden) § 359 AbgD. a. F. Bezug nimmt. Übrigens wird auch in diesem Aufsat. noch besonders dargelegt, daß die Wirtschaft gegen langdauernde Unsicherheit auf dem Gebiete der Steuern in hohem Maße empfindlich ist.

Der GewStVerAussch. hat sonach das bestehende Recht verletzt, wenn er in dem hier vorl. Falle der Steuergefährdung die lediglich bei einer Steuerhinterziehung anwendbare Verjährungsfrist von zehn Jahren zugrunde gelegt hat. Seine Entsch. war daher aufzuheben.

Bei freier Beurteilung ist die Sache spruchreif. Die Neuveranlagung war wegen der inzwischen eingetretenen Verjährung des Steueranspruchs nicht mehr zulässig.

(PrDBG., 8. Sen., Entsch. v. 16. Okt. 1934, VIII GST 68, 69/34.)
Ber. von SenPräf. v. Kries, Berlin.

Baden

Badischer Verwaltungsgerichtshof

1. § 9 Abs. 4 BadGemD.; § 6 BadStraßG. Privatrechtes Eintrittsgeld in einen Kurpark und für Benützung eines privaten Weges. Öffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit eines Weges. Widmung. Für den Begriff des „allgemeinen Verkehrs“ i. S. des § 6 StraßG. ist zu fordern, daß ein allgemeines Verkehrsbedürfnis zwischen zwei räumlich auseinanderliegenden Teilen der Gemeinde besteht und daß ein gewisses Ziel eines solchen Verkehrs erkennbar ist. Bei einem Naturschutzgebiet, Kurpark oder Waldgebiet kann zwar ein Zugang bis zu einem Waldgebiet, Kurpark usw. öffentlicher Weg sein, nicht aber werden auch die innerhalb eines solchen Parks oder Waldgebiets vorhandenen oder anzulegenden Wege als solche anzusehen sein.

Bei der mit Klage angefochtenen Vsg. des Bezirksamts T. handelte es sich um eine Anweisung der Staatsaufsichtsbehörde i. S. des § 9 Abs. 4 GemD. an die Gemeinde T., keine Gebühr für die Benützung des Wasserfallwegs mehr zu erheben. Die Vsg. wurde aufgehoben.

Die angefochtene Vsg. bezeichnete sich selbst als in Sachen der Sperrre des Wasserfallweges in T. ergangen und unterlagte auch inhaltlich der Kl. für die „Benützung des Wasserfallwegs“ eine Gebühr zu erheben. Der Auffassung, daß es sich um die Sperrre des Wasserfallweges handle, ist die Kl. von Anfang an entgegengestritten und hat betont, daß es sich nicht handle um die Frage einer Wegegebühr oder um die Sperrung oder Einziehung eines Weges i. S. des Straßengesetzes; der rechtliche Charakter der von der Kl. eingeführten Gebühr sei vielmehr ausschließlich derjenige eines Eintrittsgeldes in den von der Kl. angelegten Natur-Kurpark, innerhalb dessen Bereich sich der Wasserfall und der Weg längs dieses Wasserfalles befindet. Ob etwa — ohne Rücksicht auf die noch zu erörternde Frage der Öffentlichkeit des Wasserfallweges — die Kl. für das Betreten des Wasserfallgebietes eine „Kurtaxe“ i. S. des § 78 GemD. 1910, der gem. § 113 Abs. 3 GemD. 1921 noch weiter gilt, erheben könnte, d. h. ob die im Streite liegende Gebühr ihrem Wesen nach eine „Kurtaxe“ für Ortsfremde und Nichtinhaber der allgemeinen T.er Kurkarte, insbes. vielleicht deshalb darstellt, weil die Eintrittsgelder der Kurverwaltung überlassen wurden, kann unerörtert bleiben; denn zur Einführung einer solchen Kurtaxe i. S. des § 78 GemD. 1910 wäre ein Gemeindebesluß mit Staatsgenehmigung erforderlich, eine formellrechtliche Best., deren Einhaltung weder behauptet noch nachgewiesen ist. Aus dem gleichen Grunde kann die streitige Gebühr auch keine „Gebühr“ i. S. des ebenfalls noch weiter geltenden § 75 GemD. 1910 sein, kann sich also die Berechtigung zur Erhebung eines Eintrittsgeldes nicht etwa aus dem Charakter als „Gebühr“ i. S. der

GemD. ergeben. Ebenso wenig wenn ein „Entgelt“ i. S. des § 65 Abs. 3 Nr. 17 GemD. 1921 in Frage stehen, weil es sich nicht um einen der daselbst genannten Versorgungsbetriebe oder um eine diesen ähnlichen wirtschaftlichen Unternehmung handelt. Endlich kann die von der Gemeinde T. eingeführte Gebühr auch nicht als „örtliche Abgabe“ i. S. des § 2 a SteuerverteilungsG. v. 7. Juli 1926 (GBB. 147) gewertet werden. Der Begriff der „örtlichen Abgabe“ i. S. des genannten Gesetzes ist vom Gerichtshof in dem Urteil v. 7. Nov. 1928 Nr. 2772 (BadVerwZ. 1930, 165, bes. 169), auf das Bezug genommen wird, eingehend erörtert. Es sind darunter örtliche „Steuern“ zu verstehen.

