

# Juristische Wochenschrift

Zeitschrift des Deutschen Anwaltvereins

im Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

Herausgeber: Reichsjustizkommissar Staatsminister **Dr. Hans Frank**,  
Führer des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

Schriftleiter: Rechtsanwälte **Dr. Heinrich Dittenberger** und **Dr. Hermann Voß**, Berlin;  
Oberregierungsrat im Reichsjustizministerium **Rudolf Schraut**, Berlin

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

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

Geschäftsstelle in Berlin SW 48 Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217.

## Das Gesetz zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes vom 20. Juli 1933 (RGBl. I, 520).

Von Gerichtsassessor **Erich Kunsmann**, Berlin.

Das Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschafts-genossenschaften, kurz Genossenschaftsgesetz (GenG.) genannt, ist in letzter Zeit mehrfach geändert bzw. ergänzt worden. So durch die W. v. 4. und 30. Mai 1933 betr. Bilanzierungs-erleichterungen und Bilanzierung von eingetragenen Genossenschaften. Durch RGes. v. 18. Mai 1933 wurde ferner eine erleichterte Abwicklung von Genossenschaftskonkursen geschaffen (s. JW. 1933, 1378) und durch Art. V Ges. zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften v. 26. Mai 1933 die Strafbestimmung des § 146 GenG. geändert. Inzwischen ist das für die Genossenschaften äußerst wichtige Gesetz zur Änderung des GenG. v. 20. Juli 1933 ergangen, das die Fortsetzung der aufgelösten Genossenschaft (I) sowie die Zulässigkeit der Geschäftsanteilszerhöhung nach der Auflösung (II) regelt. Das Gesetz ist am 23. Juli 1933 in Kraft getreten (Art. 3 des sog. ErmächtG. v. 24. März 1933 (RGBl. I, 141).

I. In der Praxis hat sich die Notwendigkeit ergeben, insbes. bei Baugenossenschaften die Fortsetzung der aufgelösten Genossenschaft zuzulassen. Die Durchführung der Liquidation bei dieser Art von Genossenschaften nimmt in der Regel eine längere Zeit in Anspruch. Die Liquidation des Immobilienbesitzes kann — zumal bei der augenblicklichen Lage des Grundstücks- und Baumarktes — nicht von heute auf morgen erfolgen. Das Liquidationsverfahren erstreckt sich oft auf mehrere Jahre. In der Zwischenzeit können sich jedoch die Verhältnisse derart geändert haben, daß die Fortsetzung der Genossenschaft zweckmäßig erscheint. Auch bei anderen als Baugenossenschaften kann eine Fortsetzung in Frage kommen, z. B. wenn der Auflösungsbeschluß übereilt gefaßt oder etwa die Genossenschaft nicht durch Generalversammlungsbeschluß, sondern durch Zeitablauf aufgelöst ist. In RG. 118, 337<sup>1)</sup> hatte das RG. die Rückverwandlung einer aufgelösten GmbH. in eine verbende Gesellschaft für möglich erklärt, wenn die Beschlußfassung der Gesellschafter bezüglich der Fortsetzung einstimmig erfolgt und dem Registerrichter vor Eintrag der Rückverwandlung der Nachweis erbracht wird, daß etwa bereits erfolgte Liquidationsmaßnahmen rückgängig gemacht sind. Diese Entscheidung wurde von Crüger-Crecelius-Citron, Gr. Komm. z. GenG., 1932, § 83 Anm. 8 sowie von Frankenberger, 1932, § 78 Anm. 2g S. 455 auf Genossenschaften für anwendbar erklärt. Trotzdem war praktisch die Fortsetzung einer aufgelösten Genossenschaft nicht gegeben. Das erwähnte Urteil spricht zwar von einem „einstimmigen“ Beschluß. Dies bedeutet jedoch nicht etwa nur Einstimmigkeit der erschienenen Gesellschafter, sondern Zustimmung aller Gesell-

schafter (s. Lischütz: JW. 1928, 1539). Denn das RG. begründet seine Ansicht damit, daß mit der Auflösung jeder Gesellschafter das Recht auf Liquidation und auf Auskehrung seines Liquidationsguthabens erworben habe. Dieses Recht eines jeden Gesellschafters wird aber nur dann geschützt, wenn die Zustimmung jedes einzelnen erforderlich wird. Die Zustimmung aller Gesellschafter bzw. Genossen kann aber in der Praxis fast nie erreicht werden. Diesem Mangel hilft das neue Gesetz dadurch ab, daß zur Fortsetzung der durch Beschluß der Generalversammlung oder durch Zeitablauf aufgelösten Genossenschaft, abgesehen von anderen im Statut enthaltenen Erfordernissen, nur noch Dreiviertelmehrheit erforderlich ist; und zwar Dreiviertelmehrheit der „erschiedenen“ Genossen, wenn der zuständige oder durch das Gericht bestimmte Revisionsverband sich für die Fortsetzung, Dreiviertelmehrheit aller Genossen in zwei mit einem Abstand von mindestens einem Monat aufeinanderfolgenden Generalversammlungen, wenn sich der Revisionsverband gegen die Fortsetzung ausspricht. Insofern liegt also eine Abschwächung der oben angegebenen Rechtsprechung des RG. vor. Eine Verschärfung ist aber dadurch eingetreten, daß eine Fortsetzung einer aufgelösten Genossenschaft nach dem neuen Gesetz dann nicht mehr möglich ist, wenn bereits mit der Verteilung des nach Berichtigung der Schulden verbleibenden Vermögens der Genossenschaft unter die Genossen begonnen ist. Nach dem Urteil des RG. konnte auch dann noch eine Fortsetzung rechtswirksam beschlossen werden, wenn die schon begonnenen Liquidationsmaßnahmen rückgängig gemacht wurden. Für das Genossenschaftsrecht gilt also jetzt dieser in RG. 118, 340 ausgesprochene Rechtsgrundsatz nicht mehr.

Vor der Beschlußfassung über die Fortsetzung ist der Revisionsverband, dem die Genossenschaft angeschlossen ist, sonst aber der vom Gericht bestimmte Verband darüber zu hören, ob die Fortsetzung der Genossenschaft mit den Interessen der Genossen vereinbar ist. Je nach der Stellungnahme des Revisionsverbandes hat die Beschlußfassung, wie oben erwähnt, zu erfolgen. Das Gutachten des Verbandes ist in jeder über die Fortsetzung der Genossenschaft beratenden Generalversammlung zu verlesen. Dem Revisionsverband ist Gelegenheit zu geben, das Gutachten in der Generalversammlung zu vertreten. Diese in dem neuen § 79 a GenG. festgelegten Grundsätze sind offenbar in Anlehnung an die bisherigen §§ 78 a und b GenG. eingefügt worden. Die Verlesung letzterer Vorschriften hat nach der Rechtsprechung des RG. 111, 232 die Richtigkeit des Auflösungsbeschlusses zur Folge. Es muß daher nunmehr angenommen werden, daß die in § 79 a enthaltenen den §§ 78 a und b GenG. entsprechenden Bestimmungen

<sup>1)</sup> JW. 1928, 633.

ebenfalls zwingend sind, so daß bei deren Nichteinhaltung Nichtigkeit des Fortsetzungsbeschlusses eintritt. Nur in dem Fall, daß der Revisionsverband sich für das Fortbestehen der Genossenschaft ausdrückt und die Dreiviertelmehrheit der erschienenen Genossen nicht erreicht wird, würde der Fortsetzungsbeschuß nicht richtig, sondern gemäß § 51 GenG. nur anfechtbar sein (RG. a. a. D. und Maasch: Deutsches landw. Genossenschaftsblatt 1933, 357). Wenn Maasch a. a. D. ausführt, der Fortbestand der Genossenschaft gelte als mit der Eintragung des Beschlusses in das Genossenschaftsregister als erfolgt, so ergibt dafür das Gesetz keinen Anhalt. Es verlangt nur der Ordnung des Genossenschaftsregisters halber sowie mit Rücksicht auf das unten zu besprechende Ausscheiden der Genossen, daß der Beschluß ohne Verzug durch den Vorstand zur Eintragung in das Genossenschaftsregister angemeldet wird. Die Rückverwandlung wird also schon im Zeitpunkt der Fassung des Fortsetzungsbeschlusses in der Generalversammlung bzw. in den zwei aufeinanderfolgenden Generalversammlungen (s. oben) rechtswirksam. Auch die Rechtswirksamkeit des Auflösungsbeschlusses ist nicht von der Eintragung in das Genossenschaftsregister abhängig (Crüger-Crecelius-Citron a. a. D. § 78 Anm. 5). Es handelt sich aber bei dem Fortsetzungsbeschuß nur um einen dem Auflösungsbeschuß entgegengesetzten Akt, der nur den gleichen Bedingungen unterstellt werden kann. Im übrigen ist die Formulierung in dem neuen § 79a Abs. 5 Satz 1 die gleiche wie in § 78 Abs. 2 GenG. Allerdings kann der Fortsetzungsbeschuß eine Statutenänderung darstellen, nämlich dann, wenn nach dem Statut die Auflösung der Genossenschaft durch Zeitablauf eintritt (Kaufmann, Die Rückgängigmachung der Auflösung bei Handelsgesellschaften und Genossenschaften, Berlin 1930, S. 81 u. 112). Hier bedarf es zur Wirksamkeit des Fortsetzungsbeschlusses gemäß § 16 Abs. 4 GenG. der Eintragung in das Genossenschaftsregister.

Da durch die Auflösung der Genossenschaft bereits ausgesprochene Kündigungen, die noch nicht zum Ausscheiden geführt haben, hinfällig werden, so bedurfte es einer gesetzlichen Regelung bezüglich der Frage, was aus diesen Kündigungen im Falle der Fortsetzung der aufgelösten Genossenschaft werden soll. Die Regelung ist dahin erfolgt, daß die Auflösung der Genossenschaft dem Ausscheiden des Genossen nicht entgegensteht, wenn die Fortsetzung der Genossenschaft beschlossen wird. In diesem Falle wird der Zeitraum, während dessen die Genossenschaft aufgelöst war, bei der Berechnung der Kündigungsfrist mitgerechnet; jedoch scheidet der Genosse frühestens zum Schlusse des Geschäftsjahres aus, in dem der Beschluß über die Fortsetzung der Genossenschaft in das Genossenschaftsregister eingetragen ist. Hatte die Kündigung bereits zum Ausscheiden geführt (§§ 65, 70 GenG.) und erfolgt die Auflösung der Genossenschaft binnen sechs Monaten nach dem Ausscheiden, so gilt nach § 75 GenG. das Ausscheiden als nicht erfolgt. Diese Gesetzesbestimmung hat nun einen Abs. 2 erhalten, wonach, falls die Fortsetzung der Genossenschaft beschlossen wird, das Ausscheiden als zum Schlusse des Geschäftsjahres erfolgt gilt, in dem der Beschluß über die Fortsetzung der Genossenschaft in das Genossenschaftsregister eingetragen wird. Zur unverzüglichen Anmeldung des Fortsetzungsbeschlusses ist aber der Vorstand verpflichtet. Scheidet der Genosse erst später aus, weil der Vorstand pflichtwidrig die Eintragung des Fortsetzungsbeschlusses verzögert hat, so kann der Genosse die schuldigen Vorstandsmitglieder schadensersatzpflichtig machen. Der Genosse selbst kann er das Verschulden des Vorstandes nicht entgegensetzen und sich dadurch nicht seiner Verpflichtung aus der durch das Verhalten der Vorstandsmitglieder verlängerten Mitgliedschaft entziehen (Crüger-Crecelius-Citron a. a. D. § 69 Anm. 3 ff.).

Eine Fortsetzung einer im Konkurs befindlichen Genossenschaft ist nicht möglich, da hier die Auflösung von Gesetzes wegen (§ 101 GenG.) eintritt, nicht aber durch Beschluß der Generalversammlung oder durch Zeitablauf. Nur in den beiden letzteren Fällen ist aber nach dem neuen Gesetz eine Fortsetzung möglich.

II. Das RG. hatte neuerdings in ständiger Rechtsprechung (JW. 1931, 71; BGGenossW. 1930, 770; JW.

1931, 805 und BGGenossW. 1931, 98) die Zulässigkeit der Geschäftsanteilerhöhung im Liquidationsstadium bejaht. Dem hatte sich das BayObLG.: JW. 1933, 125<sup>6</sup> angeschlossen. Demgegenüber hatte jedoch das RG. im Ur. v. 18. Okt. 1932 (JW. 1933, 107; BGGenossW. 1932, 702) eine solche Geschäftsanteilerhöhung für unzulässig und einen diesbezüglichen Anteilserhöhungsbeschuß für nichtig erklärt. Dieses Urteil ist angegriffen worden (s. Meyer, Anm. zu der Entscheidung JW. 1933, 107<sup>6</sup>), und auch das LG. I Berlin hat in bewußtem Gegensatz zum RG. im Ur. v. 6. Febr. 1933 (BGGenossW. 1933, 192) die Geschäftsanteilerhöhung im Liquidationsstadium für zulässig angesehen. Das Urteil des RG. hatte in Genossenschaftskreisen stärkste Beunruhigung hervorgerufen, weil in vielen Fällen die Geschäftsanteilerhöhung im Liquidationsstadium im Vertrauen auf die ständige Rechtsprechung des RG. vorgenommen worden war. Die Folge des RG. Urteils war die, daß unter Hinweis auf die Rechtsprechung des RG. sich die Genossen weigerten, ihrer Einzahlungspflicht auf den erhöhten Geschäftsanteil nachzukommen. In solchen Fällen blieb der Genossenschaft nur übrig, die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen. Das Konkursverfahren bringt jedoch, abgesehen von den entstehenden Kosten, eine Gefahr der Verschleuderung der Masse mit sich. Auch wären die Genossen, die bereits auf den erhöhten Anteil gezahlt hatten, benachteiligt gewesen, da, wie sich aus § 105 Abs. 5 GenG. ergibt, solche Genossen gegenüber dem Konkursverwalter nur im Nachschußverfahren, jedoch nicht in dem weit wichtigeren Vorschußverfahren mit ihren aus der nichtigen Geschäftsanteilerhöhung sich ergebenden Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung aufrechnen können. Sie hätten also, trotzdem sie auf Grund der Anteilserhöhung gezahlt hatten, in vollem Umfange noch mit ihrer Daffsumme in Anspruch genommen werden können. Hinzukommt, daß Gerichtsentscheidungen bekannt wurden, die über die Entscheidung des RG. hinaus eine Geschäftsanteilerhöhung auch dann für unzulässig ansahen, wenn der Erhöhungsbeschuß zwar vor der Auflösung gefaßt war, jedoch im Zeitpunkt der Erhöhung schon die Absicht der Genossenschaft feststand, sich aufzulösen. Aus diesen Gründen hielten sämtliche Spitzenverbände des Genossenschaftswesens eine gesetzliche Regelung dahin erforderlich, daß durch Gesetz ausdrücklich die Geschäftsanteilerhöhung zur Vermeidung von Konkursen im Liquidationsstadium für zulässig erklärt wird. Die maßgebenden Regierungsstellen haben sich dem nicht verschließen können. Wie die amtliche Begründung ergibt, muß für die Genossenschaft die Möglichkeit geschaffen werden, im Zustande der Liquidation die zur Befriedigung der Gläubiger notwendigen Mittel im Wege der Erhöhung des Geschäftsanteils aufzubringen, um die Durchführung der Liquidation unter Abwendung des Konkurses zu sichern. Dadurch wird den Gefahren vorgebeugt, die erfahrungsgemäß mit einem Genossenschaftskonkurs nicht nur für die unmittelbar Betroffenen, sondern auch für die beteiligten Wirtschaftskreise und nicht zuletzt für den genossenschaftlichen Gedanken überhaupt verbunden sind. Nach der neuen gesetzlichen Regelung kann die Geschäftsanteilerhöhung ungeachtet der Auflösung beschlossen werden, wenn sie bezweckt, die Durchführung der Liquidation unter Abwendung des Konkurses zu sichern. Ist die Erhöhung nach der Auflösung wirksam, so muß sie es erst recht vor der Auflösung sein, auch wenn im Zeitpunkt der Beschlußfassung die Absicht der Auflösung schon bestanden hat. Die gesetzliche Regelung gilt für Genossenschaften aller Art, nicht nur für die eGmbH. Im Interesse der Beteiligten, insbes. der Genossen ist ebenso wie bei der Rückgängigmachung der Auflösung die Mitwirkung des Revisionsverbandes eingeschaltet. Es wird in diesem Zusammenhang auf das Gesetz und die entsprechenden Ausführungen unter I verwiesen. Insbes. sei auch hier nochmals klargestellt, daß, falls die Mitwirkung des Revisionsverbandes fehlt, der Erhöhungsbeschuß nichtig ist. Die Nichtigkeit tritt auch dann ein, wenn gegen das Abwaten des Revisionsverbandes der Erhöhungsbeschuß gefaßt wurde und dabei nicht die in § 87a des neuen Gesetzes erschwerenden Vorschriften gewahrt worden sind.

