

Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Justizrat Dr. Dr. Julius Magnus, Berlin, Rechtsanwalt Dr. Heinrich Dittenberger, Leipzig
unter Mitwirkung von Rechtsanwalt Dr. Dr. Max Hachenburg, Mannheim.

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13.

Sernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postfachkonto Leipzig Nr. 63673.

Die JW. erscheint wöchentlich. Bezugspreis monatlich M. 4.50; Einzelhefte kosten den halben Monatsbetrag. Für Studenten, Referendare und Assessoren im Vorbereitungsdienst ist ein Vorzugspreis von monatlich M. 3.— festgesetzt; Auskunft hierüber erteilt der Verlag. — Der Bezug erfolgt am zweckmäßigsten durch die Post, doch nehmen auch die Buchhandlungen und der Verlag Bestellungen an. Bestellungen über mangelhafte Zustellung sind bei Postbezug ausschließlich bei der Post anzubringen.

Anzeigen die 6 gespaltene Millimeterhöhe 23 Pf., für den Stellenmarkt 17 Pf., $\frac{1}{2}$ Seite M. 325.—, $\frac{1}{2}$ Seite M. 170.—, $\frac{1}{4}$ Seite M. 90.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungsstrich zu Trennungsstrich gerechnet. Bei Anzeigen kommen noch 75 Pf. Gebühren hinzu. Zahlungen ausnahmslos auf Postfachkonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63673, erbeten.

Für den Deutschen Anwaltverein sind Zuschriften nach Leipzig C 1, Nilschplatz 5, Zahlungen auf Postfachkonto Leipzig 10102 zu richten. Alle Sendungen für die Schriftleitung der JW. werden nach Berlin W 62, Maackstr. 27 erbeten.

Heinrich Dove †

Er ist vom Tode nicht überrascht worden. In den Briefen, die er in den letzten Wochen an seine Verwandten und Freunde schrieb, teilte er ihnen, als wäre es etwas Natürliches, mit, daß er im Sterben liegt. Niemand hat solchen Brief ohne tiefe Erschütterung empfangen. Nur er selbst wurde durch die Gewißheit, bald zu sterben, nicht erschüttert. Unsentimental, wie er auch sich selbst gegenüber war, wird er die Bilanz seines Lebens gezogen haben und dabei zu dem Ergebnisse gelangt sein, daß er die lange Wirkungszeit, die ihm ein gütiges Geschick vergönnt hat, erfolgreich und ersprießlich ausgenützt hat. Wir anderen werden allerdings, ohne den Boden nüchterner Wahrheit zu verlassen, eine viel weitergehende Feststellung treffen dürfen: wir wissen, daß mit Heinrich Dove eine der originellsten und fruchtbarsten Persönlichkeiten dahingegangen ist, die das deutsche Akademikertum hervorgebracht hat.

Schon der Rahmen seines Lebens hebt sich weit von allem durchschnittlichen ab. Als er im Jahre 1853 geboren wurde, war sein Vater, der große Physiker und Meteorologe, bereits seit 24 Jahren eine Zierde der Berliner Universität. Nicht weniger als vier Söhne haben dem vom Vater ererbten Ruhme des Namens neuen Glanz hinzugefügt, drei davon, wie er, als Universitätslehrer wirkend — einer Professor des Kirchenrechts, der zweite der Geschichte, der dritte der Geographie —, während Heinrich Dove, seinem inneren Berufe folgend, die Laufbahn des praktischen Juristen einschlug. Ein Jahr nach dem Staatsexamen ist er bereits Amtsrichter in Rogasen, zwei Jahre später Landrichter in Frankfurt a. M., wo seine ungewöhnliche Befähigung in Richter- wie in Anwaltskreisen auffällt. Niemand zweifelt daran, daß ihn sein Weg an die Spitze eines unserer höchsten Gerichte führen wird — da rollt ein Stein dazwischen: es hat sich herumgesprochen, daß er politisch liberal gesinnt ist, ja, er bewirbt sich als freisinniger Kandidat um ein Reichstagsmandat (1890). Es bedeutet schon viel, daß ihm trotzdem der damalige Justizminister die Ernennung zum Kammergerichtsrat anbietet — wenn er auf politische Betätigung verzichtet. Er aber weist selbstverständlich das an solche Bedingung geknüpfte Avancement zurück und bleibt schlichter Landgerichtsrat, bis ihn 1898 die Ältesten der Kaufmannschaft als Syndikus nach Berlin holen. Als bald nach Errichtung der Handelskammer wird er (1903) deren erster Beamter; diesen Posten behält er, bis er, nach vollendetem 75. Lebensjahr, in den Ruhestand tritt. Zu gleicher Zeit entwickelt er eine umfangreiche öffentliche Tätigkeit, von 1902 bis 1928 als Stadtverordneter, von 1903 bis 1918 als Mitglied des Reichstags, sechs Jahre davon als dessen Vizepräsident. Seine wissenschaftlichen Verdienste krönt die juristische Fakultät der Friedrich-Wilhelm-Universität durch Verleihung des Ehrendoktorates.

Vielleicht hat der preussische Justizminister, der mittelbar Doves Übertritt in den Handelskammerdienst veranlaßt und damit auch der ungehemmten Entfaltung seiner politischen Talente die Bahn geebnet hat, seinem Werdegang unbewußt die beste Richtung gegeben, die er überhaupt nehmen konnte. Gewiß, er wäre sonst wahrscheinlich ein hervorragender Gerichtspräsident, möglicherweise ein ausgezeichnete Dozent geworden. Aber in keiner dieser Eigenschaften wäre es ihm gelungen, seine eigentliche Begabung so zur Geltung zu bringen, wie es ihm die Position, die er seit 1898 einnahm, gestattete. Die drei Gebiete, denen er sich seitdem widmete — Recht, Wirtschaft, Politik — waren in seinem Geiste nicht durch Grenzpfähle getrennt, sondern Teile eines Ganzen. Diese Teile stets miteinander zu verbinden, das Recht den Bedürfnissen der Wirtschaft anzupassen, in der Wirtschaft den Rechtsgedanken hochzuhalten und in der Politik die Forderungen des Rechts und der Wirtschaft zu vertreten — das wurde die Aufgabe, der er fortan seine ganze Kraft leihen durfte. Dabei war er ebenso wenig ein Beamter, der sorgsam des Dienstes gleichgestellte Uhr respektierte, wie ein „Autor epochemachender Monographien“, wie ein „führender Parlamentarier“. Er war zu schöpferisch, um sich derart zu spezialisieren. Statt dessen zog sein beweglicher Verstand jede erhebliche Frage, die in den weiten Bezirken seines Amtes, seines Wissens und Könnens auftauchte, an sich, und niemals war ihm bei der Bearbeitung mindestens der Erfolg versagt, Probleme zu zeigen, zu klären und der Lösung entgegenzuführen. Als Syndikus der amtlichen Handelsvertretungen wendete er seine besondere Aufmerksamkeit der Erstattung von Gutachten an Gerichte zu. Die Sammlung der grundsätzlich wichtigen Gutachten, die er anfangs mit Apt, dann mit Meyerstein gemeinsam herausgab, hat sich für die juristische wie für die kaufmännische Praxis als sehr wertvoll

ermiesen. Für die ernste Auffassung, mit der er gerade an diese Materie herantrat, zeugen unter anderem zwei wichtige Aufsätze von ihm in der Juristischen Wochenschrift: „Subjektive Elemente bei der Gewohnheitsrechtsbildung. Handelsgebräuche und typische Geschäftsbedingungen“ (1916) und „Die Handelskammern als die Rechtsbildung vermittelnde Organe“ (1927). Dem schwierigen Komplex des Börsen- und Bankrechts bewahrte er die Treue, auch nachdem er das Dezernat des Börsensyndikats abgegeben hatte. Aus seiner Feder stammt der Abschnitt: „Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel“ in dem Börsengesetzkommentar des Zentralverbandes des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes. Die Novelle zum Börsengesetz vom 8. Mai 1908 hat er durch seine parlamentarische Arbeit stark beeinflusst. Über Kartellrecht gab er bereits 1902 dem Deutschen Juristentag ein vorzügliches Gutachten ab; denselben vorausschauenden Blick, wie hierbei, verriet er bei der schriftstellerischen und parlamentarischen Behandlung aktienrechtlicher Fragen, deren Ernst weitere Kreise erst in letzter Zeit voll erkannt haben. Er verfaßte einen vielbenutzten Handkommentar des Handelsgesetzbuchs und gab mit Felig Meher, Kohler und Trumpler das große Werk: „Die Handelsgesetze des Erdballs“ heraus. Mit Vorliebe vertiefte er sich in die Rechtssphäre, in der literarische, künstlerische und technische mit wirtschaftlichen Interessen zusammenstoßen: Urheberrecht, gewerblicher Rechtsschutz, Kunstschutz gehörten zu seiner Domäne. Nicht minder reizten ihn die Probleme des deutschen und des zwischenstaatlichen Schiffsrechts, des Kolonialrechts und des internationalen Privatrechts, dessen vertragsmäßige Fortbildung in ihm einen Hauptverfechter hatte. Daß es daneben kaum ein Gebiet des öffentlichen und des privaten Rechts gab, auf dem er nicht Kenntnis und Verständnis besaß, zeigt die unübersehbare Zahl seiner Reden im Reichstag, auf dem Deutschen Juristentag, im Verein für Sozialpolitik, auf internationalen Kongressen, und seiner Aufsätze in den Mitteilungen der Industrie- und Handelskammer zu Berlin, der Juristischen Wochenschrift, der Deutschen Juristen-Zeitung, dem Bank-Archiv, den Preussischen Jahrbüchern und vielen anderen angesehenen Zeitschriften und Zeitungen. Nur eines sei an dieser Stelle noch hervorgehoben: das ist sein wiederholtes Eintreten für den Anwaltsstand, von dessen Bedeutung er durchdrungen war und dessen begründeter Forderungen er sich wirksam annahm. Schon in einer Reichstagsrede vom 6. November 1908 bezeichnete er es als einen Fehler, von dem Anwalt die unentgeltliche Vertretung in Armensachen zu verlangen, und schon damals gab er zu erwägen, „ob es nicht richtig ist, daß hier der Fiskus eintritt und die Gebühren bezahlt“. Und in seiner Rede vom 26. April 1909 ist der schöne Satz zu lesen: „Gerade ich, als früherer Richter, halte mich für verpflichtet zu betonen, daß wir uns in Deutschland eines Anwaltsstandes zu erfreuen haben, auf den stolz zu sein wir alle Veranlassung haben.“

Heinrich Dove hat ein an Umfang, Inhalt und vielseitiger Leistung erstaunlich reiches Lebenswerk vollbracht. In- des, der Nachruf wäre unvollkommen, würdigte er nur sein Werk: stand doch hinter dem Werk eine Persönlichkeit, die den Anspruch hat, als Wert für sich festgehalten zu werden. Fast übertrieben einfach wie seine ganze Lebensweise war sein Äußeres. Doch aus dem feingeschnittenen Gesicht sahen durch ein altmodisches, natürlich mit Nadelrändern eingefasstes Pincenez zwei kluge Augen, wissend und wissensdurftig zugleich, in die Welt. So blieb er bis zu seinem Ende Lehrer und Lernender, durch beides auch namentlich der Jugend verbunden, auf deren Wohl er, wo er konnte, bedacht war. Seiner liberalen, vorurteilslosen und wahrhaft sozialen Denkungsweise lag, bei aller Überzeugungstreue, jede Einseitigkeit fern; ein angeborener Skeptizismus ließ ihn die Relativität von gut und böse erkennen; nur sobald er seinen Gerechtigkeitsinn verletzt oder seine Unabhängigkeit bedroht glaubte, konnte er leidenschaftlich und aggressiv werden. Die Kunst seiner Rede wurde gehoben nicht allein durch sein ungewöhnlich hohes Bildungsniveau, sondern vor allem auch durch den schlagfertigen Witz, der ihm unumschränkt zu Gebote stand. Der volle Reiz seines Wesens offenbarte sich aber in der intimen Unterhaltung: wer sie je genossen hat, kann die köstliche Erinnerung daran nicht verlieren.

Die juristische Wissenschaft hat in Heinrich Dove einen ihrer mit Recht angesehensten und beliebtesten Senioren verloren. Sein Andenken ist dem lebenden Geschlecht unvergesslich. Sein Schaffen wird das lebende Geschlecht überdauern.

Oscar Meyer.

Die Gutachtenerstattung der Industrie- und Handelskammern im Zivilprozeß.

Von Gerichtsassessor Ernst-Wilhelm Lamann, Berlin.

I. Die materiellrechtlichen Begriffe.

Zur Gutachtenerstattung sind die Industrie- und Handelskammern auf den Gebieten berufen, auf denen ihnen besondere Sachkunde eignet. Sie haben ihr Gutachten über das Bestehen oder Nichtbestehen von Handelsgewohnheitsrechten, Verkehrssitten, Handelsgebräuchen und Verkehrsanschauungen abzugeben. Auf welchen der vorgenannten Begriffe sich das Gutachten bezieht, wird in der Praxis oft nicht unterschieden. Trotzdem ist eine scharfe Trennung dieser Begriffe sowohl durch den Richter für die Bewertung des Prozeßstoffes, wie auch bei den Kammern für die Vorarbeiten zu den von ihnen zu erstattenden Gutachten von großer Bedeutung.

Die Möglichkeiten für die Entstehung eines Gewohnheitsrechts sind nach geltendem Recht außerordentlich gering (vgl. RG. 102, 12; 17, 181; 2, 192; 12, 292). Die Bildung von Gewohnheitsrechten gegen das BGB. läßt sich darum auch nicht nachweisen (Vertmann: DZS. 1916, 757). Auch die Entscheidungen des RG. seit 1900 geben kein Beispiel für die Bildung eines Reichsgewohnheitsrechts. Bei richtiger Abgrenzung gegen die Verkehrssitte dürften sich

auch auf dem Gebiet des Handelsrechts weder ergänzende noch widerstreitende Reichsgewohnheitsrechte nachweisen lassen (Staub, BGB. 1926, I, 1, S. 9). Die Entstehung eines behaupteten Gewohnheitsrechts wird der Richter darum stets aus rechtlichen Erwägungen verneinen können.

Verkehrssitte ist „die den Geschäftsverkehr beherrschende dauernde und gleichmäßige Übung“ (RG. 49, 162; 118, 140 = JW. 1927, 2907). Sie enthält zum Unterschied von der rein tatsächlichen Übung ein normatives Element, welches auf der Überzeugung der Beteiligten beruht, daß ihr Handeln beim Fehlen besonderer Abrede der Verkehrssitte unterliegt (vgl. Vertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914, S. 33). Für den Ortsgebrauch als die örtlich begrenzte Verkehrssitte und den Handelsbrauch als die Verkehrssitte unter Kaufleuten gilt das gleiche.

Die materiellrechtliche Berücksichtigung der Verkehrssitte findet ihre Grundlage in den §§ 157 und 242 BGB. Aus ihnen folgt, daß Verkehrssitte und Handelsbrauch im Gegensatz zum Gewohnheitsrecht nicht selbst Recht schaffen, sondern nur Auslegungsmittel sind (so schon 1873 Laband: ZHR. 17, 491; Goldschmidt, Handelsrecht, 3. Aufl.,

§. 334; RDSG. 6, 78). Sie werden damit zum Teil der Parteivollensklärung. Somit können auch sie nur dispositiven Gesetzesvorschriften vorgehen, während sie jedem Satz zwingenden Rechts nachzustehen haben (Laband a. a. D. S. 489; Schreiber, Handelsbräuche S. 58, 63). Der von der Partei behauptete, im Widerspruch zur zwingenden Gesetzesvorschrift stehende Handelsbrauch ist deshalb unbeachtlich.

Handelsbrauch und Verkehrsritte finden ihre Grenze in der Unsitte, dem Verkehrsmißbrauch (so RG. 114, 13 = JW. 1926, 2077¹); vgl. auch RG. 103, 148; Dove: DWirtschaft. 1926, 306). Auch der zugunsten einer bestimmten Person durch das Gesetz geschützte Rechtszustand steht der Berücksichtigung widerstreitender Verkehrsritten entgegen (RG. 114, 14).

Die Auslegung der Willenserklärung erfolgt nach herrschender neuerer Ansicht unter Berücksichtigung der Verkehrsritte, ohne daß es darauf ankommt, ob sie dem Erklärenden bekannt war (RG. 114, 12). Hieraus folgt, daß häufig einem Vertragsteil Pflichten auferlegt werden, an die er bei Abschluß des Vertrages nicht gedacht hat, und die ihm möglicherweise unerwünscht sind. Von diesen Pflichten kann ihn die Anfechtung wegen Irrtums aus § 119 Abs. 1 BGB. befreien (vgl. die Literatur bei Dertmann a. a. D. S. 66/67). Ein Irrtum liegt aber nicht vor, wenn sich der Erklärende über das Bestehen eines Handelsbrauchs oder einer Verkehrsritte überhaupt keine Gedanken gemacht hat. In solchem Falle, der meistens vorliegt, ist die Irrtumsanfechtung daher nicht gegeben. Anfechten kann der Erklärende nur, wenn er an das Vorliegen einer Verkehrsritte zwar gedacht hat, wenn seine Vorstellungen über Art und Umfang der Verkehrsritte aber falsche waren. Die Anfechtung ist, auch wenn sie möglich ist, nicht unbedenklich, da der Anfechtende dem Anfechtungsgegner und unter Umständen auch Dritten den Schaden zu ersetzen hat, den diese dadurch erleiden, daß sie auf die Gültigkeit der angefochtenen Erklärung vertrauten (§ 122 BGB.). Wenn dieser Schadensersatz auch auf das Erfüllungsinteresse begrenzt ist, so wird er dem Anfechtenden fast ausnahmslos den wirtschaftlichen Erfolg der Anfechtung wieder nehmen.

II. Die Berücksichtigung von Verkehrsritte und Handelsbrauch im Prozeß.

Verkehrsritte, Handelsbrauch und Verkehrsanschauungen sind allgemeine Erfahrungssätze. Dies sind sie auch, wenn sie den Anschauungen bestimmter begrenzter Kreise entstammen. Häufig werden Verkehrsritten „offenkundige Tatsachen“ sein.

Das Gericht kann zu ihrer Feststellung Erkenntnisquellen jeder Art benutzen, insbesondere kann es sich noch während des Prozesses auf außeramtlichem Wege über sie unterrichten (Stein-Jonas, I, 1925, Vorbem. I vor § 402 ZPD.). Wertvoll sind hierfür die „amtlichen Mitteilungen“ der einzelnen Industrie- und Handelskammern, in denen diese die von ihnen erstatteten Gutachten von allgemeiner Bedeutung veröffentlichen. Für die Vergangenheit ist auch die im Auftrage der Berliner Kammer herausgegebene Gutachtenammlung Dove-Meyerstein von Bedeutung, die vorläufig alle wichtigen bis 1926 erstatteten Gutachten dieser Kammer enthält. Ferner hat die Berliner Kammer die Handelsgebräuche folgender Geschäftszweige herausgegeben: Brennholzhandel, Handel mit Chemikalien, Drogen, Farben und Lacken, frischem Fleisch, Speck, Därmen, Holzhandel und Handel mit ausländischen Hölzern und Fournieren, Handel mit Nahrungs- und Genussmitteln, Obst, Gemüse und Südkrüchten, Papierhandel, Seifenhandel, Handel mit Vieh und Geflügel auf dem Magervieh Hof Berlin-Friedrichsfelde und Weinhandel. Gleiche Veröffentlichungen sind auch von anderen Kammern erfolgt. Die Benutzung dieser Hilfsmittel erspart häufig die zeitraubende Einholung eines Gutachtens.

Erst beim Verlangen dieser Hilfsmittel ist ein Gutachten der zuständigen Industrie- und Handelskammer einzuholen. Ihre Eigenschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Behördencharakter gewährleistet die notwendige Objektivität. Anfragen bei wirtschaftlichen Verbänden kommen wegen ihrer

Stellung als Partei im Wirtschaftskampfe nicht in Betracht. Auch die Vereinigung preuß. Industrie- und Handelskammern und der Industrie- und Handelstag sind nicht zu befragen, da sie selbst nicht Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, sondern nur Vereine bürgerlichen Rechts.

Der Sachverständige ist nicht der berufene Gutachter in diesen Fragen. Seine Sachkunde befähigt ihn zur Beantwortung konkreter Fragen seines Fachgebiets, die Beantwortung allgemeiner Sätze ist nicht seine Aufgabe. Auch fehlt ihm die Kenntnis anderer Geschäftszweige, die bei Erstattung eines Gutachtens über Verkehrsritten und Handelsgebräuche erforderlich ist, um widerstreitende Interessen auszugleichen. Zu berücksichtigen ist auch, daß durch ein Sachverständigengutachten meist erhebliche Kosten entstehen, während Kammergutachten unentgeltlich oder gegen eine geringe Verwaltungsgebühr erstattet werden (vgl. § 1 HKB.). Der Aufgabenkreis der Sachverständigen bleibt auch bei dieser Einschränkung umfangreich genug.

Die Feststellung von Verkehrsritten, Handelsgebräuchen und Verkehrsanschauungen fällt nicht unter die Regeln des Tatsachenbeweises (Stein-Jonas, I, 1925, S. 737 zu § 282 ZPD.). Die Parteien brauchen sie nicht einmal zu behaupten (Stein-Jonas a. a. D. vor § 128 S. 368). Andererseits ist ein Geständnis weder auf ihre Feststellung noch auf ihre Anwendung von Einfluß. Nur darf das Gericht sie nicht als erwiesen ansehen, wenn über ihr Gegenteil zwischen den Parteien Einverständnis herrscht (Stein-Jonas vor § 128 S. 369). Die Einholung eines Gutachtens kann auch gegen den Widerspruch einer Partei erfolgen (Staub 1926, I, 1, S. 10/11 und RG. 1924 Rspr. Beil. Nr. 1325).

Wie alle Tatsachenfeststellungen sind auch festgestellte Verkehrsritten und Handelsgebräuche für das Revisionsgericht maßgebend. Wird jedoch ein kaufmännischer Begriff, z. B. die Freibleibendklausel, ausschließlich nach Logik und allgemeinen Rechtsgrundsätzen ausgelegt, so unterliegt diese Auslegung der Nachprüfung in der Revisionsinstanz (RG. 103, 415). Ferner unterliegt die Frage der Revision, ob bei der Feststellung von Sitten und Gebräuchen Rechtsgrundsätze verletzt worden sind (RG. 110, 49 = JW. 1925, 1759).

III. Das Ersuchen des Gerichts.

Die Industrie- und Handelskammern erstatten Gutachten nur auf formelle Ersuchen der Gerichte. Ein Beweisbeschluss bedarf es nicht. Die durch Verfügung angeordnete Anfrage genügt. In einfachen Fällen ist auch eine Aktenübersendung unnötig. Sie würde nur Kosten verursachen und die Akten dem Gericht entziehen. Verschafft sich der Richter durch Einsichtnahme amtlichen Handelskammermaterials Kenntnis von einer Verkehrsritte, so genügt ein Aktenvermerk über die Quelle.

In allen schwierigeren Fällen ist Übersendung der Akten aber angebracht. Sie ermöglicht der Handelskammer Tatsachenfeststellungen, die sonst besonderer Rückfrage bedürfen. Bei umfangreichen Blattsammlungen empfiehlt es sich, in dem Ersuchen den unstreitigen und streitigen Sachverhalt kurz zu umreißen. Auf diese Weise wird eine von der Würdigung des Gerichts abweichende Würdigung des Prozeßstoffes durch die Kammer vermieden, die leicht zu Mißverständnissen führen kann und Fehlerquellen birgt. Hierdurch wird auch die Industrie- und Handelskammer in den Stand gesetzt, das Gericht darauf hinzuweisen, daß der Sachverhalt nach kaufmännischer Auffassung einer anderen Würdigung bedarf. Zu einer solchen Stellungnahme darf die Kammer sich aber nicht für befugt halten, wenn ihr nur die Frage vorgelegt wird, ob ein bestimmter Handelsbrauch besteht oder nicht.

Bei Verkehrsritten und Gebräuchen von umfassender örtlicher Geltung ist die Anfrage bei einer Kammer meist nicht ausreichend. In solchen Fällen ist die Versendung der Anfrage ohne Akten mit kurzer, aber ausreichender Darstellung des Sach- und Streitstandes tunlich.

Unbedingt zu vermeiden ist jedoch ein Ersuchen um Erstattung eines Gutachtens über eine Rechtsfrage (vgl. hierzu Schreiber a. a. D. S. 70 ff.). Derartige Ersuchen sind nicht selten. Falsch war z. B. die Anfrage eines Gerichts, ob der Rennwetttschein ein Legitimationspapier ist; richtig hingegen

¹) Vgl. Dove, Die Handelskammern als die Rechtsbildung vermittelnde Organe: JW. 1927, 1057.

die Anfrage, ob eine Verkehrssitte besteht, nach welcher die Buchmacher den Inhabern von Kennzettelscheinen den Gewinn ohne Prüfung ihrer Legitimation oder Berechtigung auszahlen.

IV. Die Technik der Gutachtenerstattung.

Das Gutachten soll dem Gericht eine amtliche Urkunde verschaffen. Die Unterzeichnung durch einen der gesetzlichen Vertreter der Industrie- und Handelskammern ist darum erforderlich. Die Unterzeichnung durch einen Syndikus der Kammer „in Vertretung des Präsidiums“ ist bedenklich.

Der Gutachtenerstattung geht die erforderliche Tatsachenermittlung voraus, meist durch Umfrage bei den Kammermitgliedern, die den in Rede stehenden Geschäftszweig vertreten. Sodann hat der Referent der Kammer (Syndikus) auf Grund des ihm vorliegenden Materials das Bestehen oder Nichtbestehen der Verkehrssitte oder des Handelsbrauchs zu ermitteln (vgl. hierzu Dove a. a. O. S. 306/07). Unrichtig erscheint es, was häufig von Kammern der Provinz beobachtet wurde, dem Gericht die verschiedenen einander widersprechenden Äußerungen der beteiligten Verkehrskreise zu eigener Stellungnahme zu übermitteln. Gerade an diesem Punkt hat die eigene Tätigkeit der Kammer einzusetzen. Hat das Gericht gegen das Zustandekommen des Gutachtens Be-

denken, so kann es um Ergänzung in dieser Hinsicht ersuchen (Ruffbaum: HansRZ. 1922, 650).

Bei der Abfassung des Gutachtens ist insbesondere folgendes zu beachten:

- a) Die Feststellung einer tatsächlichen Übung allein genügt nicht zu Bejahung einer Verkehrssitte oder eines Handelsbrauchs (vgl. oben I Abs. 3). Es muß außerdem die Überzeugung der beteiligten Kreise (meist Produzenten — Großhändler, Großhändler — Kleinhändler, Kleinhändler — Verbraucher) festgestellt werden, daß ihre Rechtsbeziehung gerade beim Fehlen besonderer Abmachung dem Brauch unterliegt.
- b) Bei Verkehrssitten bedarf der Standpunkt der Abnehmer besonderer Aufmerksamkeit. An dieser Stelle wird oft die Kritik des Richters, der stets Konsument und an das Gutachten nicht gebunden ist, eingesetzt (vgl. das oben II a. E. erwähnte Urteil RG. 110, 49).

Der Entwurf des dem Gericht zu erstattenden Gutachtens wird sämtlichen Mitgliedern der Kammer zur Kenntnisnahme und eventuellem Widerspruch übersandt. Bei Widersprüchen wird in eine erneute Erörterung über das Gutachten eingetreten. Auf diese Weise ist eine umfangreiche Kontrolle gewährleistet, die das Gutachten zum wertvollen und wichtigen Teil des Prozeßstoffes macht.

Der Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften.

I.

Von MinDir. Dr. Dr. Schlegelberger, Berlin:
JW. 1930, 2617.

II. Die Kapitalbasis.

Von MinR. Quassowski, Berlin: JW. 1930, 2618.

III.

Von UGR. (jetzt DRGKR.) Dr. Karl Schmölder, Berlin:
JW. 1930, 2623.

IV. Bilanzvorschriften.

Von UR. und LR. Dr. Fritz Ullmann, Berlin:
JW. 1930, 2633.

V.

Von FR. Dr. Albert Pinner, Berlin: JW. 1930, 3673.

VI. Aktienrechtsentwurf und gemischtwirtschaftliche Unternehmung.

Von Wirkl. Geh. Rat Prof. Dr. G. Göppert, Bonn:
JW. 1930, 3679.

VII. Das genehmigte Kapital nach dem Aktienrechtsentwurf.

Von Prof. Dr. Flechtheim, Berlin: JW. 1930, 3681.

VIII. Verhältniswahl und Ernennungsrecht beim Aufsichtsrat.

Von RA. Dr. Dr. Max Sackenburg, Mannheim:
JW. 1930, 3685.

IX. Überprüfte Regelung der aktienrechtlichen Pflichtrevision im Entwurf einer Novelle zum Versicherungsaufsichtsgesetz.

Von UGR. (jetzt DRGKR.) Dr. Karl Schmölder, Berlin:
JW. 1930, 3687.

X. Das Ausland und die deutsche Aktienrechtsreform.

Von RA. Dr. Emil v. Hofmannsthal, Wien:
JW. 1930, 3689.

XI.

Aber die Grundgedanken des Aktiengesetzentwurfs.

Von Prof. Dr. Arthur Ruffbaum, Berlin.

Soweit die an dem Aktiengesetzentwurf geübte Kritik aus Fachkreisen kommt, beschäftigt sie sich fast ausschließlich mit den Einzelheiten des Entwurfs. So nützlich solche Erörterungen auch sein mögen, so bedürfen sie doch der Ergänzung

durch eine Betrachtung, welche die Grundgedanken, die vor-
ausichtige Gesamtwirkung des Entwurfs ins Auge
faßt. Zu solcher Würdigung des Entwurfs soll im folgenden
ein Beitrag gegeben werden.

Die Aktienreformbewegung ist geschichtlich ausgegangen
von dem Aufkommen der Stimmrechts- und Vorratsaktien und
dem Überhandnehmen des Depotstimmrechts der Großbanken.
Die durch diese Entwicklung hervorgerufene Verwaltungsherr-
schaft ist stets der Hauptgegenstand des Kampfes gewesen.
Begrifflicherweise: denn die Verwaltungen haben durch die
verschiedenen Herrschaftsaktien die Verfügung sowohl über die
Dividenden wie — hauptsächlich wegen des Verwaltungs-
stimmrechts bei Bezugsrechtsentziehungen — über die Sub-
stanz der Aktionärsrechte erlangt. Die Mitglieder der Verwal-
tungen genießen Unabsehbarkeit und Sicherung gegen Abbau,
und sie sind damit in wirksamster Weise gegen den Zwang zu
einer über die Formalien hinausgehenden Rechenschafts-
ablegung geschützt. Daraus hat sich bei ihnen ein berechtigtes
Gefühl der völligen Unabhängigkeit gegenüber den Aktionären
entwickelt, und eben dieses Gefühl ist die Ursache anderer un-
liebsamer Erscheinungen geworden, die das Vertrauen zur
deutschen Aktie auf die Dauer notwendig untergraben mußten.
Über die aktienrechtlichen Wirkungen hinaus ist es aber offen-
bar ein Wirtschaftsproblem allererster Ordnung, ob die großen
deutschen Aktienunternehmungen ferner kraft einer Art fidei-
kommisarischer Bindung dauernd in der Hand eines eng
begrenzten Personenkreises bleiben sollen, der seine heutige
Rechtsstellung in den Wirren der Inflation erlangt hat.
Der Ernst der Lage hat sich verschärft durch die neueste Ent-
wicklung im Bankgewerbe, die zu der tief beklagenswerten
Zertrümmerung des privaten Bankierstandes geführt hat;
immer mehr sind die börsenfähigen Aktien des deutschen
Publikums in den Depots weniger Großbanken konzentriert,
die dadurch in die Lage versetzt sind, bei den Abstimmungen
gewissermaßen den gesamten Aktienbesitz der deutschen Nation
in die Waagschale zu werfen.

Die sehr allgemein gehaltene Einleitung zur Begründung
des Aktiengesetzentwurfs geht ebensowenig wie die Begrün-
dung der einzelnen Vorschläge auf diese konkreten Probleme
ein. Auch vermißt man eine solche Auseinandersetzung in dem
Vortrag, den Ministerialdirektor Prof. Dr. Schlegel-
berger, bekanntlich der Leiter der für die Reform zustän-
digen Abteilung des Reichsjustizministeriums, über die Kritik
des Entwurfs gehalten hat (JW. 1931, 3711) und der eine
sehr wichtige Ergänzung der amtlichen Begründung bildet.
Zunehmend werden die Stimmrechtsaktien, das Kernstück der
heutigen Verwaltungsherrschaft in dem Vortrag noch nach-
drücklicher verteidigt als im Entwurf selbst. Schlegel-

berger bezeichnet es als einen „Ausgangspunkt“ der Reform, daß das Mehrstimmrecht ein „alter Bestandteil“ des Aktienrechts sei. Wichtig ist, daß aus der Vorkriegszeit ein Fall bekanntgeworden ist, in dem eine AktG. Vorzugsaktien mit doppeltem Stimmrecht ausgegeben hat (Fabrik Groß-Berau, ein kleineres Unternehmen) sowie ein anderer, in welchem eine AktG. das zweifache Stimmrecht beschlossen hatte, aber den Beschluß auf Verlangen der Zulassungsstelle wieder rückgängig machen mußte (Schmulewiz, Die Verwaltungsaktie S. 25); auch ist in der Zeit vor 1870 (!) vereinzelt, z. B. bei der Berlin-Börsen Eisenbahngesellschaft, ein geringes Mehrstimmrecht für Prioritätsaktien vorgekommen (Schmulewiz S. 23). Diese Tatsachen scheinen mir nicht geeignet zu sein, einen Ausgangspunkt der neuen gesetzgeberischen Arbeit abzugeben. Das Hauptgewicht legte der Vortragende, hier mit der Begründung übereinstimmend, denn auch auf den Überfremdungsschutz, den die Stimmrechtsaktie angeblich gewährt. Was er in dieser Hinsicht ausführte, zeigt freilich, wie notwendig es ist, auf die Frage etwas näher einzugehen. Durch die Stimmrechtsaktien wird nämlich die Überfremdungsgefahr nicht verringert, sondern verschlimmert. Allerdings ist es beim Vorhandensein von Stimmrechtsaktien nicht möglich, durch Verkauf der Aktien am freien Markte die Herrschaft über das Unternehmen zu erlangen (obwohl die Reformgegner in anderem Zusammenhange immer wieder behaupten, die Verwaltungen könnten auf die Dauer doch nicht gegen die Kapitalmehrheit regieren; so z. B. Solmsen, Probleme des Aktienrechts, 2. Aufl., S. 78; Bericht der Aktienrechtskommission des Deutschen Juristentages, S. 24). Tatsächlich aber sind Überfremdungen durch Verkauf am freien Markte auch bei Gesellschaften, die keine Stimmrechtsaktien besitzen, außerhalb der Inflationszeit m. W. nicht bekannt geworden. Dagegen sind bereits in einer ganzen Zahl von Fällen Stimmrechtsaktien an Ausländer veräußert worden (Zusammenstellung bei Welker, Erneuerung des Aktienrechts 1929, S. 13), und es ist klar, daß unsere Notlage in Zukunft leicht zu weiteren derartigen Veräußerungen führen kann. Es können auch Stimmrechtsaktien von vornherein für Ausländer geschaffen werden (AktG. Dahlbusch in Gelsenkirchen-Rotthausen). Dadurch entsteht dann aber eine Überfremdung von höchst gefährlicher Art. Sie ist nicht mehr zu beseitigen, während Stammaktienmajoritäten börsengängiger Wertpapiere eher wechseln können. Auch kommt der Verkauf großer Mengen von Stammaktien wegen seiner notwendig stark kurssteigernden Wirkung immerhin dem Markt zugute (gerade diese Wirkung hindert freilich den Verkauf).

Schließlich darf man nicht übersehen, daß wir in unserer Armut ausländisches Kapital brauchen. Wir müssen zwischen der Überfremdung durch Stimmrechtsaktien, durch Stammaktien und derjenigen durch Verschuldung wählen. Unter diesen drei Möglichkeiten dürfte die Überfremdung durch Stammaktien in vielen Fällen die harmloseste sein; sicher ist diejenige durch Stimmrechtsaktien die gefährlichste.

Das Gegenargument Schlegelbergers ist ein Vergleich. Er meint, es verhalte sich mit dem angeblichen Einwand gegen die Schutzfunktion der Stimmrechtsaktien so, als ob man Feuerschutzvorrichtungen in Fabriken deshalb bekämpfen wollte, weil der Fabrikbesitzer selbst Brandstifter sein könne. Damit wird der Sinn des Einwandes völlig verkannt. Die Stimmrechtsaktie ist weniger Schutzvorrichtung als Zündstoff.

Schließlich wird zur Rechtfertigung der Stimmrechtsaktien in der amtlichen Begründung noch angeführt, sie könnten auch im Falle von Sanierungen „nicht ganz“ entbehrt werden. Die vorsichtige Formulierung dieses von den meisten Verteidigern der Stimmrechtsaktien vermeintlichen Arguments zeigt schon, daß ihm keine große Bedeutung einzuwohnen kann. Erfolgt die Sanierung eines Unternehmens in der Form der Schaffung neuer Aktien, so geschieht dies gewöhnlich in der Absicht, die Aktien sogleich oder später beim Publikum unterzubringen. Für den einzelnen Aktionär hat aber ein mehrfaches Stimmrecht wenig Reiz. Ihm liegt an Vorzugsdividende und Vorzugsstellung in der Liquidation, und diesen Wünschen entspricht der bekannte Typus der einstimmigen Sanierungs-Vorzugsaktie. Neuerdings ist ein Fall aus dem Jahre 1930 bekanntgeworden, in welchem ein Mehrstimmrecht aus Anlaß einer Sanierung ge-

schaffen wurde („Wirtschaft und Statistik“, herausgegeben von Statistischem Reichsamte 1930, S. 845). Die Mehrstimmaktien waren hier aber mit 40% am Gesellschaftskapital beteiligt. Es scheint sich danach um einen ganz besonders gearteten Fall gehandelt zu haben, über den leider nähere Mitteilungen nicht in die Öffentlichkeit gedrungen sind¹⁾.

Es geht aber überhaupt grundsätzlich nicht an, eine fehlerhafte Einrichtung damit zu rechtfertigen, daß sie in einem einzelnen Fall auch einmal nützlich wirkt. Selbstverständlich ist die Gesamtwirkung das Entscheidende. Aber die Begründung zum Aktiengesetzentwurf geht einer Auseinandersetzung mit dieser Frage aus dem Wege. Von der Unabsehbarkeit der Verwaltungen und den daraus entspringenden Folgen wird nicht einmal andeutungsweise etwas gesagt. Unbedingt hätte hierzu in dem einen oder anderen Sinne klare Stellung genommen werden müssen (vgl. auch schon Brodmann, Die Sanierung unseres Aktienwesens S. 19). In dem Vortrag Schlegelbergers findet sich nur die kurze Bemerkung, die Rücksicht auf den Schutz gegen innere Überfremdung (also das Bedürfnis der Verwaltungen nach Unabsehbarkeit) sei für den Entwurf nicht maßgebend gewesen. Man gewährt diesen Schutz, obschon man ihn nicht wünscht.

Allerdings zeigt sich der Entwurf bemüht, die Wirkungen der Herrschaftsaktien nach verschiedenen Richtungen einzuschränken, und zwar hauptsächlich auf zwei Wegen. Einmal verlangt er für eine Reihe von Fällen (Begründung S. 102 und 103) eine Dreiviertelmehrheit, die derart kombiniert ist, daß die drei Viertel sowohl von den abgegebenen Stimmen wie von dem in der Generalversammlung vertretenen Kapital erreicht sein müssen. Aber für die Besetzung der Aufsichtsratsstellen und damit auch der sonstigen Verwaltungsposten sowie für die Genehmigung der Bilanz soll es bei der einfachen Stimmenmehrheit bleiben. Das ist praktisch ausschlaggebend. Der Entwurf will sogar gestatten, das Erfordernis der Dreiviertelmehrheit für den wichtigen Fall der Satzungsänderung durch das der einfachen Mehrheit des in der Generalversammlung vertretenen Kapitals zu ersetzen. Eine weitere Abschwächung dieses Vorschriftenkomplexes zugunsten der Verwaltungen ist in dem Vortrag Schlegelbergers angekündigt.

Die zweite Einschränkung der Verwaltungsherrschaft will der Entwurf dadurch herbeiführen, daß die Generalversammlung befugt sein soll, die Stimmrechtsaktien nach fünf Jahren wieder einzuziehen (§ 96); bei älteren Stimmrechtsaktien sollen drei Jahre seit Inkrafttreten des Gesetzes genügen (Entwurf des EinfG. Art. 14). Diese Befristung entbehrt jeder sachlichen Berechtigung. Weßhalb soll die Verwaltung fünf oder drei Jahre selbst im Falle der Unredlichkeit oder Unfähigkeit an der Macht bleiben? Die Befristung hat zur Folge, daß die Ausübung des Rechts der Generalversammlung in eine Zukunft verlegt wird, die in Anbetracht der heutigen unsicheren Verhältnisse beinahe nebelhaft weit erscheint. Sie verhindert, daß durch alsbaldigen Abbau der Stimmrechtsaktien Tatsachen geschaffen werden, die später die Rückwärtsrevision des Gesetzes erschweren würden. Die Stimmrechtsaktien haben, gleichviel wie man sie würdigen mag, ihre Wirkungen deutlich genug offenbart. Ihnen eine weitere Bewährungsfrist zuzubilligen, besteht nicht der mindeste Anlaß. Hält man sie für ungerechtfertigt — und sie sind in dem Enqueteauschuß selbst von Vertretern der großen Wirtschaft zum Teil überaus zurückhaltend beurteilt worden (Enqueteauschuß I 3. Arbeitsgruppe 1. Teil S. 176 ff., 185, 195, 196, 197) — so ist ein längeres Zuarbeiten unnütz und schädlich. Übrigens hat auch hier der Vortrag Schlegelbergers eine weitere Abschwächung der Vorschriften des Entwurfs zugunsten der Verwaltungen in Aussicht gestellt.

Aber man kann weder hinsichtlich des § 96 des Entwurfs noch hinsichtlich der vorgeschlagenen Kumulierung der Stimmen- und Kapitalmehrheit zu einem zutreffenden Urteil gelangen, wenn man nicht die neuere Entwicklung des Bankdepotwesens in Betracht zieht. Leider hat der Enqueteauschuß,

¹⁾ Schmalenbach, Finanzierungen⁴ (1928) erwähnt in seiner ausführlichen Darstellung der Sanierung kurz, daß Stimmbevorrchtigungen bei Sanierungen selten vorkämen (S. 211), er geht aber auf die Frage nicht weiter ein und nennt auch keinen einschlagenden praktischen Fall.

worauf bereits Passow, Strukturwandel der AktG., S. 22 ff. hingewiesen hat, versäumt, statistisches Material über den Umfang der Bankdepotaktien zu beschaffen. Auch sind von Seiten der Banken, so oft sie auch zur Frage des Bankstimmrechts Stellung genommen haben, zahlenmäßige Angaben nicht gemacht worden. Aber man darf wohl mit der Aktienrechtskommission des Deutschen Anwaltvereins annehmen, daß der größte Teil der (marktfähigen) deutschen Aktien sich im Hinterlegungsbesitz der Banken und Bankiers befindet (Druckschriften des Deutschen Anwaltvereins Nr. 20: Zur Reform des Aktienrechts I, 162). Hier von kann nur noch ein verschwindender Bruchteil auf die Privatbankiers entfallen, die heute dezimiert und gerade am Depotgeschäft sehr wenig beteiligt sind. Unter diesen Verhältnissen werden die Großbanken, die sich bekanntlich ihre Aktien zu Abstimmungs Zwecken auszuliehen pflegen, regelmäßig in der Lage sein, Hand in Hand mit der Verwaltung die einfache, unter Umständen auch eine Dreiviertelmehrheit des in der Generalversammlung vertretenen Kapitals mit Hilfe der Kundendepots aufzubringen, ohne daß — dank der „Legitimationszession“! — der Zusammenhang nach außen hervorzutreten brauchte. Daran muß man denken, wenn man unter den heutigen Verhältnissen der Generalversammlung wieder größere Macht verleihen will. Denn falls das Bankstimmrecht unangetastet bleibt, so wäre die Folge eine gefühlige Verstärkung der Macht der Banken sowohl gegenüber den Verwaltungen wie gegenüber der Aktionärschaft. Das würde sich nicht nur bei der Entscheidung über die Beibehaltung der Stimmrechtsaktien zeigen, sondern auch in zahlreichen anderen Fällen, z. B. bei der Bestellung der Pflichtprüfer, die der Generalversammlung obliegen wird (§ 119) — ein Umstand, dessen Bedeutung für das Schicksal der Pflichtprüfung nicht zu unterschätzen sein dürfte.

Man muß sich auch hier vor einseitiger Beurteilung hüten. Sicherlich sind in manchen Fällen die Entschlüsse der Verwaltungen gerade durch die Banken zugunsten der Aktionäre beeinflusst worden. Aber im ganzen überwiegen doch die Bedenken. Man hat daher vorgeschlagen, die Ausübung des Stimmrechts für die Depotaktien an die Voraussetzung zu knüpfen, daß der Kunde der Bank im einzelnen Falle eine schriftliche Ermächtigung erteilt, entsprechend dem § 252 Abs. 2 HGB., der für die Abstimmungs-vollmacht Schriftform erfordert, aber durch die Zulassung der Legitimationszession gegenstandslos geworden ist. Die Folge einer solchen Vorschrift würde sein, daß die Banken, um die Stimmen des Kunden zu erhalten, sich um ihn bemühen müßten. Sie müßten ihm ihre Absichten offenbaren und begründen. Es wäre aber auch für andere Sachwalter, nicht nur für Anwälte, sondern ebenso für Privatbankiers ermöglicht, gegen die Banken aufzukommen und das zusehends erstarkende tatsächliche Vertretungsmonopol der Banken zu durchbrechen. Ist es den Banken, wie sie behaupten, zu mühevoll, die Ermächtigungen ihrer Kundschaft einzusammeln, so werden sich vermutlich andere Interessenten finden, die bereit sein werden, sich solcher Arbeit zu unterziehen. Die sachliche Opposition, deren Wert für die Gesellschaft gar nicht hoch genug veranschlagt werden kann, würde neue Wirkungsmöglichkeiten vorfinden, während das heutige System dem seriösen Aktionär die Teilnahme an den Versammlungen verleidet, die Praxis persönlicher Angriffe begünstigt und eine Ode hervorrufen, die erst zu weichen pflegt, wenn der Zusammenbruch naht.

Daß es in der bisherigen Weise nicht weitergehen kann, haben die Banken selbst erkannt. Nach einem Beschluß des Zentralverbandes des Deutschen Bank- und Bankiervereins vom Dez. 1930 (BankArch. 1931, 116) sollen die Mitglieder des Vorstandes gegeneinander die Verpflichtung übernehmen, an die Besitzer der bei ihnen hinterlegten Aktien eine ausdrückliche Anfrage über die Art der Ausübung des Stimmrechts zu richten, wenn ihnen von einem anderen Verbandsmitglied zwei Wochen vor der Generalversammlung die Absicht einer Opposition bekanntgegeben worden ist. Die Tendenz dieses Beschlusses ist anzuerkennen, aber das Ziel läßt sich auf diesem Wege nicht erreichen. Zunächst ist an dem Beschluß inhaltlich zu beanstanden, daß die Berufung der Generalversammlung nach § 255 HGB. erst zwei Wochen vor dem Verhandlungstage zu erfolgen braucht und sich die Notwendigkeit der Opposition später ergeben kann, daß der Beschluß nur auf Mitteilungen von Verbandsmitgliedern Rück-

sicht nehmen will und daß er das Ausleihen der Aktien nicht verhindert. Noch erheblicher sind die formellen Bedenken. Die Verpflichtung zur Anfrage soll nur unter den Banken und Bankiers, nicht gegenüber dem Kunden übernommen werden. Der Kunde kann aus ihr keine Rechte herleiten. Der Verband ist deshalb sogar in der Lage, seinen Beschluß einseitig aufzuheben oder einzuschränken. Wenn es auch als unwahrscheinlich gelten kann, daß er von diesem Rechte Gebrauch machen wird, so ist doch keinesfalls die Möglichkeit von der Hand zu weisen, daß die einzelnen Banken, zumal nach Annahme des neuen Aktiengesetzes, sich an den Beschluß auf die Dauer nicht halten werden. Schon einmal ist ein Beschluß, den der Zentralverband gefaßt hatte, und dem auch der Reichsverband der Deutschen Industrie beigetreten war — es handelte sich besonders um die Notwendigkeit, im Geschäftsbericht genaue Angaben über die Vorratsaktien zu machen —, nicht befolgt worden, so daß gerade deshalb die amtliche Statistik hinsichtlich der Vorratsaktien nicht durchgeführt werden konnte („Aktionär und Verwaltung“ S. 24, 35).

Daher wird man ohne Änderung des Gesetzes nicht auskommen können. Die Behauptung des Entwurfs, das Erfordernis der besonderen schriftlichen Ermächtigung würde an der bestehenden Rechts(?)lage nichts ändern, ist irrig, wie sich aus den vorangehenden Darlegungen ergibt. Schlegelberger bedient sich in dem Vortrag des weiteren Arguments, durch das Erfordernis der schriftlichen Ermächtigung werde „im Grunde eine unproduktive Erwerbslosenfürsorge“ geschaffen. Mit diesem Scherzwort soll anscheinend auf die Mehrarbeit hingewiesen werden, die den Banken durch die neue Vorschrift verursacht werden könnte. Schlegelberger wendet sich auch dagegen, daß man etwa Mittel des Strafrechts anwende und „sozusagen die deutschen Banken unter Polizeiaufsicht stelle“. Aber es handelt sich lediglich um eine Ergänzung des Bankdepotgesetzes. Der Kaufmann, welchem im Betriebe seines Handelsgewerbes Aktien und gewisse andere Wertpapiere übergeben sind, kann schon jetzt zum Unterschiede von anderen Verwahrern über die Wertpapiere nur dann zu seinem Nutzen verfügen, wenn er eine ausdrückliche schriftliche Ermächtigung erhalten hat. Künftig soll dieser Kaufmann nur auf Grund einer solchen Ermächtigung die Aktien zu Abstimmungs Zwecken verwenden dürfen. Die eine Vorschrift bedeutet so wenig eine Polizeiaufsicht wie die andere. Beide finden ihre Begründung in der besonderen Natur des kaufmännischen Effektenverwahrungsgeschäfts. Der Bankier, der nach Annahme eines solchen Gesetzesvorschlages bewußt ohne die erforderliche Ermächtigung mit Kundenaktien abstimmen sollte, würde sich freilich strafbar machen, aber lediglich in Anwendung einer schon bestehenden Vorschrift (§ 318 StGB.), die einer Änderung nicht bedarf.

Will man aber das Bankstimmrecht überhaupt nicht anfasten, so darf man sich der Einsicht nicht verschließen, daß bei Annahme der Vorschriften des Entwurfs zwar im Innenverhältnis zwischen Verwaltung und Banken das Schwergewicht mehr nach der Bankseite verschoben werden, daß sich aber im Verhältnis beider Mächte zur Aktionärschaft nur sehr wenig ändern würde. Wie entschieden die führenden Bankkreise sich für die Aufrechterhaltung des Stimmrechtsaktien-systems einsetzen, zeigt ein Blick in die Schrift Solmssens, der heute der Vorsitzende des Zentralverbandes des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes ist, und die Praxis bietet das gleiche Bild.

Die von dem Entwurf vorgeschlagenen Publizitätsvorschriften sind mit besonderer Sorgfalt bearbeitet und zum weitaus größten Teil gutzuheißen. Aber es läßt sich die Befürchtung nicht abweisen, daß diese Vorschriften mehr oder minder auf dem Papier stehenbleiben, so lange sich die Verwaltungen nicht wieder von den Aktionären abhängig fühlen werden. Bereits die Aktienrechtskommission des Deutschen Juristentages, in welcher der Standpunkt der Verwaltungen z. T. sehr prägnant zum Ausdruck kam, hat gemeint, der Gesetzgeber könne auf dem Gebiet der Publizität überhaupt „nichts erreichen“, und sie hat ebenso offenherzig in bezug auf das Bilanzschema erklärt, die Bedeutung eines solchen Schemas bestehe lediglich darin, daß man eine Reihe von Schubfächern vorschreibe und diese in besonderer Weise etikettiere; „was der Einzelne aber dann in diese Schubfächer hineintue oder etwa in ihnen verstatte, stehe völlig in seinem Belieben“ (Bericht S. 35). Hinter

dieser Äußerung stehen hervorragende Aktienrechtler und Wirtschaftsführer. Auch wenn man sie nicht gar zu sehr beim Worte nimmt, so bleibt doch der Geist erkennbar, in dem man die Publizitätsvorschriften voraussichtlich anwenden wird. Dies um so mehr, als die stillen Reserven, die bisher von der Rechtsprechung keineswegs grundsätzlich anerkannt worden sind, nunmehr sanktioniert werden sollen. Ob dies an sich berechtigt ist, soll hier nicht untersucht werden. Aber natürlich wird die Wirksamkeit der Publizität wesentlich beeinträchtigt, wenn die Aktien beliebig unter ihrem Werte eingesetzt werden dürfen. Auch die Aktienrechtskommission erblickt in der Frage der stillen Reserven den Angelpunkt des Publizitätsproblems; „hält man stille Reserven für erforderlich, so ergibt sich ohne weiteres, daß die Bilanz vielfach nur in beschränktem Maße Einblick in die wirklichen Vermögensverhältnisse der Gesellschaft geben wird“ (Bericht S. 33).

Nun können sicherlich diejenigen, die eine gründliche Reform des Aktienrechts für notwendig halten, nicht erwarten, daß ihre Forderungen zu hundert Prozent erfüllt werden. Zu Fragen, die so stark mit wirtschaftlichen Interessen verknüpft sind wie diejenige der Aktienrechtsreform, sind Kompromisse unvermeidlich. Aus dieser Überlegung heraus hatte ich vor drei Jahren in meiner Schrift „Aktionär und Verwaltung“ eine Reihe von Vermittlungsvorschlägen, für die ich in der Aktienrechtskommission vergeblich eingetreten war, der Öffentlichkeit unterbreitet. Einzelne dieser Anregungen sind in den Entwurf übergegangen²⁾, der freilich im ganzen hinter der damals für möglich gehaltenen mittleren Linie weit zurückbleibt. Heute lassen sich jene Vorschläge nicht mehr aufrecht erhalten. Die Dinge haben sich in den letzten drei Jahren allzusehr geändert. Der Aktienmarkt ist in völlige Zerrüttung verfallen. Das Vertrauen zu den Verwaltungen hat namentlich unter den Nachwirkungen des Favagfalles, zum Teil wohl auch unter dem Eindruck des Fehlschlages der Nationalisierung schwer gelitten. Der Einschmelzungsprozeß im Bankgewerbe, der vor drei Jahren noch in den Anfängen stand, hat seitdem gefährliche Formen angenommen. Die Notwendigkeit, das kapitalistische Erbgut im Geiste der Gerechtigkeit zu verwalten, ist zu einer brennenden geworden. Zu groß sind die Gefahren, als daß sie sich noch durch kleine Mittel lindern ließen. Vor mehr als fünf Jahren schrieb der Verf. dieses Aufsatzes in dem „Magazin der Wirtschaft“ (Jan. 1926):

„Die deutsche Wirtschaft braucht dringend den Sparer, der bereit ist, sein Geld den deutschen Unternehmungen in der Aktienform auf lange Frist zur Verfügung zu stellen. Daß sich dieses Ziel ohne wirksame Sicherstellung der Aktionärrechte erreichen ließe, scheint mir eine schwer begreifliche Selbsttäuschung zu sein. Es kann keine Kapitalanlage geben ohne dauernde Rechtssicherheit... Darum wird sich schließlich die Aktienreform trotz aller Widerstände und Unentschlossenheit doch einmal mit innerer Notwendigkeit durchsetzen. Aber darauf allein kommt es nicht an, sondern auch auf das „wann“. Je länger man zaudert, dem Aktienmarkt die Möglichkeit des Vertrauens wiederzugeben, um so schwerer werden sich die Folgen auswirken... Der Verlauf der deutschen Währungskrise sollte wahrlich eine eindringliche Mahnung sein, notwendige Eingriffe nicht zu lange hinauszuschieben. Aber wenn nicht alles trägt, so wird auch im Aktienwesen der bittere Trank bis zum Letzten ausgekostet werden müssen.“

Heute sind wir nun so weit, daß ein Aktiengesetz geschaffen werden soll. Aber wir sind noch nicht so weit, daß dem Gesetz der unumgänglich notwendige Inhalt gegeben wird. Man will nicht einsehen, daß ein Wirtschaftssystem, welches die Herrschaft über die Unternehmung von dem Kapitalrisiko trennt, von Grund aus ungesund ist. Man mag beim Abbau des Systems mit Schonung verfahren, aber

mit dem System selbst muß aufgeräumt werden. Statt dessen versucht der Entwurf, es im Prinzip zu rechtfertigen und am Leben zu erhalten. Ja die vorgeschlagenen Einschränkungen der Verwaltungsherrschaft sollen nach der Ankündigung Schlegelbergers zum Teil noch rückgängig gemacht werden. Auf solche Weise wird es nicht gelingen, das Vertrauen zur deutschen Aktie, das weniger durch die unmittelbaren als durch die mittelbaren Wirkungen der heutigen Verwaltungsherrschaft zerstört ist, wieder herzustellen. Das Schicksal der Vorlage hängt jetzt von den politischen Instanzen ab. Vielleicht wird das Ergebnis des schweren Ringens zunächst sein, daß die deutsche Aktie geopfert, die Verwaltungsherrschaft aber vorläufig gerettet wird. Bestand wird eine solche Lösung nicht haben. Die Forderung nach einer Beseitigung des heutigen Systems ist zu tief in den Notwendigkeiten der Wirtschaft und in elementaren Forderungen der Gerechtigkeit begründet, als daß sie sich ertönen ließe. Nur wird es dann noch weiterer schmerzlicher Erfahrungen bedürfen, bis sie sich durchgesetzt haben wird.

XII.

Nichtige und anfechtbare Generalversammlungsbeschlüsse im Entwurf.

Von Reichsgerichtsrat i. R. Dr. E. Brodmann, Leipzig.

Eine dringende Angelegenheit der Reform des Aktiengesetzes ist die Klärung der Abgrenzung nichtiger Generalversammlungsbeschlüsse gegen nur anfechtbare. Der Gedanke, diese oft schwierige, dabei weitrtragende Folgerungen bedingende Unterscheidung überhaupt aufzugeben, ist unannehmbar, weil es einerseits dabei bleiben muß, daß die Anfechtung an eine Frist gebunden ist, andererseits Fälle von Nichtigkeit möglich sind, die durch keinen, gleichviel wie langen Ablauf von Zeit geheilt werden können. So hat denn auch der Entw. die Unterscheidung beibehalten. Nach § 135 ist ein Beschluß nur dann nichtig,

1. wenn er im öffentlichen Interesse gegebene Vorschriften verletzt, auf deren Innehaltung die Beteiligten nicht verzichten können oder die sonst mit dem Wesen der AktG. unverträglich sind, oder
2. wenn er auf Anfechtungsklage durch Urteil für nichtig erklärt ist.

Die Ziff. 2 ist überflüssig und sollte gestrichen werden. Denn selbstverständlich ist nicht die Meinung, daß das Urteil nur ex nunc wirkt. Übrigens ist weder der Zeitpunkt der Klagerhebung noch der Zeitpunkt der Urteilsverkündung irgendwie maßgebend, sondern der Zeitpunkt, wo das verkündete Urteil rechtskräftig wird.

Wichtig dagegen ist die Ziff. 1. Ich finde nicht, daß diese Bestimmung dazu angetan ist, den Stand der Lehre zu fördern. M. Wolff hat in ZentrBl. 1930, 325 ff. bereits diese Fassung gerügt. Es werden die Wendungen zusammengestellt, denen man immer schon, bald der einen bald der anderen, begegnet ist. Aber auch für unsere Frage gilt, daß mit reinem Empirismus allein nicht vorwärts zu kommen ist. Gedankliche Verarbeitung der Gegebenheiten, ein Leitgedanke, Theorie ist unerlässlich. Der Gesetzgeber soll keineswegs mit seinen Bestimmungen eine Theorie positiv vorschreiben. Aber er muß eine Theorie besitzen, jedenfalls die Theorien beherrschen, um den Standpunkt zu gewinnen, von welchem aus er sich entscheidet, was er bestimmen will und wie er seine Vorschriften zu fassen hat.

Nun ist freilich die Rechtslehre in dieser Materie einigermaßen zerfahren. Aber jedenfalls eine ausführlich begründete und durchgeführte Theorie besitzen wir in dem Buch von Hueck, an Hand dessen ich in meinem Kommentar in knapper Zusammenfassung, wie es der Kommentar erfordert, die Rechtslehre dargestellt habe, und wenn Wolff sagt, daß weder die Hueck'sche Formel noch die meinige noch eine sonstige zum Sieg gelangt sei, so ist das an sich wohl richtig, ich finde aber, daß Hueck's und meine Auffassung sich nicht so sehr unterscheiden, daß sie gegensätzlich einander gegenübergestellt werden könnten. Hueck hat seine Lehre kurz zusammengefaßt in drei Sätzen formuliert, von denen nament-

²⁾ Den geringsten Widerstand unter meinen Vorschlägen hat die den Verwaltungen günstige Forderung gefunden, die Stimmenthaltungs-vorschrift des § 252 Abs. 2 Satz 3 HGB. für den Fall der Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwischen AktG. und Aktionär zu beseitigen (vgl. JW. 1927, 675; „Aktionär und Verwaltung“ S. 16). Dies hat man aufgegriffen, aber zugleich zugunsten der Verwaltungen übertrieben, indem jetzt auch Stimmenthaltende, die doch angeblich die Aktien „treuhänderisch“ für die Gesellschaft besitzen, befugt sein sollen, in den GenVers. zu eigenem Nutzen für ihre Geschäfte mit der Gesellschaft zu stimmen. So der n. G. völlig unannehmbare Beschluß der Aktienrechtskommission S. 30, dem der Entwurf § 93 Abs. 5 folgt.

lich der erste Satz, an die Spitze der Lehre gestellt, wesentlich klärend wirkt:

Gesetzesverletzung hat nur dann die Wichtigkeit eines Beschlusses zur Folge, wenn dieser durch seinen Inhalt und nicht lediglich durch die Art seines Zustandekommens gegen zwingende Vorschriften verstößt."

Im Entw. steht freilich nicht das Gegenteil. Aber es scheint mir durchaus erforderlich, daß es im Gesetz ausdrücklich, und zwar an die Spitze gestellt, gesagt wird. Es ist das aber auch darum nötig, weil der Satz nur mit zwei Beschränkungen aufgestellt werden kann, die dann auch im Gesetz Ausdruck finden müßten.

Die eine Ausnahme hat darin ihren Grund, daß für die Beschlüsse die notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist. Damit tritt die Frage nach dem Einfluß von Mängeln in der Form der Urkunde auf, die außerhalb des Aktienrechts liegt. Ist ein Mangel so erheblich, daß er die Beurkundung rechtsunwirksam macht, so ist damit auch der beurkundete Beschluß gerichtet. Das ist eine Frage des Notariatsrechts.

Und zweitens gibt es Beschlüsse, die nur so aussehen, als hätte eine Generalversammlung sie gefaßt. Ist das Verfahren so tumultuarisch, daß in Wahrheit eine Generalversammlung nicht zustande gekommen ist, so hat auch ein Beschluß einer solchen nicht gefaßt werden können. Freilich darf man diesen Gedanken nicht so verstehen, wie es z. B. in RG. 76, 171 = JW. 1911, 597 geschehen ist (vgl. mein Aktienrecht § 259 Erl. 6a).

Aber abgesehen hiervon kann von Wichtigkeit eines Beschlusses nur die Rede sein, wenn der Verstoß in seinem Inhalt liegt. Bei der weiteren Ausführung dieses Gedankens hat Hueck sich nach meiner Auffassung durch eine unrichtige Voraussetzung fehl leiten lassen. In der Annahme, daß die aktienrechtlichen Vorschriften durchweg zwingenden Rechts seien, soweit nicht ausdrücklich das Gesetz eine Ausnahme macht, sieht er sich genötigt, zwischen diesen Vorschriften zu unterscheiden, je nachdem ob sie dem Schutze Dritter, namentlich der Gläubiger der Gesellschaft dienen, oder dem Schutze aller Gesellschafter, auch der künftigen, endlich lediglich dem Schutze der jeweilig gegenwärtigen Aktionäre (S. 75 ff.). Dabei leidet die Klarheit des Standpunktes des Verf. darunter, daß er bei seinen Erörterungen an seinem eigenen System nicht festhält. Statt sich an dieser Stelle streng an den inhaltlich fehlerhaften Beschluß zu halten, kommt er wiederholt wieder auf mangelhaft entstandene Beschlüsse, auch auf die selbstverständlich wirkungslosen Eingriffe in Rechte Dritter zu sprechen. Aber schließlich läuft die Erörterung doch auf den Gedanken hinaus, daß es darauf ankomme, ob ein solcher Beschluß auch mit Zustimmung aller Aktionäre nicht wirksam gefaßt werden könne, was mit anderen Worten ausgedrückt dasselbe ist, wie ob es sich um Verstoß gegen zwingendes Recht handelt.

Hueck kann sich für seine Annahme, daß im Zweifel alle Vorschr. des AktGes. zwingend seien, auf die zwei ziemlich weit zurückliegenden Ur. RG. 49, 77 u. 65, 91 = JW. 1907, 183²⁶ berufen, wo das allerdings gesagt worden ist. In beiden Fällen ist eine richtige Entscheidung unrichtig begründet worden. Was den ersten Fall angeht, so ist aus dem Gesetz mit Sicherheit zu entnehmen, daß der Ausschluß eines Aktionärs aus der Gesellschaft auf keine andere Weise möglich ist, als im Wege der Kaduzierung oder der Amortisation gemäß § 227 HGB. Die Sache ist damals an einer ungeschickten Fassung des Statuts gescheitert. Hätte man vereinbart, daß, wenn ein Aktionär aus dem Bunde der Landwirte ausscheidet, die Gesellschaft seine Aktien gegen Auszahlung der Einlage einziehen kann, wäre m. E. nichts dagegen einzuwenden. Die Gesellschaft hätte gegebenenfalls ihr Grundkapital herabsetzen müssen, wenn sie nicht die nötigen Reserven gehabt hätte. Im zweiten Fall war die Statutenbestimmung, daß das Protokoll der Generalversammlung von drei Aktionären unterzeichnet werden müsse, m. E. ganz unbedenklich, wenn man sie als reine Ordnungsvorschrift aufsaßt, deren Verletzung dann Wichtigkeit der Beschlüsse auf keinen Fall, Anfechtbarkeit höchstens unter besonderen Umständen nach sich ziehen könnte. In beiden Fällen schießt die Begründung der Entscheidungen weit über das Ziel. Es braucht hier nicht untersucht zu werden, ob in der Folge-

zeit das RG. an dieser Auffassung festgehalten hat (vgl. Heinz Pinner: ZentrBl. 1930, 307). Denn es handelt sich jetzt nicht de lege lata, sondern de lege ferenda. Und der Gesetzgeber hat freie Hand.

Die Fassung des § 135 des Entw. ist in diesem obersten Satze nicht deutlich genug. Es kann das Richtige gemeint sein, aber es müßte ausdrücklich gesagt werden, ein Beschluß ist nichtig, wenn sein Inhalt im öffentlichen Interesse gegebene Vorschriften verletzt usw.

Was die Formel selbst angeht, so hat bereits M. Wolff a. a. O. die Häufung der Ausdrücke als überflüssig und verwickelnd beanstandet. Die Ausdehnung auf Vorschriften, welche im öffentlichen Interesse gegeben sind, ist überflüssig. Vorschriften, auf deren Innehaltung die Aktionäre nicht verzichten können, umfaßt jedenfalls auch die im öffentlichen Interesse gegebenen Vorschriften. Ist aber diese Einbeziehung überflüssig, so ist die weitere Bestimmung: Vorschriften (richtiger Beschlüsse von Dingen), die mit dem Wesen der AktG. unverträglich sind, geradezu von übel, weil sie in ihrer Unbestimmtheit allzusehr willkürlicher Ausdehnung bei der Anwendung ausgesetzt ist, während sie richtig verstanden in ihrem Umfang nicht nur gedeckt, sondern überholt wird durch den Begriff des Verstoßes gegen zwingendes Recht. Die ganze Fassung des Entw. klingt an eine Wendung im Urteil RG. 118, 67 = JW. 1927, 2982 (insbes. S. 72) an, die sich aber doch noch entscheidet: für Annahme der Wichtigkeit ist nur Raum bei Beschlüssen, die mit dem Wesen der AktG. schlechthin unverträglich sind, weil sie zwingende, in erster Linie im öffentlichen Interesse gegebene Vorschriften verletzt, auf deren Einhaltung die Beteiligten nicht verzichten können. Hier erhält die nicht recht faßbare Wesenswidrigkeit erst ihre nähere Bestimmung durch die folgenden Merkmale. Keine Häufung, sondern im Gegenteil Determination der Begriffe. Und kurze Zeit darauf hat dann derselbe Senat in entsprechender Wendung diese Wesenswidrigkeit fallen lassen (RG. 120, 366 = JW. 1928, 2852: Wichtigkeit tritt nur dann ein, wenn gegen zwingende, in erster Linie im öffentlichen Interesse gegebene Vorschriften verstoßen wird, auf deren Einhaltung die Aktionäre nicht verzichten können).

Der Gesetzgeber könnte es also bei der uns schon geläufigen Wendung belassen, daß der Beschluß nichtig ist, der gegen zwingendes Recht verstößt; nur müßte deutlich ausgesprochen werden, daß das Beschlossene es sein muß, was gegen das Gesetz verstößt, nicht die Beschließung.

Es bleibt ein Drittes, der Verstoß gegen die guten Sitten. Von allen Wichtigkeits- und Anfechtungsgründen hat keiner die Aktr. so sehr beschäftigt, wie dieser, und es ist auffällig, daß gerade er im Entw. vollständig verschwunden ist. Vielleicht nicht vollständig. Nach § 136 soll ein Beschluß angefochten werden können, wenn er auf einer Stimmrechtsausübung beruht, durch die der Aktionär gesellschafts Fremde Sondervorteile für sich oder einen Dritten verfolgt. Von einer Erörterung der Fassung dieses gesetzgeberischen Gedankens sehe ich hier ab; nur soviel sei gesagt, daß es unnötig ist, das gemeinte Verhalten zu einer Gesetzesverletzung zu stemmeln, um auf dem Umweg zu dem Ergebnis zu gelangen, daß man ebensogut unmittelbar aussprechen kann. Was den Gedanken selbst angeht, so hat man sich offenbar von der bekannten Erwägung leiten lassen, daß es Fälle von Rechtswidrigkeit gibt, ohne daß man geradezu von Unsittlichkeit sprechen darf. Es ist ein unerfreulicher Zustand, hier ausschließlich auf die §§ 138 I und 826 BGB. angewiesen zu sein, wenn man auf positiver Vorschrift fußen will. Das ist nach meiner Ansicht nur zu billigen. Aber darum darf der Verstoß gegen die guten Sitten nicht völlig verschwinden. Nur hat es allerdings mit diesem Tatbestand seine eigene Bewandnis. Es fehlt hier unserer Rechtslehre an Orientierung und es ist bisher nicht gelungen, die Grenze zwischen Wichtigkeit und Anfechtbarkeit sicher zu ziehen. Der tiefere Grund ist, daß überhaupt die allgemeine Lehre vom unsittlichen Rechtsgeschäft im argen liegt. Theoretisch liegt die Sache einfach genug. Der § 138 Abs. 1 BGB. (vom Abs. 2 will ich hier weiter nichts sagen, als daß er gesetzgeberisch verfehlt ist, so daß Folgerungen aus ihm nicht gezogen werden dürfen; vgl. Ehrenberg's Handb. IV 2 S. 204 ff.) und der § 134 BGB. bilden vollendete Parallelen. Beide haben nur den Inhalt des Rechtsgeschäfts im Auge. Ein

Rechtsgeschäft, welches auf Betrug beruht, ist darum noch nicht ein solches, welches gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, obwohl es gesetzlich verboten ist, zu betrügen. Ein sittlich indifferentes Rechtsgeschäft, z. B. ein Darlehn, ein Hauskauf, ist darum noch nicht ein gegen die guten Sitten verstößendes, weil es auf unsittlichem Beweggrund beruht oder unsittlichen Zweck verfolgt. Aber während ersteres allgemein anerkannt wird, wird letzterem ebenso allgemein die Anerkennung verweigert. Hervorhebende Lehre ist die Formel des RG., wonach nicht nur der Inhalt entscheidet, sondern der aus Inhalt, Beweggrund und Zweck erhellende Gesamtcharakter. Man muß das hinnehmen und kann es auch verstehen. Offenbar will man sich die Möglichkeit nicht verbauen, in freirechtlicher Weise einer anstößigen Transaktion in weiterem Umfange die Wirksamkeit zu versagen, als es nach Inhalt des positiven Gesetzes möglich ist. Im allgemeinen mag das gegenüber der Vielgestaltigkeit des Lebens seine Berechtigung haben. Auf dem engeren Gebiet des Aktienrechts oder vielmehr auf dem ganz engen Gebiet des Anfechtungsrechts verliert dieses Motiv alle Berechtigung. Es handelt sich hier nicht eigentlich um eine materielle Rechtswirkung. Es kommt nur darauf an, die Grenze zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit zu bestimmen. Das positive Ergebnis hat praktisch kaum eine Bedeutung. Beschlüsse, welche den Stempel der Unsittlichkeit an der Stirn tragen, werden nicht vorkommen. Die doktrinen Beispielen — Schmuggel, Bordellbetrieb — handeln ohnehin nicht von Beschlüssen der Generalversammlung, sondern von der Gründung der Gesellschaft. Desto wichtiger ist das negative Ergebnis. In allen Fällen, wo der Vorwurf der Unsittlichkeit nicht den Inhalt des Beschlusses an und für sich betrachtet, trifft, liegt nicht Nichtigkeit, sondern nur Anfechtbarkeit vor. Nach meiner Auffassung kann man das schon jetzt als Ergebnis der Rspr. ansprechen. Aber desto mehr darf es im neuen Gesetz nicht ungesagt bleiben. Dabei müßte der Tatbestand des anfechtbaren Beschlusses dahin formuliert werden, daß er auf einem gegen die guten Sitten gröblich verstößenden Mißbrauch der Mehrheitsgewalt beruht. Denn darauf kommt es an. Es handelt sich um eine innere Angelegenheit der Gesellschaft, um die Frage, ob der Beschluß schon unsittlich ist. Die Frage, ob, wenn der Beschluß zur Ausführung kommt, das, was damit geschieht, der Gesellschaft aus dem Gesichtspunkt der guten Sitten zum Vorwurf gereicht, ist eine andere Frage, die dieselbe bleibt, mag auch der Beschluß einstimmig gefaßt worden sein. Zwar kann rechtlich dieses Unsittliche auch bei der Anfechtung ins Gewicht fallen. Aber das entscheidende Moment ist hier der Mißbrauch des Mehrheitsprinzips.

Die mit der Nichtigkeitsklage zusammenhängenden Fragen bedürfen noch einer Klärung, die sich zwar aus der Sache ergibt, die wir aber gut tun würden, durch positive Bestimmung zu sichern.

Für die Nichtigkeitsklage sollen nach dem Entw. die für die Anfechtungsklage vorgeseh. besonderen Formalien entspr. Anwendung finden; ausgenommen ist außer der Ausschlußfrist die Vorschrift, daß dem Kl. aufgegeben werden kann, der Gesellschaft wegen voraussichtlichen Schadens Sicherheit zu leisten (eine Ausnahme, für welche ein triftiger Grund mir nicht vorzuliegen scheint). Es ist erforderlich, diese Nichtigkeitsklage näher in das Auge zu fassen. Sie könne, sagt Wolff a. a. O. S. 327, nicht nur von einem Aktionär, sondern von jedem rechtlich Interessierten, nicht nur gegen die Gesellschaft selbst, sondern auch gegen jeden, der das Bestehen eines gültigen Beschlusses behauptet, geltend gemacht werden. Ich halte das nicht für richtig. Es liegt im Wesen der Sache, daß auch die Nichtigkeitsklage wie die Anfechtungsklage nur gegen die Gesellschaft und abgesehen von der positiven Ausdehnungsbestimmung — § 271 Abs. 4 HGB. — nur von einem Aktionär erhoben werden kann. Denn der Generalversammlungsbeschluß ist an und für sich durchaus nur innere Gesellschaftsangelegenheit und geht als solche niemanden an, als die Gesellschafter. Er kann allerdings für ein irgendwie entstandenes Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu einem Dritten von Bedeutung werden. Und von Bedeutung werden kann daher für dieses Verhältnis die Frage, ob der Beschluß wirksam ist oder nicht. Aber immer handelt es sich dabei nur um eine Reflexwirkung. Die Frage der Nichtigkeit des Beschlusses kann für Bestand oder Gestaltung jenes

Rechtsverhältnisses entscheidend sein. Ohne diese Vermittlung berührt sie den Dritten nicht, und wenn trotzdem ein Dritter Nichtigkeitsklage erhebt, würde die Gesellschaft mit Recht ihm erwidern können, daß ihn die Sache nichts angehe. Mit anderen Worten, bei jeder denkbaren Feststellungsklage eines Dritten kann die Frage nach der Gültigkeit des Generalversammlungsbeschlusses nur als Präjudizialpunkt Bedeutung haben. Natürlich muß in solchem Fall über die angelegte Nichtigkeit entschieden werden. Aber immer würde diese Entscheidung nur einen Entscheidungsgrund abgeben, nicht diejenige Entscheidung, auf welche der Kl. allein einen Anspruch hat. Und nicht anders liegt es, wenn Dritte unter sich darüber streiten, ob ein Gesellschafterbeschluß gültig ist oder nicht. Wie sollte auch in einem Prozeß des A. gegen B. jener ein rechtskräftiges Urteil des Inhalts erstreiten können, daß zwischen B. und C. ein Gesellschaftsverhältnis besteht oder nicht besteht. Ein solches Urteil würde für das Verhältnis zwischen B. und C. keine Bedeutung haben. Was A. allein erreichen kann, ist, daß sein Rechtsverhältnis zu B. so zu beurteilen ist, als wenn B. mit C. in Gesellschaft stünde oder nicht stünde.

Damit löst sich denn auch die nur scheinbar schwierige Frage nach der Wirkung der Rechtskraft eines auf die Nichtigkeitsklage ergehenden Urteils. Ein Gesellschafterbeschluß kann nur entweder nichtig sein oder nicht nichtig, und ist er durch rechtskräftig gewordenen Urteil für nichtig erklärt, so ist er überhaupt und für jedermann nichtig. Das gilt von Nichtigkeit so gut wie von Anfechtbarkeit. Und zwar bei letzterer nicht etwa nur deshalb, weil es in § 273 Abs. 1 HGB. ausdrücklich gesagt wird. Diese Bestimmung brauchte gar nicht zu existieren und es würde doch gelten. Und es kann gelten, weil — eines hängt mit dem anderen untrennbar zusammen — die Feststellung der Gültigkeit oder Nichtigkeit vor Gericht zu verlangen, niemand anders die Legitimation besitzt, als die Mitglieder der Gesellschaft. Bei der DKG. müßte eine solche Klage ohne Ausnahme gegen alle übrigen Gesellschafter gerichtet werden. Bei der korporativen Gesellschaft besitzt diese und diese allein die Passivlegitimation. Daher muß in Erwägung gezogen werden, ob nicht die entsprechende Anwendung auch des § 133 Entw. auf die Nichtigkeitsklage angeordnet werden soll. Da der richtige Zusammenhang so vielfach verkannt wird, wäre es auch angebracht, ausdrücklich zu sagen, daß die Nichtigkeitsklage (außerdem) nur von Aktionären erhoben werden kann; vielleicht auch, daß die Nichtigkeit nur im Wege der Klage oder Widerklage geltend gemacht werden kann.

Unzulänglich finde ich auch die Art, wie der Entw. die §§ 142, 144 FGG. mit den neuen Vorschriften in Einklang bringen will (Art. 18 EinfG.). Gerade hier bietet sich dem Gesetzgeber eine dankbare Aufgabe. Es ist bekannt, welche Schwierigkeiten die Anwendung dieser Vorschriften bereitet. Es herrscht hier in Schrifttum und Rechtsprechung große Verwirrung (so Scholz, GmbHG. S. 544; vgl. auch mein GmbHG. § 10 Erl. 2a). Das liegt nicht nur daran, daß die Vorschriften nicht glücklich gefaßt sind. Es hätte vermieden werden können, wenn man von Anfang an sich mit ruhiger Besonnenheit den Zusammenhang klargemacht hätte.

In § 18 FGG. kommt der Grundsatz zum Ausdruck, daß die Verfügungen des Richters der materiellen Rechtskraft nicht fähig sind, und (in der Regel) nicht heilende Wirkung haben. Der Richter kann seine Verfügung ändern, wenn er sie nachträglich als ungerechtfertigt erkennt. Aber er kann da, wo er nur auf Antrag vorgehen darf, auch eine Abänderung nur auf Antrag vornehmen, so daß also auch eine Eintragung in das Handelsregister nur auf Antrag richtiggestellt werden kann. Hiervon bestimmen nun die §§ 142 ff. Ausnahmefälle, in denen der Richter auch ohne den Antrag eines Beteiligten, d. h. von Amts wegen eine solche Richtigerstellung vornehmen darf. Im § 142 wird ein wesentlicher Mangel vorausgesetzt, im übrigen geht die Ausnahme sehr weit. Auf dem ganzen Gebiet soll der Richter von Amts wegen auf Richtigkeit des Registers halten. Aber daran knüpft nun wieder § 144 die dort bestimmten Einschränkungen, von denen namentlich die in Abs. 2 enthaltene Bestimmung, daß der Richter von sich aus nicht vorgehen soll, es sei denn, daß es im öffentlichen Interesse erforderlich wäre, nur von dieser Auffassung aus verständlich wird. Verwirrung ist in diesem Zusammenhang

dadurch hineingekommen, daß die Praxis der Gerichte ständig ablehnt, auf beantragte Richtigstellung des Registers den § 18 anzuwenden, und nun sich genötigt sieht, soll anders nicht der Parteibetrieb ganz unter den Tisch fallen, auch auf diesen die §§ 142 ff. anzuwenden, was allerdings das gute mit sich bringt, daß damit in allen Fällen nur nach kontraktorischen Verfahren (§§ 142 Abs. 2, 141 Abs. 3 und 4) entschieden wird, was aber natürlich auch die Gefahr in sich trägt, daß die Einschränkungen, welche nur auf das Offizialverfahren gemünzt sind, nun auch auf das Antragsverfahren ausgedehnt werden, wo sie keinen Sinn haben.

Sehe ich mir den Entw. des Art. 18 EinfG. darauf an, so wäre der vorgeschlagene neue Abs. 2 in § 144, wonach die Löschung der Gesellschaft als nichtig nur innerhalb fünf Jahre zulässig sein soll, vielleicht nicht wichtig, aber unbedenklich, wenn er nur für die Löschung von Amts wegen gemeint ist, andernfalls aber unmöglich, wenn nicht zugleich bestimmt wird, daß überhaupt die Geltendmachung der Richtigkeit auf entsprechende Zeit beschränkt ist, was

doch nicht wohl möglich ist. Nach meiner Auffassung ist nicht denkbar, daß man eine nach dem Aktiengesetz begründete Anfechtung dem Aktionär deswegen versagt, weil es an einer Verfahrensvorschrift über die Befeitigung des anfechtbaren Beschlusses aus dem Handelsregister fehlt. — An der vorgeschlagenen Änderung des bisherigen Abs. 2 des § 144 ist richtig, daß der betreffende Wortlaut mit der entsprechenden Bestimmung des Gesetzes selbst in Einklang gebracht werden muß (deshalb muß aber auch in Abs. 1 das: nach den §§ 309, 310 HGB. geändert werden), grundlos aber ist der Fortfall der Voraussetzung des Einschreitens von Amts wegen, daß die Berichtigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint (Wolff a. a. O. S. 329). Nach meiner Meinung sollte man an dieser Stelle des EinfG. zunächst die Vorschrift des § 18 in Anwendung auf die Registerführung wiederholen und hier nun das in §§ 142 Abs. 2, 141 Abs. 3 und 4 geregelte kontraktorische Verfahren allgemein vorschreiben und dann bestimmen, wann und unter welchen Voraussetzungen der Richter auch von sich aus vorgehen kann.

Die Einkommensteuer bei der Veräußerung des Gewerbebetriebs gegen Ratenzahlung, Rentenzahlung, Gewinnbeteiligung.

Von Rechtsanwalt Dr. Friß H. Strauß, Berlin.

Veräußert ein Kaufmann sein Geschäft oder der Gesellschafter einer OHG. oder KommGes. seinen Anteil an der Gesellschaft, so entsteht insoweit, als der Veräußerungspreis bzw. die Abfindung den Buchwert des Geschäfts bzw. des Gesellschaftsanteils übersteigt, ein Veräußerungsgewinn, der nach Maßgabe der §§ 30 ff. EinkStG. der Einkommensteuer unterliegt. Der Veräußerung eines Gewerbebetriebs stellt das Gesetz (§ 30 Abs. 3 EinkStG.) die Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung an einer AktG. oder GmbH. gleich. Soweit der Kaufmann, der ausscheidende Gesellschafter oder der an der Kapitalgesellschaft wesentlich Beteiligte das Veräußerungsentgelt in dem gleichen Steuerabschnitt (Wirtschaftsjahr) erhält, in welchem die Veräußerung bzw. das Ausscheiden erfolgt, läßt sich der Veräußerungsgewinn ohne weiteres auf Grund der angegebenen Gesetzesvorschriften errechnen. Besondere Fragen entstehen jedoch dann, wenn das Veräußerungsentgelt erst in einem späteren Steuerabschnitt gezahlt oder dem Veräußerer bzw. dem ausscheidenden Gesellschafter ein Anspruch auf eine Rente oder auf Gewinn- oder Umsatzbeteiligung eingeräumt wird. Einmal fragt es sich, welchem Steuerabschnitt die später erfolgenden Teilzahlungen auf das Veräußerungsentgelt zuzurechnen sind; sodann kommt, wenn dem Veräußerer ein Anspruch auf laufende Zahlungen eingeräumt wird, in Frage, ob die einzelnen Zahlungen als Teile des Veräußerungsgewinns nach § 30 EinkStG. oder als wiederkehrende Bezüge i. S. der §§ 6 Nr. 7, 40 EinkStG. zu besteuern sind. Die Frage, welchem Steuerabschnitt die in späteren Jahren fällig werdenden Teile des Veräußerungsentgelts zuzurechnen sind, ist für den Steuerpflichtigen von der größten praktischen Bedeutung. Übersteigt z. B. die Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters den Buchwert seines Kapitalanteils und erhält er seine Abfindung erst ratenweise während mehrerer Jahre ausgezahlt, so ist, wenn auch die später fällig werdenden Raten dem Einkommen des Jahres zuzurechnen sind, in dem das Ausscheiden erfolgt, die Einkommensteuer für den Veräußerungsgewinn — abgesehen von der Milderung durch § 32 — in voller Höhe in dem Jahr des Ausscheidens entstanden. Der Steuerpflichtige müßte dann — wenigstens zunächst — Einkommensteuer für Beträge zahlen, die ihm tatsächlich noch gar nicht zugestossen sind, und die sich unter Umständen im Laufe der Jahre als wertlose Forderungen herausstellen.