Es handelt sich bei dem Eintrittsgeld vielmehr um ein privatrechtliches Entgelt, das dafür erhoben wird, daß die Eigentümerin des zu einem Natur-Kurpark umgewandelten Waldgebietes, in dessen Bereich die Wasserfälle und der Weg längs der Wasserfälle fallen, Ortsfremden und Nichturgästen von T. den Eintritt in dieses Gebiet gestattet. Die Erhebung eines solchen privatrechtlichen Entgelts wäre jedoch, wenn und soweit sie die Einträchtigung des Gemeingebräuchs eines öffentlichen Weges etwa bewirken würde, mangels einer Rechtsgrundlage ungesetzlich; denn nach § 34 StrafG. darf der bestimmungsgemäß allgemeine Gebrauch eines öffentlichen Weges keine Hemmung erfahren. Durch diesen Grundsatz ist auch die wegebaupflichtige Gemeinde hinsichtlich ihres Eigentums am Wege beschränkt. Es hängt somit die rechtliche Möglichkeit der Erhebung des Eintrittsgeldes von der Frage ab, ob der „Wasserfallweg“ die Eigenschaft eines öffentlichen Wegs i. S. des StrafG. besitzt oder nicht.

An sich sind die Verwaltungsbehörden befugt, über die Frage der Öffentlichkeit eines Weges in dem in § 37 Abs. 1 b StrafG. und § 4 Abs. 2 BVO. vorgeesehenen Verfahren ausschließlich und endgültig zu entscheiden. Der Gerichtshof hat jedoch in ständiger Rpr. (BadVerwZ. 1907, 189; 1933, 154) die Auffassung vertreten, daß in den Fällen, in denen eine ausdrückliche Entsch. der Verwaltungsbehörden i. S. des § 37 Abs. 1 b StrafG. nicht ergangen ist, eine die Gerichte und Behörden bindende Entsch. über die Öffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit eines Weges nicht vorliegt. Der Gerichtshof ist daher nicht gehindert, vielmehr veranlaßt im gegenwärtigen Rechtsstreit, da es für die Frage der Zulässigkeit des streitigen Eintrittsgeldes maßgebend auf die Frage ankommt, ob der „Wasserfallweg“ den Charakter eines öffentlichen Weges besitzt oder nicht, diese Frage als Vorfrage selbst zu prüfen und zu entscheiden.

Dabei geht der Gerichtshof aus von der in seiner Rpr. mehrfach festgelegten Auffassung, wonach Voraussetzungen der Öffentlichkeit eines Weges sind: das Vorhandensein einer als solche erkennbaren Weganlage, die rechtliche Beziehung zu einem der nach dem StrafG. wegebaupflichtigen Verbände, die Widmung der Weganlage zum Gemeingebräuch und die tatsächliche Verwirklichung dieser Widmung (vgl. Rpr. BGH III S. 686; BadVerwZ. 1907, 189; 1912, 6; 1913, 117; 1930, 22; 1933, 154). Das Vorhandensein einer als solche erkennbaren Weganlage für den „Wasserfallweg“ ist unstreitig. Dieser besitzt den Charakter eines sehr gut ausgebauten und unterhaltenen Schwarzwaldfußwegs mit felsigem Untergrund, geordnete Gehbahn und Wasserleitung. Für die rechtliche Beziehung zu der nach dem StrafG. für Gemeindewege wegebaupflichtigen Gemarkungsgemeinde spricht zunächst der Umstand, daß die Kl. Eigentümerin des Wasserfallweges ist. Sie hat aber auch — jedenfalls schon seit etwa 40 Jahren — die Unterhaltung des genannten Wegs durchgeführt (wird näher ausgeführt). Demgemäß ist die Beziehung der Weganlage, abgesehen von dem Eigentum, zu der Kl. als dem den Weg unterhaltenden Verband dargetan.

Was sodann die Widmung der Weganlage durch die Gemarkungsgemeinde für den Gemeingebräuch anlangt, so fehlt es an dem Nachweis eines bestimmten Verwaltungsaltes hoheitlicher Natur von seiten eines Organs der Gemeinde, durch den eine solche Widmung in äußerlich erkennbarer Weise vollzogen wurde.

Der Gerichtshof hat in ständiger Rpr. die Auffassung vertreten (BadVerwZ. 1930, 22, bes. 24 r. Sp., und 1907, 189, bes. 191), daß neben der Widmung durch einen erkennbaren Verwaltungsalter als Beweismittel für eine solche auch das Herkommen, langjähriger Gebrauch oder ähnliche Umstände in Betracht kommen können. Dabei ist aber selbstverständlich, daß für den Weg als solchen, für den die Widmung in Frage steht, die gesetzlichen Voraussetzungen des § 6 StrafG. an sich vorliegen müssen, d. h. der Weg muß zur Vermittlung des allgemeinen Verkehrs innerhalb der Gemarkung oder größerer Gemarkungssteile oder des Verkehrs mit anderen Gemeinden dienen. Diese Voraussetzungen sind im vorl. Fall nicht gegeben.