Grundsätzlich darf nach § 131 GenG. bei Genossenschaften

mit beschränkter Haftpflicht die Haftsumme des einzelnen Genossen nicht niedriger als der Geschäftsanteil sein. Dieser Fundamentalsatz des Genossenschaftsrechts ist durch den neuen § 139 a durchbrochen. Nach dieser Bestimmung kann nach der Auflösung die Haftsumme nicht, der Geschäftsanteil höchstens um den Betrag der Haftsumme erhöht werden. Dadurch soll nach der Begründung zum Gesetz verhindert werden, daß die Genossen auf Grund der Erhöhung des Geschäftsanteils in weitergehendem Maße in Anspruch genommen werden, als es im Konkurs ohne Erhöhung des Geschäftsanteils auf Grund der Haftpflicht der Fall wäre. Sollte der mit der Erhöhung des Geschäftsanteils verfolgte Zweck der Abwendung des Konkurses wider Erwarten nicht erreicht werden, so führt doch jene Beschränkung dazu, daß die Genossen nicht sowohl auf Grund der Erhöhung des Geschäftsanteils wie auf Grund der erhöhten Haftpflicht, also doppelt, in Anspruch genommen werden.

Um die Genossenschaften zu schützen, die im Vertrauen auf die oben angeführte Rechtsprechung des RG. eine Erhöhung des Geschäftsanteils und der Haftsumme im Liquidationsstadium vorgenommen haben, ist in Art. 2 Abs. 1 des Ges. bestimmt, daß Beschlüsse dieser Art vor dem Inkrafttreten des Gesetzes nicht deshalb unwirksam sind, weil sie nach der

Auflösung der Genossenschaft ergangen sind. Da der Gesetzgeber offenbar nach Möglichkeit solche Anteilserhöhungsbeschlüsse aufrechterhalten wissen wollte, so werden diese auch als rechtswirksam anzusehen sein, wenn z. B. der Geschäftsanteil über die Haftsumme hinaus erhöht worden war. Die im neuen Gesetz vorgesehenen erschwerenden Bestimmungen haben zudem keine rückwirkende Kraft. Bei gerichtlichen rechtskräftigen Entscheidungen aus der Zeit vor Inkrafttreten des Gesetzes hat es jedoch sein Bewenden. Die Genossenschaft kann jedoch eine nochmalige Beschlussfassung vornehmen, bei der aber die neuen gesetzlichen Vorschriften zu beachten sind. Dadurch werden dann die früheren rechtskräftigen Entscheidungen über die Unzulässigkeit der Anteilserhöhung praktisch bedeutungslos.

Daraus, daß nach dem neuen Gesetz die Geschäftsteilserhöhung im Liquidationsstadium gerade und nur zur Abwendung des Konkurses zulässig ist, ergibt sich, daß die Liquidatoren gem. § 118 GenG. unter den dort vorgesehenen Voraussetzungen nicht in jedem Falle die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragen müssen. Sie können auch eine entsprechende Erhöhung des Geschäftsanteils veranlassen.

## Registerfragen des Aktienrechts.

Von Amtsgerichtsrat Nebelung, Berlin.

Die nachstehenden Aufzeichnungen verdanken ihre Entstehung einer langjährigen Tätigkeit im Register des größten deutschen Registergerichts und sollen dazu dienen, insbes. den Notaren kurzgefaßte, praktische Hinweise zu geben und das Vorurteil gegen die so oft gerügte „Geheimwissenschaft“ des Registerrechts zu bekämpfen.

### I. Gründung der AktG.

1. Vertretung eines Gründers durch Bevollmächtigte ist zulässig. Privatschriftliche Vollmacht genügt. Dagegen keine Vertretung bei Gründerbericht, Prüfungsbericht und Anmeldung. —

2. Werden Gründer zu Aufsichtsrats- oder Vorstandsmitgliedern bestellt, ist Prüfung durch Revisoren der Industrie- und Handelskammer erforderlich. Das gilt auch, wenn eine juristische Person Gründer ist und eines ihrer Vorstandsmitglieder Vorstand oder Aufsichtsrat wird. Um die Revision zu vermeiden, können zunächst andere Personen bestellt und nach der Eintragung Gründer zum Vorstand oder Aufsichtsrat ernannt werden.

3. Die allgemein übliche Aufnahme einer Vollmacht in die Gründungsverhandlung zur Beseitigung von Beanstandungen des Registergerichts ist unpraktisch. Es empfiehlt sich, diese Vollmacht in die Anmeldung aufzunehmen, dahin, daß der Bevollmächtigte befugt ist, die zur Beseitigung erforderlichen Beschlüsse zu fassen und anzumelden.

4. Vertreter für gründende juristische Personen müssen durch Vorlegung neuester beglaubigter Registerauszüge ausgewiesen werden. Das gilt auch für ausländische Gesellschaften. Ein Kaufmann kann nur unter seinem Namen, nicht unter der Firma, gründen (RG. 93 ER. 321/32).

5. Inhalt des Gesellschaftsvertrags (fälschlich Satzung genannt).

a) Die Vereinbarungen über Sacheinlagen (§ 186 Abs. 2 HGB.) müssen im Gesellschaftsvertrag stehen, nicht in der Gründungsverhandlung. —

b) Sachgründung i. S. des § 186 Abs. 2 HGB. liegt schon dann vor, wenn bereits bei der Gründung die feste Absicht der Übernahme von Anlagen usw. vorhanden ist, auch wenn klagbare Vereinbarungen noch nicht abgeschlossen sind. Sorgfältige Prüfung durch Notar dringend zu empfehlen, da Gründung sonst nichtig.

c) Die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags über Sacheinlagen dürfen später nie entfernt werden. Sie bleiben historische Hinweise, auch wenn sie ihre Bedeutung verloren haben.

d) Es genügt für den Fall des § 186, wenn im Gesellschaftsvertrag angegeben wird: Person, von der erworben

wird, Gegenstand des Erwerbs und der zu zahlende Erwerbspreis, alles jedoch so, daß über die Identität keine Zweifel bestehen können. Angabe des Wertes der einzelnen Gegenstände ist nicht erforderlich (Joh. 38, 161, 166; 44, 146/49; JFG. 3, 302).

e) Firmenwert und Kundschaft sind ohne bestehendes Geschäft keine geeignete Sacheinlage.

Oberster Grundsatz: Sie muß wahr sein (§ 18 Abs. 2 HGB.).

f) Firma: Sie muß ferner vom Gegenstand des Unternehmens entlehnt sein (§ 20 HGB.), es sei denn, daß ein Handelsgeschäft mit Firma nach §§ 22 ff. HGB. in die Gesellschaft bei der Gründung eingebracht wird (§ 186 Abs. 2 HGB.). Das Wort „Aktiengesellschaft“ darf nicht in „A.-G.“ abgekürzt werden. Aufnahme von Namen in die Firma nur statthaft, wenn es Namen von Gründern sind und auch nur im Zusammenhang mit einer Entlehnung vom Gegenstand (z. B. „Müller Schuhwaren AktG.“; JFG. 7, 190). — „Bank“ in der Firma nur bei großen Unternehmungen zulässig (Joh. 33, 122; DRG. 16, 81; Joh. 42, 151; RG.: 89 a HRB 31 051). „Treuhand“ in der Firma nur zulässig, wenn ausschließlich die in JFG. 1, 192 genannten Geschäftszweige Gegenstand des Unternehmens sind (JMBI. 1923, 89; RG.: 93 HRB 41 582). „Werk“ und besonders „Werke“ auch nur bei großen Unternehmen (Joh. 41, 109; JFG. 3, 176; JW. 1923, 998; DJZ. 1911, 1504; RG.: Märk. Fahrzeugwerke GmbH.). — Adel muß in der Namensfirma erscheinen (JW. 1931, 472). — „Sparkasse, Zwecksparen“ vgl. RGBl. 1933 Nr. 51. — [Ges. v. 17. Mai 1933]. — „Evangelisch“ vgl. JMBI. 1933, 2). — „Fabrik“ setzt fabrikmäßig eingerichteten oder einzurichtenden Betrieb voraus (JFG. 6, 182). — „Deutsch“ nur bei wirklich rein deutschen Unternehmungen. — Phantasiworte allein ohne Entlehnungszusatz nicht statthaft, auch nicht, wenn es sich um geschützte Warenzeichen handelt, es sei denn, daß die Industrie- und Handelskammer bescheinigt, daß die fragliche Bezeichnung allgemein so bekannt ist, daß sie als vom Gegenstand entlehnte Sachbezeichnung gelten kann (RG.: 93 ER. 55/32). — Über die Frage der Entlehnung vom Gegenstand des Unternehmens vgl. JW. 1925, 639 („Meriola“); 1927, 130 („Kosmopharm“); JFG. 4, 194 (Wille und Weg); RZA. 4, 217 (Eisenbahnhotel). „Kaufhof“ RG. 1 b X 13/29. „Großhandel“ vgl. JW. 1930, 1409.

Die Firma muß sich von anderen bei demselben Gericht eingetragenen Firmen hinreichend deutlich unterscheiden (§ 30 HGB.; vgl. hierzu: Joh. 51, 120; JW. 1926, 2001; RG. 20, 72; DRWiB. 1928, 191 b u. c; RG. 103, 392; Elektrola und Electrisola RG. 1 b X 48/27 1929 in

91 HRB 9707, 338 Z. 5; RG. 100, 45). GmbH. und AktG. oder Zusatz: „in Liqu.“ kein genügender Unterschied (RG. v. 15. Sept. 1932, 1b X 496/32).

Orts- und Länderbezeichnungen in der Firma vgl. DNotV. 25, 10 ff. — Über Gemeinnützig in der Firma vgl. § 22 Kap. III Teil 7 WD. v. 1. Dez. 1930, RWL. 596. — JWB. 1932, 44. W. v. 26. Febr. 1932.

g) Gegenstand des Unternehmens muß so bestimmt angegeben werden, daß der Geschäftszweig erkennbar ist, dessen Betrieb wirklich beabsichtigt ist. Daher die Aufnahme aller möglichen Gewerbezweige nicht zulässig, deren Betrieb einstweilen nicht in Frage kommt. Evtl. später Satzungsänderung (RZL. 8, 114; 15, 308; 92 HRB 42964; Joh. 34, 179; 38, 167; 51, 326; 52, 97).

h) Vertretung: In den Gesellschaftsvertrag gehören nur die Bestimmungen über die gesetzliche Vertretung nach § 232 HGB., nicht die über die gewillkürte nach §§ 48 ff. HGB. Daher die Vertretung „durch zwei Prokuristen“ unzulässig (Joh. 52, 98). Die Vereinbarung, daß die Bestellung des Vorstandes zu notariellem Protokoll erfolgen soll, bleibt besser als zwecklose Erschwerung fort (ebenso Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden), wird jedenfalls in der Praxis später stets beseitigt. — Ein alleiniges Vorstandsmitglied darf nicht durch Mitwirkung eines Prokuristen oder gar Handlungsbevollmächtigten beschränkt werden. Handlungsbevollmächtigte werden überhaupt nicht ins Register eingetragen (vgl. auch JFG. 5, 240 bzgl. des Prokuristen). — Lautet die Fassung: „Die Gesellschaft wird durch zwei Vorstandsmitglieder vertreten“, so muß die Gesellschaft stets mindestens zwei Vorstandsmitglieder haben, andernfalls muß sie lauten: „Sind mehrere Vorstandsmitglieder vorhanden, so erfolgt die Vertretung durch zwei Vorstandsmitglieder.“ — Die Bestellung der Vorstandsmitglieder kann durch einen Personalausschuß des Aufsichtsrates erfolgen, der aber nicht Einzelvertretungsbefugnis verleihen kann (JFG. 1, 227). — Abordnung in den Vorstand aus dem Aufsichtsrat (§ 248 HGB.) auch statthaft, wenn der Aufsichtsrat dadurch unter drei Mitglieder sinkt (RG. 1b X 669/29 in 89b HRB 33201; LG. in 89b HRB 26837). — Wenn der Vorstand nach dem Gesellschaftsvertrag durch den Aufsichtsrat bestellt werden soll, kann trotzdem die Bestellung durch eine Universalversammlung der Aktionäre erfolgen (89b HRB 32631). — Entgegen der Fassung von § 232 Abs. 2 HGB. kann der Aufsichtsrat auch ermächtigt werden, zu bestimmen, daß ein Vorstandsmitglied mit einem anderen Vorstandsmitglied vertritt (RG. 1b X 633/32 in 89b HRB 24695). —

i) Sonstige Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags: Es empfiehlt sich, stets eine Bestimmung aufzunehmen: „Der Aufsichtsrat wird ein für allemal ermächtigt, Änderungen des Gesellschaftsvertrags zu beschließen, die nur die Fassung betreffen.“ —

Satzungsänderungen können nicht von der Genehmigung eines staatlichen Organs abhängig gemacht werden (RG. 1b X 1001/27; JW. 1930, 1412; JFG. 6, 201). —

Anderer Bezeichnung als die gesetzlichen sind nicht statthaft, also nicht „Hauptversammlung“ für „Generalversammlung“, „Direktion“ für „Vorstand“, „Verwaltungsrat“ für „Aufsichtsrat“ (RG. 1b X 6/30 in 89a HRB 982).

Raduzierung von Aktien für den Fall, daß der Aktionär für den Rest der Einzahlung keine Sicherheit leistet, ist unzulässig (RG. 89a HRB 982), ebenso, wenn er keinen der Gesellschaft genehmen Aktionär stellt. —

Generalversammlungen im Ausland sind unzulässig (LG. in 89a HRB 35451), ebenso Beurkundung durch einen ausländischen Notar.