I. Der Stand der Rechtsprechung.

a) Veräußert ein Kaufmann sein Geschäft oder einen Teil seines Gewerbebetriebs i. S. des § 30 Abs. 1 Nr. 1 EinkStG. gegen einen festen Betrag, der nicht im Wirtschaftsjahr bzw. im Steuerabschnitt der Veräußerung gezahlt wird,

so ist für die Berechnung des Veräußerungsgewinns nach § 30 EinkStG. die beispielsweise im nächsten Jahr erfolgende Zahlung als Gewinn des Wirtschaftsjahres anzusehen, in welchem die Veräußerung erfolgt. Das gleiche gilt, wenn ein ausscheidender Gesellschafter die Abfindung erst im nächsten Jahr erhält. Scheidet z. B. der Gesellschafter einer OHG. zum 31. Dezember aus und deckt sich sein Steuerabschnitt mit dem Kalenderjahr, so ist die im nächsten Jahr erfolgende Zahlung seiner Abfindung bei der Errechnung des in dem abgelaufenen Jahr erzielten Veräußerungsgewinns zu berücksichtigen (StB. 1928 Nr. 244 und 545, Sp. 994). Der Grundsatz des § 11 EinkStG., nach welchem Einnahmen innerhalb des Steuerabschnitts als bezogen gelten, in dem sie fällig geworden oder tatsächlich zugestossen sind, findet auf den buchführenden Kaufmann keine Anwendung (StB. 1927 Nr. 561; 1929 Nr. 158). Der bei der Veräußerung des Geschäfts bzw. des Gesellschaftsanteils entstehende Gewinn gilt aber, mag auch der Veräußerer durch die Veräußerung aufhören, Kaufmann zu sein, als noch in seinem Gewerbebetrieb erfolgt, so daß der § 11 EinkStG. nicht zu Raum kommen kann.

b) Erhält der Veräußerer des Geschäfts oder der ausscheidende Gesellschafter das Veräußerungsentgelt in mehrjährigen Raten ausgezahlt, so sind auch die in späteren Jahren zu zahlenden Raten als Gewinn des Jahres der Veräußerung bzw. des Ausscheidens anzusehen (vgl. StB. 1929 Nr. 6 betreffend eine Veräußerung gemäß § 30 Abs. 3 EinkStG.). Zur Errechnung des Veräußerungsgewinns sind auch die in späteren Jahren zahlbaren Raten der etwa bereits im Wirtschaftsjahr bzw. Steuerabschnitt der Veräußerung oder des Ausscheidens erfolgten Abfindungszahlung hinzuzurechnen. Hierbei dürften jedoch die in späteren Jahren zu zahlenden Raten um die Zinsen bis zu ihrer Fälligkeit zu kürzen sein. (Wenn beim Verkauf eines Grundstücks gegen Raten seitens des Nichtkaufmanns der in den Raten enthaltene Anteil für Verzinsung des Kaufpreises der Einkommensteuer im Jahr des Anfallens unterworfen wird [StB. 1930, 977], so muß entsprechend der Zwischenzins abgezogen werden, wenn die Besteuerung im Jahr der Veräußerung erfolgt.) Von dem unter Hinzurechnung des in späteren Jahren zu zahlenden Teils der Abfindung sich ergebenden Betrag ist bei der Errechnung des Veräußerungsgewinns auszugehen, und dieser Veräußerungsgewinn ist, insoweit er den Betrag von 10 000 M oder wenn es sich um die Veräußerung eines Teiles des Gewerbebetriebs oder eines Gesellschaftsanteils handelt, eines entsprechenden Teils von 10 000 M, im Jahr der Veräußerung steuerpflichtig.

c) Wird dem Veräußerer des Geschäfts oder des Gesellschaftsanteils an Stelle oder neben einem sofort zahlbaren Entgelt eine Gewinn- oder Umsatzbeteiligung von dem Geschäftserwerber bzw. dem Übernehmer des Gesellschaftsanteils eingeräumt, so gelten nach der Rechtsprechung die einzelnen Gewinnbezüge als steuerpflichtiges Einkommen des Jahres, in dem sie dem Veräußerer tatsächlich zufließen. Diesen Standpunkt hat die Rechtsprechung schon nach dem alten EinkStG. eingenommen (vgl. RStB. 1925, 10; RfH. 15, 47 [52]; 16, 179).

Auch bei Anwendung des jetzigen EinkStG. hat der RfH. daran festgehalten, daß die auf Grund einer Gewinnbeteiligung zufließenden Bezüge dem Steuerabschnitt zuzurechnen sind, in dem sie fällig werden bzw. zufließen. Der der Witve eines durch seinen Tod aus einer OHG. ausscheidenden Gesellschafters vertragsgemäß zugeflossene Anteil am Gewinn wurde als Einkommen der Witve im Jahr der Fälligkeit angesehen (StB. 1927, 406). Trotzdem wandte in dieser Entscheidung, die v. 7. Juli 1927 datiert, der RfH. den ermäßigten Tarif des § 58 EinkStG. neben der Freigrenze des § 32 an. Die Gewinnbezüge blieben also einmal insoweit steuerfrei, als sie den Buchwert des Geschäfts bzw. des Gesellschaftsanteils nicht überstiegen, sodann aber auch in Höhe der Freigrenze des § 32 EinkStG.

In neueren Entscheidungen hat der RfH. einen anderen Standpunkt eingenommen. Er läßt zwar den Teil der laufenden Bezüge steuerfrei, der allein oder zusammen mit einem festen Kaufpreis nur dem Kapitalkonto entspricht, also noch keinen eigentlichen Veräußerungsgewinn darstellt, will aber weder die 10 000-M.-Grenze auch bei laufenden Bezügen Anwendung finden lassen noch den § 58 EinkStG., vielmehr wendet er den ermäßigten Tarif nur dann an, wenn der Veräußerungsgewinn als einmaliger im Jahr der Veräußerung besteuert wird (StB. 1930, 973 v. 14. Mai 1930).

d) Das Veräußerungsentgelt kann schließlich auch darin bestehen, daß dem Veräußerer bzw. dem ausscheidenden Gesellschafter eine Rente, und zwar entweder auf Lebenszeit oder eine vererbliche Rente eingeräumt wird.

In der Beurteilung der Frage, wann bei Zahlung eines Veräußerungsentgelts für Vermögensteile in mehrjährigen Teilbeträgen Ratenzahlungen und wann Rentenzahlungen vorliegen, hat die Rechtsprechung sich neuerdings geändert. Von maßgeblicher Bedeutung war nach der Rechtsprechung zunächst die Dauer der Zahlungen. Bei kurzer Dauer der Zahlungen wurde das Vorliegen einer unter Umständen nach § 40 Nr. 1 EinkStG. einkommensteuerpflichtigen Rente verneint (vgl. StB. 1929 Nr. 393; 1928 Nr. 65).

Neuerdings hat der RfH. den Begriff der Rentenbezüge eingeschränkt (StB. 1930, 975 = RfH. 1930, 3022) und ist so zu einem für die Steuerpflichtigen günstigeren Standpunkt gelangt. Er ist zwar nach wie vor der Ansicht, daß eine genaue Abgrenzung nicht gegeben werden kann. Immerhin versucht der RfH. Kriterien aufzustellen. Er will da, wo die Dauer der Bezüge unbestimmt oder das Vertragsverhältnis aleatorischer Natur ist, den Rentencharakter als überwiegend ansehen, während entgeltlich erworbene Zeitrenten von bestimmter Dauer auch bei längerer Dauer des Rentenbezuges wirtschaftlich wohl meist als Kapitalrückzahlung zu behandeln sein werden (RfH. a. a. O. II, 4).

Der Gedanke liegt nahe, anzunehmen, daß, wenn die Gewährung einer Rente das Veräußerungsentgelt für einen Gewerbebetrieb oder einen Gesellschaftsanteil darstellt, eine Steuerpflicht der einzelnen Rentenzahlungen, sei es unter dem Gesichtspunkt des § 40 EinkStG., sei es gemäß § 44 Nr. 2 EinkStG., überhaupt auszuscheiden hat. Im Grunde stellt die Gewährung der Rente in solchen Fällen eine Gegenleistung dar.

Der RfH. hat jedoch wiederholt entschieden, daß sowohl eine vererbliche Rente als auch eine Leibrente dann, wenn sie die Gegenleistung für die Hingabe eines Vermögensgegenstandes seitens eines Nichtgewerbetreibenden darstellt, in ihren einzelnen Teilbezügen der Steuerpflicht nach § 40 EinkStG. unterliegen kann (vgl. StB. 1928 Nr. 65, 66, 558, 247). Der RfH. erblickt bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise zwischen einer auf Lebenszeit gewährten Rente und einer Kauf-

preisforderung, die in jährlichen Raten zu tilgen ist, und deren Höhe von der Lebensdauer des Berechtigten in der Weise abhängig gemacht ist, daß die Raten nur bis zum Tode des Berechtigten zu zahlen sind, keinen Unterschied. Er will die Leibrenten, für deren Begründung ein Gegenstand gewährt wird, nicht anders behandeln, als eine gegen Barzahlung erworbene, und in beiden Fällen die einzelnen Rentenleistungen der Steuerpflicht unterwerfen. Gerechtfertigt wird die Besteuerung der Renten damit, daß bei ihnen die Vorstellung überwiegt, daß die Renten zum Lebensunterhalt dienen (Becker: StB. 1930, 672). Ihre Steuerbarkeit ergebe sich aus der Form der wiederkehrenden Bezüge und nicht, wie bei den anderen Einkommensarten aus den zugrunde liegenden Rechtsverhältnissen, die wiederum an eine bestimmte wirtschaftliche Betätigung des Steuersubjektes anknüpfen (StB. 1930, 975).

Die Steuerpflicht der laufenden Bezüge, die für einen Gewerbebetrieb oder Gesellschaftsanteil vom Erwerber gezahlt werden, besteuert der RfH. neuerdings nicht auf Grund des § 6 Abs 1 Nr. 7, sondern gemäß § 44 Nr. 2 EinkStG. (StB. 1930, 973) als nachträgliche Einkünfte aus Veräußerung.

II. Kritik der Rechtsprechung.

a) Entgegen der Ansicht des RfH., daß das in Rentenform gezahlte Veräußerungsentgelt der Besteuerung aus § 40 oder § 44 Nr. 2 EinkStG. unterworfen werden kann, dürfte anzunehmen sein, daß die für die Übertragung eines Geschäfts oder Gesellschaftsanteils gewährten Renten niemals einer Besteuerung unterworfen werden können, soweit nicht ein eigentlicher Veräußerungsgewinn i. S. des § 30 EinkStG. vorliegt.

Es muß hier auf die ausführliche Kritik Glasers (StB. 1928, 1189 ff.) verwiesen werden, in der Glaser überzeugend dargelegt hat, daß sowohl vererbliche Renten als auch Leibrenten, wenn sie die Gegenleistung für die Überlassung eines Vermögensgegenstandes darstellen, niemals einer Steuer aus § 40 EinkStG. unterworfen werden können. Eine Zahlung verliert ihren Charakter als Gegenleistung dadurch nicht, daß sie statt in einem einmaligen Betrag oder in kurzfristigen Raten in Form einer vererblichen oder un- vererblichen Rente erfolgt. In unserem Zusammenhang interessiert vor allem das folgende von Glaser gebildete Beispiel:

„Wenn A. und B. ein jeder seinen Geschäftsbetrieb an einen Dritten verkaufen — beide Betriebe seien ganz gleichwertig — und beide den Buchwert von 50 000 RM verlangen, dazu aber als Entschädigung für den Geschäftswert A. 10 000 RM, zahlbar in zehn Jahren, Beträge von je 1000 RM, B. Gewinnbeteiligung auf zehn Jahre in Höhe eines Mindestbetrages von jährlich 1000 RM, so ergibt sich nach der Rechtsprechung des RfH. folgende, unbedingt dem Rechtsgefühl widersprechende, unterschiedliche Berechnung der Steuer:

A. bleibt steuerfrei, weil der Veräußerungsgewinn 10 000 RM nicht übersteigt (§ 32 EinkStG.). B. muß seine jährlichen Gewinnbezüge von mindestens jährlich 1000 RM als Einkommen versteuern. Jede wirtschaftliche Rechtfertigung für eine solche verschiedenartige Behandlung fehlt.“

Die Ausführungen von Glaser gelten — auch nach der Wandlung der Rechtsprechung des RfH. — schlechthin für jede Veräußerung eines Vermögensgegenstandes gegen Renten. Sie machen mit Recht keinen Unterschied zwischen dem Fall, daß es sich um die Veräußerung eines Grundstücks gegen Renten, und dem, daß es sich um die Aufgabe eines Geschäfts oder eines Gesellschaftsanteils gegen Renten handelt.

b) Weiter aber wird durch eine Rechtsprechung, die einen in Rentenform zugeflossenen Veräußerungsgewinn von unter 10 000 RM unter dem Gesichtspunkt des § 44 Nr. 2 EinkStG. besteuert, gerade der Zweck des § 32 EinkStG. vereitelt. Die Freigrenze wird durch eine solche Rechtsprechung nicht innegehalten, sondern es wird, wenn auch nicht unter dem Namen Veräußerungsgewinn, so doch der Sache nach ein Veräußerungsgewinn auch dann steuerlich erfaßt, wenn er unter

10 000 *M* bleibt. Würde dem Geschäftsveräußerer außer der beispielsweise sofort gezahlten Abfindung für den Buchwert ein Betrag von 11 000 *M* in jährlichen Raten von je 1000 *M* gezahlt werden, so müßte die Freigrenze bezüglich der ersten 10 000 *M* beachtet werden, und es könnte nur die letzte Rate, die über den Betrag von 10 000 *M* hinausgeht, abzüglich Zwischenzins, der Steuer unterworfen werden. Würde der Geschäftsveräußerer aber außer der Abfindung für den Buchwert eine neunjährige Gewinn- oder Umsatzbeteiligung erhalten, deren Höhe auf jährlich 1000 *M* zu schätzen wäre, so würden die vollen 9000 *M* unter dem Gesichtspunkt des § 44 Nr. 2 von der Steuer erfaßt werden. Es würde also derjenige, der einen geringeren Veräußerungsgewinn erzielt, höher besteuert werden als derjenige, der einen größeren Veräußerungsgewinn macht. Der *RfH.* will den § 32 nur dann anwenden, wenn die Veräußerung gegen einen festen Preis erfolgt. Er betrachtet dabei den § 32 als eine eng mit § 58 zusammengehörige Vorschrift. Der § 32 ist aber kein notwendiges Korrelat zu § 58. Der § 32 will offenbar eine Steuerermäßigung einführen gerade im Hinblick auf die Eigenart des im § 30 besteuerten Einkommens, nämlich der durch die Veräußerung des Unternehmens entstehenden Gewinnrealisierung. Er kann nicht nur als Ergänzung des § 58 aufgefaßt werden. Wenn auch praktisch der § 30 den Hauptanwendungsfall des ermäßigten Tarifs des § 58 ausmachen wird — zumal nach der den § 58 immer mehr einschränkenden Rechtsprechung des *RfH.* —, so gibt es doch Fälle, in denen der § 58 beim Nichtkaufmann Anwendung findet. Die Freigrenze des § 32 dürfte daher — im Gegensatz zu Becker: *StW.* 1930, 665 — unabhängig davon, ob das Entgelt auf einmal gezahlt wird oder nicht, anzuwenden sein.

c) Der *RfH.* besteuert zwar die das Entgelt für eine Veräußerung eines Gewerbebetriebs darstellende Rente im Jahr des Zufließens, läßt aber die Renten insoweit steuerfrei, als sie den Betrag des Kapitalkontos nicht übersteigen. In dieser Regelung liegt eine Inkonsistenz, wenn man die Rechtsprechung über Veräußerung von Gewerbebetrieben der Rechtsprechung über Veräußerung sonstiger Sachgüter gegenüberstellt. Veräußert ein Nichtkaufmann ein Grundstück gegen Gewährung einer Leibrente, so sind alle Rentenbezüge steuerpflichtig qua Rente; es wird nicht berücksichtigt, daß aus dem Vermögen ein Gegenstand herausgegangen ist. Eine konsequente Rentenbesteuerung müßte dazu führen, die für die Geschäftsveräußerung gewährten Renten in vollem Umfang, ohne Freilassung eines Betrages in Höhe des Kapitalkontos, zu besteuern, während der *RfH.* den dem Kapitalkonto entsprechenden Betrag steuerfrei läßt. (Dies ist allerdings nur für die Umsatzbeteiligung ausgesprochen [*StW.* 1930, 973], gilt aber zweifellos auch für sonstige Renten.) Der Nichtkaufmann wird also bei der Veräußerung gegen Renten strenger besteuert als der Kaufmann, bei dem nur die den eigentlichen Veräußerungsgewinn darstellenden Renten erfaßt werden. Daß die Grundsätze der Rentenbesteuerung dazu führen müßten, die für die Veräußerung eines Gewerbebetriebs gewährten Renten auch in Höhe des dem Kapitalkonto entsprechenden Betrages zu besteuern, eine solche Besteuerung aber mit § 30 und einer wirtschaftlichen Auffassung unvereinbar wäre, zeigt, daß Veräußerungen gegen Rente beim Privatmann überhaupt nicht besteuert werden dürfen und beim Kaufmann nur unter Anwendung des § 30 und des § 32.

Demgegenüber kann auch nicht eingewandt werden, daß sich die eigentliche Rentenbesteuerung — bei Veräußerungen außerhalb des Gewerbebetriebs — nach der neuesten *Rspr.* des *RfH.* auf § 6 Abs. 1 Nr. 7, die Besteuerung der laufenden Bezüge bei Veräußerung eines Gewerbebetriebs aber auf § 44 Nr. 2 stützt; denn abgesehen davon, daß man das Entgelt für die Veräußerung des Gewerbebetriebs, also der Quelle von Einkünften, kaum in dem alten Sinne wie etwa die Zahlung eines Debtors nach Geschäftsauflösung als nachträgliche Einkünfte „aus“ Gewerbebetrieb ansehen kann, liegen wirtschaftlich beide Tatbestände gleich.

d) Mit Recht behandelt der *RfH.* die bei einer Geschäftsveräußerung eingeräumte Gewinnbeteiligung als Anwartschaft und noch nicht als realisierten Gewinn.

Dagegen fragt es sich, ob die unterschiedliche Behandlung des Veräußerungsentgelts in Form von Raten einerseits

und in Form der Gewinnbeteiligung andererseits, indem die später fällig werdenden Raten dem zur Zeit der Veräußerung erzielten Gewinn zugerechnet werden, gerechtfertigt ist.

Es muß hier unterschieden werden, ob der veräußernde bzw. der ausscheidende Gesellschafter auch nach der Veräußerung bzw. dem Ausscheiden Kaufmann bleibt oder nicht. Soweit er Kaufmann bleibt, wird nichts dagegen einzuwenden sein, wenn ihm auch die erst in späteren Jahren zahlbaren Raten des Veräußerungsentgelts schon als Gewinn zur Zeit der Veräußerung zugerechnet werden. Das gleiche wird auch dann gelten, wenn der Gesellschaftsanteil des ausscheidenden Gesellschafters den Bestandteil eines anderen Betriebsvermögens des ausscheidenden Gesellschafters bildet (der ausscheidende Gesellschafter veräußert z. B. den Kommanditanteil an der *KommGef. A.*, der in den Büchern seines unabhängig von dieser Gesellschaft betriebenen Geschäftes B. als Bestandteil des Betriebsvermögens geführt wurde).

Eine andere Beurteilung aber erscheint gerechtfertigt, wenn der Veräußerer mit der Veräußerung aufhört, Gewerbetreibender zu sein. In diesem Fall erscheint es nicht berechtigt, dem Veräußerer die in späteren Jahren fälligen Kaufpreistraten als Teil des im Steuerabschnitt der Veräußerung erzielten Veräußerungsgewinns zuzurechnen.

Es muß zwar zugegeben werden, daß die Rechtsprechung nur konsequent ist, wenn sie die in späteren Jahren zahlbaren Raten des Veräußerungsentgelts als steuerpflichtigen Gewinn des Steuerabschnitts, in dem die Veräußerung erfolgt ist, auffaßt, nachdem das Gesetz den bei der Veräußerung des Gewerbebetriebs entstehenden Gewinn als innerhalb eines gewerblichen Betriebs erzielt ansieht. Es wird sich aber fragen, ob diese Konsequenz in Einklang zu bringen ist mit der Verkehrsauffassung und mit den Interessen des Steuerpflichtigen.

Daß die später zahlbaren Raten eines Veräußerungsgewinns dem Einkommen aus Gewerbebetrieb im Steuerabschnitt der Veräußerung zugerechnet werden, wenn der Veräußerer Kaufmann bleibt, rechtfertigt sich durch die Bedeutung, die das *EinkStG.* (§ 13, vgl. auch § 11 Abs. 2) den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung einräumt.

Hört jedoch der Veräußerer mit der Veräußerung auf, Kaufmann zu sein, so dürfte die Verkehrsauffassung im Gegensatz zu der kaufmännischen Auffassung eher dazu neigen, die in späteren Jahren zahlbaren Raten als noch nicht „zugelassen“ anzusehen und sie daher im Steuerabschnitt der Veräußerung bei der Berechnung des Veräußerungsgewinns zunächst auszuschneiden. Der Kaufmann, der sein Geschäft veräußert und sich ins Privatleben zurückzieht, wird einen Veräußerungsgewinn erst dann als erzielt ansehen, wenn ihm das in späteren Jahren zu zahlende Entgelt auch tatsächlich zugelassen ist. Er wird, da er jetzt keine Bücher mehr führt, eine ihm lediglich buchmäßig zustehende Forderung nicht als bereits realisiert betrachten, sondern sich sagen: Ich kann erst dann feststellen, ob ich wirklich einen Gewinn bei der Veräußerung meines Geschäfts erzielt habe, wenn ich im Besitz der vollen Gegenleistung bin oder mein Anspruch wenigstens fällig geworden und realisierbar ist. Der Geschäftsveräußerer, der aufhört, Kaufmann zu sein, steht eben nur noch mit einem Fuß in dem Gewerbebetrieb und mit dem anderen bereits im „Privatleben“. Ihn zwingen zu wollen, die kaufmännische Betrachtungsweise für sich gelten zu lassen, würde eine Überspannung der allein für den Gewerbetreibenden geltenden Vorschriften über die Bedeutung der Buchführung bedeuten.

Es kommt weiter hinzu, daß für den Geschäftsveräußerer es vielfach außerordentlich schwer sein wird, die unter Umständen hohe Einkommensteuer aus dem Veräußerungsgewinn (trotz des ermäßigten Tarifs des § 58 *EinkStG.*) zu zahlen, wenn ihm der Gegenwert für das Geschäft noch gar nicht zugestossen ist.

Vor allem aber muß ins Gewicht fallen, daß Ausfälle in späteren Jahren möglicherweise von dem Steuerpflichtigen überhaupt nicht berücksichtigt werden können. Erscheint der Anspruch auf die späteren Raten bereits im Augenblick der Veräußerung als unsicher, so wird das zwar den Veräußerungsgewinn beeinflussen und eine niedrigere Bewertung der

später zahlbaren Raten rechtfertigen. Auch wird der Veräußerer in den späteren Jahren bei der Besteuerung anderer Einkünfte Ausfälle der Raten des Veräußerungsentgelts unter dem Gesichtspunkt nachträglicher gewerblicher Verluste berücksichtigen können (vgl. StW. 1929 Nr. 686). Anders aber liegt es, wenn er keine anderen Einkünfte oder nur geringe Einkünfte bezieht, z. B. wenn er beabsichtigt, von der Rente, die ihm der Käufer des Geschäfts zahlt, zu leben. Selbst wenn der Käufer nur zeitweise mit der Ratenzahlung aussetzt, kann der Veräußerer den Ausfall einer Rate in einem Jahr nicht im nächsten Jahr von seinem Einkommen in Abzug bringen, da die Vorschriften über den Verlustvortrag auf ihn keine Anwendung finden; er würde darauf beschränkt sein, die Einkommensteuerermäßigung des § 56 letzter Absatz (Novelle v. 29. Juni 1929 [RGBl. I, 123]) in Anspruch zu nehmen. Man kann auch nicht einwenden, daß bei dem Kaufmann gleichfalls nachträgliche Verluste eintreten

können. Einmal ist bei dem Kaufmann die Möglichkeit des Verlustvortrags gegeben, sodann aber wird bei einem kaufmännischen Betrieb stets mehr oder weniger mit Gewinn gerechnet werden können, während der Privatmann, besonders der, der sich vom Geschäftsleben zurückzieht, nicht in gleichem Maß mit der Erzielung anderer Einkünfte rechnen kann, von denen er die ihm durch den Ausfall der Raten erwachsenden Verluste abziehen kann.

Auf die Bedenken, die bei vorweg genommener Besteuerung eines erst später dem Steuerpflichtigen zufließenden Betrages entstehen, hat der RFG. (StW. 1930 Nr. 973 [Sp. 1412]) selbst hingewiesen, als er es ablehnt, laufende Bezüge in kapitalisierter Form im Jahr der Veräußerung zu besteuern. Dieselben Bedenken aber müssen dann Platz greifen, wenn Raten, deren tatsächliches Zufließen niemals mit völliger Sicherheit vorauszusehen ist, im voraus der Steuer unterworfen werden.

Wirkung der Anfechtung eines Gesellschaftsvertrags auf die Haftung für die früheren Schulden (besonders im Falle des § 123 HGB.).

Die Streitfrage, ob der neuereintretende Gesellschafter einer OHG. nach § 28 HGB. auch für die vor der Gründung der Gesellschaft entstandenen Schulden haftet, wenn der Gesellschaftsvertrag nichtig war oder mit Erfolg angefochten wurde, ist offen geblieben. Während das RG. (vor allem RG. 76, 441 = JW. 1911, 770; 89, 97 = JW. 1917, 107) mit Staub (Anm. 4 zu § 28 HGB.) die Haftung fortbestehen läßt, hat die 3. Aufl. von Düringer-Sachnberg den schon zuvor vertretenen abweichenden Standpunkt aufrechterhalten (3. Aufl., Anm. 4 zu § 28 HGB.; ebenso auch Koenige-Teichmann-Woehler, Anm. 3 zu § 28 HGB.). Die Auseinandersetzung betrifft Fälle, bei denen die Eintragung der OHG. bereits erfolgt war. Das RG. mißt der Eintragung gleichsam die Bedeutung einer selbständigen Schuldbüchse bei. Die Gegner weisen (n. E. mit Recht) darauf hin, daß zu solch weitgehendem, man kann schon sagen: übertriebenem Schutz des früheren Gläubigers kein Anlaß bestehe, da er ja nicht im Vertrauen auf die Haftung des später hinzutretenden Gesellschafters kreditiert und da er demgemäß an sich einen Anspruch auf Erweiterung seiner Rechte nicht habe. Schließlich handelt es sich ja um einen besonders gelagerten Sachverhalt, bei dem der Gläubiger eine Verstärkung seiner Rechte erfährt, ohne dafür eine adäquate Gegenleistung zu bewirken. Wenn beispielsweise unmittelbar nach Wirkamwerden der OHG. der bisherige Schuldner stirbt, hat der Gläubiger das im Grunde unverdiente Glück, einen weiteren Schuldner zu haben. Das muß beachtet und der Unterschied von der Haftung für Geschäfte der OHG. selbst beachtet werden, wenn zu entscheiden ist, ob die Haftung für die früheren Schulden in (übertrieben) erweitertem oder in tunlichst beschränktem Umfang angenommen werden soll.

Interessant und gefährlich wird die Frage vor allem, wenn die Haftungsübernahme lediglich auf § 123 Abs. 2 HGB. (Beginn der Geschäfte) gestützt wird, wenn also die Gesellschaft vor der Eintragung der Geschäfte getätigt hat, und wenn vor der Eintragung der Gesellschaftsvertrag angefochten oder die Gesellschaft alsbald wieder aufgelöst wird. Dieses Problem ist, soweit ich sehe, nicht erörtert. Es ist besonders bedenklich, weil die Rpr. den Tatbestand des § 123 Abs. 2 HGB. mitunter auch in Fällen verwirklicht sieht, bei denen es sich in Grunde nur um eine versuchsweise Tätigkeit des Eintretenden handelt.

Rechtsgrundsätzlich ließe sich die Ansicht vertreten, daß das Gesetz selbst zwischen dem Entstehen der OHG. nach § 123 Abs. 1 HGB. und demjenigen nach Abs. 2 einen Unterschied nicht macht, so daß auf Basis der Auffassung des RG. eine Haftung für die früheren Schulden des Firmeneinhabers auch angenommen werden müßte, wenn die Gesellschafter mit den Geschäften begonnen haben, und wenn vor der Eintragung die Anfechtung erfolgt. Tatsächlich ist diese Auffassung auch vertreten worden (z. B. in einem bisher un veröffentlichten Beschluß des OLG. Karlsruhe). Sie ist aber sowohl der Konsequenzen wegen nicht angängig als hält sie der differenzierten rechtlichen Untersuchung nicht stand. Das kann hier nur kurz an einem einzigen Gedankengang ausgeführt werden:

Mit den Geschäften wird i. S. des § 123 Abs. 2 HGB. häufig begonnen werden auch in Fällen, in denen der Anschluß der Übernahme von Passiven vereinbart wurde. Dieser Anschluß ist nur durch Eintragung nach § 28 Abs. 2 HGB. wirksam durchzuführen. Solange die Eintragung nicht vollzogen ist, ist daher die Frage ungeklärt, ob die — schließlich nur vom Gesetz als regelmäßig vorgestellte, in der Praxis aber durchaus nicht ohne weiteres selbstverständliche — Übernahme der alten Passiven beabsichtigt ist. Wenn die Eintragung endgültig unterbleibt (etwa wegen inzwischen erklärter Anfechtung), läßt sich nicht abschließend feststellen, ob nicht der Anschluß noch vereinbart und rechtswirksam bekannt-

gemacht worden wäre. Jedenfalls hat der frühere Gläubiger schlechterdings keinen Anspruch darauf, daß der Neueintretende für seine Forderung haftet. Diese Haftung träte nicht ein, wenn die Eintragung den Anschluß vorsähe. Sie sollte nicht wohl angenommen werden, wenn noch nicht feststeht, ob das der Fall ist. Denn wenn die Eintragung die Übernahme der Passiven ausschließt, wird allgemein und mit Recht angenommen, daß der Gläubiger aus dem früheren Geschäftsbeginn nicht die Haftung des Eintretenden herleiten kann.

(Das alles gilt natürlich nur für Fälle, in denen nicht dolos die Eintragung verzögert wird, um die Haftungsübernahme zu vereiteln oder zu verzögern. Oft vergeht bis zur Eintragung Zeit, weil die Gesellschafter sich zwar im Prinzip einig glauben, aber noch nicht über alle Punkte Vereinbarungen getroffen haben. Oft sind Gründe formeller oder kapitalverkehrsrechtlicher Art im Werke.)

Die Rechtslehre wird sich mit dieser Frage beschäftigen und eine Lösung herausarbeiten müssen, bei der vermieden wird, daß die Gläubiger einen zusätzlichen Schuldner erhalten, wenn dieser zwar die Absicht einer Gesellschaftsgründung hatte, diese Absicht anfänglich in die Tat umsetzte, aber vor der Eintragung den Vertrag mit Recht ansieht oder sich zurückzieht. Dazu stehen zwei Wege offen:

Entweder wird — und das scheint die beste Lösung — die heute herrschende (wenigstens vom RG. vertretene) Meinung revidiert und auch nach erfolgter Eintragung ein Wegfall der Haftung für die früheren Schulden angenommen, wenn eine berechtigte Anfechtung des Gesellschaftsvertrags vorliegt: Diese Lösung paßt sich nicht nur zwanglos in die Rechtsystematik ein als die Auffassung des RG., sondern sie wird aus den eingangs angedeuteten Gründen der beiderseitigen Interessenlage weit eher gerecht.

Oder es wird jedenfalls hinsichtlich der Wirkung nach § 28 HGB. ein Unterschied zwischen der Entstehung der OHG. durch Eintragung und durch Geschäftsbeginn festzustellen sein. Die Begründung, die das RG. den oben zitierten Entsch. gegeben hat, weist darauf hin, daß die Haftung vor allem deshalb nicht soll beseitigt werden können, weil der Eintragung eine quasi konstitutive Bedeutung auch in dieser Richtung beigemessen wird. Wie das RG. entschieden hätte, wenn mangels vollzogener Eintragung dieses Argument nicht zur Verfügung gestanden hätte, läßt sich natürlich nicht sagen. Bei § 123 Abs. 2 HGB. entfällt jedenfalls die spezielle Begründung des RG. Andere Argumente durchschlagender Art für die Annahme einer Fortdauer der Haftung sind bis jetzt nicht produziert worden. Das ist eigentlich erstaunlich, da es sich um ein sowohl theoretisch sehr interessantes wie um ein praktisch äußerst bedeutsames Problem handelt.

Heute muß leider — wie die Entsch. des OLG. Karlsruhe beweist — noch damit gerechnet werden, daß die Auffassung des RG. auch auf Fälle verallgemeinert wird, die durch die eigentliche Begründung unbestreitbar nicht gedeckt werden. Heute müssen Vertragsberater die Möglichkeit in Betracht ziehen, daß undifferenzierte Betrachtung dem Gläubiger einen überhaupt nicht mehr zu beseitigenden Anspruch gegen den Neueintretenden gibt, wenn mit den Geschäften begonnen wurde. Zweck dieser Zeilen ist sowohl die Znangriffnahme des Problems wie der Hinweis auf die verborgenen Gefahren, die der unbefangene Jurist an dieser Stelle wohl kaum vermuten wird.

N. Dr. R. Bauer-Mengelberg, Heidelberg.

Die nationalisierten russischen Aktiengesellschaften, ihre Rechtspersönlichkeit und ihr Vermögen im Auslande.

Die AktG. leitet, wie jede juristische Person, ihre Existenz von der Rechtsordnung des Staates ab, unter dessen Herrschaft und nach dessen Gesetzen sie zur Entstehung gelangt ist. Was der Staat ge-

währen kann, kann er auch wieder wegnehmen. Die AktG. verliert deshalb ihre Rechtsfähigkeit, wenn die Gesetze des Herrschaftstaates sie ihr abprechen; für ein Fortbestehen der Rechtspersönlichkeit ist wohl auch dann kein Raum, wenn diejenige Rechtsordnung, unter der die AktG. geschaffen worden ist, durch eine neue Rechtsordnung ersetzt wird, die das Bestehen oder den Fortbestand der AktG. nicht vorsieht.

Die AktG. en des Zarenreichs, kraft staatlicher Konzeption zur Entstehung gelangt, sind nach dem am 7. Nov. 1917 erfolgten Umsturz durch die Dekrete der Sowjetregierung v. 14. und 29. Dez. 1917, v. 18. April und 30. Juni 1918 nationalisiert worden, ihr Vermögen ging auf den Staat über, ihre Direktoren wurden abgesetzt und die nicht abgelieferten Aktien „annuliert“¹⁾. Hieraus und aus der gesamten Tendenz der Nationalisierungsgesetzgebung ergibt sich deutlich, daß die für die staatliche Willensbildung in Rußland tatsächlich maßgebenden Organe den AktG. ihr Vermögen und ihre weitere Existenz nehmen wollten. Sind danach die unter der Zarenherrschaft entstandenen AktG. ihrer Rechtsperson entkleidet, so können sie naturgemäß auch außerhalb Rußlands nicht Träger von Rechten sein. Dies hat mit der Frage, ob die Sowjetregierung von den anderen Staaten anerkannt ist, kaum etwas zu tun. Vielmehr ist es eine Folge der rein logischen Natur, ein Kernstück der internationalen Rechtspolitik, daß jede juristische Person ihr Ursprungsland haben muß und nach dem Machtpruch des Ursprungsstaates ihre Existenz, wie sie sie erwirbt, auch verliert.

Dieser naheliegende und zwingende Schluß wäre von den Gerichten der außerrussischen Länder wohl von Anfang an rückhaltlos bejaht worden, wenn nicht hinter der Frage nach der Rechtspersönlichkeit der nationalisierten russischen AktG. sogleich das Problem aufgetaucht wäre: Was wird mit den im Auslande befindlichen, zum Teil erheblichen Vermögenswerten der russischen AktG., gehören sie den früheren Aktionären oder dem russischen Staat, oder sind sie etwa herrenlos? — Und auf die Beantwortung dieser Frage kam es den jeweiligen Parteien gerade an. Rechtspredung und Schrifttum der außerrussischen Länder sind jetzt darüber einig, daß die Enteignungswirkung der Sowjetdekrete sich nur auf das in Rußland befindliche Vermögen der russischen AktG. erstreckt. Die im Auslande befindlichen Vermögenswerte gehören also jedenfalls nicht der Sowjetunion. Sollten diese nun, sei es für die Gläubiger der Gesellschaften, sei es für ihre Aktionäre, nutzbar gemacht werden, so mußte irgendwie ein aktiv und passiv legitimierter Träger dieser Rechte vorausgesetzt werden. Nur eine gesetzliche Regelung hätte den Bedürfnissen aller Teile gerecht werden können. Eine solche ist aber lediglich in den Randstaaten, besonders in Polen durch W.D. des Präsidenten der Republik über die Liquidation des Vermögens der ehemals russischen juristischen Personen v. 22. März 1928 (DfMz. 1928, 1164), erfolgt. In den anderen Ländern blieb es den Organen der Rechtspflege überlassen, von Fall zu Fall eine Notlösung zu finden. Dabei lag es nahe, ein Fortbestehen der AktG. anzunehmen. Den Ausgangspunkt der Entsch. bildete daher immer die Frage, ob die russischen AktG. durch die Nationalisierung die Rechtspersönlichkeit verloren hätten; aber auch wenn diese Frage bejaht wurde, so begann doch die eigentliche Schwierigkeit bei der Prüfung der Rechtsnachfolge und der rechtlichen Stellung der ehemaligen Aktionäre.

Die Auffassung, daß die russischen AktG. trotz der Sowjetdekrete nicht untergegangen seien, ist durchweg vertreten worden in England. Eine Entsch. des House of Lords v. 22. Juni 1924 i. S. Russian Commercial and Industrial Bank v. Comptoir d'Escompte de Mulhouse u. Gen. (DfMz. 1925, 172 ff.) vermißt bei genauer Prüfung der Nationalisierungsbekrete einen präzisen Anspruch, daß die AktG. nicht nur enteignet, sondern auch ihrer Rechtspersönlichkeit entkleidet werden sollten; sie meint auch, diese Dekrete seien für das englische Rechtsdenken nicht genügend, um daraus ein solches Erlöschen zu folgern, und behandelt die Vertretungsmacht des Leiters der englischen Filiale einer solchen Gesellschaft als fortbestehend. Zu der gleichen Auffassung haben sich unter ausdrücklicher Bezugnahme auf diese Entsch. der Court of Appeal²⁾ und das House of Lords³⁾ im Falle Sedgewick, Collins & Co. v. Rossia Insurance Company sowie der Richter Wright i. S. Woronin v. Frederik Huth⁴⁾ bekannt. Der Richter Wright setzt sich besonders mit der Annullierung der Aktien sehr scharfsinnig auseinander; er betrachtet die Aktien als bloße Anteilsrechte im Gegensatz zu belegen Sachen und kommt so zu dem

Schluß, daß sie mit den Aktionären dem Herrschaftsbereich der Sowjets entronnen seien. Trotz befriedigender Ergebnisse muß die englische Auslegung als formalistisch abgelehnt werden. Sämtliche Entscheidungen erkennen die Sowjetdekrete als staatlichen Willensakt an. Tun sie dies aber, so müssen sie die Dekrete auch sinngemäß auslegen und dürfen nicht daran vorbeigehen, daß die Nationalisierungsgesetzgebung nach ihrer gesamten Tendenz darauf abzielt, die privaten Unternehmungen überhaupt auszuwischen. — Übrigens zeigen die Erkenntnisse im Falle Sedgewick, Collins & Co. v. Rossia Insurance Company eine Lösung, die es gestattet hätte, auch ohne die lästige Fiktion eines Fortbestandes der nationalisierten russischen AktG. auszukommen. Hier hatte der englische Gläubiger einer russischen Gesellschaft im Juni 1923 gegen diese Gesellschaft ein Verjähurteil erwirkt. Die Ladung war dem noch im Handelsregister eingetragenen Leiter der Londoner Filiale zugestellt worden, und auf Grund dieses Schuldtitels hatte der englische Gläubiger die Forderung dieser Gesellschaft gegen einen englischen Schuldner gepfändet. Seiner Klage gegen den englischen Schuldner wurde stattgegeben. Beide Instanzen stellen fest, daß Forderungen gegen ausländische Schuldner nicht von der russischen Konfiskation betroffen worden seien, ferner, daß auf Antrag eines englischen Gläubigers eine Liquidation des in England befindlichen Vermögens der nationalisierten Gesellschaft nach den englischen Gesetzen eintreten könne, und daß, da die Liquidation in Rußland unter völkerrechtswidrigem Ausschluß der englischen Gläubiger erfolgt sei, bei der Sonderliquidation in England den englischen Gläubigern ein Vorzugsrecht zustehe. Geht man mit diesen Entsch. davon aus, daß der Londoner Filialleiter der russischen Gesellschaft auch für die Liquidationsmasse passiv legitimiert ist, so kann gegen die rechtliche Würdigung von dem hier vertretenen Standpunkt nichts eingewendet werden. Denn eine Liquidation setzt ja gerade die Auflösung der juristischen Person voraus.

In Frankreich sind auch nach der Anerkennung der Sowjetregierung hinsichtlich der Rechtspersönlichkeit der nationalisierten russischen AktG. entgegengesetzte Meinungen vertreten worden. Das Tribunal Civil de la Seine im Ur. v. 9. Mai 1925⁵⁾ — anders die Cour d'Aix im Fall Kopit⁶⁾ — ist zu der Ansicht gelangt, daß die nationalisierten russischen AktG. in Rußland die Rechtspersönlichkeit verloren haben und deshalb auch in Frankreich nicht mehr anerkannt werden können, sofern sie nicht dort eine Filiale oder eine rekonstruierte Organisation besitzen. Dies ist die nunmehr in Frankreich herrschende Meinung. Die französischen Gerichte haben sich aber dadurch nicht gehindert gesehen, aus praktischen Gründen zugunsten von Gläubigern dieser Gesellschaften deren Rechtspersönlichkeit stets als fortbestehend anzunehmen⁷⁾. Praktisch ist über die Organisationsreste von russischen AktG. in Frankreich fast allgemein die Liquidation nach französischem Recht beantragt und angeordnet worden⁸⁾.

Das Schweiz. Bund. G. hat in mehreren Entsch. den Standpunkt vertreten, daß die russischen AktG. untergegangen seien. Es hat sogar der Genfer Filiale einer russischen Bank in einem Ur. v. 10. Juli 1924 i. S. Petersburger Internationale Handelsbank, Filiale Genf, w. Hausner (DfMz. 1925, 197 ff.) die Rechtspersönlichkeit versagt. Dort wird ausgeführt, die Rechtspersönlichkeit, die der Staat gewähre, könne er auch wieder entziehen; hiergegen lasse sich selbst unter dem Gesichtspunkt der „öffentlichen Ordnung“ nichts einwenden. Die gleiche Auffassung findet sich in einem neueren Urteil des Schweiz. Bund. G. v. 26. Okt. 1929 i. S. Prochorow und Gen. w. Sulzer (DfMz. 1930, 541 ff.). Dort begeherten Aktionäre, die einen gewissen Anteil von Aktien einer nationalisierten russischen AktG. vertraten, das Armenrecht, um den entsprechenden Anteil an einer Forderung der Gesellschaft gegenüber einem schweizerischen Schuldner auszuklagen. Das Gericht hat die Rechtsverfolgung für ausüßlos erklärt und ausgesprochen, die Gesellschaft sei erloschen, Rechtsnachfolger seien zwar die Aktionäre, jedoch erst nach erfolgter Liquidation. Offenbar geht das Gericht von der Annahme aus, daß die Liquidation des in der Schweiz befindlichen Vermögens nach den schweizerischen Gesetzen erfolgen müsse⁹⁾. Wenigstens hat das Bund. G. in einer früheren Entsch. v. 13. Juli 1925 i. S. Wilbushewitsch w. Waissenamt Zürich (Clunet, 1926, S. 1110) unter Bezugnahme auf Art. 393, 396 Schweiz. ZGB. die Anordnung einer Pflegschaft über

⁵⁾ Berichtet von Rabinowitsch: Gesetzgebung und Rechtsp Praxis des Auslandes 1925, 111.

⁶⁾ Ur. v. 23. Dez. 1925: Clunet, 1926, S. 667.

⁷⁾ Im einzelnen vgl. Trachtenberg, La situation légale des Sociétés russes en France: Clunet, 1926, S. 572.

J. M. Rabinowitsch, Die Nationalisierung der russischen AktG. im Spiegel der internationalen Praxis: DfMz. 1929, 1109 ff. (1119).

⁸⁾ Wohl, Das rechtliche Schicksal der AktG. alten russischen Rechts im Auslande: NiemeyersZ. 38, 244 ff. (294).

⁹⁾ So Freund in seiner Ann. zu der Entscheidung.

¹⁾ Im einzelnen vgl. Wohl, Die Nationalisierung der Bank-AktG. en in Rußland und ihre Rechtswirkung im Ausland: DfMz. 1925, 26 ff.

²⁾ Ur. v. 30. Juli 1925: Clunet, Journal du Droit International 1926, 489.

³⁾ Ur. v. 29. Juli 1926: Law Times Reports, Bd. 136, S. 72.

⁴⁾ Ur. v. 2. Mai 1928 (King's Bench Division): DfMz. 1929, 303.

das herrenlose Vermögen einer russischen Gesellschaft und dessen Liquidation nach vorherigem Aufgebotsverfahren für zulässig erklärt, übrigens ohne ein Vorrecht für die schweizerischen Gläubiger anzunehmen.

Selbst in den Vereinigten Staaten, die ja die Sowjetregierung noch nicht anerkennen, hat das Appellationsgericht von New York im Ur. v. 7. April 1925 i. S. Russian Reinsurance Comp. v. Bankers Trust Comp.¹⁰⁾ die Vertretungsmacht der im Engl. gewählten Organe einer russischen AktG. aus praktischen Gründen verneint. Nach Befriedigung sämtlicher amerikanischen Gläubiger hatte eine in Paris zusammengerufene GenVers. beschlossen, die AktG. zu liquidieren, und hatte die Direktoren mit der Einziehung einer Forderung gegen einen amerikanischen Schuldner beauftragt. Das Gericht stellt zunächst fest, daß nach dem Recht Sowjetrußlands und derjenigen Länder, die die Sowjetunion anerkennen, die AktG. und damit auch die Befugnisse ihrer Direktoren erloschen seien. Amerika, heißt es weiter, erkennt zwar die Sowjetdekrete nicht an, aber „die Nichtanerkennung der Sowjetdekrete hat eine gewisse Grenze, die vom gesunden Menschenverstand und vom Rechtsgefühl (common sense and equity) diktiert wird“. Die Nichtanerkennung sei weiter nichts als ein Notbehelf, um die Interessen der Aktionäre und Gläubiger zu schützen, bis die Rechtslage geklärt sei; hierfür bestehe aber im vorliegenden Falle kein Bedürfnis, weil der Schuldner solvent sei. Einen Hinweis, in welcher Weise die endgültige Klärung zu erwarten sei, gibt die Entsch. nicht.

In Deutschland war zunächst das RG. (ZW. 1925, 1300) der englischen Auslegung gefolgt. Es hat diesen Standpunkt aber (ZW. 1928, 1232) rückhaltlos aufgegeben. Dort hatte der deutsche Gläubiger einer russischen Bank deren angebliches Guthaben bei einer deutschen Bank gepfändet. Seine Klage weist das RG. ab mit der Begründung, die Pfändung bestehe nicht zu Recht, auch sei die Zustellung an die russische Bank unwirksam, weil die russische Bank infolge der Nationalisierungsmaßnahmen der Sowjetregierung die Rechtsgültigkeit verloren habe. Mit Recht wird folgendes ausgeführt: „Bei der Nationalisierung handelte es sich nicht nur um eine Konfiskation des Vermögens der Banken, sondern um einen Verlust ihrer Rechtspersönlichkeit, da die früheren Privatbanken nunmehr in Abteilungen der Volksbank umgewandelt worden sind. Ihre Organisation wurde vollständig vernichtet. Die Vernichtung muß auch für das Gebiet des Deutschen Reiches gelten. Die Bank kann nicht in Deutschland existieren, während sie in Rußland nicht mehr besteht.“ Die Frage, ob die Gläubiger der russischen Bank — und demnach auch die Aktionäre — berechtigt sind, die Anordnung einer Pflegschaft entsprechend § 1911 BGB. zu beantragen, und wenn das in Deutschland befindliche Vermögen der aufgelösten Gesellschaft zusteht, wird in dem Urteil nicht entschieden. Das Ergebnis ist also trotz der zutreffenden Beurteilung nicht so befriedigend wie die in dem entsprechenden Fall Sedgewick, Collins & Co. v. Russia Insurance Company durch die englischen Urteile geschaffene Rechtslage. — Das RG. hat zu dem Problem, nachdem es die einschlägigen Rechtsfragen in der Treugolnik-Entsch. (ZW. 1929, 3499) nur gestreift hatte, erstmalig und sehr eingehend in dem Ur. v. 20. Mai 1930 (II 385/29, f. ZW. 1931, 141) Stellung genommen. Die Firma C. Spahn & Söhne, i. Z. 1913 als russische AktG. mit dem Sitz in St. Petersburg konzeffioniert, hatte Anfang 1914 bei einer Braunschweiger Firma eine Reihe von Maschinen bestellt und auf den Kaufpreis rund 150 000 M. angezahlt. Der Vertrag wurde wegen des Krieges nicht ausgeführt, ebenso wenig wurde die Anzahlung bisher zurückerstattet. Nach dem Umsturz in Rußland waren die fünf Aktionäre, die nachweislich das gesamte Kapital vertraten, nach Deutschland gekommen und hatten einen Antrag an das VormGer. in Braunschweig gerichtet, für die Forderung gegen die deutsche Firma nach § 1913 BGB. einen Pfleger zu bestellen. Nach Ablehnung dieses Antrags waren sie in Berlin zu einer „Generalversammlung“ zusammengetreten, hatten die Liquidation der Gesellschaft beschlossen und aus ihrer Mitte zwei Liquidatoren erwählt. Nun klagte die Firma „Aktiengesellschaft C. Spahn & Söhne in Liquidation, früher in St. Petersburg“, vertreten durch ihre Liquidatoren, gegen die braunschweigische Firma auf Rückgewähr der aufgewerteten Anzahlung. Das VG. wies die Klage ab, weil die Kl. keine Rechtsfähigkeit habe. Dagegen erklärte das OVG. den Anspruch für dem Grunde nach gerechtfertigt. Das OVG. stellte zunächst — zutreffend und für die RevInst. bindend — fest, die AktG. C. Spahn & Söhne sei nach dem Recht ihres Heimatstaates erloschen, die Maßnahmen der Sowjetregierung seien auch von Deutschland anerkannt; weiterhin meint es aber, es sei nicht angängig und widerstreite dem Rechtsempfinden, den recht- und geschloßenen Raub des Privateigentums im Auslande dadurch zu krönen, daß den beteiligten Aktionären auch das inländische Liquidationsguthaben durch Richterpruch aberkannt werde. Das Recht auf eine Liquidationsquote sei unentziehbar und müsse, sei es durch die Aktionäre als bürgerliche Gesellschaft ad hoc, sei es durch eine insoweit wiederherzustellende und als fort-

bestehend anerkannte Liquidationsgesellschaft, verfolgbar sein. Das fordere der Zweck im Recht; ein entgegenstehender Wille des ausländischen Gesetzgebers sei, weil gegen den Zweck der inländischen Gesetze, privatrechtliche Ansprüche zu schützen, verstößend, nicht zu beachten. Auf die Revision der Behl. hat das RG. das Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Das Urteil knüpft an die Feststellungen des VG. an, lehnt aber seine weiteren Folgerungen ab, weil sie mit den Feststellungen unvereinbar seien und gegen die Denkgesetze verstößen. Eine Anwendung des Art. 30 EGVGB. wird schon um deswillen verneint, weil es sich nicht um die Herbeiführung einer Rechtswirkung durch Anwendung eines ausländischen Gesetzes handle, sondern „um die Beachtung einer im Auslande von einer anerkannten Regierung bei einer ausländischen juristischen Person bewirkten Änderung ihres Rechtszustandes im Sinne der Beendigung ihrer Rechtspersönlichkeit“. Die AktG. könne also nicht klagen, weil sie nicht mehr existiere. Aber auch einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft der Aktionäre würde die Sachberechtigung fehlen: Die Aktionäre haben nach deutschem Recht, ebenso nach altrussischem Recht und dem neuen russischen BGB., nur einen schuldrechtlichen Anspruch an die Gesellschaft auf Verteilung des Liquidationsüberschusses, wobei ihnen die Gläubiger der Gesellschaft vorgehen. Ebenjowenig könne eine sinngemäße Anwendung von § 302 Abs. 4 HGB. zugunsten der Aktionäre Platz greifen. Dort sei die Wiedereröffnung einer in Wahrheit nicht beendeten AktG. durch eine Handlung des Registerrichters vorgeesehen, während hier die Aktionäre willkürlich und selbständig vorgegangen seien. Ein nach § 302 Abs. 4 HGB. gerichtlich zu bestellender Liquidator hätte in erster Linie für die Befriedigung der Gläubiger zu sorgen, und das liege ebenso nach den Grundsätzen sachlicher Gerechtigkeit jeder irgendwie gestalteten Liquidationsgesellschaft ob. Sie dürfe nicht nur Inhaberin der Rechte, sondern müsse auch Trägerin der Verbindlichkeiten der alten AktG. sein. Dabei kämen nach deutschem Recht nicht nur deutsche, sondern alle Gläubiger der untergegangenen russischen Gesellschaft in Betracht, denn deren Rechte seien nicht erloschen. Da eine staatlich geordnete Liquidation nicht stattgefunden habe, entfalle die Grundlage für einen Anspruch der Aktionäre. „Das Rechtsempfinden, das der Vorbericht mitsprechen läßt, wird sicherlich weniger dadurch beeinträchtigt, daß eine Forderung vom Schuldner nicht eingetrieben wird, als dadurch, daß dies mit Gerichtshilfe durch einen Unberechtigten geschieht.“ — Ob im Deutschen Reich nach der dormaligen Gesetzeslage ein wirkliches Liquidationsverfahren unter staatlicher Leitung oder Aufsicht herbeigeführt werden kann, wie es in der Literatur fast allgemein gefordert und auch in anderen Ländern von den Gerichten anerkannt wird, läßt das RG. ausdrücklich unentschieden.

Somit haben sich in der internationalen Rechtspraxis trotz aller Verschiedenheiten im einzelnen doch gewisse übereinstimmende Grundsätze für die Behandlung der russischen AktG. und ihrer Vermögensreste herausgebildet:

1. die AktG. haben ihre Rechtspersönlichkeit verloren;
2. die ehemaligen Aktionäre haben keine Ansprüche gegen die Schuldner der Gesellschaft, doch können sie nach Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft in einem staatlich geordneten Verfahren die Liquidationsquote fordern.

In dieser Richtung ist das RG. durchaus den gleichen Erwägungen gefolgt, wie das Schweiz. BundesG. in dem kürzlich veröffentlichten Beschluß. Daß die beiden Erkenntnisse offenbar unabhängig voneinander sind, spricht für ihre Richtigkeit. Damit sollen die angeführten englischen Urteile nicht getadelt werden. Zweifellos sind die Ergebnisse in den drei berichteten Fällen durchaus befriedigend, und zu der Zeit, als die erste dieser Entsch. erging, war auch die Herrschaft der Sowjets nicht so befestigt, daß die Bedenken gegen die Fiktion eines Fortbestandes der im Heimatstaate erloschenen AktG. unbedingt durchschlagend mußten. Zusammenfassend muß man aber sagen, daß der Standpunkt der englischen Gerichte in der internationalen Rechtspraxis überwunden ist. Für Deutschland bleibt nur noch die Frage offen, ob die Liquidation der in Deutschland befindlichen Vermögensreste durchgeführt werden kann. Es steht zu hoffen, daß die Gerichte hier, ebenso wie in den meisten anderen Ländern, einen positiven Standpunkt einnehmen werden.

RA. Dr. Mückenberger, Leipzig.

Gründung von Zweigniederlassungen deutscher Gesellschaften in der Tschechoslowakei.

Gemäß § 109 GmbHG. muß die Gegenseitigkeit, die für die Errichtung einer tschechoslowakischen Niederlassung einer ausländischen GmbH. erfordert wird, durch Staatsverträge oder durch im GBl. kundgemachte Regierungserklärungen verbürgt sein, andernfalls ist der Nachweis der tatsächlichen Gegenseitigkeit durch eine Erklärung des Justizministeriums zu erbringen. Ist auch dies nicht möglich, bedarf es einer individuellen Zulassungsbewilligung.

¹⁰⁾ Gesetzgebung und Rechtspraxis des Auslandes 1925, 160.

In Bezug auf das Deutsche Reich ist die Gegenseitigkeit weder durch Staatsvertrag, noch durch eine kundgemachte Regierungs-erklärung verbürgt, wie letzteres im Verhältnisse zur Republik Österreich der Fall ist.

Die tatsächliche Beobachtung der Gegenseitigkeit wird vom tschechosl. Justizministerium nur in Bezug auf einige deutsche Bundesstaaten, wie z. B. Hamburg, anerkannt, hingegen nicht gerade bezüglich der großen industriellen Bundesstaaten, wie z. B. Preußen, Sachsen usw. und zwar mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 12 des Ges. v. 21. Juni 1869 Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes Nr. 26, die erklärt, daß hinsichtlich des Gewerbebetriebes der juristischen Personen des Auslandes es bei den Landesgesetzen bewendet. Nach Ansicht des tschechosl. Justizministeriums enthalten gerade die Landesgesetze dieser Bundesstaaten einschränkende Bestimmungen, die die Anerkennung der Gegenseitigkeit ausschließen.

Um den deutschen GmbH. in der Tschechoslowakei den Weg zu ebnen, bedarf es deshalb bringend der zwischen den beiden Staaten zu vereinbarenden und kundzumachenden Gegenseitigkeit, wobei auf den im folgenden berührten Punkt besonders Bedacht zu nehmen ist.

Die Frage der staatlichen Zugehörigkeit juristischer Personen ist sicherlich eine der schwierigsten des internationalen Privatrechts. Die diese Frage behandelnden Autoren haben sich jedoch sowohl aus theoretischen, als auch namentlich praktischen Gründen fast ausschließlich der Ansicht angeschlossen, daß sich die staatliche Zugehörigkeit einer juristischen Person, also auch der GmbH., nach dem Sitze der Gesellschaft richtet. Damit geht auch die Judikatur aller Staaten fast ausschließlich einig. Es würde hier zu weit führen, die einschlägige Judikatur und Literatur auch nur auszugsweise anzuführen.

Daß auch das tschechosl. Gesetz über die GmbH. diesen Standpunkt vertritt, ergibt in klarer Weise der Wortlaut des § 108 Z. 1: „in dem Staate, in dem sich ihr Sitz befindet“. „In gleichem Sinne behandelt diese Frage ein Aufsatz Dr. Gottlieb Ruderaz: „Über die staatliche Zugehörigkeit der Handelsgesellschaften im internationalen Privatrecht“, in der Zeitschrift „Pro správní a státní vědu“. Es ist dies meines Wissens die einzige wissenschaftliche Behandlung dieser Frage in der tschechischen Fachliteratur, ebenso wie eine vor kurzem ergangene oberstgerichtliche Entsch. diese Frage zum ersten Male, allerdings vom Standpunkte politischer Opportunität und ganz falsch, der Judikatur unterwirft.

Wenn nun die tschechosl. Judikatur trotz der einstimmig entgegenstehenden Judikatur und Literatur aller anderen Staaten und entgegen dem Wortlaute des Gesetzes einen anderen Standpunkt einnimmt, bleibt nichts anderes übrig, als diesen Punkt bei etwaigen Verhandlungen zu klären und in der kundzumachenden Vereinbarung in unzweideutiger Weise zum Ausdruck zu bringen.

N. Dr. Otto Stein sen., Prag.

Das deutsch-polnische Aufwertungsabkommen ist am 17. März 1931 in Kraft getreten.

I. Seit dem Abschluß des Abk. sind fast drei Jahre verstrichen. Das Abk. ist am 5. Juli 1928 geschlossen worden. Die deutschen gesetzgebenden Körperschaften haben ihm durch das RGes. v. 17. Juni 1929 (RGBl. II, 577 ff.) zugestimmt. Der Austausch der Ratifikationsurkunden hat am 16. Febr. 1931 in Warschau stattgefunden. Das Abk. erlangt nach Art. 76 einen Monat nach diesem Austausch Rechtskraft. In dem am 27. Febr. 1931 ausgegebenen RGBl. II, 33 ist die Bek. des Reichsministers des Auswärtigen veröffentlicht, in der festgestellt wird, daß das Abk. nebst den Schlußprotokollen am 17. März 1931 in Kraft tritt.

II. Eine eingehende Darstellung des Inhalts dieses Abk. hat Duasjowski: JW. 1928, 195 ff. gegeben (vgl. auch Haase: DZB. 1929, 1175 ff.). Das AufwAbk. regelt diejenigen Aufwertungs-fälle, für die in den beiden Vertragsstaaten eine Aufwertungs-gesetzgebung besteht. Die poln. AufwGesetzgebung geht insofern weiter als die deutsche, als sie auch die sogenannte freie Aufwertung schulrechtlicher Forderungen zum Gegenstand hat.

1. Mit dem 17. März 1931 ist die in der Rpr. der deutschen Gerichte lange streitig gewesene Frage des anzuwendenden Rechtes für diejenigen Hypotheken, die auf einem in den abgetretenen Gebieten belegenen Grundstück eingetragen sind, gesetzlich geregelt. Das dingliche Recht fällt danach unter die Gesetzgebung des Staates, in dem das belastete Grundstück liegt (Art. 6 Abk.). Die hypothekarisch gesicherten persönlichen Forderungen unterliegen ohne Rücksicht auf eine zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner getroffene Vereinbarung über den Erfüllungsort der AufwGesetzgebung desjenigen vertragsschließenden Staates, in dem das belastete Grundstück liegt, sofern der persönliche Schuldner zur Zeit der gerichtlichen Geltendmachung der Forderung dort seinen Wohnsitz hat (Art. 7 Abk.). Sonstige persönliche Forderungen unterliegen — gleichfalls ohne Rücksicht auf einen vereinbarten Erfüllungsort — der AufwGesetzgebung desjenigen vertragsschließenden Staates, in dessen Gebiet der Schuldner zur Zeit der gerichtlichen Geltendmachung der Forderung seinen Wohnsitz hat. Für die rein persönlichen Forderungen kommt unter dieser Voraussetzung die PolnAufwGD. v.

14. Mai 1924 mit ihren Nachträgen zur Anwendung, während die gleichen Ansprüche poln. Gläubiger an deutsche Schuldner von dem AufwAbk. nicht berührt werden, da diese Rechtsverhältnisse im deutschen AufwG. nicht behandelt sind; insofern greifen für das deutsche Recht die in der Rpr. entwickelten Grundzüge des internationalen Privatrechts Platz (Art. 10 AufwAbk.).

In dem AufwAbk. ist der — freilich nicht ausnahmslos durchgeführte Grundsatz — der gleichen Behandlung der Angehörigen beider Vertragsstaaten zur Geltung gebracht. Hierdurch verliert der viel erörterte Art. 43 Abs. 2 PolnAufwGD. der sich für deutsche Gläubiger ungünstig ausgewirkt hat, zu einem wesentlichen Teil seine Gefahren.

III. Eine bemerkenswerte Klärung der schwebenden Rechtsverhältnisse bringt Art. 72 AufwAbk. Danach werden von dem Tage des Inkrafttretens, also dem 17. März 1931 an, die Art. 4 und 5 PolnValutaG. v. 20. Nov. 1919 außer Kraft gesetzt. Nach diesen Bestimmungen, die freilich in der Praxis durch Nichtanwendung fast veraltet sind, bestand für Geldverbindlichkeiten, die außerhalb der Grenzen des poln. Staates zu erfüllen waren, ein unbegrenztes Moratorium. Das PolnValutaG. ist hiernach für die deutsch-poln. Rechtsbeziehungen nunmehr gegenstandslos geworden.

Von größerer Bedeutung ist der Abs. 2 des Art. 72. Danach ist die Verjährung von Geldforderungen, insbes. von Forderungen, die seit dem 1. Juli 1921 rückständig sind, jedenfalls von dem Tage des Inkrafttretens des PolnValutaG., dem 29. Dez. 1919, bis zum Inkrafttreten des AufwAbk., also dem 17. März 1931, gehemmt. Dies ist besonders wichtig für die Verrechnung des Aufwertungs-betrages bei poln. Hypotheken. Nach Art. 5 und 6 PolnAufwGD. werden dem der Aufwertung zugrunde liegenden Goldmarkbetrage Zinsen hinzugerechnet, nämlich bei ländlichen Grundstücken die bis zum 31. Juni 1924, bei städtischen Grundstücken die bis zum 31. Dez. 1924 rückständigen nicht verjährten, also vierjährigen Zinsen. Es ist eine Streitfrage des poln. Rechtes, ob als unverjährt nur diejenigen Zinsen anzusehen sind, die bei Inkrafttreten der PolnAufwGD., dem 14. Mai 1924, noch nicht verjährt waren, oder ob die Verjährungsfrist rückläufig zu berechnen ist erst von dem Zeitpunkt an, zu dem der Anspruch in einer die Verjährung unterbrechenden Weise gerichtlich geltend gemacht wurde. Die verschiedenen Kammern des obersten Gerichts in Warschau hatten hierüber entgegengesetzte Plenarentscheidungen gefällt, die erste Kammer in dem Beschl. v. 17. Mai 1929 (C 1415/29) im ersten, die dritte Kammer in einem Gutachten v. 23. Mai 1929 im zweiten Sinne (vgl. auch Hawličky, Rpr. z. poln. AufwRecht S. 87/88). Für die deutsch-poln. Rechtsbeziehungen ist nunmehr die Streitfrage in einem für die deutschen Gläubiger günstigen Sinne geregelt.

Auch für die Verjährung der seit dem 1. Juli 1924 oder 1. Jan. 1925 laufenden Zinsen des Aufwertungs-betrages, für die die poln. Schuldner von dem Einwand der Verjährung vor den poln. Gerichten reichlich Gebrauch gemacht haben, ist eine Verbesserung der Rechtslage nunmehr dahin eingetreten, daß diesen Einwendungen durch den Hinweis auf Art. 72 Abs. 2 deutsch-poln. AufwAbk. begegnet werden kann.

IV. Von besonderem und gegenwärtigem Interesse ist die Frage, ob das deutsch-poln. AufwAbk. auf die zur Zeit schwebenden Prozesse Anwendung findet. Wie bereits erwähnt, ist die Anwendung der Rechtsnorm des einen oder anderen der vertragsschließenden Staaten darauf abgestellt, wo der Schuldner zur Zeit der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs seinen Wohnsitz hat. Die Frage, welcher Zeitpunkt für die gerichtliche Geltendmachung in Betracht kommt, ob das Abk. auch die anhängigen Rechtsstreitigkeiten umfaßt, also die Frage der Rückwirkung hat den Gegenstand besonderer Verhandlungen zwischen der deutschen und poln. Regierung gebildet. In dem Schlußprotokoll v. 5. Juli 1928 zum AufwAbk. haben die beiden Regierungen ihre übereinstimmende Auffassung zu dieser Frage kundgegeben. § 9 des Schlußprotokolls lautet:

„Die Regierungen der vertragsschließenden Staaten gehen davon aus, daß die allgemeinen Bestimmungen des Abk. ihrem Inhalt nach auch auf Vorgänge zu beziehen sind, die in der Vergangenheit liegen. Sie haben aber davon Abstand genommen, eine Vereinbarung über die rückwirkende Kraft dieser Beziehungen zu treffen, weil sich die Auswirkungen einer solchen Regelung im einzelnen in ihrer Tragweite schwer überschauen lassen.“

Bei den Art. 7 u. 8 des AufwAbk. sind die Auswirkungen klar und eindeutig. Im § 9 Schlußprot. ist der übereinstimmende Wille der beiden vertragsschließenden Staaten dahin festgestellt, daß die Bestimmungen sich auch auf die schwebenden Prozesse beziehen sollen. Diese Auffassung der Regierungen haben sich die gesetzgebenden Körperschaften zu eigen gemacht, insbes. auch die deutschen. Denn in dem RGes. v. 17. Juli 1929 (RGBl. II, 577 ff.) hat auch der R. nicht nur dem Gesetz, sondern auch dem Schlußprotokoll zugestimmt, und in der Bek. des Reichsministers des Auswärtigen v. 25. Febr. 1931 (RGBl. II, 33) ist ausdrücklich hervorgehoben, daß das Abk. nebst den Schlußprotokollen ratifiziert ist. Hiernach ist

der übereinstimmende Wille der deutschen Regierung und der deutschen gesetzgebenden Organe über die Auslegung des Gesetzes, auf Grund dessen das deutsch-poln. AufwAbk. eine deutsche Rechtsnorm geworden ist, in der staatsrechtlich vorgeschriebenen Form zum Ausdruck gebracht. Einer solchen gemeinschaftlichen Erklärung der Regierung und der gesetzgebenden Organe ist die Bedeutung einer authentischen Interpretation beizumessen.

NH. Dr. Verthold Spaase, Berlin.

Die Behandlung der sog. Strafzinsen im Zwangsversteigerungsverfahren.

In der Praxis spielt seit einiger Zeit folg. Fall eine Rolle: Im Grundbuch in Abt. 3 Nr. 1 ist eine Darlehnshypothek von 50 000 RM nebst 5%, u. U. (d. h. in Falle des Verzugs) 10% Zinsen eingetragen; sie ist nach 12 Jahren fällig. Der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, hat 10 Jahre pünktlich die Zinsen gezahlt. Im 11. Jahr kommt das Grundstück zur Substantiation. Im Verfahren meldet der K 25 000 RM Grundschuld mit dem Range vor der Post Abt. 3 Nr. 2 an. Er macht geltend, in dieser Höhe sei eine Eigentümergrundschuld entstanden, die an ihn abtreten worden wäre. Wie ist die Rechtslage?

Es ist unbestritten, daß eine Eintragung mit obigem Inhalt zulässig ist, § 1115 BGB. (vgl. RGZ. 36, 223; RG.: GruchBeitr. 57, 154; über die Form der Eintragung RGZ. 49, 211 ff.). Zweifelhaft ist hingegen, welche Rechtsfolgen eine solche Eintragung im Gefolge hat. Das RG. (RGZ. 49, 214 ff.) hatte sich einmal mit einem ähnlichen Tatbestand zu befassen. Dort handelte es sich um die Auslegung der Klausel: „Erfolgt die Rückzahlung des Kapitals auf Verlangen der Gläubigerin aus einem der unter Ziff. 2 der Urkunde vom ... aufgeführten Gründe (z. B. bei Devastation des Grundstücks, Pfändung der Mieten, Nichtzahlung der Hypothekenzinsen usw.) vor dem vereinbarten Fälligkeitstage (d. h. vor dem 1. April 1916), so ist der Gläubigerin für jedes bis zum 1. April 1916 noch nicht abgelaufene Kalenderjahr eine Entschädigung von $\frac{1}{2}$ % der Darlehenssumme zu gewähren.“ In RGZ. 49, 220 ff. sollte eine Darlehnshypothek, verzinslich mit x vom Hundert, gegebenenfalls 400 M Pauschalsumme als Kostenersatz im Falle der Zwangsversteigerung eingetragen werden. In beiden Fällen nahm das RG. die Bestellung einer Hypothek für eine bedingte Forderung an (§ 1113 II BGB.). Das gleiche mußte folgerichtig für unseren Fall angenommen werden. Soweit nun die Hypothek für eine bedingte Forderung bestellt ist, besteht nach Ansicht des RG. eine auflösend bedingte Eigentümergrundschuld, §§ 1163 I 1, 1176 BGB., und zwar zugunsten des Bestellers der Hypothek, nicht des Eigentümers zur Zeit des Ausfalles der Bedingung. Es könne die Hypothek für Nebenleistungen in gleicher Weise zur Eigentümergrundschuld werden wie die Hypothek für die Hauptleistung, wenn für sie die erforderlichen Voraussetzungen vorliegen (RG. 72, 364 = JW. 1910, 188). Eine Ausnahme bilde § 1178 BGB., die aber hier unanwendbar wäre, da es sich nicht um Rückstände, sondern um künftige Nebenleistungen handele (RGZ. 32, 261). Stände also fest, daß die Bedingung ausgefallen, die Hypothek für die Strafzinsen nicht zur Entstehung gelangt sei, so könne der Eigentümer frei über diese Post verfügen, sie daher auch zedieren. „Dem Umstande, daß es sich um eine Nebenleistung handelt, wird ausreißend durch die Erwägung Rechnung getragen, daß der entsprechende Teil der Hypothek auch als endgültige Eigentümergrundschuld, mithin auch dann, wenn sich ergibt, daß er in anderer Hand bleibt als der Hauptteil der Hypothek (Kapital) seinen akzessorischen Charakter behält, d. h. von dem Fortbestehen des Hauptrechts abhängt und mit ihm erlischt“ (RGZ. 49, 218 unter Hinweis auf RG. 74, 81 = JW. 1910, 830; RGZ. 42, 268, 270).

Diese Entschreibungen des RG. aus dem Jahre 1916 sind bisher nicht eingehend nachgeprüft worden (vgl. etwa Planck-Streicher, § 1178 R. 1a; RGW. Komm. Ven. 3; Wolff, Sachenrecht S. 549 Anm. 8). Nur bei Ruffbaum, Lehrbuch des deutschen Hypothekenrechts 1921 S. 76 Anm. 1 heißt es: „Leider legt die Praxis den § 1178 allzu wörtlich aus, indem sie ihn nicht auf die künftigen Nebenleistungen bezogen wissen will (RG. [18. Jan. 1916] 32, 262). Das führt zu äußerst störenden Komplikationen des Hypothekenverkehrs (vgl. RG. [26. Juni 1916] 49, 214).“ Und in der Tat erscheint bei näherer Überlegung die Auffassung des RG. und der herrschenden Lehre nicht zutreffend. Weht man von der wirtschaftlichen Seite aus, so ergibt sich eine ungerechtfertigte Zurücksetzung der nachstehenden Gläubiger und eine ebenso ungerechtfertigte Bevorzugung des Eigentümers. Der Gedanke, der der Eigentümergrundschuld zugrunde liegt, ist, daß der Eigentümer vor einem wirtschaftlich unberechtigten Aufrechten der nachstehenden Hypothekare geschützt werden soll. Dem, da die Gläubiger der zweiten und dritten Post sich ihre schlechtere Rangstellung durch höhere Zinsätze oder andere Vorteile ausgleichen lassen, sollen sie nach Fortfall des ersten Gläubigers nicht auch noch einen besseren Rang als seinerzeit zugrunde gelegt erhalten. Dieser Gedanke findet aber hier in keiner Weise Anwendung. Denn die Parteien sind sich bei Begründung der zweiten Hypothek wohl bewußt, daß die 50 000 RM + 5% Zinsen

vorgehen und treffen entsprechende Vereinbarungen, nicht aber gehen sie von einem Zinsatz von 10% aus. Sätten die nachstehenden Gläubiger nicht das Vertrauen, daß die Zinsen pünktlich bezahlt werden würden, so würden sie das Grundstück nicht beleihen. Genau das gleiche gilt für die Entschädigung bei vorzeitiger Rückzahlung des Kapitals oder den Kostenersatz im Falle der Zwangsversteigerung. Auch hier nehmen die Parteien bei der Bestellung der zweiten Hypothek an, daß diese Fälle nicht eintreten. Es ist nicht einzusehen, warum der Eigentümer in Gestalt der Eigentümergrundschuld eine Prämie dafür erhalten soll, daß er pünktlich die ihm nach dem Vertragsinhalt obliegenden Leistungen erbringt oder etwaige Vertragsverletzungen unterläßt. Es würde eine vollkommene Erfütterung unseres Realkredits bedeuten, wenn auf diese Weise die nachstehenden Gläubiger zurückgedrängt werden könnten.

Schon hieraus ergibt sich, daß die Auffassung des RG. und der herrschenden Lehre unmöglich richtig sein kann. Es ist daher zu prüfen, wie man zu einem anderen Ergebnis gelangt. Das RG. geht davon aus, daß eine unbedingte Hypothek für eine bedingte Forderung bestellt wird und kommt so zu der Konstruktion vor der auflösend bedingten Eigentümergrundschuld. Es erscheint richtiger im Zweifel anzunehmen, daß nicht nur die Forderung, sondern auch die Hypothek bedingt ist, d. h. das Grundstück soll in der Höhe der Strafzinsen nur belastet sein, wenn der Eigentümer in Verzug gerät. Das gleiche würde in den anderen vom RG. entschiedenen Fällen gelten. Die Annahme einer auflösend bedingten Hypothek wird auch in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle am besten dem Parteinwillen entsprechen. Legt man diese Konstruktion, auf die Prof. M. Wolff (Berlin) die Freundlichkeit hatte mich hinzuweisen, zugrunde, so ergibt sich, daß, wenn die Suspensivbedingung ausfällt, der Eigentümer pünktlich die Zinsen gezahlt hat, das Grundstück überhaupt nicht belastet ist. Immerhin mögen sich Fälle denken lassen, in denen nach dem Parteinwillen nicht die Hypothek, sondern nur die Forderung bedingt ist. Sie werden jedoch sehr selten sein, und auch dann ist sehr fraglich, ob man den im RGZ. 32, 262 und 49, 218 entwickelten Grundgedanken zustimmen kann.

Denn, geht man von der Konstruktion des RG. aus, so bleibt noch immer zu prüfen, ob die Ablehnung der Anwendung des § 1178 BGB. zu Recht erfolgt ist. Wörtlich ist diese Bestimmung, die nur von Rückständen von Zinsen und anderen Nebenleistungen spricht, sicherlich nicht anwendbar. Auch hat der Gesetzgeber in §§ 1158, 1159 BGB. hinsichtlich der Übertragung zwischen der Hypothek für Zinsen oder andere Nebenleistungen und der Hypothek für Rückstände von Zinsen oder andere Nebenleistungen geschieden. In unserem Fall besteht jedoch m. E. kein Grund zu einer unterschiedlichen Behandlung. Dem § 1178 liegt der Gedanke zugrunde, daß sich durch die Zahlung der Zinsen oder anderer Nebenleistungen seitens des Eigentümers bei Fälligkeit nichts in der Rangfolge der einzelnen Gläubiger ändern soll. Daher ist bestimmt, daß die Hypothek für fällige Nebenleistungen erlischt, soweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt (vgl. auch Ruffbaum a. a. O.). Das trifft aber in unserem Fall in gleicher Weise zu. Denn wenn § 1178 sagt, daß keine Eigentümergrundschuld entsteht, wenn der Eigentümer die fälligen Zinsen und Nebenleistungen leistet, so muß dem der Fall gleichgesetzt werden, daß der Eigentümer, weil er dies tut, keine weiteren Nebenleistungen zu erbringen braucht. Andernfalls würde, wenn der Eigentümer im ersten Vierteljahr pünktlich zahlt, inwieweit eine endgültige Eigentümergrundschuld zur Entstehung gelangen. Wenn er aber im zweiten Vierteljahr in Verzug gerät, so würde die Hypothek entstehen und nach späterer Zahlung seitens des Eigentümers gemäß § 1178 erlöschen. Im dritten Vierteljahr könnte dann unter Umständen wieder eine endgültige Eigentümergrundschuld entstehen usw. Welchen Sinn eine derartige unterschiedliche Behandlung gleichliegender Tatbestände haben sollte, erscheint unerfindlich. Und sie ist auch nicht erforderlich. Denn weder die Motive noch die Protokolle zum BGB. sprechen in irgendeiner Weise dafür, daß der Gesetzgeber den § 1178 eng auslegen wollte. Vielmehr hat er an die vorliegenden Fälle gar nicht gedacht. Der Richter muß daher die vorhandene Lücke füllen und diejenige Bestimmung, die dem Tatbestand am besten entspricht, anwenden. Das ist aber unzweifelhaft § 1178 BGB., dessen Gedankengang hier in gleicher Weise zutrifft. Das RG. ist sich in seinen obigen Entscheidungen der Folgen seiner Auffassung gerade für das Versteigerungsverfahren nicht im vollen Umfang bewußt gewesen. Es geht zwar richtig von dem Satz aus, daß die Nebenleistungen ebenfalls dem Hypothekenrecht unterständen, würdigt aber m. E. nicht genügend, daß die hypothekenrechtlichen Bestimmungen sich zunächst nur auf die Hauptleistung beziehen und daher, wie Ruffbaum a. a. O. mit Recht ausgeführt hat, im einzelnen nur mit starken Einschränkungen auf die Nebenleistungen angewendet werden können. Statt daher eine der wenigen Bestimmungen für die Behandlung der Nebenleistungen, den § 1178, auf gleichgelagerte Fälle entsprechend anzuwenden, versucht es, den Tatbestand mit Hilfe von Rechtsfägen zu erfassen, die ihrem ganzen Wesen nach nur auf die Hauptleistung passen. Daher kommt es zu jedenfalls wirtschaftlich durchaus unbefriedigenden Ergebnissen, die, wie wir gesehen haben, sich auch juristisch vermeiden lassen, sei es durch eine analoge Anwendung des § 1178

BGB., sei es durch die Annahme einer aufschiebend bedingten Hypothek. Im letzten Fall würde es auf die analoge Anwendung des § 1178 nicht weiter ankommen.

Für das Zwangsversteigerungsverfahren ergibt sich hieraus, daß in solchen Fällen der streitige Betrag dem Gläubiger der Post Abs. 3 Nr. 2 zuzuteilen ist, so daß in einem etwaigen Widerspruchsverfahren, § 115 ZwVerfG., §§ 878 ff. ZPO., dem Zeßionar der angebliebenen Eigentümergrundschuld die Rolle des Kl. zufallen würde.

Nach den Ausführungen von Thiele (ZB. 1931, 561 ff.) möchte ich meinen bereits Ende Oktober 1930 abgefaßten und der Schriftleitung überänderten Aufsatz noch kurz ergänzen. Ich stimme mit ihm darin ganz überein, daß der von ihm abgedr. Beschl. des LG. I Berlin v. 12. Nov. 1930 den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens nicht gerecht wird. Wenn das LG. auf die Höchstbetragshypothek hinweist, so paßt dieser Vergleich nicht. Denn bei der Bestellung einer zweiten Hypothek nach einer Höchstbetrags-hypothek von 50 000 RM gehen die Parteien davon aus, daß der zweiten Hypothek 50 000 RM vorgehen. Ob dieser Betrag ganz dem ersten Hypothekar oder teilweise dem Eigentümer zusteht, ist für den zweiten Hypothekar ohne Bedeutung. Selbstverständlich ist es keine „ungerechtfertigte Prämie“, wenn dem Eigentümer bei der Feststellung der Forderung in Höhe des überschießenden Betrages eine endgültige Eigentümergrundschuld verbleibt. Hier aber gehen die Parteien bei der Begründung der zweiten Hypothek davon aus, daß ihr 50 000 RM + 5% Zinsen vorgehen. Mit Recht betont Thiele a. a. O., daß noch niemand auf den Gedanken gekommen sei, daß die nicht entstandenen Strafzinsen verfelbständig als Eigentümergrundschuld den Vorrang beanspruchen könnten. Man kann daher hier sehr wohl im Sinne der oben gemachten Ausführungen von einer „ungerechtfertigten Prämie“ für den Eigentümer sprechen. Aber diese wirtschaftlichen Gründe allein können, und darin ist dem LG. beizustimmen, dann nicht entscheidend sein, wenn das Gesetz entgegenstehen würde. Das ist aber im Gegensatz zum LG. zu verneinen. Die Annahme einer bedingten Hypothek lehnt das BG. im wesentlichen ohne hinreichende Begründung ab. Dagegen hält Thiele diese Konstruktion grundsätzlich für zutreffend, meint aber, daß sie für die Vergangenheit in der Regel an der bisher üblichen Fassung der Schuldkunden und Grundbucheintragen scheitern werde. Es ist ihm ohne weiteres zuzugeben, daß bei der von ihm für die Zukunft vorgeschlagenen Formulierung die Rechtslage klarer zum Ausdruck kommt. Trotzdem glaube ich, daß auch die gegenwärtigen grundbuchlichen Eintragungen in diesem Sinn ausgelegt werden müssen. Denn dieses Ergebnis allein entspricht jedenfalls für die überwiegende Zahl der Fälle dem Parteiwillen und der Auffassung aller am Hypothekenverkehr beteiligten Kreise. Aber gerade wenn man der Ansicht Thieles folgt, wird die Frage der analogen Anwendung des § 1178 BGB. um so bedeutungsvoller. Hier befinde ich mich in voller Übereinstimmung mit Thiele, nur glaube ich, daß für die sog. Fälligkeitsschädigung das gleiche gelten muß. Das BG. sagt in seinem Beschl., aus den Motiven (III S. 735) ergebe sich nichts, was für eine ausdehnende Interpretation des § 1178 BGB. sprechen könnte. M. E. muß man genau umgekehrt schließen. Kommt man zu dem wirtschaftlich allein erwünschten Ergebnis auf dem Wege der Analogie, so kann man nur fragen, sprechen die Motive gegen die analoge Anwendung. Im übrigen ist aber auf die Materialien überhaupt kein entscheidendes Gewicht zu legen. Daß der Gedankengang des § 1178 BGB. auf unseren Fall zutrifft, ist bereits oben ausgeführt worden. Es ist daher zu hoffen, daß sich die oberen Gerichte der hier vertretenen Auffassung anschließen werden. Zum Schluß sei noch auf folgendes hingewiesen. In der Praxis wird in diesem Zusammenhang zuweilen auch § 1197 Abs. 2 BGB. herangezogen. Aber zu Unrecht. Denn § 1197 BGB. spricht nur von den Rechten des Eigentümers als Grundschuldgläubiger. Hier aber fragt es sich gerade, ob eine Eigentümergrundschuld entstanden ist. Auch die Möglichkeit einer analogen Anwendung auf unseren Fall erscheint nicht ersichtlich.