Die Kl. bestritt zunächst, daß der Weg dem allgemeinen Fußgängerverkehr (zum Fahren ist der Weg ohnehin ungeeignet) mit anderen Gemeinden diene, es käme hier im wesentlichen nur die Gemeinde Sch. in Frage; der Verkehr mit dieser Gemeinde wide-

sich aber außer auf der Landstraße auf dem sog. „alten Sch.er Weg“ ab. Nach der Ansicht der Gemeinde Sch. dagegen diene der „Wasserfall“ dem allgemeinen Verkehr zwischen T. und Sch. Der Gerichtshof vermag die letztere Auffassung nicht zu teilen. Dem allgemeinen Verkehr zwischen T. und Sch. dient außer der Landstraße der „alte Sch.er Weg“, der als Hängeweg außerhalb (östlich) des Wasserfallgebietes hinauf zum „Känzele“ führt. Die Gemeinde T. hat daran, daß die Sch.er Einwohner als Weg nach und von T. nicht den „längerem und beschwerlicheren“ Bildwanderweg durch das Wasserfallgebiet, sondern schon immer den kürzeren und bequemeren Hängeweg benutzt, zumal ersterer während fast sieben Monaten im Jahr infolge Eisbildung gesperrt und gefährlich sei. Es ist zwar zuzugeben, daß die Kurgäste der Nachbargemeinde Sch. dem „Wasserfallweg“ nicht nur als Weg von und zur Bahnhofstation T., sondern auch als Spazierweg nach T. wegen seiner romantischen Schönheit den Vorzug vor dem alten Sch.er Weg geben. Allein dieser Umstand vermag nicht darzutun, daß der „Wasserfallweg“ dem allgemeinen Verkehr i. S. des § 6 StrafG. zwischen den beiden Gemeinden dient. Der allgemeine Verkehr wechselt sich vielmehr auf der Landstraße und auf dem alten Sch.er Weg ab. Es wird aber weiter ausgeführt, daß die andere (erste) Alternative des § 6 StrafG. vorliege, nämlich daß der „Wasserfallweg“ zur Vermittlung des allgemeinen Verkehrs innerhalb der Gemarkung oder größerer Gemarkungssteile T.s insoweit diene, als ein allgemeines Bedürfnis bestehé für einen Verkehr zwischen dem Ortsetter T. und den Wasserfällen.

Der Wasserfallweg ist in den 80er Jahren des vorigen Jahrhunderts durch den Verschönerungsverein T. zusammen mit dem Schwarzwaldverein und Gewerbeverein als Spazierweg angelegt worden als ein Weg, der nicht dazu bestimmt war, einen allgemeinen Verkehr irgendwelcher Art zu vermitteln, sondern als ein solcher, der die natürlichen Schönheiten der Gutachschlucht und ihrer Wasserfälle erschließen sollte. In diese Verhältnisse ist im Laufe der folgenden Jahre die Kl. eingetreten und hatte nicht die Absicht, dem Weg eine andere Zweckbestimmung zu geben. Dies hat sie durch Anlegung weiterer Wege, Bauten usw. in dem Wasserfallgebiet dargetan. Für den Begriff des allgemeinen Verkehrs i. S. des § 6 StrafG. ist zu fordern, daß ein allgemeines Verkehrsbedürfnis bestehé zwischen zwei räumlich auseinanderliegenden Teilen der Gemarkung, daß ein gewisses Ziel eines solchen Verkehrs erkennbar ist. Es kann zwar ein Naturschutzgebiet oder ein Kurpark oder ein Waldgebiet als solches wohl das Ziel eines allgemeinen Verkehrs zwischen ihm und dem Ortsetter einer Gemeinde sein, so daß ein Zugang bis zu einem solchen Kurpark oder Waldgebiet oder Promenadenwegeneb wohl ein öffentlicher Weg i. S. des § 6 StrafG. sein kann; nicht aber werden auch die innerhalb eines solchen Kurparks oder Waldgebietes vorhandenen oder anzulegenden Wege als solche anzusehen sein. Solche Wege sind vielmehr überhaupt nicht dazu bestimmt, einem allgemeinen Verkehr zu dienen, sondern dazu, den Spaziergängern oder Wanderern die Möglichkeit zu bieten, sich in landschaftlich hervorragender Gegend zu bewegen. Wenn hiernach der Zugangsweg zu dem Wasserfallweg im Streite läge, so beständen keine Bedenken, bei diesem Weg die Voraussetzungen des § 6 StrafG. zu bejahen. Der „Wasserfallweg“ beginnt aber ebenso wie der Natur-Kurpark erst hinter dem Café Pfaff und ist ein Teil des Spazierwegeneb innerhalb des Natur-Kurparks. Es wäre willkürlich, aus dem Promenadenwegeneb des Kurparks gerade den „Wasserfallweg“ herauszugreifen und nur bei ihm zu behaupten, er diene dem öffentlichen Verkehr innerhalb der Gemarkung, zumal dieser Weg weder in wirtschaftlicher noch in anderer Hinsicht für die Einwohner von T. oder einer Nachbargemeinde eine Lebensnotwendigkeit darstellt; er ist weder für die Feld- oder Waldbewirtschaftung, noch als Marktwege, noch für die Bedürfnisse des Feuerschutzes, auch nicht als Kirch- oder Schulweg eine Verkehrsnotwendigkeit, da alle diese Bedürfnisse durch andere Wege befriedigt werden. Die Kl. hätte wohl nie für verpflichtet erklärt werden können oder könnte, wenn der Weg heute nicht bestünde, wohl nicht für verpflichtet erklärt werden, ihn gem. § 7 StrafG. mit Rücksicht auf die Verkehrsbedürfnisse anzulegen.