Soll der Aufsichtsrat nach dem Gesellschaftsvertrag aus mindestens fünf Mitgliedern bestehen, so ist sofortige Ersatzwahl erforderlich, wenn die Zahl unter fünf sinkt, also nicht erst, wenn sie unter drei sinkt (LG. 89a HRB 45518). Dies wird in den Gesellschaftsverträgen oft falsch gemacht.

#### 6. Die Anmeldung:

a) Sie ist von allen Gründern, Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern persönlich zu erstatten. Vertretung durch Bevollmächtigte ist nicht statthaft.

b) Sie muß enthalten: 1. Den Ausgabebetrag der Aktien

(„zum Nennwert“, „zum Kurs von . . . v. H.“). Beitrag zu einem zu bildenden Organisationsfonds ist kein Agio. 2. Versicherung, daß auf jede Aktie der erforderliche Betrag eingezahlt ist, also nicht „daß 25 v. H. des Grundkapitals eingezahlt sind“. 3. Versicherung über die Art der Einzahlung. Sie kann nur lauten: a) entweder: daß auf jede Aktie 25 v. H. in bar (d. h. in barem deutschen Gelde) eingezahlt und im Besitz des Vorstands sind, ß) oder daß auf jede Aktie der Betrag von 25 v. H. in einem von der Reichsbank bestätigten Scheck eingezahlt ist und daß dieser Scheck zur freien Verfügung des Vorstandes steht, die insbes. nicht durch Gegenforderungen beeinträchtigt ist. — Hiergegen wird oft verstoßen! Einzahlung oder Gutschrift auf ein Konto bei einer Bank, und sei es die beständerte, genügt nicht!

c) Angabe der Geschäftsstelle nicht vergessen.

d) Von allen Beteiligten ist der Beruf oder Stand anzugeben, mindestens im Beglaubigungsvermerk. „Direktor“, „Generaldirektor“, „Doktor“, „Dipl.-Ing.“ u. ä. sind keine Standesangaben, sondern Titel (RG. 1b X 60/31 in 89b HRB 34634). Auch bei weiblichen Personen, wenn sie einen eigenen Beruf haben. —

e) Wird bei Einbringung eines Handelsgeschäfts mit Firma die Schuldenhaftung ausgeschlossen, so muß das ausdrücklich zur Eintragung angemeldet werden. Von Amts wegen erfolgt die Eintragung nicht.

#### II. Während des Bestehens der AktG.

1. Bei jeder Universalversammlung hat der Notar im Protokoll ausdrücklich und eingehend festzustellen, wie er sich die Überzeugung verschafft hat, daß die als alleinige Aktionäre auftretenden Personen es auch wirklich sind. Die Feststellung durch den Verhandlungsleiter genügt nicht. Vertreter von Aktionären müssen schriftliche, zu verstempelnde Vollmachten vorlegen (Ann. 9a Staub zu § 256 HGB.; § 252 Abs. 2 HGB.).

2. Jedes Generalversammlungsprotokoll muß „Art und Ergebnis“ der Beschlußfassung enthalten (§ 259 Abs. 2 HGB.). Es muß also sowohl angegeben werden: „einstimmig“, „mit 150 gegen 10 Stimmen“ als auch „durch Zusage“, „durch Handaufheben“, „durch Stimnzettel“.

3. Die allgemein übliche Aufnahme einer Vollmacht zur Beseitigung von Beanstandungen des Gerichts ist zwecklos und bleibt besser fort, da sie unbegründete Hoffnungen erweckt. Sind Beanstandungen zu erheben, die eine neue Generalversammlung notwendig machen, kann sie der Bevollmächtigte nicht beseitigen; das kann nur eine neue ordnungsmäßig konstituierte Generalversammlung. —

4. Jeder Notar tut im eigenen Interesse gut, sich mit der umfangreichen Judikatur über Mantelverwertung (vgl. bes. 89b HRB 20507 [Luna Film A.-G.] und: RG. in 89b HRB 32139) vertraut zu machen und die Protokollierung abzulehnen, wenn ein dahin gehender Verdacht auftaucht (vgl. die Zusammenstellung der Judikatur in Indu. SA Berl Mitt. 1931, 517). Bemerkt sei nur, daß nicht nur Kauf eines Gesellschaftsmantels wichtig ist, sondern auch Verwendung eines eigenen zur Begründung eines neuen Unternehmens.

5. Wird Sitzverlegung beschlossen, so braucht die Gesellschaft am Sitz des neuen Gerichts nicht angemeldet zu werden (Joh. 21, 265). Begl. Registerauszug sendet das Gericht des alten Sitzes mit den Akten von Amts wegen dem neuen Gericht (JWB. 1931, 357).

6. Gegen Registereintragungen gibt es kein Beschwerde-recht, nur Antrag auf Einleitung des amtlichen Lösungsverfahrens nach §§ 142 ff. JFG. (DVG. 25, 410).

7. Kapitalherabsetzungen. Jeder Beschluß muß zur Vermeidung der Nichtigkeit folgende drei Angaben enthalten:

a) Betrag der Herabsetzung.

b) Art der Durchführung.

c) Zweck (nicht Grund!) der Herabsetzung.

Gilt auch für Herabsetzungen in erleichterter Form.

8. Erfolgt die Herabsetzung nur durch Herabsetzung des Nennbetrags der Aktien, so gibt es keinen Zwang nach § 290 HGB. —

9. Die Durchführung der Herabsetzung nach § 291

HGB. kann angemeldet werden, sobald sie tatsächlich erfolgt ist, insbes. nach Erledigung von § 290 HGB. Das sog. Sperrjahr braucht nicht abgewartet zu werden.

10. Mit der Eintragung des Herabsetzungsbeschlusses (§ 289 HGB.) ist die Herabsetzung zwar erfolgt (RG. 101, 202), aber noch nicht durchgeführt i. S. des § 291 HGB.

11. Ändert sich der Gegenstand des Unternehmens, so muß die Gesellschaft die Firma entsprechend ändern (RG. 1b X 293/32 in 91 HRA 77082, RG. 1b X 437/30).

### III. Anmeldungen.

1. Anmeldungen können auch durch Prokuristen erfolgen. Der frühere Standpunkt, daß das nur Vorstandsmitglieder können, ist aufgegeben (vgl. RG. v. 22. Dez. 1931, II B 30/31<sup>1)</sup>).

2. Bei der Anmeldung von Prokuristen ist stets der Umfang ihrer Procura anzumelden. Die Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, daß ein Vorstandsmitglied mit einem Prokuristen vertreten kann, besagt nicht, daß jeder bestellte Prokurist nur mit einem Vorstandsmitglied vertritt (ZFG. 4, 202). Nachweis der Prokurenerteilung durch Vorstand oder Aufsichtsrat ist nicht nötig. — Der Prokurist muß auch die Firma eigenhändig zeichnen, ohne Verwendung eines Stempels. Vorstandsmitglieder zeichnen nur ihren Namen.

3. Änderungen in den Personalverhältnissen (z. B. des Berufs, des Wohnorts, des Namens) bei Vorstandsmitgliedern können nur auf Anmeldung eingetragen werden und sind gebührenpflichtig, wie jede andere Eintragung (Zoh. 30 B, 32 ff.).

4. Anmeldung „der in der Generalversammlung gefaßten Beschlüsse“ ist unzulässig (RZA. 9, 174).

5. Die Firma einer Zweigniederlassung bestimmt nicht die Generalversammlung, sondern die Verwaltung (DVG. 2, 516).

6. Der Vorstand, der sein Amt durch Erklärung gegenüber dem Aufsichtsrat niedergelegt hat, kann seine eigene Löschung nicht anmelden. Er kann seine Löschung nur erreichen, wenn er sein Amt durch Erklärung gegenüber dem Aufsichtsrat mit der Maßgabe niederlegt, daß die Erklärung erst wirksam wird, wenn sie dem Gericht zugeht. Dann kann er seine Löschung selbst anmelden (RG. 1b X 178/25 in 122 HRB 32734). Evtl. kann er auch einen Vorstand nach § 29 HGB. bestellen und durch diesen seine Löschung anmelden lassen. Doch ist die Amtsniederlegung zwecks Entziehung der Pflicht zur Ableistung des Offenbarungseides für unzulässig erklärt (ZB. 1926, 2114, 726<sup>1)</sup>).

### IV. Liquidation.

1. Für die Frage der Wiederaufhebung der Liquidation enthält RG. 118, 339 die grundlegende Entscheidung. Andere hiermit zusammenhängende Fragen sind erörtert in DVG. 38, 194; Zoh. 41, 141; RZA. 14, 61; DVG. Dresden in 89 a HRB 47780; RG. 1b X 521/31 in 89 b HRB 32139. — Jedenfalls bedeutet sie Neugründung und damit Erhöhung des Grundkapitals auf 50 000 RM (RG. 1b X 266/31 in 93 HRB 38006).

2. Grundsatz bleibt, daß eine AktG. nur nach einer gem. §§ 292 ff. HGB. durchgeführten Liquidation im Register gelöscht werden kann. Ausnahmsweise kann die Löschung auch ohne solches Verfahren erfolgen, wenn die Firma gem. § 31 HGB. erloschen ist, so namentlich bei völligem Vermögensverlust (ZB. 1927, 1383, 175). Die erwähnten Entscheidungen können aber nicht dazu dienen, den Aktionären die Kosten der Generalversammlungen nach §§ 292 ff. HGB. zu ersparen.

3. Es liegt im Interesse der Kostenersparnis, wenn dieselbe Generalversammlung, die die Auflösung beschließt, auch gleich die Liquidationseröffnungsbilanz nach § 299 HGB. genehmigt.

4. Fusion im Rechtsinne der §§ 305, 306 HGB. ist auch zwischen AktG. und GmbH. zulässig (ZFG. 7, 292; RG. 1b X 671/29), auch zwischen Versicherungsverein und Kommune (Zoh. 47, 117), nicht aber zwischen Versicherungsvereinen a. G. —

5. Liquidatoren müssen Namen und Firma (eigenhändig) zeichnen.

<sup>1)</sup> ZB. 1932, 717.

6. Zum Liquidator kann auch eine juristische Person bestellt werden (ZB. 1930, 1410). Dann haften die Vorstandsmitglieder der juristischen Person persönlich für die der Gesellschaft dem Registergericht gegenüber obliegenden Verpflichtungen (z. B. §§ 244, 265 HGB.). LG. in 89 a HRB 35469.

7. Aufhebung einer bereits eingetragenen Fusion nicht mehr möglich. Die gelöschte Gesellschaft kann nicht wieder fortgesetzt werden (RG. 1b X 75/29).

8. Bei Wiedereröffnung der Liquidation (§ 302 Abs. 4 HGB.) erfolgt dieselbe durch den bisherigen Liquidator, sofern er noch im Amt ist. Anmeldung der Beendigung der Liquidation enthält jedenfalls keine Amtsbeendigung. —

9. Satzungs-, insbes. Firmenänderung im Liquidationsstadium nur so weit zulässig, als sie durch den Zweck der Liquidation bedingt sind (RG. 1b X 731/27 in Frey Trostke, AktG.).

10. Während der Liquidation läuft das Geschäftsjahr vom Tage der Auflösung ab, wenn nicht die Generalversammlung die Beibehaltung des alten Geschäftsjahres beschließt (ZB. 1931, 2993).

### V. Löschung der Firma.

1. Die Firma einer AktG., die i. S. des § 31 HGB. erloschen ist, muß entweder vom Vorstand zur Löschung angemeldet oder vom Gericht von Amts wegen gelöscht werden. Wann sie erloschen ist, ist lediglich Tatfrage. Die Benutzung einer erloschenen, nur noch als leere Form ohne Inhalt im Register eingetragenen Firma zur Begründung eines neuen (oder auch des alten) Unternehmens ist nichtige Mantelbewertung.

2. Forderung auf Einzahlung des restlichen Aktienkapitals hindert die Löschung nicht, wenn der Fall des § 31 HGB. vorliegt, also niemand mehr vorhanden ist, der die Restzahlung einfordern wollte oder könnte (LG. 93 HRB 8869), es sei denn, daß noch nicht befriedigte Gläubiger vorhanden sind.

3. Ist eine Firma gem. § 31 HGB. oder nach Beendigung der Liquidation gelöscht, so hört die Gesellschaft damit nicht auf zu bestehen, wie meistens angenommen wird. Vorstand und Liquidator sind auch weiterhin zur Vertretung befugt und verpflichtet, sofern sie nicht ausgeschieden sind. Eine Wiedereintragung ist nur erforderlich, wenn eine Änderung in der Vertretung eintritt; der Vorstand einer gelöschten Gesellschaft legitimiert sich durch einen Auszug der gelöschten Gesellschaft. Ja selbst Prozesse können gegen eine gelöschte Gesellschaft geführt werden (RG. 109, 387; Zoh. 45, 184). RG. 1b X 907/32 in 93 HRB 37023.

4. Ist die Firma nach § 31 HGB. gelöscht und stellt sich heraus, daß die Tatsachen, auf deren Grund die Löschung erfolgt ist, unrichtig waren, so erfolgt bei genügender Glaubhaftmachung Wiedereintragung. —

5. Hat die Gesellschaft keinen Vorstand oder ist er in der Ausübung des Amtes behindert, so kann unter der Voraussetzung des § 29 HGB. ein Vorstand oder Liquidator vom Gericht bestellt werden. Die Bestellung ist nur möglich, wenn „der Beteiligte“ selbst eine zur Übernahme des Amtes geeignete und bereite Persönlichkeit benennt. Die Bestellung kann auch nur zu einer einzelnen Handlung (z. B. Abgabe irgendeiner Erklärung) erfolgen.

6. Urteile gegen eine AktG. auf Vornahme einer Firmenänderung oder Anmeldung einer Löschung u. ä. können nur nach § 888 ZPO. vollstreckt werden. Das Registergericht kann die Änderung nicht auf Grund des Urteils eintragen, auch nicht, wenn das Prozeßgericht einen Vorstand absetzt und einen anderen einsetzt (ZB. 1931, 2992).

### VI. Einzelne Fragen.

1. Notar ist verpflichtet, für die Ausfertigungen das in ZMBl. 26 (AB. v. 30. Juni 1926, I 13196) geforderte Papier zu verwenden, was leider sehr oft nicht beachtet wird.

2. Die Gründer einer AktG. haften für die Kosten der Eintragung persönlich als Gesamtschuldner (LG. 92 HRB 36975).

3. Das Ordnungsstrafverfahren richtet sich gegen die

Vorstandsmitglieder persönlich. Sie können sich nicht damit entschuldigen, daß die Gesellschaft keine Mittel hat (Zoh. 30, 125), können dann aber ihr Amt niederlegen. Einspruch oder Beschwerde daher nicht durch die AktG., sondern nur durch das Vorstandsmitglied persönlich. -

4. Für die Bescheinigung der Fortgeltung eines von der Gesellschaft zusammengestellten Gesellschaftsvertrags werden volle Gebühren nach § 47 Ziff. 1 PrGG. erhoben. Will die Gesellschaft diese meist recht hohen Kosten vermeiden, emp-

fielt sich, beglaubigte Abschriften der einzelnen Generalversammlungsprotokolle zu erfordern (RG. 1a X 452/31 in BüroBl. 1931, 243).