Dr. Robert Goldschmidt, Berlin.

Entgegnungen.

Betriebsrat und Fusion.

Die Ausführungen von Danielcik: ZB. 1930, 3705 sind geeignet, zu Mißverständnissen Anlaß zu geben. Es ist richtig, daß eine gesellschaftsrechtliche Strukturveränderung durch Fusion zu unterscheiden ist von ihren betrieblichen Auswirkungen. Eine Veränderung lediglich in der Person des Arbeitgebers durch Fusionierung von zwei oder mehreren Unternehmungen sind für den Bestand des Betriebs, und folglich der Betriebsvertretungen, belanglos, solange dadurch der Bestand der einzelnen Betriebe nicht verändert wird (vgl. Königberger: NZArbR. 1923, 300); nur müssen die Arbeitsverträge fortauern. Erst wenn die Fusion für den Bestand der Einzelbetriebe Folgen hat, entsteht die von Danielcik angeführte Frage.

1. Williges „Erlöschen“ eines Betriebs kann die Folge der Auflösung durch einen andern Betrieb anlässlich einer Fusion sein und bedeutet Stillelegung, wodurch die Betriebsvertretung ihr Ende findet; möglichst schon vor oder während der Fusionsverhandlungen ist aber die Betriebsvertretung nach § 74 BetrRG. zu hören, damit

sie bei einer etwa in Frage kommenden Übernahme der Belegschaft oder eines Teils ihrer in einen anderen beteiligten Betrieb mitwirken kann. Mit dem Zeitpunkte der Stillelegung erlischt das Betriebsratsamt, jedoch mit der Maßgabe, daß die Betriebsvertretung die aus der Zeit vor der Stillelegung anhängigen Rechtsstreitigkeiten vor den ArbG. fortführen kann.

2. Sowohl dann, wenn ein Betrieb unter Aufrechterhaltung seines räumlichen und persönlichen Bestandes organisatorisch von einem andern Betrieb „aufgefogen“, als auch dann, wenn er mit einem andern Betrieb in einen neuen einheitlichen Betrieb vereinigt wird, kann von einem „Erlöschen“ im Sinne einer automatischen Beendigung des Betriebsratsamts und folglich des Schutzes der Mitglieder nach §§ 95 ff. BetrRG. nicht gesprochen werden. Denn in beiden Fällen bleibt der „aufgefogene“ oder bleiben die vereinigten Betriebe als Betriebsabteilungen oder Betriebsbestandteile bestehen (im Gegensatz zu Fall 1). Wohl aber wird in beiden Fällen — bei der Bildung eines neuen Betriebs (nicht Unternehmens) nimmt aus Danielcik das an; aber auch im Falle der Aufsaugung (richtiger Eingliederung), weil dann regelmäßig der Tatbestand des § 42 Abs. 1 BetrRG. vorliegen wird —, eine Neuwahl erforderlich, bis zu deren Durchführung nach § 43 Abs. 1 BetrRG. die alten Betriebsvertretungen, also die des eingegliederten bzw. der vereinigten Betriebe, im Amte bleiben (vgl. Flatow, BetrRG., 12. Aufl., S. 59; NZArbG. v. 15. Febr. 1928; ZB. 1928, 2649²). Es ist natürlich auch möglich, mit den Betriebsvertretungen der betroffenen Betriebe deren Rücktritt zu vereinbaren; auch dann gilt § 43 Abs. 1 BetrRG.

3. Im Falle der gesellschaftsrechtlichen Vereinigung zweier selbstständig bleibender, nicht zu bloßen Betriebsabteilungen herabsinkender Betriebe kommt auch die Bildung eines Gesamtbetriebsrats oder eines gemeinsamen Betriebsrats in Betracht.

Verf. Dr. Jacoby, Kiel.

Der Eigentumsvorbehalt des Verkäufers im Vergleichsverfahren des Käufers bei wirksamer Losung des Käufers

In ZB. 1930, 2759 war dargelegt worden, daß der Verkäufer, der seine Ware dem Käufer unter Eigentumsvorbehalt geliefert hatte, gem. § 4 VerglD. vom Vergleichsverfahren des Käufers nicht betroffen wird und den ganzen Kaufpreis beanspruchen kann, wenn bei Eröffnung des Vergleichsverfahrens der Käufer sich mit der Zahlung im Verzuge befindet und noch Ware aus der Lieferung des Verkäufers besitzt. Der Käufer kann jedoch dem Anspruche des Verkäufers auf den ganzen Kaufpreis dadurch entgegen, daß er sich form- und freistgerecht gem. §§ 28 ff. VerglD. vom Verträge löst. (Darüber vgl. im einzelnen die Ausführungen des Verf. in Konk-DrW. 1931, 3, insbes. darüber, daß die Lösung nicht schon deshalb ungültig ist, weil sie erst nach Abschluß des Vergleichsverfahrens ausgeübt wird [streitig].) Der Verkäufer ist dann gemäß § 30 VerglD. auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung beschränkt und wird mit diesem Anspruch vom Vergleichsverfahren betroffen. In der Praxis ergeben sich nun häufig Schwierigkeiten wegen der Frage, wie dieser Schadenersatzanspruch sich mit Rücksicht auf den Eigentumsvorbehalt im einzelnen gestaltet.

1. Der Verkäufer kann natürlich dem Käufer die noch in seinem Besitz befindlichen Waren belassen. Die Lösung hat dann folgende Wirkung: Nur die weitere Erfüllung des Vertrages ist ausgeschlossen. Der Käufer ist also nicht mehr berechtigt, die Eigentumsübertragung zu verlangen; der Verkäufer ist nicht mehr verpflichtet, das Eigentum zu übertragen. Die aufschiebende Bedingung, von deren Eintritt der Übergang des Eigentums auf den Käufer abhängig war, ist ausgefallen (ebenso Jaeger, Komm. zur KO. zu § 26 Ann. 15 und Kiefow, Komm. zur VerglD., 3. Aufl., zu § 28 Ann. 38). An die Stelle des Kaufpreises tritt der Schadenersatz wegen Nichterfüllung; in dem hier zur Erörterung stehenden Sonderfälle sind beide ihrem Betrage nach gleich. Der Käufer hat die Summe des Kaufpreises an den Verkäufer zu zahlen, aber selbstverständlich nur im Rahmen des abgeschlossenen Vergleichs, eben als Schadenersatz dafür, daß der Verkäufer nur die leere Eigentumshülle zurückbehält, die wirtschaftliche Verfügungsbefugnis über die Ware aber dem Käufer beläßt. Auf diese Weise wird das Ergebnis erreicht, daß der Verkäufer — im Rahmen des Vergleichs — so gestellt wird, wie er stehen würde, wenn der Vertrag von beiden Seiten vollständig erfüllt worden wäre (vgl. Kiefow, Komm. zur VerglD., 3. Aufl., zu § 28 Ann. 32 u. 34).

2. Der Verkäufer kann aber auch von seinem Eigentumsrechte Gebrauch machen und die noch vorhandenen Waren vom Käufer zurückverlangen. Er hält sich damit durchaus innerhalb der ihm auf Grund des Kaufvertrages zustehenden Befugnisse (ebenso Staub, Komm. zum BGB., Anh. zu § 382 Ann. 64 u. 65 b; Staudinger, Komm. zum BGB., zu § 455 Ann. 4; Dertmann, zu § 455 Ann. 1; RMKomm. zu § 455 Ann. 1; RG. ZB. 1906, 18 u. 19; ZB. 1907, 315; a. A. Soergel, Komm. zum BGB., zu § 455 Ann. 3; RG. 119, 68 = ZB. 1928, 213 in einer beiläufigen Bemerkung ohne nähere Begründung; vgl. dazu auch Stulz: ZB.

1930, 2771 in der Besprechung von Kühls Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgehalt). Es ist anerkanntes Rechts, daß die Umstände, welche den Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung begründen, den Kaufvertrag an sich unberührt lassen. Nur sein Inhalt ändert sich, indem an Stelle des Erfüllungsanspruchs eben der Anspruch des Verkäufers auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung tritt (vgl. Staub, Komm. zum HGB., Anh. zu § 374 Anm. 25: „Der Schadenersatzanspruch tritt ... an die Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten beider Teile... Der Vertrag erlischt ... nicht. Er besteht vielmehr fort; aber das ganze Vertragsverhältnis hat sich umgewandelt und beschränkt sich nunmehr allein auf den Schadenersatzanspruch...“). Alle anderen Rechte des Verkäufers — abgesehen von dem allerdings fortfallenden Recht auf Erfüllung — bleiben unberührt, insbes. die Rechte des Verkäufers auf Grund des vereinbarten Eigentumsvorbehalts. Für den Konkursfall ist das anerkanntes Rechts. Schon die Mot. zur RD. (Bd. II S. 91) betonen, daß der Eigentumsvorbehalt des Verkäufers durch § 26 RD. seine Wirksamkeit nicht einbüße. Die gleiche Auffassung vertreten Mpr. und Wissenschaft zu § 26 RD. (vgl. Jaeger, Komm. zur RD., zu § 26 Anm. 15 und zu § 17 Anm. 45 u. 47; Menzel, Komm. zur RD., zu § 26 Anm. 2; Staub, Komm. zum HGB., Anh. zu § 382 Anm. 90 c; RG.: LZ. 1907, 513 Nr. 8 = Recht 1907, 642 Nr. 1344). Von diesen Grundätzen mit Rücksicht darauf abzugehen, daß sie nur auf den Konkursfall paßten, nicht aber für das Vergleichsverfahren, besteht keinerlei Anlaß (vgl. hierzu RG. 129, 229). Sie können vielmehr sinngemäß auf das Vergleichsverfahren übertragen werden.

Demnach wird das Recht des Verkäufers, im Vergleichsverfahren Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen, dadurch nicht beeinträchtigt, daß der Verkäufer auf Grund seines dinglichen Rechtes sein Eigentum zurückverlangt. Nimmt er die Ware wieder in seinen Besitz, so steht er dann genau so da, wie ein gewöhnlicher Gläubiger, der einen Lieferungsvertrag ohne Eigentumsvorbehalt abgeschlossen, ihn aber noch nicht erfüllt hatte. Er kann dann seinen Schadenersatz auf die allgemein übliche Art berechnen, auf die hier näher einzugehen nicht der Ort ist. Es genügt, deswegen auf die ausführlichen, mit der Mpr. des RG. übereinstimmenden Angaben bei Staub, Anhang zu § 374 Anm. 25 ff. zu verweisen. Die sog. „Differenztheorie“ ist auch neuerdings vom RG. aufrechterhalten worden (RG. 127, 248 = JW. 1930, 2041). Das bedeutet: Dem Verkäufer ist das positive Erfüllungsinteresse zu ersetzen; er ist so zu stellen, wie er stehen würde, wenn der Vertrag erfüllt worden wäre. Die von ihm nicht erbrachte Leistung — in diesem Sonderfalle also die von ihm auf Grund seines Eigentumsvorbehalts wieder zurückgeholte Ware — muß er sich anrechnen lassen (ebenso Jaeger, Komm. zur RD., zu § 17 Anm. 45, und RG.: JW. 1900, 344¹² für den ähnlich liegenden Fall des dinglichen Wiederkaufsrechtes nach PrAMN.).

Sollte dadurch, daß er seine Ware wieder zurückbekommen hat, sein positives Erfüllungsinteresse noch nicht gedeckt sein, so kann er daneben noch seinen weiteren Schaden geltend machen, z. B. den entgangenen Gewinn (konkrete Schadensberechnung). Ein konkreter Schaden kann ihm auch dadurch erwachsen sein, daß die zurückgeholte Ware devaluiert oder aus anderen Gründen, z. B. Modewechsel, sich im Werte gemindert hat. Möglich ist auch eine abstrakte Schadensberechnung, z. B. wenn sich zwischen Kaufabschluß und Rückgabe der Markt- oder Börsenpreis gesenkt hat. Alle diese Schäden kann der Verkäufer im Vergleichsverfahren auch dann geltend machen, wenn er seine Ware zurückbekommen hat. Nur ist sein Schadenersatzanspruch nach oben hin dadurch begrenzt, daß er niemals mehr verlangen darf, als er erhalten hätte, wenn der Vertrag erfüllt worden wäre. Dem Recht des Verkäufers auf Herausgabe der Ware kann der Käufer auch nicht etwa gem. § 986 BGB. mit Verletzung auf die Einrede der exceptio rei venditae et traditae entgegenreten; denn wenn er sich wirksam vom Vertrage losgesagt hat, ist ja damit gerade sein Recht auf weiteren Besitz der Kaufsache hinfällig geworden; sein Recht auf Besitz setzt die weitere Erfüllung des Kaufvertrages voraus (ebenso Jaeger, Komm. zur RD., zu § 17 Anm. 17 und 44).

Hatte der Käufer bereits Teilleistungen auf den Kaufpreis gemacht, so darf der Verkäufer diese behalten, muß sie sich aber selbstverständlich auf seinen Schadenersatzanspruch anrechnen lassen. Schwierigkeiten können entstehen, wenn der Wert dieser Teilleistungen höher ist als der Betrag, den der Gläubiger als Schadenersatz fordern kann. Hierüber vgl. in einzelnen Fällen, Komm. zur VerglD., 3. Aufl., zu § 28 Anm. 35. Der Auffassung von Riechow, daß in diesem Falle dem Käufer ein Vereinerungsanspruch auf den Überschuss zustehe, dürfte beizutreten sein (ebenso auch Meyer, Komm. zur VerglD., zu § 30 Anm. 18; Samolewicz, Komm. zur VerglD. S. 70 Anm. 13; Maeder, Einwirkung des Vergleichsverfahrens auf schwebende Verträge S. 45; Nagel, Weibersitz unerfüllte gegenseitige Verträge im Vergleichsverfahren S. 130; nur teilweise abweichend, offenbar mit Rücksicht auf RG. 78, 53 = JW. 1912, 186, aber im wirtschaftlichen Endergebnis ebenso, Lucas, Komm. zur VerglD., zu § 30 Anm. IV a. E.). Dieser Fall dürfte aber im Vergleichsverfahren kaum praktisch werden, weil der Käufer, wenn er bereits solche erhebliche Zahlungen geleistet hatte, im allgemeinen kein Interesse daran haben wird, die weitere Erfüllung

des Vertrages abzulehnen und daher in diesem Falle kaum jemals von seinem Lösungsrecht Gebrauch machen wird.

3. Daß der Verkäufer auf Grund des Eigentumsvorbehalts seine Ware zurückverlangen und den darüber hinaus infolge der Lösung des Käufers erwachsenen Schaden im Vergleichsverfahren anmelden kann, setzt voraus, daß er grundsätzlich auf dem Boden des Kaufvertrages verbleibt. Er kann aber auch das ihm gemäß § 455 BGB. zustehende Recht auf Rücktritt vom Vertrage ausüben (vgl. Staub, Komm. zum HGB., Anh. zu § 382 Anm. 90 d.). Die Wirkungen des Rücktritts sind ganz anderer Art. Der Vertrag wird dann von Anfang an aufgehoben; beide Teile müssen so gestellt werden, als wenn niemals ein Vertrag zustande gekommen wäre. Ein Interesse an dieser Lösung dürfte der Verkäufer nur dann haben, wenn er bei Rückempfang der Ware keinerlei Schaden erleidet, insbes. dann, wenn der ursprünglich abgeschlossene Kauf für ihn ein Verlustgeschäft gewesen war. Man wird sich daher hüten müssen, jede Erklärung des Verkäufers, die auf Rückgabe der Ware abzielt, einfach als Rücktritt vom Vertrage aufzufassen. Nur in verhältnismäßig seltenen Fällen wird der Verkäufer damit den Rücktritt vom Vertrage meinen. Im Normalfalle wird er die oben unter 2. erörterten Rechte ausüben wollen. Rücktritt ist also keineswegs zu vermuten.

Besonderes gilt jedoch für den Fall des Abzahlungsgeschäftes; denn § 5 AbzG. v. 16. Mai 1894: RGBl. 450 besagt ausdrücklich: „Hat der Verkäufer auf Grund des ihm vorbehaltenen Eigentums die verkaufte Sache wieder an sich genommen, so gilt dies als Ausübung des Rücktrittsrechtes.“

4. Besonderer Hervorhebung bedarf der Umstand, daß der Käufer keinesfalls ein Recht darauf hat, daß der Verkäufer seine Ware zurücknehme. Allzuoft sind Schuldner bzw. Vertrauensperson der irigen Auffassung, der Verkäufer, der unter Eigentumsvorbehalt geliefert habe, sei verpflichtet, seine noch auf dem Lager des Schuldners befindliche Ware — vielleicht sogar noch zum Faktorewert! — zurückzunehmen. Ein derartiges Verlangen findet im Gesetz keinerlei Stütze. Wenn der Verkäufer sich nicht freiwillig zur Rücknahme seiner Ware versteht, so kann der Käufer ihn nicht dazu zwingen, muß vielmehr dulden, daß der Verkäufer die im vorstehenden erörterten Rechte ausübt.

RA. Dr. Heinz Cohn, Köln.

Die Zulässigkeit einer gleichzeitigen Mitgliedschaft in Zwangsinnungen und freien Innungen.

Nordbeck: JW. 1930, 3069 mißt der behandelten Frage eine Bedeutung bei, die ihr in Wirklichkeit nicht zukommt. § 100 b Abs. 5 RWemD. i. d. Fassung des Gef. v. 11. Febr. 1929 (RGBl. I, 21) bestimmt, daß bei Errichtung einer Zwangsinning diejenigen Mitglieder, welche der Zwangsinning anzugehören haben, aus der bisherigen (freien) Innung ausscheiden, es sei denn, daß sie einen entgegenstehenden Willen ausdrücklich erklären.

Der letzte Satz, „es sei denn, daß sie einen entgegenstehenden Willen ausdrücklich erklären“, ist erst durch das Gef. v. 11. Febr. 1929 angefügt worden; vorher mußten Mitglieder einer freien Innung, welche der neu zu errichtenden Zwangsinning anzugehören hatten, kraft Gesetzes aus der bisherigen Innung ausscheiden.

Nordbeck kommt nun im Gegensatz zu Schindler und v. Hoffmann, Das Körperschaftsrecht des Handwerks, Berlin 1929, S. 155/56, zu dem Ergebnis, daß es als unzulässig angesehen werden müsse, freie Innungen mit der Absicht neu zu gründen, sie solche Gewerbebezüge erfassen zu lassen, für die bereits Zwangsinnungen bestehen. Ebenso soll es unzulässig sein, daß sich bestehende freie Innungen auf solche Gewerbebezüge oder solche Gewerbetätigkeiten ausdehnen, für die bereits Zwangsinnungen vorhanden sind.

Nordbeck geht dabei zutreffend von der Begründung zum Gef. v. 11. Febr. 1929 aus. Die jetzt bestehende Möglichkeit, die Mitgliedschaft bei einer freien Innung beizubehalten, ist danach zweifellos nur geschaffen worden, um den Bestand der mit einer freien Innung etwa verbundenen Innungskrankenkasse nicht zu gefährden. In dem Gesetzestext ist allerdings auf diese Begründung nicht zurückgegriffen worden, so daß also die Beibehaltung der Mitgliedschaft bei einer freien Innung auch dann zulässig ist, wenn eine Innungskrankenkasse mit ihr nicht verbunden war. Schindler und v. Hoffmann haben also vollständig recht, wenn sie sagen, daß die bisher umstrittene Frage, ob die Zugehörigkeit zu einer Zwangsinning und einer freien Innung zulässig sei, nunmehr im bejahenden Sinne als geklärt angesehen werden müsse. Der weitere Satz von Schindler und v. Hoffmann, daß es daher auch Mitgliedern einer schon bestehenden Zwangsinning nicht verwehrt werden könne, einer freien Innung beizutreten, ist zwar folgerichtig, findet aber in dem Gesetzestext und auch in der Begründung keine Stütze und ist daher wohl etwas zu weitgehend.

Nordbeck bestreitet die Möglichkeit der gleichzeitigen Zugehörigkeit zu einer freien und einer Zwangsinning nicht. Er will diese neue Bestimmung gleich Fr. Hoffmann (nicht zu verwechseln mit Schindler und v. Hoffmann), „Die Organisation des Handwerks“, 4. Aufl., Berlin 1929, S. 53, aber nur

auf die Zwangsinnungen angewendet wissen, die nach dem 1. April 1929, dem Zeitpunkte des Inkrafttretens des Gesetzes v. 11. Febr. 1929, errichtet werden. Fr. Hoffmann geht nun noch weiter. Er führt in Anm. 10 S. 53 aus, daß der Übertritt in die Zwangsinnung ganz in das Belieben der Handwerker gestellt ist. Danach könnte sich also jeder, der bisher einer freien Innung angehörte, der Mitgliedschaft bei einer neuerrichteten Zwangsinnung durch eine entsprechende Erklärung entziehen. Diese Folgerung aus der neuen Fassung des § 100b Abs. 5 zu ziehen, ist abwegig und auch nirgends begründet. Der Innungszwang (§ 100f GewO.) greift durch; es kann sich nur darum handeln, ob der Handwerker daneben noch der freien Innung wie bisher angehören möchte. Durch diese unbegründete und unrichtige Auslegung ist schon viel Unruhe in die Reihen des Handwerks getragen worden.

Nordbeck sagt nun richtig, daß nach der Entstehungsgeschichte der Handwerksnovelle der Gesetzgeber nur bestehende freie Innungen und ihre Krankenkassen schützen, nicht aber die Neuerrichtung freier Innungen neben bestehenden Zwangsinnungen fördern wollte. Die weitere Begründung seiner Ansicht geht jedoch fehl.

So nimmt er gegen die schon vorhin genannten Ausführungen von Schindler und v. Hoffmann mit dem Hinweis Stellung, daß es dem Zeitgedanken des Gesetzes nicht entsprechen würde, wenn bestehende Zwangsinnungen der Gefahr einer Schädigung ihres Innungslebens ausgesetzt würden durch später gegründete freie Innungen, welche die Mitglieder der Zwangsinnungen zu erfassen vermöchten. Hier werden Befürchtungen geäußert, deren Voraussetzungen nie eintreffen können. Man kann fast der Meinung sein, daß Nordbeck die irrtümliche Ansicht von Fr. Hoffmann teilt, der die Mitgliedschaft bei der Zwangsinnung ganz in das Belieben des Handwerkers stellt. Aber auch, wenn nur die Schädigung der Innungskrankenkasse der Zwangsinnung gemeint ist, so irrt der Verf. ebenfalls. Die Mitglieder einer Zwangsinnung, für die eine Innungskrankenkasse besteht, sind nicht nur verpflichtet, der Innung,

sondern auch deren Krankenkasse anzugehören (§ 100n GewO.). Bei Ausdehnung einer Zwangsinnung auf den Bezirk einer freien Innung müssen die Gesellen usw., sofern beide Innungen eine Innungskrankenkasse haben, Mitglieder der Innungskrankenkasse der Zwangsinnung werden; der freien Innung kann der Handwerker in diesem Falle daneben nur für seine Person angehören (vgl. auch Landmann-Rohmer, 2. Bd. 1. Teil, München 1930, S. 102 Anm. 7).

Die Rechtslage würde die gleiche sein, wenn die Neuerrichtung von freien Innungen für Gebiete von Zwangsinnungen zulässig wäre. Eine solche Auslegung scheint im Widerspruch mit § 100b Abs. 5 GewO. und der Begründung zur Handwerksnovelle zu stehen, folgt aber notwendig aus dem auch von Nordbeck zum Ausdruck gebrachten Zeitgedanken des Gesetzes, das den Zwangsinnungen eine bevorzugte Stellung zuweist.

Zur Errichtung von freien Innungen oder Ausdehnung ihrer Bezirke auf Gebiete bestehender Zwangsinnungen fehlt damit aber der Antrieb. Falls die Zwangsinnung noch keine Innungskrankenkasse hat, ist es doch sicher leichter und einfacher, ihre Errichtung zu beantragen, als zu diesem Zwecke erst eine freie Innung zu schaffen.

Es wird kaum einen Handwerker geben, der einer guten Zwangsinnung angehört und noch den Wunsch hat, daneben einer neuen freien Innung anzugehören, deren Leistungsfähigkeit er nicht kennt und die zumindest zweifelhaft ist.

Auch die Notwendigkeit zur Errichtung einer freien Innung fehlt in diesem Falle, zumal nach der MotW. des RPräs. vom 26. Juli 1930 mehrere Innungen gemeinsam eine Innungskrankenkasse errichten können.

Der Auslegung des § 100b Abs. 5 GewO. wird also eine Bedeutung beigemessen, die ihr nicht zukommt; sie hat nur theoretischen Wert, dürfte jedoch praktisch kaum in Erscheinung treten.
Dr. Borck, Berlin.

Schrifttum.

Die Reform des Aktienrechts. Kritische Bemerkungen zum Gesetzentwurf des Reichsjustizministeriums. 92 Seiten.

Der Band enthält verschiedene in der kölnischen Zeitung erschienene Aufsätze zur Aktienrechtsreform. Bei den ersten überwiegt das Referat über den Inhalt des Entwurfs, bei den letzten — aus der Feder bekannter Wirtschaftler und Juristen (Flechtheim, Hachenburg u. a.) — treten Einzelbetrachtung und Kritik in den Vordergrund. Die Kritik bleibt stets maßvoll. Von Einzelheiten seien erwähnt: Die Regelung der Stimmrechtsaktien wird weitgehend, aber nicht völlig gebilligt; sie sei zu kompliziert, lähme u. U. die Entschlußkraft des Unternehmens, eine zahlenmäßige Begrenzung des Stimmrechts sei vorzuziehen. Ferner ist die Flechtheim'sche Kritik der Offenlegungsbestimmungen eindrucksvoll. Flechtheim zeigt, wie hier die Regelung des Entwurfs ein Tummelfeld für schikanöse Anfechtungsklagen schafft.
D. S.

Erich Welter: Der Aktienrechtsentwurf. Kritik und Forderungen. Sonderabdruck aus der Frankfurter Zeitung. D. Z. Preis 1 M.

Die vorliegende Veröffentlichung stellt eine nur in Einzelheiten abgeänderte Wiedergabe der im August und September des vorigen Jahres im Handelsteile der Frankfurter Zeitung veröffentlichten Stellungnahme zu dem Referentenentwurf dar. Der Standpunkt des Verf. ist bereits von seiner früheren, der Aktienrechtsreform gewidmeten Arbeit her („Erneuerung des Aktienrechts! Ein Appell und ein Programm“) bekannt: es ist der des unbedingten Reformfreundes. Der Referentenentwurf bedeutet daher für den Verf. zwar einen bedeutenden Fortschritt auf dem Wege zu der wirklich durchgreifenden Reform, die Welter für erforderlich hält. Aber seine gegenwärtige Fassung weist nach seiner Meinung doch noch eine sehr erhebliche Anzahl nicht leicht wiederer Mängel auf — Verf. faßt sie zu „14 Punkten“ zusammen — deren Behebung der Anhänger der Reform von dem Gesetzgeber fordern muß.

Man wird von der vorliegenden Arbeit nicht erwarten können, daß sie alle Einzelheiten des Entwurfs mit systematischer Vollständigkeit behandle. Vielleicht hätte der Verf. sogar gut getan, sich noch etwas mehr auf die leitenden Gesichtspunkte zu beschränken, diesen aber eine, auch die Argumente der Gegenseite stärker berücksichtigende, eingehendere Erörterung zu widmen. Immerhin bietet die Schrift eine ganze Reihe durchaus wertvoller, sachlich zutreffender Bemerkungen. Der Hervorhebung besonders würdig scheint mir der Hinweis auf die Abwegigkeit des Gedankens zu sein, der den Schutz des „Unternehmens an sich“ mit der Stärkung der Verwaltungsposition identifiziert und damit auf der

durch die Erfahrung keineswegs gerechtfertigten Unterstellung beruht, daß gesellschaftsfremde Interessen ausschließlich oder doch regelmäßig von den Aktionären, nicht aber von der Verwaltungspartei verfolgt würden. Die Ausführungen des Verf. zu dieser Frage zeigen mit voller Deutlichkeit, wie wenig zutreffend die Darstellung ist (vgl. Schlegelberger: JW. 1930, 3712), als ob es sich bei dem Kampf um das „Unternehmen an sich“ um einen bloßen Wortstreit handle. Allzu freundlich scheint mir dagegen der Verf. der von dem Entwurf vorgeschlagenen Regelung der „gebundenen Aktien“ gegenüberzustehen. Eine große Anzahl praktisch wichtiger Fälle werden durch die vorgeschlagene Fassung nicht getroffen, insbes. nicht der Fall des Mitkommens der Tochtergesellschaft in der GenVers. der Muttergesellschaft. Auf weitere Einzelheiten kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

Der Schrift des Verf. ist zu wünschen, daß sie nicht nur die ihr gebührende Beachtung innerhalb der weiteren Diskussion finden, sondern auch Veranlassung zu jener noch zu erwartenden eingehenden kritischen Auseinandersetzung der Reformfreunde mit dem Entwurf geben möge, für die sie treffliche Vorarbeit geleistet hat.
PrivDoz. Dr. Ernst Cohn, Frankfurt a. M., 3. J. Kiel.

Handelsgesetzbuch und Wechselordnung sowie Nebengesetze und Auszug aus dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Erläutert durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts von Julius Bask, Justizrat. Neu bearbeitet von Walter Bask, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin. 10. Auflage. Berlin 1931. Verlag S. W. Müller. VIII u. 460 S. Preis in Leinen geb. 5 M.

Wechselordnung mit dem Scheckgesetz und einschlägigen Bestimmungen. Erläutert durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts von Julius Bask, Justizrat. 8. Auflage. Bearbeitet von Walter Bask, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin. Berlin 1931. Verlag S. W. Müller. Preis brosch. 1,30 M.

Das Buch ist ein Gegenstück zu den auf dem Gebiete des Strafrechts und Strafprozesses weitverbreiteten Ausgaben von Daube und Dalcke. Es enthält eine Auswahl von 17 Gesetzen handelsrechtlichen Inhalts. Unter welchen Gesichtspunkten diese Auswahl getroffen ist, wird freilich nicht ganz ersichtlich. Von den wichtigen handelsrechtlichen Gesetzen fehlt das GenG.; von den Gesetzen bank- und börsenrechtlichen Inhalts ist nur das DepotG. aufgenommen. Verdienstlich ist der Abdruck des ArbGG. als Er-

gänzung zu dem Recht der kaufmännischen Handlungsgehilfen. Erläutert sind das HGB., die W.D., das ScheckG., das GmbHG. und der Auszug aus dem BGB. Die Wiedergabe der Nr. des RG. ist, wie zahlreiche Stichproben ergeben haben, vollkommen durchgeführt und auf den neuesten Stand gebracht. Dabei zeigt sich, daß gerade auf dem Gebiete des Handelsrechts die letzte Zeit zahlreiche grundlegende Entsch. ergeben hat. Sehr anschaulich und praktisch ist z. B. die Anordnung der Erläuterungen zu Art. 4 W.D., der eine besonders reiche Kasuistik hervorgebracht hat.

Das außerordentlich handliche und recht preiswerte Büchlein wird in der Praxis demjenigen nach wie vor gute Dienste leisten, der sich schnell über den Stand der Nr. zu bestimmten Einzelfragen orientieren will.

W.D. und ScheckG. nebst Erläuterungen sind auch als Sonderausgabe erschienen.

Dr. Paul Kaufmann: Die Rückgängigmachung der Auflösung bei Handelsgesellschaften und Genossenschaften. (Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen. In Verbindung mit der Vereinbarung für Aktienrecht herausgegeben von Dr. Arthur Rußbaum, Professor an der Universität Berlin. Heft 15.) Berlin 1930. Carl Heymanns Verlag. Preis 6 M.

Die rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Frankfurt a. M. hat das aus der Überschrift ersichtliche Thema als Preisgabe für das Jahr 1929 gestellt. Die Kaufmannsche Arbeit ist aus diesem Wettbewerb als preisgekrönter Schrift hervorgegangen. Sie behandelt auf 119 Seiten das Thema in sehr gründlicher und meines Dafürhaltens erschöpfender Weise, bietet dazu auch wertvolle steuerrechtliche Erörterungen. Der in früheren Jahren geltenden Auffassung von der „Irreparabilität der Auflösung“ tritt Kaufmann mit guten Gründen entgegen und legt überzeugend dar, daß sowohl bei Handelsgesellschaften, insbes. auch bei AktG. und GmbH. sowie bei KommGes. auf Aktien, als auch bei Genossenschaften die aufgelöste Gesellschaft durch einen Fortsetzungsbeschluß wieder in eine werbende Gesellschaft umgewandelt werden kann. In eingehender Weise behandelt Kaufmann die von ihm verneinte Frage, ob Zahlungen, die im Zustande der Liquidation an Gesellschaftsgläubiger geleistet worden sind, zurückgezahlt werden müssen, und wie es mit Zahlungen steht, die im Liquidationszustande an Gesellschafter (Aktionäre, Gesellschafter der GmbH., Genossen) geleistet worden sind. In letzterer Hinsicht ist Kaufmann grundsätzlich der Meinung, daß, soweit es sich um liquidationswidrige Leistungen an Gesellschafter handelt, ein Anspruch auf deren Rückzahlung kraft Gesetzes besteht, daß dagegen, soweit die Zahlungen im gesetzlichen Rahmen der Liquidation erfolgt sind, ein Anspruch entweder aus ungerichtfertigter Bereicherung oder auf Grund des Gesetzes oder aus der Zustimmung zum Fortsetzungsbeschluß gegeben ist. Die Schrift ist reichlich mit Literaturvermerken ausgestattet und stützt sich insbes. auf verschiedene obergerichtliche Entsch. Sollte die behandelte Frage künftig wieder zu einer gerichtlichen Entsch. gelangen, so wird die Kaufmannsche Schrift für derartige Entsch. von hohem Werte sein.

Geh. ZN. Dr. Felix Bondi, Dresden.

Rudolf Heinzheimer: Über die Teilhaberschaft. Beiträge zum inneren Recht der Personalgesellschaften. (Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen Nr. 12.) Heidelberg 1930. Preis geh. 8,50 M.

Eine Erstlingsarbeit, die weit über dem Durchschnitt steht. Während das Aktienrecht in steigendem Maße ein beliebter Gegenstand dogmatischer Untersuchungen geworden ist, fehlen neuere Arbeiten dieser Art fast ganz auf dem Gebiet der Personalgesellschaften. Es war ein guter Gedanke, das innere Gesellschaftsrecht der DGB. zum Gegenstand einer solchen Betrachtung zu machen. Die Arbeit beweist selbst am besten die Fruchtbarkeit einer derartigen Durchleuchtung. In dem Mittelpunkt steht die „Teilhaberschaft“. Diese ist für Heinzheimer ein Rechtsverhältnis, aus dem Rechte entstehen, aber nicht selbst ein Recht (S. 35). Der Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen ist ihm die Teilhaberschaft, bezogen auf das Gesellschaftsvermögen (S. 33). Dieser Anteil läßt sich nicht in einer Quote ausdrücken, wohl aber der „Wertanteil“. Diese Quote gibt die relative Höhe der Geldansprüche und Verpflichtungen eines Gesellschafters zu dem anderen an. Von dieser Beteiligungsziffer ist der Kapitalanteil zu unterscheiden. Dieser hat nach Heinzheimer (S. 33) die Aufgabe, „Maßstab für die absolute Höhe“ dieser Ansprüche der Gesellschafter zu sein. Das ist jedenfalls nicht sehr glücklich ausgedrückt. Das gleiche ist zu sagen, wenn Heinzheimer den Kapitalanteil eine Ziffer nennt, „die das effektive (aktive oder passive) Guthaben des Gesellschafters angibt“ (S. 33/34). Der Kapitalanteil stellt kein Guthaben des Gesellschafters gegen die Gesellschaft, jedenfalls kein effektives Guthaben dar. Noch weniger kann er ein „passives Guthaben“ sein.

Heinzheimer untersucht die sich aus der Teilhaberschaft ergebenden Rechte, und grundlegend für seine Arbeit ist die hierbei ent-

wickelte Unterscheidung zwischen Vermögens- und Mitverwaltungsrechten (S. 39 ff.). Diese aus dem Vereins- und Aktienrecht geläufige Unterscheidung hat bisher im Recht der Personalgesellschaften keine oder doch keine bedeutende Rolle gespielt. Heinzheimer will sie zur Grundlage des Systems machen. Bewußt läßt sich diese Einteilung auch bei der DGB. durchführen. Aber schon bei der AktG. gibt es keine Rechtsätze, die für alle Mitverwaltungsrechte und nur für diese gelten. Noch weniger aber bei der DGB. Das aber gerade ist das eigentliche Ziel der Arbeit Heinzheimers. Schon die Zuweisung der einzelnen Rechte zu der einen oder der anderen Gruppe ist sehr problematisch. Beim Informationsrecht weiß Heinzheimer selbst nicht recht, ob er es bei den Vermögensrechten oder den Mitverwaltungsrechten unterbringen soll (S. 55). Überraschend ist es, daß er die actio pro socio ohne Rücksicht auf den Inhalt des Klageanspruchs als Mitverwaltungsrecht aufsaßt. Vor allem wird es aber auf Widerspruch stoßen, wenn er auch das Kündigungsrecht oder gar den Anspruch auf Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven als Mitverwaltungsrecht und nicht als Vermögensrecht bezeichnet (S. 45). Am schärfsten wirkt sich bei Heinzheimer diese Unterscheidung zwischen Vermögensrechten und Mitverwaltungsrechten in den Fragen des ehelichen Güterrechts aus (S. 80 ff.). Gerade hier zeigt sich aber die Nützlichkeit seiner Arbeitsmethode auch dann, wenn man ihm in der grundsätzlichen Frage nicht zustimmen kann. Überhaupt enthalten seine Ausführungen zu den einzelnen Mitverwaltungs- und Vermögensrechten vielfach neue Gesichtspunkte. Interessant sind vor allem auch seine Darlegungen über die Teilhaberschaft als Rechtsobjekt (Teilhaberwechsel, Belastung der Teilhaberschaft usw.).

Prof. Dr. Flechtheim, Berlin.

Ausschuß zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft. Verhandlungen und Berichte des Unterausschusses für allgemeine Wirtschaftsstruktur (I. Unterausschuß). 3. Arbeitsgruppe: Wandlungen in den wirtschaftlichen Organisationsformen. 3. Teil: Wandlungen in der aktienrechtlichen Gestaltung der Einzelunternehmen und Konzerne. Generalbericht. Berlin 1930. E. S. Mittler & Sohn. X und 95 Seiten.

Der Unterausschuß des Enqueteausschusses, der den Einfluß der Zeit auf das deutsche Aktienrecht geprüft hat, ist zu dem Ergebnis gelangt, daß das deutsche Aktienrecht in seinen Grundlagen gesund ist und in der Hauptsache auch die veränderten wirtschaftlichen Bedürfnisse befriedigt. Der Ausschuß hat daher bekanntlich nur eine Teilreform für notwendig gehalten, die die Grundlagen des Aktienrechts unberührt läßt. Bedenkt man die mannigfache herbe Kritik, die das deutsche Aktienrecht in den letzten Jahren erfahren hat, so muß dies Ergebnis zunächst überraschen. Dankbar ist daher zu begrüßen, daß in dem vorliegenden handlichen Band der Ausschuß den unter Leitung von Geiler und Flechtheim von Maximilian Schmulewicz entworfenen Generalbericht der weiteren Öffentlichkeit vorgelegt hat; darin werden die Ergebnisse der umfangreichen Untersuchungen kurz zusammengefaßt. Die Autorität der Männer, die in dem Ausschuß saßen (unter dem Vorsitz von Lammer waren u. a. Georg Bernhard, Gerh. Bücher, Dernburg, Prof. Harms und Hilferding Mitglieder des Ausschusses), und der anerkannte fachliche Ruf der hinzugezogenen Sachverständigen (als ständige Sachverständige unterstützten den Ausschuß Flechtheim, Geiler, Zahn und Raphael) machen allen Kritikern die eingehende Beschäftigung mit den Ausführungen des Berichtes zur Pflicht; der an der Rechtsentwicklung interessierte Jurist aber kann sich keine bessere Einführung in das lebende Aktienrecht wünschen.

Um von der Reichhaltigkeit der behandelten Fragen und der Bedeutung der gemachten Vorschläge ein Bild zu geben, sei folgendes erwähnt:

Behandelt werden die Probleme der Kleinaktien, der Stimmrechtsaktien, des Aktienpakets, des Einzelaktionärs (Depotaktie und Publizität), Zusammenfassung und Fassung der Verwaltungsorgane sowie der Konzernbildung. Der Nennbetrag der Aktie soll bis zu minimal 100 M betragen. Die Stimmrechtsaktien will der Ausschuß für die Gegenwart beibehalten; als Schutz gegen ihren Mißbrauch betrachtet er eine zwingende Gesetzesvorschrift, nach der die Schaffung solcher Aktien nur mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ des Grundkapitals zulässig ist, sowie die Einführung der vom Juristentag vorgeschlagenen Generalklausel. Ferner wünscht er eine Vermehrung der Publizität. Hinsichtlich der Stellung des Einzelaktionärs und seines Schutzes glaubt der Ausschuß durch die Einführung der erwähnten Generalklausel eine Besserung der gegenwärtigen Lage des Einzelaktionärs herbeiführen zu können. Um aber einen Mißbrauch durch schikanöse Klagen zu verhüten, soll die mit der Nichtigkeitsklage zu verschmelzende Anfechtungsklage erschwert werden. Entgegen oft geäußelter Kritik spricht sich der Ausschuß für die Beibehaltung der Depotaktie aus, von der er sich u. a. den Vorteil verspricht, daß die von der Bank vertretenen Stimmen einen Ausgleich gegen den

gebundenen Aktienbesitz schaffen werden. Hinsichtlich der Publizität erkennt der Ausschuss eine Reformbedürftigkeit des gegenwärtigen Zustandes an. Er beschränkt sich auf die Forderung, die Verpflichtungen in bezug auf Bilanzen und Inhalt des Geschäftsberichtes schärfer zu spezifizieren als bisher. Der besseren Beaufsichtigung der Geschäftsführung durch besondere Organe soll schließlich dadurch gedient werden, daß die prozeduralen Voraussetzungen der Regreßklage gegen die Aufsichtsratsmitglieder verschärft werden. Während materiell der bestehende Haftungsmaßstab erhalten bleiben soll. Im Gegensatz zum Entwurf des R. V. M. lehnt der Ausschuss die Einführung der Pflichtrevision ab, weil die dann erforderliche rechtliche und sachliche Nachprüfung durch den Revisor einen Eingriff in das Wirkungsfeld des Aufsichtsrats bedeuten würde. Auch sei die teure Pflichtrevision für kleinere Gesellschaften zu kostspielig. Den Schluß des interessanten Berichtes bildet eine Übersicht über die heute bei der Konzernbildung verwandten Formen. D. S.

C. Schaeffer, Oberlandesgerichtsrat i. R., Düsseldorf, und **F. Peipers**, Landgerichtspräsident, Nordhausen: **Handels-gesetzbuch**. 1. und 2. Buch: **Handelsstand, Gesellschaften des Handelsrechts**. 41.—48. teilweise umgearbeitete Auflage. Mit einer Darstellung des Entwurfes zum neuen Aktiengesetz. Preis kartoniert 3,90 *M.*

C. Schaeffer, Oberlandesgerichtsrat i. R., Düsseldorf, und **Dr. F. Wiefels**, Landgerichtsrat, Düsseldorf: 3. und 4. Buch: **Handels-geschäfte und Seehandel**. 41.—45. umgearbeitete Auflage. Leipzig 1931. Verlag von C. F. Hirschfeld. Preis kartoniert 2,40 *M.*

Die neue Auflage ist wiederum erweitert und nach dem neuesten Stand der Gesetzgebung ergänzt. Die vielfachen Vorzüge der Schaeffer'schen Grundriffsammlung zeigen sich auch hier. Infolge der allmählich zunehmenden Erweiterung des behandelten Stoffes wird bisweilen die Behandlung von Einzelfragen notwendig, die wiederum eine Reihe von Zitaten aus der Rechtsprechung erforderlich machen. In der Tat werden auch eine Reihe von Entscheidungen zitiert, z. B. im Aktienrecht. Für die Regel sind aber die Verf. nach wie vor — mit Recht — dabei geblieben, die schlagwortartige Grundriffsform nicht durch Ausführungen zu belasten. Dies ist Aufgabe der wissenschaftlichen Werke. Ein einheitliches Prinzip der Abgrenzung scheint jedoch in dieser Frage noch nicht gefunden zu sein. Verdienstlich ist eine kurze, lehrreiche Übersicht über die wesentlichen Neuerungen des Aktiengesetzesentwurfes des Reichsjustizministeriums, die als Einlage beigegeben ist. D. S.

Dr. Joh. Lang, Rechtsanwalt, Mitglied der Anwaltschaft des deutschen Genossenschaftsverbandes, und **Fritz Bünte**, Direktor des deutschen Genossenschaftsverlages: **Die Praxis der Volksbanken**. Dargestellt an den im Bankverkehr gebräuchlichen Formularen mit juristischen und banktechnischen Erläuterungen. Berlin Deutscher Genossenschaftsverlag. 667 Seiten nebst Sachregister. Preis 24 *M.*

Das Werk stellt sich als ein Gegenstück zu dem vom Zentralverband des deutschen Bank- und Bankiergewerbes herausgegebenen bekannten bankgeschäftlichen Formularbuch dar. Es ist bestimmt für die in Genossenschaftsform betriebenen Volksbanken und ersetzt und erweitert die im Jahre 1926 zum erstenmal erschienene Formularmappe des deutschen Genossenschaftsverlages mit den wichtigsten Vordrucken und Formularen des Bankverkehrs. Das neue Werk behandelt in sechs Teilen:

1. den Bankkredit (allgemeine Geschäftsbedingungen, Hypothek und Grundschuld, Bürgschaft, Abtretung von Forderungen und Rechten, Pfandrechtsicherung, Übereignung, Pfändung);
2. sonstige Bank- und Börsengeschäfte, Wechsel, Schecks, Giro- und Überweisungsverkehr, Sparkassenverkehr, Depots, Schrankfächer, Wertpapiere;
3. allgemeine Formulare für den laufenden Geschäftsverkehr (Vollmachts-, Auskunftsformulare, Statistik, Revisionsnotizen, Personalakten);
4. Stempel-, Steuergesetze der Länder;
5. Bankbuchhaltung;
6. Formulare für die Gründung einer Genossenschaft und den Verkehr mit dem Registergericht.

Den einzelnen Formularen und Mustern sind rechtliche Erläuterungen unter Stichworten beigegeben. So z. B. dem Muster der allgemeinen Geschäftsbedingungen oder den Formularen für Sicherungsübereignungen an Waren, Einrichtungsgegenständen, Maschinen, Automobilen. Wer etwa den Abschnitt über die Sicherungsübereignung durchsieht, wird finden, daß die Erläuterungen schlicht und verständlich sind und die höchst richterliche Rspr., insbes. des RG., für die Zeit bis zum Abschluß des Buches, namentlich soweit sie in der offiziellen Sammlung und im Bankarchiv veröffentlicht ist, wiedergegeben ist. Der Benutzer des Buches wird also auf die

wesentlichen Schwierigkeiten der Sicherungsübereignung, insbes. bezüglich der Hinzufügung unter Eigentumsvorbehalt gekaufter Waren, der Knebelungs- und Kreditausführungsverträge u. dgl. aufmerksam gemacht. Auch für den Juristen, der mit Volksbankangelegenheiten befaßt ist, sind die Erläuterungen vielfach abgesehen von diesen Überflüssen über die Rspr. wertvoll, weil er sich aus ihnen über die Rechtsstatuten des Geschäftsverkehrs leicht zu informieren vermag. Als Beispiel dienen die Anmerkungen zu dem Abschnitt der allgemeinen Geschäftsbedingungen über Wechsel und Schecks, aus denen die konkurrenztätige Praxis der Belastung girierter und diskontierter Wechsel auf dem Konto des Kunden ersichtlich ist. Bei den Anmerkungen über den Sparkassenverkehr ist die wichtige Entsch. (RG. 124, 218 = JW. 1929, 2343) wohl unter der Überschrift „Sperrung eines Sparguthabens“ — in Wahrheit war ein solches in dem bezeichneten Falle nicht vorhanden — mitgeteilt. Hier wäre bei künftigen Auflagen erwünscht, auch eine Bemerkung über die Erfordernisse ordnungsmäßiger Verpändung und Pfändung von Sparkassenforderungen anzunehmen, da in der Praxis immer wieder irriige Auffassungen obwalten. Bei dem Formular für den Geschäftsanteilschein §. 662 zeigt sich wieder, wie unglücklich der gesetzliche Ausdruck „Geschäftsanteil“ ist, unter dem ja nur ein Höchstbetrag zu verstehen ist. Nach dem Formularausdruck soll der „Geschäftsanteil zum Betriebsfonds der Genossenschaft gehören und während der Mitgliedschaft weder ganz noch teilweise ausbezahlt, weder verpfändet noch sonst belastet werden können. Der Geschäftsanteil hatte der Genossenschaft für ihre etwaigen Guthaben an das Genossenschaftsmittelglied“. In diesen Bemerkungen des Vordrucks ist ungefähr jeder Satz fehlerterminologisch falsch. Die Sprache der Praxis und die gekünstelte des Gesetzes gehen unausrottbar verschiedene Wege. In dem linken Teil des Aufkündigungsformulars §. 650 findet sich in der letzten Zeile in der Klammer ein unbedeutender Druckfehler.

Im ganzen handelt es sich um ein vortreffliches Werk, das der genossenschaftlichen Praxis und auch dem an ihr interessierten Juristen die besten Dienste leisten wird. Möge es sich binnen kurzem dieselbe Position erobern, die sich das bankgeschäftliche Formularbuch in immer erneuten Ausgaben geschaffen hat. Vor allem aber seien die Hochschulseminare auf dieses Buch aufmerksam gemacht. Als Mitglied des Prüfungsamtes habe ich immer wieder bemerkt, wie wenig anschauliche Vorstellungen die Prüflinge vom Rechtsleben haben. Solche Bücher der Praxis wie das vorliegende sind als Unterrichtsmittel von unschätzbarem Werte.

Stadttrat Dr. Rieß, Berlin.

Bruno Buchwald: **Die Technik des Bankbetriebes**. Ein Hand- und Lehrbuch des praktischen Bank- und Börsenwesens. 9., vollständig umgearbeitete Auflage. Berlin 1931. Verlag von Julius Springer. VIII u. 810 S. Preis in Leinen geb. 19,50 *M.*

Gerade der Jurist, der sich mit den Vorgängen des Wirtschaftslebens zu befassen hat, wird ein Buch dankbar begrüßen, das ihn in den Gang und die Technik des Bankbetriebes einführt, ihm das Tätigkeitsgebiet der Bank im großen wie alle Einzelheiten des Betriebes im kleinen zeigt und ihm so die notwendige Ergänzung zur juristischen Betrachtung bietet. Das vorliegende Buch, das in der Praxis seit langem bewährt ist, ist hierzu in hervorragendem Maße geeignet. Das gesamte Bank- und Börsengeschäft wird zunächst im ganzen und sodann an Hand der einzelnen Abteilungen einer Bank durchgegangen, so etwa, wie sie der Volontär, der die einzelnen Abteilungen des Bankbetriebes studiert, kennenlernt; durch zahlreiche Formulare und Beispiele aller Art wird der Text belebt. Überall spürt man den erfahrenen Praktiker. Man kann das Werk sowohl im ganzen lesen wie auch als Nachschlagewerk benutzen. D. S.

Creditoren-Verein von 1870. Protokolle des I. Internationalen Kongresses für Gläubigerschutz. Wien 1930. Im Selbstverlage des Creditoren-Vereins von 1870, Wien I, Zelinkagasse 10.

Der Verhandlungsbericht enthält eine Fülle von Material, das auch den Juristen interessiert. Das beweisen bereits die Namen derer, die der Creditoren-Verein als Referenten gewonnen hatte. Die besten Namen des deutschen und österreichischen Insolvenzrechts befinden sich darunter. Beispielsweise seien erwähnt: ein Referat von Ernst Jaeger über die Reform der Gläubigeranzfechtung, ein Referat der zuständigen Referenten in den österreichischen Ministerien Krautmann und Leitmaier über die zwischenstaatliche Vollstreckung von Entscheidungen und Schiedssprüchen. Der erstere hat auch im Anhang einen Entwurf eines Vollstreckungsrechtshilfsvertrages beigelegt, dessen Einzelvorschläge sehr beachtliche Änderungen gegenüber den auf der Haager Konferenz von 1925 propagierten enthalten. Weiter seien erwähnt die Referate von Barisch (Inwiefern ist eine Einschränkung des Präventivakkords begründet?), Egon Weiß und Harnik (Probleme des internationalen Insolvenzrechts). D. S.

B. Manasse, Kommerzienrat, und **Dr. Max Alsbberg**, Rechtsanwalt: **Der Wechsel im Zivil- und Strafrecht**. Berlin: Industrieverlag Spaeth & Linde. 84 S. Preis 2,50 M.

Die kurzgefasste Schrift wird in erster Linie für Praktiker des Wirtschaftslebens in Frage kommen, obwohl sie sich überhaupt an alle wendet, „die mit Wechseln lehrend, lernend oder arbeitend zu tun haben“. Der erste Teil enthält eine knappe zivilrechtliche, mit wirtschaftlichen Erörterungen durchsetzte Betrachtung; der zweite Teil behandelt strafrechtliche Tatbestände; der dritte als Anhang beigelegte Teil stammt aus der Feder von Max Alsbberg und gibt die Anregung und Grundlage für ein System des Wechselstrafrechtes.

Der zivilrechtliche Teil setzt in wesentlichen Punkten schon eine Kenntnis der Grundzüge des Wechselrechtes voraus, so daß er sich für den Anfänger weniger eignet. Der Aufbau ist logisch nicht scharf genug. So behandelt der Verf. die Eingehung von Wechselverpflichtungen durch Bevollmächtigte vor der Wechsellausstellung überhaupt; Annahme, Negreß und Erfüllung, sowie der Sonderabschnitt über Akzente der öffentlichen Hand werden vor der Wechsellausstellung behandelt, obwohl sie letztere doch zur Voraussetzung haben. Der Lernende wird es vermissen, daß die Stellung nicht aufgezeigt ist, welche der Wechsel im Recht der Wertpapiere überhaupt einnimmt. Von seinem Standpunkt aus dürfte auch die Frage der Wechseltheorie nicht ganz außer Betracht bleiben. Auch in den einzelnen Abschnitten fehlt es zum Teil an einer scharfen Klärung der Begriffe. Im Abschnitt 2 (Wechselfähigkeit) fehlt die Trennung des Begriffes der Wechselrechtsfähigkeit von dem der Wechselgeschäftsfähigkeit, was eine klarere systematische Behandlung der erörterten Einzelfälle möglich gemacht hätte. Die Abschnitte 6 und 7 über die Eingehung der Wechselverbindlichkeit sind mehr kasuistisch gestaltet, die Grundlagen werden als bekannt vorausgesetzt. Der Abschnitt über Akzente in öffentlicher Hand (Abschnitt 5), nimmt einen breiteren Raum ein, als die Behandlung von Annahme, Negreß und Erfüllung zusammengekommen (Abschnitt 4). Im Abschnitt über die wirtschaftlichen Funktionen des Wechsels (Abschnitt 10) wird im wesentlichen der Wechselprozeß erörtert und auf konkursrechtliche Fragen eingegangen, während, was der Überschrift zu entnehmen wäre, über die sonstige wirtschaftliche Bedeutung des Wechsels nichts gesagt ist.

Sind also in systematischer Hinsicht mancherlei Bedenken zu erheben, so ist andererseits die wirtschaftliche Betrachtungsweise als ein Vorzug der Darstellung anzuerkennen, welche wohl im wesentlichen aus der Praxis heraus erwachsen ist und Fälle bevorzugt, die dem Kaufmann wichtig erscheinen. In diesem Sinne sind zu werten die Ausführungen über Akzente der öffentlichen Hand, über Waren-, Handels-, Finanz- und Leerwechsel. Hier schaltet der Verf. auch eine selbständige Kritik zur Unterzeichnung der Begriffe Waren- und Finanzwechsel ein (§. 47), der man wohl zustimmen kann; eine neue Begriffsbestimmung wird jedoch nicht gegeben.

Der zweite Teil behandelt die den Wechsel betreffenden strafrechtlichen Tatbestände: Betrug, Untreue, Fälschung und Blankettmißbrauch, Ausbeutung Minderjähriger, Wucher, Hehlerei und Steuerdelikte. Die Darstellung ist im wesentlichen eine kasuistische und in den Ergebnissen sowie in der Begründung an die Rspr. des RG. angelehnt. Der strafrechtliche Teil erscheint vollständiger als der zivilrechtliche und gibt auch dem Lernenden ein Bild von den vorkommenden Möglichkeiten; auch hier wäre eine schärfere Systematik von Wert gewesen.

Der dritte von Max Alsbberg verfasste Teil ist für den Juristen der anregendste. Ausgehend von dem Fehlen einer jeden systematischen Ordnung des Wechselstrafrechtes gibt der Verf. in trefflicher Darstellung den Abriss eines strafrechtlichen Systems mit einer Klarheit, deren Anwendung auch dem zweiten Teil der Schrift zugute gekommen wäre. Die bereits aufgeführten strafrechtlichen Tatbestände werden unter dem Gesichtspunkt der Vermögensdelikte systematisch eingeordnet und auch in Einzelfragen behandelt (z. B. die Schwierigkeiten beim Tatbestand der Wechseluntreue, des Betruges bei der Begebung von Gefälligkeits-, Depots- oder Kundenwechsel. Mit Recht ist die Abhängigkeit der strafrechtlichen Tatbestandsmäßigkeiten von den Bestimmungen des Wechselzivilrechtes besonders hervorgehoben (§. 81).

Bietet der kleine Band, abgesehen von den Anregungen des dritten Teiles, für den Juristen auch wenig Neues, so werden doch die gefällige Darstellung für den Kaufmann und die wirtschaftlichen Erörterungen auch für den Studierenden von Wert sein.

PrivDoz. Dr. S. Schumann, Marburg.

Ausland.

Dr. rer. pol., Dr. jur. **Gerhard Schacher**, Dr. jur. **Leonhard Adam**, Amtsgerichtsrat in Berlin: **Der Gründeranteil des französischen Aktienwesens**. Seine wirtschaft-

liche Bedeutung und seine Rechtsnatur. Stuttgart 1930. Verlag von Ferdinand Enke. 88 Seiten. Preis geh. 7 M.

Der Schwerpunkt der Schrift liegt in dem ersten Teil, in dem der erstgenannte Verf. eine Darstellung der wirtschaftlichen Bedeutung und Funktion der Gründeranteile des franz. Aktienrechtes gibt. Die Darstellung gibt insofern mehr, als der Titel verspricht, als nicht nur die eigentlichen Gründeranteile, die bei der Gründung der AktG. geschaffen werden, sondern auch die nach der Gründung geschaffenen parts bénéficiaires behandelt werden, die allerdings im franz. Recht von den Gründeranteilen nicht zu trennen sind, und rechtlich und wirtschaftlich die gleiche Bedeutung haben. Trotzdem dürfte es sich doch nicht empfehlen, die beiden Ausdrücke parts de fondateur und parts bénéficiaires mit dem gleichen Ausdruck Gründeranteile zu übersetzen, wie die Verf. dies tun. Denn für den deutschen Leser wird dadurch die irreführende Vermutung erweckt, als müßten diese Anteile stets bei der Gründung geschaffen werden. Die parts bénéficiaires werden besser als Genußscheine bezeichnet (vgl. Hamburger in Schlegelbergers Rechtsvergleichendem Handwörterbuch, Art. Aktienrecht, Nachtrag Bd. II S. 822).

Es handelt sich hier um besondere Rechte, die für Gründer oder andere Personen als Entgelt für besondere Leistungen geschaffen werden. Sie sind in einem Namens-, Order- oder Inhaberpapier verbrieft und gewähren einen Anteil am Gewinn, zum Teil auch an dem das Aktienkapital übersteigenden Liquidationserlös. Sie sind nach der schon früher herrschenden, jetzt durch das Gef. v. 23. Jan. 1929 ausdrücklich bestätigten Meinung nicht Mitgliedschafts-, sondern Forderungsrechte. Die Anteile spielten im franz. Recht schon immer eine große Rolle, sind aber erst durch das Gef. v. 23. Jan. 1929 gesetzlich geregelt worden.

Die Darstellung von Schacher kann jedem, der sich mit franz. Aktienwesen befaßt, nur auf das wärmste empfohlen werden. Sie ist ein Musterbeispiel einer kurzgefaßten Monographie, die von einer völligen Beherrschung des Rechtsstoffes zeugt, aber ihren Hauptakzent nicht auf die juristische Struktur, sondern auf das praktische Funktionieren der Gründeranteile legt. So gewinnt die Schrift auch für die deutsche Aktienreform ihre Bedeutung, denn es drängt sich naturgemäß die Frage auf, inwieweit sich die Übernahme dieses franz. Rechtsinstituts, das der deutsche Aktienrechtsentwurf nicht kennt, empfiehlt.

Der Verf. empfindet es als einen Mangel des deutschen Aktienrechtes, daß es den besonderen geistigen Leistungen der Gründer, die sich nicht in einer Kapitaleinlage ausdrücken oder, wie z. B. bei Einbringung von noch nicht erprobten Erfindungen, in der Kapitaleinlage oft nicht genügend bewertet werden können, nicht genügend Rechnung trägt. Diesem Bedürfnis helfen die franz. Gründeranteile ab, die ohne durch ein Stimmrecht in der GenVers. das demokratische Prinzip der Verwaltung durch die Mehrheit der Kapitalbeteiligungen zu verletzen, doch denjenigen, die besondere Leistungen bei der Gründung oder eine Kapitalerhöhung aufgebracht haben, in einem leicht veräußerlichen und börsenfähigen Papier den materiellen Lohn gewähren. Das deutsche Aktienwesen kennt diese Rechtsform nicht, versucht bisweilen durch die Gewährung von Stimmrechtsaktien, die aber nach Ansicht des Verf. das demokratische Verwaltungsprinzip verletzen, diesem Mangel abzuhelfen. Auch die Genußscheine erfüllen in Deutschland nicht dieselbe wirtschaftliche Funktion wie die Gründeranteile und Genußscheine in Frankreich.

Auf die Einzelheiten der Darstellung kann hier nicht eingegangen werden. Der Verf. untersucht eingehend die sachungsmäßige Behandlung, die wirtschaftliche Bedeutung und die Bewertung der Gründeranteile.

Nur ein etwas prinzipieller Einwurf sei hier gestattet. Es ist m. E. unzutreffend, wenn der Verf. meint, daß das deutsche Aktienrecht einer Entwicklung, wie sie in Frankreich beobachtet ist, entgegengestanden hätte. § 186 HGB. erwähnt die Gründervorteile ausdrücklich, ein juristisches Hindernis, diese Gründervorteile durch ein Wertpapier zu verbrieft, besteht nicht, eine staatliche Genehmigung wäre nicht erforderlich, da eine bestimmte Geldsumme nicht versprochen wird (vgl. § 795 HGB.). Der Genußschein ist, wie auch Schacher nicht verkennt, dem deutschen Aktienwesen durchaus bekannt, erfüllt nur eine andere wirtschaftliche Funktion. Wenn also trotzdem der Gründeranteil in Deutschland nicht zu der Bedeutung gelangt ist wie in Frankreich, so kann das nicht juristische, sondern nur wirtschaftliche Gründe haben. Die bloße gesetzliche Übernahme eines französischen Rechtsinstituts auf Deutschland, würde also einen praktischen Erfolg nicht haben. Es müßte vielmehr erst einmal vom wirtschaftlichen Standpunkt aus untersucht werden, warum die Entwicklung in Deutschland bisher eine andere war.

Im zweiten Teil gibt Adam eine ausgezeichnete Darstellung des Gef. v. 23. Jan. 1929, das, wie bereits bemerkt, die Gründeranteile erstmalig gesetzlich geregelt hat. Im Anhang ist das Gesetz selbst, mit einer deutschen Übersetzung, sowie ein Auszug aus dem Aktiengesetz v. 24. Juli 1867 abgedruckt. Ein Register erhöht die Brauchbarkeit der vorzüglichen Schrift.

RA. Dr. Georg M. Hamburger, Berlin.

Rechtsprechung.

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

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

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

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

I. Recht der Handelsgesellschaften.

***1.** § 25 HGB.; § 419 BGB. Ist die Haftung einer AktG., die ein Handelsgeschäft mit Firma erworben und fortgeführt hat, für dessen Verbindlichkeiten vertraglich ausgeschlossen, so fällt sie dem Gläubiger gegenüber, dem dieser Ausschluß mitgeteilt ist, auch dann fort, wenn zur Zeit der Mitteilung die AktG. noch nicht im Handelsregister eingetragen war. Auch bei Ausschluß der Haftung aus § 25 HGB. kann die Haftung aus § 419 BGB. bestehen. †)

Der VerR. geht davon aus, daß die Vekl. durch den Gründungsvertrag v. 12. Dez. 1925 das von der KommGes. K. & K. betriebene Handelsgeschäft mit der bisherigen Firma erworben, und daß sie es tatsächlich fortgeführt hat. Der VerR. befindet sich auch in Übereinstimmung mit der Rspr. des RG., wenn er die Beibehaltung der bisherigen Firma feststellt, obwohl dem Firmennamen die Bezeichnung Aktiengesellschaft oder A.-G. hinzugefügt ist. Denn es kommt dabei nicht auf eine wort- und buchstabentreue Gleichheit, sondern darauf an, ob nach der Auffassung des Verkehrs die bisherige Firma fortgeführt wird (vgl. RG. 113, 306 = JW. 1926, 1958).

Insofern wird von der Rev. eine Rüge nicht erhoben, als der VerR. eine Befreiung der Vekl. von der Haftung auf Grund der ersten Möglichkeit des § 25 Abs. 2 HGB. verneint, da diese sowohl die Eintragung des vertragsmäßigen Ausschlusses der Schuldenübernahme ins Handelsregister, als auch die Bekanntmachung der Eintragung erfordert, es aber an der

Zu 1. I. Dem RG. ist betr. der Anwendung des § 200 HGB. zuzustimmen. Zwar ist im Regelfalle davon auszugehen, daß bei dem Einbringen eines Geschäfts in eine AktG. eine Bekanntmachung, worin der Schuldenübergang abgelehnt wird, erst nach Eintragung der AktG. zu erfolgen braucht. Andererseits wird aber dieser Erklärung, wenn sie schon nach Errichtung der Gesellschaft erfolgt, die Wirksamkeit nicht zu versagen sein. Mit Recht nimmt das RG. auch für den zweiten Fall an, daß die Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 HGB. gegeben sind, also die, daß bereits die errichtete Gesellschaft des Unternehmens des Inferenten erworben hat und es fortführt. Diese Annahme beruht auf der zutreffenden, vom RG. in stehender Rspr. vertretenen Ansicht, die errichtete sei mit der eingetragenen AktG. bzw. GmbH. identisch. Allerdings entsteht nach dem Wortlaut des § 200 HGB. bzw. § 11 GmbHG. die AktG. bzw. GmbH. „als solche“ erst mit der Eintragung. Das bedeutet jedoch nicht, daß die AktG. vorher überhaupt nicht existiert hat, sondern bloß, daß das Registergericht als die vom Staat hierzu bestimmte Stelle das von den Gründern geschaffene Gebilde der AktG. auf seine Existenzbedingungen, für die die Rechtsordnung Normen aufgestellt hat, geprüft und für richtig befunden hat. Das Registergericht bezugst also nachträglich durch die Eintragung, daß die von den Gründern geschaffene und als AktG. gewollte Assoziation bei der Errichtung den gesetzlichen Erfordernissen entsprochen habe. Deshalb ist zumal bei der Sachgründung, keine besondere Übertragung der Vermögensstücke von der errichteten auf die eingetragene Gesellschaft erforderlich. Die Übertragung vollzieht sich infolge der Identität der errichteten mit der eingetragenen Gesellschaft ipso jure. „Es vollzieht sich“, wie es bei Dertmann zu § 54 BGB. heißt, „eine rechtliche Umwandlung nicht sowohl in der Person der Vermögensträger, als vielmehr in der Art, wie das Vermögen ihnen zuständig ist. Bisher stand es der Summe der Mitglieder, den einzelnen also nur in dieser ihrer Eigen-

Eintragung, die auch bei der Anmeldung der AktG. zum Handelsregister gar nicht beantragt war, fehlt.

Der VerR. hält aber auch die Befreiung der Vekl. auf Grund der zweiten Möglichkeit des § 25 Abs. 2 HGB., die darin liege, daß der Veräußerer oder der Erwerber dem Dritten die getroffene Vereinbarung mitteile, nicht für gegeben. Voraussetzung hierfür sei, daß die AktG., um als Erwerber in Tätigkeit treten zu können, entstanden war. Sie sei entstanden durch ihre Eintragung im Handelsregister (§ 200 HGB.) v. 26. Febr. 1926. Daß nach diesem Zeitpunkte, und zwar ehe oder als die Vekl. mit dem Betriebe des ehemaligen Geschäfts der KommGes. begann, diese oder die Vekl. dem Kl. den vereinbarten Ausschluß des Übergangs der Passiven mitgeteilt hätten, sei nicht behauptet worden. Eine vorherige Mitteilung, die nach Lage der Sache nur dahin gehen könnte, daß dieser Ausschluß beabsichtigt sei, sei rechtlich wirkungslos. Es komme deshalb nicht darauf an, ob dem Kl. im Dez. 1925 (um die Weihnachtszeit) von der KommGes. K. & K. eine solche Mitteilung gemacht worden sei.

Die hiergegen gerichtete, auf Verletzung des § 25 HGB. gestützte RevRüge ist gerechtfertigt.

Allerdings kam in den Verhandlungen, die zwischen dem Kl. und dem persönlich haftenden Gesellschafter der KommGes., K., letztmals Ende Nov. oder Anfang Dez. 1925 stattgefunden haben sollen, eine Mitteilung i. S. des § 25 Abs. 2 HGB. nicht gefunden werden. Der Kl. konnte daraus zwar erkennen, daß die KommGes. wegen Gründung einer AktG. mit Dritten in Verhandlungen stand und daß dabei auch der Ausschluß der Übernahme der Passiven der KommGes. in Aussicht genommen war. Er konnte daraus also nur entnehmen, was die KommGes. für die Zukunft plante. Er mußte aber auf Grund dieser Mitteilung nicht mit einer feststehenden Tatsache rechnen, auf die er sich einrichten konnte, etwa dadurch, daß er Sicherungsmaßnahmen traf. Der Zweck der Mitteilung ist jedoch nur erreicht, wenn die Mitteilung sich auf eine Tatsache bezieht, die den Dritten in die Lage versetzt, alsbald seine Rechte zu wahren.

Die Vekl. hat aber weiter behauptet, daß der persönlich haftende Gesellschafter der KommGes. K. um die Weihnachtszeit 1925 dem Kl. telephonisch erklärt habe, der Übergang der Aktiven und Passiven auf die AktG. sei ausgeschlossen. Würde

schaft als Mitgliedern zu; fortan einer gerade aus dieser Summe gebildeten selbständigen Verbandspersönlichkeit.“ — Soweit die Rechtsordnung den Übergang bestimmter Vermögensobjekte wie von Grundstücken an die Eintragung in öffentliche Bücher knüpft, wird der Einseitigkeit halber der Übergang vom dem Inferenten nicht erst auf die errichtete, sondern unmittelbar auf die eingetragene Gesellschaft bewirkt. Wenn jedoch als Eigentümer im Grundbuche ausnahmsweise zuerst die Mitglieder der errichteten Gesellschaft zur gesamten Hand und später die AktG. verlaubar würde, dürfte es auch richtig sein, den zweiten Eintrag im Grundbuche nicht sowohl unter den Gesichtspunkte des Eintrags eines neuen Eigentümers, als vielmehr unter den der nachträglichen Berichtigung zu bringen.

Ergänzend sei folgendes bemerkt: Wenn von der errichteten Gesellschaft nicht die Ablehnung, sondern die Übernahme der Haftung für die Schulden des Vorbesitzers erklärt wird, ist, um zu einem befriedigenden Ergebnis zu gelangen, diese Erklärung mit einer gewissen Einschränkung auszulegen. Dann ist nämlich die Möglichkeit in Rücksicht zu ziehen, daß die errichtete Gesellschaft nicht entsteht; die Errichtung wird im gegenseitigen Einverständnis der Beteiligten wieder rückgängig gemacht oder auf Grund der Anfechtung eines einzelnen; oder die Beteiligten verweigern eine vom Registergericht verlangte Änderung bzw. Ergänzung des Gründungsaktes. Von einem solchen Fall handelt die Entsch. RG.: LZ. 1911, 550 ff. Hier hatte der Vorbesitzer des Geschäfts, der zugleich Gesellschafter und Geschäftsführer der errichteten GmbH. war, Rundschreiben dahin erlassen, daß die Gesellschaft sein Unternehmen mit Aktiven und Passiven übernehmen habe und es fortführe. Er hatte also für die errichtete Gesellschaft die Erklärung abgegeben, sie übernehme die Schulden des Vorbesitzers. Die Eintragung der Gesellschaft unterblieb. Als später auf Grund des Rundschreibens der Geschäftsführer und seine Mitgesellschafter in Anspruch genommen wurden, bestätigte das RG. das Vll.: weder die Mit-

diese Behauptung zutreffen, so wäre die Mitteilung in die Zeit nach Abschluß des Gründungsvertrages, in dem zugleich der Erwerb des Handelsunternehmens der KommGes. vereinbart worden ist, und nach dem sämtliche Aktien von den Gründern übernommen worden sind, gefallen. Dann gäbe aber mit dem Abschluß des Gründungsvertrages die Gesellschaft als errichtet (§ 188 HGB.). Allerdings gelangte die AktG. als solche nach § 200 HGB. erst mit der Eintragung ins Handelsregister zur Entstehung: Daraus folgt aber nicht, daß die vorhergegangenen Rechts-handlungen, insbes. der Abschluß des Gesellschaftsvertrages und der damit verbundene Einbringungsvertrag, vor der Eintragung keine Rechtswirkung hatten. Es entstand vielmehr ein Schwebezustand, der mit der Eintragung der AktG. sein Ende erreichte. Auch während dieses Schwebezustandes bestand eine rechtliche Bindung der Gründer. Diese bildeten eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die mit der Eintragung der AktG. in diese überging. Die Gründer konnten von den Mitgründern in Vollzug des Gründungsvertrages die Mitwirkung bei der Eintragung verlangen, und damit auch erreichen, daß die übernommenen Sacheinlagen geleistet wurden (vgl. Staub A 4 zu § 188, A 2 f. zu § 200 HGB.). War aber der Vertrag über die Veräußerung des Handelsunternehmens der KommGes. an die zu gründende AktG. in rechtlich bindender Form zustande gekommen, so stand auch der Mitteilung durch den Veräußerer nichts mehr im Wege. Denn nunmehr konnte der Dritte, dem die Mitteilung zuzuging, klar erkennen, daß die Übernehmerin des Handelsunternehmens für die im Betriebe begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers nicht eintreten werde. Hiernach war es geboten, daß der VerK. zu der Behauptung der Bekl., der eine persönlich haftende Gesellschafter der veräußernden KommGes. habe dem Kl. um Weihnachten 1925, also nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages von dem vertragsmäßig erfolgten Ausschluß der Schuldenhaftung der Bekl. Mitteilung gemacht, Stellung nimmt. Unter Umständen

wird die Entscheidung des Rechtsstreites auch davon abhängen, ob die Bekl., wozu sich der VerK. bisher nicht geäußert hat, nach § 419 BGB. in dem dort gegebenen Rahmen haftet, da diese Haftung auch bestehen kann, wenn die Haftung auf § 25 HGB. nicht gegründet werden kann.

(U. v. 9. Dez. 1930; 48/30 II. — Köln.) [Ru.]

2. § 271 HGB. Die Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses steht nur dem Aktionär zu, dessen Aktien in der Versammlung vertreten sind und für den Widerspruch erhoben ist. War dies eine DKG., so ist ein einzelner Gesellschafter zur Klage nicht legitimiert. †)

Der Kl. ist Mitinhaber der DKG. M. & Co. Für diese waren zur Generalversammlung der beklagten AktG. Aktien angemeldet, von ihr wurden zu § 1 der Tagesordnung Anträge gestellt. Nachdem sie abgelehnt wurden, wurde vom Kl., der die Aktien der Firma und anderer Aktionäre vertrat, Widerspruch zu Protokoll gegeben. Er hat demnächst auch Anfechtungsklage erhoben mit dem Antrag, den angegriffenen Beschluß für ungültig zu erklären, da derselbe gegen Gesetz und Satzung verstoße.

LG. und OLG. haben verurteilt, das RG. abgewiesen.

Zur Erhebung der Anfechtungsklage aus § 271 HGB. ist berechtigt: jeder in der Generalversammlung erschienene Aktionär, sofern er Widerspruch zu Protokoll erklärt hat, und jeder nichterschienene Aktionär, sofern er zu der Generalversammlung unberechtigterweise nicht zugelassen worden ist, oder sofern er die Anfechtung darauf gründet, daß die Berufung der Versammlung oder die Anfechtung des Gegenstands der Beschlussfassung nicht gehörig erfolgt sei. Die letzteren drei Möglichkeiten scheiden hier aus. Die Anfechtungsbefugnis des Kl. hängt demnach davon ab, ob er als Aktionär in der Generalversammlung erschienen und als solcher Widerspruch zu Protokoll erhoben hat. Nun waren Aktien auf den Na-

glieder der errichteten Gesellschaft hafteten, noch haftete der Geschäftsführer aus § 11 GmbHG. Denn in erkennbarer Weise wäre die Schuldenübernahme für die errichtete Gesellschaft unter der Bedingung erklärt, daß die GmbH. als solche durch Eintragung zur Existenz gelange.

II. Das RG. hat die Sache zur weiteren Erörterung betr. des § 419 BGB. zurückverwiesen. Auf den ersten Blick mag zweifelhaft erscheinen, in welchem Sinne dies gemeint ist.

Auszugehen ist von dem in ständ. Rspr. anerkannten Satze: für den Vermögensübergang i. S. von § 419 BGB. genügt es, wenn einzelne Vermögensstücke übertragen werden, sofern diese tatsächlich das ganze Vermögen oder so gut wie das ganze Vermögen des Übertragenden ausmachen (RG. 65, 171 = JW. 1907, 170; 69, 284 = JW. 1908, 548; 80, 260 = JW. 1913, 26; 123, 52 = JW. 1929, 734). Hiernit ist die vom 3. Sen. in JW. 1910, 242³⁰ und Warn. 1917 Nr. 270 vertretene Ansicht nicht völlig in Einklang zu bringen: der § 419 sei zwar auf die Übertragung der Vermögens einer juristischen Person, nicht aber auf die des Vermögens einer DKG. anwendbar. Der § 419 erfordere auch die Übertragung des sonstigen Vermögens der persönlich haftenden Gesellschafter. — Dies war im vorliegenden Falle vom BG. nicht erörtert worden. Deshalb will hierzu der 2. Sen. durch die Zurückverweisung noch weitere Feststellungen treffen lassen. Er hält also an der Ansicht des 3. Sen. fest. Dieser hat u. a. ausgeführt, der wirtschaftliche Grund, worauf der § 419 beruhe, treffe nicht zu; denn die Kreditunterlagen für einen Gläubiger, der mit einer DKG. kontrahiere, bilde außer dem Geschäftsvermögen auch das Privatvermögen der offenen Handelsgesellschafter.

Wie aber, so muß man fragen, wenn die offenen Handelsgesellschafter kein oder so gut wie gar kein Privatvermögen besitzen, ein Fall, der heute sehr häufig vorliegen wird? Soweit sich der 3. Sen. auf den ihm für die Anwendbarkeit des § 419 unzulänglich erscheinenden Begriff des Sondervermögens der DKG. stützt, sei auf RG. (2. RivSen.) 130, 34 f. (38) = JW. 1931, 40 hingewiesen. Hier hält der 2. Sen. es gerade auf dem Gebiete des § 419 für angezeigt, den Nachdruck auf rechtspolitische Gesichtspunkte zu legen, und sagt: der § 419 stelle einen beachtenswerten Rechtsbehelf gegenüber den bei Vermögensveräußerungen leicht versagenden Rechtsbehelfen des Aufw. sowie des § 826 BGB. dar.

Daraus ist zu folgern, eine ausgesprochene Gläubigerschutzbestimmung wie der § 419 ist, zumal in Zeiten, wo der Gläubiger im Verkehre dringender des Schutzes bedarf, im Sinne des Gesetzeszweckes nicht eng, jedenfalls so auszulegen, daß begriffliche Gesichtspunkte nur dann den Ausschlag geben, wenn es unbedingt erforderlich ist. Übrigens dürften sich nicht selten im Laufe der Zeit selbst die Begriffe wandeln. Es werden z. B. erhebliche Zweifel darüber zulässig sein, ob das RG.

vor 40 bis 50 Jahren in derjenigen Weise, wie der 2. Sen. in der vorstehenden Entsch. den § 200 HGB. angewendet hat, den Art. 211 MDHB. angewendet haben würde; und doch stimmt § 200 mit dem Art. 211 fast wörtlich überein und galt ferner schon seit der Aktiennovelle von 1870 das Prinzip der Normativbestimmungen.

Hiernach sollte man kein Bedenken tragen, i. S. des § 419 die Veräußerung des Unternehmens der DKG. nicht anders wie die des Unternehmens des Einzelkaufmanns, d. h. so zu behandeln, daß, wenn tatsächlich so gut wie kein Privatvermögen vorhanden ist, der Erwerber hier wie dort nach § 419 haftet und gem. § 419 Abs. 3 die Haftung nicht durch eine Erklärung nach § 25 Abs. 2 HGB. abzuwenden vermag.

JR. Dr. Fischer, Leipzig.

Zu 2. Das RG. hat in ständiger Rspr. (zuletzt bestätigt in JW. 1926, 3086²²; vgl. auch Flechtheim Ann. hierzu) die formale Vorschrift des § 271 Abs. 3 Satz 1 HGB. dahin ausgelegt, daß als „erschienener“ Aktionär bei Legitimationszession der anfechtungsberechtigt ist, der als Legitimationszessionar das Stimmrecht in der GenVers. ausgeübt hat. Im vorliegenden Falle waren die Aktien für eine DKG. angemeldet. Es klagt nach dem Rubrum der Mitinhaber „A. in Fa. M. & Co.“. Das RG. weist die Klage ab, da nur die DKG. anfechtungsberechtigt sei und sie nicht die Klage erhoben habe. Der erste Grund trifft ohne weiteres zu, der zweite scheint mir übertrieben formalistisch zu sein. Aus dem Tatbestand geht nicht hervor, ob Kl. allein vertretungsberechtigt für die DKG. war. War dies aber der Fall, so konnte man nach den Umständen, einerseits, weil formal anfechtungsberechtigt nur die DKG. war und ferner, weil Kl. ausdrücklich mit dem Zusatz „in Fa. M. & Co.“ geklagt hatte, doch wohl annehmen, daß nur eine falsche Parteibezeichnung gewählt war, in Wirklichkeit aber die DKG., vertreten durch ihren Mitinhaber, klagen wollte, evtl. konnte dies durch das Fragerecht gem. § 139 ZPO. ermittelt werden. Gab aber der Kl. eine dementsprechende Erklärung ab, so stand nichts im Wege, gem. § 268 Ziff. 1 ZPO. das Rubrum zu berichtigen (vgl. OLG. Stettin: OLG-Rspr. 5, 82). So würde vermieden werden, aus einem rein formalen Grunde einen vielleicht materiell begründeten Anspruch des Kl. abzuweisen, der infolge des Ablaufs der Frist des § 271 nicht von neuem erhoben werden konnte. Derartige Urteile sind, soweit das Gesetz formelle Vorschriften enthält, die nicht beachtet sind, nicht zu ungehen; sie müssen aber auf das notwendige beschränkt werden. Im vorliegenden Falle gab die ZPO. das Mittel, den Fehler zu beseitigen; daß von diesem Mittel kein Gebrauch gemacht worden ist, widerspricht dem Rechtsempfinden.