Der „Wasserfallweg“ ist somit kein zur Vermittlung des allgemeinen Verkehrs dienender öffentlicher Gemeindeweg i. S. des StrafG.; eine Widmung zu einem solchen kann mangels Voraussetzung der Voraussetzungen des § 6 StrafG. nicht etwa aus Herkommen, langjährigem Gebrauch oder ähnlichen Umständen als erfolgt angesehen werden; von der tatsächlichen Verwirklichung einer Widmung kann erst recht keine Rede sein.

Da es sich bei dem „Wasserfallweg“ vielmehr um einen privaten Weg der Grundeigentümerin, der Kl., handelt, war diese auch befugt, ohne Verstoß gegen § 34 StrafG. für das Betreten des Natur-Kurparks einschließlich des darin befindlichen „Wasserfallwegs“ die Erhebung eines Eintrittsgeldes einzuführen. Die Anweisung des Bezirksamts an die Kl. ist rechtmäßig nicht haltbar, da

die Einführung des Eintrittsgeldes keine ungesetzliche Anordnung und kein ungefährliches Handeln der Gemeinde enthielt und die Staatsaufsichtsbehörde insoweit zu ihrer Anweisung gem. § 9 Abs. 4 GemD. 1921 nicht befugt war. Die mit der Klage angefochtene Vfg. der Staatsaufsichtsbehörde war demgemäß aufzuheben.

(BadBGH, Entsch. v. 23. Mai 1934, 120/32.)

2. §§ 2ff. Ges. z. Schutz des Einzelhandels v. 12. Mai 1933 (EhSchG). Begriff der Verlegung und der Übernahme einer Verkaufsstelle.

Mit Verfügung v. 10. Juli 1934 machte das Bezirksamt O. dem Kaufmann F. D. in O. die Auflage, seine Verkaufsstelle binnen 10 Tagen zu schließen und den Vollzug dem Bezirksamt anzusegnen, wodrigentfalls die Verkaufsstelle durch die Gendarmerie geschlossen werde. Begründet wurde seine Verfügung damit, daß D. im April 1934 sein früheres Geschäft in der A.-gasse 2 wieder eröffnet habe, daß darin eine gemäß § 2 EhSchG. v. 12. Mai 1933 genehmigungspflichtige Neueröffnung liege und eine Ausnahme auf Grund der DurchVO. zum EhSchG. v. 28. Nov. 1933 i. Verb. m. dem RG. v. 27. Juni 1934 nicht bewilligt werden könne; da D. Lebensmittel führe und in O. eine sehr große Zahl Geschäfte dieser Art vorhanden seien, sei eine Geschränkung namentlich der in unmittelbarer Nähe des Geschäfts des D. liegenden selbständigen Verkaufsstellen zu befürchten.

Die verwaltungsgerechtliche Klage des D. wurde abgewiesen.

1. Daß es sich bei dem von dem Kl. seit dem April 1934 in dem Hause A.-gasse 2 in O. betriebenen Geschäft um eine Verkaufsstelle handelt, in der Waren zum Verkauf freigehalten werden, steht außer Streit.

Nach § 2 Abs. 1 EhSchG. v. 12. Mai 1933 dürfen Verkaufsstellen, in denen Waren zum Verkauf freigehalten werden, in der Zeit bis zum 1. Nov. 1933 nicht errichtet werden. Diese Errichtungssperre wurde durch Art. I Ges. z. Änderung des EhSchG. v. 25. Okt. 1933 auf die Zeit bis zum 1. Juli 1934 und durch Art. I Biff. 1 Ges. z. Änderung des EhSchG. v. 27. Juni 1934 auf die Zeit bis zum 1. Jan. 1935 erstreckt. (Diese Befristung wurde inzwischen durch die Novelle v. 13. Dez. 1934 gefrichen.)