5. Bei Anmeldungen von Prokuristen ist die Fassung zu vermeiden: „Ich als Vorstand erteile dem pp. Procura“, da dieses als stempelpflichtige Vollmacht gilt. Anmeldung, „daß dem pp. Procura erteilt ist“, ist nicht stempelpflichtig. —

6. Juristischen Personen kann kein Armenrecht bewilligt werden (ZW. 1931, 85). —

## Bilanzierung von Vorratsaktien.

Von Justizrat Dr. Fischer, Leipzig.

Die Verwaltungsaktien zerfallen in solche, die zum Zwecke der Kapitalbeschaffung, und in solche, die zum Zwecke des Stimmrechts geschaffen worden sind. Beide Zwecke gehen oft ineinander über und lassen sich schwer scheiden. Bei dem alleinigen oder überwiegenden Zwecke der Kapitalbeschaffung spricht man von Vorratsaktien. Sie sind jetzt, namentlich auf Grund der NotW. v. 6. Okt. 1931, zum großen Teil besetzt. Die NotW. erwähnt sie in den §§ 2, 3 und 5. Auf sie paßt auch die Definition in § 260a Abs. 3 Ziff. 1 der Nov. v. 19. Sept. 1931: Aktien, die von dem Aktionär als Gründer oder Zeichner für Rechnung der Gesellschaft übernommen worden sind, und zwar zwecks späterer Verwertung. Sie kamen und kommen in der Regel so zustande, daß ein Dritter (Bank) oder ein Konfortium (Verwaltungsmitglieder) die Einzahlung, gewöhnlich das Minimum von 25% des Nennbetrages, der zugleich der Ausgabebetrag ist, leistet und dann zurückerhält oder daß die Bank der Gesellschaft den Betrag kreditiert. Das braucht nicht einmal, wie Nr. 20 der Druckschriften des DVB. I. Teil S. 63 gesagt ist, ausdrücklich verabredet zu werden. Der Vorgang versteht sich bei den Vorratsaktien von selbst. Nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung haben Bank oder Konfortium den bei dem Weiterverkauf der Aktien erzielten Erlös, und zwar die Bank regelmäßig unter Kürzung einer Provision, an die Gesellschaft abzuführen.

Die Übung, auf diese Art Aktien zu schaffen, ist während der Inflationszeit aufgetaucht. Sie gab zu dieser Zeit auch weniger zu Bedenken Anlaß. Dies änderte sich nach Eintritt der Deflation. Hier machten sich Bedenken schwerwiegender Art geltend. Im Schrifttum wird vereinzelt, von Brodmann, Komm. zu § 185 Note 4, und wohl auch von Quasowski: ZW. 1930, 2618/19, die Ansicht vertreten: Kapitalerhöhung, Übernahme und Zeichnung wären simuliert und deshalb nichtig; nur bliebe Dritten gegenüber die Nichtigkeit außer Betracht. Demgegenüber erkennt die im Schrifttum herrschende Meinung sowie die Rechtsprechung (RG. 113, 192 = ZW. 1926, 1813 und RG. 119, 248 = ZW. 1928, 625) unter Hinweis auf die GoldbilW. die Zulässigkeit von Schutz- und Vorratsaktien an.

Man hat also von der Nichtigkeit der bei Übernahme der Aktien zwischen Zeichner und Gesellschaft getroffenen Vereinbarung auszugehen; je nachdem die Gesellschaft ein Entgelt gewährt oder nicht, handelt es sich um einen auf Geschäftsbesorgung gerichteten Dienstvertrag (§ 675 BGB.) oder um einen Auftrag. Selbstverständlich wird davon die rechtliche Bedeutung des Zeichnungsscheines nicht berührt. Der Zeichner, der entgegen seiner im Zeichnungsschein übernommenen Verpflichtung die Einlage nicht leistet, kann zur Erfüllung dieser Verpflichtung gezwungen werden, vor allem im Kontrakte der Gesellschaft. So namentlich die erwähnte Schrift des DVB. S. 66 und RG. v. 31. März 1931: ZW. 1931, 2954.

Die Schriftsteller, die sich zur Bewertung von Vorratsaktien geäußert haben, gehen hierfür durchgehend von dem Werte aus, der dem Anspruch der Gesellschaft auf Ausfolgung des Erlöses beizumessen wäre. Sie lassen entweder überhaupt eine oder doch eine klare Stellungnahme zu der Frage vermissen, wann und inwiefern der Anspruch der Gesellschaft gegen die Zeichner der Vorratsaktien aus der Zeichnung auf Vollzahlung des Ausgabebetrags zu bewerten wäre (Richter: BankArch. 1925/26, 316; Geiler: ZW. 1926, 671; Pin-ner: ZW. 1926, 938; Schmulewitz, Die Verwaltungs-

aktie S. 88; Friedländer, Konzernrecht S. 329; Schlegelberger-Quasowski-Schmölder, Komm. d. Nov. zu § 261 N. 21 Abs. 3). Eine besondere Ansicht vertritt Köppel: BankArch. 1925/26, 190 und 317. Er will die Vorratsaktien nach Analogie von eigenen Aktien gem. § 261 Ziff. 3 HGB. a. F. als Anlagewerte, für die man den Ausgabebetrag einsetzen dürfte, falls die Verwaltung den festen Willen, die Aktien nicht unter diesem Betrage zu veräußern, besitzt, behandeln. Diese Ansicht ist unhaltbar. Einmal ist es schon unzutreffend, wenn Köppel die bloße Absicht, die Verwaltungsaktie nicht unter dem Ausgabekurs abzugeben, für genügend erachtet. Die Verwaltung muß auch die Möglichkeit hierzu besitzen. Diese ist in der folgenden Zeit des Zusammenbruchs fast stets entfallen. Überdies wäre es heute infolge der Vorschrift des § 261 Ziff. 2 n. F. ausgeschlossen, sich für die Behandlung der Vorratsaktien als Anlagewerte auf das Analogon der Bewertung von eigenen Aktien zu berufen. Von Interesse jedoch ist die Frage, die Köppel an seine Gegner richtet. Er fragt: Wie soll man Vorratsaktien, die am 31. Dez. 1925, zu einer Zeit, wo der Markt für Aktien schlecht stand und wo der Anspruch der Gesellschaft auf Ausfolgung des Verwertungserlöses beispielsweise mit 50 angesetzt worden war, in der darauffolgenden Bilanz für den 31. Dez. 1926, wo der Markt günstig und der Kurs auf 100 gestiegen war, behandeln? Dagegen, daß dann die Forderung der Gesellschaft mit 100 einzusetzen ist, dürfte nichts einzuwenden sein. Was aber soll mit dem Gewinn, der hieraus für die Gesellschaft buchmäßig resultiert, geschehen, von welcher Art ist dieser Gewinn?

Die Beantwortung der von Köppel zur Erörterung gestellten Frage soll zunächst dahingestellt bleiben. Keinesfalls kommen die Gegner von Köppel auch um die weitere heikle Frage herum, warum sie bei der Bewertung der Vorratsaktien allein den Anspruch aus der Geschäftsbesorgung und nicht auch den Anspruch auf Zahlung der Einlage aus dem Zeichnungsschein berücksichtigen. Man kann dieser unangenehmen Frage auch nicht mit dem Einwand begegnen: solange das Gesellschaftsunternehmen noch einigermaßen gut und die Verwertung der Aktien überhaupt noch möglich wäre, läme der Verpflichtung des Zeichners aus dem Zeichnungsschein praktisch noch keine wirtschaftliche Bedeutung zu. — Würde man diesem Gedankengang folgen, so müßte jedenfalls, wenn das Gesellschaftsunternehmen schlecht stünde und die Aussichten auf Verwertung der Aktien gleich Null wären und dementsprechend auch der Anspruch aus dem Auftrag bzw. der Geschäftsbesorgung mit Null zu bewerten wäre, der Anspruch aus der Zeichnung eingesetzt werden, und zwar, die Bonität des Zeichners vorausgesetzt, mit dem Ausgabebetrag, also mindestens mit 100. Bei dieser Betrachtungsweise würden die Ansprüche der Gesellschaft gegen die Zeichner von Vorratsaktien, die zum Zeitpunkt der Bilanz unverwertbar wären, mit 100 eingesetzt werden, während sie bei einem mittleren Wert der Aktien von etwa 40—50 nur mit diesem Betrage anzunehmen wären. Also je schlechter das Unternehmen und der Anspruch aus der Geschäftsbesorgung, um so höher müßten die Vorratsaktien in Anbetracht der Bonität der Zeichner eingesetzt werden.

Die hier gestellten Fragen dürften gezeigt haben, daß erhebliche Zweifel bestehen, ob es richtig ist, die Forderungen auf Einzahlung von Vorratsaktien auf der Grundlage des Geschäftsbesorgungs- bzw. des Auftragsverhältnisses zu aktivieren. Soll man deshalb umgekehrt für die Bewertung der Ansprüche

der Gesellschaft den Zeichnungsschein in den Vordergrund stellen und von ihm ausgehen? Dieser Weg dürfte sich ebensowenig als gangbar erweisen. Denn wenn man so verfahren würde, würde sich folgendes ereignen: Die Aktien werden verwertet, und der Beauftragte folgt den weit unter pari liegenden Erlös der Gesellschaft aus. In einem derartigen Falle wird bestimmt keine Verwaltung einer deutschen Aktiengesellschaft die Ansprüche der Gesellschaft aus dem Zeichnungsschein noch als Aktiva ihrer Bilanz aufzuführen. Der Auftrag ist erledigt und damit ist nach der Anschauung der Verwaltung auch der Zeichnungsschein, wenn sie überhaupt noch an ihn gedacht hat, erledigt. Sie würde es überhaupt nicht verstehen, wenn man ihr erklären würde: Die Aktiengesellschaft würde damit, daß sie ihre Forderung gegen Dritte aus den von ihnen gezeichneten und nicht eingezahlten Aktien streichen würde, eine Forderung aufgeben und einen Verlust auszuweisen haben. Und doch ist diese Konsequenz unabweisbar, wenn man überhaupt die Einlageforderung aktivieren will.

Jetzt dürfte offenbar werden, daß man Köppel zwar nicht in der Art, wie er sein Ziel erreichen will, wohl aber in dem von ihm verfolgten Ziel selbst zuzustimmen hat. Ihm liegt daran, die Ansprüche auf Einzahlung der Vorratsaktien mit dem entsprechenden Teile des Grundkapitals auf der Passivseite auszubalancieren. Es geht nicht an, daß durch den Mehr- oder Minderwert der Forderungen gegen die Zeichner auf der Aktivseite, gleichviel, wie man diese Forderungen begründen will, eine Veränderung des Reinvermögens der Gesellschaft hervorgerufen wird. Es widerspricht jeder wirtschaftlichen Anschauungsweise, daß auf der Ausgabe von Vorrats-, also von Leeraktien, eine Veränderung des Reinvermögens beruhen könnte.

Offenbar hat man es bei der Bewertung der Vorratsaktien mit einem eigentümlichen Problem zu tun. Das wird zutreffen. Freilich wohl in einem anderen Sinne, als der Leser zunächst anzunehmen geneigt sein wird. Um in betreff der Bewertung von Vorratsaktien zu einem richtigen Ergebnis zu gelangen, braucht man sie nämlich nur so zu bilanzieren, wie es der Anschauung der Buchführung und der Wirtschaft entspricht, nämlich überhaupt nicht.

In früherer Zeit bestand die Ansicht, daß Beträge, die auf gezeichnete Aktien noch nicht eingezahlt sind, entweder in die Bilanz nicht eingesetzt zu werden brauchen (so Kehnert zu Art. 239 a N. 4; § 5; Prümker, Endemanns Handb. I, S. 621; Auerbach, Aktienwesen, S. 267; Förtsch zu Art. 185 a N. 8; Ring zu Art. 239 b N. 14; sowie die hier zit. Begr. zum 2. Entw. der Novelle von 1884); oder sogar in die Bilanz nicht eingesetzt werden dürfen (so Behrend S. 875; Petersen-Behmann zu Art. 185/195 c N. 8; Willenbücher, Art. 185 a N. 5; Förtsch, Art. 185 a N. 8; Pinner, Das deutsche Aktienrecht 1899, S. 204). Pinner begründet seine Ansicht u. a. damit, daß „die Aktivseite lediglich für wirkliche Werte reserviert sei“.

Heute findet man im Schrifttum überhaupt keine Vertreter der Ansicht mehr, daß die Forderungen auf noch nicht geleistete Einlagen der Aktionäre in der Bilanz nicht angeführt zu werden brauchen, geschweige daß sie nicht angeführt werden dürften. Ja, die Aktiennovelle vom 19. Sept. 1931 verlangt in § 261 a Abs. 1 A I ausdrücklich, daß auf der Aktivseite die auf das Grundkapital rückständigen Einlagen auszuweisen wären. Dementsprechend kann nicht zweifelhaft sein, daß, wenn in § 261 a B I die Annahme der Ziffer des Grundkapitals in den Passiven verlangt wird, dies bedeutet, daß satzungsmäßige Grundkapital wäre, gleichviel, ob es eingezahlt wäre oder nicht, anzuführen. Den Gesetzesautoren sind, wie ihr Kommentar zu § 261 a Anm. 4 zeigt, nicht die geringsten Zweifel über diese Frage, die sie gar nicht erörtern, beigegeben.

Man muß, um diese Wandlung der Meinung verständlich zu machen, schon etwas weiter ausholen und fragen: Was bedeuten buch- und bilanzmäßige Forderungen und Schulden?

Gegenstand der Buchführung sind Veränderungen, die mit dem Geschäftsvermögen vor sich gehen; die Buchungen zeigen nur Veränderungen tatsächlicher, nicht rechtlicher Natur an. Debitoren und Kreditoren im buch- und Rechtsinn sind verschieden. Während eine Vermögensveränderung im

rechtlichen Sinne bereits mit Abschluß des Vertrages stattfindet, insofern daraus Forderungs- und Schuldverhältnis entsteht, bringt der Posten auf dem Konto eines Dritten nur zum Ausdruck, daß das Geben und Nehmen von Vermögenswerten erfolgt ist. Gegenstand der Buchung ist nie das abgeschlossene Rechtsgeschäft, sondern stets nur die tatsächliche Vermögensleistung. Die Buchführung bringt nichts weiter als die Leistung bestimmter Vermögenswerte zum Ausdruck. Erst im Wege des Rückschlusses, auf Grund der Ermägung, daß der Austausch von Vermögensleistungen zwischen dem Geschäftsinhaber und Dritten sich auf Grund von Verträgen vollzieht, können die Leistungen als vertragsmäßige angesprochen werden. Welcher Vertrag im einzelnen einem Kontokorrentposten zugrunde liegt, ist für die Buchführung gleichgültig, und es ist aus der Eintragung in der Regel nicht ersichtlich, ob die Leistung einem Kaufe, Werkvertrage, Tausche entspricht; ob mehrere Leistungen, insbes. Lieferungen von Waren, mehreren Verträgen oder nur einem Vertrage entsprechen; ob der Verkäufer die zu offerierende oder die bestellte Ware übersendet oder der Käufer die empfangene, beanstandete Ware zurücksendet; ob eine Geldzahlung zur Erfüllung einer Geldschuld und von welcher erfolgt. Nicht selten muß der Kaufmann sich der Fiktion von Vermögensleistungen bedienen, weil er nur so das gegenseitige Leistungsverhältnis zutreffend darstellen kann; der Verkäufer erkennt den Käufer für einen Nachlaß an dem noch nicht berichtigten Kaufpreis, d. h. er behandelt den Käufer so, als ob dieser ihm den betreffenden Betrag geleistet hätte; in der gleichen Weise behandelt derjenige, dem von einem andern Schaden zugefügt worden ist, diesen so, als ob er diesem etwas geleistet hätte; analog ist das Verfahren bei einem rückläufigen Wechsel. — Die zuletzt geschilderten Buchungen sind buchhaltungsmäßig wesensverwandt dem sog. Storno, d. h. dem Einstellen eines Postens auf der Debet- oder Kreditseite des Kontos, um einen Posten auszugleichen, der zuvor irrtümlich in das Konto eingestellt war.