JR. Dr. Pinner, Berlin.

men des K. überhaupt nicht angemeldet; K. hat vielmehr einmal in offener Vertretung das Stimmrecht für eine Anzahl anderer Aktionäre geführt; insoweit ist zweifellos er nicht anfechtungsberechtigt. Er hat ferner die Aktienrechte aus einem Teil der auf den Namen der Firma M. & Co. angemeldeten Aktien ausgeübt. Unterstellt man nun, daß K., wie das BG. annimmt, hinsichtlich der auf den Namen der Firma M. & Co. angemeldeten Aktien Miteigentümer nach Bruchteilen war, so zwar, daß das Aktienpaket der Firma M. & Co. dem K. und seinem Teilhaber Dr. M. in Miteigentum nach Bruchteilen zugestanden hat, die Firma M. & Co. mithin hinsichtlich des Aktienpakets im ganzen Legitimationsaktionärin war, so fragt es sich, ob das Anfechtungsrecht ihr oder den Legitimationsgebern zusteht. — Das BG. nimmt letzteres an. Diese Auffassung verstößt allerdings, wie die Rev. mit Recht geltend macht, gegen § 271 Abs. 2 HGB. und den von dem erf. Sen. wiederholt schon vertretenen Rechtsstandpunkt (s. z. B. RG. 30, 71; JW. 1929, 3086²² und das dort angeführte Schrifttum). K. ist in der Generalversammlung nicht im eigenen Namen, sondern als Vertretungsberechtigter Gesellschafter der Firma M. & Co. aufgetreten. Sie, d. h. die OHG., auf deren Namen allein die Aktien angemeldet waren, war daher im Sinn des § 271 Abs. 3 Satz 1 HGB. in der Generalversammlung erschienen und sie nur hat durch ihren „Vertreter“, d. h. den K., Widerspruch erhoben und erheben können. Ihr allein stand deshalb auch das Anfechtungsrecht zu, gleichviel, ob sie in Wirklichkeit Alleineigentümer oder Miteigentümer der Aktien gewesen ist. Bestand bezüglich des fraglichen Aktienpakets Miteigentum nach Bruchteilen zwischen der Firma M. & Co., dem K. und dem weiteren Teilhaber Dr. M., so hätte die Anmeldung auf den Namen der Miteigentümer erfolgen müssen und sie hätten, falls sie die Stimmrechte ausüben wollten, nach § 225 Abs. 1 HGB. einen gemeinsamen Vertreter aufstellen müssen und durch einen solchen und nur durch einen solchen in ihrem Namen alsdann auch die Anfechtungsklage anstrengen können (s. auch Brodmann, Anm. 2g zu § 271 HGB.; Staub-Finner, Anm. 5 zu § 225 HGB.; Horowitz, Recht der Generalversammlungen S. 89; a. M. Hueck, Anfechtbarkeit und Richtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen S. 134 oben). — Muß man aber, wie hier, davon ausgehen, daß zufolge Legitimationsübertragung die OHG. M. & Co. formell der Gesellschaft gegenüber als alleinige Trägerin der Aktienrechte aus den fraglichen Aktien ausgewiesen war, so war und bleibt nur sie allein anfechtungsberechtigt. Eine Anfechtungsklage ist aber von ihrer Seite und in ihrem Namen nicht erhoben. Ein eigenes Anfechtungsrecht des K. auf Grund seiner Mitgesellschaftereigenschaft und Gesamthandberechtigung an den formell der Bekl. gegenüber zum Gesellschaftsvermögen der OHG. M. & Co. gehörigen Aktien kann, ganz unabhängig von der Rechtsnatur einer solchen Gesellschaft, nicht anerkannt werden.

(U. v. 4. Nov. 1930; 59/30 II. — Hamburg.) [Ru.]

****3.** § 312 HGB.; §§ 823 Abs. 2, 826 BGB.

1. Absichtlich zum Nachteil der Gesellschaft handelt das Vorstandsmitglied, das für die Gesellschaft eine Verbindlichkeit eingeht in dem Bewußtsein, daß das Geschäft der Gesellschaft keinen Vorteil bringen, sondern nur bestenfalls ohne Nachteil für sie ablaufen könne. Bedingter Vorsatz, Aufnahme der nachteiligen Wirkung für den Fall ihres Eintretens in den Willen, genügt. Schon die Gefährdung des Vermögensstandes einer Gesellschaft kann einen Nachteil darstellen.

2. Wenn eine Bank Wechsel diskontiert, die das einzige Vorstandsmitglied einer AktG. namens dieser ausgestellt und zugleich eigenen Namens akzeptiert hat, obwohl sie wußte, daß der Gegenwert der Wechsel für dessen persönliche Zwecke bestimmt war, so liegt die Annahme eines Verstoßes gegen § 826 BGB. nahe.

Die klagende AktG. ist eine Familiengründung, die auf Veranlassung des inzwischen verstorbenen Rittergutsbesizers S. i. J. 1921 ins Leben gerufen wurde, um die von diesem

auf seinem Gut H. entdeckten Kohlenfelder auszubeuten. Alleiniger Vorstand war von der Gründung bis zum 12. Juni 1925 der genannte S.

Für den Ausbau des Werkes wurde i. J. 1924 Geld gebraucht und durch Vermittelung der Stadtsparkasse ein Darlehen von 250 000 M aufgenommen, für welches der Grundbesitz der K. und gleichzeitig das Gut H. erstfällig hypothekarisch belastet wurde. Der Schwager des S., namens B., ein weiterer Hauptaktionär der K., hielt diese Kreditaufnahme für unzumutbar und erreichte durch ein Abkommen vom 12. Juni 1925, daß S. die Schuld von 250 000 M persönlich übernahm und weitere Bürgschaften stellte, wogegen B. das zur Rückzahlung des Darlehens erforderliche Geld anderweit zu beschaffen versprach. S. legte gleichzeitig sein Amt als Vorstand der K. nieder und trat seinen Aktienbesitz von rund 38 000 GM. an den B. ab.

Sowohl die K. wie S. hatten bei dem beklagten Bankverein ein laufendes Konto. Das Konto des S. zeigte im Januar 1925 ein erhebliches Debetfaldo von mehr als 20 000 M, das dann i. J. 1925 vollständig abgedeckt wurde, so daß sich nach dem Tode des S. — August 1925 — ein Guthaben von zirka 4000 M ergab. Ausgeglichen wurde dieses Konto im wesentlichen durch Diskontierung von Wechseln, die von S. in seiner Eigenschaft als Vorstand der K. ausgestellt und von ihm als Privatmann persönlich akzeptiert waren. Davon sind vier Wechsel in der Zeit vor der Amtsniederlegung des S. im Gesamtbetrage von 36 800 M, vier weitere Wechsel im Gesamtbetrage von 9500 M in der Zeit vom 12. Juni bis 13. Juli 1925 ausgestellt worden. Aus allen diesen Wechseln, die erst nach dem Tode des S. fällig waren, wurde die K. in Anspruch genommen. Sie mußte insgesamt 46 300 M nebst Zinsen bezahlen. Wegen dieses Betrages nahm sie den Bekl. in Anspruch, weil dessen Vorstandsmitglied B. den S. trotz voller Kenntnis der Sachlage zur Hergabe der Wechsel mit der Unterschrift der K. veranlaßt habe. Der Bekl. hafte deshalb wegen Beihilfe zu einem Vergehen gegen § 312 HGB. nach § 823 Abs. 2 BGB. und zugleich aus § 826 BGB. Demgemäß erhob sie Klage auf Zahlung von 46 300 M nebst Zinsen.

Der Bekl. lehnte jede Haftung ab, da S. Erfahansprüche gegen die K. gehabt habe, die die Klageforderung bei weitem überstiegen.

OG. und OVG. wiesen die Klage ab. Die Rev. führte zur Zurückverweisung.

1. Das OVG. hat die auf § 823 BGB. i. Verb. m. § 312 HGB. gestützte erste Klagebegründung zurückgewiesen, weil nicht einmal nachgewiesen sei, daß S. die K. absichtlich benachteiligt habe. Daß es hierauf ankommt, ist zweifellos richtig, wird auch von der Rev. nicht beanstandet. Mit Recht rügt die Rev. aber die vom OVG. gegebene Begründung für die Verneinung einer absichtlichen Benachteiligung als rechtsirrig. Es mag sein, daß S. als Gründer, alleiniger Vorstand und stark beteiligter Aktionär der K. nicht die Absicht hatte, gegen die Interessen seiner eigenen Schöpfung zu handeln und dieser durch sein Verhalten im Endergebnis Schaden zuzufügen. Darauf aber kommt es in vorliegenden Falle nicht entscheidend an, denn die Tatsachen, auf die die Klage sich stützt, stehen als solche einwandfrei fest, und es braucht nicht erörtert zu werden, ob das dem S. vorgeworfene absichtliche Handeln zum Nachteil der K. nach der sonstigen Sachlage mehr oder weniger wahrscheinlich war. Das OVG. hat in seinen Ausführungen den Tatbestand des § 312 HGB. verkannt, indem es sowohl für die Annahme eines Handelns zum Nachteil der Gesellschaft wie auch für die Absichtlichkeit eines solchen Handelns dem Ges. eine zu enge Auslegung gibt. Seht man von der unstreitigen Tatsache aus, daß S. namens der Gesellschaft die von ihm persönlich akzeptierten Wechsel unterzeichnete, so kann man ohne weiteres feststellen, daß dadurch eine Belastung der Gesellschaft erfolgte, zu deren Übernahme eine Verpflichtung bisher nicht bestand. Diese Verpflichtung wurde auch nach der bisher nicht für widerlegt erachteten Behauptung der K. von S. namens der Gesellschaft nicht etwa übernommen, um mit dem Erlös der diskontierten Wechsel Verpflichtungen der Gesellschaft zu bezahlen, sondern um eigene Verbindlichkeiten des S. abzudecken. Eine anerkannte Verpflichtung der K. hierfür bestand nicht. Zwar war S. überzeugt, daß er mindestens in Höhe der Wechsel Erstattungs-

ansprüche gegen die K. hätte, und zwar aus den von ihm im Interesse der Gesellschaft übernommenen persönlichen Verpflichtungen. Aber er war keineswegs sicher, daß diese Erstattungsansprüche bei einer Abstimmung in der Generalversammlung der K. eine Mehrheit finden würden. Denn das DVG. stellt fest, daß S. von dem Aktienkapital (von 140 000 G.M.) nur zirka 38 000 G.M. Aktien besaß. Es stellt ferner fest, daß der Hauptaktionär und Schwager des S., B., schon vor Ausstellung der sämtlichen hier in Betracht kommenden Wechsel, sich mit der Geschäftsführung des S. nicht einverstanden erklärt hatte. Eine anerkannte Verpflichtung der K. zur Erstattung des Betrages von zirka 46 000 M konnte S. also nicht in Rechnung stellen. Von seinem Standpunkt aus gesehen stand vielmehr der für die Gesellschaft übernommenen Verpflichtung nur eine streitige Verbindlichkeit der Gesellschaft gegenüber. Die Rechtslage der Gesellschaft wurde also durch die Handlungsweise des S., wie dieser nicht verkennen konnte und nach den Feststellungen des DVG. auch nicht verkannt hat, verschlechtert, indem die K. aus den Wechseln, falls S. als Akzeptant nicht zahlte, unanfechtbar zur Zahlung der Wechselsumme verpflichtet war, bestenfalls gegen S. einen Erstattungsanspruch hatte, während bisher die Gesellschaft es darauf ankommen lassen konnte, ob es dem S. gelingen würde, wegen seiner Aufwendungen im Interesse der Gesellschaft einen Erstattungsanspruch gerichtlich durchzuführen. Daß deshalb die Ausstellung aller Wechsel, um die es sich hier handelt, ein Handeln zum Nachteil der K. darstellt, kann keinem Zweifel unterliegen. Das DVG. ist darauf nicht näher eingegangen, weil es der Ansicht ist, daß keinesfalls eine Absicht des S. nachgewiesen werden könne, die K. zu benachteiligen. Das DVG. hat dabei den Begriff der absichtlichen Benachteiligung verkannt. Es führt zwar aus, daß das Bewußtsein genüge, die Handlungen werden den benachteiligenden Erfolg haben. Damit ist zunächst zutreffend gesagt, daß Absicht i. S. des § 312 HGB. nichts anderes als Vorsatz bedeutet. Das DVG. verkennt aber, daß dem sog. direkten Vorsatz auch i. S. dieser Vorschrift der bedingte Vorsatz gleichzustellen ist. Das wird zwar von einer Reihe von Schriftstellern abgelehnt (vgl. Staub-Könige, Anm. 8 zu § 312; Brodmann, Anm. 2d zu § 312, S. 555); dagegen in der strafrechtlichen Mspr. des RG. (RGSt. 38, 1; 49, 358 und bes. 53, 194) anerkannt. Die gegenteilige Ansicht, der auch das DVG. sich anschließt, ohne es näher zu begründen, stützt sich auf die Erwägung, daß der Vorstand bei einem geschäftlichen Verhalten stets mit der Möglichkeit rechnen müsse, daß irgendeine geschäftliche Maßnahme für die AktG. auch ungünstig auslaufen könne; das liege im Begriff des natürlichen geschäftlichen Risikos. In solchem Falle wird niemand allerdings von einem absichtlichen Handeln zum Nachteil der Gesellschaft reden können. Jedenfalls muß aber dann die Möglichkeit oder naheliegende Wahrscheinlichkeit bestehen, daß das Geschäft für die Gesellschaft sich vorteilhaft erweist. Wenn eine solche Möglichkeit aber überhaupt nicht besteht, das Geschäft vielmehr günstigenfalls im Endergebnis ohne Nachteil für die Gesellschaft ablaufen kann, jedenfalls keinerlei Vorteile bringen könnte, so kann man nicht sagen, daß der Vorstand durch seine Stellung im kaufmännischen Leben verpflichtet war, auch solche Geschäfte zu unternehmen. Die Mspr. des RG. hat deshalb für die Tatbestände des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. und des § 146 GenG. unter ausdrücklicher Erwähnung des gleichliegenden § 312 HGB. angenommen, daß ein Vergehen gegen diese Vorschriften nicht etwa nur dann vorliegt, wenn der Täter darauf ausgeht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen und die Gesellschaft zu schädigen. Es ist weiter ausgeführt, daß es weder auf den Beweggrund noch auf das erstrebte Endziel ankommt, sondern nur darauf, daß die Handlung für die Gesellschaft nachteilig ist und daß der Täter die nachteilige Wirkung wenigstens als möglich vorgestellt und für den Fall ihres Eintretens innerlich gebilligt und in seinen Willen aufgenommen hat. Dabei wird betont, daß auch eine Gefährdung des Vermögensstandes der Gesellschaft einen Nachteil darstellt, wenn das Vermögen durch die Gefährdung schon gegenwärtig in seinem Werte vermindert erscheint.

Nach den Feststellungen des DVG. liegt solche nachteilige Wirkung der Handlungen des S. ohne weiteres vor. Dagegen hat das DVG. nicht geprüft, ob S. i. S. der vor-

stehenden Erörterungen mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat. Aus den Feststellungen des DVG. ergibt sich ohne weiteres, daß S. sich die nachteiligen Wirkungen der Wechselunterschrift höchstwahrscheinlich vorgestellt hat. Es ist auch im hohen Grade wahrscheinlich, daß S. nicht nur mit dieser Möglichkeit gerechnet, sondern die nachteilige Wirkung für den Fall ihres Eintretens auch innerlich gebilligt und in seinen Willen aufgenommen hat. Hierzu fehlen aber nähere Feststellungen, die das RevG. aus den tatsächlich getroffenen Feststellungen nicht entnehmen kann. Es ist in keiner Weise aufgeklärt, welche Ansprüche S. zur Zeit der Ausstellung der Wechsel gegen die Gesellschaft wirklich hatte. Es ist ferner völlig ungeklärt geblieben, ob das Darlehn von 250 000 M vom Reichspostfiskus nur an S. oder nur an die K. oder an beide zusammen, und zwar unter gemeinsamer Belastung des beiderseitigen Grundbesitzes, gegeben ist. Es ist schließlich auch in keiner Weise aufgeklärt, wie und wann dieses Darlehn zurückgezahlt und von welcher anderen Stelle das dazu erforderliche Geld beschafft worden ist und wer für das neue Darlehn die persönliche Schuld übernommen hat. Alle diese Umstände sind aber beachtlich, wenn man feststellen will, ob S. bei Ausstellung der Wechsel mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat. Hätte er zu jener Zeit einen anerkannten Erstattungsanspruch in Höhe der Wechselsummen gehabt, der früher oder gleichzeitig mit den Wechseln fällig war, oder wäre er in der Lage und gewillt gewesen, die Wechsel bei Fälligkeit aus eigenen Mitteln einzulösen, so würde man schwerlich ein absichtliches Handeln zum Nachteil der Gesellschaft annehmen können.

Nach alledem fehlen die tatsächlichen Feststellungen, ohne die bei richtiger Beurteilung der Rechtslage eine Entscheidung darüber nicht getroffen werden kann, ob S. absichtlich zum Nachteil der Gesellschaft gehandelt hat. Deshalb muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an das BG. zurückverwiesen werden.

Dabei wird aber noch ein Umstand besonders berücksichtigt werden müssen, der in dem angefochtenen Urteil nicht näher erwähnt ist. Unstreitig hat S. die vier letzten Wechsel im Gesamtbetrag von etwa 9500 M erst nach dem Zeitpunkt ausgestellt, in dem er sein Vorstandsamt niedergelegt hatte (12. Juni 1925). Damals konnte S. die Gesellschaft nicht mehr rechtswirksam vertreten, und es ist seitens der K. behauptet worden, daß der Befl. dieser Umstand bei Diskontierung der Wechsel bekannt war. Es muß deshalb festgestellt werden, aus welchem Grunde die K. diese vier Wechsel eingelöst hat. Denn es liegt nahe, anzunehmen, daß eine Verpflichtung hierzu nicht bestand und daß nicht die ungenehmigte Wechselzeichnung des S., sondern andere Umstände die K. zur Zahlung der 9500 M veranlaßten. Dann würde aber die Klage insoweit auch nicht auf § 823 BGB. gestützt werden können.

2. Mit Recht rügt die Rev. aber auch eine Verletzung des § 826 BGB. Das DVG. entnimmt der Beweisaufnahme, daß der Vorstand der Befl., B., nicht das Bewußtsein gehabt haben könne, daß möglicherweise der K. durch den Ankauf der Wechsel ein Schaden entstehen werde. Zutreffend ist dabei außer Betracht gelassen, ob S. sich der Bedenklichkeit der ganzen Transaktion bewußt gewesen ist. Denn es kommt in der Tat nur darauf an, ob die Diskontierung gerade der hier fraglichen Wechsel zu beanstanden ist, und ob B. sich dessen bewußt war. Das BG. stellt fest, daß S. damals in Zahlungsschwierigkeiten war und daß das der Befl. bekannt war. Es legt aber besonderen Wert darauf, daß S. noch ein wertvolles Gut besessen habe und daß dieses i. J. 1924 unbelastet gewesen sei. Welche Bedeutung dem letztgenannten Umstand zukommt, ist nicht ersichtlich; denn unstreitig wußte B. zur Zeit der Hingabe der Wechsel ganz genau, daß das Gut inzwischen mit 250 000 M Hypotheken belastet war. Wenn das DVG. nun die damalige Geldknappheit betont, um die damaligen Zahlungsschwierigkeiten des S. zu erklären, so hätte es auch erörtern müssen, ob diese Geldknappheit nicht auch im Falle einer Fälligkeit der großen Hypothek auf dem Gute des S. bei einer Zwangsversteigerung einen erheblich hinter dem Wert des Gutes zurückbleibenden Erlös bedingt haben würde. Es hätte ferner erörtert werden müssen, ob B. sich dieser für S. außerordentlich schwierigen Situation nicht vollkommen bewußt war. Es ist durchaus nicht unwahrscheinlich, daß das DVG. bei einer nachmaligen Prüfung des

Tatbestandes unter den erwähnten Gesichtspunkten zu der Überzeugung kommen wird, daß B. bei der Diskontierung der Wechsel das Bewußtsein hatte, hierdurch könne die K. sehr wohl einen erheblichen Schaden erleiden. Eine nochmalige Prüfung durch das OVG. ist aber besonders deshalb erforderlich, weil die K. behauptet hatte, daß man ganz allgemein in Bankkreisen die Diskontierung von Wechseln für unzulässig hält, die das einzige Vorstandsmitglied der Gesellschaft ausgestellt und zugleich als Privatperson akzeptiert hat. Das OVG. verkennt zwar nicht, daß ein solches Verhalten schon ohne weiteres äußerst bedenklich erscheint, will aber entscheidend sein lassen, daß S. die Seele des ganzen Unternehmens der K. gewesen sei und auch sein wertvolles Gut noch besessen habe. Wie schon dargelegt, ist letzteres durchaus nicht einwandfrei festgestellt, weil es für die Bekl. eben nur darauf ankommen konnte, welchen wirtschaftlichen Wert das Gut zur Zeit darstellte. Das OVG. zieht aber auch tatsächlich schon deshalb unrichtige Schlüsse, weil es nicht beachtet, daß die K. behauptet und unter Beweis gestellt hatte, daß B. die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse des S. genau kannte. War das richtig, so war der Bekl. bekannt, daß S. bei Zeichnung der letzten vier Wechsel bereits sein Amt als Vorstand der K. niedergelegt hatte und daß insofern ein Gefälligkeitsgiro der K. für S. von diesem nicht mehr ausgestellt werden konnte. Mit Recht betont die Rev., wenn man die Behauptungen der K. unterstelle, so sei die Annahme der vier letzten Wechsel durch B. zum Zwecke der Diskontierung sicher nicht in dem Bewußtsein erfolgt, daß es sich hier um eine einwandfreie Übernahme von Wechselverpflichtungen der K. handle. Daraus folgert die Rev. zutreffend, daß dann das Verhalten der Bekl. zu dieser Zeit Rückschlüsse zuläßt, die kaum zugunsten der Bekl. ausfallen können. Wenn also die Bekl. durch ihr Vorstandsmitglied B. die tatsächliche wirtschaftliche Lage des S. zur Zeit der Diskontierung gekannt und gewußt hat, daß der Gegenwert der Wechsel für die persönlichen Zwecke des S., nicht für diejenigen der K. bestimmt war, so liegt es nahe, daß ihr Verhalten gegenüber der K. als ein mit den guten Sitten unvereinbarer Verstoß gegen § 826 BGB. zu bezeichnen ist.

(U. v. 28. Juni 1930; 4/30 IX. — Breslau.) [H.]

4. § 16 Abs. 3 GmbHG. Bei einer sicherungshalber erfolgten Abtretung von Anteilen einer GmbH. kommt es auf das der Abtretung zugrunde liegende Verhältnis für die Entscheidung der Frage an, ob der Abtretungsempfänger für rückständige Einlagen in Anspruch genommen werden kann. †)

Die K. hat auf Grund einer ihr an die D. GmbH. in B. zustehenden vollstreckbaren Forderung von 13 108,31 RM durch Beschl. des AG. die angebliche Forderung der GmbH. an die Bekl. auf Vollenziehung ihrer Stammeinlagen pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Sie behauptet, auf das Stammkapital der GmbH. von 20 000 RM seien erst 25%

Zu 4. Daß die Veräußerung i. S. des § 16 GmbHG. die Verpfändung nicht mitumfaßt, ist nicht bestritten. Bei der Verpfändung erhält der Pfandberechtigte lediglich die Sicherheit, daß er seinen Anspruch aus dem Geschäftsanteil werde befriedigen können (vgl. Scholz, GmbHG., 11. Aufl. VIIIe zu § 15). Der Verpfändende bleibt Gesellschafter. Bei ihm verbleiben Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis, soweit sie nicht, wie etwa das Stimmrecht, auf Grund einer besonderen Vereinbarung auf den Pfandgläubiger übergehen. Anders grundsätzlich bei der Sicherungsübereignung. Bei ihr geht der Geschäftsanteil tatsächlich auf den zu Sichernden über. Dieser wird formal Gesellschafter der GmbH. Er übt das Stimmrecht ohne besondere Vereinbarung aus. Es müßte umgekehrt vereinbart sein, wenn das Stimmrecht bei dem Veräußerer bleiben soll. Die Frage, ob die Anmeldung des Erwerbs bei der Gesellschaft nach § 16 Abs. 1 GmbHG. auch im Falle der Sicherung notwendig sei, läßt das AG. offen. Im vorliegenden Fall ist die Anmeldung in Übereinstimmung mit AG. 127, 240¹⁾ unnötig, da der Geschäftsführer an dem Sicherungsübereignungsvertrag beteiligt war. Im allgemeinen dürfte die Anmeldepflicht zu bejahen sein. Denn es handelt sich um einen formellen Vorgang.

Der wirtschaftliche Zweck aber ist bei der Sicherungsübereignung

eingezahlt, so daß die Bekl., die Inhaberin aller Geschäftsanteile sei, noch 15 000 RM einzuzahlen habe. Die K. hat deshalb auf Zahlung des obenerwähnten Schuldbetrages gegen sie geklagt. Die Bekl. begründet ihren Klageabweisungsantrag damit, daß sie die Geschäftsanteile der GmbH. nur als Sicherheit für die Ansprüche erworben habe, die ihr aus der Übernahme der Verpflichtung, die Gesellschaft zu finanzieren, erwachsen würden. Überdies sei das Stammkapital nahezu voll eingezahlt.

Das OVG. hat die Klage abgewiesen, das BG. die Bekl. verurteilt. Das RG. hat das erste Ur. wieder hergestellt.

Das angefochtene Ur. erklärt den Anspruch der GmbH. gegen ihre Gesellschafter auf Einzahlung der Stammeinlagen für pfändbar, betrachtet die gesamten Geschäftsanteile der D. GmbH. zufolge Vertrags v. 16. Mai 1928, und zwar nicht nur pfandweise, sondern im Wege der Sicherungsübereignung als auf die Bekl. übergegangen, sieht danach diese, indem es den Einwand, der Vertrag sei als Knebelungsvertrag sittenwidrig und also nichtig, zurückweist, als für die bisher noch nicht eingezahlten drei Viertel des Stammkapitals, das sich 15 000 RM, haftbar an und gelangt so zu ihrer Verurteilung nach dem Klageantrage.

Zur wiederholten Erörterung der vom Senat bereits mehrfach in zustimmendem Sinne (RG. 76, 434¹⁾; 85, 351²⁾) entschiedenen Frage nach der Pfändbarkeit des Anspruchs der GmbH. auf Leistung der Stammeinlagen bietet der vorliegende Fall keinen Anlaß. Für diese Frage kann es logisch auch keinen Unterschied machen, ob sich der Anspruch gem. § 16 Abs. 3 GmbHG. gegen einen späteren Erwerber des Geschäftsanteils richtet. Die von der Rev. angezogene Entsch. RG. 79, 182 unterscheidet vielmehr diesen Fall von dem des Bestehens des Anspruchs gegenüber dem ursprünglichen Gesellschafter nur in bezug auf die dagegen geltend zu machenden Einreden. Gegenüber den Ausführungen der Rev. ist ferner dem BG. darin beizutreten, daß es im Falle der Pfändung einer Einforderung der ausstehenden Stammeinlagen durch Gesellschafterbeschl. nicht bedarf. Denn dieser Beschl. stellt, wie in der Entsch. RG. 76, 434 f. dargelegt ist, lediglich die Ausübung eines Rechtes der Gesellschaft dar, das mit der Übertragung oder Pfändung des Einzahlungsanspruchs auf den Rechtsnachfolger übergeht (vgl. Brodmann, GmbHG., § 19 Num. 6 d.). Doch bedürfen auch diese rechtlichen Gesichtspunkte für den Streitfall keiner näheren Erörterung. Zu Recht weist nämlich die Rev. darauf hin, daß die besondere Rechtsnatur des Vertrages v. 16. Mai 1928 vom BG. nicht hinreichend gewürdigt worden ist. Dieser Vertrag hat keineswegs die Übertragung der Geschäftsanteile des damaligen Geschäftsführers der GmbH., B., auf die Bekl. zum alleinigen Gegenstand, stellt vielmehr ein Abkommen der Bekl. auch mit der als Vertragsbeteiligten ausdrücklich aufgeführten GmbH. selbst dar, insofern die Bekl. in der im Vertrage angegebenen Weise die Finanzierung der Gesellschaft übernahm, und diese sich dafür zum Schutze der Bekl. gewissen Beschränkungen in ihrer Geschäftsführung unterwarf und ihr einen bestimmten Anteil

ung verschieden von dem der normalen Veräußerung. Er nähert sich dem der Verpfändung. Auch die Sicherungsübereignung dient, wie schon das Wort sagt, der Sicherung eines Anspruchs. Es ist kein endgültiger Wechsel im Eigentum beabsichtigt. Wenn er auch tatsächlich häufig daraus folgen mag. Grundsätzlich besteht der Rückübertragungsanspruch des Veräußernden. Er bleibt daher im Innenverhältnis noch der eigentliche Gesellschafter. Bei ihm verbleiben auch die nicht auf die Ausübung, sondern auf den Bestand gehenden Rechte und Pflichten aus dem ursprünglichen Gesellschaftsverhältnis. Dazu gehört auch die Verpflichtung auf Leistung rückständiger Einlagen. So ist die Rechtslage vom Veräußerer her gesehen. Von dem zu Sichernden aus aber ist zu sagen: die beabsichtigte verstärkte Sicherung durch Übereignung statt Verpfändung darf nicht dazu führen, daß die Sicherung vermindert oder gar aufgehoben wird. Das geschieht aber, müßte der im Wege der Sicherungsübereignung Erwerbende außer den Leistungen, für die gerade die Sicherung gewährt wird, auch noch solche aus dem Gesellschaftsverhältnis gemärtigen.

So ist — über die vorstehende Einzelentsch. hinaus — festzuhalten, daß § 16 Abs. 3 GmbHG. auf den Fall der Sicherungsübereignung grundsätzlich keine Anwendung findet.

RA. Dr. Friß Wing, Mannheim.

¹⁾ ZB. 1930, 2679.

²⁾ ZB. 1911, 825.

³⁾ ZB. 1914, 1083.

am Geschäftsumfange zusagte. Zur Sicherstellung der Befl. für ihre Ansprüche wurden ihr nach dem Vertrage nicht nur eine Reihe Vermögenswerte der GmbH. übereignet, sondern auch der Geschäftsführer B. trat zur weiteren Sicherheit eben seine Geschäftsanteile von 20 000 RM der Befl. ab. Ob diese Abtretung, die, weil vom Geschäftsführer der GmbH. selbst bewirkt, wie das BG. zutreffend in Übereinstimmung mit der Entsch. des Sen. RG. 127, 240 sagt, keiner Anmeldung bei der Gesellschaft nach § 16 Abs. 1 GmbHG. bedurfte, nur als Pfandweise oder im Wege der Sicherungsübereignung heroirt anzusehen ist, kann auf sich beruhen. Jedenfalls erwarb die Befl. auch im letzteren Falle der Gesellschaft gegenüber nur die durch den Sicherungszweck bedingte und begrenzte, unter eigener vertraglicher Mitwirkung der Gesellschaft geschaffene Rechtsstellung, so daß sie, wenn auch nach außen als Vollgesellschafterin legitimiert, doch im Innenverhältnis zur GmbH. und zu B. nur nach Maßgabe des Vertrages v. 20. Juni 1928 berechtigt und verpflichtet war, im übrigen aber, soweit der Zweck ihrer Sicherung nicht entgegenstand, B. in der Gesellschafterstellung verblieb. Lediglich das durch den Vertrag begründete Innenverhältnis der Kontrahenten ist aber, was das BG. verkennt, für die Haftung der Befl. aus dem geltend gemachten Klageanspruch entscheidend, da die Kl. kraft ihrer Pfändung lediglich die Rechte der GmbH. gegenüber der Befl. geltend machen kann und sich die gegen die Gesellschaft begründeten Einreden der Befl. entgegenhalten lassen muß (§ 404 BGB.). Nun kann aber bei einer die Grundsätze von Treu und Glauben berücksichtigenden Vertragsauslegung nicht zweifelhaft sein, daß die Leistungspflicht der Befl. gegenüber der GmbH. nach dem Vertrage v. 20. Juni 1928 eben nur in der darin von ihr übernommenen Finanzierung bestehen sollte, und die Geschäftsanteile B.s ihr für die hieraus erwachsenden Ansprüche als Sicherheit dienen, nicht aber durch deren Abtretung an die Befl. etwa für diese neue weitere Verpflichtungen in Gestalt von Einlagezahlungen erwachsen sollten. Der Zweck der Sicherung der Befl. wäre in sein Gegenteil verkehrt worden, wenn die Meinung der Vertragsbeteiligten dahin gegangen wäre, der Befl. damit nicht lediglich als Gegenwert ihrer finanziellen Leistungen dienende Rechte zuzuwenden, sondern sie vielmehr mit den schwerwiegenden an den Geschäftsanteilen hängenden Zahlungsobliegenheiten des eigentlichen Gesellschafters B. zu belasten. Als ihr übereinstimmender Wille muß daher angenommen werden, daß für diese Nachzahlungen im Verhältnis der Befl. zu B. sowohl wie zu der von diesem vertretenen GmbH. allein B. haftbar bleiben, die Zahlungspflicht der Befl. aber jedenfalls ausgeschlossen und deren Rechtsstellung eben nur die ihrer Sicherung dienende sein sollte. An dieser Beurteilung wird dadurch, daß die Befl., wie das BU. feststellt, sich in der Folgezeit als vollberechtigte Gesellschafterin der GmbH. geriert hat, nichts geändert, da etwaige Überschreitungen ihrer durch den Sicherungsvertrag erlangten Berechtigungen nur ihr Verhältnis zu B., nicht aber ihre Stellung gegenüber der Gesellschaft berühren würden. Bei der vorerwähnten Rechtslage ist eine Haftung der Befl. für die Einzahlungen auf die Stammeinlagen der Gesellschaft und damit auch der Kl. als ihrer Rechtsnachfolgerin gegenüber abzulehnen.

(U. v. 9. Jan. 1931; 157/30 II. — Berlin.) [Ru.]

II. Genossenschaftsrecht.

****5.** §§ 29, 86, 97, 131 GenG.; § 47 der 2. Durchf. VO. z. Goldw. VO. Die Gläubiger der Genossenschaft können sich bei der Eintragung eines von der Generalversammlung tatsächlich nicht gefaßten Umstellungsbeschlusses auf den öffentlichen Glauben des Genossenschaftsregisters nicht berufen. Auf einen solchen Umstellungsbeschuß findet auch die Vorschrift des § 97 GenG. keine Anwendung. Unzulässigkeit der Umstellung des Geschäftsanteils für sich allein ohne gleichzeitige Umstellung der Haftsumme.

Mit der Feststellungsfrage will Kl. offensichtlich auch gegenüber dem Konkursverwalter in dessen Eigenschaft als Sachwalter der Rechte der Genossenschaftsgläubiger klargestellt wissen, daß aus dem protokollierten

und eingetragenen Umstellungsbeschuß Rechte gegen ihn (den Kl.) nicht hergeleitet werden können. Insofern aber handelt es sich darum, welche Bedeutung der Umstellungsbeschlüsse im Genossenschaftsregister und ihrer öffentlichen Verlautbarung zukommt unabhängig davon, ob sie in Wirklichkeit gefaßt unheilbar nichtig oder nur anfechtbar sind. Die Umstellungsbeschlüsse bedürften nach §§ 3, 4 der 2. Durchf. VO. z. KentVO. v. 17. Dez. 1923 (RGBl. I 1243) vgl. mit § 16 Abs. 4 GenG. der Eintragung im Genossenschaftsregister; die Eintragung war Voraussetzung der körperschaftlichen Wirksamkeit dieser Beschl. Der Eintragung kommt nun allerdings eine allgemein heilende Wirkung nicht zu; sie konnte weder einen nicht gefaßten Beschl. ersetzen, noch etwaige Mängel eines solchen beheben. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß der Eintragung und ihrer Verlautbarung nach außen schlechthin jedwede rechtliche Bedeutung abzusprechen wäre. Das Gesetz läßt insoweit eine allgemeine Regelung vermissen und besaßt sich ausdrücklich nur in den Fällen der §§ 29, 86 GenG. mit der hier aufgeworfenen Frage (zu vgl. übrigens auch noch § 125 Abs. 2 GenG.). Ob und inwieweit die in §§ 29, 86 GenG. ausgesprochenen Rechtsätze auf andere Eintragungen im Genossenschaftsregister entsprechend angewendet werden können, hängt von den Umständen des Falles ab. Hier handelt es sich darum, daß ein Beschl., wie er im Genossenschaftsregister eingetragen worden ist, nach den tatsächlichen Feststellungen des BG. gar nicht gefaßt worden war. Es liegt der Fall nicht etwa so, daß der eingetragene Beschl. inhaltlich unzulässig wäre, gegen zwingende Vorschriften des Gesetzes verstieße und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse geboten erschiene (Fall des § 144 FGG.), sondern es fehlt an einer mit dem Eintrag sich deckenden Willensäußerung der GenVers. selbst; eingetragen im Genossenschaftsregister und verlaubar so nach außen ist etwas ganz anderes, als was in Wahrheit beschlossen worden war; der Registereintrag kann sich demnach nicht auf einen, sei es auch nur nichtigen Beschl. gründen; es fehlt ihm vielmehr überhaupt an einer solchen Grundlage; er leidet damit selbst an einem so wesentlichen Mangel, daß er vor dem Recht nicht Bestand haben kann (Fall des § 142 FGG.); der Eintrag als solcher ist so, wie die Dinge hier nach den getroffenen Feststellungen liegen, fehlerhaft; der Fehler haftet somit gerade dem Tatbestand an, an welchen das Gesetz die „Publizitätswirkung“ knüpft. Dann aber können daraus gegen die Genossen auch von den Gläubigern der Genossenschaft Rechte nicht hergeleitet werden (s. a. für die GmbH. RG. 85, 205 ff.); ferner Waldecker, „Die eingetragene Genossenschaft“ S. 98 Ziff. 2a).

Auch eine entsprechende Anwendung des § 97 GenG. läßt sich jedenfalls hier nicht rechtfertigen. § 97 GenG. bestimmt für den Fall der Nichtigkeitsklärung einer Genossenschaft nach §§ 94 ff. GenG., daß zum Zweck der Abwicklung der Verhältnisse der Genossenschaft die für die Auflösung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden sollen, die Wirksamkeit der namens der Gesellschaft Dritten gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte durch die Nichtigkeit nicht berührt werde, und, soweit Genossen eine Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft übernommen haben, sie verpflichtet seien, die zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Beträge nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 98 ff. GenG. zu leisten. Das bedeutet, daß sich die Genossen dem Konkursverwalter gegenüber im Rahmen der von ihnen übernommenen Haftung für die Genossenschaftsverbindlichkeiten insoweit auf die Nichtigkeit der Genossenschaft nicht berufen können, als ihre Inanspruchnahme zur Befriedigung der Gläubiger sich als notwendig erweist. — Es erhebt sich nun die Frage, ob diese in § 97 GenG. für den Fall der Nichtigkeit der Genossenschaft überhaupt getroffene Regelung im Fall der Nichtigkeit beschlossener, im Genossenschaftsregister eingetragener Umstellungsbeschlüsse entsprechende Anwendung finden kann. Eine ähnliche Bestimmung, wie sie § 97 GenG. für die Genossenschaften aufstellt, enthalten § 311 HGB. für die AktG. und § 77 GmbHG. für die GmbH. Der erf. Sen. hat nun eine entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 311 HGB. im Fall nichtiger Umstellung einer AktG. abgelehnt (s. RG. 120, 363 ff.) [369 ff.]. Es ist nicht zu ver-

¹⁾ ZB. 1914, 935.

²⁾ ZB. 1928, 2852.

tennen, daß die dort angestellten Erwägungen auf die Umstellung einer Genossenschaft zum Teil jedenfalls wegen ihres völlig andersartigen Charakters nicht zutreffen.

Die Umstellung bei der AktG. und ebenso bei der GmbH. läßt den Vermögensstand der Gesellschaft völlig unberührt und bedeutet nur eine Neubewertung des vorhandenen Vermögens in der neuen Rechnungseinheit unter gleichzeitiger Anpassung der gesellschaftlichen Beteiligungsrechte; die Umstellung bezweckt bei diesen Gesellschaften nicht die Zuführung neuen Gesellschaftskapitals und damit die Schaffung weiterer Kreditunterlage.

Wesentlich verschieden liegt es aber bei der Umstellung der Genossenschaften; sie ist von der Gesetzgebung (§§ 3 ff. der 2. Durchf. v. d. z. Kent. v. d. u. § 46 ff. der 2. Durchf. v. d. z. Goldw. v. d.) grundsätzlich anders gestaltet. Es handelt sich bei ihr, nicht wie bei AktG. und GmbH. um die Angleichung des Grund- bzw. Stammkapitals an das vorhandene Reinvermögen, vielmehr ist die Umstellung des Geschäftsanteils und der Haftsumme von dem etwa vorhandenen Vermögen nach den gesetzlichen Vorschriften grundsätzlich völlig unabhängig (s. a. Quassowski-Susat, Anm. 1 zu § 47 der 2. Durchf. v. d. z. Goldw. v. d.). Die Umstellung ist auch nicht abhängig von einer Eröffnungsbilanz; sie kann und wird vielfach eben durch die Neufestsetzung der Anteile und Haftsummen der Erschließung neuer Geldquellen — Schaffung weiterer Einzahlungspflichten auf die umgestellten Anteile und weiterer Kredite zufolge Ersetzung der entwerteten bisherigen Papiermarkhaftsummen durch die Haftsummen der Festwährung — dienen. Gerade dieser letztere Punkt ist von um so größerer Wichtigkeit als, wie der erf. Sen. in RG. 123, 246 ff.²⁾ entschieden hat, eine „Aufwertung“ oder anderweite Umwertung der Papiermarkhaftsummen nicht stattfindet. So kann nicht zweifelhaft sein, daß gerade bezüglich der GmbH. durch die Eintragung der Umstellungsbeschlüsse im Genossenschaftsregister und deren Verlautbarung nach außen für den Verkehr insbes. der Anschein einer Verbreiterung des Haftsummen, „Kapitals“ und damit des in aller Regel neben der Zahl der Genossen wichtigsten und wesentlichsten Kreditfaktors erweckt wird. Ganz unverkennbar nähert sich insofern bei der GmbH. die Bedeutung der Umstellung wirtschaftlich weitgehend der Neugründung, sofern sie eben an die Stelle der durch die Geldentwertung im allgemeinen völlig bedeutungslos gewordenen Papiermarkhaftsummen in den Haftsummen der neuen Währung überhaupt erst wieder eine für Kredit und Gläubiger greifbare Unterlage schafft. Allein trotzdem ist es jedenfalls nicht angängig, die Vorschrift des § 97 GenG. auf einen Tatbestand entsprechend anzuwenden, wo es an einem Umstellungsbeschlusse, wie er eingetragen ist, überhaupt fehlt.

Der Revisionsangriff konnte daher, soweit er auf den Eintrag der Beschl. im Genossenschaftsregister abhebt, keinen Erfolg haben. Das BG. hat im Anschluß an das Urteil des erf. Sen. RG. 119, 339 ff.⁴⁾ die Ungültigkeit der Umstellungsbeschlüsse v. 13. März 1924 noch auf zwei weitere Gründe gestützt, nämlich einmal darauf, daß Umstellungsbeschlüsse, wie sie der Besl. behauptete, zu einer für viele Genossen völlig untragbaren Belastung führen müßten, deshalb sittenwidrig und außerhalb der Mehrheits Herrschaft lägen, daß ferner die GenVerf. solche Beschl. nur unter der hier nicht zu verwirklichenden Bedingung gefaßt habe, daß die Genossen mit zahlreichen Geschäftsanteilen nicht davon betroffen würden. — Ob dem BG. unter den Umständen des vorliegenden Falles insoweit beizutreten wäre, kann dahingestellt bleiben, da schon der erste Grund des BG. hierher das Urteil trägt.

Die Nichtigkeit des gleichfalls im Genossenschaftsregister eingetragenen Beschl. der GenVerf. v. 3. Juli 1925, laut dessen der Geschäftsanteil auf 2 M erhöht worden ist, hat das BG. um deswillen bejaht, weil der hierzu gefaßte sog. Nachtragsbeschlusse, daß die haren Einzahlungen bei allen Landwirten nur nach Maßgabe der Landwirtschaftlich benützten Fläche erfolgen sollten, gegen die zwingende Vorschrift des § 7 Abs. 2 GenG. verstoße und deshalb schlechthin nichtig sei, eine Nichtigkeit, die gemäß § 139 HGB. auch die Nichtigkeit des Erhöhungsbeschlusses nach sich ziehe, denn dieser bilde mit ihm eine Einheit; es sei

angesichts der schweren Belastung, welche die Erhöhung aller Geschäftsanteile — an die man schon damals gedacht habe — für die Genossen mit zahlreichen Geschäftsanteilen bedeutete, nicht anzunehmen, daß sie der Erhöhung ohne die Einzahlungs-erleichterung des Nachtragsbeschlusses zugestimmt hätten. Daß es sich, wie Besl. behauptete, bei dem Nachtragsbeschlusse nur um eine „interne Anweisung“ handle, gegen die Landwirte nicht so scharf vorzugehen, sei dem Beschl. nicht zu entnehmen, unwahrscheinlich und unerheblich.

Der Rev. ist zuzugeben, daß die Begründung des BG. rechtlich nicht bedenkenfrei ist. Es kommt aber nicht darauf an, ebensowenig, ob, was die Rev. wiederum bestreitet, ohne den Nachtragsbeschlusse der Erhöhungsbeschlusse nicht gefaßt worden wäre. Dahingestellt bleiben kann ferner, ob wirklich die „Erhöhung“ aller Geschäftsanteile oder wiederum nur der sog. Pflichtanteile beschlossen werden wollte und beschlossen worden ist; ersteres behauptet Besl., letzteres Kl.; das BG. läßt eine klare Stellungnahme zu dieser Frage vermessen, wenn auch die Wendung: „man habe schon damals an eine Erhöhung aller Anteile gedacht“ darauf hinzuweisen scheint, daß das BG. insoweit die Sachdarstellung des Kl. für richtig hält. Denn der Erhöhungsbeschlusse ist aus anderen Gründen nichtig. Er enthält eine unmittelbare Abänderung des Umstellungsbeschlusses v. 13. März 1924 hinsichtlich der Höhe der Geschäftsanteile, steht sonach mit diesem früheren Beschl. im engsten inneren sachlichen Zusammenhang. Mit der Nichtigkeit jenes ersten Beschl. ist er bei dieser Sachlage ohne weiteres ebenfalls nichtig (s. a. RG. 118, 218⁵⁾; 120, 28 ff.⁶⁾ [31]). Nun könnte allerdings noch in Betracht kommen, ob etwa der Beschl. v. 3. Juli 1925 selbst als Umstellungsbeschlusse gelten und unter diesem Gesichtspunkt etwa als rechtsgültig angesehen werden könnte. Allein dem steht entgegen, daß es alsdann immer noch an einer rechtsgültigen Umstellung auch der Haftsumme fehlen würde. Eine Umstellung des Geschäftsanteils für sich allein ist rechtlich unmöglich und mit den zwingenden Vorschriften des § 131 GenG., wie auch des § 47 der 2. Durchf. v. d. z. Goldw. v. d. völlig unvereinbar. Ein sich auf die Haftsumme und deren Umstellung oder „Erhöhung“ beziehender Beschl. ist aber seit dem nichtigen GenVerf. Beschl. v. 13. März 1924 überhaupt nicht mehr gefaßt worden. Daran muß die Rev. auf alle Fälle scheitern. (U. v. 21. Juni 1929; 550/28 II. — Berlin.) [Ru.]

** 6. VerforgG. v. 11. Nov. 1926; § 77 RVerforgG.; § 65 GenG.

1. Ein auf Grund des RVerforgG. eingetragenes Veräußerungsverbot wirkt nicht gegenüber einem früher eingetragenen Wiederkaufsrecht.

2. Die Bestimmung eines von einer Genossenschaft mit einem Genossen abgeschlossenen Kaufvertrages, daß für den Fall des Austritts des Genossen ein Wiederkaufsrecht vereinbart werde, bedeutet an sich nicht eine verbotene Erschwerung des Austritts. Diese kann nur in besonderen Bedingungen des Wiederkaufs liegen.

Die Siedlungsgenossenschaft verkaufte durch notariell beurkundeten Vertrag v. 6. Mai 1926 zu ihren als Anlage beigefügten Allgemeinen Verkaufsbedingungen ihr Grundstück an den Besl., der damals ihr Genosse war. Er wurde am 8. Sept. 1926 als Eigentümer, zugleich wurde zur Sicherung des in Nr. 16 der Verkaufsbedingungen vorgesehenen Wiederkaufsrechts für die Kl. eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Wiedereinräumung des Eigentums eingetragen. Da der Besl. als Kriegsbeschädigter eine Kapitalabfindung zum Ankauf des Grundstücks erhielt, wurde auf Ersuchen des Hauptverforgungsamts R. gemäß § 77 RVerforgG. am 5. Nov. 1926 eingetragen, daß die Weiterveräußerung und Belastung des Grundstücks innerhalb von fünf Jahren, von der Eintragung gerechnet, nur mit Genehmigung des Hauptverforgungsamts zulässig sei. Am 29. Sept. 1927 richtete der Besl. an die Kl. ein Schreiben, in dem er seinen Austritt erklärte. Darauf machte die Kl. durch Schreiben v. 3. Jan. 1928 von dem ihr eingeräumten Wiederkaufsrechte Gebrauch.

¹⁾ JW. 1929, 1376.

²⁾ JW. 1928, 635.

³⁾ JW. 1928, 223.

⁴⁾ JW. 1928, 1552.

Sie ließ das Grundstück gemäß den Verkaufsbedingungen durch den Maklerrat abschätzen, berechnete den Wiederkaufspreis nach Abzug von Belastungen und Kosten auf 1646,31 *RM* und forderte den Bekl. auf, gegen Empfang dieses Betrages die Rückkauflassung zu erklären. Da der Bekl. sich weigerte, erhob sie die gegenwärtige Klage.

Sie verlangt, gestützt auf Nr. 16 der Allgemeinen Verkaufsbedingungen, Auflassung und Herausgabe des Grundstücks. Der Bekl. hält dem entgegen, daß ihm durch die Eintragung v. 5. Nov. 1926 die Veräußerung verwehrt sei, und macht hilfsweise ein Leistungsverweigerungsrecht bis zur Zahlung eines angemessenen Wiederkaufspreises geltend, den er auf 5267,01 *RM* berechnet.

Beide Vorinstanzen haben der Klage Zug um Zug gegen Zahlung von 2010,43 *RM* stattgegeben.

Das RG. hat aufgehoben.

Beide Vorinstanzen nehmen an, daß die am 5. Nov. 1926 eingetragene Verfügungsbeschränkung dem schon vorher durch Vormerkung gesicherten Wiederkaufsrechte keinen Eintrag tun könne. Die Rev. bittet um Nachprüfung dieser Ansicht. In dessen ist hierin den Vorinstanzen beizutreten. Die Verfügungsbeschränkung nach § 77 *RBVerfOrgG.* (jetzt gültige Fassung v. 22. Dez. 1927 [RGBl. I, 515]) ist ihrem Wesen nach dieselbe wie nach § 6 *KapAbfindG.* v. 3. Juli 1916 (RGBl. 680); das *RBVerfOrgG.* v. 12. Mai 1920 (RGBl. 989) hat daran außer der Erstreckung der Frist von zwei auf fünf Jahre und außer anderweitiger Regelung der Zuständigkeit für die Anordnung nichts geändert. Über das Wesen der Maßnahme hat sich das RG. (5. ZivSen.) in der Entsch. RG. 105, 71 ausgesprochen. Dasselbst ist an der Hand der Entstehungsgeschichte und des Zwecks des § 6 *KapAbfindG.* erörtert, daß die Maßnahme kein relatives, nur zugunsten des Reichsmilitärfiskus wirkendes Verbot enthält, sondern die Weiterveräußerung und Belastung des Grundstücks während der bestimmten Frist schlechthin unzulässig macht, sofern nicht die zuständige Militärbehörde ihre Genehmigung erteilt hat. Dagegen ist in der Entscheidung nirgends gesagt, daß die Anordnung ihre Wirksamkeit auch auf bereits vorhandene Grundbucheinträge erstrecke. Diese Ansicht ist zwar in der Rechtsprechung aufgetaucht, überwiegend aber abgelehnt worden (vgl. die Zusammenstellung JW. 1930, 1080). Das Gesetz bietet keinen Anhalt dafür, daß ein so tiefgehender, für den Grundbesitz gefährlicher Eingriff in das Liegenschaftsrecht beabsichtigt gewesen sei. Auch ist dafür weder aus der Entstehungsgeschichte des § 6 *KapAbfindG.* (vgl. RG. 105, 73 ff.) noch aus der des § 77 *RBVerfOrgG.* (Begründung in Nr. 2663 S. 56 der Druck. der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung) etwas zu entnehmen. Im Gegenteil spricht die gesetzliche Regelung, wonach die Anordnung erst mit ihrer Eintragung in das Grundbuch wirksam wird, dafür, daß nach dem Willen des Gesetzgebers unangetastet bleiben soll, was bereits vorher eingetragen war, daß also insoweit die Anordnung keine Wirksamkeit hat. Denn andernfalls wäre kaum zu erklären, warum das Gesetz die Eintragung im Grundbuch überhaupt fordert und die Wirksamkeit der Anordnung zeitlich erst mit ihrer Eintragung beginnen läßt. Da im vorliegenden Falle die Kl. sich ihr Wiederkaufsrecht durch Eintragung einer Vormerkung hatte dinglich sichern lassen, so kann der Bekl. aus der erst später eingetragenen Anordnung des Hauptverwaltungsamts keinen Einwand entnehmen.

Nun meint die Rev., wenn der Kl. bekannt gewesen sei, daß der Bekl. eine Kapitalabfindung zum Ankauf des Grundstücks erhalte, so habe sie ihr Wiederkaufsrecht dem § 77 *RBVerfOrgG.* anpassen müssen oder sie dürfe es doch nach § 242 *BGB.* nicht in einer Weise ausüben, die den Sicherungszweck des § 77 durchkreuze. Indessen kann der Kl. nicht verwehrt werden, ihre Interessen als Genossenschaft wahrzunehmen. Wenn sie ihre genossenschaftlichen Vorteile den Genossen nur so lange bietet, als diese ihr angehören, so liegt darin nichts, was vom Standpunkte des *RBVerfOrgG.* oder des § 242 *BGB.* zu mißbilligen wäre.

Endlich rügt die Rev. Verletzung des § 65 *GenG.*, da die Wegnahme des Grundbesitzes einen außerordentlichen Rechtsnachteil bedeute, mit dem der Austritt nicht verknüpft werden dürfe. In dieser Form ist die Rüge nicht berechtigt. Daß die Kl. sich ein Wiederkaufsrecht für den Fall des Austritts vorbehielt, war auch unter dem Gesichtspunkte des

§ 65 *GenG.* nicht zu beanstanden. Unstreitig ist der satzungsmäßige Zweck der Kl. darauf gerichtet, minderbemittelten Familien und Personen gesunde Wohnungen in eigens erbauten Häusern zu möglichst billigen Preisen zu verschaffen. Diesen Zweck würde sie schwerlich erfüllen können, wenn es den Genossen freistände, trotz ihres Austritts das zu behalten, was ihnen die Kl. verschafft hat. Das würde darauf hinauslaufen, daß sie die genossenschaftlichen Vorteile trotz ihres Austritts weiter genießen könnten. Dies ist nicht der Sinn der in § 65 *GenG.* getroffenen Bestimmung, daß dem Genossen der Austritt freistehet und zuwiderlaufende Abkommen ohne rechtliche Wirkung sind. Den Verlust der genossenschaftlichen Vorteile muß der Austretende in Kauf nehmen (RG. 91, 335¹⁾). Wohl aber fragt es sich, ob die Wiederkaufsbedingungen der Kl. einen darüber hinausgehenden Nachteil für den Bekl. enthalten. Muß er sich einen Wiederkauf zu angemessenen Bedingungen zwar gefallen lassen, so doch nicht einen solchen zu nachteiligen, die wie eine Vertragsstrafe wirken (vgl. RG. 33, 66; 42, 79; 71, 388²⁾; 85, 304³⁾). In dieser Hinsicht geben die Allgemeinen Verkaufsbedingungen der Kl. Anlaß zu Bedenken. In Nr. 13 wird der Käufer für verpflichtet erklärt, Mitglied der Kl. bis zu deren Auflösung zu bleiben. Verletzung dieser Pflicht wird in Nr. 16 mit Verletzung anderer Pflichten, wie der Pflicht zur Instandhaltung, der Pflicht zur Unterlassung ungenehmigter Veränderung, Abvermietung usw., auf eine Stufe gestellt und als Fall der Wiederkaufsberechtigung behandelt, die allerdings auch in anderen Fällen eintritt, wo Pflichtverletzung nicht in Frage kommt. Bei Ausübung des Wiederkaufs hat die andere Vertragspartei nicht nur dessen Kosten mit Einschluß der Kosten des Verfahrens zur Festsetzung des Wiederkaufspreises zu tragen, sondern sie erhält als Wiederkaufspreis auch nur den durch Schätzung zu ermittelnden gemeinen Wert unter Abzug eines Betrages von 10%. Danach hat auch im vorliegenden Falle die Kl. ihre Berechnung aufgestellt. Es erscheint nicht ausgeschlossen, daß sich hierin, namentlich in dem Abzuge von 10%, dessen Grund und Bedeutung bisher unaufgeklärt ist, ein Nachteil verbirgt, der im Falle des Austritts nach Art einer Vertragsstrafe wirkt. Ob das der Fall ist, wird nach der Gesamtheit der Umstände beurteilt werden müssen. Sollte es der Fall sein, so wäre das Abkommen über das Wiederkaufsrecht nach § 65 Abs. 3 *GenG.* nichtig, und es würde weiter nach § 139 *BGB.* zu prüfen sein, ob damit der Verkauf überhaupt als nichtig zu betrachten ist. Die Kl. hat bereits erklärt, daß sie den Kaufvertrag keinesfalls ohne das Abkommen über das Wiederkaufsrecht abgeschlossen hätte. Die Folge wäre, daß der Bekl. das Eigentum am Grundstücke ohne Rechtsgrund erlangt hätte und sich mit der Kl. nach den Grundätzen der ungerechtfertigten Bereicherung auseinandersetzen müßte. Ob das im Endergebnisse für ihn günstiger sein würde als seine bisherige Verurteilung, läßt sich zur Zeit nicht übersehen; die Möglichkeit ist nicht ausgeschlossen.

(U. v. 6. Nov. 1930; 22/30 VI. — Königsberg.) [Ru.]

III. Sonstiges Handelsrecht.

**7. § 377 *HGB.* Die Verletzung der Abrede, daß an der verkauften Ware sich keine Herkunftsbezeichnung befinden dürfe, bedeutet keinen Sachmangel, sondern eine positive Vertragsverletzung.†)

Der Kl. W. fordert von der Bekl. für Nähmaschinen, die von dieser im Nov. und Dez. 1927 zur Ausführung nach Griechenland bestellt und aus der Fabrik der Kl. am 16. Febr. 1928 geliefert waren, einen an sich unstreitigen Kaufpreisrest von 7950,85 *RM* nebst 10% Zinsen seit 1. März 1928. Beide Vorinstanzen haben die Bekl., die Gegenforderungen geltend gemacht hat, zur Zahlung verurteilt. Die eine Gegenforderung besteht in einem die Restklagforderung angeblich übersteigenden

¹⁾ JW. 1918, 224. ²⁾ JW. 1909, 668. ³⁾ JW. 1914, 1084.

Zu 7. Die Entscheidung liefert einen lehrreichen Beitrag zur Grenzziehung zwischen Sachmangel und positiver Vertragsverletzung. Dieser Beitrag ist um so erfreulicher, als die Entsch. des 6. ZivSen. in RG. 129, 282 = JW. 1930, 3472² gerade hinsichtlich jener Grenzziehung nicht alle berechtigten Wünsche erfüllt hatte. Dort war auf Schadenersatz wegen positiver Vertragsverletzung geklagt,

Anspruch auf Schadensersatz dafür, daß die Kl. entgegen ihrer vertraglichen Verpflichtung, die Nähmaschinen „neutral“ auszustatten, d. h. ohne jedes Herkunftszeichen von ihrer Fabrik zu liefern, hundert am 29. März 1927 bestellte und nach Griechenland versandte Maschinen zum Teil mit einem die klägerische Firma als Herstellerin kennzeichnenden Schild und allgemein mit Böchern im Oberteil zur Anbringung solcher Schilder geliefert habe. Dadurch habe sie die Zurverfügungstellung der Sendung sowie das Abpringen der Vertreter und Rundtschaft der Bekl. in Griechenland verursacht.

Das RG. hat aufgehoben.

In Betracht kommt nur der Anspruch wegen Verletzung der Abrede über die neutrale Ausstattung.

Unstreitig sind entgegen dieser Abrede infolge eines Verschens von Arbeitern der Kl. eine Anzahl Nähmaschinen mit ihrem Firmenschild geliefert worden. Hiervon hat die Bekl. sehr spät Anzeige erstattet. Während die Sendung Anfang Juni im Piräus angekommen war, datiert ihr Brief erst v. 17. Aug. 1927. Würden die Vorschriften über Mängelrüge maßgebend sein, so müßte der Anspruch an dem Genehmigungspräjudiz des § 377 Abs. 2 HGB. scheitern. Die Bekl. bestreitet aber die Anwendbarkeit der Rügevorschriften, weil der Kl. positive Vertragsverletzung vorgeworfen werde. Das hält das BG. für ungeschlüssig. Auch gegenüber Ansprüchen aus positiver Vertragsverletzung, erwägt es, greife insoweit, als sie aus Sachmängeln hergeleitet würden, § 377 HGB. Platz.

Der Rev. ist Recht zu geben, daß diese Erwägung die Bekl. nicht widerlegt. Es fragt sich ja gerade, ob ihr Anspruch aus einem Sachmangel hergeleitet wird. Gewiß ist nicht zu bezweifeln, daß die neutrale Ausstattung eine Eigenschaft der Sache i. S. des § 459 Abs. 2 BGB. bildet. Es gibt auch Fälle, in denen die Vereinbarung einer solchen Ausstattung den Regeln über Zusicherung einer Eigenschaft unterstellt werden muß. So, wenn die gekaufte Sache nicht zum Weiterverkauf bestimmt ist und das Verlangen des Käufers, die Anbringung der Firma zu unterlassen, nur einer ästhetischen Laune entspringt. Oder man nehme an, die verkaufende und die kaufende Gesellschaft stehen unmittelbar vor der Verschmelzung, wobei die Bedingung neutraler Ausstattung darauf beruht, daß eine neue Firma geplant wird, deren Wahl noch Schwierigkeiten bereitet. Wird hier der Abrede zuwider mit dem Firmenschild des Verkäufers geliefert, so können Ansprüche deswegen nur unter den Voraussetzungen der §§ 460 ff. BGB. und, wenn beiderseitige Handelskäufe vorliegen, nur nach ordnungsmäßiger Mängelrüge geltend gemacht werden.

weil ein Grundstück unter schuldhafter Verschweigung seiner Minderwertigkeit verkauft worden sei. Der 6. ZivSen. entschied, ein auf Verschulden beim Vertragschluß gestützter Schadensersatzanspruch unterliege der kurzen Verjährung des § 477 BGB., „wenn seine Grundlage die schuldhaft mangelhafte Lieferung einer Kaufsache betrifft... Anders wäre die Rechtslage, wenn der Schadensersatz nicht die Mangelhaftigkeit der Kaufsache, sondern die Verletzung von anderen Pflichten des Verkäufers, insbes. Nebenverpflichtungen beträfe, die mit der Mangelhaftigkeit der Sache nicht unmittelbar zusammenhängen“. Diese Grenzziehung zwischen dem Anwendungsgebiet des Sachmangelrechtes und dem der allgemeinen Grundsätze über Schadensersatz für positive Vertragsverletzung ist nicht restlos klar. Die Frage ist zunächst nicht dahin zu stellen, ob die positiv verletzte Verpflichtung „mit der Mangelhaftigkeit der Sache unmittelbar zusammenhängt“, sondern dahin, ob überhaupt ein Mangel der Sache vorliegt und nicht vielmehr eine gar keinen Sachmangel hervorruhende Verletzung einer Verpflichtung des Verkäufers. In der obigen Entscheidung wird das deutlich. Die Anbringung der Namensschilder ist kein Sachmangel, sondern die Verletzung der sich aus dem Vertrag ergebenden Pflicht, die Herkunft der Maschinen zu verschleiern. Sie ist nicht eine Pflichtverletzung, die „mit der Mangelhaftigkeit der Sache nicht unmittelbar zusammenhängt“, sondern es liegt gar keine Mangelhaftigkeit der Sache vor. Die Entsch. ertnimmt das mit Recht der Vertragsauslegung. Würde die Vertragsauslegung ergeben, daß es den Parteien auf den Wegfall der Namensschilder als einer Sacheigenschaft ankam, dann würde der 2. ZivSen. Gewährschaftsrecht anwenden. Da es ihnen aber darauf ankam, eine allgemeine Verschleiernspflicht zu begründen, werden die allgemeinen Vorschriften über positive Vertragsverletzung angewandt. Wo positive Vertragsverletzung, aber kein Sachmangel gegeben ist, wie im vorliegenden Falle, oder nur Sachmangel, aber keine positive Vertragsverletzung, etwa weil den Verkäufer keinerlei Verschulden trifft, überall da ist nicht zweifelhaft, welche der beiden Gruppen von Rechtsnormen anzuwenden ist. Problematisch sind nur die Fälle, in

Indessen sind das doch nur seltene Ausnahmen. In der weitaus überwiegenden Regel verfolgt die Abrede den Zweck, die Herkunft der Ware zu verschleiern. Dahin gehören die Fälle, in denen der Käufer durch den Bezug vom Verkäufer eine Kartellbindung übertritt, vor allem aber auch der Fall des Exporteurs, der im Ausland selber als Fabrikant erscheinen will. Dieser letztere Fall ist hier gegeben. Die Kl. hat nicht bestritten, gewußt zu haben, daß die gekauften Maschinen in Griechenland als W.-Nähmaschinen vertrieben werden sollten. Bei einer derartigen Sachlage würde es dem Wesen der Sache widersprechen, wenn der Verkäufer, sofern er nur die Ware selbst nicht mit einem Hinweis auf seine Firma verfaße, freie Hand haben sollte, sich irgendwie sonst als Erzeuger kundzutun. Sinn und Zweck der Abrede, wie sie bei Beachtung der §§ 133, 157 BGB. in die Augen springen, gebieten die erweiternde Auslegung dahin, daß die Herkunft der Ware schlechthin geheimzuhalten ist.

Hiernach durfte die Kl. die Tatsache ihrer Herstellererschaft überhaupt nicht offenbaren, weder durch Beschilderung oder Bedruckung der Nähmaschinen noch durch Beilage von Prospekten noch durch schriftliche oder mündliche Einzelmitteilungen. War aber dies der Inhalt ihrer Verpflichtung, so muß sich danach auch die Behandlung des Verletzungsstatbestandes richten. Unmöglich kann es einen Unterschied begründen, ob die Verletzung durch Prospekte oder durch aufmontierte Schilder geschah, so daß im ersten Fall nach dem allgemeinen Vertragsrecht (§§ 276, 278 BGB.), im zweiten nur nach dem Recht der Sachmängelgewähr gehaftet würde. Vielmehr ist so zu urteilen, wie wenn die Ausstattung gar nicht erwähnt und einfach bedungen wäre, die Kl. habe die Provenienz zu verschweigen. Rechtlich wesentlich ist allein der schuldhafte Verrat des Geheimnisses, die Art und Weise, wie er stattfand, ist unerheblich. Daß es sich hier nicht um Sachmängel handelt, wird schon dadurch kenntlich, daß Wandlung, Minderung wie Ersatzlieferung als zweckentsprechende Rechtsbehelfe ohne weiteres auscheiden und nur ein Schadensersatzanspruch in Frage kommt. Auf dem gleichen Grunde beruht es, daß die Zahl der Verletzungsakte kaum ins Gewicht fällt. Ein Firmenschild der Kl. an einer einzigen Nähmaschine konnte denselben Schaden anrichten wie wenn sämtliche Maschinen ihr Schild trugen. Aber auch eine Mängelrüge hat bei der regelmäßigen Bedeutung der Abrede neutraler Ausstattung keinen Sinn. Die gesetzlichen Rügevorschriften sind im Interesse des Verkäufers gegeben, der möglichst bald wissen soll, ob er das Geschäft als abgewickelt betrachten darf. Hat aber ein Verkäufer gegen eine im Verträge mitvereinbarte

denen Sachmangel und positive Vertragsverletzung konkurrieren. Das ist dann der Fall, wenn die positive Vertragsverletzung gerade darin besteht, daß der Sachmangel verschuldet oder schuldhaft verschwiegen wurde. So lag der Fall RG. 129, 282 = JWB. 1930, 3472. Die Konkurrenz der Rechtsgründe (Sachmangel und positive Vertragsverletzung) ist es, die dem 6. ZivSen. bei der Wendung von dem „unmittelbaren Zusammenhang“ zwischen Sachmangel und Vertragsverletzung vorschwebt. Der 6. ZivSen. will hier ausschließlich das Recht der Mängelhaftung, also insbes. kurze Verjährung (§ 477 BGB.) und folgerichtigerweise wohl auch Rügepflicht nach § 377 HGB. anwenden. Die Berechtigung dieses Standpunktes ist nicht unabweislich. Konkuriert positive Vertragsverletzung mit einem Sachmangel, so liegt eben nicht nur Sachmangel vor, sondern es kommt ein Verschulden des Verkäufers hinzu, das weitergehende Ansprüche auslöst. Liefert der Verkäufer schuldhaft krankes Vieh, das die Herde des Käufers ansteckt, so soll Rügepflicht und kurze Verjährung (§ 490 BGB.) Platz greifen. Verletzt der Verkäufer eine Nebenverpflichtung, ohne daß ein Sachmangel vorliegt oder eine solche Nebenverpflichtung, die mit dem Sachmangel „nicht unmittelbar zusammenhängt“, so sollen diese Beschränkungen nicht bestehen. Das ist weder logisch geboten noch billig. Bei Konkurrenz zwischen Sachmangel und positiver Vertragsverletzung besteht keine Notwendigkeit, den Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung für verjährt oder ausgeschlossen zu erklären, weil die bloßen Gewährschaftsansprüche, die kein Verschulden des Verkäufers voraussetzen, verjährt oder ausgeschlossen sind. Aus dem Geiste der wirtschaftlichen Gerechtigkeit, den die vorliegende Entsch. des 2. ZivSen. atmet, wird man zu solcher Beschränkung der Rechte des Käufers nicht kommen können. Man wird den Verkäufer, der bloß eine Nebenverpflichtung verletzt, nicht strenger haften lassen als den, der durch schuldhaft Lieferung einer mangelhaften Sache erheblichen Schaden anrichtet (über den Stand der Frage vgl. Staudinger-Röber, Komm. 2g zu § 477 BGB.).

RA. Dr. Alfred Werner, München.

Pflicht verstoßen, etwas geheimzuhalten, so kann die zeitliche Grenze, bis zu der der Käufer — nicht dies melden, sondern — seinen Schadenersatzanspruch erheben muß, nur nach den Verjährungsregeln und nach § 254 BGB. bestimmt werden. Warum dann, wenn zufällig der Verrat durch ein an der Ware selbst angebrachtes Zeichen begangen wurde, unverzüglich nach deren Ablieferung oder nach Entdeckung des Zeichens eine Meldung erstattet werden mußte, leuchtet nicht ein. Auf der andern Seite hat der Käufer ein dringendes Interesse daran, die Ware und ihre Verpackung alsbald auf vertragswidrige Zeichen zu prüfen, ohne daß ihm jedoch die Mängelrügevorschriften einen Anhalt für den Zeitpunkt der Prüfung böten. Das zeigt am besten der vorliegende Fall, wo die Nähmaschinen unmittelbar an den überseeischen Abnehmer der Bekl. versandt wurden. Obgleich unter solchen Umständen die Untersuchungs- und Rügepflicht handelsüblich bis zur Ankunft bei dem Abnehmer hinausgeschoben war (vgl. RG. 96, 13¹); 102, 91²), hätte die Bekl. zur Vermeidung des aus einer Abnehmeruntersuchung drohenden Schadens die Untersuchung durch eigene Angestellte in der Fabrik der Kl. oder an einem inländischen Zwischenplatz vornehmen lassen müssen.

Alles das beweist, daß § 377 BGB. hier keine Rolle spielen kann. Auch die praktischen Nachteile, zu denen die Gegenansicht führt, sind eben nur die Folgen der falschen Grundanschauung. Nicht deshalb beansprucht die Bekl. Schadenersatz, weil einige der gelieferten Stücke einer zugesicherten Eigenschaft entbehrt hätten, also mangelhaft gewesen wären, sondern weil die Geheimhaltungsverpflichtung der Kl. durch die Personen, deren sie sich zur Erfüllung bediente, verletzt worden ist.

(U. v. 23. Dez. 1930; 65/30 II. — Berlin.) [Ru.]

IV. KonkurrenzklauseL. Wettbewerbsrecht.

§. 1. Ein Vergleich, durch den jemand sich verpflichtet, kein Konkurrenzgeschäft zu betreiben, kann unter Umständen dahin auszulegen sein, daß er sich auch nicht maßgeblich an einem von seinen Familienangehörigen betriebenen Geschäft beteiligen dürfe.

2. Die Grundsätze des prima-facie-Beweises dürfen in dem Sinn angewandt werden, daß einer Partei gegenüber der inneren Unwahrscheinlichkeit ihrer Darstellung der Beweis für deren Richtigkeit auferlegt und daß einer in einem Betrieb tätigen Partei, von dem die inneren Verhältnisse des Betriebes nicht kennenden Gegner die Beweislast dafür aufgebürdet wird, daß sie nicht verantwortlich sei.

Der Kl. D. und der beklagte G. waren früher Gesellschafter und Geschäftsführer der G. & D. GmbH., welche eine Kolonialwarengroßhandlung betrieb. Nach Ausscheiden des Bekl. aus der Gesellschaft gerieten die Parteien in Zwistigkeiten, die zu einem Rechtsstreite führten. Letzterer wurde am 17. Dez. 1926 durch einen Vergleich beigelegt, in welchem bestimmt wurde: Dagegen übernimmt G. die von D. verlangte KonkurrenzklauseL: in den Bezirken, welche die Firma G. & D. bisher bereiste, kein Kolonialwarengeschäft und kein Geschäft zu betreiben, das als Konkurrenzgeschäft für das von D. aus der Gemeinschaft erworbene Geschäft angesehen werden könnte. Die KonkurrenzklauseL soll gelten bis 1. Jan. 1936.

Diesem Wettbewerbsverbot sollte der Bekl. zuwidergehandelt haben. Der Kl. hatte deshalb dessen Beurteilung dahin verlangt und erwirkt, daß dem Bekl. verboten wurde, bis zum 1. Jan. 1936 in den von der Firma G. & D. bisher bereisten Bezirken ein Kolonialwarengeschäft zu betreiben, das als Konkurrenzunternehmen für das Geschäft des Kl. angesehen werden könne.

Die Berufung des Bekl. wurde zurückgewiesen, dagegen wurde auf die Anschlußberufung des Kl. die Entscheidung dahin abgeändert, daß dem Bekl. verboten wurde, bis zum 1. Jan. 1936 durch Dritte, insbes. seine Ehefrau und seinen Stiefsohn Friedrich L. in DSG. unter der Firma G. & L. in den Bezirken, welche die Firma G. & D. bisher bereiste,

ein Kolonialwarengeschäft zu betreiben, das als Konkurrenzgeschäft gegenüber dem Geschäft des Kl. angesehen werden könne. Die Rev. des Bekl. hatte keinen Erfolg.

Im Haushalt des Bekl. lebt der am 29. April 1908 geborene Friedrich L., der Sohn aus einer früheren Ehe der Frau des Bekl. Friedrich L. ist am 20. Dez. 1928 volljährig erklärt worden. Seit Beginn des Jahres 1929 trat er als Inhaber eines unter der nicht eingetragenen Firma „Westfälische Kolonialwarengroßhandlung, Inhaber: Friedrich L.“ betriebenen Handelsgeschäftes auf, das demjenigen des Kl. Wettbewerb machte. In diesem Geschäft war der Bekl. als Reisender tätig. Nachdem der Kl. deshalb im April 1929 die vorliegende Klage erhoben hatte, haben am 13. Juli 1929 der Bekl. und seine Ehefrau einen Ehevertrag dahin abgeschlossen, daß zur Ergänzung des von ihnen bereits vereinbarten, die Errungenschaftsgemeinschaft beider Gatten feststellenden früheren Ehevertrages nunmehr gesagt wurde, die Ehefrau habe 200 000 M. in die Ehe eingebracht, dieser Betrag werde Vorbehaltsgut der Frau und vom Bekl. freiwillig auf 60 000 GM. aufgewertet. Durch weiteren notariellen Vertrag v. 30. Aug. 1929 errichteten sodann die Ehefrau des Bekl. und ihr obengenannter Sohn eine DSG. unter der Firma „G. & L.“ zum Betriebe einer Kolonialwarengroßhandlung. Die Frau brachte nach Maßgabe des Vertrages 60 000 RM. von ihrem Vorbehaltsgut, Friedrich L. 5000 RM. in die Gesellschaft ein. Letztere ist in das Handelsregister eingetragen worden. Auch in diesem Geschäft ist der Bekl. in gleicher Weise tätig, wie dies zuvor im Geschäft seines Stiefsohnes der Fall war. Er hat hinsichtlich der vorgenannten Geldbeträge angegeben, seine Frau habe 200 000 M. in die Ehe eingebracht, sein Stiefsohn habe 5000 M. Sparkassenguthaben besessen, beide Beträge habe er freiwillig zu obengenannten Summen aufgewertet. In beiden Geschäften will er nur die Tätigkeit eines Reisenden geübt und sich der Geschäftsleitung oder einer gleichartigen Tätigkeit enthalten, somit nicht gegen das Wettbewerbsverbot, wie es im Vergleich v. 17. Sept. 1926 ausgemacht worden, verstoßen haben.

Das BG. hat sein Verhalten anders beurteilt und in demselben ein Zuwiderhandeln gegen das genannte Verbot erblickt. An Hand der Vorgeschichte des Vergleiches und der Vorgänge beim Abschluß desselben, sowie in Berücksichtigung von Zusammenhang, Sinn, Zweck und Wortlaut der Vergleichsurkunde legt es die fragliche Bestimmung dahin aus, daß der damals obwaltende, wirkliche und zur Erklärung gelangte Wille der vergleichschließenden Parteien dahin gegangen sei, daß Bekl. jeden Wettbewerb zu unterlassen habe, sich auch nicht maßgeblich an einem von seinen Familienangehörigen betriebenen Geschäft beteiligen dürfe, in welchem seine Tätigkeit über die eines Reisenden sich erhebe. Ein solch verbotenes Verhalten des Bekl. erachtet aber das BG. für vorliegend. Es nimmt an, daß die Geschäftsmittel im wesentlichen von dem Bekl. gewährt werden, da das angebliche Einbringen der Frau und des Stiefsohnes fingiert und die obengenannten Notariatsverträge nicht beweisend seien. Auch sei die Tätigkeit des Bekl. im Geschäft nicht auf diejenige eines Reisenden beschränkt. Somit liege eine mit Wissen und Willen des Bekl. vorgenommene Umgehung und ihn schuldrechtlich verpflichtende Verletzung des Verbotes vor.

Die Rev. beanstandet die Auslegung, welche der Vergleich im angefochtenen Urteil gefunden hat. Sie rügt, daß durch dieselbe das Wettbewerbsverbot zu Unrecht auf Personen erstreckt worden sei, die am Vergleich nicht beteiligt gewesen seien, ja deren Bindung durch denselben abgelehnt worden sei. Indessen ist die Auslegung des BG. rechtlich durchaus möglich (RG.: JW. 1909, 387¹; Warn. 1910 Nr. 139). Sie berücksichtigt im besonderen auch die Vorgänge und Erklärungen bei Abschluß des Vergleiches. Wenn das BG. hierbei ausführt, daß es rechtlich nur auf den erklärten Willen der Vergleichsteile ankomme, und daß, falls Bekl. im Einvernehmen mit seiner damals widersprechenden Frau einen entgegenstehenden inneren Willen beim Vertragsabschluß gehabt habe, das hier ohne Belang sei, so begegnet das keinem rechtlichen Bedenken.

Bekämpft wird auch die Annahme des BG., daß die Geschäftsmittel im wesentlichen vom Bekl. herrühren; sie beruhen auf Übergehung des Vorbringens, daß die Frau vor und bei Eingehung der Ehe ein bedeutendes Vermögen und der Stiefsohn ein Sparkassenguthaben im fraglichen Betrage be-

1) JW. 1919, 680. 2) JW. 1921, 891.

lassen habe und daß hieraus das Geschäftsvermögen der Firma „G. & L.“ gebildet worden sei. Das BG. hat hierauf weniger Gewicht gelegt; es ist vielmehr davon ausgegangen, daß bereits das erste Geschäft des Friedrich L. im wesentlichen aus Mitteln des Bekl. betrieben worden ist. Hieraus in Verbindung mit den sonstigen festgestellten Umständen hat es gefolgert, daß auch weiterhin der Bekl. die Geschäftsmittel gewährt habe. Daß es angeht, daß von der Rev. hervorgehobenen Vorbringens notwendig zu anderer Auffassung hätte gelangen müssen, ist nicht anzuerkennen. Das BG. hat in Ansehung der oben erwähnten Notariatsakte angenommen, sie entsprächen nicht der Wirklichkeit und seien nur ausgenommen worden, um die beiden Gesellschafter in der Lage erscheinen zu lassen, aus eigenen Mitteln das Geschäft zu betreiben, während sie ihnen tatsächlich der Bekl. zu diesem Zwecke zur Verfügung gestellt habe, ohne hierzu verpflichtet zu sein. Diese Ausführungen des BG. bezeichnet die Rev. als prozessual unhaltbar. Sie rügt Verletzung der §§ 826, 139 ZPO. Inwiefern letztere Gesetzesstelle zu Unrecht außer Anwendung geblieben sei — ein anderes kommt hier nicht in Frage —, ist nicht gemäß § 554 Abs. 3 Nr. 2 ZPO. belegt. Eine Verletzung des § 286 ZPO. erblickt die Rev. wohl darin, daß Beweisangeboten nicht entsprochen worden sei. Die Ablehnung eines Eingehens auf diese, hat das BG. im angefochtenen Urteil begründet; seine Stellungnahme begegnet keinem rechtlichen Bedenken.

Auch die Anwendung der Grundsätze des sog. prima-facie-Beweises begegnet keinem durchgreifenden Bedenken (RG. 61, 370; 108, 10¹); Wam. 1929 Nr. 100). Der zugrundeliegende Gedanke ist derselbe, der das RG.: NuW. 1922, 60 Sp. 2 sagen läßt: Gegenüber der inneren Unwahrscheinlichkeit seiner Darstellung habe der Bekl. den Beweis für deren Richtigkeit zu führen — und a. a. O. 1929, 121 Sp. 2: Der Bekl. könne die Beweislast dafür, daß er nicht verantwortlich sei, keineswegs dem Kl. aufbürden, dem die inneren Verhältnisse des Betriebes nicht bekannt sein könnten.

(U. v. 15. Dez. 1930; 538/30 VIII. — Zweibrücken.) [H.]

9. § 1 UnlWG. Keine Sittenwidrigkeit eines Preisauschreibens zu Reklamewzwecken. †)

(U. v. 19. Dez. 1930; 198/30 II. — Berlin.) [Ru.]

Abgedr. ZW. 1931, 449²¹.

1) ZW. 1924, 691.

Zu 9. Dem Urteil wird zugestimmt.

Preisauschreiben an sich sind nicht unzulässig. Sie mögen wie andere Formen des Wettbewerbs unbehaglich sein; ob sie unlauter sind, kann nur an Hand des Einzelfalles beurteilt werden. Von Erweckung einer Spilleidenschaft kann hier, wie das Urteil ausführt, nicht die Rede sein. Vorkommnisse, die nötigen, das Geschäftslokal einer Firma zu betreten, können vielleicht einmal einen unberechtigten Druck auf das Publikum, zu kaufen, bedeuten. Vielleicht kann das in einem kleinen Ort der Fall sein. Im allgemeinen, namentlich in den Großstädten, ist Publikum wie Verkäufer längst daran gewöhnt, daß der Kunde vor allen Dingen dadurch zum Kauf gereizt wird, daß er mit der gleichen Liebeshörigkeit behandelt wird, gleichgültig, ob er wirklich kauft oder zunächst, ohne zu kaufen, den Laden wieder verläßt.

Es kann hier offenbleiben, ob dem zitierten Ur. II 533/29 ebenso zuzustimmen ist wie diesem hier. Wenn kostenlos Lose, wie dort geschehen, verteilt werden, so wird auch hierin die Ausübung eines gewissen Zwangs auf den Verbraucher, zu kaufen, nicht erblickt werden können. Die Auffassung aber, die ein solches Verfahren für unlauter erachtet, ohne sich über die Begründung der Unlauterkeit im einzelnen im klaren zu sein, dürfte zum mindesten in ziemlich weiten Kreisen vorhanden sein, wie auch aus dem vom RG. abweichenden Urteil der beiden Vorinstanzen hervorgeht. Gibt es überhaupt ein Anreizertum, bei dem die freie Willensentschließung des Verbrauchers ausgeschlossen wird?

Die Sätze des Urteils „Der Kostenaufwand mit der sich daraus ergebenden selbstverständlichen Folge der Unmöglichkeit des wirtschaftlich Schwächeren, gleiches zu tun, bildet keinen Maßstab für die Grenze des Zulässigen...“ und weiter „Mag manche Art der Reklame unerwünscht sein, besonders vom Standpunkt des Mitbewerbers, so ist sie deshalb noch nicht unlauter“, sind lebhaft zu begrüßen, Sätze, die als Richtlinie für alle Arten der Reklame dienen mögen, auch für das jetzt so umstrittene Gebiet der Zugaben, wegen deren Bekämpfung leider wieder einmal nach dem Gesetzgeber gerufen wird.

. M. Dr. Clovis Gad, Leipzig.

V. Auswirkungen des Krieges und Versailler Vertrages.

** 10. §§ 276, 284 BGB. Hat eine Bank bei drohendem Einrücken des Feindes den Auftrag, eine Geldüberweisung in das innere Deutschland vorzunehmen, nicht rechtzeitig ausgeführt, so haftet sie zwar nicht, wenn sie sich über die drohende Beschlagnahme in rechtlicher Ungewißheit befand, wohl aber wegen Vertragsverletzung. Der Frage der Vollwertigkeit einer späteren Zahlung kommt von diesem Gesichtspunkte aus, anders wie bei der Aufwertung, keine Bedeutung zu. †)

(U. v. 22. Sept. 1930; 439/29 IV. — Karlsruhe.) [Ra.]

Abgedr. ZW. 1930, 3764²⁸.

b) Strafsachen.

Berichtet von Justizrat Dr. Drucker, Leipzig und Rechtsanwält Dr. Alsbach, Berlin.

11. § 267 StGB.; § 267 StPD.

1. Der Täter kann nicht dieselbe Urkunde erst fälschlich anfertigen und dann verfälschen.

2. Hat der Täter nicht gewußt, daß die von ihm fälschlich angefertigte Urkunde eine öffentliche Urkunde war, so kann er doch wegen vollendeter Fälschung einer „privaten“ Urkunde strafbar sein.