Eine Milbung dieser Sperre ergibt sich zunächst aus § 2 Abs. 2 EhSchG., wonach es als Errichtung i. S. des Abs. 1 nicht gilt, wenn eine Verkaufsstelle unter Aufgabe der bisherigen Verkaufsräume in andere Räume verlegt wird. Durch Art. I Biff. 2 Ges. v. 27. Juni 1934 wurde dem Abs. 2 des § 2 eine Fassung gegeben, nach der eine Verlegung nur dann nicht als Errichtung einer Verkaufsstelle gilt, wenn die Verkaufsstelle in den bisherigen Räumen von dem Inhaber mindestens ein Jahr betrieben worden ist und die neuen Verkaufsräume nicht mehr als ein Zehntel größer als die bisherigen sind. Diese Neufassung hat, was hier schon festgestellt sei, im vorliegenden Fall, soweit die Wirkung einer etwa anzunehmenden Verlegung einer Verkaufsstelle zu beurteilen ist, keine unmittelbare Geltung, da das Gesetz v. 27. Juni 1934 nach seinem Art. II erst am 30. Juni 1934 in Kraft getreten ist, und die Vorgänge, in denen von der Polizeibehörde die Errichtung einer neuen Verkaufsstelle durch den Kl. erblickt wird, vor dem 30. Juni 1934 liegen. Es wird zwar im Schriftum die Ansicht vertreten, daß eine nicht als Errichtung geltende Verlegung im Hinblick auf die Vorschrift des § 3 Biff. 1 EhSchG. auch vor Inkrafttreten des Ges. v. 27. Juni 1934 nur dann vorlag, wenn die neuen Verkaufsräume höchstens um ein Zehntel größer waren als die bisherigen (vgl. P. und N. - Neubert, Das neue Reichsrecht, Ann. 3 zu § 2 EhSchG.; Michel, Über das Gesetz zum Schutz des Einzelhandels v. 12. Mai 1933, RVerwBl. 54, 444, insbes. 446 I. Sp.; Desterle, Das Gesetz zum Schutz des Einzelhandels, J.W. 1933, 1501, insbes. 1503 I. Sp.). Ob diese Auffassung zutreffend ist, kann hier unerörtert bleiben. Denn die Voraussetzungen des § 3 Biff. 1 a. a. O. wären (wie näher dargelegt wurde) nicht gegeben.

Weiter wird von der Sperre des § 2 Abs. 1 EhSchG. grundsätzlich nicht erfaßt die Übernahme einer vorhandenen Verkaufsstelle durch eine andere Person; Ausnahmen von diesem Grundsatz ergeben sich aus § 3 Biff. 2 u. 3 EhSchG. (vgl. Michel a. a. O. S. 446 u. 447; Desterle a. a. O. S. 1503 I. Sp.).

Die Verlegung i. S. des § 2 Abs. 2 EhSchG. bedeutet die Standortveränderung des Einzelhandelsgeschäfts, d. h. des Geschäfts, welches das Freihalten von Waren zum Verkauf in einer Verkaufsstelle zum Gegenstand hat. Sie erfordert, daß der Geschäftsinhaber die bisher benützte Verkaufsraume aufgibt und sein Geschäft in einem anderen Verkaufsraum überführt. Liegt eine solche Überführung vor, betreibt also der Inhaber sein Einzelhandelsgeschäft statt in dem bisherigen Verkaufsraum in dem neuen Verkaufsraum weiter, ändert er nur den Standort seines Geschäfts, so ist es für die Beurteilung der Frage, ob der Geschäftsinhaber i. S. des § 2 Abs. 2 EhSchG. seine Verkaufsstelle verlegt hat, unerheblich, zu welchen Zwecken der Raum, in den das Geschäft überführt wird, seither benutzt wurde und ob von dem Inhaber eines anderen Einzelhandelsgeschäfts in dem bisherigen Verkaufsraum weiterhin Waren zum Verkauf freigehalten werden (vgl. Michel a. a. O. S. 446 r. Sp.; Desterle a. a. O. S. 1502 u. 1503).

Die grundsätzlich nicht als Neuerrichtung geltende Übernahme einer Verkaufsstelle liegt nicht schon dann vor, wenn der Verkaufsraum übernommen, lediglich die Verfügungsberechtigung über den Raum erlangt wird, in dem schon bisher ein Einzelhandelsgeschäft betrieben wurde. Es muß vielmehr das in dem Verkaufsraum betriebene Einzelhandelsgeschäft als solches übernommen werden. Vermietet daher der Eigentümer des Hauses, in dem sich der Verkaufsraum eines Einzelhandelsgeschäfts befindet, diesen Raum nach dem Auszug des seitherigen Mieters und Geschäftsinhabers wieder und kann er mangels Verfügungsberechtigung über das Geschäft dieses selbst dem neuen Mieter nicht übertragen, so errichtet der neue Mieter, der in dem Verkaufsraum ein Einzelhandelsgeschäft betreiben will, eine neue Verkaufsstelle i. S. des § 2 Abs. 1 EhSchG., sofern er nicht als Inhaber eines seither in einem anderen Verkaufsraum des Gemeindebezirks betriebenen Geschäfts dieses in den gemieteten Verkaufsraum verlegt (vgl. Michel a. a. O. S. 446/447; Desterle a. a. O. S. 1503 I. Sp.). Entsprechendes gilt, wenn der Eigentümer in dem in seinem Hause sich befindenden, bisher einem Geschäftsinhaber vermieteten und von diesem benützten Verkaufsraum selbst eine Verkaufsstelle weiterbetreiben will und nicht durch Übernahme auch Inhaber des in dem Verkaufsraum seither betriebenen Geschäfts geworden ist.