Die Fassung des Art. 28 Abs. 1 ADHGWB.: „Jeder Kaufmann ist verpflichtet, Bücher zu führen, aus welchen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens vollständig zu ersehen sind“, war verschiedener Deutung fähig. Der unrichtigen Auslegung wurde 1900 bei der Neufassung als § 38 Abs. 1 HGB. durch das Betonen der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung entgegengetreten. „Durch jenen Hinweis wird zugleich eine Ungenauigkeit in der Ausdrucksweise des bisherigen Art. 28 beseitigt. Denn in den Handelsbüchern werden nicht, wie die Fassung des Art. 28 anscheinend fordert, die Geschäftsabschlüsse als solche, sondern nur die infolge der Geschäfte eintretenden Vermögensveränderungen ersichtlich gemacht.“ Denkschr. zur Novelle des HGB. von 1900 S. 21, 22.

Wenn dann am Ende des Geschäftsjahres bei Aufstellung der Inventur die Bücher abgeschlossen werden, werden die Debitoren auf ihren Wert geprüft und je nachdem entweder als Verlust auf Gewinn- und Verlustrechnung oder als Bestand auf Bilanzkonto übertragen. Hierzu ist zu bemerken: In rein buchhaltungsmäßigem Sinne sage ich: deshalb, weil bei der Inventur die Konten der Debitoren und Kreditoren eine zahlenmäßige Differenz ausweisen, sind die auszugleichen, zu saldieren. Im rechtlichen Sinne sage ich: weil mir der Abnehmer und ich den Lieferanten K. M. schuldig geworden bin, habe ich an die Lieferanten, Kreditoren, und haben die Abnehmer, Debitoren, an mich zu zahlen. Aus verschiedenen Gründen, rechtlicher wie tatsächlicher Art, die hier nicht näher erörtert zu werden brauchen, kann mein Recht auf Zahlung aussichtslos oder wenigstens zweifelhaft erscheinen. Dann entfällt in demselben Umfange, wie mein Zahlungsanspruch hinfällig oder gefährdet wird, die Möglichkeit, den tatsächlichen Abgang an aktiviischen Werten der in meinem Vermögen durch die vorhergehenden Leistungen an die Abnehmer eingetreten ist, später wieder wettzumachen. Wenn ich die Außenstände bei einem finanziell sicheren Abnehmer zu den Aktiven zähle, tue ich es deshalb, weil ich überzeugt sein kann, und diese Überzeugung ist ohne das Bestehen eines bestimmten rechtlichen Verhältnisses gar nicht denkbar, daß der Abnehmer mir die Summe von Vermögens-

werten, die ich ihm zuvor gewährt habe, wiedererstaten wird. Ich habe insoweit überhaupt mit keinem Fehlbetrag in meinem Vermögen zu rechnen. — Das ist der Grund, weshalb die Debitorensalden der Kontokorrente auf die Debet-(Aktiv-)Seite des Bilanzkontos gehören.

Es ist allgemeine Sitte, dem Wortausdruck folgend, auch begrifflich die buchmäßige Bezeichnung der Debitoren völlig gleich mit Forderungen zu setzen, und vorzüglich durch diejenige Tätigkeit, die man als Schätzen der (buchmäßigen) Debitoren bezeichnet, wird diese Identifizierung nahegelegt. Denn wenn die Salden von Debitorenkonten geschätzt werden, wird die Aufmerksamkeit notwendigerweise auf solche Personen hingelenkt, die in einem Schuldnerverhältnis zum Inventarisierenden stehen. Gleichwohl hat man sich stets über die begriffliche Verschiedenheit von Debitoren und Kreditoren einerseits im Sinne der Buchführung sowie der Bilanz und andererseits im Rechtsinne klar zu sein. Den unmittelbaren Gegenstand für die Bewertung anlässlich der Aufstellung der Bilanz bilden die Debitoren im Buchsinne, und zwar unter Zugrundelegung von Erwägungen teils rechtlicher, teils tatsächlicher Art. — In der Denkschrift zur Novelle von 1900 S. 40 heißt es, es sei bei bedingten Verpflichtungen eine Wertberechnung notwendig. Das ist irrig. Wenn ein Kaufmann zur Erlangung von Kredit einer Bank seine Bilanz vorlegt, worin er keine bedingten Forderungen und Verpflichtungen ausweist, obwohl solche vorhanden sind, wird jeder Buchsachverständige sagen, die Bilanz ist richtig, die Bank ist nicht getäuscht worden, die Bankbeamten hätten, da sie über die entsprechenden Kenntnisse verfügen, sich nach dem Vorhandensein von bedingten Forderungen und Verpflichtungen erkundigen müssen.

Richtig ist nur: Muß ein Geschäftsinhaber mit einem Vermögensabgang rechnen, so hat er ihn zu schätzen und das Ergebnis in der Bilanz durch Belastung von Gewinn- und Verlustrechnung und Erkennen des Bilanzkontos zum Ausdruck zu bringen. Die Gründe eines solchen eventuellen Vermögensabganges sind ganz verschieden. Sie hängen oft mit einem streitigen oder unstreitigen Rechtsverhältnis zusammen; so Rückstellungen für schwebende Engagements, weiter Rückstellungen für Prozeßkosten, für Garantien aus einer vertrags- oder gesetzmäßigen Haftpflicht. Die Gesamtheit der Aktiven wird geschätzt und minderbewertet, nicht ein bestimmter Aktivposten, insbes. kein Debitorenposten. Der Minuswert der Gesamtheit der Aktiven muß auch nicht gerade auf ein Rechtsverhältnis, er kann auf Umstände anderer Art zurückgehen, auf einen Krieg, der bevorsteht oder ausgebrochen ist, auf Konkurrenz, auf das allgemeine Daniederliegen der Wirtschaft.

Es handelt sich, wie gesagt, um die Darstellung eines Vermögensabganges. Die bezeichnete Bilanzierungsweise dient dem Erfolgsausgleich. Ein solcher ist bei noch nicht geleisteten Aktionäreinlagen überhaupt nicht denkbar, weder buchmäßig noch wirtschaftlich.

Damit dürfte auch erklärt sein, wie die Juristen, und zwar jetzt ausnahmslos, dazu gekommen sind, die rückständigen Mitgliederleistungen der Aktionäre als Außenstände anzusehen. Auf der einen Seite sind sie sich des grundsätzlichen Unterschieds zwischen Debitoren und Kreditoren im Buch- und im Rechtsinne nicht bewußt gewesen. Auf der anderen Seite hatten sie das zumal für die Aktiengesellschaft anzuerkennende Bestreben, dem Leser der Bilanz die das Gesellschaftsvermögen betreffenden wesentlichen Geschäftsvorgänge ersichtlich zu machen.

Allerdings kommt noch etwas weiteres hinzu: Die Juristen, die sich nicht klar darüber waren, was in das Gefüge der Bilanz gehörte und was nicht, begegneten sich in dem Bestreben, Geschäftsvorgänge in der Aktienbilanz ersichtlich zu machen, mit den Schriftstellern der Buchführung. Weigel in der Ztschr. f. Buchhaltung 1903 S. 170 betont nachdrücklich die Möglichkeit, Eventualverbindlichkeiten als bilanz-

fremde Posten in der Bilanz zu zeigen: durch ein Vormänner- und Nachmännerkonto soll der Gesamtumfang der Verbindlichkeiten, woraus im Regreßwege Haftpflicht eintreten kann, ersichtlich gemacht werden. Damit werden bewußt anorganische Konten in die Buchführung und ebensolche Posten in die Bilanz eingefügt. Das Wesensfremde dieser Posten zeigt sich darin, daß sie vor dem Bilanzstrich aufzuführen sind. Sie können und sollen niemals das bilanzielle Reinvermögensergebnis berühren und haben mit der Bewertung nicht das Mindeste zu tun. Sie dienen ausschließlich dem Zwecke des Sichtbarmachens. Der Verlust aus solchen Posten ist nicht etwa bei diesen in der Bilanz selbst, also vor dem Strich, abzusetzen, sondern hat sich in der vorbezeichneten Weise — Belastung der Gewinn- und Verlustrechnung sowie Erkennen des Bilanzkontos — zu vollziehen.

Den Juristen war die anorganische Eigenschaft der Posten fremd. Sie machten keinen Unterschied zwischen dem Anführen der Posten vor und hinter dem Bilanzstrich und zogen sie deshalb unmittelbar in die Bewertung ein.

Es dürfte wohl zulässig sein, die Fehler, die dem Gesetzgeber in § 261a mit der Vorschrift, nichteingezahlte Aktionäreinlagen wären als Forderungen zu aktivieren und als Grundkapital zu passivieren, unterlaufen sind, auf Grund von § 38 HGB. richtigzustellen. Man braucht sich nur zu vergegenwärtigen, welcher Art die Konten sind, von denen die betreffenden Posten bei Aufstellung der Bilanz in diese gelangt sind. Es sind Konten, die nicht in den Organismus der Buchführung gehören. Folglich müssen die daraus entnommenen und in die Bilanz eingesetzten Zahlen dieser wesensfremd sein.

Das alles habe ich in dem 1908 erschienenen II. Teil meiner Schrift: „Die Bilanzwerte, was sie sind und was sie nicht sind“ S. 144—272 eingehend behandelt. Insbes. habe ich mich S. 196 ff. ausführlich mit Staub, Rehm und Simon auseinandergesetzt. Sie unterscheiden nicht genügend, daß die Posten, die hier als anorganische bezeichnet werden, auf beiden Seiten der Bilanz, also diese durchlaufend und ohne deren Ergebnis zu berühren, vor dem Strich gezeigt werden können, aber daß sie nicht hinter den Strich gebracht und bewertet werden dürfen.

Wenn man den Charakter der vorbezeichneten Posten kennt, wird es auch unbedenklich sein, sie in der Bilanz sichtbar zu machen, aber selbstverständlich nur vor dem Bilanzstrich und eben nur sichtbar zu machen. Man hat sie mit dem Erfolgsausgleich nur in der obenbezeichneten Weise in Verbindung zu bringen. Das letztere ist bei ausstehenden Aktionäreinlagen ausgeschlossen. Die allein richtige Stelle, eine Schätzung von Vorrats-, überhaupt aller nicht voll eingezahlter Aktien zum Ausdruck zu bringen, ist der Bericht. Dies hat nach § 260a Abs. 1 HGB. zu geschehen, wenn mit einem wesentlichen Ausfall zu rechnen ist.

So ist das Problem der „Bilanzierung“ von Vorratsaktien zu lösen. Die ursprünglich richtige wirtschaftliche Auffassung ist von der unzutreffenden rein juristischen Auffassung verdrängt worden. Die Aktivierung von Vorratsaktien zeigt in besonders drastischer Weise, daß man nicht nur gegen die Form der Buchführung und Bilanzierung, sondern auch gegen die Elemente der wirtschaftlichen Denkungsweise verstößt, wenn man Teile einem Vermögen in juristischem Sinne — die noch nicht von den Aktionären geleisteten Einzahlungen — als im Geschäft tätig („aktiv“) behandeln und ihren Wert mit dem Geschäftsergebnis in Verbindung bringen will.

Zweifelhaft kann sein, wie die Vorschrift in § 261b, Verbindlichkeiten aus einfachen sowie Wechselbürgschaften, sowie aus Garantieverträgen, auch soweit ihnen gleichwertige Rückgriffsforderungen gegenüberstehen, wären in der Bilanz zu vermerken, gemeint ist. Jedenfalls ist die Auffassung möglich, daß derartige Verbindlichkeiten nur vor dem Strich sichtbar gemacht werden sollen. Allein in dieser Deutung ist sie richtig.



## Der Wechselbegebungsvertrag.

A.

Von Landgerichtsdirektor Dr. Kautter, Tübingen.

I. Eine ganze Reihe von Typen streitiger Wechselprozesse geht auf eine und dieselbe Kernfrage zurück: auf die Frage des Wechselbegebungsvertrags. Für das Indossament anerkennt das RG. in ständiger Rechtsprechung die Notwendigkeit eines Begebungsvertrags und hat über seinen Inhalt klare Sätze herausgearbeitet, insbes. in RG. 117, 69<sup>1)</sup>: „Zur Übertragung der Rechte aus dem Wechsel genügt nicht der Skripturakt als solcher, vielmehr bedarf es dazu noch des Begebungsvertrags. Dessen rechtliche Natur wird nicht erschöpfend dadurch gekennzeichnet, daß er im Geben und Nehmen beruht, vielmehr muß zu diesem einverständlichen Geben und Nehmen noch hinzukommen die Einigung des Gebers und Nehmers, welche die Rechtsübertragung ausmacht.“ Nach diesen klaren Worten kann es nicht mehr zweifelhaft sein, in welche Vertragstypen des BGB. dieser „Begebungsvertrag“ einzuordnen ist: er ist ein Rechtsübertragungsvertrag i. S. des § 398 BGB.

In diesem Vertrag erschöpft sich jedoch der rechtsgeschäftliche Inhalt des normalen Indossamentes nicht. Nach Art. 15 Abs. 1 WD. (n. F.) haftet der Indossant „mangels entgegenstehenden Vermerks“ für die Annahme und Zahlung. Daraus folgt: es hängt von seinem Willen ab, ob er die Haftung durch Unterlassung eines solchen entgegenstehenden Vermerks übernehmen oder ob er sie durch Anbringung eines solchen Vermerks ablehnen will. Wir müssen also notwendig in dem Indossament, das einen solchen Vermerk nicht enthält, normalerweise einen zweiten Vertrag erblicken, durch den der Indossant die Haftung übernimmt, also seinerseits Wechselschuldner wird. Seiner rechtlichen Natur nach kann dieser zweite Vertrag nur ein abstraktes Schuldversprechen i. S. des § 780 BGB. sein.

Das normale Indossament hat also drei Bestandteile: 1. die Skriptur, 2. den Vertrag nach § 398 BGB., 3. den Vertrag nach § 780 BGB.

Diese scharfe Unterscheidung der einzelnen Bestandteile erweist sich äußerst fruchtbar für eine ganze Reihe typischer Wechselprozesse. Es sind dies diejenigen, bei welchen äußerlich ein normales Indossament verwendet wird, die Parteiabsicht aber in Wahrheit von der Regel abweicht.