3. Die zusammenfassende Feststellung, daß der Angekl. die sämtlichen Merkmale des objektiven Tatbestands gekannt habe, reicht namentlich dann nicht aus, wenn zur Strafbarkeit die Erkenntnis sehr schwieriger und nicht für jeden verständlicher Verhältnisse erforderlich ist. †)

Es handelt sich bei dem Schablouenaufdruck des Stempels, der hier in Frage ist, nicht nur um die Bezeichnung einer Firma und ihres Niederlassungsortes wie in dem Falle RGSt. 17, 282, sondern um eine wirkliche Gedankenäußerung, nämlich dahin, daß der Beamte der schottischen Fischereiverwaltung, dessen Name in dem Stempel mit den Anfangsbuchstaben bezeichnet wird, das ihm vorgewiesene

Zu 10. Die vorliegende Entsch. gehört nur rein äußerlich zu der beträchtlichen Gruppe von RG.-Urteilen über die Behandlung von Zweigniederlassungen deutscher juristischer Personen im feindlichen Ausland einschließlich Elsaß-Lothringen, das bekanntlich mit dem 11. Nov. 1918 als französisch geworden anzusehen ist und demgemäß von diesem Zeitpunkt ab auch als Feindland zählt. Die Bedeutung der Entsch. liegt vielmehr auf einem ganz anderen Gebiete, nämlich die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Schon wiederholt hat das RG. den Grundsatz ausgesprochen, daß eine unrichtige Rechtsauffassung, selbst wenn sie nicht auf Verschulden beruht, vom Schuldner zu vertreten ist. Ein Verschulden der Rheinischen Creditbank wird verneint, und das mit Recht, da i. Z. 1919 noch völlige Ungewißheit über die Tragweite der Liquidationsmaßnahmen der früheren Feindmächte hinsichtlich des Vermögens deutscher Staatsangehöriger in ihrem Machtbereich bestand. Wie diese Maßnahmen der Feindmächte auf das Verhältnis zwischen der Bank und ihren Kunden einwirken, ist nach der Rspr. des RG. immer gemäß den Besonderheiten des einzelnen Falles zu beurteilen. Dabei hat das RG. vielfach Umstände in Betracht gezogen, die erst viel später als 1919 in Deutschland bekannt geworden sind. Auf Grund der im Sommer 1919 vorhandenen Unterlagen konnte die beklagte Bank nur eine abwartende Haltung einnehmen. Trotz des Grundsatzes, daß der Schuldner die Folgen einer unrichtigen Rechtsauffassung zu vertreten habe, ist die Auffassung als bestehend anzusehen, daß auch im Fall von Rechtsunkenntnis unverschuldete Säumnisse zum Verzugs führt. Reinhardt in der Ann. zu der Entsch. des RG.: ZW. 1930, 3479 hat dies überzeugend ausgeführt; ich schließe mich dieser Auffassung an. Allerdings ist dabei nicht aus dem Auge zu lassen, daß das RG. äußerst strenge Anforderungen an die Sorgfaltspflicht der Banken stellt, so daß auch nur ein ganz unbedeutendes Verschulden, das zur Säumnisse führt, die Verzugsfolgen begründet.

M. E. Hermann Döse, Berlin.

Zu 11. Im Ergebnis ist dem Urteil durchaus zuzustimmen, nur die Begründung erweckt gewisse Bedenken.

Zu 1. Fragwürdig ist zunächst die Annahme, es sei das mit

Faß auf die Beschaffenheit seines Inhalts geprüft und Ware wie Verpackungsmasse als ordnungsmäßig befunden habe, und zwar eines Inhalts an Heringen, deren Salzungszeit mit einer in abgekürzter Form im Stempel bezeichneten Jahrzahl angegeben wird. Hierin liegt eine Urkunde i. S. des § 267 StGB.

Im einzelnen besteht nun zunächst ein rechtliches Bedenken gegen die Annahme der Strk., daß eine fälschliche Anfertigung und eine Verfälschung von Urkunden nebeneinander vorliege. Mit Recht wird zunächst eine fälschliche Anfertigung darin gefunden, daß vorhandene, mit dem Schablonenstempel eines früheren Jahres versehene Deckel älterer Fässer auf die mit Heringen einer anderen Sorte gefüllten Fässer gesetzt wurden. Denn der Stempelausdruck auf einem, von einem Faß abgelösten Deckel hat für sich keinen verkehrswesentlichen Inhalt, da der Inhalt der hier fraglichen Urkunde dahin geht, daß der im Stempel aufgeführte Beamte in der dort angegebenen Zeit den Inhalt gerade dieses Fasses untersucht und für gut befunden habe. Erst durch die Verbindung des älteren Deckels mit einem gefüllten Faß entstand die Urkunde (RGSt. 15, 214, 217). Wäre nun auf den verwendeten Faßdeckeln die weiter noch festgestellte Abänderung der abgekürzten Jahrzahl 27 in 29 vorgenommen worden, bevor die Deckel auf die neuen Fässer gesetzt wurden, so würde damit nicht eine vorhandene Urkunde verfälscht, sondern der zur falschen Herstellung einer Urkunde bestimmte, von alten Fässern entnommene Bestandteil für die Tat, nämlich die fälschliche Anfertigung einer Urkunde, erst vorbereitet worden sein. Indessen auch wenn die Abänderung der Jahrzahl erst geschehen wäre, nachdem die Deckel in die neuen Fässer eingefügt waren, würde nicht zugleich eine Verfälschung einer vorhandenen Urkunde angenommen werden können, weil die vom Angekl. hergestellte Urkunde selbst falsch war, also nicht durch die Änderung der Jahrzahl noch verfälscht, d. h. damit erst zu einer falschen gemacht werden konnte (RGSt. 4, 69, 71; 39, 31), und weil übrigens dieser weiteren Bornahme in dem Rahmen des Gesamtvorgehens, nach dem Zweck des Täters, keine rechtliche Selbständigkeit beizumessen wäre. Indessen würde hierdurch die Richtigkeit des angefochtenen Urk. im Ergebnis nicht beeinträchtigt.

Nach der Auslegung, die das angefochtene Urk. der fraglichen Vorschrift der schottischen Fischereiverwaltung gibt, könnte die Bedeutung einer öffentlichen Urkunde höchstens dem Zusammenwirken der zwei dort vorgeschriebenen, nach ihrem wesentlichen Inhalt gleichen Stempel zugesprochen werden. Es mag dahingestellt bleiben, ob diese Auslegung zutreffend ist, denn jedenfalls ist eine Beurteilung des Angekl. wegen fälschlicher Anfertigung einer öffentlichen

Urkunde mit Recht schon deshalb abgelehnt worden, weil seine Kenntnis von der amtlichen Natur der Fischereiverwaltung nicht nachzuweisen war. Es bestand aber kein Bedenken gegen die Annahme, daß die Fälschung einer „privaten“ Urkunde vorliege, sofern die für eine solche im Gesetz aufgestellten Voraussetzungen zu bejahen sind. (So wiederholt RG., namentlich RGSt. 38, 220.) Daß aber schon der eine Stempel für sich zum Beweise von Rechten und Rechtsverhältnissen erheblich sei, ist in dem angefochtenen Urk. rechtlich bedenkenfrei dargelegt.

Während hiernach gegen die Bejahung des äußeren Tatbestands der angenommenen Verfehlung kein durchgreifendes Bedenken bestünde, ist im angefochtenen Urk. der innere Tatbestand nicht bedenkenfrei nachgewiesen.

Allerdings würde, wenn der Angekl. geglaubt hat, die Bezeichnung der Fässer geschehe von einem privaten Verband der Heringfänger, daraus noch keineswegs folgen, daß er gemeint hätte, es liege lediglich ein „Warenzeichen“ vor. Das würde nur dann zutreffen, wenn er die im Stempel ausgedrückten Worte, Buchstaben und Zahlen nach ihrem Sinn nicht gekannt hätte. Daß er die Zahl (ursprünglich 27) in ihrer Bedeutung als einer Jahresangabe erkannt hat, ist dem angefochtenen Urk. mit Sicherheit zu entnehmen. Daraus allein aber ergab sich nicht ein Bewußtsein des Angekl. davon — was die „Urkunde“ ausmacht —, daß es sich mit der Jahrzahl um eine für den Rechtsverkehr bedeutungsvolle Gedankäußerung handle und nicht um eine bloße Kennzeichnung der Ware. Im übrigen aber ist die Bemerkung des angefochtenen Urk., der Angekl. habe die „oben entwickelten Merkmale der Urkundenfälschung in sein Wissen und Wollen aufgenommen“, im Zusammenhang mit den vorhergehenden Darlegungen ihrem Sinne nach unklar. Zwar sind nach dem Urk., die im Stempel enthaltenen Erklärungen, trotz der gebrauchten Abkürzungen, deutlich genug, im Handelsverkehr den Beteiligten den Sinn der Bezeichnung einwandfrei zu vermitteln, so daß auch der Angekl. diesen Sinn richtig erkannt, also insbes. es verstanden hat, daß die im Stempel enthaltenen zwei Buchstaben die Anfangsbuchstaben des Namens eines Angestellten bedeuteten und bescheinigten, daß dieser Angestellte den Inhalt des Fasses geprüft und als ordnungsmäßig befunden habe. Aber andere Stellen des Urk. machen diese Auslegung zweifelhaft. So ist ausgeführt, selbst in Fachkreisen bestehe keine vollständige Klarheit über die wirkliche Bedeutung des Stempels. Das bezieht sich zwar zunächst nur auf die Frage, ob die amtliche Natur des Stempels im Verkehr bekannt sei. Aber es ist gesagt, in Handelskreisen erblicke man in dem Stempel eine Gewähr für die Güte der Ware, der Stempel werde vielfach als Garantiezeichen angesehen, eine Darlegung, mit der mög-

Schriftzeichen und Zahlen auf dem Deckel versehene Heringssaß eine „Urkunde“ im Sinne des Strafrechts. Gewiß trifft es zu, wenn das RG. ausführt, „es liege eine verkörperte Erklärung vor, die durch Verbindung des älteren Deckels mit einem gefüllten Faß“ entstanden ist. Fraglich aber bleibt demgegenüber, ob die für den Urkundenbegriff wesentliche objektive Verständlichkeit der Erklärung vorlag. Man wird das verneinen müssen, da eine in sich (ohne Aufklärung durch die beteiligten, „beurkundeten“ Personen) verständliche Erklärung nach den tatsächlichen Feststellungen des Erstrichters nicht gegeben war. Hat doch das Erstgericht ausgeführt, daß nicht einmal dem im Heringshandel beruflich tätigen Angekl. mit hinreichender Sicherheit nachgewiesen werden konnte, er habe die Bedeutung der fraglichen schablonierten Buchstaben und Zahlen auf den Deckeln der Fässer erkannt! Die Widersprüchlichkeit dieser Feststellung mit der erstrichterlichen These, der Angekl. habe die „tatsbestandlichen Merkmale der Urkundenfälschung in sein Wissen und Wollen aufgenommen“, ist vom erk. Sen. zutreffend gerügt worden, hätte aber auch zu einer Überprüfung des objektiven Tatbestandes führen müssen. Es lag eben keine Urkunde, sondern nur ein sog. Beweiszeichen vor. Damit fehlt es am objektiven Tatbestand der §§ 267, 268 StGB. Das RG. hat allerdings in einer Reihe von Entsch. (vgl. etwa RGSt. 28, 152; 34, 435; 52, 60; 50, 191; 56, 355) Beweiszeichen, die mehr als bloße Unterscheidungszeichen sind, für Urkunden erklärt. Das vorliegende Urteil aber offenbart, daß diese Mspr. verbesserungsbedürftig ist. Eine zu starke Ausdehnung des Urkundenbegriffes führt zu Ungerechtigkeiten bei der Feststellung des Vorsatzes. Unschärfe Auslegung des objektiven hat eben stets unsichere Feststellung des subjektiven Tatbestandes zur Folge!

Zu 2. Mit Recht hält das RG. an seiner früheren Mspr.

(RGSt. 38, 220) fest, wonach das Nichterkennen der „Öffentlichkeit“ einer Urkunde die Beurteilung wegen Fälschung einer Privaturkunde nicht ausschließt, sofern die gesetzlichen Merkmale einer solchen in der fraglichen Erklärung verkörpert sind. „Urkunde“ und „öffentlich“ sind eben normative Tatbestandselemente, deren „Kenntnis“ zum Vorsatz weniger „Wissen“ als „Wertung“ fordert. Hat der Täter solche Wertvorstellungen gehabt, wie sie der Richter anwendet, wie sie dem Gesetzgeber bei der Formulierung des Tatbestandes vorschwebten, dann genügt dies Material zur Subsumtion unter den fraglichen Tatbestand (vgl. Mezger: JW. 1927, 2006; Eichmann, Der Vorsatz bei normativen Tatbestandselementen, 1929, S. 46 ff., 58).

Zu 3. Der Sinn solcher normativen Tatbestandselemente ist nicht leicht zu erfassen. Es bedarf dazu des Rückgriffs auf Wertungen des Verkehrs, der Sitte usw. Die Voraussetzungen des Urkundenbegriffes und der fälschlichen Anfertigung von Urkunden sind äußerst differenzierter Art. Die bloße Feststellung des Erstrichters, der Angekl. habe die objektiven Merkmale des § 267 StGB. gekannt, kann deshalb für die Zurechnung der Schuld keineswegs genügen. Es war hier ein Akt des Sinnesverständnisses seitens des Täters zu vollziehen, den der Richter seinerseits zu reproduzieren hat; aus der bloßen Tatsachensfeststellung gewisser indizierender äußerer Umstände kann in solchen Fällen die Schuld nie erschlossen werden.

Es ist deshalb freudig zu begrüßen, daß das RG. in dem vorliegenden Urteil der hier und da erkennbaren Tendenz der Erstgerichte, die Vorsatzprüfung zu schematisieren, die „normativen“ Tatbestandselemente zu „deskriptivieren“ (Gruehn), entgegentritt und auf die notwendige dogmatische und nicht nur psychologische Individualisierung bei der Schuld festgestellt hinweist.

Prof. Dr. Erik Wolf, Freiburg.

licherweise dasselbe gemeint ist wie mit der Verteidigung des Angekl. dahin, er habe in dem Stempel „lediglich eine Art von Warenbezeichnung“ gesehen; der Vorgang der Verstempelung sei ihm im einzelnen unbekannt gewesen. Gerade die Frage, die für die Beurteilung der inneren Tatseite von entscheidender Bedeutung wäre: welche Vorstellung der Angekl. von dem Wesen der zwei einzelnen großen Buchstaben gehabt habe, wird im Ur. nicht erörtert. Jedenfalls aber ist die Unterscheidung, auf die es hier für die innere Tatseite ankommt, so fein, daß jene unsichere zusammenfassende Bemerkung des angefochtenen Ur. nicht genügen kann, und zwar um so weniger, als der wirkliche Sinn des in seinen Angaben so knapp gehaltenen Stempels nur dem aufgehen kann, der wenigstens einigermaßen über den Hergang der Abstempelung unterrichtet ist, von dem Angekl. aber zwar im Ur. gesagt wird, er sei seit einigen Jahren Geschäftsführer und persönlich haftender Gesellschafter der Firma, die Heringsgroßhandel betreibt, andererseits aber, er sei noch nicht lange im Heringshandel tätig.

(1. Sen. v. 5. Dez. 1930; 1 D 1217/30.) [U.]

** 12. §§ 350, 354 StGB.

1. Der Begriff der Zueignung erfordert, daß der Täter die fremden Sachen wirtschaftlich für sich verwendet und ihren Sachwert dem eigenen Vermögen zuführt. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Deckung eines Verlustes aus eigenem Vermögen beabsichtigt und zu diesem Zweck aus Mangel an zureichenden eigenen Mitteln bis zu deren Beschaffung amtliche Gelder verwendet werden.

2. Der Begriff der Unterdrückung wird erfüllt durch Ausschaltung von Nachnahmekarten von ihrer ordnungsmäßigen Weiterbearbeitung. †)

Nach den Feststellungen des LG. hat der Angekl., der Gelbbriefträger ist, einen Betrag von 86 RM, den er auf Nachnahmekarte eingezogen hatte, auf unaufgeklärte Weise verloren. Er hat den Verlust der Postbehörde nicht gemeldet, sondern den Betrag im Laufe von vier Monaten allmählich aus seinem Vermögen ersetzt. Zur Verdeckung des Fehlbetrages gab er am Abend des Verlustes die Nachnahmekarte über die verlorenen 86 RM nicht, wie es vorgeschrie-

Zu 12. I. Die Entscheidung entspricht einer langjährigen (vgl. schon Recht 11, 1548), gegenüber dem ständigen Sträuben der Instanzgerichte immerhin mit gewissen Schwankungen aufrechterhaltenen Rspr. des obersten Gerichts. Sie unterliegt jedoch erheblichen Bedenken. Die Überspizung des ständig verwandten Begriffs der „wirtschaftlichen Verwertung fremder Gelder“ führt dazu, daß das RG. immer mehr die Unterschlagung als Bereicherungsdelikt behandelt, während doch wohl tatsächlich der zur Unterschlagung gehörende Zueignungsakt ein doppeltes Gesicht hat, nämlich einerseits die Herstellung eines als dauernd gewollten eigenen Sachverhältnisses, andererseits aber vor allem einen Enteignungsakt enthält. Es darf also nicht verkannt werden, daß die Zueignung einen gewissenmaßen dinglichen Charakter hat, der in der Umwandlung eines zunächst bestehenden Fremdbesitzverhältnisses in ein Eigenbesitzverhältnis besteht.

Auch die vorliegende Entscheidung läßt m. E. diesen Grundgedanken unberücksichtigt. Der Beamte hatte die Nachnahmebeträge namens des Reichspostfiskus vereinnahmt, führte sie mithin nur noch als Organ der fiskalischen Kasse mit sich. Eine Zueignung könnte nur dann geschehen sein, wenn er an diesem Fremdbesitzverhältnis etwas geändert hätte. Tatsächlich hat er jedoch dieselben Geldscheine an die Reichspostkasse abgeführt, mithin in keinem Augenblick bis zur Ablieferung Eigenbesitz in Anspruch genommen, bzw. eine Enteignung der Geldscheine gegenüber der Reichskasse betätigt. Damit entfällt jedoch eine Zueignung. Die zur Stütze obiger Entscheidung angeführten Urteile in RGSt. 61, 228 ff.; 62, 173 f. (vgl. JW. 1929, 1471²²) treffen den vorliegenden Fall nicht. Sie befassen sich mit einem Gerichtsvollzieher, der für bestimmte Gläubiger vereinnahmte Beträge an andere Gläubiger abführte. Hier konnte immerhin, sofern der Täter „den wirtschaftlichen Wert des Geldes“ sich selbst zunutze machen wollte, ein Enteignungsakt darin gesehen werden, daß das in der Person der berechtigten Einziehungsgläubiger entstandene Miteigentum verlegt wurde (vgl. jedoch dagegen die Ann. Pröll: JW. 1929, 1471). Noch weniger kann wohl die in RGSt. 62, 174 angeführte Entsch. des 2. StrSen. v. 14. Okt. 1926 zur Begründung des vorliegenden Urteils mit herbeigezogen werden. Sie ergibt m. E. sogar das genaue Gegenteil; denn sie verneint unter

ben war, mit den übrigen erledigten Nachnahmekarten ab, sondern er legte sie, wie wenn der Betrag noch nicht eingezogen wäre, mit den noch nicht erledigten Karten zusammen in das für diese vorgesehene Fach des Kontrollbeamten. Von dort nahm er sie am nächsten Tage zugleich mit den neu hinzugekommenen Nachnahmekarten wieder heraus. An diesem Tage nahm er das Geld, das er auf eine andere Nachnahmekarte über annähernd 86 RM eingezogen hatte, ergänzte es mit eigenem Gelde bis auf 86 RM, und brachte es jetzt mit der Karte über die verlorenen 86 RM zur Ablieferung an den Kontrollbeamten. Die neue Nachnahmekarte über die annähernd 86 RM lieferte er wiederum unter den nichteingezogenen Karten zurück und verfuhr im übrigen in gleicher Weise, bis es ihm gelungen war, den Fehlbetrag gänzlich aus seiner Tasche zu ersetzen. Daß der Angekl. dabei niemals für die Post empfangenes Geld zurückbehalten hätte, hält das LG. nicht für erwiesen. Es verneint die Amtsunterschlagung aus der Erwägung, der Angekl. habe nicht über fremde Gelder zu seinen Gunsten verfügt, er habe sie sich nicht dadurch zugeeignet, daß er damit eine von ihm geschuldete Summe bezahlte, sondern er habe nur die Entdeckung des Fehlbetrages und dessen Geltendmachung gegen sich hinausgezögert; davon, daß der Angekl. seine Schuld mit dem immer wechselnden Gelde der Post bezahlte, könne man nicht sprechen, wenn er daneben die Schuld innerhalb von vier Monaten aus eigenen Geldern ersetzte; es liege nur ein Vertuschen der Schuld und des langsamen Abzahlens derselben vor, nicht eine Bezahlung mit fremden Mitteln.

Auch ein Vergehen gegen § 354 StGB. hält das LG. nicht für vorliegend. Da die Nachnahmekarte im Postverkehr geblieben sei und durch die einfachste Kontrolle unter den zurückgebliebenen Nachnahmekarten habe entdeckt werden können, liege nur eine dienstliche Ordnungswidrigkeit, nicht aber eine strafbare Unterdrückung vor. Diese Ausführungen tragen den Freispruch nicht.

Unterschlagung erfordert allerdings Zueignung, sie setzt also voraus, daß der Täter die fremde Sache seinem Vermögen einverleibt. Das tut er auch, wenn er wie ein Eigentümer endgültig über die Sache verfügt. Das aber liegt vor, wenn er die Deckung eines Verlustes aus dem eigenen Vermögen beabsichtigt und zu diesem Zwecke aus Mangel an zureichenden eigenen Mitteln bis zu deren Beschaffung

Billigung des 1. StrSen. das Merkmal der Zueignung, „da die für den Eisenbahnfiskus vereinnahmten 20 RM dadurch, daß die aus der richtigen in eine andere fiskalische Kasse kamen, nicht aus Eigentum und Besitz des Eisenbahnfiskus ausschließen“. Hier hat das RG. die Bejahung der Zueignung mit Recht auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Enteignungsaktes abgestellt. Der in letzterer Entscheidung behandelte Fall liegt nun aber fast genau gleich dem vorliegenden. Dort hatte ein Eisenbahnbeamter aus der von ihm geführten Fahrkartenkasse den Betrag von 20 RM in die ihm gleichfalls unterstehende Güterkasse herübergenommen, um ein dort entstandenes Manko bis zur Aufklärung zu verschleiern und sich der anderenfalls eintretenden sofortigen Erstattungspflicht zu entziehen. Verneint das RG. nun in jenem Fall die Zueignung, so bedeutet m. E. die Bejahung der Zueignung im vorliegenden Fall eine Abweichung von der Rspr. des 2. StrSen. (Plenarentscheid?).

Der 2. StrSen. des RG. hat in heutigem Gegensatz zum RG. in seiner Entsch. v. 5. Dez. 1925 (HöchstRspr. 2. Jahrg., 190 ff.) für einen ganz gleichliegenden Fall die Amtsunterschlagung verneint. Auch das RG. legt den entscheidenden Wert darauf, daß die Zahlung des Einziehungsschuldners an den Beamten bereits eine Übereignung der Geldstücke an den Fiskus darstellte, eine Unterschlagung mithin dann gar keinen Raum mehr hatte, wenn der Beamte die dem Fiskus übereigneten Scheine an diesen abliefern. Anders könnte der Fall liegen, wenn der Beamte nicht als Organ des Fiskus das Geld vereinnahmte, sondern als Votum des Einziehungsschuldners das von diesem abgeholte Geld erst der fiskalischen Kasse zu übereignen hätte. Dann könnte eine Abführung unter falschem Titel unter Umständen eine „Zueignung des wirtschaftlichen Wertes des Geldes“ darstellen. Im vorliegenden Falle jedoch handelte der Beamte durch Abführen des Geldes nicht zur Entlastung der Einziehungsschuldner, sondern zur eigenen Entlastung, nämlich zur Erfüllung seiner Ablieferungspflicht. Machte er zur Verschleierung eigener Fehlbeträge über den Betrag des Geldes falsche Angaben, so lag hierin ein Verstoß gegen seine Auskunftsspflicht, der möglicherweise der Richterfüllung einer bestehenden oder angenommenen Ersatzpflicht dienen sollte, so daß man hier vielleicht Betrug annehmen kann, falls die durch das dauernde „Verschieben“ des Geldes über den wirklichen Zustand zu täuschende Behörde von der Wahrnehmung ihrer

amtliche Gelder verwendet. Es setzt das begrifflich die Absicht voraus, die fremden Gelder wirtschaftlich für sich zu verwenden und ihren Sachwert dem eigenen Vermögen zuzuführen, das ist sich zuzueignen (vgl. RGSt. 3, 10, 12; 61, 228, 234; 62, 173, 174; RWEntsch. v. 8. Nov. 1928, 2 D 948/28). Auf das Motiv kommt es dabei nicht entscheidend an. Maßgebend ist allein, ob der Angekl. die Leistung aus seinem Vermögen machen wollte und zu diesem Zweck die fremden Gelder sich zueignete.

Die Frage, ob der Beamte einer wirklichen oder vermeintlichen Ersatzpflicht genügen wollte, hat nur tatsächliche Bedeutung als Beweiszeichen für den inneren Tatbestand, sofern darin regelmäßig ein wichtiger Beweisgrund für jenen Willen, aus eigenem Vermögen zu leisten, also sich zuzueignen, entnommen werden kann. Begriffsnotwendig ist es nicht. Auch wenn der Beamte den Fehlbetrag nur zur Vermeidung von Unannehmlichkeiten, z. B. um eine bevorstehende Beförderung nicht in Frage zu stellen, hat beglichen wollen, kann eine Unterschlagung in Frage kommen. Im vorliegenden Falle könnte daher der Angekl. auch dann, wenn eine Ersatzpflicht nicht bestand oder von ihm nicht angenommen wurde, sich dennoch einer Amtsunterschlagung schuldig gemacht haben. Das UG. wird den Sachverhalt daher nach diesen Gesichtspunkten erneut zu prüfen haben.

Der Tatbestand des § 354 StGB. ist nach den Feststellungen des Ur. gegeben. Schon dadurch, daß der Angekl. die Nachnahmekarten in das Fach der nicht eingezogenen Karten legte, verhinderte er ihre Weiterbearbeitung und entzog sie dadurch dem ordnungsmäßigen Postverkehr. Diese Entziehung setzte er am anderen Morgen dadurch fort, daß er die Karten aus diesem Fache wieder heraus und an sich nahm, obwohl er sie als erledigt hätte abliefern müssen. Er erreichte dadurch dieselbe Ausschaltung der ordnungsmäßigen Bearbeitung, wie wenn er sie die ganze Zeit über in seinem Besitz zurückgehalten hätte.

(3. Sen. v. 27. Okt. 1930; 3 D 685/30.) [U.]

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. Die Erhöhung des Geschäftsanteils im Liquidationsstadium ist nicht nur bei Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht, sondern auch bei Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht zulässig. †)

Der Senat ist auf Grund der Erwägungen i. S. 1 b X 449/30 und 1 b X 425/30 zu dem Ergebnis gelangt, daß auch bei einer in Liquidation befindlichen Genossenschaft die Geschäftsanteile erhöht werden können, wenn die Maßnahme der Vermeidung des Genossenschaftskonkurses dient; die Erhöhung darf nicht zum Zwecke des Wiederaufbaues des Unternehmens und der Erhaltung der Genossenschaft als verbender Genossenschaft, sondern lediglich zu dem Zwecke der Abwicklung und Beendigung der Genossenschaftsgeschäfte unter Vermeidung des Konkurses vorgenommen werden.

Ist danach unter bestimmten Voraussetzungen die Erhöhung der Geschäftsanteile auch einer in Liquidation befindlichen Genossenschaft allerdings gestattet, so erweist sich die Ansicht des Vorderrichters, daß sie schlechthin unstatthaft ist, als nicht zutreffend, daß es sich in den erw. früheren Entsch. um Genossenschaften mit beschränkter, im vorliegenden Falle aber um eine solche mit unbeschränkter Haftpflicht handelt, vermag die An-

Regressansprüche abgehalten werden sollte. Verurteilung wegen Unterschlagung läßt sich jedoch m. E. nicht rechtfertigen.

II. Soweit das RG. in der ordnungswidrigen Ablegung der Nachnahmekarte das Tatbestandsmerkmal der „Unterdrückung“ findet, bestehen keine Bedenken. Zur „Unterdrückung“ gehört nicht, daß die Urkunde dem Verfügungsberechtigten vorübergehend entzogen werde, wie dies beim „Beiseiteschaffen“ verlangt wird; Unterdrückung liegt allemal schon dann vor, wenn eine Postfache der ordnungsmäßigen postalischen Bearbeitung, d. h. der schnellstmöglichen Weiterleitung an ihr Ziel, entzogen wird. Das ist hier unbedenklich geschehen. Die Zweifelsfrage, ob auch Nachnahmekarten, Postanweisungen usw. als „Briefe“ i. S. des § 354 StGB. anzusehen sind, ist vom RG. in langjähriger Praxis (vgl. RGSt. I, 114; O. 61, 335) mit überzeugenden Gründen bejaht worden.

RA. Franz Themas, Berlin.

Zu 1. Vgl. RG., 1. Zivilsen., Beschl. v. 27. Nov. 1930, 1 b X 677/30; RW. 121, 246 ff. — JW. 1928, 2626 ff.

wendung der in jenen Entsch. entwickelten Grundsätze nicht zu hindern; im Gegenteil ist bei der Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht die mit einem Genossenschaftskonkurs für die einzelnen Genossen verbundene Gefahr eine noch größere und eine etwa mögliche Vermeidung des Konkurses durch Erhöhung der Geschäftsanteile erscheint in noch höherem Grade zweckmäßig. Ebenso steht es der Anwendung der bezeichneten Grundsätze nicht entgegen, daß vorliegend nach der Satzung eine Verteilung des Vermögens der Genossenschaft unter die Genossen nach Abwicklung der Geschäfte nicht stattfindet.

(RG., 1. Zivilsen., Beschl. v. 27. Nov. 1930, 1 b X 677/30.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Dr. E. S. Meyer, Berlin.

*

2. § 93c Abs. 3 GenG. Die dort festgesetzte Dreimonatsfrist beginnt mit der Erlangung der Kenntnis von der Eintragung in die Liste der übernehmenden Genossenschaft. †)

Im Jahre 1926 wurde die Verschmelzung des Vorkaufvereins S. eingetr. GenmbH. in S., dessen Mitglied der Beschw. war, mit der Genossenschaftsbank H., eingetr. GenmbH. in H., in den Registern des UG. Höchst und des UG. Hochheim eingetragen. Der Beschw. wurde Ende 1927 in der Liste der Genossen der übernehmenden Genossenschaftsbank H. vermerkt. Eine Benachrichtigung des Beschw. von dieser Eintragung gemäß § 93c Abs. 2 GenG. ist nicht erfolgt. Am 24. März 1930 wurde über das Vermögen der Genossenschaftsbank H. das Konkursverfahren eröffnet. Der Beschw. erklärte mit einem an den Vorstand und an den Konkursverwalter gerichteten Schreiben v. 9. Juli 1930, daß er gemäß § 93c GenG. seine Mitgliedschaft bei der Genossenschaftsbank H. kündige. Dieses Schreiben wurde vom Vorstände beim UG. in Hochheim mit dem Antrage eingereicht, gemäß den gesetzlichen Bestimmungen zu verfahren.

Das UG. wies diesen Antrag, den es als Antrag auf Vermerkung des Ausscheidens des Beschw. in der Liste der Genossen aufsaßte, zurück. Die Aufkündigung sei verspätet erfolgt. Denn die im § 93c Abs. 3 GenG. vorgesehene Kündigungsfrist von drei Monaten werde nicht nur durch die im Abs. 1 vorgeschriebene Benachrichtigung der Genossen von ihrer Eintragung in Lauf gesetzt, sondern durch jede auch auf andere Art hierüber erlangte Kenntnis. Der Beschw. habe, wenn die ländlichen Verhältnisse und der geringe Umfang des in Betracht kommenden Personenkreises berücksichtigt würden, sicher von der Verschmelzung und seiner Eigenschaft als Genosse der Genossenschaftsbank H. Kenntnis erlangt. Jedenfalls habe er diese Kenntnis durch die ihm spätestens am 29. oder 30. März 1930 zugegangene Nachricht von der Konkursöffnung erhalten.

Mit der Beschwerde machte der Beschw. geltend, der Lauf der Kündigungsfrist sei von dem Zugehen der gerichtlichen Benachrichtigung allein abhängig. Da diese nicht erfolgt sei, sei eine Aufkündigung noch jetzt möglich gewesen. Beschwerde und weitere Beschwerde blieben erfolglos.

Die Vorschrift des § 93c Abs. 3 GenG. gibt den Mitgliedern der aufgelösten Genossenschaft das Recht, mittels Aufkündigung ihren Austritt aus der übernehmenden Genossenschaft zu erklären. Diese Aufkündigung hat spätestens bis zum Ablaufe von 3 Monaten nach dem Tage des Zugehens der Benachrichtigung über die Eintragung in die Liste der übernehmenden Genossenschaft zu erfolgen. Der Beschw. meint, daß der Beginn des Ablaufs dieser Frist allein das formelle Zugehen der Benachrichtigung zur Voraussetzung habe. Diese Meinung würde — wenn sie richtig wäre — dazu führen, daß die dreimonatige Frist gegenüber denjenigen Genossen überhaupt nicht in Gang gesetzt wird, welche diese Benachrichtigung nicht erreicht hat, und zwar auch dann, wenn diese Genossen auf anderem Wege von ihrer Eintragung in die Liste der Genossen der übernehmenden Genossenschaft Kenntnis erlangt hätten. Sie hätten also, indem sie sich auf das Nichtzugehen der Benachrichtigung formell berufen könnten, die Möglichkeit, sich das Recht der Aufkündigung auf unbeschränkte Zeit

Zu 2. I. Der Entsch. ist zuzustimmen. Die Gleichstellung anderweit erlangter Kenntnis des Genossen von der Eintragung in die Liste der übernehmenden Genossenschaft mit der gesetzlich vorgeschriebenen gerichtlichen Benachrichtigung ist durchaus gerechtfertigt. Das ergibt sich auch schon daraus, daß auf das Recht zur Aufkündigung verzichtet werden kann. Auch die Tatsachewürdigung (ländliche Verhältnisse, Nachricht von der Konkursöffnung) ist einwandfrei.

II. Schwierig wäre aber die Rechtslage, wenn man der gegenteiligen Rechtsansicht des Beschw. folgen würde. Er erstrebt mit der Kündigung seiner Mitgliedschaft bei der übernehmenden Genossenschaft wirtschaftlich Auszahlung seines Guthabens nach dem Stande der Verschmelzung also des Jahres 1926, das er damals bei der aufgenommenen (aufgelösten) Genossenschaft gehabt hätte (§ 93c Abs. 3 Satz 7) und Befreiung von der Haftung aus § 125. Nun ist aber inzwischen der Konkurs ausgebrochen, und zwar, wie man wegen des Zeitablaufs annehmen muß, nach längst vollzogener Vereinigung des Vermögens der beiden verschmolzenen Genossenschaften, so daß die Fiktion des § 93b Abs. 3 nicht mehr Platz greift, also ein Sonderkonkurs über das Vermögen

hinaus offenzuhalten. Eine derartige Möglichkeit ließe sich aber mit dem Zwecke des § 93c Abs. 3 GenG. nicht in Einklang bringen und würde auch mit der Eigenschaft der Liste der Genossen als öffentlichen Registers nicht zu vereinbaren sein. Es muß vielmehr angenommen werden, daß die Frist zur Aufkündigung auch drei Monate nach erlangter Kenntnis des Genossen von seiner Eintragung in die Liste der übernehmenden Genossenschaft endet. Daß der Beschw. länger als drei Monate vor seiner Kündigung Kenntnis von seiner Eintragung hatte, hat das O. insbesondere deshalb angenommen, weil ihm am 29. oder 30. März 1930 die Nachricht über die Konkurseröffnung zugegangen und im übrigen auch nach allgemeiner Lebenserfahrung mit Sicherheit anzunehmen ist, daß der Beschw. bereits lange Zeit vorher von seiner bereits Ende 1927 erfolgten Eintragung in die Liste der Genossen der Genossenschaftsbank Hl. Kenntnis erlangt hat. Der Senat hat keine Bedenken, sich dieser Ansicht anzuschließen. Demzufolge stand dem Beschw. am 9. Juli 1930 ein Recht zur Aufkündigung gemäß § 93 Abs. 3 nicht mehr zu.

(RG., ZivSen. I b, Beschl. v. 13. Nov. 1930, 1 b X 722/30.)

Mitgeteilt von OGR. Dr. Nehmann, Berlin.

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

Samberg.

I. Materielles Recht.

I. Art. 4, 6, 7, 9, 12, 14, 36, 82 W.O. Blankowechsel und Wechselbegebungsvertrag. †)

Im ordentlichen Verfahren gab der Bekl., wie schon im Wechselprozeß, zu, am 15. März 1925 sein Giro auf die drei Wechsel gesetzt zu haben, die damals insofern noch Blankowechsel waren, als der Aussteller und erste Indossant H. noch nicht darauf stand, wandte aber ein, er habe dies aus reiner Gefälligkeit und nur gegen die ausdrückliche Zusicherung des Direktors F. der Geschäftsstelle der Kl. in K. getan, daß er aus den Wechseln von keiner Seite in Anspruch genommen werde. Die gleiche Zusicherung habe ihm F., Gesellschafter der Akzeptantin, gegeben.

Beide hätten dem Bekl. auch zugesagt, die Wechsel, die damals noch keinen Aussteller aufwiesen, würden von D., Schwager des F., Gesellschafter der Firma D. & Co. in K., als Aussteller unterzeichnet.

der aufgelösten Genossenschaft nicht mehr möglich ist (RG. 84, 247 für W.O.); eine Verletzung der Vorschriften des § 93b Abs. 4 mit § 90 Abs. 1, 2 ist nicht ersichtlich. Mithin würde der kündigende Genosse doch nur mit den Konkursgläubigern — auch denen aus der Zeit nach der Verschmelzung — beider Genossenschaften konkurrieren. Es ist also nicht recht ersichtlich, welchen Vorteil er sich verspricht. Aber auch wenn die Vermögensvereinigung noch nicht vollzogen sein sollte, so würde der Beschw. als einfacher Gläubiger kraft Schuldrechts schwer, wenn er allein als alter Gläubiger der aufgelösten Genossenschaft auftritt, die nachträgliche Eröffnung eines Sonderkonkurses der aufgelösten Genossenschaft zwecks vorzugsweiser Befriedigung aus ihrem Vermögen (Nagel, Anm. 4b § 9b; RG. 84, 242 f.; O. 15, 226) erreichen. Es kann hier nicht näher erörtert werden, wie sich das Recht gestalten würde (RG. 84, 248); man müßte wohl aber auch ohne Sonderkonkurs über die aufgelöste Genossenschaft ein einfaches Aussonderungsrecht gemäß § 43 K.O. annehmen.

Fraglich wäre auch, ob das privilegierte Kündigungsrecht des § 93c auch noch ausgeübt werden kann, wenn inzwischen längst der Konkurs über die übernehmende Genossenschaft, und zwar nach eingetretener Vermögensvereinigung eröffnet ist. Der Fall O.W. Dresden (GenBl. 28, 545) scheint so zu liegen, daß die Kündigung hier vor Konkurs liegt, nur die Einreichung nachher. Im obigen Falle aber kündigt der Genosse erst drei Monate nach Konkurseröffnung. Normalerweise ist die Kündigung dann nicht mehr zulässig (Ehrenberg, Handb. f. H.R. III, 2 S. 91 Anm. 1). In einem Fall wie den vorliegenden hat das Geßel offenbar nicht gedacht; es geht vielmehr davon aus, daß die Dreimonatsfrist regelmäßig noch vor Ablauf des Sperrjahrs endigt. Würde aber sofort nach der Eintragung der Verschmelzung vor Ablauf der Dreimonatsfrist Konkurs ausbrechen, so würde das Kündigungsrecht, soll das Privileg einen Sinn haben, dadurch nicht beeinträchtigt werden können, der Übertritt zur aufnehmenden Genossenschaft ist von vornherein auflösend bedingt. Hier liegt der Fall ganz anders, seine Eintragung in die Genossenschaft besteht seit 1927, erst Monate nach dem März 1930 eröffneten Konkurs will er kündigen: dieser Tatbestand verlangt, daß das außerordentliche Kündigungsrecht mit der vom RG. gegebenen Begründung zu Recht nicht gewährt wird.

Stadttrat Dr. Rieß, Berlin.

Zu 1. Der Inhaber eines mit Akzept versehenen und bis auf die Ausstellerunterschrift und das erste Indossament ausgefüllten Wechselformulars setzt sein eigenes Indossament auf diesen Blanko-

Erst aus den der Klage angehefteten Wechselabschriften habe der Bekl. ersehen, daß H. sich als Aussteller auf die Wechsel unterschrieben habe. Hätte Bekl. das geahnt, so hätte er sein Indossament nie auf die Wechsel gesetzt, denn H. sei ihm noch Geld schuldig und als zahlungsunfähig bekannt gewesen. F. und Z. hätten so lange auf den Bekl. eingerebet und ihm versichert, daß er mit der Indossamentierung der Wechsel keinerlei Verpflichtung eingelege, da die Wechsel nicht weiterbegeben würden und bei der Geschäftsstelle der Kl. in K. liegen blieben, ferner daß D., der gut sei, als Aussteller unterzeichnen werde, bis der Bekl. sein Indossament auf die Wechsel gesetzt habe.

Das O. wies die Klage ab, weil auch nach der Sachdarstellung durch F. und Z. ein Wechselbegebungsvertrag zwischen dem Bekl. und H. nicht zustande gekommen sei; ferner liege eine unbefugte Ausfüllung der Blankowechsel durch F. oder Z. vor, so daß der Bekl. auch in diesem Fall die Einrede des mangelnden Wechselbegebungsvertrages und der unbefugten Ausfüllung der Blankowechsel mit Recht gegen die schlechtgläubige Kl. geltend machen könne.

Die Berufung der Kl. hatte Erfolg.

Der Bekl. haftet, nachdem er sein Blankoindossament auf die Wechsel gesetzt und seine Haftung nicht durch den Zusatz „ohne Obligo“ ausgeschlossen hat, jedem späteren Inhaber des Wechsels für dessen Annahme und Zahlung wechselfähig (Art. 12 u. 14 W.O.).

Nach Art. 82 W.O. kann er sich solcher Einreden bedienen, die aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kl. zustehen, und zwar muß gegenüber der Klage aus dem Wechsel der Bekl. alle die Umstände beweisen, aus denen sich ergeben soll, daß die Kl., obwohl im Besitze des Wechsels, dennoch nicht befugt sein soll, ihn geltend zu machen (Staub-Stranz¹², Anm. 69 zu Art. 82, 16 zu Art. 7, 23 ff. zu Art. 36).

Der Erstrichter läßt dahingestellt, ob die Angaben des Sohnes des Bekl. oder des F. und Z. den Vorzug verdienen und meint, daß auch nach der Darstellung dieser beiden Zeugen die Einrede des mangelnden Begebungsvertrages und der unbefugten Ausfüllung der Blankowechsel bewiesen sei.

Hierbei ist der Natur des Blankowechsels und der Beweispflicht des Bekl. nicht genügend Rechnung getragen.

Wenn der Bekl. auf die von F. mitgebrachten, von ihm bereits mit dem Indossament der Kl. versehenen Blankowechsel, denen noch die Unterschrift des Ausstellers und ersten Indossanten fehlte, sein Blankoindossament vor das der Kl. setzte und die Wechsel dann an F. oder Z. zurückgab, so mußten diese ihrerseits sich noch nach jemand umsehen, der die Wechsel als Aussteller und erster Indossant unter-

wechsel. Er bittet einen Dritten, ebenfalls als Indossant zu zeichnen, aber nicht nach, sondern vor dem bereits vorhandenen Giro. Der Dritte hat mit dem Wechsel bisher nicht das geringste zu tun, er war und ist weder Eigentümer noch Besitzer noch Inhaber und soll es auch nicht werden. Man will nur seine Unterschrift als zusätzliche Garantie für künftige Wechselnehmer. (Hier dürfte die Veranlassung noch eine andere gewesen sein: der Direktor der Geschäftsstelle einer Bank soll nur Wechsel diskontieren oder zum Pfande nehmen, die mit drei guten Unterschriften versehen sind. Die dritte Unterschrift fehlte hier. Deshalb hat sich der Direktor, schon um sich gegenüber seinen Vorgesetzten zu decken, persönlich um die dritte Unterschrift bemüht!) Die dafür vorgesehene Rechtsform des Avals ist unbeliebt. Man bedient sich daher lieber des Blankoindossaments, dem somit nur noch die sog. Garantiefunktion verbleibt. Da aber der Dritte für die Leistung seiner Unterschrift keinen Gegenwert erhält, wird er nur dann sein Indossament geben, wenn der Annehmer und der vor-ausschlägliche, bis jetzt wechselfähig noch gar nicht vorhandene Aussteller zahlungsfähig sind und ihm unbedingte Sicherheit für den Fall des Rückgriffs bieten. Er kann sich aber auch mit einer Zusicherung zufrieden geben, daß er aus seiner Unterschrift niemals in Anspruch genommen, d. h. von seiner Verbindlichkeit freigestellt werden wird, sobald ein späterer Wechselnehmer Rückgriff zu nehmen beabsichtigt (Gefälligkeitsindossament).

Die Rechtsnatur des geschilderten Vorgangs läßt sich nur dahin deuten: Der Gefälligkeitsindossant schließt mit dem Wechselinhaber einen Vertrag, wonach er nach außen die Rolle des Indossanten übernimmt, im Innenverhältnis aber wirtschaftlich aus einer etwaigen Inanspruchnahme keinen Schaden haben soll. Von einem Begebungsvertrag kann hier ebensowenig die Rede sein, wie wenn es sich um die Abgabe eines Avals handelte, da keinerlei Begebung stattfindet.

Wenn der Gefälligkeitsindossant des mittlerweile vervollständigten Wechsels (Art. 7 W.O.) von demjenigen später in Anspruch genommen wird, mit dem er diesen Vertrag geschlossen hat, so kann er ihm nach Art. 82 W.O. die der Natur des Gefälligkeitsindossaments entsprechenden Einreden „des vertragswidrig ausgefüllten Wechsels oder einer positiven Vertragsverletzung“ entgegensetzen. Hierfür trägt er die Beweislast. Insofern ist dem Urteil durchaus zuzustimmen. Immerhin scheint es mir zweifelhaft, ob das O.G. bei der Beweiswürdigung den oben angedeuteten wirtschaftlichen Umständen hinreichend Rechnung getragen, und nicht doch das O.G. im Ergebnis richtig entschieden hat.

OGR. PrivDoz. Dr. Ernst E. Hirsch, Frankfurt a. M.

schrieb, damit überhaupt die wesentlichen Erfordernisse eines gezogenen Wechsels an eigene Order mit einer geschlossenen Kette von Indossamenten vorlagen (Art. 4, 6, 9 ff. W.D.).

Zu irgendeinem weiteren Begebungsvertrag zwischen dem Bekl. und dem Aussteller konnte es gar nicht mehr kommen.

Was beim Indossament neben dessen Niederschrift als solcher — dem sog. Skripturakt — noch an Begebungsvertrag verlangt wird (vgl. LZ. 1927, 1066; JW. 1927, 2419¹⁰ u. 2998¹²), kann sich in Fällen wie hier bei Blankowechseln nur zwischen dem Bekl. und seinem Nachmann abgespielt haben. Daher läuft die ganze Fragestellung darauf hinaus, ob F. oder J. der Vereinbarung mit dem Bekl. zuwidergehandelt haben, wenn die Wechsel später von S. als Ausstellerin und erster Indossantin gezeichnet wurden.

Im angefochtenen Urteil kommt auch die Wendung vor, F. und J. hätten die Wechselblankette nur dann mit dem Namen des S. ausfüllen dürfen, wenn sie die Genehmigung des Bekl. vorher erholt hätten. Dies erweckt die Vorstellung, als wenn F. oder J. und nicht S. selbst diesen Namen niedergeschrieben habe. Das wäre ein Irrtum. Darüber, daß S. selbst diese Unterschrift leistete, ist kein Streit. Die Frage ist nur die, ob F. dadurch, daß er dies herbeiführte oder geschahen ließ, einer Vereinbarung mit dem Bekl. derart zuwiderhandelte, daß der Bekl. der Kl. die Einrede des vertragswidrig ausgefüllten Wechsels oder einer positiven Vertragsverletzung (vgl. HöchstRpPr. 1929 Nr. 4) entgegensetzen kann.

Den ihm hierfür obliegenden Beweis hat der Bekl. weder im ersten noch im zweiten Rechtszug erbracht.

(OLG. Bamberg, 2. ZivSen., Ur. v. 8. Jan. 1929, L 278/26 II.)

Mitgeteilt von OLG. Adolf Günzler, Bamberg.

*

Breslau.

2. § 172 HGB. Die Eintragung einer Sicherungshypothek zur Sicherung der Abfindungsforderung eines ausgetretenen Kommanditisten ist nicht als Rückzahlung i. S. von § 172 anzusehen. †)

Die zugunsten des verstorbenen Ehemannes der Bekl., des aus der Gesellschaft S. & Co. ausgeschiedenen Kommanditisten, auf dem Grundbesitz der Gesellschaft eingetragene Höchstbetragshypothek zur Sicherung der Abfindungsforderung ist nicht, wie das LG. unter Berufung auf Staub, HGB., § 172 Anm. 5 annimmt, als Rückzahlung der Einlage des Kommanditisten anzusehen, sondern stellt eben nur eine Sicherung des Anspruchs auf Abfindung durch die Gesellschaft dar. Da die bloße Sicherstellung der Abfindung noch nicht den Charakter einer Auszahlung des Anspruchs trägt, so kann auch allein durch die Tatsache der Eintragung der Sicherungshypothek die persönliche Haftung des Kommanditisten nicht wieder auflösen. Der Ansicht Staub's könnte beigetreten werden, wenn es sich um eine Verkehrshypothek handelte, durch die tatsächlich ein Bestandteil des Gesellschaftsvermögens dem Kommanditisten zugewendet wird. Der Klageantrag auf Zahlung, der unstreitig allein gestellt ist, war daher von Anfang an unbegründet, und es kam auf den Verzicht der Bekl. auf die Sicherungshypothek mit Lösungsbewilligung nicht mehr an.

(OLG. Breslau, 8. ZivSen., Beschl. v. 7. Nov. 1930, 8 W 2050/30.)

*

Darmstadt.

3. § 271 HGB. Befristete Kapitalerhöhungsbeschlüsse einer Aktiengesellschaft sind zulässig. Übergang von der Anfechtungs- zur Nichtigkeitsklage ist unzulässig, mindestens aber eine Klageänderung.

Der Kl. hat als Aktionär der Bekl. den Beschluß der GenVers. der Bekl. v. 28. Okt. 1929 über die Erhöhung des Aktienkapitals, als gegen das Gesetz und die Satzung verstößend, mit Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage bekämpft, da der Beschluß unheilbar nichtig, jedenfalls anfechtbar sei. Die GenVers. habe die Durchführung der Kapitalerhöhung, d. h. die Festsetzung der Bedingungen für die Begebung der jungen Aktien dem Vorstand und Aufsichtsrat dergestalt übertragen, daß die beschlossene Erhöhung bis spätestens 31. Dez. 1931 durchgeführt sein muß, andernfalls dieselbe als gescheitert zu betrachten ist.

Zu 2. Das erste Urteil, das die Bestellung einer Sicherungshypothek für die Abfindungsforderung eines Kommanditisten der Rückzahlung i. S. des § 172 HGB. gleichstellt, stützt sich auf eine Bemerkung bei Staub, Anm. 5 zu § 172. Zuzugeben ist, daß deren Wortlaut keinen Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Hypotheken macht; aus dem Zusammenhang aber, insbes. aus den Worten „Zuwendungen, die den Erfolg haben, die im Gesellschaftsvermögen steckende Einlage (des Kommanditisten) unter den versprochenen Betrag zu mindern“, geht deutlich hervor, daß die Hingabe einer Sicherungshypothek, die kraft ihrer streng akzessorischen Natur nicht für den Verkehr bestimmt ist, also als solche nur ein Sicherungsmittel, nicht aber einen Vermögenswert darstellt, nicht als Erfüllung anzusehen ist. Es ist daher der Entsch. des OLG. beizutreten.

RM. Dr. A. Pinner, Berlin.

Diese lange Frist von zwei Jahren und zwei Monaten sei unzulässig, da dadurch dem Vorstand und Aufsichtsrat die Möglichkeit eröffnet werde, mit der Emmission zu spekulieren, was sittenwidrig und ein Verstoß gegen das Wesen der AktG. und daher unheilbar nichtig sei.

Neben der in der Klageschrift auf Grund des § 271 HGB. erhobenen Anfechtungsklage wurde in einem später zugestellten Schriftsatz v. 9. Dez. 1929 auch die Nichtigkeitsklage erhoben, und primär aus der letzteren der Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit vorsorglich auch der ursprüngliche Klageantrag, nun in zweiter Linie, insofern der Anfechtung den Beschluß für unwirksam zu erklären, gestellt.

LG. und OLG. haben die Klage abgewiesen.

Nach der bestehenden RspPr. können Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen miteinander verbunden, d. h. gleichzeitig erhoben werden, nicht aber kann bei der verschiedenen prozessrechtlichen Gestaltung beider Klagen von einer zu der anderen im Laufe des Rechtsstreites übergegangen werden (s. RG. v. 16. Dez. 1912: RWarn. 1913 Nr. 161; RW. v. 5. Febr. 1929: JW. 1929, 1367⁶ und die dortige Kritik von Fischer, Leipzig). Die Literatur geht teilweise weiter und will auch einen Übergang von einer zur anderen Klage zulassen (s. u. a. Staub-Pinner, § 273 Anm. 20 c und Brodmann, Aktienrecht, § 273 Anm. 1). Im vorliegenden Falle ist die Klage in der ersten Klageschrift v. 25. Nov. 1929 ausdrücklich als Anfechtungsklage nach § 271 HGB. erhoben und mit ihr ist beantragt worden: „infolge der Anfechtung“ den Beschluß v. 28. Okt. 1929 für nichtig zu erklären.

Erst nach Zustellung — also nach Erhebung (§ 253 ZPO.) dieser Anfechtungsklage — ist in dem Klagenantrag v. 9. Dez. 1929 auch die Nichtigkeitsklage angestrengt worden, und zwar nunmehr an erster Stelle, während die Anfechtungsklage nur noch vorsorglich, an zweiter Stelle aufrechterhalten wurde. Die Nichtigkeitsklage ist somit nach § 281 ZPO. erst später rechtshängig geworden als die Anfechtungsklage. Nach der zitierten RspPr. ist somit der hier geschehene Übergang zur Nichtigkeitsklage unzulässig, so daß auch die Nichtigkeitsklage ohne weiteres abzuweisen ist.

Selbst wenn man aber mit der Literatur den Übergang zulassen wollte, so ist doch in demselben eine Klageänderung zu finden, wie der Kl. gar nicht bestrittet. Dieser Klageänderung hat sich die Bekl. aber schon in erster Instanz widersetzt; sie hat ihr ausdrücklich widersprochen. Eine Zulassung dieser Klageänderung durch das Gericht, etwa weil sachdienlich, ist auf Grund des § 264 ZPO. in erster Instanz nicht erfolgt. Vielmehr hat der erste Richter die Frage, ob die Nichtigkeitsklage neben der Anfechtungsklage zulässig sei, ausdrücklich unerörtert gelassen (s. am Schluß der Urteilsgründe). Da die Bekl. der Klageänderung widersprochen hatte, so hätte das Gericht zunächst über ihre Zulassung gem. § 270 ZPO. „entscheiden“ müssen. Eine Offenlassung dieser Frage ist unzulässig (Stein-Jonas, ZPO., § 268 Anm. VII). Man kann auch nicht annehmen, daß eine stillschweigende „Zulassung“ durch das sachliche Eingehen auf die Nichtigkeitsklagen durch die erste Instanz erfolgt sei. Denn es fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, daß die erste Instanz überhaupt eine Klageänderung unterstellt hat (s. a. a. O. § 267 Anm. II 2 bei Ziff. 9; § 270 Ziff. 7, 8, 9). Die erste Instanz hat diese ganze Frage überhaupt nicht in den Kreis ihrer Erwägungen gezogen. Eine Zulassung der Klageänderung in zweiter Instanz, als etwa sachdienlich, ist ohne Einwilligung der Bekl. nach §§ 527, 529 Abs. 4 ZPO. ausgeschlossen. Diese Einwilligung fehlt, so daß vom BG. unerörtert zu bleiben hat, ob die Klageänderung sachdienlich ist.

III. In sachlicher Hinsicht — falls man annehmen wollte, daß die Klageänderung in erster Instanz zugelassen worden sei, oder daß die primäre Anfechtungsklage wegen erfolgten Protokollwiderspruchs nicht hinfällig wäre — schließt sich das BG. zu aller Vorsorge auch hier dem Urteil der ersten Instanz, insbes. ihren Rechtsausführungen und ihrer Erwägung der wirtschaftlichen Zeitumstände, nach allen Richtungen an. Ergänzend sei noch hinzugefügt, daß keinerlei Verstoß gegen das Wesen der Aktiengesellschaft als solcher in der Fristbemessung zu finden ist. Wie der amtliche Entwurf der Aktienrechtsnovellen in § 171 und in seiner Begründung hierzu S. 120 dardat, soll in Zukunft dem Vorstand unbefristet die Ermächtigung erteilt werden, neue Aktien über das Grundkapital hinaus auszugeben (sog. genehmigtes Kapital). Der AktG. soll auf diese Weise die Möglichkeit eröffnet werden, jede sich bietende Gelegenheit zur Kapitalbeschaffung rasch und sicher auszunutzen. Der Entwurf beruht auf eingehenden Vorschlägen und Beratungen der maßgebenden Wirtschaftskreise. Wenn diese aber heute bereits unbefristete Ermächtigungen des Vorstandes für wünschenswert halten, kann unmöglich davon gesprochen werden, daß auch bei dem jetzt noch geltenden Rechte eine Befristung, wie hier geschehen, auf zwei Jahre zwei Monate als grundsätzlich gegen das Wesen der AktG. verstößend und darum

als nichtig oder anfechtbar angesehen werden müßte. Das widerspricht ja der allgemeinen Meinung der in Betracht kommenden Wirtschaftskreise.

Schließlich sei noch auf die Behauptung des Kl. eingegangen, die Ermächtigung des Vorstandes sei auf Grund des § 181 BGB. nichtig, weil sie ein „Rechtsgeschäft“ enthalte, welches der die AktG. vertretende Vorstand mit sich selbst vorgenommen habe. Es genügt hierfür auf RG. 81, 37¹⁾ (38) auf Brodmann § 252 Anm. 5c letzter Absatz und Staub zu §§ 252, Anm. 25, 270 Anm. 11 b hinzuweisen, an welchen Stellen diese Behauptung des Kl. rechtlich widerlegt wird. Die Erteilung einer Vollmacht an den Vorstand ist nicht ein „Rechtsgeschäft“, welches die Gesellschaft mit ihnen abschließt. Außerdem würde durch diese vom Kl. so begründete Nichtigkeit nicht der Inhalt des Beschlusses, sondern nur die Art seines Zustandekommens betroffen. Das letztere genügt aber keineswegs zur Begründung der Nichtigkeit des Beschlusses (s. u. a. RG. 115, 378²⁾, 383).

(OLG. Darmstadt, 2. Zivilsen., Urf. v. 11. Dez. 1930, 2 U 117/30.)

*

Stettin.

4. Hat der Geschäftsführer einer GmbH. nach Beendigung seines Anstellungsverhältnisses Anspruch auf Vergütung für nicht genommenen Urlaub?

Der Bekl. war von März 1927 bis zum 15. Okt. 1928 als technischer Geschäftsführer eines Eisenwerkes, einer GmbH., tätig. Außer ihm hatte das Werk noch einen zweiten Geschäftsführer für die kaufmännische Leitung. Der Bekl. bezog vertraglich i. J. 1927 ein Gehalt von monatlich 800 RM., i. J. 1928 ein solches von monatlich 1000 RM. Außerdem hatte er einen Anspruch auf Auszahlung von Tantième.

Unstreitig hat der Bekl. in der Zeit, in der er bei dem Werke angestellt war, über sein Gehalt hinaus einen Betrag von 1550 RM. sich auszahlen lassen. Die Kl. behauptet, daß der Bekl. außerdem weitere 82 RM. von dem Werk erhalten habe und daß ihr die Forderung auf Rückzahlung beider Beträge abgetreten worden sei. Sie hat daher auf Zahlung von 1632 RM. nebst Zinsen geklagt.

Der Bekl. hat mit einer ihm gegen das Werk zustehenden Forderung von 1800 RM. aufgerechnet, die er damit begründet, daß er während seiner Tätigkeit bei dem Werke infolge des starken Geschäftsganges der Firma notgedrungen auf den ihm in jedem Jahre zustehenden Urlaub von einem Monat verzichtet und infolgedessen einen Entschädigungsanspruch in Höhe von zwei Monatsgehältern gegen seine frühere Arbeitgeberin erworben habe. Er beruft sich darauf, daß diese Art Urlaubsentschädigung allgemein üblich und im besonderen bei dem Werk stets gewährt worden sei. Er stützt schließlich seinen Gegenanspruch auch darauf, daß das Werk infolge seines Urlaubsverzichts die sonst notwendige vorübergehende Einstellung einer anderen Arbeitskraft erspart habe, daß es also auf seine Kosten ungerechtfertigt bereichert sei.

Das OLG. hat die Klage abgewiesen. Es hat die Gegenforderung für begründet angesehen, da auch ein Angestellter in leitender Stellung ohne weiteres einen Anspruch auf Vergütung für nicht genommenen Urlaub habe.

Die Berufung der Kl. ist begründet.

Die Entstehung des bestrittenen Teils der Klageforderung und ihre Abtretung sieht der Senat für erwiesen an. Dagegen hat er das Bestehen der von dem Bekl. behaupteten Gegenforderung verneint.

Gegen den Bekl. spricht zunächst die Auskunft der Industrie- und Handelskammer in Stettin, nach der sich eine allgemeine Übung dahin, daß Geschäftsführer und leitende Angestellte bei Urlaubsverzicht einen Anspruch auf besonderes Gehalt für einen ihrem vertraglichen Urlaub entsprechenden Zeitraum haben, nicht feststellen läßt.

1) JW. 1913, 210.

2) JW. 1927, 1348.

Zu 4. Das Urteil ist bedenklich. Im Grunde genommen bedeutet es eine Umkehr von den durch das NArbG. herausgearbeiteten Grundsätzen zum Urlaubsrecht. Richtig ist, daß das NArbG. wie auch die arbeitsrechtliche Literatur sich zunächst nur mit dem Urlaubsanspruch der Arbeitnehmer i. S. des modernen Arbeitsrechts befaßt haben, und daß die Geschäftsführer einer GmbH. diesen nicht ohne weiteres gleichzusetzen sind (vgl. auch Ripperdey bei Staubinger, Bd. II, Bem. I 77 zu § 611 S. 753). Aber das NArbG. hat in ständiger Rspr. den Urlaubsbegriff dahin ausgelegt, daß der Urlaubsanspruch zweierlei umfaßt: den Anspruch auf Gewährung freier Zeit und den hier von unabhängigen Anspruch auf Zahlung des Lohnes für die freie Zeit (vgl. besonders NArbG.: BenschSamml. 7 Nr. 124 [NArbG.] S. 549). Ist die Freistellung von der Arbeit nicht mehr möglich, so bleibt der Entgeltanspruch bestehen. Von diesem Urlaubsbegriff geht das NArbG. bei seinen Entsch. immer wieder aus, räumt dann aber ein, daß sich aus den jeweiligen Tarifbestimmungen natürlich ein entgegenstehender Wille der Tarifparteien ergeben kann. Mangelnder klarer abweichender Regelung im

Durch die Zeugenvernehmung ist nicht der Beweis erbracht worden, daß bei dem Werke die Gewährung einer besonderen Vergütung für nicht genommenen Urlaub bei den Geschäftsführern üblich war.

Der Bekl. vertritt demgegenüber gleichwohl den Standpunkt, daß ihm als früheren leitenden Angestellten nach den insbes. durch die Rspr. des NArbG. entwickelten Rechtsgrundsätzen ein Gehaltsanspruch an Stelle des nicht erhaltenen Urlaubs zustehe. Diese Auffassung kann jedoch von dem Senat nicht als richtig anerkannt werden.

Das NArbG. hat allerdings in ständiger Rspr. den Grundsatz ausgesprochen, daß der regelmäßig in den maßgebenden Tarifvertr. noch besonders hervorgehobene Anspruch des Arbeitnehmers auf Urlaub und der Anspruch auf Zahlung des Lohnes für die Urlaubszeit zwei selbständige Ansprüche bilden, die kumulativ nebeneinander bestehen, und hieraus gefolgert, daß der Lohnzahlungsanspruch für die Urlaubszeit vom Recht des Arbeitnehmers auf Urlaub nicht abhängig sei. Infolgedessen stehe, wenn im Einzelfalle die Gewährung der freien Zeit (Urlaub) unter Weiterzahlen des Lohnes infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr möglich sei, dem Lohnanspruch für die Urlaubstage kein Hindernis entgegen (vgl. NArbG.: BenschSamml. 5, 43/44, 387 ff., 388/89 und 523 ff.; NArbG. 3, 306 ff., insbes. S. 312). Dieser Anspruch des Arbeitnehmers bildet demnach eine Ausnahme von dem sonst für Arbeitnehmer (Arbeiter) und Angestellte in einfacher Stellung geltenden Satz, daß sie grundsätzlich nur für die Zeit, während der sie Arbeit leisten, einen Anspruch auf Lohn haben.

Wenn man nun diese aus dem regelmäßig tariflich verbrieften Recht der Arbeitnehmer abzuleitenden Grundsätze auch auf das Verhältnis des Bekl. zu dem Werk anwenden würde, was nach dem noch auszuführenden nicht angängig ist, so würde selbst nach diesen Grundsätzen der Bekl. jedenfalls für das Jahr 1927 keinen Gehaltsanspruch als Ersatz für den nicht genommenen Urlaub haben; denn Voraussetzung des vom NArbG. dem Arbeitnehmer zugebilligten Lohnanspruchs für nicht genommenen Urlaub ist, wie die angeführten Entsch. erkennen lassen, daß das betreffende Arbeitnehmer-Verhältnis nicht weiter fortgesetzt, sondern durch Kündigung oder aus sonstigen Gründen vorzeitig aufgehoben ist. Im vorliegenden Fall steht jedoch fest, daß der Bekl. über das Jahr 1927 und auch über den 1. April 1928 hinaus bis zum 15. Okt. 1928 als Geschäftsführer des Werkes tätig war.

Es kann weiter unerörtert bleiben, ob etwa, wie die Kl. meint, der Gehaltsanspruch des Bekl. für das Jahr 1928 schon deswegen erledigt ist, weil er bis zum 15. Okt. 1928 sein Gehalt bezogen, aber keinen Dienst mehr getan hat, nachdem ihm die Kl. mit Schreiben v. 4. Okt. 1928 mitgeteilt hatte, er könne sich vom 5. bis zum 15. Okt. 1928 als beurlaubt betrachten. Es kann deshalb auch dahingestellt bleiben, ob dieser Brief, dessen Empfang der Bekl. bestrittet, ihn erreicht hat.

Nach der Überzeugung des Senats können nämlich die von dem NArbG. oben erörterten Grundsätze nicht auf das Angestelltenverhältnis des Bekl. Anwendung finden. Die Ansicht von Oppermann (vgl. Bem. in JW. 1930, 450³⁾), der Satz, daß bei eingetretener Unmöglichkeit der Urlaubsgewährung eine Entschädigung in Höhe des der Urlaubszeit entsprechenden Lohnes zu zahlen sei, gelte wohl nicht nur auf Grund des in dem banalen entschiedenen Falle maßgebenden Tarifs, sondern allgemein in jedem Falle, wo ein Urlaubsanspruch bestche, hält der Senat jedenfalls in seiner Allgemeinheit nicht für zutreffend. Eine derartige allgemeine Ausdehnung der vom NArbG. aufgestellten Grundsätze läßt sich auch nicht durch den Hinweis auf das maßgebende Schrifttum schaffertigen. Gerade Huedeker-Nipperdey, auf die sich Oppermann beruft, betonen in ihrem Lehrbuch des Arbeitsrechts die großen Unterschiede zwischen den einfachen Arbeitern und Angestellten und sogenannten leitenden Angestellten. Sie vertreten in dieser Beziehung sogar den Standpunkt,

Tarifvertr. soll es jedoch bei der dem Urlaubsbegriff entsprechenden Regel sein Bewenden haben (vgl. neben den in den Gründen angeführten Entsch. auch NArbG.: BenschSamml. 6 Nr. 90, 95; 7 Nr. 124; 8 Nr. 78, 79, 80 und 10 Nr. 36).

Es ist also nicht etwa so, wie offenbar das vorstehende Urteil meint, daß das NArbG. jeweils aus den besonderen tariflichen Bestimmungen den Doppelanspruch des Urlaubs für den konkreten Fall nachweist, vielmehr verlangt das NArbG. besondere Bestimmungen, die dartun, daß nach dem im Einzelfall maßgebenden Tarifvertr. der Urlaubsanspruch ein einheitlicher sein soll und eine Zerteilung in dem dargelegten Sinne nicht verträglich. Erkennt man also die Rspr. des NArbG. zum Urlaubsbegriff an, so muß man den Begriff auch auf außertariflichen Gebieten verwenden. Es geht nicht an, einen allgemeinen Begriff nur auf ein Tarifgebiet zu verwenden, um daraus schwerwiegende Folgerungen für die Auslegung von Tarifvertr. zu ziehen, ihn aber auf anderen Gebieten einfach beiseite zu schieben.

Danach hätte das OLG. nicht prüfen dürfen, ob zwischen den Parteien eine besondere Vereinbarung dahin getroffen sei, daß mangels tatsächlicher Urlaubsgewährung ein zusätzlicher Lohn gezahlt werden solle, vielmehr hätte es prüfen müssen, ob diese der Regel und dem

daß Vorstandsmitglieder von juristischen Personen überhaupt nicht zu den Arbeitnehmern, sondern zu den Arbeitgebern zu rechnen sind, also auch nicht zu den leitenden Angestellten gehören (vgl. Hueck-Ripperdey a. a. O., 1928, § 12 S. 60—62). Die weiteren Ausführungen von Hueck-Ripperdey über die Urlaubentschädigung durch entsprechende Lohnzahlung (vgl. a. a. O. § 47 S. 234 ff.) können demnach für den Anspruch des Bekl. als damaligen Geschäftsführers des Werkes nicht verwertet werden.

Während das *NRbG.* in den erwähnten Urteilen über tarifvertraglich geregelte Ansprüche von Arbeitern und einfachen Angestellten zu entscheiden hatte, handelt es sich hier um die Frage, welche Ansprüche der Bekl. als leitender Direktor und Geschäftsführer (geschäftlicher Vertreter) des Werkes auf Grund seines Anstellungsvertrags diesem gegenüber erheben kann. Wie der mit Schreiben der *R.* v. 21. März 1927 bestätigte Vertrag mit dem Bekl. ergibt, stand dem Bekl. entsprechend der ihm übertragenen Stellung ein festes dauerndes Gehalt zu; außerdem wurde er mit 5% am Reingewinn beteiligt. Von einem Urlaub ist in dem Vertrage nichts erwähnt. Er enthält auch nicht die Zusage an den Bekl., daß er neben dem Anspruch auf Urlaub noch einen solchen auf Entschädigung in Geld für etwa nichtgenommenen Urlaub habe. Der von dem *NRbG.* auf Grund des Inhalts der Tarifverträge für das Verhältnis zwischen einfachen Angestellten und Arbeitern zu ihren Arbeitgebern aufgestellte oben erörterte Grundsatz kann demnach schon infolge des abweichenden Vertragsinhalts auf das Verhältnis des Bekl. zum Werk keine Anwendung finden.

Vor allem aber handelt es sich bei dem Bekl. nicht um einen Arbeiter oder Angestellten, sondern um den Geschäftsführer einer *GmbH.*, dessen aus dem Dienstvertrag entspringenden Rechte und Pflichten eine andere Beurteilung verlangen als die der Arbeiter und einfachen Angestellten. Die *R.* hat zutreffend darauf hingewiesen, daß die für die Arbeiter und Angestellten nach dem *BetrVG.* geltenden Schutzbestimmungen nach § 12 Abs. 2 dieses Gesetzes auf die sog. leitenden Angestellten und insbes. die Vorstandsmitglieder und geschäftlichen Vertreter von juristischen Personen keine Anwendung finden. Ferner unterliegt der Anspruch gegen den Bekl. als früheren Geschäftsführer der *GmbH.* nicht dem besonderen arbeitsgerichtlichen Verfahren (§ 5 *ArbGG.*), sondern ist in dem ordentlichen Gerichtsverfahren geltend zu machen. Der gesetzgeberische Grund für die Ausnahmebestimmung der leitenden Angestellten und Vertreter von juristischen Personen liegt daran, daß sie kraft ihrer Stellung dem Arbeitgeber näherstehen als den Arbeitnehmern, obwohl sie selbst solche sind, und daß sie mehr den Interessen des Arbeitgebers zu dienen haben (vgl. Mannsfeld, *BetrVG.*, 1930, § 12 Anm. 3 S. 96). Dieser Gesichtspunkt spricht gegen eine Gleichstellung des Bekl. mit einfachen Angestellten und Arbeitern in der Urlaubentschädigungsfrage, sofern nicht eine solche Gleichstellung durch die Vertragsbestimmungen festgelegt ist.

Als leitender technischer Direktor und Geschäftsführer des Werkes hatte der Bekl. eine besondere Verantwortung. Andererseits waren ihm durch die Gewährung eines verhältnismäßig hohen Gehalts und Anspruchs auf Lantime auch besondere Rechte eingeräumt worden. Von einem besonderen Urlaubsanspruch brauchte in dem Vertrage nichts gesagt zu werden, da die Gewährung eines Urlaubs

Urlaubsbegriff entsprechende Folge nach der Parteiabrede ausgeschlossen sein sollte. Das läßt sich aber mit den in dem Urteil gegebenen Gründen nicht belegen. Insbes. ist nicht ersichtlich, weshalb die Form des Gehaltsbezugs ein besonderes Argument für die im Urteil vertretene Auffassung sein soll. Auch die Angestellten des Arbeitsrechts beziehen monatliches Gehalt, trotzdem kann es keinem Zweifel unterliegen, daß ihnen nach der *Rspr.* des *NRbG.* eine Urlaubentschädigung für nichtgewährten Urlaub zu zahlen ist.

Nicht stichhaltig ist endlich der zu Anfang der Entsch. angeführte Grund, wonach dem *R.* wenigstens für das Jahr 1927 kein Entschädigungsanspruch mehr zustehen soll, weil nach Ablauf dieses Jahres i. J. 1928 die tatsächliche Urlaubsgewährung noch möglich war. Darauf kommt es nicht an. Denn selbst wenn man den Urlaubsanspruch nicht auf das Jahr, in dem er erworben wird, beschränkt ansieht und an sich eine Übernahme des Freistellungsanspruchs in das nächste Jahr (hier: 1928) für möglich hält (vgl. dazu *ArbG.* Leipzig: *Wensh-Samml.* 7 Nr. 9), was ohne besondere Vereinbarung zweifelhaft erscheint, so wird doch die tatsächliche Gewährung der Freizeit mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses endgültig unmöglich, wenn bis dahin der Urlaub noch nicht genommen ist. Deshalb ist im vorliegenden Fall die Erfüllung des Anspruchs auf Freistellung von der Arbeit wenigstens mit der Beendigung des Dienstverhältnisses i. J. 1928 unmöglich geworden. Es kann dann allenfalls fraglich sein, ob nicht der *R.*, der ein Jahr lang seinen Anspruch nicht geltend gemacht hat, diesen durch sein langes Zuwarten vertritt oder darauf verzichtet hat. Das hat aber das *OLG.* nicht geprüft, vielmehr allein darauf abgestellt, daß an sich nach Ablauf d. J. 1927 die tatsächliche Freistellung i. J. 1928 noch möglich gewesen wäre. Das erscheint nach dem Gesagten nicht angängig, wenn man die *Rspr.* des *NRbG.* als richtig anerkennt.

Prof. Dr. Ripperdey, Köln.

als üblicher Vertragsinhalt schon als stillschweigend ausbedungen und zugestimmt galt. Ebensovienig brauchte über das Fortlaufen des Gehalts in der Urlaubszeit etwas vereinbart zu werden, da auch hier der übliche Vertragsinhalt den Gehaltsanspruch während des angemessenen Urlaubs für den Bekl. als Gehaltsempfänger fortlaufen ließ. Dieser Gehaltsanspruch bildet aber, wie er schon abweichend von den *ArbVertr.* nicht ausdrücklich vereinbart ist, keinen zusätzlichen Sonderanspruch wie der Anspruch des Lohnempfängers auf Lohn trotz nichtgleicher Arbeit in der Urlaubszeit, sondern ist ein Ausfluß der nicht nach Arbeitsstunden oder Arbeitstagen bemessenen Vergütung, die der Gehaltsempfänger dafür erhält, daß er sich und seine Fähigkeiten in den Dienst des Dienstherrn stellt. Er tritt also nicht kumulativ wie der besonders vereinbarte Lohnanspruch des Lohnempfängers neben den Urlaubsanspruch, sondern der Urlaubsanspruch tritt allein neben den Gehaltsanspruch, der dem Gehaltsempfänger für den betreffenden Zeitabschnitt infolge Fortdauer seines Dienstverhältnisses, aber nicht infolge Zusage einer besonderen Vergütung für nichtgeleistete Dienste zusteht. Daraus ergibt sich, daß der Urlaubsanspruch zeitlich und inhaltlich an den Gehaltsanspruch gebunden ist. Ist das Dienstverhältnis beendet, kann nicht mehr ein Urlaub beansprucht werden, und ebensovienig kann noch für nichtgenommenen Urlaub ein Gehalt verlangt werden, das den Fortbestand des Dienstverhältnisses zur Voraussetzung hat. Daher stellt dem von dem Bekl. behaupteten Gehaltsanspruch für nichtgenommenen Urlaub die Rechtsgrundlage.

Entschloß sich der Bekl. mit Rücksicht auf die schwierige Geschäftslage des Werkes, auf seinen Urlaub zu verzichten, und wollte er dafür neben seinem Gehalt eine besondere Vergütung erhalten, so hätte er diese Rechtsgrundlage durch Vereinbarung einer besonderen Vergütung schaffen müssen. Ohne eine solche vertragliche Regelung hatte er kein Recht, den der üblichen Urlaubsdauer entsprechenden Gehaltsbetrag der Geschäftskasse zu entnehmen. Daß er nicht eigenmächtig diesen Betrag vereinnahmte durfte, dessen war sich auch der Bekl. bewußt, wie sein Schreiben v. 28. Sept. 1928 an die *R.* erkennen läßt, in dem er um ihr Einverständnis bittet, daß die 1550 *RM.* auf den Urlaub verrechnet werden, auf den er habe verzichten müssen.

In diesem Schreiben führt er auch die anderen Gründe an, die nach seiner Meinung für die Billigkeit seiner Bitte sprechen und auf die er jetzt seinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung des Werkes stützt. Auch dieser ist, wie ausgeführt wird, nicht gegeben. (*OLG.* Stettin, 4. *RivSen.*, Ur. v. 22. Nov. 1930, 4 U 311 30.)

Mitgeteilt von *OLG.* Fischer, Stettin.

5. § 16 Abs. 2 *GenG.* Pflichtbeteiligung der Genossen nach einem Staffeltarif. Zulässigkeit der Geschäftsanteilerhöhung auch im Liquidationsstadium der Genossenschaft. †)

Gegen die Gültigkeit einer in der Satzung vorgesehenen Pflichtbeteiligung derjenigen Genossen, die besondere Anbauverträge mit der *R.* abgeschlossen haben, auf mehrere Geschäftsanteile nach einem bestimmten Staffeltarif bestehen nach der Ansicht des Senats keine

Zu 5. Das *OLG.* Stettin geht davon aus, daß eine Pflichtbeteiligung nicht allein, sondern auch einzelner Genossen zulässig ist und daß auch nicht der Umstand der Gültigkeit der Satzungsbestimmungen entgegensteht, daß nur bestimmte Mitglieder, nämlich diejenigen, die einen besonderen Anbauvertrag mit der Genossenschaft abgeschlossen, der Pflichtbeteiligung nach dem Staffeltarif unterliegen. Es seien keine Bedenken, die Pflichtbeteiligung an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen, die dem freien Willen des einzelnen unterstellt sind.

Das *OLG.* steht auf dem Standpunkt, daß die Erhöhung des Geschäftsanteils nichts mit der Änderung des Staffeltarifmaßstabes zu tun habe, eine solche Erhöhung somit mit qualifizierter Mehrheit beschlossen werden könnte, ohne daß die Ausführungen in *RG.* 124, 191 entgegenstünden. Das *OLG.* prüft dann weiter den Einwand des ausscheidenden Genossen, der behauptet, der Erhöhungsbeschuß biete ihm keine rechtlichen Vorteile und habe deshalb keine bindende Kraft. Es führt aus, daß alle Beschlüsse, die während der Dauer einer Mitgliedschaft satzungsgemäß gefaßt werden, auch das ausscheidende Mitglied während der Dauer seiner Mitgliedschaft treffen, selbst wenn es von diesem Beschluß keine Vorteile mehr hat. Wenn sich das *OLG.* bei dieser Entsch. mit *RG.* 119, 339, die von dem Genossen angezogen war, auseinandersetzt, so erscheint dieses an sich unnötig, da die fragliche Entsch. einen anderen Fall betraf.

Der Frage, ob nach der Auflösung einer Genossenschaft eine Erhöhung beschlossen werden kann, bleibt aus tatbestandmäßigen Gründen dahingestellt. Die Streitfrage, der das *OLG.* ausweicht, kann wohl als überholt bezeichnet werden auf Grund früherer Entsch. des *RG.*, in dem eine solche Erhöhung im Liquidationsstadium als zulässig bezeichnet worden ist (vgl. *RG.* v. 8. Juni 1928, II 18/28; *JW.* 1928, 2626). Zutreffend führt das *OLG.* dann weiter aus, daß trotz in-

Bedenken. Es ist vom RG. (vgl. RG. 14, 187) wiederholt anerkannt worden, daß die Pflichtbeteiligung nach einem Staffelsystem, z. B. nach dem Umfang oder der Größe des Betriebes oder nach dem Umsatz der Genossen, abgestuft sein kann, sofern nur eine Höchstbeteiligungsziffer vorgegeben ist. Das RG. führt aus, daß ein derartiges System geeignet sei, den jeweiligen wirtschaftlichen Interessen einer Genossenschaft Rechnung zu tragen und daß es ihr gegebenenfalls einen stärkeren Rückhalt biete. Die Beteiligung nach einem Staffeltarif liege daher auch durchaus im Interesse der einzelnen Mitglieder und müsse deshalb zulässig sein.

Eine Pflichtbeteiligung der Mitglieder, wie sie die Satzung der Kl. vorsieht, nämlich nach der Größe der vertraglich übernommenen Anbaufläche, muß daher ebenfalls zulässig und für die Mitglieder bindend sein. Die erforderliche Höchstbeteiligungsziffer ist in der Satzung der Kl. enthalten. Auch der Umstand, daß nur bestimmte Mitglieder, nämlich diejenigen, die einen besonderen Anbauvertrag mit der Kl. abgeschlossen haben, der Pflichtbeteiligung nach dem Staffeltarif unterliegen, kann der Gültigkeit dieser Satzungsbestimmung nicht entgegenstehen. Wenn eine Bestimmung der Satzung Wirksamkeit hat, die die Pflichtbeteiligung aller Genossen vorschreibt, so können gegen die Gültigkeit einer Vorschrift, die die Pflichtbeteiligung an bestimmte Voraussetzungen knüpft, die dem freien Belieben des einzelnen unterstellt sind, keine Bedenken bestehen.

Zur Erhöhung der Geschäftsanteile auf 12,50 RM auf 15,50 RM war die Generalversammlung der Kl. v. 7. März 1928 gleichfalls befugt. Nicht die beschlossene Erhöhung, sondern der Staffeltarif führt dazu, daß der eine Genosse zu größeren Leistungen herangezogen wird als der andere. Daher würde auch, wie RG. 124, 191¹⁾ ausführt, die nachträgliche Einführung der Pflichtbeteiligung nach einem Staffeltarif, die Verschärfung des Tarifs, und die Wahl eines anderen Tarifmaßstabes dem Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Genossen widersprechen. Ein derartiger Beschluß wäre also unwirksam, soweit nicht in der Satzung die Zulässigkeit solcher Änderungen durch satzungsgemäßen Mehrheitsbeschluß vorgeesehen ist, oder er nicht hinterher unter Billigung aller Genossen gefaßt wird (vgl. RG. 124, 191¹⁾). Die Bestimmung über die Pflichtbeteiligung bei der Kl. dagegen ist bereits in der Satzung enthalten. Der Beschl. v. 7. März 1928 ist weiter nicht auf die Herbeiführung einer der oben bezeichneten Maßnahmen, sondern lediglich auf eine Erhöhung des Geschäftsanteils gerichtet, wovon alle Genossen gleichmäßig nach ihrer bisherigen Beteiligung betroffen werden.

Die Erhöhung der Geschäftsanteile konnte somit nach § 16 Abs. 2 GenG. von der Generalversammlung mit einer Stimmenmehrheit von drei Vierteln der erschienenen Genossen beschlossen werden. Eine gegenentgeltliche Bestimmung, die zulässig wäre, ist in der Satzung der Kl. nicht enthalten. In der Generalversammlung vom 7. März 1928 konnte daher auch gegen die Stimme des Bevl. die Erhöhung des Geschäftsanteils beschlossen werden.