Ohne Zulassung einer Ausnahme gem. § 5 EhSchG. war der Kl. zum Betrieb einer Verkaufsstelle in dem von ihm erworbenen Hause A.-gasse 2 hiernach nur berechtigt, wenn er das in diesem Hause vor seinem Einzug betriebene Einzelhandelsgeschäft übernommen oder seit bisher in der E.-straße 2 betriebenes Geschäft in das Haus A.-gasse 2 verlegt hat.

2. Die Verkaufsstelle in dem Hause A.-gasse 2 in O. wurde bis zum 17. April von dem Händler X. betrieben. Die Annahme, daß der Kl. nicht nur den von X. für sein Geschäft benützten Verkaufsraum, sondern auch das Geschäft des X. selbst übernommen hat, ist nach dem eigenen Vorbringen des Kl. ausgeschlossen. Der Kl. hat vielmehr, nachdem X. das von dem Kl. erworbene Haus A.-gasse 2 geräumt hatte, lediglich die volle Verfügung über den in dem Hause sich befindenden Verkaufsraum erhalten. Sein Geschäft hat X. dem Kl. aber nicht überlassen, er führt es vielmehr in einem Verkaufsraum in der Th.-gasse 2 zu O. weiter; X. war somit über sein Geschäft verfügberechtigt geblieben und hat seine Verkaufsstelle verlegt.

3. Von einer Verlegung der von dem Kl. in dem Hause E.-straße 2 betriebenen Verkaufsstelle in das Haus A.-gasse 2 kann i. S. des EhSchG. nur gesprochen werden, wenn der Kl. seinerseits dem Y. nur den Verkaufsraum in dem Hause E.-straße 2, nicht aber das von ihm darin betriebene Einzelhandelsgeschäft überlassen hat, mithin Y. nicht als Übernehmer des von dem Kl. in lehtgenanntem Hause früher betriebenen Geschäfts anzusehen ist. Denn ein von Y. übernommenes Geschäft konnte der Kl. nicht mehr verlegen. In dem von dem Kl. vorgelegten notariellen Kaufvertrag v. 7. Dez. 1933, durch den das Gesamtgut der Fahrrägergemeinschaft zwischen dem Kl. und seiner Ehefrau das in Frage stehende Grundstück der Gemarkung O. dem Landwirt Y. in O. verkauft hat, ist von der Übernahme des in dem Anwesen von dem Kl. seither betriebenen Geschäfts durch den Käufer Y. nicht ausdrücklich die Rede; in § 2 des Vertrags ist nur bestimmt, daß das Anwesen „samt Zubehör laut beiforderem Verzeichnis (außerhalb des Vertrags)“ verkauft wird. Der als Zeuge beeidigt vernommene Käufer Y. hat aber erklärt, er habe nicht nur das Anwesen, sondern auch das darin von dem Kl. im Zeitpunkt des Kaufabschlusses betriebene Geschäft gekauft. Das in § 2 des Kaufvertrags erwähnte Verzeichnis des „Zubehörs“ hat Y. dem Gerichtshof vorgelegt. Die darin genannten Gegenstände und Waren hat Y. übernommen. Wenn es sich auch nicht um eine große Menge von Waren gehandelt hat, und wenn der Kl. bei seinem Auszug aus dem Anwesen E.-straße 2 Warenbestände an Lebensmitteln mitgenommen hat, so bestätigt die Tatsache der Übernahme von Waren und Geschäftseinrichtungsgegenständen doch den von Y. eingenommenen Standpunkt, daß er an Stelle des Kl. das Geschäft weiterführen sollte. Andererseits wird die Annahme, daß das Geschäft als solches auf Y. übergehen sollte, nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Genannte nicht sämtliche Waren übernommen hat. Worauf es dem Y. ankam, war offensichtlich, daß er die als wirtschaftliches Gut sich darstellende Möglichkeit erwerben wollte, das bei der Kundenschaft eingeführte Geschäft, wie es der Kl. im Hause E.-straße 2 betrieben hatte, weiterzuführen. Y. hat unwiderrulegt und glaubhaft angegeben, daß er von O., wo er Landwirt war, nach O. nur in der Absicht gezogen sei, das Geschäft des Kl. zu übernehmen, und daß er ohne das Geschäft keinerlei Interesse am Kauf des Anwesens gehabt hätte. Er hat, wie er weiter glaubhaft ausgesagt hat, auch darauf bestanden, daß eine auf dem Anwesen E.-straße 2 eingetragene Gebrauchsbeschränkung — eine Konkurrenzklause — gelöscht wird. Das von Y. beim Kaufabschluß verfolgte Ziel war dem Kl. sicher bekannt und nach den gegebenen Verhältnissen ohne weiteres erkennbar, das Ziel ging dahin, durch den Kauf die Verfügung über das Anwesen und das in ihm betriebene Geschäft, das sich nicht auf den Handel mit Futter-, Dünger- und Schädlingsbekämpfungsmitteln beschränkte, zu erlangen. Es mag dahingestellt