### 1. Der Diskontierungsauftrag.

Der Beauftragte soll den Wechsel für den Auftraggeber verkaufen und erhält zu seiner Legitimation ein normales Indossament. Zur Ausführung dieses Auftrags genügt mit Rücksicht auf Art. 16 WD. (n. F.) vollaus die bloß formelle Legitimation. Materielle Legitimation, d. h. Rechtsübertragung an den Beauftragten, ist durchaus unnötig, denn dieser soll und darf ja den Wechsel gegen die Schuldner seines Auftraggebers gar nicht geltend machen. Die Parteiabsicht kann also nicht auf Abschluß eines Rechtsübertragungsvertrags nach § 398 BGB. gerichtet sein. Dagegen wissen Auftraggeber und Auftragnehmer, daß der Auftragnehmer, dessen Name auf der Rückseite des Wechsels steht, nach Ausführung seines Auftrags der diskontierenden Bank und allen Nachmännern wechelmäßig haften wird (Art. 15 WD. n. F.). Es ist also ganz selbstverständlich, daß ihre Absicht dahin gehen wird, auch unter sich eine Wechselregreßpflicht des Auftraggebers zu begründen. Also Vertrag nach § 780 BGB.!

Das zum Zweck der Ausführung eines Diskontierungsauftrags gegebene Indossament enthält also neben der Skriptur nur einen Vertrag nach § 780 BGB., nicht dagegen den Rechtsübertragungsvertrag nach § 398 BGB.

Aus dieser Erkenntnis ergeben sich folgende praktische Rechtsfolgen: Klagt der Diskontierungsbeauftragte auftragswidrig den Wechsel gegen seinen Auftraggeber und dessen Wechselschuldner (Vormänner) ein, so verliert er die Klage gegen die Vormänner, weil er mangels des Vertrags nach § 398 BGB. gar nicht das Gläubigerrecht gegen diese übertragen erhalten hat. Er ist wohl formell, aber nicht materiell legitimiert. Seinem Auftraggeber gegenüber ist er

zwar auf Grund des Vertrags nach § 780 BGB. Wechselgläubiger geworden. Aber diesem Wechselrecht stehen die Einreden aus dem bürgerlich-rechtlichen Auftragsverhältnis entgegen.

### 2. Das (versteckte) Inkassomandat.

Hier liegen die rechtlichen Verhältnisse gerade umgekehrt. Der Beauftragte soll die Rechte seines Auftraggebers in eigenem Namen geltend machen. Das kann er nur, wenn ihm dieser seine Rechte (fiduziarisch) übertragen hat. Als Parteiabsicht muß also notwendig ein Rechtsübertragungsvertrag nach § 398 BGB. angenommen werden (wie es ja auch das RG. in RG. 117, 69 für das Inkassoindossament tatsächlich annimmt). Dagegen soll der Inkassomandatar den Wechsel nicht in fremde Hände geben. Die Parteien rechnen also gar nicht mit der Möglichkeit, daß der Inkassomandatar jemals aus dem Wechsel seinerseits sollte regreßpflichtig werden. Für die Annahme einer Parteiabsicht, unter sich ein Wechselregreßrecht zu begründen, fehlt also jeder Anlaß.

Das versteckte Inkassoindossament enthält also neben der Skriptur ebenfalls nur einen Vertrag. Aber im Gegensatz zum Indossament an den Diskontierungsbeauftragten ist es hier der Vertrag des § 398 BGB., nicht der des § 780 BGB.

Das RG. hat in der erwähnten Entscheidung RG. 117, 69 sehr richtig ausgeführt, daß beim Indossament an den Diskontierungsbeauftragten sowohl wie an den Inkassobeauftragten der bürgerlich-rechtliche Auftrag als das Kaufgeschäft, das Indossament dagegen als das Erfüllungsgeschäft anzusehen sei. Es betont weiter auf S. 72 das. (letzter Abs.), daß das Rechtsverhältnis zwischen Geber und Nehmer des Wechsels beim Diskontierungsauftrag anders liege als beim Inkassoauftrag. Unrichtig dagegen will es uns scheinen, wenn das RG. auf S. 73 das. annimmt, dieser Unterschied liege bloß im Kaufgeschäft, nicht dagegen auch im Erfüllungsgeschäft. Im Gegensatz dazu wird hier die Ansicht vertreten, daß der Unterschied des Kaufgeschäfts sich auch auf das Erfüllungsgeschäft auswirkt und eben darin besteht, daß das Inkassoindossament einen Vertrag nach § 398 BGB., das Diskontierungsindossament dagegen einen Vertrag nach § 780 BGB. enthält. Terminologisch ergibt sich daraus die Folge, daß man beide Verträge nicht mit dem gleichen Namen benennen darf. Will man den Vertrag des § 398 BGB. „Begebungsvertrag“ heißen, so enthält zwar das Inkassoindossament einen Begebungsvertrag, nicht aber auch das Diskontierungsindossament, da eben nach der Parteiabsicht bei diesem Indossament ein solcher Vertrag gar nicht geschlossen werden wollte. Der Streit zwischen RG. in RG. 117, 74/75 und Staub-Stranz<sup>2)</sup>, WD., 11. Aufl., Art. 9 Num. 3 und Art. 82 Num. 13 über diese Frage beruht also lediglich auf ungenauer Formulierung dessen, was beiderseits gemeint ist, und entbehrt der praktischen Tragweite. Gerade hier zeigt sich die Notwendigkeit, diese beiden im normalen Indossament enthaltenen Verträge scharf zu unterscheiden. Die scheinbar rechtlich so verwickelten Fragen des Wechselbegebungsvertrags lösen sich dann aufs einfachste. Sie verlagern sich von der rechtlichen Seite nach der tatsächlichen und laufen letzten Endes auf die einfache Frage hinaus: Was haben die Parteien im einzelnen Falle gewollt?

### 3. Der Widerruf des Inkassomandats.

Er beseitigt vermöge der Sondervorschrift des § 671 BGB. zunächst das Kaufgeschäft, das Auftragsverhältnis, obwohl dieses ein Vertrag ist (§ 662 BGB.). Das Erfüllungsgeschäft dagegen, der Rechtsübertragungsvertrag, kann, eben weil es ein Vertrag ist, nicht einseitig widerrufen werden, sondern bedarf zu seiner Aufhebung eines gegenseitigen Vertrages. Durch den Widerruf des kaufalen Auftrags hat also die Rechtsübertragung bloß ihren Rechtsgrund verloren und kann deshalb als Bereicherung zurückverlangt werden. Solange die Bereicherung noch nicht zurückgegeben ist, sind aber die Rechte aus dem Wechsel noch bei dem Berechtigten, dem Inkassoindossatar. Solange können sich die Wechselschuldner nicht auf den Widerruf des Auftrags berufen, denn das wäre ja ein Einwand aus dem Rechte eines Dritten.

<sup>1)</sup> ZB. 1927, 2419.

<sup>2)</sup> ZB. 1927, 2419.

Andererseits haben sie den Vorteil, daß sie sich um das Verhältnis des Inkassomandanten zum Mandatar gar nicht weiter zu kümmern brauchen, selbst wenn sie von dem angeblichen Widerruf gehört haben sollten. Vielmehr können sie ruhig und mit befreiender Wirkung an den Inkassomandatar zahlen, solange er den Wechsel in Händen hat. Das RG. kommt in RG. 134, 291<sup>3)</sup> mit etwas anderer Begründung zu demselben Ergebnis. In JW. 1932, 742<sup>15)</sup>, 1652, 1653 greifen Bernstein und Jacobi dieses Urteil auch im Ergebnis mit Unrecht an. Zu einem anderen Ergebnis kann man nur kommen, wenn man annimmt, das Erfüllungsgeschäft, die Rechtsübertragung, sei auflösend bedingt von dem Fortbestehen des Kaufgeschäfts, des Auftrags. Aber warum sollte das gerade beim wechselrechtlichen Erfüllungsgeschäft der Fall sein? Bei den zahlreichen dinglichen Übereignungen auf Grund Kaufs und sonstiger Kaufgeschäfte ist das doch auch nicht der Fall! Jedenfalls muß man sich bewußt sein, daß man im Falle der Annahme einer solchen Bedingung die Wechselschuldner mit der äußerst heikeln Prüfung des inneren Verhältnisses zwischen Inkassomandanten und Inkassomandatar belastet. Vom Standpunkt der Interessenjurisprudenz aus, die auf die Verkehrsfähigkeit der Wechsel Rücksicht zu nehmen hat, wäre dies kein brauchbares Ergebnis.

#### 4. Das Diskontierungsangebot.

Wer seiner Bank einen vorsorglich mit Indossament versehenen Wechsel zum Diskontieren anbietet, macht zwei Vertragsangebote: das eine auf Abschluß eines kaufalen Kaufvertrags, das andere auf Vornahme der Erfüllungsgeschäfte (Verträge nach §§ 398 u. 780 BGB., f. o.). Lehnt die Bank den Abschluß des Kaufgeschäfts ab, so liegt darin zugleich die Ablehnung auch der Erfüllungsgeschäfte. Dies folgt unmittelbar aus § 150 Abs. 2 BGB., denn die beiden Angebote sind eine Einheit und nur rechtlich unterscheidbar. Die Bank, die die Diskontsumme nicht zur Verfügung stellt, hat also die Rechte aus dem Wechsel überhaupt nicht erworben. Des Umweges über eine Bedingung, den RG. 126, 348<sup>4)</sup> für nötig hält, bedarf es also nicht. Die Rechtslage ist um nichts anders, als wenn ein Kaufmann unbestellte Waren unter Beifügung einer Zahlkarte schickt. Auch hier kann der Empfänger nicht das Angebot zum Kaufvertrag ablehnen und gleichzeitig das Angebot zum dinglichen Vertrag annehmen.

II. Bedarf auch das Akzept zu seiner Wirksamkeit neben der Skriptur eines Vertrags? Der Standpunkt des RG. zu dieser Frage ist geteilt. RG. 2, 91; 14, 23; 35, 75; 72, 216 bejahen die Frage, RG. 9, 42; 24, 87; 65, 409; 70, 210; 77, 140 verneinen sie. Staub-Stranz Anm. 10 Allg. Einl. verlangt ebenfalls einen Vertrag. Wir möchten uns ebenfalls der Vertragstheorie anschließen. Wer einen Lernenden zu Übungszwecken veranlaßt, einen Wechsel auf ihn zu ziehen, und ihm den Wechsel als Akzeptant zu Anschauungszwecken unterzeichnet, wird aus dem Wechsel dem anderen nicht verpflichtet, obwohl er ihm den Wechsel „gibt“ und der andere ihn „einverständlich nimmt“, aus dem einen Grund, weil eben rechtsgeschäftliche Absicht, ein Vertrag, fehlt. Allerdings haftet er aus seiner Unterschrift, wenn der andere Mißbrauch treibt und den Wechsel in Verkehr setzt. Aber ebenso haftet nach § 406 BGB. jeder, der über ein in Wahrheit nicht bestehendes Rechtsgeschäft eine Urkunde ausgestellt hat. Und trotzdem wird füglich niemand bezweifeln, daß trotz der Vorschrift des § 406 BGB. beispielsweise eine Kaufpreisforderung zu ihrer Entstehung eines Vertrages bedarf. Doch sei dem wie ihm wolle. Heck, Grundriß zum Schuldrecht S. 410, betont mit Recht, daß die Konstruktionsfrage von untergeordneter Bedeutung sei. Hier wird diese Frage bloß deshalb gestreift, um nochmals wegen der Terminologie zu warnen. Die Vertreter und Anhänger der Vertragstheorie haben sich daran gewöhnt, auch beim Akzeptanten von einem „Begebungsvertrag“ zu sprechen. Das geht dann nicht an, wenn man den im Indossament enthaltenen Rechtsübertragungsvertrag des § 398 BGB. ebenfalls „Begebungsvertrag“ nennt (so RG. 117, 65<sup>5)</sup>). Man muß sich bewußt sein,

daß der Akzeptant und der Indossant Grundverschiedenes tun. Der Akzeptant schafft erstmals eine Wechselverpflichtung, der Indossant überträgt sie. Also der gleiche Unterschied wie zwischen der Tätigkeit des Käufers und desjenigen, der später die Kaufpreisforderung überträgt! Wenn man für die Wirksamkeit des Akzepts einen Vertrag nötig hält, so kann dieser Vertrag rechtlich bloß als Vertrag nach § 780 BGB. aufgefaßt werden. Wir hätten also dann das Ergebnis:

Das normale Akzept enthält neben der Skriptur einen Vertrag nach § 780 BGB.,

das normale Indossament enthält neben der Skriptur zwei Verträge, nämlich einen Vertrag nach § 398 BGB. und einen weiteren nach § 780 BGB.,

es gibt anormale Indossamente, die nur den einen oder anderen dieser Verträge enthalten.

#### B.

Von Rechtsanwalt Dr. Otto Riff, Berlin.

Zu I. 1. Im Ergebnis ist dem Verfasser beizutreten. M. E. mußte der Verfasser aber von der Rechtsnatur des Wechsels, dem Wertpapiercharakter, ausgehen. Der Rechtsübertragungsvertrag, den der Verfasser unter § 398 BGB. bringt, muß dann ein solcher nach § 929 ff. BGB. sein. Der Wertpapiercharakter des Wechsels bedingt es, daß nur der Wechselgläubiger sein kann, der Eigentümer der Wechselurkunde ist. Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier. Dieser Grundsatz also, daß ohne Eigentum an der Wechselurkunde das Gläubigerrecht nicht übergehen kann, ist in der Rechtsprechung wiederholt ausgesprochen worden (RG. 11, 250; RG. 3, 329; 107, 44).

Der Auftraggeber kann dem Kläger — dem Diskontierungsbeauftragten — sowohl die persönliche Einrede des Art. 82 aus dem bürgerlich-rechtlichen Auftragsverhältnis, als auch die dingliche Einrede des Art. 82, daß der diskontierungsbeauftragte Kläger Eigentum an der Wechselurkunde und damit ein Gläubigerrecht nicht erworben habe, entgegensetzen. Die Vormänner des Auftraggebers haben die exceptio in rem des Art. 82, nämlich, daß der diskontierungsbeauftragte Kläger ein Gläubigerrecht nicht erlangt habe, weil der Eigentumsübertragungsvertrag bzgl. der Wechselurkunde fehlt.

Überträgt der Diskontierungsbeauftragte den Wechsel an einen gutgläubigen Dritten, so verlieren alle Wechselverpflichteten der Klage des Dritten gegenüber, die erwähnten Einreden. Dies deshalb, weil der gutgläubige Dritte Eigentümer der Wechselurkunde und mithin Gläubiger der Wechselschuld geworden ist.

Zu I. 2. Die obigen Ausführungen treffen auch für den hier erörterten Fall im wesentlichen zu. Der Inkassomandatar wird durch das Indossament nicht nur formell legitimiert, sondern er wird hier auch Eigentümer der Wechselurkunde und damit Gläubiger der Wechselobligation. Die Tatsache, daß sein Eigentum an der Wechselurkunde nur ein fiduziarisches ist, erzeugt keine Wirkung zwischen dem Inkassomandatar und den Vormännern des Inkassoauftraggebers.