Die Einwendungen des Bevl., daß der Erhöhungsbeschluß nichtig sei, weil er ihn wegen seines Ausscheidens keinerlei Vorteile bringe, könnten schon deswegen nicht durchgreifen, weil ein Ausscheiden des Bevl. gar nicht mehr erfolgen konnte. Die Kündigung des Bevl. wäre an sich zum 30. Juni 1928 wirksam geworden. Sie konnte aber keine Wirksamkeit erlangen, weil bereits vorher, nämlich durch Beschl. v. 5. April 1928 die Auflösung der Genossenschaft beschlossen worden ist. RG. 119, 339 = JW. 1928, 635¹⁾ betrifft einen tatsächlichen und rechtlich anders liegenden Fall. Dort war von einer Generalversammlung außer der Erhöhung der Geschäftsanteile zugleich beschlossen worden, die bisherige Kündigungsfrist von

zwischen erfolgter Auflösung der auf Grund des Erhöhungsbeschlusses zu zahlende Betrag eingefordert werden kann, wobei das G. von der Unterstellung ausgeht, daß es sich um bereits vor der Auflösung fällige Einzahlungen handelt. Darüber hinaus kommt das OLG. aber zu dem Ergebnis, daß selbst, wenn die Zahlungen noch nicht fällig wären, doch aus dem oben erwähnten RG. Ur. abzuleiten ist, daß Erhöhungen während der Liquidation zulässig sind, wenn nur Zweck der Erhöhung ist Abwendung des Konkurses. Wenn eine Genossenschaft noch im Liquidationsverfahren zu einer derartigen Maßnahme befugt sei, so müsse um so eher zugelassen werden, wenn im Liquidationsstadium Einzahlungen auf den Geschäftsanteil vorgeesehen werden, wenn dieses im Interesse der Genossen liegt, um den Konkurs abzuwenden. Das vorliegende OLG. Ur. bildet zusammen mit dem oben zitierten RG. Ur. die Erörterung eines für die Genossenschaften sehr wichtigen Fragenkomplexes. Es wird durch diese beiden Urteile klargestellt, daß Geschäftsanteilerhöhungen auch im Liquidationsstadium zulässig sind, sofern sie dazu dienen, den Konkurs einer Genossenschaft zu vermeiden und daß weiter die Fälligmachung von Zahlungen auf einen Geschäftsanteil im Liquidationsstadium aus den gleichen Gründen zulässig ist. Die Entsch. des vorliegenden Urteils entspricht einer Regelung, wie sie seitens der genossenschaftlichen Verbände wiederholt, gegebenenfalls auf dem Wege einer gesetzlichen Änderung gefordert worden ist.

RG. Dr. Dr. Meyer, Berlin.

zwei Jahren auf drei Monate herabzusetzen. Die Erhöhung der Geschäftsanteile sollte ferner erst von einem nach dem vorgegebenen Kündigungsstermin liegenden Zeitpunkte ab eintreten. Der Zweck dieser Bestimmung war, einzelnen Mitgliedern, die eine große Anzahl von Geschäftsanteilen besaßen, das Ausscheiden aus der Genossenschaft zu ermöglichen und ihnen weiterhin die Möglichkeit zu geben, mit einer durch die Erhöhung bedingten geringeren Anzahl von Geschäftsanteilen wieder der Genossenschaft beizutreten. Ein Austritt der Genossen wurde jedoch, weil die Genossenschaft bald darauf aufgelöst wurde, durch die Bestimmung des § 75 GenG. unmöglich gemacht. In diesem Falle hat das RG. den Erhöhungsbeschluß für nichtig erklärt, weil er zu einer ungleichen Belastung einzelner Mitglieder führe, die weder gewollt sei, noch den Zwecken der Genossenschaft entspreche. Alle diese Voraussetzungen liegen hier jedoch nicht vor.

Der Gültigkeit des Erhöhungsbeschl. v. 7. März 1928 könnte auch der Umstand nicht entgegenstehen, daß bereits im Zeitpunkt der Erhöhung des Geschäftsanteils die Auflösung der Gesellschaft in Aussicht genommen war. Der gleiche Standpunkt wird in der Literatur vertreten und ist auch vom RG. anerkannt worden (vgl. Parisius-Grüger, Dem. 34 zu § 7 und die dort zit. Entsch. des RG.: JW. 1910, 40).

Befritten dagegen ist, ob auch nach der Auflösung der Genossenschaft eine Erhöhung des Geschäftsanteils noch wirksam vorgenommen werden kann.

Jedoch bedarf diese Frage hier keiner Entsch., da noch vor Auflösung der Genossenschaft die Erhöhung des Geschäftsanteils beschlossen, der Erhöhungsbeschl. am 24. März 1928 in das Genossenschaftsregister eingetragen worden ist und damit auch formell Wirksamkeit erlangt hat, während die Auflösung der Genossenschaft erst durch den zweiten Beschluß der Generalversammlung v. 5. April 1928 (§ 33 Abs. 3 der Satzung verlangt hier zwei übereinstimmende Versammlungsbeschlüsse) erfolgt ist.

Bedeutung dagegen ist, ob trotz der inzwischen erfolgten Auflösung der Genossenschaft der auf Grund des Erhöhungsbeschlusses zu zahlende Betrag von dem Bevl. noch gefordert werden kann.

Das OLG. hat dies aus zwei Gründen bejaht. Nach dem Wortlaut des Prot. der GenVers. v. 7. März 1928 ist die Erhöhung der Geschäftsanteile mit der Maßgabe beschlossen worden, daß die Einzahlung nach Möglichkeit in bar bis Mitte April erfolgen sollte. Der Senat folgert hieraus, daß die auf Grund der Erhöhung zu zahlenden Beträge an sich sofort fällig waren. Es handelt sich also um Rückstände, zu deren Einziehung die Liquidatoren der Kl. ohne weiteres berechtigt sind (vgl. Parisius-Grüger, Anm. 10 zu § 88). Selbst wenn man annehmen wollte, daß die Beträge bis Mitte April gestundet waren, mithin erst nach der Auflösung fällig wurden, so würde dies an der Zahlungsverpflichtung des Bevl. nichts ändern. Parisius-Grüger, §§ 88 Anm. 10, 7 Anm. 28, vertritt allerdings den Standpunkt, daß mit der Auflösung der Genossenschaft auch die laufende Einzahlungsverpflichtung der Mitglieder auf den Geschäftsanteil aufhört, weil die Einzahlung dem produktiven Zwecke der Genossenschaft dienen, die Genossenschaft nach der Auflösung aber nur noch zum Zwecke der Liquidation fortbesteht. Dieser Ansicht vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Auch der Geschäftsbetrieb der Genossenschaft ist nicht Selbstzweck, sondern soll letzten Endes nur den Interessen der Mitglieder dienen. Es muß daher auch ein Beschluß der Generalversammlung bindend sein, der Einzahlungen auf den Geschäftsanteil im Liquidationsverfahren vorsieht, wenn dies im Interesse der einzelnen Genossen liegt.

Wollte man einen derartigen Beschluß die rechtliche Bindung versagen, so würde dies nicht nur den Interessen der Mitglieder widersprechen, sondern möglicherweise sogar zu einer Konkursöffnung über das Vermögen der Genossenschaft und damit zu einer wesentlichen Schädigung ihrer Mitglieder führen.

Dieser Auffassung stehen auch die in RG. 125, 196 aufgestellten Grundsätze nicht entgegen. Dort ist ausgeführt, daß im Auflösungsstadium eine Erweiterung der genossenschaftlichen Beteiligung nicht mehr möglich ist. Um eine solche handelt es sich aber hier nicht. Die Erhöhung des Geschäftsanteils war schon vorher beschlossen.

Für die Auffassung des Senats spricht RG. 121, 235²⁾, die auch eine im Liquidationsverfahren beschlossene Umstellung des Kapitalanteils zum Zwecke der Durchführung der Liquidation für zulässig erklärt. Wenn eine Genossenschaft noch im Liquidationsverfahren zu einer derartigen Maßnahme befugt ist, so können keine Bedenken bestehen, einen noch vor der Auflösung gefaßten Erhöhungsbeschluß für bindend zu erklären. Es kann keinen Unterschied machen, daß es sich im vorliegenden Falle um eine Erhöhung, in dem vom RG. entschiedenen Fall dagegen, um die Umstellung des Kapitalanteils handelt. Maßgebend allein ist, daß Maßnahmen in Frage kommen, die zur Durchführung des Liquidationsverfahrens zwecks Vermeidung des Konkursverfahrens notwendig sind.

(OLG. Stettin, 2. Zivilsen., Ur. v. 2. Jan. 1930, 2 U 292/29.)

Mitgeteilt von H. Schaefer, Stettin.

1) JW. 1929, 2151.

2) JW. 1928, 2019.

Raumburg.

II. Verfahren.

6. § 114 ZPO. Die Gewährung des Armenrechts an den Liquidator einer GmbH. ist unzulässig. f)

Die Erwägungen, welche das RG.: ZB. 1930, 1487 dazu veranlaßt haben, einem Testamentsvollstrecker das Armenrecht zu bewilligen, können auf den Liquidator einer GmbH. nicht ausgedehnt werden. Nur solche Prozeßparteien haben grundsätzlich Anspruch auf Gewährung des Armenrechts, bei denen die Aufbringung der Prozeßkosten eine Beeinträchtigung ihres Unterhaltes bedeutet. Das betrifft nur natürliche Personen. Da der Testamentsvollstrecker, wenn er auch im juristischen Sinne nicht Vertreter der Erben ist, doch tatsächlich an deren Stelle steht, kann, falls der Nachlaß nicht ausreicht, durch die Prozeßkosten der Unterhalt der Erben beeinträchtigt werden. Diese Erwägung trifft bei juristischen Personen nicht zu (vgl. auch ZB. 1930, 2049 Anm.).

(OLG. Raumburg, 7. ZivSen., Beschl. v. 1. Juli 1930, 7 U 97/30.)

Mitgeteilt von OLR. Dr. Reizenrath, Raumburg a. S.

Dresden.

b) Strafsachen.

7. §§ 1, 7 StilleGB. Bei Betriebsstillegungen einer OHG. oder einer GmbH. ist jeder geschäftsführende Gesellschafter oder jeder Geschäftsführer, der unbeschränkte Geschäftsführungsmacht besitzt, für Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften strafrechtlich haftbar. f)

Der festgestellte Sachverhalt bietet die erforderliche Grundlage für die Rechtsannahme der Strk., daß der Angekl. Eugen D. in einem Falle der Vorschrift in § 1 Ziff. 2a StilleGB. v. 8. Nov. 1920/15. Okt. 1923 sowie in einem andern Falle der Vorschrift in § 1 Abs. 2 i. Verb. m. Abs. 1 Ziff. 2a derf. WD. je aus Fahrlässigkeit zuwidergehandelt und dadurch jedesmal nach § 7 Abs. 1 Satz 2 WD. sich strafbar gemacht habe.

Inabes. tritt aus dem Urteile der Vorinstanz kein Anhalt dafür hervor, daß sie den Begriff der „Fahrlässigkeit“ verkannt hätte. Nach den Feststellungen waren der Angekl. Eugen D. und sein Bruder Richard die Inhaber zweier gewerblicher Unternehmungen, einer OHG. und einer GmbH., und auf Grund der betreffenden Gesellschaftsverträge war jeder von ihnen auch für beide Unternehmen geschäftsführender Gesellschafter mit der Befugnis, allein zu handeln. Diese letztere Bestimmung erteilte jedoch dem einzelnen nur die Befugnis, diejenigen Handlungen für die zwei Gesellschaften rechtswirksam vorzunehmen, die der gewöhnliche Betrieb des ihren Zweck bildenden Handelsgewerbes mit sich brachte. Sinegen war zur Vornahme von Handlungen, die hierüber hinausgingen, ein Beschluß beider geschäftsführenden Gesellschafter erforderlich (§ 116 Abs. 1 u. 2 HGB., §§ 13 Abs. 3, 35 f. GmbHG., i. d. Fass. der Bek. v. 20. Mai 1898). Hinsichtlich solcher Handlungen, die nicht den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes jener

Gesellschaften betrafen, war mithin Richard D. zum Alleinhandeln nicht befugt, und der Beschw. als Mitinhaber der Unternehmungen hatte schon nach den angeführten Bestimmungen über die Handelsgesellschaften allen Anlaß, durch eigene Wachsamkeit über den Eintritt etwaiger Notwendigkeiten von ausnahmsweiser Tragweite für eine rechtzeitige Mitwirkung seiner Person bei den zu ergreifenden Maßnahmen Sorge zu tragen. In erhöhtem Maße hatte dies aber dann zu gelten, sobald Maßnahmen in Frage kamen, von denen nicht bloß Belange der zwei privaten Unternehmen, sondern zugleich weitgehende öffentliche Interessen berührt wurden, um deren willen den Gewerbetreibenden durch besondere gesetzliche Vorschriften bestimmte Verpflichtungen auferlegt waren. Fälle solcher Art lagen hier vor, wo wegen Geschäftsrückganges und Zahlungsschwierigkeiten in beiden Gewerbeunternehmungen Betriebsstillegungen erfolgten. Diese Stillegungen waren nicht Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb jener Handelsgewerbe mit sich brachte, sondern außergewöhnliche Maßnahmen, die das teilweise Aufhören des Betriebes selbst zum Gegenstande hatten und nicht allein die Bestandsgrundlage der eigenen Gewerbeunternehmen veränderten, sondern auch andere Existenzen, die der entlassenen Arbeiter, in Mitleidenschaft zogen. Der Verantwortung für Maßnahmen dieser Art, insbes. der aus dem Gesichtspunkte des Arbeiterschutzes mit ihnen verknüpften gesetzlichen Verpflichtungen nach § 1 StilleGB., war demnach der Angekl. Eugen D. durch die seinem Bruder R. in den Gesellschaftsverträgen eingeräumte handelsgesetzliche Befugnis zum alleinigen Handeln nicht enthoben worden. Diese Verpflichtungen ruhten auf jedem Mitinhaber der zwei Geschäftsbetriebe persönlich. Auch der Beschw. war daher vermöge seiner Eigenschaft als Mitträger der beiden Unternehmungen gehalten, vor allem die Befolgung dieser besonderen Gesetzespflichten sich angelegen sein zu lassen und Vorkehr zu treffen, daß er, sobald die Frage von Betriebsstillegungen entstand, zur Mitentscheidung und zur eigenen Miterfüllung des nach dem Gesetze Erforderlichen in den Stand gesetzt wurde.

Wenn unter diesen Verhältnissen das OLG. in der von ihm festgestellten Tatsache, daß der Beschw. in der Annahme, sein Bruder werde die Sache schon machen, die Angelegenheit der Betriebsstillegung ganz diesem überlassen hat, eine Verabstimmung der zum eigenen Pflichtenkreise auch des ersteren gehörigen Obliegenheiten erblickte, so ist ein Rechtsirrtum hierin nicht erkennbar. Da sodann die tatsächlichen Feststellungen des Urteils ergeben, daß diese lässige Unbekümmertheit des Beschw. insofern für die rechtsverletzenden Erfolge der verbotswidrigen Betriebsstillegungen mitursächlich geworden ist, als er ihnen bei pflichtmäßiger Überwachung der von ihm selbst mitzulassenden Fragen Einhalt hätte tun können, da ferner die beiden Gewerbeunternehmen in letzter Zeit mit beträchtlichen Schwierigkeiten des Geschäftsganges zu kämpfen gehabt hatten und daher für ihre Inhaber auch voraussehbar gewesen ist, daß man demnach vor die Entsch. wegen einer Einschränkung des Betriebsumfanges gestellt sein werde, so begegnet die Auffassung der Strk., daß durch die Person des Beschw. jene verbotswidrige

müssen, daß er sich an maßgebender Stelle Auskunft einholt, wenn er sich seiner Sache nicht sicher ist.

Zweifelhaft erscheint es mir jedoch, ob die „Unterlassung“ des angekl. Mitinhabers zu einer Verurteilung auf Grund der Strafvorschriften der StilleGB. ausreicht. Nach dem Komm. von Weigert-Richter zur StilleGB. (Reimar Hobbing 1930, Anm. 1 zu § 7) kann Täter eines Vergehens nach § 7 i. Verb. m. § 1 nur ein Betriebsinhaber oder Betriebsleiter sein, der eine Abbruch- oder Stillegungsmaßnahme aus eigenem Entschluß ausführt oder ausführen läßt. Weigert-Richter erkennen eine solidarische Haftung des Betriebsinhabers und des Betriebsleiters oder der mehreren, einander über- oder untergeordneten Leiter nicht an; verpflichtet aus der StilleGB. sei nur, wer im Einzelfall innerhalb des Betriebes über den Abbruch oder die Stillegung bestimme (a. a. D., Anm. 1 zu § 1). Die Frage ist allerdings, wie bei der wenig klaren Fassung der StilleGB. nicht anders zu erwarten ist, umstritten. Aber selbst wenn man der Auffassung von Weigert-Richter nicht folgen will, so fragt es sich, ob im vorliegenden Falle für den bekl. Mitinhaber wirklich eine besondere Rechtspflicht zur Verhinderung der von seinem Bruder und Mitinhaber vorgenommenen Maßnahmen bestand, die für eine Verurteilung wegen „fahrlässigen Unterlassens“ die Unterlage abgeben könnte. Müßte der Angekl., dessen Bruder als geschäftsführender Gesellschafter mit der Befugnis, allein zu handeln, alle den gewöhnlichen Betrieb betreffenden Handlungen vornehmen konnte, unbedingt Vorkehr treffen, daß er, sobald darüber hinausgehende Handlungen in Frage kamen, zur Mitentscheidung und zur eigenen Miterfüllung in den Stand gesetzt wurde? Meines Erachtens hat der erk. Sen. nicht genügend berücksichtigt, daß § 116 Abs. 2 HGB., auf dem letzten Endes das Urteil beruht, nicht zwingender, sondern nur dispositiver Natur ist. Er findet nur insofern Anwendung, als nicht durch den Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist. Nun fehlt offenbar eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, die dem Bruder des Angekl. die Ermächtigung zur alleinigen Vornahme von außergewöhnlichen

Zu 6. Der Liquidator einer juristischen Person ist nicht wie der Testamentsvollstrecker Partei kraft Amtes, sondern gesetzlicher Vertreter (vgl. für die GmbH. § 70 S. 1 Halb. 2 GmbHG.). Prozeßpartei ist also nicht er, sondern die juristische Person, für die hinsichtlich der Bewilligung des Armenrechts im Stadium der Liquidation nichts anderes gelten kann als vorher. Wenn auch dem Liquidator und dem Testamentsvollstrecker wirtschaftlich in mancher Hinsicht ähnliche Funktionen zufallen, so besteht doch zwischen der in Liquidation befindlichen GmbH. und dem Testamentsvollstrecker schlechterdings keine rechtliche Parallele, die es irgendwie gestattete, gewisse für letzteren geltende Grundsätze auf die liquidierende GmbH. entsprechend anzuwenden.

Wenn die Entsch. der GmbH. des AR. versagt, so entspricht das der nach wie vor allgemein herrschenden und m. E. de lege lata zutreffenden Gerichtspraxis. Gründe und Gegengründe sind erst jüngst in der Entsch. RG.: ZB. 1931, 85 und der Dem. von Feuchtwanger das. eingehend dargelegt; es genügt darauf zu verweisen; neue Gesichtspunkte sind zu der Frage nicht vorzubringen.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

Zu 7. Dem Urteil ist insoweit ohne weiteres zuzustimmen, wenn es die Anwendung der ZrtWD. v. 18. Jan. 1917 im vorliegenden Falle verneint. Ob die Strafvorschriften der StilleGB. auch heute noch zum Geltungsbereich der ZrtWD. gehören, ist zwar unstritten. Doch möchte ich mit der herrschenden Meinung in Übereinstimmung mit dem erk. Sen. annehmen, daß ihre Anwendung hier nicht mehr in Frage kommt, seitdem die StilleGB. an Stelle der früheren Demobilisierungsvorschriften, das ErmächtG. vom 13. Okt. 1923 zur Grundlage hat. Selbst wenn man aber die Anwendbarkeit der ZrtWD. grundsätzlich bejahen wollte, käme sie praktisch nicht in Frage, da nach dem langjährigen Bestehen der StilleGB. kaum ein Betriebsinhaber ihre Vorschriften ahnungslos außer acht lassen wird. Zum mindesten wird man von ihm verlangen

Stillegung nicht nur tatsächlich mitverursacht, sondern auch fahrlässigerweise mitverantwortet worden seien, in keiner Hinsicht rechtlichen Bedenken.

Die Frage, ob in den vorliegenden beiden Fällen, in denen Richard D. durch die sofortigen Betriebsstillegungen gegen ein gesetzliches „Verbot“ verstieß, die Fahrlässigkeitsschuld Eugen D. in einem „Unterlassen“ bestehen konnte, war deswegen zu bejahen, weil auf Seiten des Letzgenannten in dem mit seiner Rechtsstellung als Mitinhaber der gewerblichen Betriebsunternehmen verbundenen Pflichtenkreise eine besondere Rechtspflicht dahin begründet war, auf die Verhinderung aller einem gesetzlichen Verbote zuwiderlaufenden Maßnahmen bedacht zu sein (RGSt. 58, 130—135).

Ein Verhältnis i. S. von § 151 GewD. kam zwischen dem Beschwz. und seinem Bruder nicht in Betracht, da nach dem zugrunde liegenden Sachverhalte beide zur vollen Geschäftsführung berufene Miträger der zwei Unternehmungen waren. Auch handelt es sich nicht um Verfehlungen bei der Ausübung der fraglichen Gewerbe, sondern um verbotene Maßnahmen in bezug auf den Bestand der Gewerbebetriebe.

Ebenso wenig hat sich gegenüber der Irrtumsfrage ein Grund zu rechtlicher Beanstandung ergeben. Daß die IrrtW. v. 18. Jan. 1917 und die AusdehnW. v. 12. Febr. 1920 auf die StillegW. anwendbar sei, verneint der Senat, seitdem die letztere in der StillegW. v. 15. Okt. 1923 aufgegangen ist und ihre Grundlage nicht mehr in der Demobilisierungsvollmacht v. 27. Nov. 1918, sondern in dem ErmächtG. v. 13. Okt. 1923 hat. Die Grundtendenz der Vorschriften über Betriebsstillegungen usw. ist seit dieser Zeit der Arbeiterschuz. Von ihr sind sie auch insoweit beherrscht, als sie der Regelung wirtschaftlicher Fragen — eben im Interesse des Arbeiterschuzes — zu dienen bestimmt sind (vgl. hierzu die — wünschon von Stenglein [Nebengef.] nicht geteilten — Ausführungen bei Erdmann und Antnes, BetriebsstillegW. S. 162 bis 166, sowie hinsichtlich der Nichtanwendbarkeit der IrrtW. auf die ArbW., wobei gleiche Gesichtspunkte Platz greifen [RGSt. 63, 272]). Im übrigen würde, selbst wenn die IrrtW. für das Gebiet der StillegW. noch von Geltung wäre, angesichts der tatsächlichen Feststellungen dem Rechtsanstandpunkte des V., daß es in den vorliegenden Fällen an der Voraussetzung für ihre Anwendung fehle, bezupflichten sein. Der Irrtum, auf den sich der Beschwz. für beide Straffälle berufen hat, vermag nach dem oben Ausgeführten als ein unverschuldeter, der allein ihm als persönlicher Strafausschließungsgrund gegenüber der behaupteten Unkenntnis des Gesetzes hätte zum Schutze gereichen können, nicht anerkannt zu werden (vgl. RGSt. 53, 81; 53, 4); denn er beruhte auf dem Mangel an Information über Satzungen, die ihn als Mitinhaber mehrerer Geschäftsbetriebe mit Arbeitsbelegschaften besonders nahe angingen.

(OLG. Dresden, Ur. v. 16. Sept. 1930, 2 Ost 153/30.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

S. § 95 BörsG.; § 13 GmbHG.; § 387 HGB. Als Kommissionär ist auch der alleinige Gesellschafter einer GmbH. anzusehen, der als Geschäftsführer den der Gesellschaft erteilten Kommissionsauftrag ausgeführt hat. Übersteigt der von ihm erzielte Verkaufspreis den vom Kommittenten bestimmten niedrigsten Preis, so gebührt der Mehrerlös dem Kommittenten.†)

Soweit die Rev. Nichtanwendung des § 95 BörsG. rügt, ist allerdings daraus, daß das RG. Vertreter juristischer Personen bei

Verletzung gewerbepolizeilicher Vorschriften für strafrechtlich haftbar erklärt hat, für den vorliegenden Fall nichts zu gewinnen. Vielmehr muß zur rechtlichen Beurteilung der Frage ein anderer Ausgangspunkt genommen werden, und dieser liegt darin, daß man feststellt, ob in der Person des Angekl. alle Tatbestandsmerkmale des § 95 BörsG. gegeben sind, insbes., ob er persönlich als Kommissionär tätig geworden ist. Unzweifelhaft ist nach den Feststellungen des V. der Kommissionsauftrag nicht dem Angekl. persönlich, sondern der von ihm als Geschäftsführer vertretenen GmbH. erteilt worden. Ebenso unzweifelhaft steht aber fest, daß der Angekl. alleiniger Gesellschafter der GmbH. ist und deshalb mit seinem in der GmbH. angelegten Vermögen für die aus der Erfüllung des Kommissionsgeschäftes etwa erwachsenden Verbindlichkeiten haftet. Nun ist zwar nach § 13 Abs. 2 GmbHG. die Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber ihren Gläubigern auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt; es könnte also der Angekl., soweit sein in der GmbH. angelegtes Vermögen nicht zur Erfüllung der Verbindlichkeiten aus dem Kommissionsgeschäft reichen sollte, nicht noch darüber hinaus mit seinem freien Vermögen haftbar gemacht werden. Das schließt aber doch die Feststellung nicht aus, daß er — wenn auch beschränkt — so doch persönlich für die Erfüllung der Verbindlichkeiten aus dem Kommissionsgeschäft haftet. Da er überdies, wie ebenfalls festgestellt worden ist, in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der M. den dieser erteilten Kommissionsauftrag ausgeführt hat, steht nichts im Wege, ihn als Kommissionär i. S. von § 95 BörsG. anzusehen. Der erk. Sen. folgt bei dieser Auffassung der in RGSt. 34, 378 entwickelten Rechtsansicht, daß der persönlich haftende Gesellschafter und gesetzliche Vertreter einer KommGes. auf Aktien eben deshalb, weil er persönlich und hier allerdings auch unbeschränkt, nämlich mit seinem ganzen Vermögen, aus dem von ihm ausgeführten, an sich der Gesellschaft erteilten Kommissionsauftrag haftet, als Kommissionär i. S. der mehrermähnten Bestimmung des BörsG. behandelt werden muß. Die bei Stenglein, Strafr. NebenG., 5. Aufl., II, 70 vertretene Ansicht, daß der Geschäftsführer einer GmbH., und zwar nur in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer, der einen seiner Gesellschaft erteilten Kommissionsauftrag zur Ausführung bringt, nicht als Kommissionär i. S. von § 95 BörsG. aufzufassen ist, steht der vom erk. Sen. für den vorliegenden, anders gelagerten Fall vertretenen Rechtsmeinung nicht entgegen. Ob Stengleins Ansicht richtig ist, kann bei der Beurteilung der zur Entsch. stehenden Sache dahingestellt bleiben.

Nach alledem stand nichts im Wege, die Tat des Angekl. strafrechtlich auch unter § 95 BörsG. zu stellen.

Aber auch insoweit, als das angefochtene Ur. ausführt, der vom Zeugen P. mit der M. abgeschlossene Vertrag könne nur dahin verstanden werden, daß im Falle eines freihändigen Verkaufes ein etwa erzielter Mehrerlös nicht dem Zeugen P., sondern dem Angekl. zugute kommen sollte, ist es von Rechtsirrtum beeinflusst. Das V. hat übersehen, daß nach § 387 HGB. es dem Kommittenten zustatten kommt, wenn der Kommissionär zu vorteilhafteren Bedingungen, als sie ihm vom Kommittenten gesetzt worden sind, abschließt, und daß dies insbes. dann gilt, wenn der Preis, für welchen der Kommissionär verkauft, den von dem Kommittenten bestimmten niedrigsten Preis übersteigt.

Bei der hiernach gebotenen rechtlichen Beurteilung, daß nämlich dem Zeugen P. als dem Kommittenten der Vorteil eines günstigeren Abschlusses zustatten kommen mußte, war der vom Angekl.

vielmehr allein das Vermögen der juristischen Person, an dem er nur ineffizient ist, solange er die Geschäftsanteile noch besitzt, was sich jeden Tag ändern kann. Da für die Rechtslage, nach der das OLG. eine persönliche, wenn auch beschränkte Haftung annimmt, der Umfang der Beteiligung nicht entscheidend sein kann — wo sollte die Grenze liegen? —, würde schließlich folgen, daß der gesetzliche Vertreter einer GmbH. oder AktG. usw. dann als Kommissionär i. S. des § 95 BörsG. anzusehen wäre, wenn er zufällig beim Vertragschluß einen Geschäftsanteil oder eine Aktie besäße, anderenfalls aber nicht.

Freilich erscheint der Umstand, daß der Angekl. nicht nach § 95 BörsG. strafbar sein soll, weil nicht er, sondern die GmbH. der Kommissionär war, hier, wo er alle Geschäftsanteile besaß, besonders mißlich. Doch handelt es sich um eine Frage, die nicht je nach der zufälligen Lage des Sachverhalts so oder so entschieden werden darf. Vielmehr fordert diese Frage eine grundsätzliche Entscheidung. Diese sollte, wie schon Schmidt-Ernsthausen (Komm. z. BörsG., herausgeg. vom Centralverband des D. Bank- und Bankiergewerbes, Anm. 3 zu § 95) dargelegt hat, dahin gehen, daß der gesetzliche Vertreter einer juristischen Person, welche Kommissionärin ist, strafrechtlich auch selbst als Kommissionär behandelt werden muß. § 95 BörsG. soll die Kommittenten schützen, gleichgültig, ob Kommissionär eine physische oder eine juristische Person ist. Die hiergegen bei Stenglein a. a. O. aus den die gesetzlichen Vertreter im besonderen betreffenden Vorschriften der § 244 RD., § 83 GmbHG., § 112 VerflusfG. hergeleiteten Be-

Handlungen ausdrücklich überträgt. Infolge Formfreiheit kann jedoch der Gesellschaftsvertrag auch stillschweigend durch entsprechende Handlungen geschlossen werden (Staub, 12. u. 13. Aufl., Anm. 43 zu § 105); unter Gesellschaftsvertrag sind nach Staub a. a. O., Anm. 69 zu § 109) auch die nachträglichen Abreden über das Verhältnis der Gesellschafter zu verstehen. Wenn hiernach der Angekl. die Angelegenheit der Betriebsstillegung ganz seinem Bruder überlassen hat, so kann darin eine entsprechende Abänderung des Gesellschaftsvertrags liegen. Jedenfalls kann man nach dem Vorgefagten meines Erachtens eine besondere Rechtspflicht nicht annehmen, sich unter allen Umständen in die Geschäftsführung einzuschalten, soweit sie über den Rahmen des gewöhnlichen hinausging. Dann aber dürfte eine Verurteilung wegen Verstoßes gegen die Vorschriften der StillegW. lediglich den Bruder des Angekl. treffen, der die Stillegungsmaßnahmen aus eigenem Entschluß ausführt hat.

MinR. G. Goldschmidt, Berlin.

Zu 8. Die Berufung auf das Urteil RGSt. 34, 378 ist verfehlt. Der pers. haftende Gesellschafter einer KommGes. a. A. haftet in der Tat persönlich. Bei Übernahme eines Kommissionsauftrags für die Gesellschaft handelt er übrigens auch im eigenen Namen. Die Firma der Gesellschaft bezeichnet ihn in der Vereinigung mit der Gesamtheit der Kommanditisten. Der Geschäftsführer einer GmbH. haftet, selbst wenn er sämtliche Geschäftsanteile besitzt, nicht, „wenn auch beschränkt“, persönlich. Es haftet

erlangte Vermögensvorteil erheblich größer, als das BG. angenommen hat. Die rechtsirrige Auffassung ist von Einfluß auf die Strafhöhe gewesen, wie die Strafzumessungsgründe erkennen lassen.

(OLG. Dresden, Urf. v. 24. Sept. 1930, 1 Ost 194/30.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

9. § 4 Ziff. 3 LebMittG. Verkauf von Schokoladentafeln, die durch den äußeren Umfang der Packung auf ein höheres Gewicht hinweisen. f)

Aus den Gründen des BG.:

Das LebMittG. v. 5. Juli 1927 verbietet in § 4 Ziff. 3 den Handel mit Lebensmitteln unter irgendwelcher irreführender Aufmachung. Dabei kommt es lediglich darauf an, ob die Aufmachung und Verpackungsart, Form und Umfang der Umhüllung geeignet ist, eine Täuschung bei dem kaufenden Publikum hervorzurufen. Daß die vom Angekl. gewählte Verpackungsart zur Täuschung geeignet ist, daran kann kein Zweifel bestehen. Wie der Sachverständige bekundet, beträgt die im Handel übliche Höchstgröße für 125-g-Tafeln 18 × 10 cm. Die vom Angekl. in Verkehr gebrachten Tafeln gleichen Gewicht und Größe aber erheblich über diese Größe hinaus und entsprechen in der Aufmachung den im Handel üblichen Tafeln von 200—250 g. Um diese Größe bei einem Gewicht von 125 g zu erreichen, müssen die Tafeln entsprechend dünner ausfallen und bedürfen, wie der Angekl. selbst zugibt, mindestens auf der Oberseite der Packung einer Papptafel. Die Größe der Tafeln aber und besonders die den Käufern ins Auge fallende Oberseite der Packung muß in dem kaufenden Publikum den Anschein eines besonders günstigen Angebots erwecken. Das Publikum erwartet also auf Grund der Aufmachung Schokoladentafeln von 200—250 g, kurz, mehr Schokolade, als ihm in Wirklichkeit geboten wird. Unerheblich ist dabei, daß das Gewicht der Tafeln auf der Rückseite richtig angegeben und der Preis einer Tafel derjenigen einer üblichen 125-g-Tafel entspricht. Denn erfahrungsgemäß überzeugt sich das kaufende Publikum vor dem Kauf nicht von dem Gewicht der Schokoladentafeln, das zudem in wenig auffällender Weise auf der Rückseite der Umhüllung aufgedruckt ist.

Das OLG. bestätigte das Strafurteil:

Wenn auch keine gesetzlichen Vorschriften bestehen, die die Größe der Schokoladentafeln für den Handel vorschreiben, so schließt das doch nicht aus, daß im einzelnen Falle Schokoladentafeln, deren Größe das handelsübliche Format übersteigt, als zur Irreführung des Publikums geeignet erscheinen und als solche bezeichnet werden. Im vorl. Falle hat das OLG. ausdrücklich festgestellt, daß die Aufmachung der von dem Angekl. in den Handel gebrachten Schokoladen-

denken hat Schmidt-Ernsthäuser schon mit der zutreffenden Bemerkung widerlegt, daß dort die Konkurrenzöffnung nicht Bestandteil der strafbaren Handlung ist. Daß im § 12 des gleichzeitig mit dem BörVG. verabschiedeten DepotG. die für § 95 BörVG. vermehrte Ausbehnung der Strafdrohung auf die gesetzlichen Vertreter ausdrücklich ausgesprochen ist, läßt nicht darauf schließen, daß das BörVG. die gesetzlichen Vertreter nicht strafbar machen wollte, erklärt sich vielmehr daraus, daß der im Handelsministerium aufgestellte Entw. des DepotG. mit größerer Sorgfalt redigiert ist als der im Reichsamt des Innern durchweg recht nachlässig redigierte Entw. des BörVG. Wenn aber, worauf bei Stenglein schließlich noch hingewiesen wird, die Nov. z. BörVG. von 1908 den § 95 nicht ergänzt hat, so lag dies daran, daß nicht eine Revision des ganzen Gesetzes, sondern nur der besonders mißlungenen Vorschriften über das Börsentermingeschäft bezweckt war. Die Novelle hat über diesen Rahmen nur insoweit hinausgegriffen, als es zur Verminde rung der mannigfachen Widerstände sowohl im Preuß. Staatsministerium wie im R. zweckmäßig erschien.

Wirkl. Geh. Rat Prof. Dr. Heinrich Göppert, Bonn.

Zu 9. Im Ergebnis hat eine Verurteilung zu erfolgen, aber die Begründung der Entsch. erscheint rechtsirrig. Das LebMittG. schützt den Verkehr in einer doppelten Richtung: gegen gesundheits-schädliche Lebensmittel (§ 3) und gegen Täuschung (§ 4). In letzterer Beziehung geht das Gesetz zurück auf die KriegsW. v. 26. Juni 1916, die deshalb nötig wurde, weil auf dem Lebensmittelmarkt im Laufe des Krieges fortgesetzt neue Erzeugnisse austauschten, die zwar nicht verfälscht waren, trotzdem aber unter irreführenden Angaben über ihren Nähr-, Genuß- und Gebrauchswert angeköndigt und vertrieben wurden. Keine dieser Voraussetzungen liegt hier vor. Wer infolge der irreführenden Aufmachungen glaubt, eine Tafel Schokolade im Gewicht von 250 g zu erhalten, in Wahrheit aber nur eine Tafel Schokolade im Gewicht von 125 g erhält, wird vom Standpunkte des LebMittG. aus nicht irregeführt. Der Angekl. hat sich zwar mit dieser Handlungsweise strafällig gemacht, aber nicht nach dem LebMittG., sondern nach dem UnWVG., indem hier der Tatbestand der unlauteren Reklame auf Grund des § 4 UnWVG. gegeben ist.

RA. Dr. Carl Becker, Berlin.

tafelt nach Verpackungsart, Form und Umfang geeignet ist, eine Täuschung bei dem kaufenden Publikum hervorzurufen. Diese Feststellung, die auf tatsächliche Erwägungen beruht, ist frei von Rechtsirrtum. Auch der innere Tatbestand des für erwiesenen erachteten Vergehens ist rechtlich einwandfrei dargetan, indem das OLG. tatsächlich und daher für das RevGer. bindend festgestellt hat, daß der Angekl., als er die in Frage stehenden Schokoladentafeln in den Handel brachte, sich bewußt gewesen ist, daß die von ihm gewählte Aufmachung zur Täuschung des Publikums geeignet war.

(OLG. Dresden, Urf. v. 26. Nov. 1930, 1 Ost 254/30.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

10. Handel im Umherziehen in der Form des Verkaufs eines Wanderlagers liegt nicht vor, wenn Ware feilgehalten und nur auf gelegentliche Anfrage eines Kauflustigen im Einzelfalle abgegeben wird.

Der in M. wohnhafte Beschw. hat in Ch. ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung daselbst eine Ausstellung von Ölgemälden veranstaltet. Er hatte dies am 23. Okt. 1929 dem Steueramt der Stadt Ch. mit dem Bemerkten angezeigt, daß dabei kein Verkauf von Gemälden stattfinden solle, daß vielmehr etwaige — kauflustige — Interessenten an die Maler in M. verwiesen und von dort aus beliefert werden sollten. Am 26. Okt. 1929 ist der Kaufmann L. in der Ausstellung erschienen und hat dem Beschw. nach deren Besichtigung erklärt, daß er das eine ausgestellte Gemälde, das er für Geschenkzwecke benötige und sofort haben müsse, kaufen wolle. Der Beschw. hat L. zunächst darauf hingewiesen, daß ein Verkauf in Ch. nicht statthaft sei, da nur von München aus verkauft werden dürfe. Auf die Anfrage L.s, ob da nicht eine Ausnahme gemacht werden könne, hat er aber schließlich das gewünschte Bild diesem unter sofortiger Übergabe für 25 RM verkauft und ihm den Empfang des Kaufpreises auf einer Quittung mit dem Vermerk bestätigt, daß die Lieferung ab M. erfolge und Umtausch gestattet sei.

Auf Grund dieser Feststellungen hat der WR. den Beschw. unter Zurückweisung seines Verteidigungsvorbringens, das fragliche Bild dem Zeugen L. nur zur Ansicht mitzugeben zu haben, wegen Zuwiderhandlung gegen §§ 1 — gemeint ist offenbar Ziff. 1, — 5, 16 sächs. Gef. über Besteuerung des GewBetr. im Umherz. v. 1. Juli 1878 und gegen §§ 82, 83 StO. für die Stadt Ch. v. 10. Juli 1914 i. Verb. m. § 55 Abs. 3 SächsGemStG. vom 20. Okt. 1920 (SächsBl. 431) verurteilt.

Der WR. nimmt hiernach an, daß der Beschw. durch die festgestellte Handlungsweise außerhalb der Messen, Jahrmärkte und öffentlichen Ausstellungen ein Warenlager (Wanderlager) außerhalb seines Wohnortes in Ch. und ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung daselbst feilgeboten, mithin ein Gewerbe ausgeübt habe, das sowohl der staatlichen Steuer vom Gewerbebetriebe im Umherziehen nach § 1 Ziff. 1 sächs. Gef. vom 1. Juli 1878 als auch der Sondersteuer der Stadt Ch. von Wanderlagerbetrieben unterworfen gewesen sei.

Abgesehen davon, daß die Steuerpflichtigkeit des fraglichen Geschäfts, soweit es der staatlichen Steuer vom Gewerbebetrieb im Umherziehen unterworfen erachtet worden ist, nicht, wie gesehen, aus § 1 Ziff. 1, sondern aus § 4 sächs. Gef. v. 1. Juli 1878 hätte hergeleitet werden müssen, und abgesehen ferner davon, daß auch die Annahme des WR., der Beschw. habe durch den festgestellten Verkauf des einen Ölgemäldes ein der Steuer vom Gewerbebetrieb im Umherziehen unterliegendes „Gewerbe“ betrieben, um deswillen rechtlichen Bedenken begegnet, weil es an jeder Feststellung fehlt, daß der Beschw. den Handel im Umherziehen in der Form des Verkaufs eines Wanderlagers gewerbsmäßig betrieben, d. h. in der Absicht ausgeübt hat, gerade aus dieser Art der Betätigung eine fortgesetzte Einnahmequelle zu erzielen (vgl. hierzu das Urteil des erk. Sen.: JW. 1929, 3026^a), hat der WR. den Begriff des Feilbietens i. S. der hier in Betracht kommenden gesetzlichen Vorschriften verkannt. „Feilbieten“ i. S. dieser Vorschriften erfordert das Bereitstellen und Zugänglichmachen einer Ware eines Warenlagers unter positiven, zum Kauf anregenden Handlungen, sei es dem einzelnen, sei es der Allgemeinheit gegenüber. Das wesentliche Merkmal des Feilbietens liegt daher in der an den einzelnen oder an die Allgemeinheit gerichteten Aufforderung zur Abnahme einer Ware auf Anfrage eines Kauflustigen in einem Einzelfalle ist noch kein Feilbieten. In dem, was gegen den Beschw. festgestellt ist, kann hiernach ein Feilbieten von Waren eines Warenlagers nicht gefunden werden, um so weniger als ein hierauf ausdrücklich oder stillschweigend abzielendes Gebaren des Beschw. in keiner Weise durch die Beweisenaufnahme dargetan ist. Der Beschw. hat lediglich einen Gelegenheitskauf über das Bild ohne vorgängige Feilbietung abgeschlossen.

(OLG. Dresden, Urf. v. 9. Dez. 1930, 2 Ost^a 138/30.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

Landgerichte.

Ulm.

Zivilsachen.

I. §§ 157, 242 BGB. Die widerspruchslöse Entgegennahme der Kommissionskopie macht den vorgebrachten Gerichtsstand und Erfüllungsort zum Vertragsinhalt. Bedeutung der Klausel „90 Tage netto“. +)

Diesen Standpunkt hat die Kammer schon im Ur. v. 21. Jan. 1927: „Handelsrecht und Handelsbrauch“ 1930, Spalte 166 Nr. 59 eingenommen (Gl. Anf. auch BG. I Berlin, 8. Kammer f. Handelsachen: „Handelsrecht und Handelsbrauch“ 1929 S. 20 Nr. 6). Die gegenteilige Ansicht von Staub-Rönige, HGB., Anh. zu § 372 Anm. 35 kann nicht gebilligt werden. Nach den heutigen, gem. § 246 HGB. maßgebenden Anschauungen des Handelsstandes ist schon der Ausgangspunkt dieser Ansicht nicht richtig, daß die Kommissionskopie dem Kunden nach Abschluß des Geschäfts erteilt werde, vielmehr bildet die Überreichung der Kommissionskopie erst den Abschluß des Geschäfts, wie BG. Hamburg, 15. Kammer f. Handelsachen: JW. 1926, 725 wenigstens als möglich annimmt. In Wahrheit bildet dies aber die Regel. Solange — dem Käufer erkennbar — eine Kommissionskopie ausgestellt werden soll — und damit muß der Käufer stets rechnen, da es durchaus der Übung entspricht — ist schon nach dem Grundsatz des § 154 Abs. 2 BGB. im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Kommissionskopie übergeben und genehmigt ist. Die Kommissionskopie unterscheidet sich ihrem Wesen nach durchaus von der Rechnung, die stets erst nach Abschluß des Geschäfts erteilt wird und schon aus diesem Grund, aber auch nach ihrem Zweck nicht geeignet ist, die feststehende schulrechtliche Grundlage des Geschäfts zu ändern. Durch die Kommissionskopie will der Handelsvertreter — und das wissen die Käufer genau — den mündlich vereinbarten wesentlichen Vertragsinhalt zusammenfassen und gegen spätere Beanstandungen sicherstellen, zugleich aber auch die nicht beiprochenen allgemeinen Geschäftsbedingungen seiner Firma, die auf der Kommissionskopie ausgedruckt sind, ohne mündliche Erörterung zur Kenntnis des Käufers bringen und durch dessen Nichtwiderspruch zum Vertragsinhalt machen, soweit nicht von ihnen Abweichendes mündlich vereinbart ist. Wozu wären sie sonst aufgedruckt? Der Vertreter darf damit rechnen, daß der Kunde auch diese Vordrucke, wenn er ihnen nicht widerspricht, genehmigen will, wenigstens soweit es sich nicht um ganz ungewöhnliche, arglistig eingeschmuggelte Klauseln handelt, auf deren Genehmigung nicht gerechnet werden konnte (JW. 1926, 2122¹³). Die Vereinbarung ihres Wohnsitzes als Gerichtsstand und Erfüllungsort durch die Verkäufer ist aber etwas so durchaus übliches, daß der Käufer mit einem solchen Inhalt, auch wenn er den Vordruck gar nicht näher prüft, rechnen muß und als ihm zustimmend gilt, wenn er nicht widerspricht, mag auch mündlich davon gar nicht die Rede gewesen sein. Die Kommissionskopie gewinnt dadurch keineswegs die volle Bedeutung des sog. rechtserzeugenden Bestätigungsschreibens, das den Vertragsinhalt maßgebend und abschließend zusammenfaßt. Da die Kommissionskopie regelmäßig nicht eine lückenlose Zusammenfassung, sondern nur eine solche des Wesentlichen sein will, gilt alles nachweisbar mündlich Vereinbarte neben dem schriftlich Niedergelegten, aber neben diesem gilt auch das Gedruckte, soweit ihm das Geschriebene und das nachweisbar mündlich Vereinbarte, die selbstverständlich vorgehen, nicht widersprechen. Damit ist auch der Einwand der Bekl. abgetan, der Vordruck von Gerichtsstand und Erfüllungsort könne deshalb nicht gelten, weil ja sonst auch der Vordruck des Zahlungsziels entgegen dem schriftlich niedergelegten Zahlungsziel gelten müßte. Wenn sodann die Kl. die erste Bestellung v. 6. Nov. 1929 schriftlich, jedoch ohne formelles, den Vertragsinhalt

festlegendes Bestätigungsschreiben bestätigt hat, so blieb gerade der durch widerspruchslöse Annahme der Kommissionskopie v. 6. Nov. 1929 begründete Gerichtsstand und Erfüllungsort u. von diesem uneigentlichen Bestätigungsschreiben unberührt, und der Vermerk „Konditionen wie gehabt“ in der Kommissionskopie v. 22. März 1930 machte dann die Konditionen v. 6. Nov. 1929 einschließlich des Gerichtsstands und Erfüllungsorts u. wiederum zum Vertragsinhalt. Bezieht man aber die Klausel „Konditionen wie gehabt“ lediglich auf die Zahlungsbedingungen, so wurde der Gerichtsstand und Erfüllungsort u. wiederum kraft des unwidersprochenen Vordrucks, dem der übrige Vertragsinhalt nicht widersprach, mit zum Vertragsinhalt. Daß der Abschluß v. 22. März 1930 nicht gemäß dem nur im Interesse der Kl. gemachten Bestätigungsvorbehalt bestätigt wurde, hat keinerlei Bedeutung, nachdem der Abschluß beiderseits ohne solche Bestätigung gemäß dem Inhalt der Kommissionskopie erfüllt worden ist.

„90 Tage netto“ bedeutet handelsüblicherweise Ziel 90 Tage dato Faktura. Staub-Rönige, HGB., Anh. zu § 372 Anm. 44. Bei dieser Klausel tritt der Verzug ohne Mahnung mit dem Fälligkeitstag ein.

(U. Ulm, 2. Kf., Ur. v. 19. Dez. 1930, O 980/30.)

Mitgeteilt v. ODr. Sindlinger, Ulm.

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Bericht von Rechtsanwalt Abel, Essen, Rechtsanwalt und Dozent Dr. Georg Baum, Berlin und Rechtsanwalt Dr. W. Doppermann, Dresden.

I. Das Recht des Angestellten auf Gratifikation besteht auch dann, wenn den Arbeitnehmern bekannt ist, daß von den für die Willensbildung zuständigen Organen des Unternehmens jedesmal über die Gratifikation besonders Beschluß gefaßt worden ist. +)

Das ArbG. geht davon aus, daß eine ausdrückliche Vereinbarung über die Zahlung der Remunerationen nicht vorliegt. Es stellt fest, daß die Bekl. außer an die Beamten mehrere Jahre mindestens seit 1920 hindurch ununterbrochen Remunerationen an alle Angestellten gezahlt habe, daß diese Zahlungen auch neu Angestellten zugute gekommen und daß die Zahlungen ohne Vorbehalt der Freiwilligkeit und ohne Hinweis auf ihre Abhängigkeit von dem Willen des Kuratoriums der Bekl. vorgenommen worden seien. Das ArbG. nimmt an, daß die Bekl. durch die langjährige vorbehaltslose Zahlung der Remuneration im Wege stillschweigender Vereinbarung die rechtliche Verpflichtung zur Dauerzahlung übernommen habe, auf deren Erfüllung ein klagbarer Anspruch bestehe. Die leitenden Beamten hätten allerdings nur den Willen zu einer freiwilligen Zahlung gehabt, sie seien sich auch darüber klar gewesen, daß die Zahlung nach Grund und Höhe von der jedesmaligen Bewilligung durch das Kuratorium abhängig gewesen sei. Die Beamten hätten aber die Freiwilligkeit der Leistung nicht in einer den Angestellten erkennbaren Weise zum Ausdruck gebracht. Ein solcher Vorbehalt ergebe sich auch nicht daraus, daß die leitenden Beamten der Bekl. in ihrer Beschlußfassung nicht frei, sondern von den Anordnungen übergeordneter Stellen abhängig seien. Die Kl. stehe aber als Angestellte in keinerlei Beziehung zu den übergeordneten Stellen, sie sei von dem laut Satzung zur Vertretung befugten Generaldirektor angestellt worden, und es sei nur maßgebend, was dieser ihr vorschreibe oder mit ihr vereinbare. Die die Zahlung der Angestellten betreffenden Vorschriften des Kuratoriums stellten nur Anweisungen an die Bekl.

Zu 1. Ich halte das Urteil für zutreffend. Das Kommissionsgeschäft stellt sich nach außen als durchaus selbständiges Geschäft zwischen dem Kommissionär und seinem Mitkontrahenten dar. Zur Tilgung des Forderungsrechts gehört, daß der Gläubiger auf sein Forderungsrecht das erhält, was er zu fordern hat. Dies ist aber beim Kommissionsgeschäft die Kommissionsnote. Kommissionär ist der Kaufmann, der gewerbsmäßig in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung, Waren oder Wertpapiere kauft oder verkauft. Er also ist Kontrahent. Selbstverständlich hat sich nach den zehn Unglücksjahren nach dem Krieg auch dieses Geschäft schroffer zusammengezogen, um den entsetzlichen Allgeminitteln, gegen die ich unausgelezt gekämpft habe, zu entgegen. Die Interessentverbände haben sich enger zusammengeschlossen und organisiert. Die Grenze muß natürlich immer der Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses sein. Ihn zu wahren, ist Aufgabe der Gesetzgebungsorgane. Ich habe mein Leben lang für den Ausgleich der nationalrechtlichen Sondergesetzbestrebungen gekämpft und bin viel deswegen angegriffen worden. Aber wir Bundesstaatler sollten die Notwendigkeit der Herstellung spezieller Vereinbarungen für wirtschaftliche Spezialfragen — ich will nur auf die Binnenschiffahrt verweisen — verstehen. Muster-gültig ist hier die Wirksamkeit des Völkerbundes und seiner Organe. Geh. R. Dr. Heinrich Dove †, Berlin.

Zu 1. Das ArbG. wiederholt in konsequenter Rspr. die von ihm in den Ur. v. 15. Juni 1929, RAG 180/29 und v. 4. Jan. 1930, RAG 333/29, entwickelten Grundätze (vgl. JW. 1929, 3410 ff. und 1930, 3113 ff.).

Bemerkenswert an der obigen Entsch. ist jedoch noch, daß eine bindende stillschweigende Zusage selbst dann vom ArbG. angenommen wird, wenn den Arbeitnehmern bekannt ist, daß von dem für die Willensbildung zuständigen Organ des Unternehmens jedesmal über die Gratifikation besonderer Beschluß gefaßt worden ist. Den Angestellten betreffen die internen Verwaltungsinstanzen und internen Verwaltungsvorgänge nicht; denn er hat nur mit den Vorstandsmitgliedern zu tun. Man wird diesen Standpunkt billigen müssen. Der Fall liegt analog, wenn der gesetzliche Vertreter einer Gesellschaft Verbindlichkeiten einget. oder erfüllt, obwohl es hierzu im Innenverhältnis der Genehmigung des Aufsichtsrats oder eines sonstigen Kontrollorgans bedarf. Außerstehenden Dritten gegenüber sind diese Beschränkungen belanglos. Die Gesellschaft als solche wird trotzdem verpflichtet.

Man wird daher der Entsch. zustimmen müssen.

RA. und Dozent Dr. Johannes Fuchs, Leipzig.

bar, das Rechtsverhältnis zwischen ihr und den Angestellten entsprechend zu regeln. Kuratorium, Haushaltungsausschuß und V. träten für die Angestellten nicht in die Erscheinung. Aus dem Vorhandensein dieser Organe hätte sich noch nicht ergeben, daß sie bei Grund und Höhe der Remuneration mitzusprechen hätten derart, daß daraus die Freiwilligkeit oder die Widerruflichkeit der Vergütung hätte gefolgert werden müssen. Eine unmittelbare Einwirkung aller allgemeinen Neuregelungen durch die übergeordneten Organe auf die einzelnen Arbeitsverträge mit den Angestellten sei abzulehnen. Die Beschlüsse würden erst wirksam dadurch, daß die Bekl. in Ausführung der Weisungen das Vertragsverhältnis ändere. Die Bekl. müsse deshalb die von ihr in den fortlaufenden Zahlungen abgegebene stillschweigende Willenserklärung so gegen sich gelten lassen, wie sie von Dritten nach Treu und Glauben ausgefaßt werden müßte. Die Beschlüsse des Kuratoriums von Ende 1926 und Anfang 1927 hätten den einmal entstandenen Anspruch im Hinblick auf den Widerspruch der Angestellten nicht mehr zum Erlöschen bringen können. Durch die neue Gehaltsregelung hätte der Anspruch auf die Remunerationen nur beseitigt werden können, falls dies, wie nicht geschehen, zum Ausdruck gebracht worden sei.

Die Rev. rügt zunächst, daß zu Unrecht angenommen worden sei, daß die Leistungen als Entgeltzahlungen für die geleistete Tätigkeit nach außen hin in Erscheinung getreten seien. Sie seien vielmehr als Anstandsbesenken anzu sehen (§ 534 BGB.). Dies ergebe sich schon aus dem Begriff der Remuneration, unter welcher ausdrücklichen Bezeichnung die Zuwendungen gezahlt worden seien. Dieser Begriff bedeute nach seiner sprachlichen Entstehung: Wiederbesenkung, Belohnung für einen Dienst. Die Bekl. hätte sich nicht bewußt sein müssen, daß sie durch die regelmäßigen Zahlungen auch eine Verpflichtung zur Weiterzahlung übernommen habe.

Die Rüge erscheint nicht begründet. Ob die Zuwendungen als Remunerationen oder, wie meist üblich, als Gratifikationen bezeichnet wurden, ist unerheblich. In einem Beschluß des Kuratoriums v. 25. Januar 1921 wird auch der Ausdruck Gratifikation gebraucht. Derartige Zuwendungen, welche neben dem Gehalt an Dienstangestellte gegeben werden, erscheinen als Gegenleistungen für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, mögen sie der Hauptsache nach eine nachträgliche Entlohnung und Belohnung darstellen oder nebenher in geringerem Maße einen Ansporn für künftige Dienste enthalten. Nur in den seltensten Fällen wird eine Schenkungsabsicht angenommen werden können (Staub-Koenige § 59 BGB. Anm. 34). Es wird sich dann meist nur um einmalige Zuwendungen aus besonderer Veranlassung handeln, bei denen das Einverständnis über die Unentgeltlichkeit — die Loslösung von den geleisteten oder noch zu leistenden Diensten — klar zutage tritt. Bei regelmäßigen Zuwendungen ist aber die Beziehung zu den Dienstleistungen in so klarer Weise gegeben, daß von unentgeltlichen Leistungen nicht die Rede sein kann (NArbG. v. 4. Jan. 1930: NArbG. 5, 22; v. 28. Juni 1930: NArbG. 6, 93).

Ihr die Entsch. des vorl. Rechtsstreites ist maßgebend, ob durch die lange Zeit fortgesetzten Zahlungen den Angestellten ein während des bestehenden Dienstverhältnisses einseitig nicht wieder entziehbarer Rechtsanspruch auf die Zuwendungen erwachsen ist oder ob infolge besonderer Umstände der Charakter als freiwillige Leistung, auf die ein Rechtsanspruch nicht bestand und nicht bestehen konnte, als gewahrt anzusehen ist. Mit Recht hat das NArbG. betont, daß es nicht auf die Auffassung der leitenden Beamten der Bekl. ankommen kann. Denn die Bekl., welche ihren Angestellten nur als Privatdienstherrin gegenüberstand, mußte sich die Deutung ihres Verhaltens so gefallen lassen, wie es von Dritten, insbesondere Angestellten, nach Treu und Glauben ausgefaßt werden konnte und mußte.

Das NArbG. hat auch ohne Rechtsverstoß und in Übereinstimmung mit der Anspr. des NArbG. (NArbG. 4, 65; 5, 22) ausgeführt, daß in regelmäßig fortgesetzten Sonderzahlungen die Zusage erblickt werden kann, daß sie weiter gewährt werden sollen, solange das Dienstverhältnis dauert. Die von ihm hervorgerufene Auffassung muß der Geschäftsherr gegen sich gelten lassen, und es muß eine stillschweigende Zusage als erteilt angesehen werden, welche der Geschäftsherr nicht einseitig widerrufen kann (NArbG. v. 28. Juni 1930: NArbG. 6, 93). An diesen vom NArbG. wiederholt ausgesprochenen Grundsätzen ist festzuhalten. Sie entsprechen der schuldigen Rücksichtnahme auf die Stellung des Dienstverpflichteten, der das Recht hat, mit einer Fortdauer seiner Dienstbezüge zu rechnen und sich demnach auf längere Sicht einzurichten. Sie bedeuten auch keine unbillige Belassung des Geschäftsherrn, der es in der Hand hat, die Angestellten auf die Freiwilligkeit und Widerruflichkeit seiner Zuwendungen und das Fehlen eines Verpflichtungswillens hinzuweisen und der auch durch Kündigung des Dienstverhältnisses den Wegfall einer früheren Zusage, die er nicht mehr einhalten will, herbeiführen kann.

Andererseits erfordert es aber auch die Rücksichtnahme auf den wahren Willen des Geschäftsherrn, daß die genannte Deutung seines Verhaltens nicht eintritt, wenn im einzelnen Fall (NArbG. v. 28. Juni 1930: NArbG. 6, 93) besondere Umstände vorliegen, aus denen der Angestellte auch ohne besonderen Hinweis erkennen mußte,

daß keine bindende Zusage in der fortlaufenden Gewährung der Gratifikationen gegeben werden sollte. Die Rev. findet solche Umstände, abgesehen von der schon erörterten Bezeichnung, in der stets einseitig erfolgten Festsetzung der Höhe, welche erkennbar mit Rücksicht auf die Stellung der Bekl. als einer Körperschaft öffentlichen Rechts erfolgt sei. Es müsse der besondere öffentlich-rechtliche Charakter und die Organisation der Bekl. mit dem entscheidenden Einfluß des Provinzialausschusses und des Kuratoriums berücksichtigt werden. Dieses Moment sei in den Landesgesetzen und in der Kennzeichnung als Landesbank der Provinz Westfalen genügend zum Ausdruck gekommen.

Die Rüge erscheint nicht begründet. Zwar ergibt die Satzung in § 10 Ziff. 3, daß der Generaldirektor zur Annahme von Angestellten innerhalb der Grenzen der im Haushaltsplan vorgesehenen Mittel befugt ist, und nach § 17 beschließt der Provinziallandtag über die Festsetzung des Haushaltsplans. Ferner unterliegen der Beschlußfassung des Kuratoriums, welches zur Leitung der Verwaltung und zur dauernden Überwachung der Geschäftsführung bestellt ist, die in dem genannten § 10 Ziff. 3 angegebenen Festsetzungen. Hieraus ergibt sich aber noch nicht, daß, wenn der Generaldirektor den Angestellten die Remunerationen regelmäßig auszahlen ließ, sie nur als freiwillige und widerrufliche Zuwendungen gelten sollten. Eine Bezugnahme auf die jedesmalige Bewilligung durch das Kuratorium ist, wie das NArbG. feststellt, nicht erfolgt. Aber selbst wenn die Tatsache, daß die Zuwendungen der jedesmaligen Beschlußfassung und Bewilligung durch das Kuratorium unterlagen, den Angestellten anderweitig bekannt geworden war, so konnten die Angestellten in der Regelmäßigkeit der Bewilligungen den stillschweigenden Verpflichtungswillen auch der übrigen maßgebenden Organe erblicken und brauchten jedenfalls diesen Vorgängen keinen Vorbehalt hinsichtlich der Freiwilligkeit oder Widerruflichkeit zu entnehmen. Da längere Jahre hindurch, von 1920—1925, auch der gleiche Hundertsatz gezahlt wurde, so mußten auch aus der einseitigen Festsetzung keine dahingehenden Schlüsse gezogen werden. Die Ermäßigung der Remuneration für 1926 ist demgegenüber ohne rechtliche Bedeutung. Es ist dem NArbG. ferner darin beizutreten, daß die Angestellten in keinerlei unmittelbare Beziehungen zu den übergeordneten Organen traten und daß lediglich die Vereinbarungen des Generaldirektors mit ihnen maßgebend waren und sind. Ebenjowenig kann eine unmittelbare Einwirkung der Neuregelungen durch die oberen Verwaltungsorgane auf die einzelnen Dienstverträge angenommen werden. In dieser Beziehung kann auf die zutreffenden Ausführungen des NArbG. verwiesen werden. Die Bekanntgabe der Beschlüsse des Kuratoriums konnte somit das einmal entstandene Recht auf Weiterzahlung der Remuneration nicht beeinflussen, sofern nicht durch Vereinbarung oder Kündigung eine Änderung der Dienstverträge eintrat. Hinsichtlich der Höhe muß in erster Linie die Übllichkeit entscheiden.

(NArbG., Urt. v. 22. Nov. 1930, RAG 442/30.)

*

2. § 17 Abs. 2 GenG. Eine Konsumvereinsgenossenschaft ist Kaufmann und betreibt Einzelhandel. †)

Das BG. stellt fest, daß der TarVertr., über dessen Anwenbarkeit auf das Arbeitsverhältnis der Kl. bei der Bekl. die Parteien streiten, laut Entsch. des NArbM. v. 16. Aug. mit Wirkung v. 1. Mai 1928 für die „kaufmännischen Angestellten im Einzelhandel im Stadtkreis D.“ allgemeinerbindlich ist. Es verneint indessen die Frage, auf welche die Parteien vor ihm bisher die Verhandlung im wesentlichen beschränkt haben, ob nämlich die Bekl. i. S. dieser Allgemeinerbindlichkeitserklärung in ihrem Verkaufsgeschäft „Einzelhandel“ betreibt, und lehnt deshalb die Anwenbarkeit des TarVertr. auf das streitige Arbeitsverhältnis ab, indem es unter Bezugnahme auf RAG 234/29, welche bei der Begriffsbestimmung des Einzelhandels im tariflichen, wirtschaftlichen und rechtlichen Sinne von der Kaufmannseigenschaft des Einzelhandels Betreibenden ausgeht, folgendes ausführt: Die Vorschrift des § 17 Abs. 2 GenG., wonach Genossenschaften als Kaufleute i. S. des BGB. gelten, stelle eine Sonderbestimmung dar, die gerade deshalb erlassen worden sei, weil nicht alle Genossenschaften,

Zu 2. Die Entsch. hat für das Genossenschaftsrecht in doppelter Hinsicht Interesse:

1. Sie beschäftigt sich mit der Frage nach den Grenzen und den Folgen der Kaufmannseigenschaft einer Genossenschaft, speziell eines Konsumvereins.

§ 17 Abs. 2 GenG. bestimmt:

„Genossenschaften gelten als Kaufleute i. S. des BGB., soweit dieses Gesetz keine abweichenden Vorschriften enthält.“

Das NArbG. zieht aus dieser Gesetzesbestimmung die Folgerung, daß eine Genossenschaft stets Handel, ja sogar die weitergehende, daß sie Einzelhandel betreibt.

§ 1 Abs. 1 BGB. geht gerade umgekehrt vor, indem er bestimmt:

„Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.“

Das BGB. folgert also die Kaufmannseigenschaft erst aus

die geschäftsmäßig Waren einkaufte, um sie zu verkaufen, an sich Kaufleute i. S. des § 1 HGB. sein würden, nämlich dann nicht, wenn dieser Geschäftsbetrieb nicht die Erzielung von Gewinn bezweckte. Eine Gewinnabsicht fehle, wenn der Geschäftsbetrieb der Genossenschaft den Kreis der Mitglieder nicht überschreite und wenn sachgemäß ein etwaiger Überschuss auf die Genossen nach dem Maßstab der von ihnen mit der Genossenschaft gemachten Umsätze verteilt werde; denn dann bezwecke die Genossenschaft lediglich Ersparnisse für die Mitglieder und gleiche wirtschaftlich einer auf gemeinschaftlichen billigen Einkauf gerichteten Gesellschaft. Diese Voraussetzungen seien hier gegeben. Die Bekl. dürfe nur Waren an Mitglieder verkaufen und gem. § 12 der Satzung hätten die Mitglieder gegen die Genossenschaft einen unentziehbaren Rechtsanspruch auf die bilanzmäßig nachgewiesene Erübrigung, die den Genossen nach dem Verhältnis ihres Umsatzes an Bedarfsgütern bei der Genossenschaft als Rückvergütung gewährt werde. Ein derartiges gemeinschaftliches Unternehmen der Genossen sei nach allgemeiner wirtschaftlicher Auffassung kein Einzelhandelsbetrieb, vielmehr von einem solchen so verschieden, daß es vom Einzelhandel heftig bekämpft werde. Es wäre daher undenkbar, daß eine Konsumgenossenschaft Mitglied eines Einzelhandelsverbandes werden könnte. Hieraus folge zugleich, daß der Verkaufsbetrieb von Konsumgenossenschaften nicht dem Berufskreis zugehöre, für den ein Einzelhandelsverband TarVertr. tätige. Mithin fielen, auch wenn der Verkaufsbetrieb von Konsumgenossenschaften im weitesten Sinne noch unter den Begriff des Einzelhandels gerechnet werden müßte, kaufmännische Arbeitsverhältnisse in den Verkaufsbetrieben der Konsumgenossenschaften nicht der Art der Arbeit nach unter den TarVertr. des Einzelhandels.

Diese Ausführungen werden von der Revision mit Recht bekämpft. Das BG. erkennt in ihnen sowohl das Gesetz als auch die Rpr. des RArbG. Rechtzrügig ist es zunächst, daß das angefochtene Urteil auf Grund des § 17 Abs. 2 GenG. einer Genossenschaft die Kaufmannseigenschaft deshalb verweigert, weil ihr Zweck nicht auf eine Gewinnabsicht hinauslaufe, sondern auf die Erzielung von Ersparnissen für ihre Mitglieder. Die Unrichtigkeit

der Tatsache, daß ein Handelsgewerbe betrieben wird, während nach § 17 Abs. 2 GenG. die Genossenschaften selbst dann als Kaufleute i. S. des HGB. gelten, d. h. die für Kaufleute geltenden Vorschriften, wie beispielsweise diejenigen über Führung der Bücher und Aufstellung der Bilanz, auf sich anwenden lassen müssen, wenn sie kein Handelsgewerbe betreiben. Aus dem GenG. läßt sich m. E. kaum ein Anhalt dafür gewinnen, daß eine Genossenschaft stets Handel oder gar Einzelhandel betreibt. Das ist auch aus der vom RArbG. angeführten Ann. 17 zu § 17 bei Crüger-Creelius-Citron nicht zu entnehmen. Ebenjowenig folgt dafür etwas aus der vom RArbG. angeführten RG. 116, 277, die zu dem Schlusse kommt, daß auch ein Konsumverein gegen § 1 des Ges. gegen den unlauteren Wettbewerb verstoßen, also einen Verstoß gegen die guten Sitten zum Zwecke des Wettbewerbs im geschäftlichen Verkehr begehen könne. Auch aus dieser Entsch. folgt keineswegs, daß ein Konsumverein ein Handelsgewerbe betreibt, sondern nur, daß sein Betrieb unter den Begriff des geschäftlichen Verkehrs fällt. Wohl aber läßt sich aus § 17 Abs. 2 GenG. mit Recht folgern, daß ein Konsumverein kaufmännische Angestellte i. S. des TarVertr. für die kaufmännischen Angestellten im Einzelhandel im Stadtkreis D. haben kann. Die Frage dagegen, ob der Konsumverein Einzelhandel i. S. dieses TarVertr. betreibt, ist nicht aus dem GenG., sondern aus dem Sinn des Tarifrechtes heraus zu beantworten. M. E. hat also das RArbG. jedenfalls insoweit recht, als es den Versuch, die Unterstellung einer kaufmännischen Angestellten des Konsumvereins unter den Tarif aus dem GenG. herzuleiten, zurückweist.

2. Trotzdem ist das Ergebnis, zu welchem das RArbG. gelangt, meiner Ansicht nach zutreffend, weil die Frage, was man unter Einzelhandel versteht, im Wege der Auslegung der Entsch. des RArbM. v. 16. Aug. 1928 über die Allgemeinverbindlichkeitserklärung des Tarifes dahin zu beantworten ist, daß auch die kaufmännischen Angestellten eines Konsumvereins dem TarVertr. zu unterstellen sind. Es kommt also darauf an, was i. S. dieser Entsch. unter Einzelhandel zu verstehen ist. Hier weist das RArbG. mit Recht darauf hin, daß der Begriff des Einzelhandels von ihm in einer früheren Entsch. (RArbG. 4, 250 ff.) bereits festgelegt ist. Es heißt in dieser Entscheidung:

„Einzelhandel im tariflichen wie überhaupt im wirtschaftlichen und rechtlichen Sinne betreibt jeder Voll- oder Minderkaufmann, der in offenen Läden, d. h. in lediglich zum Verkauf bestimmten und eingerichteten Räumen oder mit kaufmännisch geschultem Personal, ständig kleine Mengen, sei es von ihm selbst hergestellter oder von anderer Seite her bezogener Ware unmittelbar an Selbstverbraucher abgibt, es sei denn, daß es sich um den unmittelbaren Betrieb eines kleinen Handwerkers handelt.“

Nach dieser Entsch. kann also auch ein im gesetzlichen Sinne kaufmännisches Unternehmen, dessen Geschäftsbetrieb nicht auf Gewinnerzielung gerichtet ist, Einzelhandel i. S. der TarVertr. be-

dieser Schlussfolgerung ergibt sich schon daraus, daß das BG. im unmittelbaren Zusammenhang damit von einem sachgemäß unentziehbaren Rechtsanspruch der Mitglieder gegen die Genossenschaft auf die bilanzmäßig nachgewiesene Erübrigung spricht. Diese „Erübrigung“ bedeutet nichts anderes als einen durch den geschäftsmäßigen Verkauf der selbst hergestellten oder eingekauften Waren erzielten Gewinn. Daß der Gewinn nicht bei der Genossenschaft als solcher verbleibt, sondern unter die ihr als Mitglieder angehörenden Genossen verteilt wird, ändert nichts an seiner Rechtsnatur als Überschuss der Verkaufs- über die Herstellungs- oder Einkaufspreise nach Abzug von Spesen und sonstigen Unkosten, stempelt ihn also nicht etwa zu bloßen „Ersparnissen“ der Mitglieder. Die in § 17 Abs. 2 GenG. vorgesehene Kaufmannseigenschaft der Genossenschaften beschränkt sich zudem nicht auf das HGB. Die Genossenschaften unterliegen vielmehr auch allen anderen gesetzlichen Vorschriften, die für „Kaufleute i. S. des HGB.“ bestehen, soweit nicht das GenG. selbst etwas anderes bestimmt (vgl. Parisius-Crüger, Komm., 11. Aufl., zu § 17 Ann. 17 S. 147, auch RG. 116, 277 [281]). Für die im vorl. Fall bei der danach zu bejahenden Kaufmannseigenschaft der Bekl. allein noch in Betracht kommende Frage, ob eine Genossenschaft „Einzelhandel“ betreibt, enthält nun das GenG. keine abweichende Bestimmung. Mangels einer solchen muß und kann daher, zumal nach dem festgestellten Sachverhalt auch alle sonstigen Voraussetzungen hierfür gegeben sind, die Frage hinsichtlich der Bekl. Genossenschaft nur entsprechend der allgemeinen Begriffsbestimmung beantwortet werden, wie sie das RArbG. 4, 250 ff. bereits aufgestellt hat, d. h. dahin, daß die Bekl. als Kaufmann Einzelhandelsgeschäfte betreibt, da sie nach der tatsächlichen Feststellung des BG. in einem über den unbedeutenden Betrieb eines kleinen Handwerkes hinausgehenden Umfang in lediglich zum Verkauf bestimmten und eingerichteten Räumen mit kaufmännisch geschultem Personal ständig kleine Mengen, sei es von ihr selbst hergestellter oder von anderer Seite her bezogener Waren unmittelbar an Selbstverbraucher abgibt. Da ferner nicht der geringste Anhalt dafür besteht, daß die Allgemeinverbindlichkeitserklärung des RArbM. v. 16. Aug. 1928 unter

treiben. Ob die Begriffsbestimmung, die das RArbG. vom Einzelhandel gibt, außerhalb des Gebietes der TarVertr., also überhaupt wirtschaftlich und rechtlich stets zutrifft, bedarf hier keiner Erörterung. Jedenfalls trifft die Begriffsbestimmung für das Gebiet der TarVertr. zu. Denn sie ist wirtschaftlich gerechtfertigt, da es für die Lage der Angestellten an sich sehr gleichgültig ist, zu welchem Zwecke das kaufmännisch geführte Unternehmen betrieben wird. Zutreffend ist es auch, wenn das RArbG. ausführt, daß kein Anhalt dafür bestehe, daß die Allgemeinverbindlichkeitserklärung des RArbM. unter Einzelhandel etwas anderes verstehe oder verstanden wissen wolle, als der Begriff des Einzelhandels im tariflichen Sinne bedeute. Es zeigt sich auch hier wieder, wie bei der Auslegung vieler anderer Gesetze, daß ein einzelnes Wort je nach dem Zwecke des Gesetzes verschiedene Bedeutungen hat. So hatte das RArbG. ausgeführt, daß ein gemeinschaftliches Unternehmen, wie es der hier in Frage kommende Konsumverein darstellt, kein Einzelhandelsbetrieb, vielmehr von einem solchen so verschieden sei, daß solche Unternehmungen vom Einzelhandel heftig bekämpft würden.

Das RArbG. übersieht, daß das Wort „Einzelhandel“, wenn es gebraucht wird, um einzelne Händler im Gegensatz zu den gemeinsam einkaufenden Genossenschaften zu setzen, einen ganz anderen Sinn hat, als da, wo es gebraucht wird, um gewisse kaufmännisch geführte Unternehmungen im Verhältnis gegenüber ihren Angestellten zusammenzufassen.

Letzten Endes stellt sich auch die hier besprochene Entsch. des RArbG. als ein Glied in der Kette anderer Entsch. dar, welche den Zweck des Gesetzes voranstellen, um den richtigen Sinn für den Wortlaut zu finden. Ich erinnere hier an die Entsch. des RArbM., die sich mit der Frage beschäftigen, ob Mitglieder einer Genossenschaft zugleich Arbeitnehmer dieser Genossenschaft i. S. der sozialen Gesetzgebung sein können. Das RArbM. ist für die Genossenschaft und in einem ähnlich liegenden Falle für das Mitglied einer Gewerkschaft zur Bejahung dieser Frage gelangt, indem es von dem Zwecke der in Frage kommenden Gesetze, den abhängigen Angestellten die Vorteile der sozialen Gesetzgebung zu gewähren, ausgeht (vgl. RArbM. Nachr. 1897, 319 Nr. 572; 1899, 650; 1900, 833 Nr. 852; vgl. auch Trumpler, „Produktivgenossenschaften und soziale Gesetzgebung“: NZArbR. 1922, 616 sowie Citron: WGenossW. 1930, 853 über „Mitglieder von Produktivgenossenschaften als Arbeitnehmer i. S. des Arbeitslosenversicherungsgesetzes“).

Man wird die hier besprochene Entsch. des RArbG. mit Zug heranziehen können, wenn man die Frage, ob ein Mitglied einer Genossenschaft zugleich deren Arbeitnehmer i. S. eines Sozialgesetzes sein kann, bejahen will (vgl. Citron: WGenossW. 1931, 81).

DGM. Citron, Berlin.

„Einzelhandel“ etwas anderes versteht oder verstanden wissen will, als der Begriff nach dem vorbezeichneten Urteil des RArbG. im tariflichen, wie überhaupt im wirtschaftlichen und rechtlichen Sinne bedeutet, so ist endlich auch mit der ständigen Rspr. des RArbG. (vgl. u. a. RArbG. 1, 204, 348; 2, 38 f.; 4, 80; 5, 33) sowohl nach der Art des Betriebes als auch nach der Art der Arbeit, welche die Kl. unstreitig in der Filiale der Bekl. verrichtet hat, die Anwendbarkeit des für allgemeinverbindlich erklärten, die kaufmännischen Angestellten im Einzelhandel Groß- u. s. betr. TarVertr. auf die arbeitsvertraglichen Beziehungen der Parteien zu bejahen.

(RArbG., Urte. v. 5. Juli 1930, RAG 97/30. — Duisburg-Hamborn.) [B.]

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

Berichtet von Reichsfinanzrat Dr. Boethke, Reichsfinanzrat Art und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

[< Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

I. §§ 6 Absf. 2, 26—45, 29, 37, 65 EinkStG. Offene Handelsgesellschaft oder stille Kapitalbeteiligung. f)

Nach der ständigen Rspr. des RfH. ist in Anlehnung an die Ausführungen von Flechtheim in Düringer-Hachenburg (Anm. 4 und 7 zu § 340 HGB.) zu unterscheiden zwischen einem sog. typischen stillen Gesellschafter, d. h. einem Gesellschafter, dessen Gewinnbeteiligung sich nur auf den laufenden Geschäftserfolg, nicht dagegen auf den bei der Veräußerung von Anlagekapital erzielten Gewinn, oder — bei Auflösung des Geschäfts — auf den etwa für

Zu 1. I. Das Urteil ist für den Fall, der zur Entscheidung stand, richtig. Es handelte sich um eine Firma, die der Vater der jetzigen Inhaber vor Jahrzehnten gegründet hatte; in diese waren zunächst die beiden älteren Söhne, später auch der jüngste eingetreten. Die Kapitaleinlagen aller drei Brüder waren gleich; ebenso die Beteiligung an Gewinn und Verlust. Nach den Steuererklärungen sind alle drei je mit $\frac{1}{3}$ am Geschäft beteiligt gewesen. Auch ist der dritte Bruder nach außen als für Schulden der Gesellschaft haftend und als Mitinhaber bezeichnet worden. Ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag, in dem das Rechtsverhältnis als stille Gesellschaft bezeichnet wurde, lag nicht vor. Dem FinA. gegenüber hatte die Firma stets die Gleichberechtigung aller drei Brüder betont. Mit Recht hat der RfH. aus der Gesamtheit der Umstände entnommen, daß auch der dritte Bruder offener Gesellschafter gewesen sei und hat die Tatsache, daß er nicht zum Handelsregister angemeldet wurde — angeblich zur Ersparung von Kosten — für bedeutungslos erklärt. Es handelte sich im vorliegenden Falle nicht um eine stille Gesellschaft i. S. des HGB.

II. Was hier zu erörtern ist, sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze über die stille Gesellschaft, die das Urteil im Anschluß an die Rspr. des RfH. entwickelt. Sie laufen darauf hinaus, daß ein besonderer, vom Handelsrecht abweichender Begriff der stillen Gesellschaft aufgestellt wird. Dagegen erheben sich ernste Bedenken theoretischer und praktischer Natur.

III. Nach § 37 EinkStG. gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen Einkünfte aus der Beteiligung an einem Handelsgewerbe als stiller Gesellschafter. Was eine stille Gesellschaft ist, muß aus dem HGB. entnommen werden, da jeder Anhaltspunkt dafür fehlt, daß das EinkStG. einen besonderen Begriff der stillen Gesellschaft aufstellen wollte. Nach der Begriffsbestimmung in § 335 HGB. ist die stille Gesellschaft ein Gesellschaftsverhältnis zwischen dem Inhaber eines Handelsgewerbes und einem Dritten, der sich an diesem Handelsgewerbe mit einer in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergehenden Einlage beteiligt. Das Kriterium der stillen Gesellschaft besteht, wie schon der Name besagt, darin, daß der „Stille“ nach außen nicht hervortritt. Er haftet nicht den Gläubigern, trägt nach außen keine Verantwortung. Er kann nicht hindern, daß Privatgläubiger des Geschäftsinhabers sich an das Geschäftsvermögen halten; denn dieses ist dessen alleiniges Eigentum. Auf der anderen Seite verzichtet der Geschäftsinhaber auf die Kreditstärkung, die in der Eintragung des anderen als offener Gesellschafter oder Kommanditist liegen würde (Flechtheim in Düringer-Hachenburg, Vorbem. zu § 335 Anm. 1). Teils aus der gesetzlichen Begriffsbestimmung teils aus Grund der Vorschriften in §§ 336—342 HGB. gelten für die stille Gesellschaft gewisse Grundsätze. Diese sind aber dispositiver Natur; sie gelten nur, soweit nicht die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend etwas anderes vereinbart haben.

den Geschäftswert erzielten Übererlös bezieht. Dem steht gegenüber zunächst der stille Gesellschafter, der am Geschäftsvermögen wesentlich beteiligt ist. Zwar ist i. S. des Handelsrechts auch bei der nicht üblichen, aber durch besondere Vereinbarung möglichen Beteiligung eines Gesellschafters am ganzen Geschäftswert das Vorliegen eines stillen Gesellschaftsverhältnisses möglich. Die Eigentumsrechte eines derartigen Gesellschafters und die Frage der Haftung regeln sich alsdann nach den Bestimmungen über die stille Gesellschaft. Wirtschaftlich aber steht ein derartiger Gesellschafter, was seine Beteiligung an dem finanziellen Ergebnis der Gesellschaft betrifft, dem Gesellschafter einer OHG. oder einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nahe. Das EinkStG. rechnet zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb alle diejenigen Einkünfte, die ein Gesellschafter, der als Mitunternehmer eines Gewerbebetriebs anzusehen ist, bezieht, und stellt dem als Einkünfte aus Kapitalvermögen alle diejenigen Einkünfte gegenüber, die jemand aus kapitalistischer Beteiligung an einer Gesellschaft bezieht. Welche Einkünfte der einen oder der anderen Einkommensart zuzurechnen sind, bestimmt sich, unbeschadet der besonderen Vorschriften der §§ 26 bis 45 EinkStG., gemäß § 6 Absf. 2 nach der Verkehrsauffassung. Da nun der stille Gesellschafter, sofern er an dem Geschäftsvermögen und an dem bei der Veräußerung oder Auflösung erzielten Erlöse beteiligt ist, in bezug auf die finanziellen Folgen seiner Beteiligung, d. h. in der Regel auf seine Einkünfte aus der Gesellschaft, wirtschaftlich ebenso gestellt ist wie der Gesellschafter einer OHG. oder einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, hat der RfH. in ständiger Rspr. einen solchen Gesellschafter als Mitunternehmer i. S. von § 29 EinkStG. angesehen und dementsprechend seine Einkünfte als gewerbliche Einkünfte behandelt. Nur der typische stille Gesellschafter i. S. dieser Darlegungen bezieht Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 37 Absf. 1 Nr. 2 EinkStG. mit der Folge, daß die von der Gesellschaft an ihn bezahlten Beträge als Betriebsausgaben der Gesellschaft angesehen werden können. Diese Regeln gelten nun aber weiterhin in verstärktem Maße, wenn die Stellung des in Betracht kommenden Gesellschafters sich auch in rechtlichen Beziehungen noch mehr der Stellung des offenen Handelsgesellschafters nähert, ja in Frage kommt, den Gesellschafter geradezu als typischen

Deshalb kann man, wenn der Vertrag über die stille Gesellschaft in diesem oder jenem Punkte von der gesetzlichen Norm abweicht, nicht sagen, daß überhaupt keine stille Gesellschaft vorliege. Vielmehr müssen die Abweichungen so einschneidend sein, daß in Wahrheit von einer stillen Gesellschaft nicht mehr gesprochen werden kann. Dies gilt z. B. dann, wenn das Geschäft ganz oder in der Hauptsache für Rechnung des Stillen geht oder wenn er sich so weitgehende Rechte ausbedungen hat, daß er in Wahrheit alleiniger Herr des Geschäfts ist (Flechtheim a. a. O.).