bleiben, welche Absichten der Kl. für seine Zukunft nach dem Verkauf des Hauses Estraße 2 hatte und was dem V. über diese Absichten zur Zeit des Verkaufsabschlusses bekannt war. Zweck und Inhalt der zwischen V. und dem Kl. geschlossenen Vereinbarung konnten nach der gegebenen Sachlage durch die Zukunftsabsichten des Kl. nicht berührt werden. Bei Bürigung aller Umstände glaubte der Gerichtshof daher den Zeugen V., daß er das mit dem Kauf erstrebte Ziel erreicht hat, daß also nach dem Willen der Vertragsparteien V. Haus und Geschäft erworben, die von dem Kl. in dem Hause Estraße 2 betriebene Verkaufsstelle jedenfalls i. S. des EStGB übernommen hat. Die Annahme, daß der Kl. das von ihm in dem Anwesen Estraße 2 betriebene Geschäft in das Anwesen Agasse 2 verlegt habe, ist somit gleichfalls nicht begründet.

(BadVBG., Entsch. v. 12. Dez. 1934, 124/34.)

Ber. von Dr. Kloß, Karlsruhe

Sachsen Sächsisches Oberverwaltungsgericht

1. ReichsVO. v. 8. Dez. 1931 und 15. April 1932. Anordnungen auf Preisherabsetzung. Eine Anordnung nach § 7 ReichsVO. v. 8. Dez. 1931 und 15. April 1932 auf Herabsetzung gewisser Preise ist eine polizeiliche Verfügung, gegen die nach sächsischem Recht der ordentliche Rechtsmittelzug (Rekurs und Anfechtungsklage) gegeben ist. Die vom Gesetzgeber in Sach 2 des genannten § 7 ReichsVO. angeordnete Anfechtbarkeit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist durch die landesrechtliche Zulassung der Anfechtungsklage (auf der 3. Rechtsstufe) gegeben. Für ein Verwaltungsstreitverfahren nach § 21 VerwRöflG. ist kein Raum.

(SächsOBG., Entsch. v. 19. Okt. 1934, 97 I/34.)

2. Ob polizeiliches Einschreiten gerechtfertigt ist, kann nur nach der Beitauschauung beurteilt werden. Strengere sittliche Auffassung nach der nationalen Erhebung.

Polizeiliches Einschreiten ist gegen Störungen der öffentlichen Ordnung zulässig. Der Begriff der öffentlichen Ordnung steht nicht unveränderlich für alle Zeiten und Orte fest. Da er die Gesamtheit aller geschriebenen und ungeschriebenen Regeln umfaßt, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unentbehrliche Voraussetzung für ein gebliebliches Gemeinschaftsleben angesehen wird, so wandelt er sich im Laufe der Zeiten mit diesen Anschauungen und kann auch je nach dem Orte verschieden sein. Mit der nationalsozialistischen Erhebung haben sich die Auffassungen von Staat und Gesellschaft verändert; der neue Staat sucht die sittlichen Verfallscheinungen und kulturellen Verirrungen der Jahre nach dem Kriege zu überwinden und hat strengere sittliche und soziale Anschauungen an ihre Stelle gesetzt. Diese Anschauungen sind heute für die Auslegung des Begriffs der öffentlichen Ordnung maßgebend. Für die Beurteilung der Frage, ob danach die öffentliche Aufstellung von Automaten mit empfängnisverhügenden Mitteln gegen die öffentliche Ordnung verstößt, kommt es darauf an, wie der öffentliche Vertrieb der Schuhmittel durch Automaten auf das Empfinden der Bevölkerung wirkt. Wie jede öffentliche Erörterung geschlechter Dinge, so muß auch das öffentliche Vertreiben von Gegenständen, die auf den Geschlechtsverkehr hinweisen und dem Geschlechtsverkehr dienen, auf das Empfinden eines Menschen mit natürlichem unverbildeten Schamgefühl störend und verleidend wirken.

Dass außerdem besonders Jugendliche hierdurch auf den außerehelichen Geschlechtsverkehr geradezu hingelenkt werden können, liegt auf der Hand. Mögen in großen Städten, wo häufig die Bevölkerung in diesen Dingen weniger empfindlich ist, die Verhältnisse stellenweise anders zu beurteilen sein, so kann jedenfalls den Verwaltungsbehörden nicht entgegengetreten werden, wenn sie in einer kleineren Stadt die öffentliche Aufstellung von Schuhmittelautomaten als einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung ansiehen. Die Aufstellung der Automaten hat im vorl. Falle tatsächlich auch in weiten Kreisen der Bevölkerung Anstoß erregt. Danach war die Anordnung auf Beseitigung der Schuhmittelautomaten gerechtfertigt. An diesem Ergebnis würde sich auch nichts ändern, wenn die Befürchtung richtig wäre, daß das Verbot den Absatz der Schuhmittel beeinträchtigen und wirtschaftliche Nachteile für die Herstellerfirmen zur Folge haben könnte; denn solche Erwägungen dürfen die Polizeibehörden nicht hindern, ihre Pflichten zum Schutze der Öffentlichkeit zu erfüllen.