Zu I. 3. Durch den Widerruf des Inkassomandats verliert der Inkassomandatar sein fiduziarisches Eigentum nicht. Er bleibt Eigentümer der Wechselurkunde, mithin Gläubiger der Wechselobligation, und dringt daher auch mit Recht gegen die Vormänner seines Inkassomandanten mit der Klage durch.

Erwähnt kann noch werden, daß die Klage des Inkassomandanten gegen den Inkassoauftraggeber abzuweisen ist. Dem Beklagten steht gemäß Art. 82 einmal die persönliche Einrede aus dem bürgerlich-rechtlichen Auftragsverhältnis, weiterhin die persönliche Einrede aus der ungerechtfertigten Bereicherung zu. Der Bekl. könnte die Wechselurkunde aus ungerechtfertigter Bereicherung heraus verlangen, kann daher, wird er aus dieser Wechselurkunde in Anspruch genommen, gemäß § 821 BGB. sein Kondiktionsrecht einredeweise geltend machen.

Zu I. 4. Der Auffassung des Verfassers ist insofern beizutreten, als das Angebot zum Abschluß des Diskontierungsvertrages als einheitliche Offerte aufgefaßt werden muß. Die Bank kann also nicht die Offerte zum Abschluß des obligatorischen Vertrages ablehnen und die Offerte auf Erwerb des

<sup>3)</sup> JW. 1932, 742, 1652, 1653 und 2611.

<sup>4)</sup> JW. 1930, 1381.

<sup>5)</sup> JW. 1927, 2419.

Rechts aus dem Wechsel — auch hier durch Erwerb des Eigentums an der Wechselurkunde — annehmen.

Zu II. Mit Recht hebt der Verfasser hervor, daß die Entscheidungen des RG. geteilter Auffassung sind, ob ein Vertrag Voraussetzung für die wechselfähige Haftung des Akzeptanten sei oder nicht. Nach dem heutigen Stand der Rechtsprechung steht das RG. bei der Haftung des Akzeptanten aus einem fertig ausgefüllten Wechsel auf dem Standpunkt der Kreationstheorie, bei einem Blankowechsel auf dem Standpunkt der Vertragstheorie (RG. 77, 140; 87, 365).

Der Verfasser erklärt, sich auf den Standpunkt der Vertragstheorie zu stellen und meint: „Der Akzeptant schaffe die Wechselverpflichtung genau so, wie der Käufer durch seine Tätigkeit die Kaufpreisverpflichtung schaffe.“ Es ist nicht ersichtlich, was der Verfasser hiermit zum Ausdruck bringen will. Die Frage mußte doch dahin gestellt werden: „Wodurch wird die Wechselverbindlichkeit des Akzeptanten begründet?“

Die Antwort ist n. E. klar, nach der Kreationstheorie dadurch, daß der Akzeptant seinen Annahmevermerk auf den fertig ausgefüllten Wechsel setzt, nach der Vertragstheorie dadurch, daß zwischen dem Akzeptanten und dem ersten Nehmer des Wechsels ein Vertrag mit der Maßgabe zustande

kommt, daß eine wechselfähige Haftung begründet werden soll. Dieser Vertrag wird deswegen Begebungsvertrag genannt, weil er regelmäßig in dem schlüssigen Verhalten des „Gebens“ und „Nehmens“ erblickt wird.

Selbstverständlich handelt es sich nach der Vertragstheorie bei dem Vertrag zwischen Akzeptanten und erstem Nehmer des Wechsels um einen anderen Vertragstypus als dem Vertrag zwischen erstem Nehmer und seinen Nachmännern. Der erste Vertrag begründet nach der Vertragstheorie erst die Wechselobligation, der zweite überträgt sie.

Die Ausführungen, die der Verfasser zu § 406 BGB. macht, — gemeint ist offenbar § 405 BGB. — sind die Gedanken von der Lehre der Rechtscheinwirkung. § 405 BGB. schafft eben im Wege der gesetzlichen Fiktion einen Anspruch. Wer eine Urkunde zum Schein ausstellt, muß auf Grund der gesetzlichen Fiktion des § 405 BGB. haften. Zwar besteht — im Sinne des Verfassers gesprochen — keine Kaufpreisverpflichtung, aber der die Urkunde Ausstellende wird behandelt, wie wenn die Kaufpreisschuld bestünde. Nach diesen Erörterungen aber hätte sich der Verfasser wohl zwangsläufig für die Haftung des Akzeptanten auf den Standpunkt der Kreationstheorie stellen müssen.

## Der Rücktritt im Vergleichs- und Konkursverfahren nach der jüngsten Rechtsprechung.

### I.

Von Gerichtsassessor Dr. Westerhausen, Dortmund.

Häufig werden im Geschäftsleben Verträge unter Vorbehalt des Rücktritts oder Kaufverträge unter Eigentumsvorbehalt, wodurch nach § 455 BGB. bei Verzug des Käufers dem Verkäufer ein Rücktrittsrecht kraft Gesetzes gegeben ist, geschlossen. Fällt nun in letzterem Falle der Käufer ins Vergleichsverfahren, bevor der Kaufpreis bezahlt ist, so nimmt der Verkäufer an diesem Verfahren wegen seiner ausstehenden Forderungen als Vergleichsgläubiger gemäß § 4 VerglD. nicht teil, da der gegenseitige Vertrag nach der herrschenden Meinung noch von keiner Seite ganz erfüllt ist.

Zwar hat das OLG. Braunschweig in JW. 1933, 1138 im Gegensatz zur herrschenden Meinung entschieden, daß der Verkäufer durch Lieferung unter Eigentumsvorbehalt die ihm obliegenden zum Rechtsverwerbe des Käufers dienlichen Handlungen bewirkt, mithin seiner Rechtsverpflichtung nachgekommen sei.

Hierfür kann allerdings die Vorschrift in § 28 VerglD. angeführt werden, wonach bei noch nicht beiderseits erfüllten gegenseitigen Verträgen jeder Teil mit Ermächtigung des Gerichts die weitere Erfüllung ablehnen kann. Fällt nun z. B. der Verkäufer, der unter Eigentumsvorbehalt geliefert hat, ins Vergleichsverfahren, so könnte er das ihm gerade für diesen Fall in § 28 VerglD. gegebene Ablehnungsrecht nicht ausüben, da er tatsächlich nichts mehr zu erfüllen hat, sondern von dem Käufer den Kaufpreis entgegennehmen und so den Eigentumswechsel automatisch vollziehen lassen muß. Hieraus ergibt sich, daß in § 28 VerglD. also offensichtlich unter Erfüllung nur die Erfüllungshandlung, nicht der Erfüllungserfolg gemeint ist, da man nur die Erfüllungshandlung ablehnen kann, nicht aber den daraus folgenden rechtlichen Erfolg.

Trotzdem muß mit der herrschenden Meinung davon ausgegangen werden, daß nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 433 BGB. der Verkäufer die Eigentumsverschaffungspflicht hat, d. h. seiner Verpflichtung zur Erfüllung des Kaufvertrages erst dann genügt hat, wenn der Käufer auch wirklich Eigentümer der Kaufsache geworden ist. Es interessiert nun die Behandlung des Rücktrittsrechts, besonders bei den eben ausgeführten, nicht beiderseits erfüllten Verträgen im Vergleichs- und Konkursverfahren.

2. Die Frage, ob bei beiderseits noch nicht voll erfülltem Verträge das Rücktrittsrecht neben dem Ablehnungsrecht der Parteien in § 28 VerglD. und dem des Konkursverwalters in § 17 KO. nach Eröffnung des Verfahrens ausübt werden kann, ist zu bejahen. Die berechtigten Parteien

haben hier das Wahlrecht zwischen dem Rücktritt und der Ablehnung. Machen sie vom Rücktritt Gebrauch, so wird das Ablehnungsrecht gegenstandslos. Von diesem Standpunkte gehen auch die Entscheidungen des OLG. Düsseldorf (JW. 1932, 2638; 1933, 1139) und des RG.: JW. 1932, 26, 37 aus.

Rücktrittsvereinbarungen, die nur für den Fall des Konkurses oder des Vergleichs getroffen worden sind, schließen im Zweifel das Ablehnungsrecht des § 28 VerglD. und des § 17 KO. nicht aus, sondern treten neben diese Rechte.

Möglich ist, daß an Stelle des Ablehnungsrechts des Schuldners nach § 28 VerglD. mit der Schadenersatzfolge nach § 30 VerglD. und des Ablehnungsrechts des Konkursverwalters nach § 17 KO. durch Parteivereinbarung ein bloßes Rücktrittsrecht des Schuldners tritt, da der Anspruch des Gläubigers aus dem Rücktritt nach §§ 346, 347 BGB. eine schwächere Wirkung hat als der durch die Ablehnung ausgelöste Schadenersatzanspruch des § 30 VerglD. und § 26 KO.

Ob das Ablehnungsrecht vertraglich überhaupt ausgeschlossen werden kann, beurteilt sich im Vergleichs- und Konkursverfahren verschieden. Das Vergleichsverfahren berücksichtigt die Ermöglichung der Fortdauer der geschäftlichen Existenz und läßt die Geschäftsführung in der Hand des Schuldners, der grundsätzlich von seinen Verpflichtungen gegenüber den nicht am Vergleichsverfahren beteiligten Gläubigern nicht entbunden wird (RG.: JW. 1930, 2782). Der Schuldner kann zwar nach § 28 VerglD. in seinem eigenen Interesse und damit allerdings auch im Interesse der beteiligten Gläubiger den nicht beteiligten Gläubiger des § 4 VerglD. mit Ermächtigung des Gerichts ins Verfahren hineinziehen, er braucht es aber nicht. Wenn er von seinem Recht keinen Gebrauch macht und erfüllt, gewährt er dem nicht beteiligten Gläubiger keinen Vorteil vor den andern Gläubigern, sondern kommt nur seiner im Gesetz statuierten Verpflichtung nach.

Aus dieser seiner selbständigen Stellung im Vergleichsverfahren ergibt sich, daß er von vornherein auf sein Recht aus § 28 VerglD. verzichten und nur dem andern Teil ein Rücktrittsrecht einräumen kann. So auch Kieso, VerglD. § 28 Ann. 39; a. M. Mayer, VerglD. § 28 Ann. 14. Der Konkurs dagegen hat zum Ziele, durch einen Amtsträger, den Konkursverwalter, unter Nichtberücksichtigung der geschäftlichen Existenz des Gemeinschuldners die gleiche Befriedigung der Gläubiger herbeizuführen. Um dies zu erreichen, muß dem Konkursverwalter das Recht gegeben sein, noch nicht voll erfüllte Verträge abzulehnen und so den andern Teil zu einem gewöhnlichen Konkursgläubiger zu machen. Die Aus-

bedingung eines einseitigen Rücktrittsrechts für den Gläubiger, verbunden mit dem Ausschluß des Ablehnungsrechts des Schuldners (§ 17 R.D.), ist daher als dem Sinn und Zweck des Gesetzes widersprechend nichtig.

3. Die Meinungen darüber, wie die Ansprüche, die sich bei einem Rücktritt ergeben, bei dem Vergleichs- oder Konkursverfahren zu behandeln sind, gehen in Literatur und Rechtsprechung auseinander.

Nach der Entscheidung des OLG. Düsseldorf v. 4. Febr. 1932 (JW. 1932, 2638) wird durch den Rücktritt der Vertrag mit rückwirkender Kraft (ex tunc) mit schuldrechtlicher Wirkung beseitigt. Dagegen entstehen die Wertersatzansprüche aus dem Rücktritt nach §§ 346, 347 BGB. erst mit der Rücktrittserklärung und sind nicht zurückzubeziehen (ex nunc). Hiernach nehmen die Ansprüche des Gläubigers aus dem nach Verfahrenseröffnung erklärten Rücktritt, als nach der Verfahrenseröffnung entstanden, überhaupt nicht am Verfahren teil und sind voll zu befriedigen. Die Folge ist, daß sich jede Partei zu ihrer Sicherung ein Rücktrittsrecht ausbedingen und so ein Vergleichsverfahren überhaupt illusorisch machen kann. Selbst wenn der Gläubiger voll erfüllt, also nach § 4 Vergl.D. am Vergleichsverfahren überhaupt nicht beteiligt wäre, könnte er mit Hilfe seines Rücktrittsrechts nach Verfahrenseröffnung einen neuen Anspruch auf Rückgewähr seiner Leistungen auf Grund seines Rücktritts erwerben und außerhalb des Vergleichsverfahrens von dem Vergleichsschuldner Befriedigung verlangen.

Dasselbe gilt auch für den Konkurs. Hier würde durch die Rücktrittserklärung ein neuer Anspruch auf Rückgewähr des Empfangenen entstehen, der, weil nach Eröffnung des Konkursverfahrens entstanden, einerseits dem Gläubiger gegen den Gemeinschuldner, andererseits dem Gemeinschuldner gegen den Gläubiger wegen des bereits Geleisteten gemäß §§ 346, 347 BGB. zustehen würde. Danach könnten derartige Gläubiger tatsächlich dem Konkursverfahren entzogen werden. Dem Gläubiger wäre es so möglich, durch die Rücktrittserklärung nach der Konkursöffnung dem Gemeinschuldner das auf Grund des Vertrages Geleistete wieder zukommen zu lassen, da ja dieser neuentstandene Anspruch nicht in den Konkurs fällt. — Eine unmögliche Folgerung!

Hiergegen führt das RG.: JW. 1932, 2637 mit Recht aus, daß die sich auf Grund des Rücktritts kraft Gesetzes ergebenden Ansprüche (Legalobligationen) nicht etwa erst mit der Rücktrittserklärung nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens als sogenannte Neuforderungen entstehen, sondern bereits als bedingt existente bei Eröffnung des Vergleichsverfahrens im Vertrage vorhanden gewesen sind und infolgedessen vom Vergleichsverfahren erfaßt werden, soweit der Entstehungszeitpunkt vor Verfahrenseröffnung liegt.

Die Stellungnahme Bremers (JW. 1933, 1137 ff.) hiergegen, das RG. habe die Folgen der ex-tunc-Wirkung und den Zeitpunkt, zu welchem die Ansprüche aus der Rücktrittserklärung mit ihrer ex-tunc-Wirkung in die Erscheinung treten, verwechselt, kann nicht überzeugen. Der Rücktritt hebt den Vertrag mit schuldrechtlicher Wirkung, aber mit rückwirkender Kraft auf. Insofern ist also das Rücktrittsrecht ein Gestaltungsrecht. Das bedeutet aber nicht, daß nun durch die Rücktrittserklärung auch die Legalobligationen der §§ 346, 347 ff. BGB. auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen aus dem Nichts geschaffen werden. Diese Ansprüche sind vielmehr bereits von der Vereinbarung des Rücktrittsrechts oder vom Verzuge des Käufers nach § 455 BGB. an, wenn auch bedingt durch die Rücktrittserklärung vorhanden. Auch sie werden insofern durch die Rücktrittserklärung ex nunc gestaltet, als sie von diesem Augenblicke an wirksam werden. Daß die Rücktrittsverbindlichkeiten bereits vorher, wenn auch unwirksam, vorhanden sind, zeigt der Umstand, daß die Parteien bereits von vornherein den Inhalt der Schuldverhältnisse näher bestimmen, Verwirkungsklauseln usw. einfügen können.