IV. Der RfH. will nun das Vorhandensein einer stillen Gesellschaft schon dann verneinen, wenn der Stille nicht nur am laufenden Geschäftsgewinn, sondern auch an dem am Anlagekapital bestehenden stillen Reserve und am Geschäftswert beteiligt ist. Er hat anscheinend die von ihm angeführten Ausführungen Flechtheims mißverstanden. Wir verdanken Flechtheim den Nachweis, daß der stille Gesellschafter regelmäßig nicht an den stillen Reserven beteiligt ist. In diesem Sinne spricht er vom typischen stillen Gesellschafter. Er hebt aber hervor, daß der Gesellschaftsvertrag Abweichendes bestimmen könne (§ 340 Anm. 5) und das Gegenteil sich auch ohne ausdrückliche Vertragsvorschrift aus dem sachlichen Zusammenhang der Vertragsbestimmungen ergeben könne. Schon der Umstand, daß der stille Gesellschafter das Geschäft mit begründet und geführt hat, kann die Beteiligung (an den stillen Reserven) rechtfertigen. Erst recht, wenn der stille Gesellschafter sich in das Geschäft bei seinem Eintritt hat „einkaufend“ (§ 340 Anm. 7). Solche ausdrückliche oder stillschweigend vereinbarten Abweichungen von der gesetzlichen Regelung ändern nichts daran, daß eine stille Gesellschaft i. S. des HGB. vorliegt. Das gibt jetzt auch der RfH. in der vorliegenden Entscheidung zu. „Zwar ist i. S. des Handelsrechts auch bei der nicht üblichen (?), aber durch besondere Vereinbarung möglichen Beteiligung eines Gesellschafters am ganzen Geschäftswert das Vorliegen eines stillen Gesellschaftsverhältnisses möglich. Die Eigentumsrechte eines derartigen Gesellschafters und die Frage regeln sich alsdann nach den Bestimmungen über die stille Gesellschaft.“ Gleichwohl sei ein derartiger stiller Gesellschafter im steuerlichen Sinne nicht als solcher, sondern als „Mitunternehmer“ i. S. von § 29 EinkStG. anzusehen. Mit Unrecht beruft sich der RfH. hierfür auf die Verkehrsauffassung. Diese legt auf den Umstand, ob der stille Gesellschafter an den Reserven beteiligt ist oder nicht, kein entscheidendes Gewicht. Es geht dies schon daraus hervor, daß über diese Frage in den Gesellschaftsverträgen häufig überhaupt keine Bestimmung getroffen wird. Ist eine solche erfolgt, so bleibt sie den Außenstehenden unbekannt. Die Umstände, auf die der Verkehr Wert legt, sind, daß der „Stille“ nach außen nicht hervortritt, nach außen keine Haftung hat, daß er am Verlust nur bis zum Betrage seiner Einlage teilnimmt, daß er im Konkurs des Geschäftsinhabers wegen seiner Einlage, soweit sie seinen Verlustanteil übersteigt, seine Forderung als Konkursgläubiger geltend machen kann.

V. Die Verfasser des EinkStG. hatten es in der Hand, ob sie

offenen Gesellschafter anzusehen. Das gilt namentlich dann, wenn der Gesellschafter im Betrieb eine Stellung einnimmt, die sich von der des nur mit Kapital beteiligten Dritten auch rechtlich wesentlich unterscheidet. Das ist dann der Fall, wenn der Gesellschafter in einer Stellung im Betrieb mitarbeitet, die schon äußerlich der eines Mitunternehmers nahekommt, ohne daß der Gesellschafter eine besondere Angestelltenstellung, wie etwa die eines Prokuristen, einnehmen würde, und namentlich dann, wenn der Gesellschafter nach außen als für Schulden der Gesellschaft haftend und als Mitinhaber der Firma bezeichnet wird.

Unter diesen Voraussetzungen ist der Begriff des Mitunternehmers ein wirtschaftlicher Begriff; bei Zweifeln in der Anwendung entscheidet für das Einkommensteuerrecht die allgemeine wirtschaftliche Sachlage, wie sie sich nach den Erfahrungen des Erwerbslebens dem unbefangenen Beobachter darstellt, ohne Rücksicht auf Gesichtspunkte des formalen Rechts. Unerheblich ist deshalb, ob der als Mitunternehmer anzusehende Gesellschafter ins Handelsregister als offener Gesellschafter eingetragen ist, wobei übrigens darauf hinzuweisen ist, daß die Gründung einer OHG. und der Beitritt zu einer solchen zu ihrer rechtlichen Gültigkeit der Eintragung in das Handelsregister nicht bedürfen, und daß von einer Beurkundung dieser Rechtshandlungen, solange keine Grundstücke in die Gesellschaft eingebracht werden sollen, abgesehen werden kann; der Gesellschaftsvertrag kann auch stillschweigend geschlossen werden.

(RFS., 6. Sen., Urt. v. 10. Sept. 1930, VI A 178/30.)

*

Die Einkünfte an einem Handelsgewerbe als stiller Gesellschafter als Einkommen am Gewerbe oder als Einkommen aus Kapitalvermögen behandeln wollten. Nachdem sie sich für das Letztere entschieden haben, muß es dabei sein Bewenden haben. Es darf die gesetzliche Regelung dadurch nicht ins Ungewisse gestellt werden, daß man einen besonderen steuerrechtlichen Begriff des stillen Gesellschafters aufstellt. Es bestehen zahllose Verträge über stille Beteiligung, zum Teil aus alter Zeit, sie sind häufig von Juristen verfaßt. Diese waren sich darüber klar, weshalb sie gerade diese Rechtsform wählten. Sie durften sich darüber klar sein, daß gewisse Abweichungen von der im HGB. vorgesehenen Regelung nichts daran änderten, daß eine stille Gesellschaft begründet wurde, da ja das Gesetz solche Abweichungen zuläßt. Die Verfasser der Verträge haben die Beteiligten über die Bedeutung der stillen Gesellschaft und den Unterschied gegenüber der OHG. und der KommGes. belehrt, auch soweit es sich um steuerliche Auswirkungen handelt. Jetzt müssen sie sich von ihren Auftragsgebern sagen lassen, daß sie in steuerlicher Beziehung falsch belehrt seien. Die Möglichkeit von Regressansprüchen gegen Anwälte, die solche Verträge verfaßt haben, ist keineswegs ausgeschlossen.

Es kommt hierzu, daß das Kriterium, auf das der RFS. abstellt, kaum faßbar ist. Wann ist der stille Gesellschafter an dem Gewinn aus der Veräußerung von Anlagewerten, wann ist er am Geschäftswert beteiligt? Das ist zumeist in den Verträgen nicht geregelt und wird regelmäßig erst entschieden, wenn es zur Veräußerung von Anlagewerten oder zur Auflösung des Geschäfts kommt und auch in diesen Fällen nur, wenn dann die Frage eine praktische Bedeutung hat. Ein stiller Gesellschafter hat ein Grundstück in die Gesellschaft eingebracht. Das Grundstück wird veräußert und dabei Gewinn erzielt. An diesem Gewinn ist er nach Treu und Glauben beteiligt, obwohl im Gesellschaftsvertrag nichts davon steht. Ein anderes Grundstück besaß der Geschäftsinhaber schon vor dem Eintritt des Stillen. An der Reserve, die bei diesem Grundstück besteht, ist der Stille nicht beteiligt. Ist er nun im steuerlichen Sinne stiller Gesellschafter oder Mitunternehmer?

Wozu alle diese Schwierigkeiten? Und wie trägt die RFS. bez. 4. Sen. sich mit den Grundsätzen über die Maßgeblichkeit typischer Verhältnisse für die steuerliche Beurteilung, die derselbe Senat in der bekannten Entsch. (RFS. 20, 22) aufstellt? Dort wird zutreffend ausgeführt, daß Entsch. in Steuerfällen nach Möglichkeit Allgemeingültigkeit anstreben sollen. Deshalb liege es nahe, „die Entsch. nach Möglichkeit und im wesentlichen nicht davon abhängig zu machen, was die Beteiligten gerade in diesem oder jenen Fall besonders ausgemacht haben“. Ein typisches Rechtsverhältnis ist die stille Gesellschaft; sie ist es nach der Verkehrsauffassung auch dann, wenn die Beteiligten in Einzelpunkten, z. B. wegen der stillen Reserven, Abweichungen von der nur dispositiven Regelung des Gesetzes vereinbart haben.

VI. Die im Vorstehenden erörterte Frage ist von Bedeutung hauptsächlich für die Aufbringungsabgabe und für die Gewerbesteuer. Für die letztere wird sich die Streitfrage voraussichtlich erledigen durch die WD. v. 1. Dez. 1930 (Kap. III § 11 Abs. 1 Nr. 1). Danach sind den Reineinkünften aus dem Gewerbebetriebe die Gewinnbeträge zuzurechnen, die an stille Gesellschafter oder andere nicht als Mitunternehmer Beteiligte entrichtet werden. Da durch diese positive Vorschrift der wichtigste Streitpunkt praktisch beseitigt werden soll, darf man hoffen, daß nunmehr der unglückliche Begriff des stillen Gesellschafters im steuerlichen Sinne aus der RFS. verschwindet. Damit würde eine Frage, die der Vorsitzende des 6. Sen. selbst als

2. § 13 EinStG.; § 13 RörpStG.; § 4 ABgD. Sind Grundstücke einer inländischen Erwerbsgesellschaft zugunsten von Ausländern mit Scheinhypotheken belastet und werden diese Hypotheken mit Mitteln abgelöst, die durch Ausnahme von Hypotheken bei deutschen Banken beschafft werden, so sind zwar die bei Aufnahme der neuen Hypotheken entstandenen Verluste Werbungskosten, aber die Abführung der Gelder an den angeblichen ausländischen Gläubiger kann sich als Schenkung oder als verdeckte Gewinnverteilung darstellen. (f)

Die Beschw. ist i. Z. 1922 mit dem verhältnismäßig geringen Grundkapital von 800 000 RM. gegründet worden. Um ein Doppelgrundstück erwerben zu können, hat die Beschw. sich bei einer Schweizer Firma eine größere Papiermarksumme geliehen gegen Übernahme der Verpflichtung, bei der Abtragung der Schuld für 1 RM. 10 Centimes zu zahlen. Das bedeutet die Erstattungspflicht eines Vielfachen des Goldwertes der empfangenen Papiermark. In den Handelsbilanzen der Beschw. für 1924 und für 1925 ist die Schuld mit 640 000 GM., in der Handelsbilanz für 1926 mit 400 000 GM. ausgewiesen. Das FinA. hat die Schuld nur in Höhe einer 100%igen Aufwertung = 25 752 M als ernsthaft gemeint angesehen und im übrigen die Hypothek bzw. Grundschuld als eine Scheinbelastung betrachtet. Das FinA. hat sich darauf berufen, daß ein solches Verfahren in drei gleichliegenden Fällen vom RFS. gebilligt sei. Als Schuldzinsen sind vom FinA. auch nur 12% von 25 752 M zum Abzug zugelassen. Die Beschw. hat dagegen keine Einwen-

schwerige und „leibig“ bezeichnet (Wecker: StB. 1930, 1044), in Wegfall kommen.

VII. Die RFS. des RFS. ist enthalten in den Urt. v. 3. Febr. 1926, VI A 163/25 (RFS. 18, 162), v. 29. Okt. 1926, V o A 572/26 (RFS. 19, 336), v. 25. Jan. 1927, I A 385/26 (RFS. 20, 194), v. 6. März 1929, VI A 267/29: StB. 1929 Nr. 708, v. 17. Juli 1930, III A 203/29: StB. 1930 Nr. 1518 und v. 29. Juli 1930, III A 310/29: StB. 1930 Nr. 1519. Die im Vorstehenden besprochene Entsch. v. 10. Sept. 1930 ist mit ausführlichem Tatbestande in StB. 1930 Nr. 1363 abgedruckt.

RM. Dr. W. Kaufmann, Leipzig.

Zu 2. Das Urteil ist recht lehrreich, aber weniger durch den Inhalt des in der Überschrift hervorgehobenen Satzes, der sich eigentlich von selbst versteht, als durch gewisse rechtsgrundgesetzliche Bemerkungen zu dem Falle.

I. In erster Linie bedeutungsvoll sind die Ausführungen über das Verhältnis der Handels- zur Steuerbilanz. Die pflichtige Erwerbsgesellschaft hatte in ihrer Handelsbilanz 1926 eine Hypothekenschuld an eine Schweizer Firma von 400 000 GM. stehen, die das FinA. aber nur in Höhe von rund 25 000 RM. anerkannt, im übrigen als eine Scheinbelastung betrachtet hatte. Dessen hatte sich die Firma für die Steuerbilanz 1926 bedient, nicht aber für die Handelsbilanz. Als sie 1927 darauf gegen 250 000 GM. an die angebliche Gläubigerin zahlte, hat sie dies in der Handelsbilanz als teilweise Rückzahlung auf die Hypothekenschuld von 400 000 GM. behandelt. In der Steuerbilanz war dies nicht möglich, da hier ja die Schuld nur mit 25 000 RM. figurierete. Deshalb verfiel sie auf den Ausweg, in der Steuerbilanz die Zahlung von 250 000 GM. als Darlehen an die Schweizer Firma zu buchen. Die Vorinstanzen scheinen sich hieran nicht gestoßen zu haben. Mit Recht führt hiergegen der RFS. aus, eine solche Diskrepanz zwischen Handels- und Steuerbilanz sei steuerrechtlich unangängig. Die Steuerbilanz sei keine Phantasiabilanz, sie müsse auf der Handelsbilanz fußen, aber auf einer richtigen Handelsbilanz, die der wahren Sachlage Rechnung trägt. Wenn es dann weiter heißt: Da die Firma die Auffassung des FinA. anerkannt habe, daß die Schweizer Firma tatsächlich von Anfang an von ihr nur rund 25 000 RM. zu fordern gehabt habe, so habe sie auch in der Handelsbilanz nur diesen Betrag passivieren und auch die von ihr 1927 geleistete Zahlung von 250 000 RM. in der Handelsbilanz 1927 nicht als Schuldentilgung behandeln dürfen, so ist dem nur zugustimmen unter der Voraussetzung, daß dies auch tatsächlich „der wahren Sachlage“ entsprach. Sollte sich nachträglich etwa erweisen lassen, daß die Gesellschaft sich dem Standpunkte des FinA. nur des Steuerfriedens halber anbequemt habe, d. h. daß in Wahrheit die Behandlung der Schuld in der Handelsbilanz, nicht aber die in der Steuerbilanz „der wahren Sachlage“ entsprach, so muß umgekehrt die Steuerbilanz wieder in Einklang mit der Handelsbilanz gebracht werden. Die bloße Tatsache, daß die Gesellschaft, wie es in dem Urteile heißt, gegen diese Stellungnahme des FinA. „keine Einwendungen mehr erhoben“, sich dahin mit dem FinA. „verglichen“ hat, hindert sie nicht, nachdem die Sache durch Zurückverweisung wieder in die Tatsacheninstanz zurückgekehrt war, ihr erstinstanzliches Zugeständnis zu widerrufen und auf Angleichung der Steuerbilanz an die Handelsbilanz zu bestehen.

II. Bei Beschaffung der von ihr an die Schweizer Firma gezahlten 250 000 RM. hatte die Gesellschaft einen Verlust von

dungen mehr erhoben; sie spricht in diesem Zusammenhang in ihrer Berufungsschrift von einem Vergleich mit dem FinA. Es hat sich so der Zustand entwickelt, daß die BeschwF. in ihrer Handelsbilanz 400 000 M und in ihrer Steuerbilanz nur rund 25 000 M als Schuld an die Schweizer Firma ausgewiesen hat. Im Jahre 1927 hat die BeschwF. bei einer deutschen Hypothekenbank eine Hypothek von 250 000 M. aufgenommen und die Summe zum allergrößten Teile der Schweizer Firma zugehen lassen. Nach ihrer Darstellung hat sie handelsbilanzmäßig ihre Schuld insoweit zurückgezahlt. Steuerbilanzmäßig will sie den Vorgang so behandeln, als ob sie der Schweizer Firma ein Darlehen gegeben habe. Darum setzt sie in ihrer Gewinn- und Verlustrechnung auch fingierte Darlehenszinsen auf der Einnahmeseite ein. Anlässlich der Aufnahme der Hypothek bei der deutschen Hypothekenbank sind durch Provisionen, Disagio u. dgl. rund 16 000 M Verlust entstanden. Die BeschwF. sieht diesen Verlust als Werbungskosten an und will ihn auf fünf Jahre verteilen, so daß in der Gewinn- und Verlustrechnung für 1927 der Betrag von 3179 M erscheint. Das FinA. hat nur 363 M für 1927 als abzugsfähig anerkannt. Da nur die Summe von 25 752 M als eine echte Schuld gelte, könne nur der Teil der Unkosten abgezogen werden, der anteilmäßig auf die 25 752 M entfiel. Das FinA. hat diese Auffassung gebilligt. Die dagegen erhobene Rechtsbeschwerde ist begründet.

Die BeschwF. hat unstreitig die Hypothek bei der deutschen Hypothekenbank aufgenommen und dabei rund 16 000 M Verlust gehabt. Da die Hypothek auf fünf Jahre unkündbar ist, steht nichts im Wege, den Verlust in fünf Jahren abzuschreiben. Die Erwägung des FinGer., daß ein vernünftiger Kaufmann nicht mit Verlust Geld borgt, lediglich um es zu gleichen Bedingungen wieder zu verborgen, liegt neben der Sache, ebenso die weitere Ausführung des FinGer., daß sich die BeschwF. die Gelddarlehenskosten von der Schweizer Firma ersetzen lassen müßte. Für die Besteuerung ist nicht das maßgebend, was ein Steuerpflichtiger nach Ansicht der Steuerbehörden klugerweise hätte tun müssen, sondern das, was er getan hat.

Die Vorentscheidung unterlag hiernach der Aufhebung. Bei freier Beurteilung ist die Sache nicht spruchreif. Das von der BeschwF. zur Abdeckung des Verlustes eingesezte Passivum ist zwar in voller Höhe anzuerkennen. Es ist jedoch bei der Durchführung des ganzen Steuerfalls zweifelhaft, ob eine Herabsetzung des Steuerbetrags einzutreten hat. Das FinA. hat in der ursprünglichen Schuldbüchleinübernahme der BeschwF. gegenüber der Schweizer Firma zum größten Teil eine Scheinvereinbarung gesehen. Die BeschwF. hat, ohne die Frage im Rechtsmittelverfahren auszutragen, der Auffassung des FinA. Rechnung getragen, aber nur in ihren Steuerbilanzen; für die Handelsbilanzen hat sie die Scheinvereinbarung als echte Vereinbarung behandelt. So ist es schließlich dahin gekommen, daß aus der handelsbilanzmäßigen Darlehensschuldbüchleinübernahme der Schweizer Firma eine steuerbilanzmäßige Darlehenshingabe an die Schweizer Firma geworden ist. Das geht nicht an. Die Steuerbilanz ist keine Fantasiebilanz; sie muß ruhen auf der Handelsbilanz (§ 13 EinkStG.), aber auf einer richtigen Handelsbilanz, die der Wirklichkeit Rechnung trägt. Da die BeschwF. die

Auffassung des FinA. anerkannt hat, daß es sich bei ihrer ursprünglichen Vereinbarung mit der Schweizer Firma zum größten Teil um eine Scheinvereinbarung gehandelt hat, muß sie auch in ihren, dem FinA. einzureichenden Handelsbilanzen der wahren Sachlage Rechnung tragen, d. h. sie durfte nur eine Schuld von 25 752 M und die entsprechenden Schuldzinsen einsetzen. Sie konnte dann weiter in ihrer Handelsbilanz nicht die Auffassung vertreten, daß sie mit den i. J. 1927 der Schweizer Firma gegebenen rund 250 000 M eine Schuld tilge. Denn in dieser Höhe war eine wirkliche Schuld nicht vorhanden. Und ebenso wenig durfte sie in die Gewinn- und Verlustrechnung Zinsen einstellen, die sie gar nicht bekommt. Darum ist auch dieser Posten herauszufreichen. Auf der anderen Seite ist das, was die BeschwF. der Schweizer Firma über ihre wirkliche Schuld hinaus gegeben hat, steuerpflichtig. Ist die Schweizer Firma Aktionärin der BeschwF., dann handelt es sich um eine verdeckte Gewinnverteilung, die der Körperschaftsteuer unterliegt. Ist die BeschwF. nicht Aktionärin, dann würde Schenkungsteuer in Frage kommen. In der mündlichen Verhandlung hat der Vertreter der BeschwF. angedeutet, daß zwischen ihr und der Schweizer Firma bzw. zwischen den Anteilbesitzern beider Gesellschaften nur zum Teil Beziehungen beständen. Da die Akten kein klares Bild geben, war die Sache an das FinGer. zurückzuverweisen, das die entsprechende Aufklärung herbeizuführen hat. Sollte das FinGer. von der BeschwF. eine einwandfreie Auskunft nicht erhalten können, ob die Schweizer Firma Anteilbesitzerin ist, dann hat es den Tatbestand zugrunde zu legen, der ihm nach der Aktenlage als der wahrscheinlichere erscheint. Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß die BeschwF. nach §§ 163, 202 RAbgD. auch zur Vorlegung ordnungsmäßiger Handelsbilanzen angehalten werden kann und daß infolge der Schenkung oder der verdeckten Gewinnverteilung und der damit verbundenen Steuerleistung eine steuerfrei abzudeckende Unterbilanz nicht entsteht, da die Unterbilanz, falls sie entsteht, nicht durch Verluste herbeigeführt sein würde (§ 15 Nr. 3 RörpStG.).

(RStB., 1. Sen., Urt. v. 23. Okt. 1930, I A 539/30.)

*

3. § 13 EinkStG.; §§ 13, 15 Nr. 3 RörpStG.

a) Eine Gesellschaft, die eine von der Handelsbilanz abweichende Steuerbilanz besitzt, ist an ihre geschäftlichen Maßnahmen und Beschlüsse nicht nur für die Handelsbilanz, sondern auch für die Steuerbilanz gebunden. Diese Regel muß aus Billigkeitsgründen dann eine Ausnahme erleiden, wenn es einer Gesellschaft nicht möglich war, in einer für die Handelsbilanz gefaßten Entscheidung auch die Steuerbilanz zu berücksichtigen.

b) Eine Gesellschaft, die lediglich in der Steuerbilanz eine Unterbilanz ausweist, kann nicht mit den Gewinnen, die sie handelsbilanzmäßig an ihre Gesellschafter ausschütten durfte und ausgeschüttet hat, steuerbilanzmäßig ihre Unterbilanz tilgen. †)

Die Goldmarkeröffnungsbilanz der BeschwF. ist für den 1. Jan. 1924 aufgestellt. Sie weist ein Aktienkapital von 720 000 M und einen geringen Reservefonds aus; ein Kapitalwertungskonto

verteilung oder als teils das eine, teils das andere ansehen können. Gegen diese Darlegung des RStB. ist also nichts zu erinnern. Auch dem Satz des RStB. ist zuzustimmen, daß, wenn die Steuerpflichtige in dem weiteren Verfahren keine einwandfreie Auskunft geben sollte, darüber, ob (und man wird auch hinzuzufügen müssen, in welchem Umfang) die Schweizer Firma Anteilbesitzerin ist, das FinGer. den Tatbestand zugrunde zu legen habe, der ihm nach der Aktenlage als der wahrscheinlichere erscheine.

IV. Der RStB. schließt die zutreffende Bemerkung an, daß die Gesellschaft, wenn sie sich grundlos weigere, die Handelsbilanz der als richtig unterstellten Steuerbilanz gemäß zu ändern, hierzu nach §§ 163, 202 RAbgD. mit Zwangsmitteln angehalten werden kann.

V. Richtig ist auch endlich die Schlussbemerkung des Urteils, daß eine etwa durch die Auszahlung der 250 000 M herbeigeführte Unterbilanz keineswegs das Privileg steuerfreier Abdeckung nach § 15 Nr. 3 RörpStG. genießen würde, weil diese Unterbilanz nicht eine durch Verluste, sondern eben nur durch freiwillige Zahlung herbeigeführte wäre.

Al. Dr. Glaser, Dresden.

Zu 3. 1. Der Grundsatz, daß die Steuerbilanz sich an die kaufmännische Bilanz möglichst eng anlehnen und ihr im wesentlichen entsprechen soll, muß aus der Natur der Sache heraus zahlreiche Ausnahmen erleiden. Denn während das Handelsrecht verhindern will, daß die wirtschaftliche Lage des Kaufmanns durch hohe Bewertung der Bilanzposten in einem zu günstigen Lichte erscheine, besteht ein steuerliches Interesse daran, daß der Steuerpflichtige nicht eine zu niedrige Bewertung vornimmt. Daraus ergibt sich zwar nicht, daß die beiden Bilanzen völlig unabhängig voneinander bestehen können; aber in zahlreichen Fällen wird doch die Steuerbilanz ein wesentlich anderes Aussehen haben als die Handelsbilanz, auch wenn deren An-

16 000 RM erlitten, d. h. es waren ihr von den geborgten 250 000 RM nur bare 234 000 RM verblieben. Trotzdem hatte sie anscheinend volle 250 000 RM an die Schweizer Firma gezahlt. Da sie die 250 000 RM in frühestens fünf Jahren zurückzahlen mußte, wollte sie den Verlust von 16 000 RM in regelmäßigen Abschreibungen auf fünf Jahre verteilen. Da das FinGer. die Sache von dem (nur künstlich konstruierten, tatbestandlich unzutreffenden) Gesichtspunkte aus behandelte, als habe die Firma die 250 000 RM als Darlehn nach der Schweiz weitergegeben, wies sie die Abschreibung mit der Begründung zurück, ein vernünftiger Kaufmann borge nicht Geld mit Verlust, lediglich um es zu gleichen Bedingungen wieder zu verborgen, überdies müßte sich die Firma die Gelddarlehenskosten von der Schweizer Firma ersetzen lassen. Es ist dem RStB. durchaus zuzustimmen, wenn er diese Ausführungen mit der grundsätzlichen Bemerkung zurückweist, für die Besteuerung sei nicht das maßgebend, was ein Steuerpflichtiger nach Ansicht der Steuerbehörde hätte tun müssen, sondern das, was er getan hat. Immerhin könnte man die Vorinstanz vielleicht doch mit folgendem verteidigen: Wenn sie sagte, die Firma müßte sich die Gelddarlehenskosten von der Schweizer Firma ersetzen lassen, so könnte sie sehr wohl vielleicht gemeint haben, ihr stehe gegen die Schweizer Firma ein Aktivierungspflichtiger Anspruch zu auf Ersatz der Gelddarlehenskosten. Ob dies tatbestandlich zuträfe, wäre eine andere Frage, rechtsgrundfähig aber ließe sich in solchem Falle gegen die Streichung der (ohne gleichzeitige Aktivierung des Anspruchs auf Ersatz der Gelddarlehenskosten) erfolgten Verlustabschreibung nichts einwenden.

III. Entsprach es „der wahren Sachlage“, daß die Gesellschaft der Schweizer Firma mit der Zahlung der 250 000 RM rund zehnmal mehr gegeben hat, als sie ihr schuldet, so wird man das je nach ihrem Verhältnis zu der Schweizer Firma nur als steuerpflichtige Schenkung oder als steuerpflichtige verdeckte Gewinn-

fehlt. Eine besondere steuerliche Goldmarkeröffnungsbilanz ist nicht aufgestellt. Das Jahr 1924 hat einen Gewinn von 2491,75 M gebracht. Das Jahr 1925 hat mit einem Verlust von rund 120 000 M abgeschlossen. Die Beschw. ist für 1925 steuerfrei veranlagt worden. Im Jahre 1926 ist das Aktienkapital von 720 000 M auf 480 000 M zusammengelegt. Der durch die Kapitalherabsetzung frei gewordene Betrag von 240 000 M wurde handelsbilanzmäßig zur Abschreibung des i. J. 1925 ausgewiesenen Verlustes und zu weiteren Abschreibungen verwendet. In der Steuererklärung hat die Beschw. für das Jahr 1926 einen Gewinn von rund 24 050 M angegeben; davon wurden 19 200 M als Dividende und 2000 M als Aufsichtsratsvergütungen verteilt.

Im Okt. 1926 hat eine Buch- und Betriebsprüfung stattgefunden. Der Prüfer hat die Auffassung gewonnen, daß die Ansätze in den Handelsbilanzen zu hoch sind. Er hat die Bilanzen bis zum 1. Jan. 1925 zurück geprüft und eine Anfangsbilanz für den Steuerabschnitt 1925 aufgestellt, die eine Unterbilanz von 346 125,16 M ausweist. Infolge des Verlustes in 1925, der nach dem Buchprüfungsbericht 112 522,01 M beträgt, ist die Unterbilanz bis zum 31. Dez. 1925 auf 465 922,57 M angewachsen. Die vom Buchprüfer für den 1. Jan. und 31. Dez. 1925 aufgestellten Bilanzen sind von der Beschw. als Steuerbilanzen anerkannt, so daß die steuerliche Anfangsbilanz für 1926 eine Unterbilanz von 465 922,57 M ausweist. Der Gewinn in 1926 ist mit 24 050 M unbestritten. Meinungsverschiedenheit besteht darüber, ob der Gewinn steuerpflichtig ist. Die Beschw. vertritt die Ansicht, daß der Gewinn zur Abdeckung des Verlustes 1925, der zu einer Unterbilanz geführt habe, zu verwenden und darum nach § 15 Nr. 3 RörpStG. steuerfrei sei. Zwar sei handelsbilanzmäßig der Verlust 1925 durch den Zusammenlegungsgewinn von 240 000 M abgedeckt, aber steuerbilanzmäßig sei der Zusammenlegungsgewinn zur teilweisen Abdeckung des Kapitalentwertungskontos zu verwenden, so daß der Verlustvortrag aus 1925 bestehen bleibe, also steuerfrei durch spätere Gewinne getilgt werden könne. Die Vorinstanzen sind demgegenüber der Ansicht, daß der Beschluß der Gesellschaft in der GenVers. v. 5. Aug. 1926, durch den die Kapitalzusammenlegung und die Verwendung des Zusammenlegungsgewinns zur Beilegung des Verlustvortrags beschlossen sei, auch steuerbilanzmäßig berücksichtigt werden müsse. Kaufmännisch sei es ausgeschlossen gewesen, daß die Gesellschaft, wenn sie völlig freie Hand besessen hätte, mit dem Zusammenlegungsbetrage zunächst das Kapitalentwertungskonto und danach erst den Verlust gedeckt hätte. Eine Unterbilanz sei für eine Gesellschaft wesentlich ungünstiger als ein Kapitalentwertungskonto. Eine Unterbilanz zeige, daß die Gesellschaft mit Verlust arbeite. Bei einem Kapitalentwertungskonto sei eine solche, der Kredit minderbende Schlußfolgerung nicht am Plage. Wenn, wie hier, sowohl ein Kapitalentwertungskonto wie eine Unterbilanz vorhanden sei, dann müsse zuerst die Unterbilanz beseitigt werden.

Die Rechtsbeschwerde führte zur Aufhebung der Entsch.

sätze in erster Linie maßgebend sind (vgl. Evers, RörpStG., Anm. 35 zu § 15, S. 661/62).

So auch im vorliegenden Fall. Nur war hier bei einer Buch- und Betriebsprüfung beanstandet worden, daß die Ansätze in den Handelsbilanzen zu hoch seien und auch den steuerrechtlichen Vorschriften nicht mehr entsprächen. Die hohe handelsbilanzmäßige Bewertung der Aktien machte die Einstellung eines Kapitalentwertungskontos überflüssig. Als die Gesellschaft die Bilanz genehmigte, war man sich nicht klar darüber, daß eine spätere Buchprüfung zu wesentlich anderen Ergebnissen führen würde. Unter Bezugnahme auf diese Ergebnisse hat der RStG. bei Zurückverweisung der Sache an das FinA. angeordnet, daß eine steuerliche Goldmarkeröffnungsbilanz aufzustellen und in sie, falls die Gesellschaft Eigenkapital in der Höhe des handelsrechtlichen Aktienkapitals nicht besitze, ein steuerliches Kapitalentwertungskonto einzustellen sei. Da nun die Gesellschaft ihre Handelsbilanzen nicht änderte und auch nicht zu ändern brauchte, so ergibt sich als notwendige Folgerung, daß möglicherweise die Steuerbilanz ein Kapitalentwertungskonto enthält, während dies bei der Handelsbilanz nicht der Fall ist. Diese grundsätzliche Verschiedenheit zwischen kaufmännischer und Steuerbilanz, die gewissermaßen zu einem steuerlichen Eigenleben des Kapitalentwertungskontos führt, hat der RStG. bereits in seinem bedeutenden Gutachten v. 15. Febr. 1927 (RStG. 20, 325, 335) in Kauf genommen und damit sanktioniert. Dort heißt es:

„Es kommt gar nicht darauf an, ob in der Goldmarkeröffnungsbilanz ein Kapitalentwertungskonto enthalten ist, sondern darauf, ob sich nach steuerlichen Bewertungsvorschriften in der berichtigten Goldmarkeröffnungsbilanz ein durch das steuerlich richtig berechnete Vermögen der Erwerbsgesellschaft nicht gedeckter Betrag des Eigenkapitals ergibt. Dieser Minusbetrag ist als steuerliches Kapitalentwertungskonto nach den Vorschriften des § 30 Abs. 2 RörpStG. zu behandeln.“

Läßt man aber erst einmal ein solches Auseinandergehen von Handels- und Steuerbilanz zu (was schließlich darauf zurückzuführen ist, daß die Steuerbehörde nachträglich zwar die Steuer, nicht aber die Handelsbilanz beanstanden kann), so ist es auf der gleichen Linie nur ein weiterer Schritt, wenn man aus Rücksichten

Für den Gedankengang der Vorents. ist es nicht unmittelbar bar entscheidend, ob ein Kapitalentwertungskonto im steuerrechtlichen Sinne gebildet ist oder nicht. Entscheidend ist vielmehr, ob eine Unterbilanz vorhanden ist, die nach § 15 Nr. 3 RörpStG. steuerfrei abgedeckt werden kann. Am 31. Dez. 1925 fehlten rund 460 000 M an der Deckung des Aktienkapitals. Das Aktienkapital war also um diesen Betrag angegriffen. Damit dieser Betrag als eine steuerfrei abzudeckende Unterbilanz anerkannt werden kann, muß festgestellt werden, ob der Fehlbetrag aus Verlusten entstanden ist, die seit der steuerlich richtig aufgemachten Goldmarkeröffnungsbilanz eingetreten sind. Da der Fehlbetrag rund 460 000 M betrug, der Zusammenlegungsgewinn aber nur 240 000 M ausmachte, mußte auch für den Fall, daß der Zusammenlegungsgewinn zur Abdeckung des Verlustvortrags verwendet wurde, geprüft werden, ob der Fehlbetrag von rund 220 000 M eine echte Unterbilanz war. Sie war es nicht, wenn in dieser Höhe oder zu einem größeren Betrag ein steuerliches Entwertungskonto vorhanden war. In diesem Zusammenhang wird also doch die Frage des Kapitalentwertungskontos entscheidend. Darum muß der Rechtsirrtum der Vorinstanzen, die eine Bildung des steuerlichen Kapitalentwertungskontos auf einem anderen Stichtag als den der Goldmarkeröffnungsbilanz für möglich angesehen haben, zur Aufhebung der beiden Vorents. führen.

Bei freier Beurteilung ist die Sache nicht spruchreif. Das FinA., an das die Sache zurückverwiesen wird, hat zunächst eine steuerliche Goldmarkeröffnungsbilanz aufstellen lassen. Zeigt sich dabei, daß die Gesellschaft Eigenkapital in der Höhe des handelsrechtlichen Aktienkapitals nicht besitzt, dann ist ein steuerliches Kapitalentwertungskonto einzustellen; es ist nicht etwa ein vom handelsrechtlichen Aktienkapital abweichendes steuerliches Grundkapital auszuweisen. Unter Beobachtung der Bilanzkontinuität sind dann Steuerbilanzen für die nächsten Wirtschaftsjahre aufzustellen (vgl. RStG. 20, 325, 352 ff.). Vermutlich wird die Gesellschaft in der steuerlichen Anfangsbilanz 1926 ein Kapitalentwertungskonto und daneben eine Unterbilanz ausweisen. Ob das Kapitalentwertungskonto oder die Unterbilanz durch den im Laufe des Wirtschaftsjahrs 1926 herbeigeführten Zusammenlegungsgewinn abgedeckt wird, ist der Entsch. der Gesellschaft zu überlassen. Grundsätzlich ist allerdings eine Gesellschaft, die eine von der Handelsbilanz abweichende Steuerbilanz besitzt, an ihre geschäftlichen Maßnahmen und Beschlüsse nicht nur für die Handelsbilanz, sondern auch für die Steuerbilanz gebunden. Die Steuerbilanz soll grundsätzlich aufbauen auf der Handelsbilanz; die Steuerbilanz soll nicht in der Luft schweben und nach der Willkür der Steuerpflichtigen aufgestellt werden. Darum dürfen geschäftliche Vorgänge in der Steuerbilanz nicht ignoriert und auf der anderen Seite dürfen nicht etwa Geschäftsvorfälle für die Steuerbilanz fingiert werden. Diese Regel muß aus Billigkeitsgründen dann eine Ausnahme erleiden, wenn es einer Gesellschaft nicht möglich war, in einer für die Handelsbilanz gefaßten Entscheidung auch die Steuerbilanz zu berücksichtigen. So

der Billigkeit (es mag dahingestellt bleiben, ob überhaupt eine Bezugnahme auf Recht und Billigkeit erforderlich ist, ob sich diese Folge nicht vielmehr aus den Grundsätzen des zitierten Gutachtens von selbst ableitet) auch eine Ausnahme von dem Grundsatz anerkennt, daß eine Gesellschaft an ihre geschäftlichen Maßnahmen und Beschlüsse nicht nur für die Handelsbilanz, sondern auch für die Steuerbilanz gebunden ist.

Im vorliegenden Fall hatte die Gesellschaft die Verwendung des Zusammenlegungsgewinns zur Deckung ihres bilanzmäßigen Verlustes beschlossen, ohne zu wissen, daß bei einer späteren Prüfung in die ebensowenig wie die Handelsbilanz ein Kapitalentwertungskonto enthaltende Steuerbilanz ein solches Konto eingestellt werden würde. Der RStG. mündet der Gesellschaft nicht zu, ihren für die Handelsbilanz gefaßten Beschluß zu ändern oder auch für die Steuerbilanz gelten zu lassen. Darin ist ihm beizupflichten.

2. Im zweiten Teil behandelt das Urteil die Frage, ob eine Gesellschaft die Gewinnbeträge, mit denen sie eine Unterbilanz ausgleichen will, gleichzeitig an ihre Gesellschafter ausschütten kann, ohne dadurch das Unterbilanzprivileg zu verlieren. Der Senat beantwortet diese Frage unter ausdrücklichem Hinweis darauf, daß die Novelle über den Verlustvortrag v. 29. Juni 1929 noch nicht Anwendung finden konnte, dahin, daß es nicht möglich sei, mit denselben Beträgen sowohl Dividende zu verteilen, wie eine Unterbilanz abzudecken. Das war für das alte Recht richtig. Es ist zu bedauern, daß der Senat auf diese Weise noch nicht Gelegenheit bekam, sich mit der Rpr. des 6. Sen. auseinanderzusetzen, die bekanntlich (vgl. RStG. 27, 107) bei Einkommensteuerpflichtigen den Verlustvortrag auch dann berücksichtigt, wenn die abzugehenden Beträge nicht zur Wiederauffüllung des Betriebskapitals verwendet wurden. Da der Wortlaut des § 15 RörpStG. n. Fass. lediglich eine Bezugnahme auf § 15 Abs. 1 EinkStG. n. Fass. enthält, so wird man schwerwiegender Gründe bedürfen, um für das Körperschaftsteuerrecht eine andere Auffassung vertreten zu können (vgl. auch die vorsichtigen Ausführungen von Evers, RörpStG., Erg. Bd. S. 153 Anm. 41).

RA. Frhr. Riederer v. Paar, München.

lag es hier mit dem Generalversammlungsbeschlusse, der über die Verwendung des Zusammenlegungsgewinns entschieden hat. Da in der Handelsbilanz kein Kapitalwertungskonto vorhanden war, konnte ein solches auch durch den Zusammenlegungsgewinn nicht abgedeckt werden. Wenn die GenVers. ihre Steuerbilanzen bereits gekannt und gewußt hätte, daß die Steuerbilanz für den 1. Jan. 1926 ein Kapitalwertungskonto und daneben eine Unterbilanz enthielt, und wenn sie sich mit der Wirkung ihres Zusammenlegungsbeschlusses zunächst für die Steuerbilanz beschäftigt hätte, dann würde sie vermutlich aus Steuerparnigründen beschließen haben, mit dem Zusammenlegungsgewinn zunächst das Kapitalwertungskonto abzudecken. Wenn sie sich darauf der Handelsbilanz zugewendet hätte, dann würde sie gesehen haben, daß für die Handelsbilanz ein anderer Beschluß zu fassen war, weil es in der Handelsbilanz kein Kapitalwertungskonto gab. Aus dem Umstand, daß die Gesellschaft für ihre Handelsbilanz und für ihre Steuerbilanz nicht die gleichen Beschlüsse fassen kann, darf nicht etwa gefolgert werden, daß nun die Gesellschaft ihren Beschluß für die Steuerbilanz nicht aufrechterhalten darf. Das würde der Billigkeit nicht entsprechen. Das FinVer. hat aus allgemeinen kaufmännischen Erwägungen gefolgert, daß Gewinne zunächst zur Abdeckung der Unterbilanz und dann erst zur Abdeckung eines Kapitalwertungskontos zu verwenden seien. Die wirtschaftlichen Erwägungen sind keineswegs zwingend und nötigen jedenfalls nicht dazu, eine andere Verwendungsabsicht der Steuerpfl. für unzulässig zu erklären. Nimmt man für die Behandlung des steuerbilanzmäßigen Kapitalwertungskontos die Grundsätze der GoldWV. zum Muster, dann müßte man vielmehr zu dem Ergebnis gelangen, daß zunächst das Kapitalwertungskonto und dann erst eine daneben bestehende Unterbilanz abzudecken ist (vgl. Art. II § 6 GoldWV., § 25 DurchWV.).

Wenn hiernach die Gesellschaft ihren Zusammenlegungsgewinn zur Verringerung ihres steuerlichen Kapitalwertungskontos verwenden kann, und wenn infolgedessen die steuerliche Unterbilanz 1926 noch eine steuerfrei abdeckungsfähige Unterbilanz ausweist, so ist damit noch nicht entschieden, daß der ganze Gewinn 1926 auf Grund des § 15 Nr. 3 KorpStG. steuerfrei zu lassen ist. Denn steuerfrei ist nur der zur Abdeckung einer Unterbilanz verwendete Gewinn. Die Beschw. hat von ihrem mit 24 050 M anerkannten Gewinn 21 200 M als Tantiemen und Dividenden verteilt. Die Summen, die an den Aufsichtsrat und an die Aktionäre geflossen sind, können nicht zur Deckung der Unterbilanz verwendet sein. Hier greift der oben angeführte Gedanke ein, daß eine Gesellschaft grundsätzlich für ihre Steuerbilanz keine Geschäftsvorfälle fingieren und ignorieren darf. Die Gesellschaft hatte in der Verwendung ihres Gewinns 1926 freie Hand. Sie konnte ihn zurückbehalten und handelsbilanzmäßig in Reserve stellen. Das hätte steuerbilanzmäßig zu einer Verringerung der Unterbilanz geführt, und der Gewinn wäre steuerfrei gewesen. Mit denselben Beträgen sowohl Dividende verteilen wie eine Unterbilanz abzudecken, ist nicht möglich. Entschloß sich die Gesellschaft,

Dividende zu verteilen, so mußte sie sich der Wirkung bewußt sein, daß sie mit den ausgeschütteten Beträgen keine Unterbilanz abdecken, also die Vergünstigungsvorschrift des § 15 Nr. 3 insoweit nicht in Anspruch nehmen kann.

Aus den vorstehenden Darlegungen ergibt sich bereits, daß eine Erbschaftsteuer der ausgeschütteten Gewinne nach § 10 Abs. 2 KorpStG. nicht in Frage kommen kann. Die ausgeschütteten 21 200 M sind durch die übliche Erfolgsbesteuerung zu erfassen. Der überschüssige Gewinn ist steuerfrei, wenn die Beschw. nach der Kapitalzusammenlegung noch eine steuerliche Unterbilanz ausweist und erklärt, den überschüssigen Gewinn zur Abdeckung dieser Unterbilanz — und nicht etwa zur Abdeckung eines noch vielleicht vorhandenen steuerlichen Kapitalwertungskontos — verwenden zu wollen. (RZf., 1. Sen., Ur. v. 20. Nov. 1930, I A 150/30.)

*

4. §§ 29, 30, 65 EinkStG. Wenn eine OHG. im Laufe des Wirtschaftsjahres mit Wirkung vom Beginn in eine AktG. verwandelt wird, so ist dennoch das bis zur Gründung der AktG. erzielte Einkommen nach § 65 festzustellen.†)

Die OHG. ist im Laufe 1925 in eine AktG. umgewandelt. Der Gründungsvertrag ist am 13. Mai 1925 geschlossen, das eingetragte Geschäft gilt als v. 1. Jan. 1925 für Rechnung der AktG. geführt. Die Beschw. ist bis zum 13. Mai Inhaber des Betriebes gewesen. Erst von da ab kann die AktG. als Betriebsinhaber angesehen werden. Veräußert ist das Unternehmen, so, wie es am 13. Mai bestand. Wenn vereinbart ist, daß das Unternehmen seit 1. Jan. als für Rechnung der AktG. betrieben gelten sollte, so bedeutet das nichts anderes, als daß die Gesellschafter für den am 13. Mai 1925 vorhandenen Betrieb nur die in dem Gründungsvertrage bestimmten Gegenleistungen, insbes. Aktien, erhalten sollten, nicht aber außerdem einen noch zu ermittelnden Betrag, der dem bis dahin erzielten Gewinne entspricht. An sich kommt in Frage, in dem Einbringen eine nach § 30 stpfl. Veräußerung des Betriebes zu sehen und zur Ermittlung des Veräußerungspreises den gemeinen Wert der Aktien zu ermitteln. Nach § 30 wäre dann stpfl. der Mehrbetrag des gemeinen Wertes der Aktien an die bisherigen Gesellschafter gegenüber ihren Kapitalkonto am 1. Jan. 1925. Nach § 32 wäre aber trotzdem der bis zur Veräußerung erzielte Gewinn zu ermitteln, da nur der Mehrbetrag zu versteuern wäre, während bezüglich des genannten Gewinnes die allgemeinen Vorschriften maßgebend wären. Man kann jedoch zweifeln, ob bei einer solchen Umwandlung eine Veräußerung i. S. des § 30 anzunehmen ist, und auf diesen Standpunkt hat sich anscheinend die Vorinstanz gestellt. Die Frage kann hier dahingestellt bleiben, da der Senat nicht zum Nachteil abändern darf. Auf jeden Fall stpfl. bleibt jedoch der von der OHG. in der Zeit vom 1. Jan. bis 13. Mai erzielte, nach § 13 ohne Berücksichtigung der Veräußerung zu ermittelnde Gewinn. Seine Stpfl. ist ganz unabhängig

Zu 4. Ich muß gestehen, daß mir der Sinn des Urteils nicht klar geworden ist. Mehreren von mir befragten Kollegen ist es ebenso ergangen. Man muß zwischen der formellen und materiellen Seite unterscheiden. Die erstere ist — wenigstens theoretisch — verhältnismäßig einfach. Es ist ständigen Rechtes, daß die sog. Vordatierung wenigstens steuerlich nicht zu beachten ist. Da die AktG. erst Mai 1925 entstanden ist, beginnt ihre Stpfl. erst dann, und die der OHG. endet erst mit ihrem Übergang auf die AktG. Es mußte also formell eine Einheitsfeststellung nach § 65 erfolgen. Aber wie sieht diese hinsichtlich des Gewinnes Jan. bis Mai materiell aus? Wenn ich das Urteil richtig verstehe, ist dieser Gewinn ohne Berücksichtigung der Veräußerung zu ermitteln. Das würde aber eine Doppelbesteuerung der Gesellschafter auslösen. Einmal haben sie als gewerbliches Einkommen den Gewinn für die ersten etwa fünf Monate zu versteuern. Denselben Gewinn versteuert aber die AktG. als Körperschaft und endlich die Gesellschafter persönlich in Höhe eines Teiles der von ihnen empfangenen Dividende. Man sieht wenigstens vorberhand keine Möglichkeit, daß etwa in erster Linie die AktG., in zweiter die Gesellschafter als Aktionäre persönlich geltend machen können, ein Teil des AktG.-Gewinnes sei bereits bei der OHG., richtiger bei den Gesellschaftern versteuert. Dazu tritt noch wirtschaftlich die Schwierigkeit einer retrospektiven Bilanz in der Jahresmitte, während das Geschäft längst weitergelaufen ist. Kredit und Debet sind zwar ziemlich exakt zu ermitteln, wenngleich die Pfl. auch störend wirkt, z. B. bei der Zinsberechnung. Und wie ist es bei schwebenden Geschäften? Vor allen Dingen fehlt aber das Fundament einer Gewinnberechnung, die Inventur. Wer die Bilanzarbeiten eines nicht zu kleinen Unternehmens am Jahresende mitgemacht hat, weiß davon ein Lied zu singen. Und hier soll alles nachträglich ermittelt werden. Wenn man zu irgendeinem Resultate gelangen will, muß man also zu recht groben Schätzungen greifen. Nicht immer sind exakte geführte Lagerkonten vorhanden (bei kleineren Unternehmen erst recht nicht). Sie ergeben auch nur den Soll-, nicht den Istbestand. Und nie will man im Betriebe befindliche Arbeitsstücke

bewerten? Der Praktiker verfährt in solchen Fällen meist so, daß er das nachträgliche Jahresresultat einfach zerlegt, also mit dem Ende beginnt. Z. B. die AktG. hat 120 000 RM erzielt, also entfallen auf die ersten fünf Monate 50 000 RM. Dann tritt allerdings die Doppel-, richtiger die Dreifachbesteuerung noch klarer zutage. Wenn der RZf. recht hat, müßten die Beteiligten künftig so verfahren, daß sie sich eine Extravergütung für die ersten fünf Monate ausbedingen, die als Gewinnminderung der AktG. erscheine. Das ist aber unüblich. Gerade seriöse Aktienbesitzer, speziell Vorbesitzer, legen Gewicht auf volle Geschäftsjahre und vermeiden Rumpfgeschäftsjahre. In den kurzen, in Bankierkreisen üblichen Statistiken würde sonst die AktG. mit 70 000 RM, anstatt 120 000 RM für das erste Geschäftsjahr erscheinen. Daß es sich um ein Rumpfwirtschaftsjahr handelt, wird später leicht übersehen. Für die Bewertung der Aktien ist es aber von entscheidender Bedeutung, daß die Fabrik in einem Jahre 120 000 RM erbracht hat. Man kann doch nicht jedem weiltäufig auseinandersetzen, daß der Gewinn zu $\frac{5}{12}$ und $\frac{7}{12}$ geteilt ist, also der ausgewiesene Gewinn nicht die wahre Rentabilität des Unternehmens als solchen ausdrückt. Dazu kommt — praktisch von größter Wichtigkeit noch weiter, — folgendes. Nach § 215 HGB. (Staub, Ann. 3) ist für ein Rumpfgeschäftsjahr die Ausschüttung einer Dividende unzulässig. Die Interessenten werden also geradezu gezwungen, vorjudatieren. Rein handelsrechtlich ist übrigens auch trotz der Vordatierung die Ausschüttung einer Dividende eigentlich nicht gestattet (Staub a. a. D.). Der nicht durch allzu eifriges Studium des HGB. angekränkelte Kaufmann verfährt aber umgekehrt. Zu meiner Zeit haben sich auch die Zulassungsstellen darum nicht gekümmert.

Das sind die Zweifel, die der Geschäftsmann hegt. Kann man sie auch theoretisch rechtfertigen? Der RZf. sagt: „Die Veräußerung ist nicht zu berücksichtigen.“ Weshalb eigentlich nicht? Wenn eine OHG. eine Schenkung macht — sie gibt z. B. der in Not befindlichen Witwe eines alten Gesellschafters einen Teil des Gewinnes ab —, so wird allerdings die Sache wohl so zu behandeln sein, als ob der Gewinn den Gesellschaftern zu

davon, ob er von der AktG. besonders vergütet wird oder nicht. Wurde er nicht besonders vergütet, so erhielten die Gesellschafter für das Unternehmen, wie es am 13. Mai bestand, lediglich Aktien und war bei Nichtannahme einer Realisierung als Erwerbspreis der Aktien i. S. des § 30 Abs. 3 das Kapitalkonto der Gesellschafter, wie es am 13. Mai 1925 anzunehmen war, anzusehen. Wurde für den Gewinn irgendeine Vergütung bezahlt, so minderte diese den Erwerbspreis der Aktien nach § 30 Abs. 3. Der von der Gesellschaft bis 13. Mai 1925 erzielte Gewinn wird durch die Bedingungen des Gründungsvertrages der AktG. nicht berührt. Wenn wirklich den Gesellschaftern wegen dieses Gewinnes besondere Vergütungen zugebilligt sein sollten, so käme lediglich in Frage, diese Vergütungen, als für das Unternehmen gezahlt, nicht als Kapitaleinkommen anzusehen. Diese Frage ist jedoch bei der Veranlagung der einzelnen Gesellschafter zu entscheiden.

(RFG., Urt. v. 8. Okt. 1930, VI A 237/30.)

*

geschlossen und von ihnen privat verwendet ist, also StPfl. (StW. 1929 Nr. 228, 1025; 1930 Nr. 282, 645, 980, 982, 1244, sog. fiktive Vereinnahmung). Aber anders doch, wenn es sich um einen richtigen Geschäftsvorfall handelt. Z. B. mehrere Firmen gründen eine Studiengesellschaft und geben im Gründungsjahre à fonds perdu einen Teil ihres laufenden Gewinnes ab (Aufbuchung auf good will nicht geboten). Die Umwandlung einer DKG. in eine AktG. ist aber ein richtiger Geschäftsvorfall. Die StPfl. stehen sich so wie durch die Umwandlung steuerlich ungünstig. Nach § 11 Abs. 2b KapVerkStG. ist entscheidend der Wert ihrer Leistung, also auch der bis zum Gründungsstage entstandene laufende Gewinn. Das ist die dritte resp. vierte dasselbe Objekt treffende Steuer. Mit dem Grundsatz: „Die Veräußerung ist unberücksichtigt zu lassen“ gerät man schon dann in Schwierigkeiten, wenn als Entschädigung für den laufenden Gewinn eine fixe Summe zugebilligt ist. Will man trotzdem den theoretischen Gewinn feststellen? Und will der Fiskus ihn auch dann zugrunde legen, wenn er niedriger ist?

Und nun die Hauptsache. Ist denn der herausgerechnete Buchgewinn überhaupt realisiert? Ich will ganz davon absehen, daß selbst nach § 30 die Illation noch lange nicht immer einer Realisierung gleichzustellen ist; sie ist oft eine bloße Vorbereitungshandlung, besonders wenn es sich, wie hier, um unnotierte, zum bleibenden Besitz bestimmte Aktien handelt (Becker: StW. 1930, 679). Aber selbst dann stimmt die Sache nicht. Eine DKG. hat sich das Recht gesichert und ist andererseits verpflichtet, für ihren laufenden Jahresgewinn am 31. Dez. Aktien à pari zu beziehen. Man wird schwerlich bezweifeln, daß dann nicht der Buchgewinn, sondern bloß der Aktienwert, nicht der Nominalbetrag den steuerbaren Gewinn bildet (StW. 1930 Nr. 102, 493). In unserem Falle müßte demnach festgestellt werden: Welcher Teil des Aktienwertes entfällt eigentlich auf die Vorbildung? Ist erfolgt die Realisierung so, daß man als Grundkapital einfach die Kapitalkonten des 1. Jan. nimmt, also ohne den Gewinn des Vorjahres. Glaubt man wirklich, daß dieser Dauerwert nemenswert durch den Mitübergang des laufenden Gewinnes erhöht wird und um welchen Bruchteil? Wo man hingreift, stößt man auf beinahe unlöbliche Schwierigkeiten.

Ich möchte zwei Einwände machen, die, wenn auch unaußgesprochen, vielleicht dem RFG. vorgeschwebt haben. Die DKG. merkt im Dez., daß sie stark verdient hat; man will die Tarifstaffel vermeiden und gründet schleunigst eine AktG. mit Vorbildung per 1. Jan. Um das Prinzip, um das es sich in Wahrheit handelt, zugunsten unseres Urteils scharf hervorzuheben, soll die Anwendung des § 5 AbgD. auf Schwierigkeiten stoßen. Will man wirklich die große Masse ehrlicher StPfl. deshalb mit Doppelsteuer bestrafen, weil ab und zu ein besonders Findiger sich Steuervorteile verschafft? Ich persönlich halte sie nicht einmal für so ganz ungerechtfertigt, denn sie werden von der Körper- und KapVerkSt. ergriffen. Becker: StW. 1931, 131 bespricht den Fall, daß jemand 20 000 RM GmbsVnteil erwirbt, die in Wahrheit 60 000 RM wert sind, weil die früheren Anteilbesitzer der Gmbs. 40 000 RM schulden. Verabredungsgemäß mußte der Erwerber diese 40 000 RM streichen. Das FinA. und das FinGer. erblickten darin eine verschleierte Dividende. Becker bemerkt dazu: „Wird sich der Mann nicht für verrückt halten, weil er von dem angeblichen Gewinne auch nicht die leiseste Spur erblicken kann?“ Und in unserem Falle die Vorbesitzer? In immer stärkerer Maße betont der RFG. — gewöhnlich allerdings zu Lasten des Pfl. — die Leichtigkeit und Bequemlichkeit der Besteuerung (Becker: StW. 1931, 272). Er kassiert deshalb rücksichtslos Dienst- oder Gesellschaftsverträge zwischen Ehegatten und Eltern und Kindern. Man wird erheblichen Zweifel hegen dürfen, ob unser Urteil dieser Tendenz entspricht, besonders weil eine Illation kostspielig, eine Umgehungsgefahr also seltener ist. Gerade Steuergesetze müssen einfach und durchsichtig sein; die Fragen dürfen nicht (Becker:

5. § 37 EinfStG.

Der Direktor einer AktG. hat fast ein Drittel Aktien seiner Gesellschaft von einem Konfession gekauft, das aus den Hauptbeteiligten eines Konkurrenzwerkes bestand. Die AktG. hat ihm einen Teil des Kaufpreises vergütet. Das FinA. hatte darin Arbeits-einkommen erblickt, das FinGer. die gezahlte Vergütung für nicht steuerpflichtig gehalten. Auf Rechtsbeschwerde war aufgehoben, weil nicht geprüft sei, ob Kapitaleinkommen vorläge. Das FinGer. hat in der jetzt angefochtenen Entsch. sich auf den Standpunkt gestellt, daß Kapitaleinkommen vorläge. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Der erk. Sen. hat in seiner früheren Entsch. ausgeführt, wenn dem Vermögen der AktG. kein Gegenwert zugeführt sei, so liege in der Vergütung eine verdeckte Gewinnausschüttung. An diese Auffassung ist der Senat gebunden, sie stimmt übrigens auch mit der des ersten Senats überein (12. Nov. 1929, I A 565/29). Bei seiner früheren Entsch. hat der Senat lediglich damit gerechnet, daß der BeschwF. der AktG. beim Erwerb der Aktien sich eine Befreiung von bestehenden Verpflichtungen verschafft haben könnte. Die Vorinstanz

StW. 1931, 126) „logisch-spielerisch“ behandelt werden. Der Steuerzahler, der, wie in unserem Falle, kaufmännisch korrekt gehandelt hat und erwarten darf, daß das FinA. ihn ebenso behandelt, wird bitter überrastet. In Steuersachen sollte das wirtschaftliche Moment entscheiden, und es lehrt: Die DKG. hat keinen Gewinn erzielt, wohl die AktG.

Der zweite Einwand gründet sich auf § 10. Wenn man meinem Vorschlage folgt, fällt die Steuer für 25 ganz aus; sie fließt erst 26, nach dem Urteile sowohl 25 wie 26 zu. Gewiß ist diese Verschiebung misslich; bei der GewSt. ist durch W. Kap. III § 37 vorgesorgt. Aber dasselbe tritt ein, wenn die AktG. auf Vorrat bereits Ende 24 begründet wird, so daß sie auch formell den Betrieb am 1. Jan. 1925 übernehmen kann.

Dr. Ernst Fleck, Hannover.

Zu 5. Der RFG. hat wiederholt für sich das Recht in Anspruch genommen, seine Anschauungen wandeln zu dürfen. StW. 1930 Nr. 160 sagt er: Gerade bei der Handhabung neuer Gesetze werde ein höchstes Gericht zunächst vorsichtig sein müssen und seine Ansicht erst dann als festbegründet ansehen dürfen, wenn es nach Bearbeitung mehrerer ähnlicher Sachen einen hinreichenden Überblick gewonnen zu haben glaube; man könne ihm nicht vorwerfen, daß auch seine Rechtsansicht sich entwickle; er solle ja pflichtgemäß der Entwicklung der Verhältnisse und Rechtsanschauungen folgen. Ähnlich StW. 1930 Nr. 1072: Gerade beim Einkommensteuerrechte sei die Verkehrsauffassung maßgeblich, weil hier noch alles im Flusse sei. Für diese Tendenz ist unser Urteil geradezu ein Schulbeispiel.

1. In JW. 1929, 2183 hatte der RFG. die Rückerstattung einer Majoritätsgebühr abseits einer AktG. an ihren Direktor als verdeckte Dividende charakterisiert. Er ging davon aus, die Zahlung lasse sich vom Standpunkte der Verwaltung der AktG. nicht rechtfertigen; eine AktG. könne nicht die Kosten von Aktionärkämpfen tragen. Wegen diese Ansicht erhob sich Widerspruch (siehe meine Note JW. 1929, 1761; ferner Vett: JW. 1929, 2109; Fleckheim: Bek. A v. 1. Mai 1929; Hagenburg: JW. 1929, 2191; Rußbaum: JW. 1929, 2109; Hausmann: StW. 1929, 705; Neuf-Hest). Wie unser Urteil zeigt, befolgt der Senat jetzt einen anderen Gedankengang, was um so mehr von seiner geistigen Freiheit zeugt, weil er durch eine eigene frühere Entsch. in derselben Sache gebunden war. Becker: StW. 1930, 1037 sagt: Der in den früheren Entsch. betonte Gesichtspunkt, daß Aktionärkämpfe nicht auf Kosten der AktG. ausgefochten werden dürfen, sei wesentlich abgeschwächt. Die grundsätzliche Bedeutung unseres Urteils ist in dem Siege der wirtschaftlichen gegen die rein handelsrechtliche Betrachtung zu erblicken. Die Wirtschaft bemüht sich, den individuellen Tatbestand zu erforschen; der Jurist arbeitet mit Generalisationen. Rußbaum a. a. D. sagt ganz zutreffend, meine Ausführungen seien zum Teil weniger juristisch als kaufmännisch gemeint. Wie unser Urteil beweist, war das aber steuerrechtlich der richtigere Weg. Insbes. interessiert den Steuerrechtler nicht, ob etwa der Vorstand bewußt gegen § 226 HGB. (Verbot des Erwerbes eigener Aktien) gehandelt hat (darüber Rußbaum gegen Fleckheim). Das Steuerrecht kümmert sich nur um den wirklichen Tatbestand, auch wenn er illegal ist. Schmiergelder sind Werbungskosten und beim Empfänger Einnahmen (StW. 1930 Nr. 303).

2. Rein juristisch waren die alten Entsch. wohl begründet. In der Tat hat die Verwaltung der Regel nach sich nicht in reine Aktionärkonflikte zu mischen. Das ist manchmal gewiß nicht leicht. In vielen Fällen ist der Aufsichtsrat entgegen der idealistischen Vorstellung des Gesetzgebers zu einer Interessenvertretung geworden. Bei manchen Zusammenschlüssen waren nicht die Werks-, sondern fremde Interessen die treibende Kraft. Dennoch muß man als Norm verlangen, daß der Vorstand neutral bleibt, es sei denn, daß auch die Interessen der AktG. auf dem Spiele stehen. Diese — geschäftlich keineswegs seltene — Ausnahme wird nunmehr auch vom RFG. gewürdigt. Um die volle Bedeutung des Urteils in

hat das Bestehen derartiger Verpflichtungen verneint. Beachtlich sind nicht lediglich förmliche und jedenfalls nur rechtsgültige Verträge. Nach der Rspr. kommt es aber auf die Rechtsgültigkeit nicht an, sondern sind auch Abmachungen, an die die Beteiligten sich für gebunden ansehen, für das Steuerrecht als rechtsgültig zu behandeln. Dazu kommt, daß in der Berufungsinstanz neuerdings behauptet war, die erhebliche Beteiligung der Konkurrenz sei von der anderweitigen Konkurrenz ausgenutzt worden; es sei den Abnehmern und Vertretern der AktG. vorge stellt, daß mit einem baldigen Aufgehen der AktG. in dem Konkurrenzunternehmen zu rechnen sei und daß deshalb eine Betätigung für sie wenig Nutzen bringe, da die Geschäftsverbindung in einiger Zeit aufhören würde. Dieses Vorbringen ist wesentlich. Denn wenn die Beteiligung von bestimmten Aktionären zur Folge hat, daß die Gesellschaft im Wettbewerb nicht vorwärtskommen kann, so ist das für die AktG. ein Nachteil, der ihr Vermögen, nicht bloß den Wert der Beteiligungen der Aktionäre mindert. Wenn die AktG. Aufwendungen zur Beseitigung dieses Nachteils macht, d. h. einen Teil des geforderten Aktienpreises übernimmt, um geeigneten Personen den Erwerb der ihnen sonst zu teureren Aktien zu ermöglichen, so liegt weder eine verschleierte Dividende an die Verkäufer noch an die Käufer vor, sondern eine Betriebsausgabe, bei der höchstens eine Aktivierung in Frage kommen könnte. Der Senat hält folgenden Tatbestand für erwiesen. Das Konsortium hatte die Aktien erworben, weil eine Fusion in Frage war, für die aber die erforderliche Majorität bei der AktG. nicht zu erreichen war. Mit Rücksicht auf die in Aussicht genommene Fusion waren Abmachungen getroffen, deren Verbindlichkeit viel-

leicht zweifelhaft war, deren Erfüllung sich aber die AktG. nach Lage der Sache nicht entziehen konnte. Da das Konsortium nicht die Mehrheit besaß, kann man nicht annehmen, daß es der AktG. seinen Willen aufzwingen konnte. Die für die AktG. höchst ungünstige Lage war vielmehr auf andere Umstände zurückzuführen, nämlich einerseits auf das Bestehen von Abmachungen, die die AktG. nach Treu und Glauben erfüllen mußte, andererseits auf die Beziehung zu dem Konkurrenzunternehmen und den dadurch bewirkten Ansehens des Bestehens eines Aufgehens. Da nun der Direktor die Konsortialaktien keineswegs zu einem unangemessen niedrigen Preise erworben hat und die AktG. der Ansicht sein konnte, daß die Beseitigung aller Beziehungen zu der Konkurrenz für sie vom beträchtlichen Werte sei, sich diese Ansicht auch nach der späteren Entwicklung anscheinend als zutreffend herausgestellt hat, so kann in der Zahlung der Vergütung keine verschleierte Dividende erblickt werden. (RFS., Ur t. v. 22. Okt. 1930, VI A 552/30.)

*
6. § 13 KorpStG.; §§ 13, 19 Abs. 2 EinkStG. Beim Bezüge junger Aktien gehört zum Anschaffungspreis auch die Wertminderung, die die alten Aktien durch die Ausgabe erleiden. f)

(RFS., 1. Sen., Bescheid v. 2. Juli 1930, I A 591/30.)

Abgedr. ZB. 1930, 3797.

das richtige Licht zu setzen, sind zwei Punkte scharf hervorzuheben. Der RFS. faßt die Majoritätsgebühr als Betriebsausgabe auf. a) Dann kommt es aber nicht darauf an, ob objektiv ein Nachteil für die AktG. beseitigt ist. Es genügt, daß subjektiv die Verwaltung dieser Meinung war; nach StW. 1928 Nr. 522 u. 534 sogar, daß die Ausgabe tatsächlich gemacht ist. Nach StW. 1929 Nr. 783 trifft das auch auf unzuweckmäßige Aufwendungen zu.

b) Man wird ferner anzunehmen haben, daß nicht bloß die Beseitigung bereits bestehender, sondern auch bloß drohender Nachteile, also eine Präventivmaßregel darunter fällt. Also auch die sog. Überfremdungsgeschäfte. Gerade dieser Punkt zeigt deutlich die Richtigkeit der vom RFS. befolgten, im Eingange geschilderten Methode. Noch vor 20 Jahren hätte die Mehrzahl der Organe der AktG. die Bornahme eines solchen Mittels auf Kosten der AktG. selbst als recht bedenklich erachtet. Heute ist sie zum manchen mal mißbrauchtes Schlagwort geworden (Erl. zum AktREntw. S. 102 und Netter: ZB. 1930, 3694^b). Das Urteil brauchte sich mit dieser Seite, also der Sorge für die Zukunft nicht zu beschäftigen, weil tatsächlich der Nachteil — die Beteiligung schädlicher Aktionäre und die Beziehung zu einem Konkurrenzunternehmen — bereits eingetreten war. Die Berücksichtigung der Zukunft bei Werbungskosten ist aber vom RFS. bereits anderweit gebilligt. In StW. 1930 Nr. 996 hatte der Prokurist N. des väterlichen Geschäftes persönlich dem A. Geld für Versuche gegeben, die im Arbeitsfeld der Firma lagen. Der RFS. erwägt die Möglichkeit von Werbungskosten für N. mit Rücksicht auf seine eigene künftige gewerbliche Tätigkeit, wenn er später (!) das väterliche Geschäft übernehmen sollte (!). Ähnlich StW. 1930 Nr. 92: Beteiligung eines Buchrevisors bei einer AktG. mit Rücksicht auf seine künftige Tätigkeit bei ihr. Mirre hatte darauf aufmerksam gemacht, daß als Werbungskosten auch Aufwendungen anzusprechen seien, die einer bloßen Minderung des Gewinnes entgegengetreten. Dies Prinzip ist StW. 1930 Nr. 18 anerkannt. Allerdings beschäftigt sich das Urteil mit einem Falle, in dem die Minderung bereits vorlag. Bestehende hypothekarische Zinsverbindlichkeiten wurden durch eine Umleiher herabgesetzt, die aber Disagio und Provision kostete. Wenn man jedoch Minderungskosten für die Gegenwart zuläßt, muß dies Prinzip doch auch für die Zukunft gelten. Sonst würde man Rationalisierungen behindern. In StW. 1928 Nr. 261 war einem ausscheidenden Direktor eine Entschädigung unter der Auflage gewährt, daß das von ihm zu gründende Geschäft seinen Bedarf bei der AktG. zu decken habe; in dieser „Belastung“ könnten Werbungskosten liegen. In Wahrheit handelt es sich also bloß um eine künftige Gewinnminderung; die verschleierte Gewinnchance wird bereits jetzt eskomptiert. Man kann daher unbedenklich die Zahlung einer Majoritätsgebühr ebenso behandeln, auch wenn sie lediglich einer eventuellen Gewinnminderung vorbeugen will. Eine AktG. befürchtet — vielleicht zu Unrecht — die Erwerbung der Majorität durch eine Konkurrenzgruppe, die im Rationalisierungsinteresse die Fabrik stilllegen will. Wahrscheinlich wird der RFS. den Abzug billigen; der Fall liegt besonders kräftig. Betritt man aber einmal diesen Weg, so kann man bei solchen gewiß extremen Fällen nicht haltmachen. Praktisch wird also die Majoritätszahlung beinahe immer steuerfrei bleiben.

3. An eine Ausnahme könnte man denken, wenn eine AktG. im Privatinteresse direkt mißbraucht ist. Der RFS. operiert dann mit der Rechtsfigur der verdeckten Dividende. Ich hatte (ZB. 1929, 1762) aphoristisch bemerkt: „Eine einem Einzelaktionäre und nur diesem und nur für einen Teil seines Aktienbesitzes aus-

gezählte Dividende sei eine etwas kühne Konstruktion.“ Gerade diesen Punkt erörtert Hausmann a. a. O. auf breiter Grundlage. Auch er lehnt die Konstruktion ab; sie widerspräche der Verkehrsauffassung. Rein wirtschaftlich kommt noch in Betracht, daß bei der Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung die ohnehin geschädigten Aktionäre indirekt die Körperschaftsteuer auch noch mitbezahlen müssen! Und wie, wenn der Begünstigte gar nicht Aktionär ist? Der Hauptaktionär A. zwingt die AktG. zu billigen Lieferungen an B., der sein — des A. — Lieferant ist und ihn — den A. — deshalb billiger beliefert. Besonders bei Konzernen kann das der Fall sein. Die Frage wird dadurch verwirrt, daß man aus gefühlsmäßigen Erwägungen den Erpreßer nicht steuerfrei durchlassen möchte. Die Steuer verfolgt aber keinen Strafzweck und hat mit Moral nichts zu tun. Weshalb greift man a) nicht zur Schenkungsteuer oder b) faßt nach § 37 Abs. 2 die Zuwendung als besonderes Nebenentgelt auf oder c) sieht in ihr eine Agio kapitalrückzahlung? Über letztere vgl. StW. 1929 Nr. 125; über Agio bei Teilschuldverschreibungen StW. 1928, 2381. Dann berührt die Steuer wenigstens die andern Aktionäre nicht; der nach StW. 1929 Nr. 125 ventilierter Gedanke einer betriebsfremden Handlung ist vom RFS. sowieso aufgegeben. Man kann ihn nicht benutzen, um den Abzug zu verlagern. Eine AktG. kann begrifflich kein gesondertes Privatleben führen. Jede Handlung ist Betriebshandlung (StW. 1929 Nr. 838).
Dr. Ernst Fleck, Hannover.

Zu 6. 1. Der Bescheid zeigt den Unterschied zwischen Theorie und Praxis. Die AktG. A. besaß vor dem 1. Jan. 1924 bereits 3097 Stück Aktien von B.; ihr Wert betrug je Stück 220 G.M. Im Jahre 1924 hat die B. ihr Kapital verdoppelt. Die A. erhielt infolge der Inflation tatsächlich neue 3080 Stück umsonst. Das Vermögen von B. hat sich nicht vermehrt. Daraus zieht der RFS. mit Emers den logisch anscheinend zwingenden Schluß, daß die alten 3097 Stück die Hälfte ihres Wertes eingebüßt hätten, also von je 220 G.M. auf je 110 G.M. gesunken wären. Ähnlich rechnet auch Mirre: ZB. 1929, 2411. Diese Auffassung erfreut sich also in den Kreisen des RFS. einer gewissen Beliebtheit. Obgleich dieser Schwund erst im Laufe 1924 eingetreten sein soll, standen die Aktien merkwürdigerweise bereits am 1. Jan. 1925 auf je 360 G.M. je Stück, also über dreimal, eigentlich sogar sechsmal höher, weil alle Aktien eine Beteiligung bilden. Der RFS. gerät deshalb in dem nicht abgedruckten Teile des Bescheides auf den Gedanken, daß vielleicht bei der Ermittlung des Kurzes von 360 G.M. ein Fehler unterlaufen sei. Er weist deshalb zurück. Aber die Grundannahme, die Halbierung des Wertes, entspricht keineswegs praktischen Erfahrungen, wenigstens soweit sich das im Purze ausdrückt. Bei den früheren normalen Börsenverhältnissen pflegte bei Ausreichung von Gratisaktien (vorliegend sind es sogar Umsonstaktien) allerdings ein Kursabschlag einzutreten, wenn die Aktien ex notiert wurden. Aber keineswegs immer und auch nicht immer in Höhe des rechnungsmäßigen Wertes des Bezugsrechts. Gewöhnlich wurde die Spanne bald wieder eingeholt, denn der Verzicht der Verwaltung auf das Agio stärkte Vertrauen ein. Flottierten allerdings infolge nicht fester Unterbringung die Aktien, so trat auch wohl das Gegenteil ein; der Kurs sank. Entscheidend war die allgemeine Börsentendenz, die technische Verfassung des Marktes (z. B. starkes Dekubert), die Placierung und Beurteilung des speziellen Unternehmens. So einfach mit dem Rechenstift ist die Kursentwicklung nicht zu beurteilen. Ganz richtig sagt die Begründung zum alten KapErtragsStG. (abgedruckt RFS. 4, 222): der Kapitalgewinn aus der Gewährung eines

7. § 2 Nr. 4 UmfStG. 1922. Als Warenhäuser hergerichtete Gebäude sind schon ihrer baulichen Anlage nach als eingerichtete Räume anzusehen. Dies würde auch dann gelten, wenn sie gleichzeitig zu anderen Zwecken hergerichtet wären, vorausgesetzt, daß es sich nicht um Wohngebäude handelt. f)

Streit herrscht über die Frage, ob die Vermietung eines leeren Warenhauses als steuerpflichtige Vermietung eingerichteter Räume anzusehen sei i. S. von § 2 Nr. 4 UmfStG. 1922. Das Finanzgericht hat die Frage verneint und die Steuerpflichtige von der Umsatzsteuer für die i. J. 1924 erzielte Miete freigestellt, weil für die Verwendung eines Gebäudes als Warenhaus zahlreiche Einrichtungsgegenstände, wie Ladentische, Schränke, Regale, Büromöbel u. dgl. erforderlich seien, die erst die Möglichkeit für einen geordneten Geschäftsbetrieb gäben. Dagegen will das beschwerdeführende Finanzamt die Frage bejaht wissen hauptsächlich mit Rücksicht auf die Entsch. RFG. 21, 289, da es im vorliegenden Falle auf die Eigenart des Gebäudes als Warenhaus nach seiner Bauweise und den in der Rechtsbeschwerde aufgeführten besonderen Vorrichtungen ankomme.

Der Rechtsbeschwerde ist der Erfolg nicht zu versagen.

Wie in der angezogenen Entsch. hervorgehoben worden ist, hat der Gesetzgeber bei der Steuerbefreiung des § 2 Nr. 4 UmfStG. vornehmlich landwirtschaftliche Grundstücke und nicht eingerichtete Wohngebäude im Auge gehabt. In allen anderen Fällen, wo Gebäude für einen besonderen Zweck besonders hergerichtet werden, sollte dagegen die Steuerpflicht gegeben sein. Dies trifft zu bei einem Geschäftshaus, das in der im U. und in der Rechtsbeschwerde geschilderten Weise nach einem besonderen, nach der Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse seinem Zwecke entsprechenden und durch seinen Zweck bestimmten „Typ“ als Warenhaus gebaut und hergerichtet wird,

wertvollen Bezugsrechts rühre daher, daß auch das junge Kapital demnächst eine erhöhte Dividende erbringen solle, was sich natürlich auch später als unrichtig erweisen könne, so daß dann der Kurs entsprechend heruntergehe. Sogar RFG. 4, 225 oben weist darauf hin: der Einwand, daß sich der Wert der alten Aktien stets um den Wert des Bezugsrechts (also in unserm Falle bei Umsonstaktien um die Hälfte) mindere, sei unzutreffend, wie Beispiele zeigten. Die wirtschaftliche Annahme, auf der der Bescheid beruht, ist also keine gesicherte, und eben deshalb auch nicht das Ergebnis.

2. Grundsätzlich noch weiter reichend ist der Rechtsatz: Beim Bezuge junger Aktien gehört zum Anschaffungspreis auch die Wertminderung der alten. Da er ohne Einschränkung ausgesprochen ist, wird man ihn nicht allein gerade auf Aktien beschränken dürfen. Eine Fabrik erhält ihre Eisenbahnverbindung bisher durch die Nordwegparzelle 1. Jetzt bietet sich nach Süden hin die Möglichkeit einer besseren Zuwegung. Man erwirbt daher die Südpazelle 2. Die Nordparzelle 1 verliert ihre Anschlußbedeutung und damit einen großen Teil ihres Wertes. Nach unserm Bescheide müßte der Unterschied auf die Parzelle 2 aufgebucht werden, vielleicht sogar selbst dann, wenn die entsprechende Abbuchung bei Parzelle 1 nicht möglich ist, weil ihr Buchwert schon niedriger ist als der gemeine Wert. Die Fabrik errichtet ein neues Maschinenhaus und transportiert dorthin aus dem alten Maschinenhause den wichtigsten Teil des Maschinenparkes, so daß das frühere Gebäude beinahe leersteht, also im Teilwert gesunken ist. Die AktG. erfährt — gewiß zu ihrer Überraschung und im Gegenjage zur kaufmännischen Übung —, daß sie diesen Wertunterschied beim neuen Maschinenhause aufzubuchen hat. Ein Teil der alten Maschinen wird, weil durch neue ersetzt, zerschrotet. Aber der Fiskus verlangt die Aufbuchung auf die neuen, setzt also auf diese Weise die Vorschrift des § 16 Abs. 3 Satz 3 (Außerordentliche Abschreibung wegen Abgangs) dem Enderfolge nach außer Kraft. Wo man hinblickt, stößt man auf Schwierigkeiten, die das feste Gefüge der Buchhaltung sprengen. Handels- und Steuerbilanz würden die größten Verschiedenheiten ausweisen. Da außerdem die Größe der Einbuße oft nicht erakt zu erfassen ist, müßte geschätzt werden. Dem Streite wäre Tür und Tor geöffnet, unter Umständen auch zum Schaden des Fiskus. Wenn nämlich die um den Entwertungs-schwind der alten Aktien erhöhten neuen im Kurse etwa in Höhe dieses Schwundes sinken, erscheint in der Steuerbilanz ein der Handelsbilanz unbekannter Verlust. Bemerkenswert ist die Auswirkung gerade bei Aktienpaketen. Die AktG. A. hat 1 Million B.-Aktien mit 100% zu Buche stehen. Die A. verdoppelt ihr Aktienkapital zu 100%, obgleich der Kurs 200% ist. Der Wert des Bezugsrechts ist also 50%. Dann wäre nach unserm Entsch. zu buchen:

Alte B.-Aktien 1 Mill. à 100 RM 1000000

Neue B.-Aktien 1 Mill. à 150 RM 1500000

Eine Herabsetzung der alten Aktien auf 500000 RM ist nicht angängig, weil ihr Buchwert mit 100% immer noch niedriger ist als der Kurs mit 200%.

Bekanntlich gelten Bezugsrechte nicht als Kapitaleinkommen. In unserm Falle hätte aber plötzlich die AktG. und noch dazu an den neuen Aktien infolge des Bestandsvergleichs Belanzmäßig 500000 RM verdient. Ein noch gar nicht realisierter Gewinn müßte versteuert werden. Entgegen der handelsgesetz-

für den sogar behördliche „Sonderanforderungen“ bestehen, die nur für ihn, nicht für Wohnhäuser, und auch nicht für andere Geschäftshäuser und gewerbliche Anlagen gelten. Darauf aber, ob die ganze Anlage als solche sich als für den Zweck, für den sie einem anderen überlassen wird, eingerichtet darstellt, kommt es für die Umsatzsteuervorschrift allein an, nicht auf das Vorhandensein und die Zahl besonderer — beweglicher — Einrichtungen. In diesem Sinne ist auch das dabei ausgesprochene Erfordernis zu verstehen, daß die vermieteten Räume solche Eigenschaften, die sie ohne weiteres für den im Mietvertrag ausgesprochenen Zweck der Überlassung geeignet machen, besitzen und mit der getroffenen Einrichtung für den Mietzweck unmittelbar verwendbar sein müssen. Wenn die Steuerpflichtige sich hierauf besonders beruft, so übersieht sie, daß auch dabei, wie auch ohne den Vergleich mit der in der Entsch. v. 6. Juni 1928: RFG. 23, 309, 347 ff. für die Auslegung des AufbringG. angezogenen, hier nicht einschlagenden Vorschrift im § 26 Abs. 3 Satz 3 ABewG. schon aus § 2 Nr. 4 UmfStG. selbst hervorgeht, die Räume und ihre Beschaffenheit, die sich folgerichtig aus ihrer baulichen Struktur ergibt, das Wesentliche sind, nicht die Zutat beweglicher Einrichtungsgegenstände. Die Räume des Gebäudes sind ohne weiteres und unmittelbar als Warenhaus benutzbar, ohne daß es erst des Mittels wesentlicher baulicher Veränderungen in der Anlage bedarf. Diese ist, wie dargelegt, nach der wirtschaftlichen Entwicklung der entscheidende „Typ“. Er muß bei jedem Warenhaus die im wesentlichen einheitliche Grundform bilden, während die Ausstattung mit — beweglichen — Einrichtungsgegenständen je nach den örtlichen Bedürfnissen, persönlichen Geschmackrichtungen, verfügbaren Mitteln verschieden sein kann. Die Schaffung der Eignung als Warenhaus war auch im vorliegenden Fall für den Vertragszweck der Beteiligten nicht unwesentlich, sondern wesentlich Bedingung, ohne die der Ver-

lichen Regelung wird der Wert der neuen Aktien heraufgesetzt. Das hat Staub nicht geahnt, als er (§ 261 Anm. 20 GStB.) schrieb: „Was unter dem Anschaffungspreis zu verstehen ist, bedarf nicht der Erläuterung.“ Wenn unser Bescheid recht hätte, müßten wir gründlich umlernen. Für die Buchführung würde das geradezu umwälzend wirken. Und dabei schreibt § 13 EinkStG. vor, daß die Grundsätze der ordnungsmäßigen Buchhaltung maßgebend sind. Gerade Becker betont das immer wieder. Man darf also wohl bezweifeln, daß der 6. dem 1. Senate beitrifft. Besonders, da der 6. Sen. (StW. 1929 Nr. 15) speziell bei Aktien nicht einmal direkte Anschaffungskosten (Spesen u. ä.) zum Anschaffungspreis rechnet (umgekehrt bei GmbH.-Anteilen der 1. Sen.: JW. 1930, 1443). Auch Selbstbeschaffungskosten werden vom 6. Sen. nicht berücksichtigt (StW. 1928 Nr. 804; einschränkend Zylfaff: StZ. 1930, 369), speziell nicht der Report (StW. 1930 Nr. 1005 und JW. 1929, 684). Auch nicht beim Herstellungspreise die Gewerbesteuer, weil sie keine unmittelbare Aufwendung ist (StW. 1930 Nr. 468).

3. Die kaufmännische Buchführung gibt die Posten wie folgt wieder: Alte Aktien à 220% (sofern nicht der ursprüngliche Anschaffungspreis niedriger ist). Neue Aktien zu Null.