(SächsOBG., Entsch. v. 11. Jan. 1935, 170 I 33.)

3. § 44 BGB. Entziehung der Rechtsfähigkeit eines Vereins. Wenn die Tätigkeit, die jemand als privater Gewerbetreibender und andererseits als Vorsitzender eines sogenannten Idealvereins betreibt, derart miteinander verknüpft ist, daß eine Trennung überhaupt nicht möglich ist, so wird eine Betätigung des Vereins, die unter anderen Umständen als nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, sondern als Wohltätigkeit angesehen werden könnte, je nach Lage des Falles nicht gemeinnützig, sondern im Gegenteil gemeinschädlich sein können; denn sie kann darauf angelegt und geeignet sein, das laufende Publikum zu täuschen und den ehrlichen Handel in Misskredit zu bringen und zu beeinträchtigen. Die Allgemeinheit hat kein Interesse an einer "Wohltätigkeit", die nur deswegen ausgeübt wird, um unter ihrem Deckmantel Geschäfte zu machen.

(SächsOBG., Entsch. v. 9. Sept. 1934, 109 I/34.)

* 4. Keine Erstattungspflicht des Ehegatten für vorherliche Unterstützung.

Nach § 25 a RFürsVO. hat der Fürsorgeverband Anspruch auf Ersatz seiner Leistungen gegen den Ehegatten des Unterstützten. Diese Regelung hat ihren Grund darin, daß im Regelfalle durch die Unterstützung des einen Ehegatten auch dem anderen geholfen wird und daß es deshalb billig ist, den Ehegatten zum Ersatz so heranzuziehen, als wenn er selbst unterstützt worden wäre. Das alles trifft aber nur für Unterstützungsbezüge zu, die während des Bestehens der Ehe gewährt worden sind.

(SächsOBG., Entsch. v. 20. Dez. 1934, 144 II 34.)

* 5. Wirkung eines Burtschriftenverweisungsbeschlusses.

Ein Beschluß, durch den das OVG. eine Sache an die Verwaltungsbehörde zurückverweist, gegen deren Entsch. die Anfechtungsklage gerichtet war (§ 81 Abs. 3 SächsVerwRöflG.), ermächtigt diese Behörde zur Änderung ihrer Entsch., nötigt sie aber, wenn sie bei ihrer Entsch. bleiben will, nicht zu einer neuen förmlichen Entsch.

(SächsOBG., Entsch. v. 28. Nov. 1934, 41 II 34.)

6. § 14 SächsWegebauG. v. 12. Jan. 1870. Bedingte Einziehung öffentlicher Wege. Es ist zulässig, einen Weg für den Fall seiner Öffentlichkeit einzuziehen. Wird eine Wegeeinziehung in der Form beschlossen, daß ein öffentlicher Fahrweg als privater Wirtschaftsweg bestehen bleibt soll, so geht der Wille der Behörden dahin, daß die Anlieger, die den Weg bisher als öffentlichen, also trakt des Gemeingebräuchs benutzt haben, den Weg weiter als privaten Wirtschaftsweg sollen benutzen dürfen. Es soll die bisherige öffentlich-rechtliche Benutzungsbefugnis in anderer, nämlich privatrechtlicher Form aufrechterhalten werden. Ein solcher Einziehungsbeschluß enthält also eine ausschließende Bedingung des Inhalts, daß den Beteiligten die Benutzung des Weges als Privatwirtschaftsweg rechtlich sichergestellt wird. Solange dieser Erfolg nicht erreicht ist, ist der Weg noch nicht als rechtswirksam eingezogen anzusehen.

(SächsOBG., Entsch. v. 26. Okt. 1934, 206 I/33.)

* 7. Verpflichtung zur Steuererklärung.

Auf die Aufforderung der Steuerbehörde ist jeder zur Abgabe einer Steuererklärung verpflichtet, bei dem die Möglichkeit besteht, daß er der Steuer unterliegt (§ 167 RAbG.). Gegen die Aufforderung kann der Betroffene nicht einwenden, daß er zur Abgabe der Erklärung nicht gehalten sei, weil er nicht steuerpflichtig sei.

(SächsOBG., Entsch. v. 13. Dez. 1934, 132 II 34.)

Berichtigung

Die nachstehend verzeichneten Druckfehler in J.W. 1935, Heft 6, werden richtiggestellt:

S. 407 rechte Spalte, 17. Zeile von oben statt „GmbH.“ richtig: „Ges. m. b. H.“;

S. 417, linke Spalte, Leitsatz III 5. Zeile von oben statt „Anschluß“ richtig: „Anschluß“;

S. 439, rechte Spalte, Leitsatz zu Nr. 3, 1. Zeile statt „Biff. 9.“ richtig: „Biff. 3.“.

D. S.