Das ist auch dann vertretbar, wenn man die abstrakte Rechnungsmethode des RFG. anwendet. Denn trotz der Verdoppelung der Aktien ist die Beteiligung bei der alten AktG. dieselbe geblieben. Nicht die Anteilsquote, sondern nur die sie ausdrückende Zahl der Aktien, also bloß die Benennung, hat sich geändert. Selbst bei Umwandlung einer Gewerkschaft in eine AktG. werden die Aktien als die Verkörperung derselben Quote angesehen; der Buchwert bleibt derselbe (JW. 1929, 524). Wenn man von der Komplikation des § 107 absieht, würden also alle Aktien mit lediglich 220 × 3097 (die alte Aktienzahl) gleich 681340 RM zu Buche stehen. Besonders da es sich offenbar um eine dauernde Beteiligung, also um Effekten handelt, die zum Anlagekapital gehören. Man sollte annehmen, es sei gleichgültig, ob man die kaufmännische oder die Rechnungsmethode des RFG. anwendet, weil die alten Aktien sich ja um 340670 WM. erniedrigen. Allein wenn, wie hier, der Kurs mit 330 WM. höher ist als der Einstandspreis der alten Aktien (220 RM), kann bei ihnen nichts abgezogen werden. Der Buchpreis ist immer noch niedriger als der gemeine Wert. Man müßte sonst annehmen, der Anschaffungspreis habe sich später erniedrigt.

Dr. Ernst Fleck, Hannover.

Zu 7. M. E. geht die Entsch. zu weit. Sie setzt sich über die gesetzlichen Erfordernisse des § 2 Nr. 4 mit nicht überzeugenden Gründen hinweg. In der bisherigen Rpr. war auch schon die Tendenz hervorgetreten, bei Prüfung der gesetzlichen Erfordernisse es vorwiegend auf die bauliche Zweckgestaltung der Räume und weniger auf die Art und den Umfang der Einrichtungsgegenstände abzustellen. So hat RFG. 21, 289; JW. 1927, 2823 entschieden, daß „Kraftwagenhallen, in denen besondere Teilräume, sog. Boxen, zur Unterbringung von Kraftwagen hergerichtet sind, als eingerichtete Räume i. S. des § 2 Nr. 4 gelten, da die Einrichtung auf das geringste Maß beschränkt sein kann, wenn nur der Raum mit der getroffenen Einrichtung für den Mietzweck unmittelbar verwendbar ist“. Während somit der RFG. in dieser

trag mit der Warenhausfirma W. nicht zustande gekommen wäre. Die Beschaffung der Ausstattungsgegenstände war der Mieterin überlassen, und ohne sie und beträchtlichen Aufwand hierfür war ihr auch der Warenhausbetrieb nicht möglich. Die i. S. der Gesetzesvorschrift wesentliche Einrichtung aber war nicht erst durch diese Innenausstattung, sondern durch die Herstellung der Anlage geschaffen worden. Hierfür sind auch die von der Firma W. aus praktischen Gründen beabsichtigten geringfügigen Veränderungen durch Einziehung einiger Zwischenwände u. dgl. ganz unwesentlich. Die Annahme eingerichteter Räume beruht auch nicht allein auf dem Vorhandensein großer, besonderer Einrichtung nicht benötigter Lagerräume, deren Betonung durch das FinA. die Steuerpflichtige bemängelt, sondern auf der Anlage im ganzen, da es auf die Anlage als solche, den Warenhaustyp, ankommt.

Wenn die Steuerpflichtige behauptet, daß das Gebäude, ungeachtet seiner Vermietung als Warenhaus auf die lange Dauer von 20 Jahren, auch zu anderen Zwecken, gegebenenfalls sogar zum Betrieb ihrer Buchdruckerei oder einer Gastwirtschaft verwendbar und diese Verwendungsmöglichkeit auch bei der Errichtung bereits ins Auge gefaßt worden sei, so ist es zunächst zweifelhaft, ob eine solche Verwendbarkeit ohne einschneidende, den „Typ“ der Anlage völlig verändernde Um- oder Einbauten überhaupt möglich wäre. Aber selbst wenn dies denkbar wäre, würde dieser Umstand die Steuerbefreiung nicht herbeiführen können. Wenn ein Gebäude zur Verwendung für mehrere Zwecke hergerichtet wird, so würde dies an

Entsch. die Ansicht vertritt, daß wenigstens ein gewisses Maß einer Einrichtung erforderlich ist, sieht er in der vorstehenden Entsch. von dem Erfordernis des Vorhandenseins einer Einrichtung überhaupt ab.

Legt man die gesetzliche Bestimmung objektiv aus, dann kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Umsatzsteuerpflicht an zwei Erfordernisse gebunden ist: Es müssen „Räume“ vorhanden sein, welche „eingerichtet“ sind. Da die Ausdrücke „Räume“ und „eingerichtet“ nach unserem Sprachgebrauch völlig eindeutig sind, so kommt es für die Auslegung überhaupt nicht auf den „Willen des Gesetzgebers“ an, zumal dieser immer recht problematisch ist. Es erscheint jedenfalls nicht angängig, sich über das Erfordernis der „Einrichtung“ unter Berufung auf den angeleglichen Willen des Gesetzgebers hinwegzusetzen, indem man es lediglich auf die äußere Zweckgestaltung des Raumes abstellt und von seiner inneren Einrichtung überhaupt absieht. Dies läßt sich auch nicht dadurch erreichen, daß man den Begriff „eingerichtet“ in den Begriff „hergerichtet“ ausweitet, um so die äußere Gestaltung des Raumes darunter zu begreifen. Zudem dürfte das Kriterium der äußeren Zweckgestaltung kaum sicherer sein als das der inneren Einrichtung. Mag auch die Umgrenzung des Begriffes „Einrichtung“ mit Rücksicht darauf, daß die Einrichtungsgegenstände „je nach den örtlichen Verhältnissen, persönlichen Geschmackrichtungen und verfügbaren Mitteln verschieden“ sein können, nicht inner leicht sein, so können doch die gleichen Schwierigkeiten entstehen, wenn es sich um die Frage handelt, ob die vermieteten Räume Teile einer baulichen Anlage sind, die „nach einem besonderen, ihrem Zweck entsprechenden und durch ihren Zweck bestimmten „Typ“ hergerichtet“ ist. Um die Schwierigkeiten, die sich gerade aus der Rspr. des RFG. für die Praxis ergeben, möglichst zu vermindern und dabei steuerliche Härten zu vermeiden, hat sich das RM. in einem Schreiben an den D. Jnd.- u. Handtag v. 15. Nov. 1929 S. 4141—9329 III (vgl. Gildienst d. DStZ. v. 29. Nov. 1929, 759) bereit erklärt, nach folgenden Grundsätzen zu verfahren:

Gewerblich benützte Räume (Läden, Lager-, Büro- und Fabrikräume) eines Wohngebäudes sollen grundsätzlich der Umsatzsteuer nicht unterliegen, es sei denn, daß diese Räume eine für die bestimmte vertragliche Nutzungsart erforderliche besondere bauliche Beschaffenheit aufweisen oder mit Einrichtungsgegenständen vermietet sind, so daß sie für den Mietzweck unmittelbar verwendet werden können. Das Vorhandensein eines Schauensetzers sowie die Größe des Raumes, soweit letzterer nicht bereits für die bestimmte vertragliche Nutzungsart eigentümlich ist, soll allein nicht für die Umsatzsteuerpflicht entscheidend sein. Neben Warenhäusern sollen dagegen auch Büro-, Geschäfts- und Industriehäuser in Anlehnung an die Rspr. des RFG. schon ihrer baulichen Anlage nach als eingerichtete Räume gelten, da sie einen bestimmten Typ darstellen und nicht ohne einschneidende, den Typ der Anlage völlig verändernde Um- oder Einbauten zu Wohnzwecken verwendbar sind. Bei der Vermietung von Büro-, Geschäfts- und Industriehäusern oder einzelner Räume derselben zu gewerblichen Zwecken soll daher die Umsatzsteuerpflicht gegeben sein.“

Durch diese Regelung, die auf der Grundlage der Rspr. des RFG. vorwiegend praktische Zwecke verfolgt, dürfte jedoch für die hier interessierende Auslegungsfrage nach grundsätzlicher Richtung nichts gewonnen sein.

Nach alledem kann de lege lata nur festgestellt werden, daß ein völlig leerer, also nicht eingerichteter Raum, der lediglich äußerlich in zweckbestimmter Weise hergerichtet ist, nicht als ein-

dem Vorhandensein eingerichteter Räume in dem dargelegten Sinne der Gesetzesvorschrift nichts ändern. Dann wären eben das Gebäude und mit ihm die darin befindlichen, der eigentlichen Benutzung erst dienenden Räume für mehrere Zwecke, deren keiner der eines Wohngebäudes ist, eingerichtet.

(RFG., 5. Sen., Urt. v. 22. Febr. 1929, V A 57/29.)

§ 8 I Nr. 3, 15 Abs. 1 ErbSchStG. 1925; § 80 Abs. 2 RABG.D. Eine Erbengemeinschaft ist nicht rechtsfähig i. S. des ErbSchStG. Bei einer Zuwendung an eine Erbengemeinschaft sind deshalb Beschenkte und somit steuerpflichtige Erwerber die einzelnen Erben, die entsprechend ihren Anteilen an der Zuwendung zu besteuern sind. †)

Die Firma T. hatte ihrem langjährigen Prokuristen Hans J. eine besondere Zuwendung zu seinem 25jährigen Dienstjubiläum in Aussicht gestellt. J. starb jedoch ein Jahr vor seinem Jubiläum. Die Firma T. ließ nach seinem Tode seinen Erben, den Beschw. J., einen Betrag von 10 000 RM zukommen, da sie sich an ihre J. gegebene Zusage gebunden fühlte. Das FinA. erblickte in der Zuwendung eine steuerpl. Schenkung an die Erben und forderte von den „Erben des Herrn Hans J.“ 1400 RM SchenkSt. an. Einspruch und Berufung, mit denen geltend gemacht wurde, es handle sich um ein steuerfreies übliches Gelegenheitsgeschenk i. S. des § 18 Abs. 1 Nr. 16 ErbSchStG. oder doch um eine einem Ruhegehalt ähnliche Zuwendung, die nach § 18 Abs. 1 Nr. 15 steuerfrei sei, blieben erfolglos.

Nach § 15 Abs. 1 ErbSchStG. 1925 ist Steuerpflichtiger der Erwerber, bei einer Schenkung auch der Schenker. Steuerpflichtiger kann jeder steuerlich Rechtsfähige sein. Das ErbSchStG. steht auf dem von der Reichsteuergesetzgebung vielfach eingenommenen Standpunkt, daß als Steuerpflichtige nicht nur rechtsfähige (natürliche und juristische) Personen, sondern auch sonstige privatrechtlich nicht als rechtsfähig anerkannte Vermögenssträger, wie z. B. nichtrechtsfähige Personenvereinigungen, nichtrechtsfähige Anstalten, Stiftungen und andere

gerichteter Raum i. S. des § 2 Nr. 4 angesehen werden kann — falls man dem eindeutigen Wortsinne nicht Gewalt antun will. Die Umsatzsteuerpflicht ist somit nur dann gegeben, wenn eine Einrichtung wenigstens in solchem Umfange vorhanden ist, daß damit überhaupt erst die Möglichkeit geschaffen wird, den Raum entsprechend seiner Zweckbestimmung zu benutzen. Dazu gehört bei einem Warenhause, daß es wenigstens mit Warenstränken und -tischen, bei einem Bürohause, daß es mit dem notwendigen Büroinventar ausgestattet ist. Diese Ansicht wird in der Literatur auch von den maßgebenden Kommentatoren vertreten; so bemerkt Popitz, Komm. z. UmfStG., 3. Aufl., S. 539, daß erforderlich seien:

„Vorrichtungen irgendwelcher Art, die ermöglichen, daß der Raum zu dem Zwecke, zu dem er gemietet wird, benutzt werden kann und nicht erst durch den Mieter ausgestattet werden braucht, um benutzungsfähig zu sein.“

Scholz: Handb. d. Steuerr. v. Rozek Bd. I S. 164 führt aus:

„Das Kennzeichen des eingerichteten Raumes ist für Wissenschaft und Rspr. schwierig. M. E. kommt es darauf an, daß der vermietete oder verpachtete Raum auch durch Innenausstattung so hergerichtet ist, daß er für die in Frage kommenden Wohn- oder gewerblichen oder sonstigen Gebrauchszwecke unmittelbar verwendbar, d. h. so ausgestattet ist, daß darin gewohnt, ein Betrieb eröffnet werden kann. Der Wohnraum muß also als Wohnraum im wesentlichen fertig ausgestattet, der Geschäftsraum zu dem beabsichtigten Betriebe im wesentlichen eingerichtet sein, ohne daß der Mieter die Ausstattung zu besorgen hat.“

Der vorstehenden Entsch. ist der RFG. auch in den späteren Erkenntnissen v. 14. Mai 1929 (3W. 1929, 2977) und v. 27. Sept. 1929 (Gl. u. Entsch. 29, 316) gefolgt.

RM. Dr. Hermann Herold, Köln.

Zu 8. Diese Entsch. grenzt ab, welche Personenvereinigungen außer den zivil- und handelsrechtlich als rechtsfähige Subjekte anerkannten im Sinne des ErbSchStG. als selbständige Jeniten zu betrachten sind, welche nicht. Sie hebt darauf ab, daß im steuerrechtlichen Sinne eine (nichtrechtsfähige) Personenvereinigung nur dann solch Steuerpflichtiger ist, wenn bei ihr eine korporative Organisation eine wirtschaftliche Selbständigkeit (gegenüber ihren Mitgliedern) trägt. Der Satz der Entsch. „Erbengemeinschaften besitzen jedoch keine irgendwelche äußerliche Selbständigkeit und scheiden daher aus dem Kreise der i. S. des ErbSchStG. rechtsfähigen Personenvereinigungen aus“ scheint mir allerdings in völliger Allgemeinheit nicht verstanden werden zu können. In RFG. 16, 67 führte der 6. Sen. zutreffend aus, daß ein körperschaftsteuerpflichtiges Zweckvermögen vorliege, wenn die Einkünfte eines Nachlasses der Verfügung der Erben entzogen sind und das Vermögen später nicht den Erben und ihren Erbschaftsfolgern auszubändig ist. Auch bei einer i. S. des ErbSchStG. steuerpflichtigen Zuwendung an eine solche Erbengemeinschaft müßte diese wohl als selbständiger Jenit zu betrachten sein.

RM. Dr. Alfons Roth, Berlin.

Zweckvermögen (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 3 ErbschStG.) in Betracht kommen. Es können dabei aber nur solche Personenvereinigungen als i. S. des ErbschStG. rechtsfähig angesehen werden, die eine gewisse wirtschaftliche Selbständigkeit besitzen und bei denen eine korporative Organisation vorhanden ist, die sie als ein von ihren Mitgliedern getrenntes Gebilde erscheinen lassen. Erbgemeinschaften besitzen jedoch keine irgendwelche äußerliche Selbständigkeit und scheiden daher aus dem Kreise der i. S. des ErbschStG. rechtsfähigen Personenvereinigungen aus. Sie sind als solche weder erb- noch schenkungsfähig. Bei Zuwendungen an eine Erbgemeinschaft kann somit nicht diese zur SchenkSt. herangezogen werden, vielmehr sind Beschenkte die einzelnen Erben, die nach § 80 Abs. 2 ABGD. entsprechend ihren Anteilen an der Zuwendung zu besteuern sind. Das Verfahren der Vorinstanzen, die die „Erben des Herrn Hans B.“ zur Steuer herangezogen haben, war daher rechtsirrig und mußte ergebnislos aufgehoben werden.

(RfV., 1. Sen., Urt. v. 16. Dez. 1930, I a A 461/30.)

Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Ziehe und Landgerichtsdirektor Persting, Berlin.

[** Wird in den Aml. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Aml. Nachrichten des RVerf.) abgedruckt.]

[O Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVerf. (EuM.), abgedruckt.]

O I. § 70 Satz 1 RKnappSchG. Die Leistung nach dem RKnappSchG. ist mit den Steigerungsbeträgen der Angestelltenversicherung auch dann zu gewähren, wenn der Versicherte nur eine Leistung aus der Arbeiterpensionskasse erhält und die Wartezeit in der Angestelltenversicherung erfüllt ist.

Nach § 70 RKnappSchG. treten seit dem Inkrafttreten dieser Vorschrift, d. h. v. 1. Juli 1926 ab, sofern die Wartezeit nach dem RKnappSchG. erfüllt ist und Beitragsmonate bei der reichsgesetzlichen Angestelltenversicherung nachgewiesen werden, zu den Leistungen nach dem RKnappSchG. die Steigerungsbeträge nach dem AngVerfG. Nach dieser eindeutigen und klaren Vorschrift ist es unerheblich, ob die Wartezeit in der Angestelltenversicherung erfüllt ist oder nicht. Vielmehr ist seit 1. Juli 1926 eine einheitliche Leistung aus der knappschaftlichen Pensionsversicherung mit den Steigerungsbeträgen der Angestelltenversicherung auch dann zu gewähren, wenn die Wartezeit in der Angestelltenversicherung erfüllt ist. § 70 a. a. D. gilt ferner nicht nur für den Fall, daß ein Mitglied in der Angestelltenversicherung und in der knappschaftlichen Angestelltenpensionskasse versichert ist, sondern auch dann, wenn nur die Wartezeit in der Arbeiterpensionskasse erfüllt ist und Beiträge zur Angestelltenversicherung nachgewiesen werden. Dies ist bereits in den Gründen der Entsch. 3358 des RVerf. ausgesprochen worden (zu vgl. NachrRVerf. 1929, IV 75; EuM. 24, 63 Nr. 28 auch Entsch. 3236 II NachrRVerf. 1928, IV 287; EuM. 23, 70 Nr. 31).

Auf die Frage, ob die Wartezeit in der Angestelltenversicherung schon vor dem 1. März 1929 durch Anrechnung von Beiträgen zur Arbeiterpensionskasse erfüllt ist, kommt es auch nicht etwa mit Rücksicht auf § 66 RKnappSchG. an. Nach dieser Vorschrift bewendet es bei den Vorschriften des AngVerfG., soweit nach diesem Gesetz Leistungen zu gewähren sind, die über die nach dem RKnappSchG. vorgeschriebenen hinausgehen. § 66 ist somit schon nach seiner Stellung in dem Unterteil VI des Abschn. „B. Pensionsversicherung der Angestellten“ nur auf die Pensionsversicherung der Angestellten anwendbar, dagegen nicht für diejenige der Arbeiter, welche in den §§ 28 bis 48 RKnappSchG. geregelt ist. Der M., der unstreitig nur der Arbeiterpensionskasse angehört hat, kann seinen Anspruch auf Ruhegeld der Angestelltenversicherung daher nicht auf § 66 stützen.

(RVerf., 5. Rev.Sen., Befchl. v. 26. Nov. 1930, III a AV 262/30.)

II. Länder.

1. Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von OVG. Geh. RegR. von Rries u. Rl. Dr. Görres, Berlin.

1. Zum Unterschied von Kammereivermögen und Bürgervermögen. Entstehung einer Observanz.)

Unstreitig ist der Stadtforst Eigentum der Gemeinde und für diese ohne dingliche Belastung im Grundbuch eingetragen. Bei Beurteilung der Rechtslage ist grundsätzlich davon auszugehen, daß alle

Gemeindeangehörigen insoweit an dem Gemeindevermögen gleichen Anteil haben, als nicht von einzelnen ein besonderes Vorrecht nachgewiesen wird (vgl. Dertel, StädteD., 6. Aufl., S. 199, Anm. 3 zu § 49). Daß der Hausbesitz namentlich unter Begrenzung auf individuell bestimmte Häuser das Merkmal einer bevorrechtigten Klasse von Einwohnern i. S. des § 49 StädteD. bilden kann, ist in ständiger Rspr. des Reichsgerichts anerkannt (vgl. PrVerwBl. 33, 230).

Ein geschriebenes Ortsrecht ist nicht vorhanden; namentlich haben die Forstregulative an sich keine rechtserzeugende Bedeutung; sie können nur als Beweismittel bei Erforschung des observanzmäßigen Ortsrechts gewertet werden. Es ist hierbei anerkannter Rechts, daß als rechtserzeugender Akt für eine Klassengerechtfame — außer einem gem. § 11 StädteD. erlassenen Ortsstatut — auch die gewohnheitsrechtliche Rechtsentwicklung in Form der Observanz in Betracht kommt.

Bei Anwendung dieser Rechtsgrundsätze auf das seitens des BezAusf. gewürdigte Urkundenmaterial kann indessen der Gerichtshof die Gerechtfame der M. bisher nur insoweit als erwiesen ansehen, als es sich um den Bezug des Bau- und Reparaturholzes handelt.

Zur Entstehung der Observanz als einer ungeschriebenen Rechtsnorm genügt nicht allein die tatsächliche Anwendung einer Regel während langer Zeit, sondern es gehört dazu noch, daß die tatsächliche Übung auf der Überzeugung der Beteiligten von der rechtlichen Notwendigkeit dieser Übung beruht; opinio juris seu necessitatis (vgl. OVG. 38, 57; 15, 184 sowie PrVerwBl. 47, 8).

Diese Voraussetzungen können unbedenklich als erfüllt angenommen werden hinsichtlich des Bau- und Reparaturholzes, dessen Bezug in den Forstregulativen von 1823, 1871 und 1896 im wesent-

Zu 1. Dem Urteil liegen zugrunde die Unterschiede zwischen Kammereivermögen, Bürgervermögen und Interessentenvermögen. Letzteres scheidet hier aus; seine Natur ist privatrechtlich, die Geltendmachung von Ansprüchen erfolgt im Rechtswege. Kammereivermögen kann man am besten als das kommunalfiskalische Vermögen der Stadtgemeinde bezeichnen. Bürgervermögen oder Gemeindegliedervermögen ist das ursprünglich nicht der Stadtkorporation, sondern den einzelnen Bürgern zur Nutzung zustehende Vermögen. Dieses ist in der neueren Rechtsentwicklung in das Eigentum der Stadtgemeinde übergegangen, während die Nutzungen den einzelnen Bürgern verblieben sind, soweit nicht eine Änderung der Rechtsverhältnisse erfolgt ist. Das Bürgervermögen tritt auf als Gemeindegliederklassenvermögen, wenn die Nutzungen nicht allen Bürgern, sondern einzelnen bevorrechtigten Klassen zustehen (lehrreich OVG. 71, 128, 129). Die in der vorliegenden Entsch. gemachten Unterschiede zwischen Bau- und Reparaturholz, Brennholz und endlich Kaff- und Legehholz sowie Waldstreu sind nicht nur den gegebenen Umständen nach, sondern allgemein rechtsgeschichtlich begründet. Das Bürgervermögen führt zurück auf die Allmende der Markenverfassung. Nach dieser standen nur Haus und Hof im Eigentum des einzelnen Markgenossen. Die Allmende waren verteilt. Das Ursprüngliche ist nun ferner, daß nur die mit Haus und Hof angefallenen Markgenossen Nutzungen an der Allmende haben. Daher erklärt sich das besondere Interesse am Bau- und Reparaturholz. Auch in späterer Zeit ist dies von Bedeutung, da das Bauholz eine im freien Verkehr schwer zu erlangende Handelsware ist. Daher auch die älteren Verpflichtungen der Kirchenpatrone zur Lieferung von Bauholz an die Kirchen, sofern diese nicht selber damit versehen sind. Offenbar haben im vorliegenden Falle alle Hausbesitzer (später Vollbürger) die Bau- und Reparaturholzberechtigung gehabt und ist erst später eine Beschränkung eingetreten. Dagegen ist die Brennholznutzung offenbar erst später mit der Lockerung des Gefüges der Markenverfassung entstanden, und zwar für einen sehr viel weiteren Kreis, nämlich die Ortseinwohner (vgl. hierzu die historisch interessante Entsch. OVG. 45, 168 ff.). Gänzlich unabhängig hiervon können wieder die Kaff-, Legehholz- und Waldstreuberechtigungen bestehen, die übrigens im vorliegenden Falle keine besondere Rolle spielen (Befeler, Deutsches Privatrecht S. 894 f.).

Die Möglichkeit der Entstehung und Abänderung vorstehender Arten von Berechtigungen durch Observanz entspricht der bisherigen Praxis des OVG. (OVG. 38, 57; 45, 171). Wenn die vorliegende Entsch. betont, daß Forstregulative in der Beziehung nicht rechtserzeugend, sondern höchstens rechtsbezeugend sein können, so ist dem zuzustimmen, da Regulative nach heutiger Auffassung nichts anderes sind als Verwaltungsverordnungen, also Dienstbefehle im inneren Verwaltungsbetriebe. Wenn ferner die Entsch. die in der Wissenschaft bestrittene Frage, ob zur Bildung von Wohnheitsrecht und Observanz die opinio necessitatis erforderlich sei, mit Entschiedenheit bejaht, so entspricht dies der ständigen Praxis des Reichsgerichts (OVG. 15, 185; 34, 252; 38, 57; 45, 171; 53, 211; 63, 354; PrVerwBl. 47, 8). Nur ließe sich wohl die gewählte Wortfassung der Überzeugung der Beteiligten von der rechtlichen „Verbindlichkeit“ der Übung in die Überzeugung von der rechtlichen „Verbindlichkeit“ der geübten Rechtsnorm mildern (vgl. Herrmann, Grundrissen des Verwaltungsrechts S. 95 Anm. 41). Im übrigen ist den Gründen der Entsch. in allen Punkten zuzustimmen.

Geh. RegR. Prof. Dr. Helfrich, Breslau.

lichen gleichlautend mit dem Bemerkten aufgeführt ist, es solle an den alten Rechten nichts geändert werden.

Auch das Anerkenntnis v. 12. Jan. 1785 sowie der Bescheid des Generalkommissariats v. 13./24. Juli 1822 weisen auf diese Bauholzgerechtfame hin. Zugleich läßt die Einschränkung, daß für neue Häuser nichts geliefert werde, die Begrenzung dieser Bauholzgerechtfame auf die Klasse der Besitzer der katastrierten Häuser unter Ausschluß anderer Stadteinwohner klar erkennen.

Eine solche Regelung ist aber hinsichtlich der Brennholzgerechtfame aus den bislang vorgelegten Urkunden nicht mit solcher Sicherheit zu folgern, daß der Beweis einer Bevorrechtigung dieser Klasse gegenüber der Gemeinde und allen übrigen Einwohnern als erbracht angesehen werden könnte.

Zur Bervollständigung der Verhandlungen über diesen bisher nicht erörterten Punkt erschien die Zurückverweisung der Sache an die erste Instanz um so mehr geboten, als eine getrennte Prüfung der verschiedenen Arten der Waldbnutzung bisher unterblieben war. Bemerkenswert ist dabei, daß anscheinend die in dem Regulativ 1896/97 vorgesehene Berichtigung auf Raff- und Leifholz sowie auf Waldstreu von den Kl. gar nicht als Klassenvorrecht beansprucht wird.

(PrWB., Entsch. v. 5. März 1929, II B 10/28.)

2. Schankerlaubnissteuer. BerlStD. v. 31. Mai 1921. Bei der Schankerlaubnissteuer wird die Steuerpflicht durch Erlangung der nachgesuchten Konzession ausgelöst, ohne daß die tatsächliche Ausübung der erlangten Erlaubnis hinzutreten braucht. Das gilt sowohl von der Erlangung der Erlaubnis für neue Betriebe, wie von der Übernahme oder Erweiterung bestehender Betriebe.

Die Einwendungen der Kl. gegen die angefochtene Heranziehung lassen sich im wesentlichen dahin zusammenfassen, daß Kl. zwar die Schankerlaubnis beantragt und erlangt, sie aber nicht ausgeübt habe, und somit der Steuerfall nicht eingetreten sei, sowie ferner, daß mangels eigener Ausübung der erlangten Erlaubnis auch kein Ertrag von der Kl. erzielt worden sei, der der Besteuerung zugrunde gelegt werden könne.

Mit diesen Einwendungen kann die Kl. indessen nicht durchbringen. Bereits in seiner Entsch. v. 6. Jan. 1910 (WB. 56, 151) hat der Gerichtshof ausgeführt: „Nach § 1 der örtl. Steuerordnung unterliegt die Erlangung der Erlaubnis zum ständigen Betrieb einer Schankwirtschaft nach näherer Vorschrift der §§ 2 bis 4 einer Steuer. Für die Steuer haftet derjenige, dem die Erlaubnis erteilt ist. Die Steuerpflicht tritt daher grundsätzlich sofort ein, sobald der Erlaubnis Nachsuchende die ihm erteilte Erlaubnis erlangt hat, nicht erst mit der Eröffnung des erlaubten Betriebs. Unerheblich ist es sonach, ob derjenige, welcher die Erlaubnis erlangt, von ihr alsbald Gebrauch machen konnte. Entscheidend ist vielmehr der Zeitpunkt, in welchem die erteilte Erlaubnis dem sie Nachsuchenden amtlich bekanntgegeben und unanfechtbar geworden war. In diesem Zeitpunkt erlangte er die Erlaubnis.“

Den gleichen Grundsatz hat der Gerichtshof u. a. in seiner nicht veröffentlichten Entsch. II C 36/29 v. 2. Juli 1929 erneut ausgesprochen, in der, ebenso wie hier, die Anwendung der Erlaubnissteuerordnung der Stadt Berlin v. 31. Mai 1921 i. d. Fass. der Nachträge I bis VI zur Erörterung stand. Es handelte sich dort um einen Fall, wo der Kl. die Erweiterung der Schankkonzession beantragt und erlangt, vorher aber den Schankbetrieb aufgegeben hatte, ohne den Antrag auf Konzessionserweiterung zurückzuziehen. In dieser Entsch. ist folgendes ausgeführt worden: „Der Kl. hat die Erlaubnis zur Ausdehnung seines Betriebs beantragt und erlangt. Damit war seine Steuerpflicht, wie das WB. in ständiger Mspr. anerkannt hat, begründet.“ Diese grundsätzliche Mspr. des WB. über den Eintritt der Steuerpflicht findet bei der Erlangung einer Erlaubnis zur Errichtung einer neuen Wirtschaft (§ 2 StD.) oder zur Erweiterung einer Wirtschaft (§ 4 Ziff. 2), so auch auf den in § 3 a. a. D. geregelten Fall der Erlangung der Erlaubnis zur Übernahme einer bestehenden Wirtschaft Anwendung. Auch hier wird die Steuerpflicht durch die Erlangung der erbetenen Erlaubnis ausgelöst, ohne daß das weitere tatsächliche Moment der Ausübung der erlangten Erlaubnis hinzutreten braucht.

Kl. hat am 29. Dez. 1928 die Erlaubnis erlangt. Damit war der Fall der Steuerpflicht eingetreten. Die Tatsache, daß es sich um einen bereits bestehenden Betrieb handelte, ist nach § 3 StD. nur maßgeblich für die Höhe der Steuer.

Kl. irrt auch, wenn sie annimmt, daß sie keinen Ertrag aus der erlangten Konzession erzielt habe. Sie hat vielmehr letztere unstreitig durch Dritte, nicht im Besitz einer Konzession Besindliche auf Grund vertragsmäßiger Vereinbarungen genutzt und hierfür ausbedingte Einnahmen erzielt. Hierbei kommt dem Umstande, daß die Kl. die Erlaubnis schon vor ihrer Erlangung auf die genannte Weise genutzt hat, keine entscheidende Bedeutung zu, weil die Nutzung tatsächlich unstreitig im Rahmen der später erlangten Erlaubnis erfolgt ist.

(PrWB., Urf. v. 3. Juni 1930, II C 6/30.)

D. Ausländische Gerichte und Behörden.

Österreich.

Oberster Gerichtshof Wien.

1. Der Angewiesene darf gegenüber dem Anweisungsempfänger nicht aufrechnen.†)

Kl. (Jugoslawien) beauftragte die heimische Bank X, an H. in Wien eine Zahlung zu machen. Die X gab den Auftrag an die bekl. Wiener Bank weiter. Bei dieser unterhielt H. zufällig ein Konto. Unter Berufung auf ihre Geschäftsbedingungen zahlte Bekl. den Betrag nicht an H. aus, verrechnete ihn vielmehr mit einer eigenen Gegenforderung gegen H., wogegen sowohl H. wie Kl. protestierten. Die Bekl. wurde allinstanzlich zur Zahlung an H. verurteilt. Es ist festgestellt, daß der Auftrag an die Bekl. auf Auszahlung, das heißt auf bare Bezahlung des überwiesenen Betrages lautete. Glaube die Bekl., die Anweisung dahin auslegen zu können, daß sie nicht bar zu bezahlen brauche, sondern sie durch bloße Gutschrift auf dem Konto des H. ausführen könne, so hatte sie die Pflicht, durch Erkundigung bei Kl. sich Gewißheit darüber zu verschaffen, ob die Anweisung durch Gutschrift honoriert werden könne. Die Bekl. unterließ aber diese Vorsicht, nahm die Aufrechnung vor und verweigerte Barzahlung; sie hat also die Anweisung unter anderen

Zu 1. Wenn K. den Auftrag des Kl., wie anzunehmen, korrekt weitergegeben hat, also der Bekl. einen gleichlautenden Zahlungsauftrag gegeben hat, dann lautete dieser Zahlungsauftrag, wie das Urteil mit Recht annimmt, auf Barzahlung. Keinesfalls konnte und wollte nach dem Tatbestand der Kl. durch Verschaffung einer Aufrechnungsbefugnis an die Wiener Bank in die Vermögensdispositionen des H. eingreifen. Dazu gehört auch die freie Verfügung über seine Außenstände. Die Aufrechnungsmöglichkeit konnte nur in der Weise herbeigeführt werden, daß der Kl. eine Forderung gegen H. erwarb, sei es auch auf dem Umwege über die Banken. Diese Gegenforderung hätte er der Wiener Bank abtreten müssen und dann, aber auch nur dann konnte die Wiener Bank aufrechnen. Die Schuld des Kl. wäre damit aber noch nicht getilgt. Nicht klar ist die Ausführung, daß H. die Anweisung hätte annehmen müssen. Wenn man darunter versteht, was sonst unter Annahme der Anweisung verstanden wird, dann hätte höchstens die Wiener Bank gegenüber H. annehmen müssen, wodurch sie aber nur belastet worden wäre. Das Urteil will aber anscheinend die Annahme der Anweisung dahin verstanden wissen, daß H. sich mit der Aufrechnung im voraus einverstanden erklärt hätte. Das ist nach unserem deutschen Sprachgebrauch keine Annahme einer Anweisung, sondern eine Abrede darüber, daß die Wiener Bank das, was sie bar auszahlen mußte, sich verrechnen dürfte. Die Sache liegt dann ungefähr so, als wenn der Beauftragte, der eine Summe Bargeld an den Empfänger im Namen eines Dritten bar überbringen soll, von dem Empfänger die Erlaubnis erhält, dieses Geld zu behalten, so daß der Empfänger, nicht aber der Überbringer, eine Schuld des Empfängers bei dem Überbringer tilgt. Wenn der Überbringer das Geld bar auszahlt, der Empfänger es ihm sofort zurückgibt als Leistung auf eine Schuld bei dem Überbringer, liegt Schuldtilgung durch eine auf Verfügung des Empfängers beruhende Leistung vor. Zu betonen: auf Verfügung des Empfängers. Im vorliegenden Fall hätte durch Verfügung des H. das gleiche Ergebnis wie mit der baren Hin- und Hergabe erreicht werden können, wenn beide Parteien über diese Hingabe an Zahlungs Statt — denn nur eine solche konnte in Frage kommen, niemals eine Aufrechnung — sich freiwillig geeinigt hätten. Die Wiener Bank hat dies verwechselt und wollte einseitig sich aus dem Konto des H. bezahlt machen, hat aber übersehen, daß nicht von ihr, sondern nur von H. die Verfügung über seinen Aktivposten ausgehen konnte. Eine Schuld des H., die sie durch Aufrechnung tilgen könnte, war gar nicht da, sondern alles lief auf einen eigenmächtigen Befriedigungsversuch aus fremder Schuld bei einem fremden Gläubiger hinaus.

Die Geschäftsbedingungen sind mir nicht bekannt. Lauteten sie aber so, daß zwischen H. und seiner Bank derartiges erlaubt war, dann war durch eine Generalklausel ein Rechtsverhältnis geschaffen, das der von dem Gericht erörterten „Annahme der Anweisung“ genau entsprach. Diese Generalklausel aber war keine Abmachung über eine Aufrechnung, sondern eine Abmachung über eine Hingabe an Zahlungs Statt, wobei dann vorausgesetzt wird, daß die Wiener Bank die Befugnis hätte, jederzeit auch gegen den Willen des Kunden ihn ganz oder teilweise durch diese Hingabe an Zahlungs Statt auszusahlen und sein Konto mehr oder minder weitgehend zum Erlöschen zu bringen. Daß dies alles ganz anders aussieht als eine Aufrechnung, liegt auf der Hand.

Im Verhältnis von H. zum Kl. hat der Kl. nicht rechtzeitig erfüllt, und zwar durch anrechenbares Verschulden der von ihm benutzten Mittelspersonen, die wieder dem Kl. auf Ersatz haften (Gehilfenschaft oder Substitution). Auf eine abstrakte theoretische Formel gebracht lautet die Rechtsfrage so: Die Wiener Bank wollte mit einem ihr nicht einmal nach formellen Recht zukommenden Durchgangsposten gegen die Forderungen des H. aufrechnen. Dies ist mit Recht zurückgewiesen. Die Entscheidung ist einwandfrei.

Geh. FR. Prof. Dr. R r ü c k m a n n, Münster i. W.

Bedingungen ausgeführt, als sie erteilt war. Der Anweisungsempfänger H. gab sich mit der Gutschrift nicht zufrieden, sondern beharrte auf Barzahlung. Es liegt also seinerseits keine Annahme vor; es ist daher auch keine Forderung für ihn an die Bekl. entstanden, eine Aufrechnung war sohin begrifflich ausgeschlossen. Die trotzdem von der Bekl. vorgenommene Gutschrift in den Büchern konnte rechtliche Wirkungen nicht hervorbringen. Kann man aber nicht sagen, daß durch die Anweisung Geld oder sonstige Werte, die ein Vermögen H.s darstellen, in die Innehabung der Bekl. gelangt sind, so fehlt es an den Voraussetzungen für eine Gutschrift i. S. der allgemeinen Geschäftsbedingungen und konnte die Bekl. auch nicht durch Gutschrift den angewiesenen Betrag mit ihrer Forderung an H. aufrechnen. Aus den allgemeinen Geschäftsbedingungen kann sie nicht für sich das Recht ableiten, an Stelle des Kontoinhabers und ohne seine Zustimmung, ja sogar gegen seinen Willen, die Anweisung für ihn anzunehmen und sich dadurch in den Besitz von Geld oder Werten des Kontoinhabers zu setzen, bezüglich deren ihr dann die in den Geschäftsbedingungen und Statuten vorgesehenen Rechte zukämen. Aber selbst dann, wenn rechtlich eine Kompensationsmöglichkeit vorgelegen wäre, hätte die Bekl., ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen, nicht aufrechnen dürfen. Denn sie würde dadurch der durch die Anweisung erteilten Vorschrift, die überwiesene Summe auszuführen, und ihrem in der Annahme der Anweisung gelegenen Zahlungsversprechen zuwidergehandelt haben. Der Rechtsgedanke, welcher der Bestimmung des § 313 Abs. 2 ABGB zugrunde liegt, muß auch hier Platz greifen. § 1402 ABGB steht dem nicht entgegen. Wenn nämlich auch der Angewiesene dem Anweisungsempfänger Einwendungen entgegensetzen kann, die sich

aus seinen persönlichen Beziehungen zu dem Empfänger ergeben, so können doch darunter nicht solche verstanden werden, die dem Zwecke der Anweisung, eine Zahlung zu bewirken, zuwiderlaufen. (OGH. Wien, Urt. v. 2. Jan. 1930, 1 Ob 1104/29; Rspr. 1930 Nr. 105.)

Mitgeteilt von Prof. Dr. Hans Reichel, Hamburg.

Berichtigung.

In FZB. 1930, 2918 ist der Preis der besprochenen Bücher irrtümlich falsch angegeben. Es muß heißen:

Fischer-Wagenführ: Kartelle in Europa. Verlag Krißke & Co. Preis brosch. 12 M., geb. 14 M.

Bericht über die Sitzung des großen Ausschusses der Kartellstelle.

Abschöf: Die Rechtsnatur des Lieferungsvertrages im Verkaufssyndikat. Carl Heymanns Verlag. Preis 4 M.

Die Zeller'schen Umwertungszahlen.

Monatsdurchschnitte	Geldwertzahlen	Wohlstandszahlen	Umwertungszahlen
November 1930	1,435 Bill.	89,0 %	1,28 Bill.
Dezember	1,416 "	89,5 %	1,27 "
Januar 1931	1,404 "	90,0 %	1,26 "
Februar	1,388 "	90,5 %	1,26 "

Dem Reichstage und dem Landtage vorliegende Gesetzentwürfe.

Berichtet von Senatspräsident Fuisting und Ministerialrat Schlüter, Berlin.

In der RDruckf. Nr. 815 liegt der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Kraftfahrzeugsteuergesetzes vor. Das geltende KraftStG ist bis zum 31. März 1931 befristet. Nach dem Entwurf soll unter Ablehnung einer besonderen Wettbewerbssteuer nach wie vor die Kraftfahrzeugsteuer den Ländern zu Zwecken der Wegeunterhaltung überwiesen werden. Eine Erhöhung der Steuerätze ist vorgesehen für elektrisch oder mit Dampf angetriebene Kraftfahrzeuge sowie für Zugmaschinen und für nicht luftbereifte Kraftomnibusse und Lastkraftwagen. Für das Mitführen von Anhängern an Lastkraftwagen mit Antrieb durch Verbrennungsmaschine soll eine besondere Steuerkarte eingeführt werden, die zum Mitführen eines beliebigen Anhängers an einem beliebigen Lastkraftwagen des Steuerpflichtigen berechtigt. Rechtlich von Bedeutung ist, daß die Vorschriften über die Abmeldung eines Fahrzeuges für den Fall der zwangsweisen sog. Entstempelung ergänzt werden sollen. Sobald die Zulassungsbehörde den Zulassungsschein eingezogen und den Dienststempel auf dem Kennzeichen vernichtet hat, soll das Fahrzeug als abgemeldet gelten; bis zu diesem Zeitpunkt gelten also die Voraussetzungen der Steuerpflicht als gegeben. Die Vorschrift, daß der Erstattungsantrag bis zum Ablauf der Gültigkeitsdauer der Steuerkarte zu stellen ist, soll fortfallen; in Zukunft soll die im § 130 RAbgG. allgemein für Erstattungsanträge vorgesehene Frist gelten. Danach kann der Anspruch auf Erstattung der Kraftfahrzeugsteuer bis zum Schlusse des Jahres geltend gemacht werden, das auf das Jahr folgt, in dem das Fahrzeug bei der Zulassungsbehörde abgemeldet worden ist.

Die RDruckf. Nr. 848 bringt den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen. Dem Entwurf sind zwei Berichte über die Stellungnahme des VorlWR. beigelegt, in denen eine Frage der späteren gesetzlichen Regelung vorbehaltenen Depot- und Depositionsrechts mitbegutachtet ist. Der Entwurf beruht auf der Erkenntnis der Notwendigkeit, gesetzliche Grundlagen für eine Verschärfung der staatlichen Aufsicht zu schaffen. Namentlich erscheinen die Erfahrungen bei dem Zusammenbruch eines großen Versicherungskonzerns Vorkehrungen gegen die Gefahren, die aus der Beteiligung von Versicherungsunternehmungen zu anderen — versicherungsfremden — Unternehmungen für die Versicherungsnehmer erwachen. Auch die im Versicherungsgewerbe bemerkbare Konzentrationsbewegung erfordert eine Anpassung an diese Wirtschaftsentwicklung. Hauptächlich geht der Entwurf aus auf:

1. Klarstellung, daß die Aufsichtsbehörde allein und mit bindender Wirkung auch für andere Behörden und Gerichte zu entscheiden hat, ob eine Unternehmung nach dem Gesetz aufsichtspflichtig ist;
2. jährliche Pflichtprüfung der größeren Versicherungsunternehmungen;
3. Ausbau des gegenwärtigen Rechts der Aufsichtsbehörde, Prüfungen vorzunehmen, zu einer Pflicht;

4. Schaffung eines besonderen Treuhänders für die Anlegung und Aufbewahrung des Prämienreservefonds;
5. Verschärfung der Bestimmungen, welche die Art der Anlegung des Prämienreservefonds regeln, und zwar in der Richtung einer Fernhaltung der Unternehmungen von spekulativen Anlagen;
6. Schaffung eines Rechts der Aufsichtsbehörde, den Versicherungsunternehmungen die gefährdende Beteiligung an versicherungsfremden Unternehmungen zu untersagen oder nur unter Bedingungen zu gestatten;
7. Schaffung eines gewissen Vorzugsrechts der Schadensberechtigten im Konkursfall.

Die Änderung zu 1 beruht darauf, daß in mißbräuchlicher Anwendung des § 1 Abs. 2 vielfach Vereinigungen gegründet worden sind, die sich durch den Ausschluß des Rechtsanspruchs auf ihre Leistungen der behördlichen Aufsicht zu entziehen suchen. So haben übelbeleumdete Personen unter dem Deckmantel eines Unterstützungsvereins Versicherungsgeschäfte betrieben und Versicherungsbedürftige ausbeutet. Hinsichtlich der von solchen Personen betriebenen Geschäftsführung ist eine große Rechtsunsicherheit infolge abweichender Rspr. auf den verschiedenen Gebieten (bürgerl. Recht, Strafrecht, Steuerrecht) eingetreten. Scheinbelunternehmungen auf den Gebieten der Sterbegeld- und Krankenversicherung, der Pensions- wie der Abonnementversicherung treiben ihr Wesen. Die Aufsichtsbehörden waren nach Lage des Gesetzes nicht in der Lage, die ihnen übertragenen Aufgaben gehörig zu erfüllen. Wirksame Abhilfe darf erwartet werden, wenn die Aufsichtsbehörde die Befugnis erhält, mit bindender Wirkung sowohl für Gerichte wie für Verwaltungsbehörden zu entscheiden, ob im Sinne des Gesetzes ein aufsichtspflichtiger Versicherungsbetrieb vorliegt. Mit den Bestimmungen zu 2 über jährliche Pflichtprüfung wird ein Teil der in Vorbereitung befindlichen Verbesserung des Aktienrechts vorweggenommen. Jährlich soll die Bilanz wie die Gewinn- und Verlustrechnung durch einen Prüfer geprüft werden, bevor sie dem obersten Organ (GenVers., Mitgliederversammlung) zur Beschlußfassung vorgelegt werden. Die Prüfung soll sich nicht nur auf die äußerlich sachgemäß erfolgte Aufstellung des Rechnungsabschlusses und Übereinstimmung mit Bestandsaufnahme und Geschäftsbüchern richten, sondern gewissermaßen auch die materielle Seite der Buchführung und der Bilanzierung einer eingehenden Untersuchung unterziehen. Besondere Vorschriften beziehen sich auf das Recht der Aufsichtsbehörde zur Einsicht von Büchern, Belegen usw. sowie das Recht, Auskünfte zu verlangen; diese Vorschriften gelten nach ausdrücklicher Bestimmung auch für Makler, die für die Versicherungsunternehmung tätig gewesen sind oder tätig werden. Der Bestimmung des RAbf. soll es vorbehalten bleiben, ob ausländische Versicherungsunternehmungen, die in Deutschland eine Niederlassung unterhalten, ihren Rechnungsabluß prüfen zu lassen haben und wie der Gegenstand der Prüfung abzugrenzen ist. Vorgeesehen ist auch, daß die Versicherung von Kraftfahrzeugen (Kraftwagen und Krafttrabern) sowie von Fahrrädern

nicht als — aufsichtsfreie — Transportversicherung anzusehen sei. RG. (7. ZivSen.) v. 8. Febr. 1910 hatte entschieden, daß Transportversicherung vorliege, wofür Aufsichtsfreiheit besteht. Die auf dem Gebiete der Kraftfahrzeugversicherung aufgetretenen Mißstände erfordern die Sicherstellung der Aufsichtspflicht. Neu eingeführt werden soll auch die staatliche Aufsicht über die Bau- und Sparkassen. Hier handelt es sich um den Zusammenschluß von Sparern, die alle den gleichen Zweck verfolgen, aus den von ihnen in ihrer Gesamtheit aufgebracht Beträgen ein Darlehen zu erhalten. Es sind Unternehmungen, die das kollektive Sparen betreiben, und dieses schließt manche Gefahren in sich für die Erfüllung der Ansprüche des einzelnen Sparer, zumal der einzelne im allgemeinen nicht in der Lage sein wird, sich ein zutreffendes Urteil darüber zu bilden, ob die Einrichtung und der Geschäftsplan der Unternehmung vertrauenswürdig sind.

Dem preuß. XL. liegt der Entwurf eines Gesetzes über die Aufnahme von Anleihen und Darlehen sowie die Übernahme von Bürgschaften und Verpflichtungen aus Gewährverträgen und von anderen Sicherheiten durch Gemeinden und Gemeindeverbände vor. Er bezweckt die Klarstellung und die Ausdehnung des Erfordernisses der behördlichen Genehmigung auf die in dem langen und dennoch nicht erschöpfenden Gesetzestitel genannten Rechtsgeschäfte der öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften. Wie die Finanzwirtschaft dieser Körperschaften zur Genüge gezeigt hat, ist die geltende Regelung in Preußen unzureichend. Gegenwärtig sind genehmigungspflichtig die Anleihen der Gemeinden und Gemeindeverbände; insoweit besteht nur ein Mangel, als die Abgrenzung gegenüber dem freien Kassenkredit unsicher ist. Anders steht es mit den übrigen genannten Rechtsgeschäften, obwohl diese sich bei dem Mangel eines Entgelts für die Gemeinden noch viel ungünstiger auswirken können als die Anleihen. Die Übernahme von Bürgschaft bedarf bei Stadtgemeinden, mit Ausnahme von Hessen-Nassau, und bei Landgemeinden in Rheinland und Westfalen nach herrschender Ansicht keiner Genehmigung; im übrigen ist die Frage zweifelhaft, nach der Entsch. des OVG. v. 7. Febr. 1928 (OVG. 82, 108) aber zu bejahen. Die Übernahme von Verpflichtungen aus Gewährverträgen oder anderen Sicherheiten ist genehmigungsfrei. Diese verschiedenartige Behandlung wirtschaftlich gleichwertiger Rechtsgeschäfte ist nur geschichtlich zu erklären und unhaltbar. Soweit es sich um die Aufnahme von ausländischem Kredit handelt, hat bereits das Gesetz betr. ausländischen Kommunalkredit v. 9. Juli 1925 (GS. 89) eingegriffen.

Aus der Not der Zeit heraus haben nun jetzt die Regierungen der Länder mit der Reichsregierung ausführliche „Richtlinien für

das Schuldenwesen der Gemeinden“, zunächst bis Anfang April 1933, vereinbart. In ihrem allgemeinen Teil ist bestimmt, daß Anleihen und Darlehen nur für außerordentlichen Bedarf und nur für werbende Zwecke und bei Sicherung der Rückzahlung zulässig sind, daß Spezialverpfändungen nicht erfolgen dürfen und daß sowohl die Aufnahmen von Anleihen und Darlehen wie auch die Übernahme von Bürgschaft und Verpflichtungen aus Gewährverträgen und von anderen Sicherheiten der vorherigen behördlichen Genehmigung bedürfen. In den Richtlinien ist weiter für die Aufnahme von Schulden im Inlande die pflichtliche Behandlung des Geld- und Kapitalmarktes und die Einrichtung eines zentralen Kreditausschusses zur Begutachtung der Anleihen geregelt. Für Schuldenaufnahmen im Auslande sollen die bekannten Richtlinien v. 21. Okt. 1927 mit einigen Änderungen weitergelten. Das in dieser Vereinbarung des Reichs und der Länder geregelte Erfordernis der behördlichen Genehmigung bedarf in Preußen der gesetzlichen Einführung; daher der vorliegende Entwurf.

In § 1 ist zunächst der Grundsatz der Genehmigungspflicht für alle in der Überschrift genannten Rechtsgeschäfte ausgesprochen. Dieser Grundsatz soll möglichst umfassende Geltung haben. Deshalb soll er in persönlicher Hinsicht auch für kommunale Giroverbände und Kreditanstalten, soweit sie Anleihen für den öffentlichen Markt aufnehmen, gelten, abgesehen von Pfandbriefanleihen öffentlich-rechtlicher Kreditanstalten (§ 2). In sachlicher Hinsicht soll als Anleihe oder Darlehen jede Art von Kreditaufnahme gelten. Ferner ist gemäß der Ländervereinbarung in ausführlicher Beschreibung vorgegeben, daß auch Umgehungsgeschäfte der Genehmigung unterliegen. Hierbei soll entscheidend sein, ob der gleiche wirtschaftliche Erfolg wie bei den ausdrücklich für genehmigungspflichtig erklärten Geschäften erzielt wird (§ 1 Abs. 3). Ausgenommen sind nur die Kassenkredite, deren Begriff hier einseitig festgelegt wird, und regelmäßig wiederkehrende Geschäfte der laufenden Verwaltung, sofern es sich nicht unmittelbar oder mittelbar um Auslandskredite handelt (§ 1 Abs. 2). In § 3 ist bestimmt, daß die oben gekennzeichneten Richtlinien auch, abgesehen von dem Erfordernis der Genehmigung, für die inländischen Beschlußbehörden verbindlich sind. Da durch diese erschöpfende Neuregelung das erwähnte Gesetz betr. ausländischen Kommunalkredit v. 9. Juni 1925 gegenstandslos wird, so soll es nach § 4 des Entw. aufgehoben werden.

In seinem Gutachten zu dem Entwurf hat der Staatsrat betont, daß das Gesetz und die Richtlinien nur dann durchführbar seien, wenn Reich und Staat die Voraussetzungen für eine ordnungsmäßige Finanzwirtschaft in den Gemeinden schaffen. Er hat ferner vorge schlagen, die Geltung des Gesetzes bis Ende März 1933 zu beschränken; das Staatsministerium hat dies jedoch abgelehnt.

Übersicht der Rechtspredung.

Die mit ■ bezeichneten Entscheidungen können als besonders wichtig gelten. D. S.

Heft 11.

Beschaffenheit gebotenen Schranken. RG. 735⁷

Gesetz über den Versicherungsvertrag.

§§ 97, 193 BGB. Keine Einwirkung memelländischen Rechts auf einen deutschen Versicherungsvertrag. OVG. Königsberg 751⁴

Stillelegungsverordnung.

§ 1 StillelegVO. Grenzen der Bindung des Gerichts an Verwaltungsakte. ARW. O. 753¹

Anleiheablösungsgesetz.

Die Hamburger 3 1/2 % igen Staatsrenten sind Schuldverschreibungen i. S. des § 30 Abs. 3 AnlAblöG. RG. 729⁴

2. Verfahren.

Zivilprozessordnung.

§ 110 ZPO.: Deutsch-jugoslawischer Handels- und Schiffsverkehrsvertrag v. 16. Dez. 1927. Trotz der Zusage des freien Zutritts zu den Gerichten haben Jugoslawen

weiterhin in Deutschland nach § 110 ZPO. Sicherheit zu leisten. OVG. Karlsruhe 751³
§ 171 Abs. 1 ZPO. Wenn auch das Reich — der Reichsfiskus — eine einheitliche Rechtspersönlichkeit bildet, ist doch zur ordnungsmäßigen Erhebung einer Klage gegen das Reich die Zustellung an den für die einschlägige Sache zuständigen gesetzlichen Vertreter des Reiches erforderlich. RG. 737³

§ 851 ZPO. Die Stadtverordnetenlisten sind unpfändbar. OVG. Dresden 751²

Grundbuchordnung.

§ 18 GBO. darf nicht angewendet werden, um den Parteien Gelegenheit zu geben, ihre Anträge zu ändern oder zurückzunehmen, es sei denn, daß lediglich auf eine sachliche Einschränkung des ursprünglichen Antrages hingewirkt werden soll. Gegen eine Fristgewährung, die lediglich bezweckt, dem Antragsteller Gelegenheit zur Zurücknahme seines Antrages zu geben, ist eine Beschwerde unzulässig. RG. 748¹

Der Vorstand der Preuß. Landespfandbriefanstalt ist als eine Behörde i. S. § 80 Abs. 1 Satz 3 GBO. anzusehen. RG. 748¹

A.

Zivilrecht.

1. Materielles Recht.

Internationales Privatrecht.

■ Die deutsche Aufwertungsgesetzgebung verletzt den französischen ordre public insoweit, als sie sich rückwirkende Kraft beimißt. Trib. Civ. Seine 768⁶
Internationales Insolvenzrecht. Für die inländische Wirksamkeit eines im Auslande abgeschlossenen Präventivkonkordates ist das Retorsionsprinzip maßgebend. OVG. Brunn 765²

Bürgerliches Gesetzbuch.

■ § 242 BGB. Die Möglichkeit einer Verwirkung rechtlicher Befugnisse ist als Ausfluß des allgemeinen Rechtsgebans des § 242 für das Privatrecht, und zwar nicht nur für das Aufwertungsrecht, sondern allgemein anerkannt. — Der Rechtsgebans des § 242 BGB. gilt auch im öffentlichen Recht mit den durch dessen besondere

B.

Strafrecht.

Strafgesetzbuch.

§ 2 Abs. 2 StGB. 1. Diese Vorschrift greift bei Zeitgefehen nur in dem besonders nachzuweisenden Fall Platz, daß das Zeitgefeh nicht wegen Änderung der tatsächlichen Verhältnisse, sondern aus dem Grunde vorzeitig aufgehoben oder bei seinem Ablauf nicht erneuert wird, weil die in ihm zum Ausdruck gekommene Rechtsauffassung den bei dem Ablauf der Geltungsdauer des Gesetzes herrschenden Anschauungen nicht mehr entspricht. 2. Für § 8 Ziff. 1 RepStGB v. 21. Juli 1922 trifft diese Voraussetzung nicht zu. RG. 740¹¹

§ 185 StGB. Das Verbreiten der formalen Beleidigung eines anderen ist nur dann strafbar, wenn erkennbar der Verbreiter die beleidigende Äußerung sich derart zu eigen macht, daß er durch die Verbreitung sich selbst beleidigt. RG. 739¹⁰

Pressegesetz.

Die Verjährung des § 22 PresseG. ergreift nicht nur die Verbreitung der beleidigenden Äußerung durch die Presse, sondern auch Vorbereitungsakte, wie die Überlieferung des Manuskriptes an den Verleger zwecks Kenntnisnahme und Verbreitung. ObTrieb. Komno 764¹

Republiksschutzgesetz.

§ 19 Abs. 2 RepSchG. v. 21. Juli 1922; § 11 RepSchG. v. 25. März 1930; § 261 StPD. Zum Nachweis des tatsächlichen Fortbestehens einer aufgelösten Vereinigung und der Beteiligung an einer solchen Vereinigung. Aufhebung des freisprechenden Urteils wegen Unzulänglichkeit der tatsächlichen Feststellungen. RG. 738⁹

Schußwaffengesetz.

SchußwG. v. 12. April 1928 (RGBl. I, 143). Die Polizei darf die Ausstellung eines Waffenerwerbsscheines oder Waffenscheines nicht aus Gründen verweigern, die außerhalb der Person des Antragstellers liegen. Bei der Prüfung des Bedürfnisses ist zu berücksichtigen, daß nur in Ausnahmefällen jemand außerhalb seiner Wohnung usw. eine Schußwaffe bei sich tragen soll. Bedenken gegen die Zuverlässigkeit bestehen schon dann, wenn zu befürchten ist, daß dem Antragsteller nicht dasjenige Maß von Zuverlässigkeit eignet, das ihn befähigt, auch unter besonderen Umständen, mit deren Eintritt gerechnet werden kann, z. B. in unruhigen Zeiten, keinen unrechtmäßigen Gebrauch von der Schußwaffe zu machen. PrDWB. 758²

Ausf. v. 13. Juli 1928 z. SchußwG. (RGBl. 1928). Cecadopistolen fallen nicht nur unter die Ausnahmevorschrift des § 1 Ziff. 2e Ausf. v. DSt. Dresden 752⁶

Verordnung des Reichspräsidenten gegen Waffenmißbrauch v. 25. Juli 1930.

BD. des RPräs. gegen Waffenmißbrauch v. 25. Juli 1930 (RGBl. I, 352). Rechtsgültigkeit, Begriff der politischen Versammlung und des „Bewaffnetseins“. Waffen im technischen Sinn. BayDWB. 748¹

Auslieferungsgesetz.

§ 10 AusliefG. i. Verb. m. Art. 8 des Deutsch-Ital. AusliefVertr. v. 31. Okt. 1871 (RGBl. 1871, 446, 457). Anordnung der vorläufigen Auslieferungshaft. Verhältnis des AusliefG. zu bestehenden Verträgen (Fall Biliepo). RG. 740¹¹

§§ 18 Abs. 2, 21 AusliefG. Dauer der

vorläufigen Auslieferungshaft nach vorläufiger Inhaftnahme. (Fall Szulman und Dpatomski.) RG. 742¹³

Strafprozessordnung.

§ 261 StPD. Aufhebung des freisprechenden Urteils wegen Unzulänglichkeit der tatsächlichen Feststellungen. RG. 738⁹

C.

Steuerrecht.

Reichsbewertungsgesetz.

§ 86 BewG.; § 30 Geschäfts- und Entschädigungsordnung für den Reichsbeirat v. 14. Mai 1926 (RMBl. 522). 1. Das Reich hat dafür, daß für Zwecke des Bewertungsausschusses ein braunschweigisches Vermessungsamt örtliche Ermittlungen anstellt, dem Lande Braunschweig keine Gebühren zu zahlen und keine Auslagen zu erstatten. 2. Ein Land kann nicht vom Reich eine Entschädigung dafür verlangen, daß bei der für Zwecke der Einheitsbewertung vorgenommenen Sammlung von Kaufpreisen Landesbehörden mitwirken. RFG. 753¹

Einkommen- und Körperschaftsteuergesetz.

§ 3 Abs. 2 EinkStG.; § 3 KörperschG. a) Für die Besteuerung saarländischer Steuerpflichtiger gilt auch jetzt noch ausschließlich die VO. des RFG. v. 11. Okt. 1921 (RStBl. 378). b) Auch bei beschränkt steuerpflichtigen Erwerbsgesellschaften ist das Einkommen stets als gewerbliches zu behandeln. Damit ist aber nicht darüber entschieden, daß das Einkommen gewerbliches i. S. von § 3 Abs. 2 Nr. 2 EinkStG. ist. Einkommen i. S. der Nr. 2 setzt das Vorhandensein eines Gewerbebetriebs im Inland voraus. RFG. 755³

§§ 6 Abs. 1 Nr. 5, 16 Abs. 4, 37 EinkStG.; § 4 Abs. 1 KörperschG.; § 3 zu f RepVerfStG. Die Ausbeute aus den jod. Naphthabruttoanteilen oder Naphthapropenten (Anteilen an einer Gesellschaft, die in Rumänien erdölhaltigen Grundbesitz auswertet) ist ohne Rücksicht auf den allmählichen Verzehr des Stammrechtes durch allmähliche Erschöpfung des Erdölvorkommens als Einkommen aus Kapitalvermögen einkommensteuerpflichtig. RFG. 754²

Tabaksteuergesetz.

§§ 5 Abs. 1 C, D, F, 88 Abs. 3 (4) TabStG.; §§ 14 Abs. 1, 74 TabStAusfVerf.; § 5 Nr. 6 u. 7 ZollTarG.; § 29 Abs. 5 BZollG.; § 4 Abs. 1 TarStD. Bei der Ermittlung der für die Zollfreiheit in Betracht kommenden Mengen tabaksteuerpflichtiger Erzeugnisse ist das Gewicht der kleinen, zur unmittelbaren Sicherung der Ware nötigen Umschließung (§ 29 Abs. 5 Satz 2 BZollG.) miteinzurechnen. RFG. 757⁶

Abkommen zwischen Deutschland und Polen über Erleichterungen im kleinen Grenzverkehr v. 30. Dez. 1924.

Art. 17 Abs. 1 b des Abk. zwischen Deutschland und Polen über Erleichterungen im kleinen Grenzverkehr v. 30. Dez. 1924 (RGBl. 1925, II, 661). Art. 17 Abs. 1 b Deutsch-Poln. Grenzverkehrabk. gewährt nur zollfreie Beförderung für die Erträge und Erzeugnisse der durch die Grenze vom Wohn- oder Betriebsort getrennten Grundstücke nach dem Staate des Wohn- oder Betriebsortes. RFG. 756⁴

Gesetz über die Statistik des Warenverkehrs mit dem Ausland v. 27. März 1928.

§ 16 Abs. 1 a Gef. über die Statistik des Warenverkehrs mit dem Ausland vom

27. März 1928. Waren, die sich auf einem Lager des Zollauschusses Hamburg befinden haben und von dort auf eine andere Niederlage verbracht worden sind, sind bei der Einfuhr aus dieser Niederlage von der statistischen Abgabe befreit. RFG. 757⁶

D.

Sonstiges öffentliches Recht.

Reichsverfassung.

Art. 13 RVerf. Eine Entsch., die das RG. auf Grund des Art. 13 RVerf. Ausf. v. 8. April 1920 erlassen hat, tritt mit ihrer Veröffentlichung, nicht erst am 14. Tage danach in Kraft. WStSeimW. 764⁸

Art. 15, 19, 104 RVerf. Art. 15 Abs. 3 stellt gegenüber Art. 19 RVerf. keine lex specialis dar. Die Verleihung von Titeln zur Auszeichnung einzelner Beamteter oder nichtbeamteter Personen (Ehrentiteln) ist mit Art. 109 Abs. 4 RVerf. nicht vereinbar. StGB. 742¹

Art. 30 RVerf. Den Schutz dieser Bestimmung genießt eine „kleine Anfrage“ im preuß. LT. nur dann, wenn sie zum Gegenstand der Verhandlung in einer öffentlichen Sitzung des LT. oder eines seiner Ausschüsse gemacht und über sie im Rahmen dieses Sitzungsberichts berichtet wird. RG. 739¹⁰

Art. 129 RVerf.; § 3 Abs. 1 ThürErzmachtG. v. 29. März 1930 ist mit dem Reichsrecht nicht vereinbar. RG. 732⁶

Beamtenrecht.

Beendigung des Beamtenverhältnisses in der Zeit der Staatsumwälzung. RG. 726³

§§ 150 f. NWG. Für die Frage der Vertretung des Reiches gem. § 151 NWG. ist der Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs maßgebend. Wer vertritt das Reich gegenüber Ansprüchen früherer Kolonialbeamten aus vorkriegszeitlichen Zusicherungen der Kolonialabteilung des Auswärtigen Amtes? RG. 737⁸

Verordnung über Außenhandelsstellen.

Reichsaußenhandelsstellen sind juristische Personen des öffentlichen Rechtes. RG. 733⁶

Kriegsschadenschlußgesetz.

§ 15 Abs. 2 KrSchSchlG. ist nicht verfassungswidrig. LG. Gießen 752¹

Abgeltungsverordnung.

Die AbgeltErwVO. v. 24. Okt. 1923 ist rechtsgültig. Aussetzung des Verfahrens bei einem nur mittelbar mit einem etwaigen Abgeltungsanspruch gegen das Reich zusammenhängenden Rechtsstreit. RG. 749¹

Preussisches Polizeirecht.

Die Beschlüsse des preuß. InnMin. von 1929 und 1900 über die Aufhebung älterer Polizeid. (vor dem 1. Jan. 1890 bzw. 1. Jan. 1900) beziehen sich nur auf solche der dort ausdrücklich aufgeführten Amtsstellen. RG. 752⁶

Preussische Städteordnung für die östlichen Provinzen.

§ 57 OstStädteO. Der Senat verbleibt bei seinem Art. v. 23. April 1929 (R. u. PrVerwBl. 50, 571), daß geheime Abstimmungen durch Stimmzettel im Magistrat unzulässig sind. PrDWB. 759³

Preussisches Fluchtliniengesetz.

Anliegerbeitrag. FluchtG. v. 2. Juli 1875. Ist ein Gebäude zu der Zeit, zu der infolge Fertigstellung der Straße Anliegerbeiträge berechnet werden können, schon wieder abgerissen worden, so kann die Beitragsforderung mit der Errichtung dieses Gebäudes nicht mehr begründet werden. PrOV. 758¹

Preussisches Fideikommissrecht.

Zu dem Fideikommissvermögen, das beim Eintritt eines Folgefalls auf Grund der Bestimmungen der Zwangsauflösungsgesetzgebung auf den Folger übergeht und in dessen Hand freies Vermögen wird, gehören auch etwaige Schadenersatzansprüche gegen die Mollodialerben des Vorbesizers wegen Verschlechterung des Fideikommissvermögens durch diesen. PrOV. 763⁷

Badisches Verwaltungsrecht.

§ 41 Ziff. 2 BadVerwVfVfG.; § 27 Abs. 7 BadOrtsStrafG.; §§ 1134, 1192 BGB. Beseitigung einer Vaulast. BadOV. 762⁸

§§ 26, 31 BadOrtsStrafG. Unrichtige Behandlung einer Verwaltungssache als Klage. BadOV. 764⁴

Thüringisches Verwaltungsrecht.

Der Staatsgerichtshof von Thüringen ist im allgemeinen nicht befugt, in den Angelegenheiten, in denen er zur Entscheidung berufen ist, einstweilige Verfügungen zu erlassen. StOV. 761⁶

A.**Zivilrecht.****1. Materielles Recht.****Bürgerliches Gesetzbuch.**

§ 157 BGB. Ein Vergleich, durch den jemand sich verpflichtet, kein Konkurrenzgeschäft zu betreiben, kann unter Umständen dahin auszulegen sein, daß er sich auch nicht maßgeblich an einem von seinem Familienangehörigen betriebenen Geschäft beteiligen dürfe. RG. 801⁸

§§ 157, 242 BGB. Die widerspruchslose Entgegennahme der Kommissionskopie macht den vorgebrachten Gerichtsstand und Erfüllungsort zum Vertragsinhalt. Bedeutung der Klausel „90 Tage netto“. LG. Ulm 814¹

§§ 276, 284 BGB. Hat eine Bank bei drohendem Einrücken des Feindes den Auftrag, eine Geldüberweisung in das innere Deutschland vorzunehmen, nicht rechtzeitig ausgeführt, so haftet sie zwar nicht, wenn sie sich über die drohende Beschlagnahme in rechtlicher Ungewißheit befand, wohl aber wegen Vertragsverletzung. Der Frage der Vollwertigkeit einer späteren Zahlung kommt von diesem Gesichtspunkte aus, anders wie bei der Aufwertung, keine Bedeutung zu. RG. 802¹⁰

§ 419 BGB.; § 25 HGB. Auch bei Ausschluß der Haftung aus § 25 HGB. kann die Haftung aus § 419 BGB. bestehen. RG. 792¹

§§ 823 Abs. 2, 826 BGB.; § 312 HGB. 1. Absichtlich zum Nachteil der Gesellschaft handelt das Vorstandsmitglied, das für die Gesellschaft eine Verbindlichkeit eingeht in dem Bewußtsein, daß das Geschäft der Gesellschaft keinen Vorteil bringen, sondern nur bestenfalls ohne Nachteil für sie ablaufen könne. Bedingter Vorfall, Aufnahme der nachteiligen Wirkung für den Fall ihres Eintretens in den Willen, genügt.

E.**Staatsverträge und ausländisches Recht.****Verfallter Vertrag.**

Art. 297, 298 BV. Stellung deutscher Banken in England während des Krieges auf Grund der englischen behördlichen Zwangsmaßnahmen. Ansprüche deutscher, österreichischer oder früher österreichischer, jetzt tschechoslowakischer Kunden solcher Banken wegen dortiger Vorkriegsdepots. RG. 722¹

Deutsch-Schweizerisches Hypothekenabkommen.

Deutsch-Schweizerisches Hauptabkommen v. 6. Dez. 1920 (S.V.); Art. 6 ff., 15 Zusatzabkommen v. 25. März 1923 (S.V.). Auslegung eines internationalen Abkommens. „Mark“ i. S. der dtsh.-schweiz. Abkommen ist die alte Papiermark. RG. 725²

England.

1. Die Vereinbarung eines ausländischen Gerichtsstandes in einem Vertrage wird von englischen Gerichten als Schiedsgerichtsvereinbarung angesehen. 2. Es liegt im freien Ermeßen des englischen Richters, ob er der Einrede des Schiedsvertrages stattgeben will. 3. Die Vereinbarung eines deutschen Gerichts in den allgemeinen Bedingungen einer deutschen Luft-

verkehrs-gesellschaft schließt nicht die Geltendmachung von Ansprüchen gegen die Gesellschaft aus in England verursachten Unfällen vor englischen Gerichten aus. Ct. App. 766⁶

Vereinigte Staaten.

Entscheidung von Streitigkeiten aus Versicherungsverträgen, die vor dem Kriege zwischen amerikanischen Versicherungsgesellschaften durch ihre deutschen Agenturen und deutschen Versicherungsnehmern auf deutsche Mark abgeschlossen sind. District Court of the United States for the District Oregon 768⁷

Frankreich.

Die deutsche Aufwertungsgesetzgebung verletzt den französischen ordre public insoweit, als es sich rückwirkende Kraft beimißt. Trib. Civ. Seine 768⁶

Schweiz.

Ein deutsches Urteil, das vor Inkrafttreten des Vollstreckungsabkommens zwischen dem Deutschen Reich und der Schweiz v. 12. Nov. 1929 rechtskräftig geworden ist, im Kanton Bern vollstreckbar. App. Bern 766⁴

Keine Gerichtsstandsbefreiung des Auslandsstaates, wenn eine im Inland begründete oder zu erfüllende privatrechtliche Schuld desselben eingeklagt ist. Schw. BundG. 765³

Heft 12.

Schon die Gefährdung des Vermögensstandes einer Gesellschaft kann einen Nachteil darstellen. 2. Wenn eine Bank Wechsel diskontiert, die das einzige Vorstandsmitglied einer AktG. namens dieser ausstellt und zugleich eigenen Namens akzeptiert hat, obwohl sie wußte, daß der Gegenwert der Wechsel für dessen persönliche Zwecke bestimmt war, so liegt die Annahme eines Verstoßes gegen § 826 BGB. nahe. RG. 794³

Arbeitsrecht.

Das Recht des Angestellten auf Gratifikation besteht auch dann, wenn den Arbeitnehmern bekannt ist, daß von den für die Willensbildung zuständigen Organen des Unternehmens jedesmal über die Gratifikation besonders Beschluß gefaßt worden ist. ARrbG. 814¹

Hat der Geschäftsführer einer GmbH. nach Beendigung seines Anstellungsverhältnisses Anspruch auf Vergütung für nicht genommenen Urlaub? DLG. Elettin 808⁴

Handelsgesetzbuch.

§ 25 HGB.; § 419 BGB. Ist die Haftung einer AktG., die ein Handelsgeschäft mit Firma erworben und fortgeführt hat, für dessen Verbindlichkeiten vertraglich abgeschlossen, so fällt sie dem Gläubiger gegenüber, dem dieser Ausschluß mitgeteilt ist, auch dann fort, wenn zur Zeit der Mitteilung die AktG. noch nicht im Handelsregister eingetragen war. Auch bei Ausschluß der Haftung aus § 25 HGB. kann die Haftung aus § 419 BGB. bestehen. RG. 792¹

§ 172 HGB. Die Eintragung einer Sicherungshypothek zur Sicherung der Abfindungsforderung eines ausgetretenen Kommanditisten ist nicht als Rückzahlung i. S. von § 172 anzusehen. DLG. Breslau 807²

§ 271 HGB. Befristete Kapitalerhöhungs-

beschlüsse einer AktG. sind zulässig. Übergang von der Anfechtungs- zur Nichtigkeitsklage ist unzulässig, mindestens aber eine Klageänderung. DLG. Darmstadt 807³

§ 271 HGB. Die Anfechtung eines Generalbeschlusses steht nur dem Aktionär zu, dessen Aktien in der Versammlung vertreten sind und für den Widerspruch erhoben ist. War dies eine OHG., so ist ein einzelner Gesellschafter zur Klage nicht legitimiert. RG. 793²

§ 312 HGB.; §§ 823 Abs. 2, 826 BGB. 1. Absichtlich zum Nachteil der Gesellschaft handelt das Vorstandsmitglied, das für die Gesellschaft eine Verbindlichkeit eingeht in dem Bewußtsein, daß das Geschäft der Gesellschaft keinen Vorteil bringen, sondern nur bestenfalls ohne Nachteil für sie ablaufen könne. RG. 794³

§ 377 HGB. Die Verletzung der Abrede, daß an der verkauften Ware sich keine Fertigungsbezeichnung befinden dürfe, bedeutet keinen Sachmangel, sondern eine positive Vertragsverletzung. RG. 799⁷

Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschr. Haftung.

§ 16 Abs. 3 GmbHG. Bei einer sicherungshalber erfolgten Abtretung von Anteilen einer GmbH. kommt es auf das der Abtretung zugrunde liegende Verhältnis für die Entsch. der Frage an, ob der Abtretungsempfänger für rückständige Einlagen in Anspruch genommen werden kann. RG. 796⁴

Wechselordnung.

Art. 4, 6, 7, 9, 12, 14, 36, 82 WD. Blankowechsel und Wechselbegebungsvertrag. DLG. Bamberg 806¹

Wörfengesetz.

§ 95 WörfG.; § 13 GmbHG.; § 387 HGB. Als Kommissionär ist auch der alleinige Gesellschafter einer GmbH. anzusehen, der als

Geschäftsführer den der Gesellschaft erteilten Kommissionsauftrag ausgeführt hat. Übersteigt der von ihm erzielte Verkaufspreis den vom Kommittenten bestimmten niedrigsten Preis, so gebührt der Mehrerlös dem Kommittenten. *OLG. Dresden 812⁸*

Genossenschaftsgesetz.

Die Erhöhung des Geschäftsanteils im Liquidationsstadium ist nicht nur bei Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht, sondern auch bei Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht zulässig. *RG. 805¹*
 § 16 Abs. 2 GenG. Pflichtbeteiligung der Genossen nach einem Staffeltarif. Zulässigkeit der Geschäftsanteilerhöhung auch im Liquidationsstadium der Genossenschaft. *OLG. Stettin 809⁵*

§ 17 Abs. 2 GenG. Eine Konsumvereinsgenossenschaft ist Kaufmann und betreibt Einzelhandel. *RRbG. 815²*

§§ 29, 86, 97, 131 GenG.; § 47 der 2. DurchfVd. z. GoldwVd. Die Gläubiger der Genossenschaft können sich bei der Eintragung eines von der GenVerf. tatsächlich nicht gefaßten Umstellungsbeschlusses auf den öffentlichen Glauben des Genossenschaftsregisters nicht berufen. Auf einen solchen Umstellungsbeschuß findet auch die Vorschrift des § 97 GenG. keine Anwendung. Unzulässigkeit der Umstellung des Geschäftsanteils für sich allein ohne gleichzeitige Umstellung der Haftsumme. *RG. 797⁵*

§ 65 GenG. Die Bestimmung eines von einer Genossenschaft mit einem Genossen abgeschlossenen Kaufvertrages, daß für den Fall des Austritts des Genossen ein Wiederkaufsrecht vereinbart werde, bedeutet an sich nicht eine verbotene Erschwerung des Austritts. Diese kann nur in besonderen Bedingungen des Wiederkaufs liegen. *RG. 798⁶*

§ 93c Abs. 3 GenG. Die dort festgesetzte Dreimonatsfrist beginnt mit der Erlangung der Kenntnis von der Eintragung in die Liste der übernehmenden Genossenschaft. *RG. 805²*

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

§ 1 UnWbG. Keine Sittenwidrigkeit eines Preisauschreibens zu Reklamezwecken. *RG. 802⁹*

2. Verfahren.

Zivilprozessordnung.

Die Grundsätze des prima-facie-Beweises dürfen in dem Sinn angewandt werden, daß einer Partei gegenüber der inneren Unwahrscheinlichkeit ihrer Darstellung der Beweis für deren Richtigkeit auferlegt und daß einer in einem Betrieb tätigen Partei, von dem die inneren Verhältnisse des Betriebes nicht kennenden Gegner die Beweislast dafür aufgebürdet wird, daß sie nicht verantwortlich sei. *RG. 801⁹*

§ 114 ZPO. Die Gewährung des Armenrechts an den Liquidator einer GmbH. ist unzulässig. *OLG. Raumburg 811⁶*

B.

Strafrecht.

Strafgesetzbuch.

§ 267 StGB. 1. Der Täter kann nicht dieselbe Urkunde erst fälschlich anfertigen und dann verfälschen. 2. Hat der Täter

nicht gewußt, daß die von ihm fälschlich angefertigte Urkunde eine öffentliche Urkunde war, so kann er doch wegen vollendeter Fälschung einer „privaten“ Urkunde strafbar sein. *RG. 802¹¹*

§§ 350, 354 StGB. 1. Der Begriff der Zueignung erfordert, daß der Täter die fremden Sachen wirtschaftlich für sich verwendet und ihren Sachwert dem eigenen Vermögen zuführt. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Deckung eines Verlustes aus eigenem Vermögen beabsichtigt und zu diesem Zweck aus Mangel an zureichenden eigenen Mitteln bis zu deren Beschaffung amtliche Gelder verwendet werden. 2. Der Begriff der Unterdrückung wird erfüllt durch Ausschaltung von Nachnahmekarten von ihrer ordnungsmäßigen Weiterbearbeitung. *RG. 804¹²*

Lebensmittelgesetz.

§ 4 Ziff. 3 LebMittG. Verkauf von Schokoladentafeln, die durch den äußeren Umfang der Packung auf ein höheres Gewicht hinweisen. *OLG. Dresden 811⁹*

Strafprozessordnung.

§ 267 StPO. Die zusammenfassende Feststellung, daß der Angekl. die sämtlichen Merkmale des objektiven Tatbestands gekannt habe, reicht namentlich dann nicht aus, wenn zur Strafbarkeit die Erkenntnis sehr schwieriger und nicht für jeden verständlicher Verhältnisse erforderlich ist. *RG. 802¹¹*

C.

Steuerrecht.

Einkommen- und Körperschaftsteuer.

§§ 6 Abs. 2, 26—45, 29, 37, 65 EinkStG. Offene Handelsgesellschaft oder stille Kapitalbeteiligung. *RFV. 817¹*

§ 13 KorpStG.; §§ 13, 19 Abs. 2 EinkStG. Beim Bezuge junger Aktien gehört zum Anschaffungspreis auch die Wertminderung, die die alten Aktien durch die Ausgabe erleiden. *RFV. 823⁶*

§ 13 EinkStG.; §§ 13, 15 Nr. 3 KorpStG. a) Eine Gesellschaft, die eine von der Handelsbilanz abweichende Steuerbilanz besitzt, ist an ihre geschäftlichen Maßnahmen und Beschlüsse nicht nur für die Handelsbilanz, sondern auch für die Steuerbilanz gebunden. Diese Regel muß aus Billigkeitsgründen dann eine Ausnahme erleiden, wenn es einer Gesellschaft nicht möglich war, in einer für die Handelsbilanz gefaßten Entschliebung auch die Steuerbilanz zu berücksichtigen. b) Eine Gesellschaft, die lediglich in der Steuerbilanz eine Unterbilanz ausweist, kann nicht mit den Gewinnen, die sie handelsbilanzmäßig an ihre Gesellschafter ausschütten durfte und ausgeschüttet hat, steuerbilanzmäßig ihre Unterbilanz tilgen. *RFV. 819³*

§ 13 EinkStG.; § 13 KorpStG.; § 4 AbgD. Sind Grundstücke einer inländischen Erwerbsgesellschaft zugunsten von Ausländern mit Scheinhypotheken belastet und werden diese Hypotheken mit Mitteln abgelöst, die durch Aufnahme von Hypotheken bei deutschen Banken beschafft werden, so sind zwar die bei Aufnahme der neuen Hypotheken entstandenen Verluste Werbungskosten, aber die Abführung der Gelder an den angeblichen ausländischen Gläubiger kann sich als Schenkung oder als verdeckte Gewinnverteilung darstellen. *RFV. 818²*

§§ 29, 30, 65 EinkStG. Wenn eine OHG. im Laufe des Wirtschaftsjahres mit Wirkung vom Beginn in eine AktG. verwandelt wird, so ist dennoch das bis zur Gründung der AktG. erzielte Einkommen nach § 65 festzustellen. *RFV. 821⁴*
 § 37 EinkStG. *RFV. 822⁵*

Erbchaftsteuergesetz.

§§ 8 I Nr. 3, 15 Abs. 1 ErbStG. 1925; § 80 Abs. 2 AbgD. Eine Erbengemeinschaft ist nicht rechtsfähig i. S. des ErbStG. Bei einer Zuwendung an eine Erbengemeinschaft sind deshalb Beschenkte und somit steuerpflichtige Erwerber die einzelnen Erben, die entsprechend ihren Anteilen an der Zuwendung zu besteuern sind. *RFV. 825⁸*

Umsatzsteuergesetz.

§ 2 Nr. 4 UmStG. 1922. Als Warenhäuser hergerichtete Gebäude sind schon ihrer baulichen Anlage nach als eingerichtete Räume anzusehen. Dies würde auch dann gelten, wenn sie gleichzeitig zu anderen Zwecken hergerichtet wären, vorausgesetzt, daß es sich nicht um Wohngebäude handelt. *RFV. 824⁷*

Schankerlaubnissteuer.

VerlStD. v. 31. Mai 1921. Bei der Schankerlaubnissteuer wird die Steuerpflicht durch Erlangung der nachgesuchten Konzession ausgelöst, ohne daß die tatsächliche Ausübung der erlangten Erlaubnis hinzutreten braucht. Das gilt sowohl von der Erlangung der Erlaubnis für neue Betriebe, wie von der Übernahme oder Erweiterung bestehender Betriebe. *PrDVB. 827²*

D.

Sonstiges öffentliches Recht.

Gewerberecht.

Handel im Umherziehen in der Form des Verkaufs eines Wanderlagers liegt nicht vor, wenn Ware feilgehalten und nur auf gelegentliche Anfrage eines Kauflustigen im Einzelfalle abgegeben wird. *OLG. Dresden 813¹⁰*

Reichsverforgungsgesetz.

§ 77 RVerfOrgG. Ein auf Grund des RVerfOrgG. eingetragenes Veräußerungsverbot wirkt nicht gegenüber einem früher eingetragenen Wiederkaufsrecht. *RG. 798⁶*

Stillegungsverordnung.

§§ 1, 7 StillegVd. Bei Betriebsstillegungen einer OHG. oder einer GmbH. ist jeder geschäftsführende Gesellschafter oder jeder Geschäftsführer, der unbeschränkte Geschäftsführungsmacht besitzt, für Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften strafrechtlich haftbar. *OLG. Dresden 811⁷*

Preussisches Kommunalrecht.

Zum Unterschied von Rammereivermögen und Bürgervermögen. Entstehung einer Dberwanz. *PrDVB. 826¹*

E.

Ausländisches Recht.

Osterreich.

Der Angewiesene darf gegenüber dem Anweisungsempfänger nicht aufrechnen. *ODS. Wien 827¹*