Auch das RG. hat in ähnlich gelagerten Fällen angenommen, daß der ursprüngliche Vertrag Grundlage des neuentstandenen Anspruchs ist. So hat das RG.: JW. 1933, 1127 entschieden, daß im Falle des § 30 Vergl.D. der Schadenersatzanspruch des Gläubigers nicht kraft Gesetzes entsteht, sondern bereits vom Vertragsschlusse an als im Ver-

trage immanent vorhanden ist. Dasselbe gilt für den Schadenersatzanspruch des Vermieters im Konkurse des Mieters bei einer Kündigung durch den Konkursverwalter (§ 19 R.D.).

Auch der Schadenersatzanspruch des Vertragsteils nach § 628 Abs. 2 BGB. und § 70 HGB., der durch vertragswidriges Verhalten des andern Teils zur Kündigung veranlaßt worden ist, ist nicht als durch die Kündigung entstanden, sondern von vornherein als im Vertrag wurzelnd anzusehen. Alle diese Fälle zeigen, daß das RG. recht hat, wenn es die Entstehung der Ansprüche aus dem Rücktritt auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. den Eintritt des Verzuges beim Kaufvertrage nach § 455 BGB. zurückverlegt.

Zum Schlusse kommt das RG. dann zu dem Ergebnis, daß auch § 4 Vergl.D. auf die durch den Rücktritt ausgelösten Rechte und Pflichten des Gläubigers und des Schuldners nicht angewendet werden könnten, da es sich hier nicht um gegenseitige Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen handele. Ist hiernach das Rücktrittsrecht des Gläubigers durch Vereinbarung oder bei Verträgen nach § 455 BGB. durch Verzugs des Schuldners vor der Verfahrenseröffnung entstanden, so kann der Gläubiger von nun an seine Ansprüche aus dem Rücktritt nur noch im Vergleichsverfahren selbst bei Verträgen, die nach § 4 Vergl.D. nicht in das Vergleichsverfahren fallen, geltend machen. Ist der Verzugs aber erst nach Eröffnung des Verfahrens eingetreten, was bei den Verträgen nach § 4 Vergl.D. möglich ist, so hat der Gläubiger wegen seiner Ansprüche aus dem Rücktritt die Möglichkeit, sich aus dem Vermögen des Schuldners ohne Rücksicht auf das Vergleichsverfahren zu befriedigen. Es kommt also nach dem Standpunkte des RG. auf den Zeitpunkt der Entstehung des Rücktrittsrechts, nicht auf den der Rücktrittserklärung allein an.

Wie durch das OLG. Düsseldorf die Gläubiger, die ein Rücktrittsrecht haben, in unbilliger Weise gegenüber den andern Gläubigern begünstigt werden, so wird durch die Entscheidung des RG. die Lage des Rücktrittsgläubigers in einer Weise verschlechtert, wie sie dem Sinn der Vergl.D. nicht entspricht.

Nach dem RG. hängt bei einem Kaufvertrage nach § 455 BGB. und § 4 Vergl.D. das Recht des Gläubigers davon ab, wann der Schuldner in Verzug kommt. Kommt er früh in Verzug, handelt er also schlecht, dann steht er sich gut, da er beim Rücktritt des Gläubigers nur eine Vergleichsquote zu zahlen hätte. Versucht der Schuldner dagegen seinen Erfüllungspflichten nachzukommen und kommt er darum erst nach Eröffnung des Verfahrens in Verzug, so handelt er zwar gut, muß aber dafür beim Rücktritt den Gläubiger voll befriedigen. Oder: Hat der Käufer bei einem Mengenkauf mit Rücktrittsvorbehalt einen Teil der gekauften Waren erhalten und bezahlt und fällt der Verkäufer daraufhin ins Vergleichsverfahren, so kann der Käufer, wenn er, anstatt mit dem unsicheren Vergleichsschuldner in Geschäftsverbindung zu bleiben, vom Rücktrittsrecht Gebrauch macht, nur die Vergleichsquote des Kaufpreises verlangen, während er selbst die ganze Sachleistung zurückgeben muß (Kiesow: JW. 1933, 1144).

Den Sinn, den das RG. dem § 4 Vergl.D. unterlegt, daß nämlich die Gläubiger nur so lange am Verfahren nicht teilnähmen, als sie an dem ursprünglichen Vertrag festhielten, ist m. E. nicht richtig.

Daß die nach Vergleichseröffnung erfolgte Veränderung des gegenseitigen, beiderseits nicht erfüllten Vertrages nicht die Einbeziehung in das Vergleichsverfahren herbeiführt, zeigt folgendes Beispiel:

Ein Mehllieferant verpflichtet sich zu Teillieferungen einer größeren Menge Mehl auf Abruf gegen Zahlung in Teilbeträgen. Der Käufer fällt, nachdem einige Lieferungen erfolgt sind, und er hierbei mit einer Teilzahlung im Rückstande geblieben ist, ins Vergleichsverfahren. Wenn nun der Verkäufer mit dem Käufer die Aufhebung des Restes der Lieferungen vereinbart, kann er trotzdem den ausstehenden Teilbetrag in voller Höhe vom Schuldner außerhalb des Vergleichsverfahrens verlangen. Er braucht sich nicht entgegenhalten zu lassen, daß nach Aufhebung der Restlieferung der veränderte Vertrag von seiner Seite voll erfüllt sei, er somit nicht unter § 4 Vergl.D. falle.

Ähnlich hat auch das RG.: JW. 1930, 2782 (OLG. Düsseldorf: JW. 1933, 1139) entschieden.

Infolgedessen muß auch der Gläubiger des § 4 VerglD., der bei schuldhafter Nichterfüllung des Schuldners im Laufe des Vergleichsverfahrens Schadenersatz verlangt oder vom Vertrag zurücktritt (§§ 325, 326 BGB.), mit seinen Ansprüchen außerhalb des Vergleichsverfahrens befriedigt werden. Denn andernfalls würde der Gläubiger, der seinerseits im Vertrauen auf die Erfüllung des Schuldners geleistet hat, nur eine quotenmäßige Befriedigung erhalten, obwohl er noch nach Eröffnung des Verfahrens durch seine Leistung die Vermögensmasse des Schuldners bereichert hat (RG. 112, 54 ff.; OLG. München: JW. 1926, 2108; Mayer, VerglD. § 4 Anm. 16).

Was aber für den Schadenersatzanspruch und für den Rücktritt aus § 326 BGB. gilt, muß auch für den vertragsmäßigen Rücktritt und den Rücktritt nach § 455 BGB. gelten. Dieses Rücktrittsrecht mit den von seiner Ausübung abhängigen Rechten und Pflichten ist ein integrierender Bestandteil des Vertrages, es kann nicht selbständig abgetreten und gepfändet werden (Staudinger, Vorbem. zu § 346 BGB. I, 1 a).

Deshalb muß das Rücktrittsrecht auch das Schicksal des Vertrages teilen. Fällt der Vertrag nach § 4 VerglD. nicht unter das Vergleichsverfahren, so gilt dies auch für die mit ihm verbundenen, bedingt existenten Ansprüche aus dem Rücktrittsrecht. Demnach kann der zum Rücktritt berechnete Gläubiger bei beiderseits noch nicht voll erfüllten gegenseitigen Verträgen nach Vergleichseröffnung zurücktreten und seine daraus entspringenden Ansprüche außerhalb des Vergleichsverfahrens geltend machen.

Dem RG. (ebenso Rohn: JW. 1932, 146 ff.) ist nur zuzugeben, daß die aus dem Rücktrittsrecht entstehenden Rechte und Pflichten der Parteien keine gegenseitige Vertragspflichten i. S. des § 4 VerglD. sind. Diese Frage spielt aber nur eine Rolle für den vor Verfahrenseröffnung erfolgten Rücktritt, bei dem die einzelnen Verpflichtungen schon selbständig vorhanden sind. Bei beiderseits noch nicht voll erfüllten Verträgen dagegen, bei denen das Rücktrittsrecht zwar vorhanden, aber noch nicht erklärt ist, kommen die Erwägungen des RG. nicht in Betracht, da hier der Vertrag ja noch besteht.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die Ansprüche, die durch den Rücktritt ausgelöst werden, grundsätzlich ins Vergleichs- und Konkursverfahren fallen, soweit der Zeitpunkt für die Entstehung des Rücktrittsrechts vor der Eröffnung des Verfahrens steht. Für das Vergleichsverfahren gilt weiter, daß bei beiderseits nicht voll erfüllten gegenseitigen Verträgen die Ansprüche des Gläubigers aus dem Rücktritt, sofern dieser nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens erklärt ist, zur vollen Befriedigung gelangen.

4. Zuletzt ist noch zu prüfen, ob der Gläubiger, der nach dem oben Dargelegten wegen seiner Ansprüche aus dem Rücktritt gemäß § 4 VerglD. am Verfahren nicht teilnimmt, selbst wenn das Ablehnungsrecht des § 28 VerglD. durch Fristablauf verlorengegangen oder für beide Teile von vornherein ausgeschlossen ist, die Möglichkeit hat, sich noch am Vergleichsverfahren zu beteiligen.

Häufig kommt es vor, daß Gläubiger und Schuldner dann die Schadenshöhe nach § 347 BGB. im Wege des Vergleichs auf eine bestimmte Summe festsetzen und der Gläubiger sich bereit erklärt, diesen Anspruch nur im Vergleichsverfahren geltend zu machen. Das Interesse des Gläubigers besteht hierbei darin, daß er das Risiko eines Prozesses mit dem Schuldner vermeidet und mit einer sicheren Vergleichsquote bezüglich des festgesetzten Schadens rechnen kann. Der Schuldner dagegen hat den Vorteil, von der Vertragserfüllung frei zu werden.

Ob eine solche Vereinbarung möglich ist, richtet sich nach dem Zweck, den das Gesetz mit den §§ 4, 28, 30 VerglD. verfolgt. Sicherlich ist die Vorschrift des § 30 Satz 2 VerglD. unabhängig. Die beiden Parteien können demnach nicht vereinbaren, daß der bei Erfüllungsablehnung entstehende Schadenersatzanspruch nach § 30 Satz 1 VerglD. außerhalb des Vergleichsverfahrens zur Befriedigung gelangen solle (Kiesow a. a. O. § 28 Anm. 39). Ob aber Ansprüche aus Verträgen, deren Erfüllung gemäß § 28 VerglD. nicht abgelehnt wor-

den ist, kraft Vereinbarung ins Vergleichsverfahren überleitet werden können, hängt davon ab, ob die gerichtliche Ermächtigung in § 28 VerglD. Voraussetzung für die Überleitung in das Vergleichsverfahren ist oder, wie die Vormundschaftsgerichtliche Ermächtigung in § 1358 BGB., lediglich der Ablehnungserklärung der Parteien die rechtsgestaltende und rechtsauslösende Kraft gibt. Im ersteren Fall wäre der Vertrag als über den Wegfall einer Verfahrensvorschrift geschlossen, unwirksam. Das RG. hat in RG. 112, 54 ff. (JW. 1926, 1551) für das Geschäftsaufsichtsverfahren, wenn auch mit etwas anderem Tatbestand, entschieden, daß ein am Verfahren an sich nicht beteiligter Gläubiger trotz seiner Beteiligung am Verfahren volle Befriedigung außerhalb des Vergleichsverfahrens erlangen könne.

Das RG. sagt in RG. 129, 232 = JW. 1930, 2782 nicht wie Klien: JW. 1933, 1105 meint, daß der § 28 VerglD. die einzige Möglichkeit böte, den an sich nicht beteiligten Gläubiger des § 4 VerglD. am Verfahren nicht zu beteiligen, sondern es spricht dem Sinn nach nur davon, daß den Gläubigern des § 4 VerglD. durch den § 28 VerglD. die Möglichkeit gegeben ist, sich am Verfahren zu beteiligen, läßt aber die Frage, ob es die einzige Möglichkeit ist, offen.

Das OLG. München (JW. 1926, 2108) steht auf dem Standpunkt, daß der am Verfahren nicht beteiligte Gläubiger auf seine Vorzugsstellung verzichten und dann Vergleichsgläubiger nur eine quotenmäßige Befriedigung verlangen könne (so auch Klien a. a. O. und die dort angeführte Literatur).

Den entgegengesetzten Standpunkt nimmt das OLG. Köln: DRZ. 1931, 469 ein, das ausführt, § 4 VerglD., wonach gesetzliche Beteiligung ausgeschlossen sei, könne durch Parteiabrede nicht abgeändert werden, ebenso sei in der Beteiligung des Beklagten am Verfahren eine rechtswirksame Teilnahme zu erblicken.

M. E. ist dem OLG. Köln recht zu geben, soweit es § 4 VerglD. als zwingende Vorschrift ansieht. §§ 4, 29 VerglD. wollen besagen, daß nur bei einer Ablehnung mit Ermächtigung des Gerichts die Gläubiger des § 4 VerglD. zu Vergleichsgläubigern gemacht werden können. Die Ermächtigung des Vergleichsgerichts in § 28 VerglD. gibt den Gläubigern die Legitimation, als Vergleichsgläubiger aufzutreten. Sie gibt den beteiligten Gläubigern die Gewähr dafür, daß unbeteiligte Gläubiger nicht aus spekulativen Gründen im Einverständnis mit dem Schuldner am Verfahren teilnehmen und so die Interessen der beteiligten Gläubiger beeinträchtigen.

Infolgedessen ist die Ablehnung der Erfüllung mit der Ermächtigung des Vergleichsgerichts nach § 28 VerglD. notwendige Voraussetzung für die Teilnahme am Vergleichsverfahren. Mit Recht führt Kiesow, VerglD. § 2 F hierzu aus, daß es sich im Vergleichsverfahren nicht um ein Vorrecht handele, auf das wie im Konkursverfahren verzichtet werden könne, denn im Vergleich hätten die bevorrechtigten Gläubiger überhaupt keine verfahrenrechtliche Stellung.

Daher muß der Weg über die Erfüllungsablehnung mit Ermächtigung des Gerichts nach § 28 VerglD. als die vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit angenommen werden, um den Gläubiger nach § 4 VerglD. zu einem beteiligten Gläubiger zu machen.

Außer diesem vom Gesetz vorgesehenen Wege gibt es noch die Möglichkeit, durch tatsächliches Verhalten die Stellung eines Vergleichsgläubigers zu erwerben. Wenn sich der Gläubiger nach § 4 VerglD. am Verfahren beteiligt, mit abstimmt und die Vergleichsquote einzieht, kann er in einem solchen Fall nicht nachher volle Befriedigung verlangen, sondern muß sich an diesem Vergleich festhalten lassen; denn es handelt sich nicht um ein Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern um ein Rechtsband zwischen allen am Vergleich Beteiligten, das durch nachträgliches Ausscheiden des einen Gläubigers nicht gefährdet werden darf. M. E. schlagen diese Billigkeitserwägungen, die das OLG. Celle (JW. 1932, 181) gegen das OLG. Köln (DRZ. 1931, 469) ausführt, in diesem Punkt durch.

Demnach kann der Rücktrittsgläubiger nicht mit Hilfe einer Vereinbarung, sondern nur durch tatsächliche Beteiligung am Vergleichsverfahren nach rechtskräftigem Vergleich die Stellung eines Vergleichsgläubigers erwerben.

## II.

Von Senatspräsident beim Reichsgericht Dr. Kiefow, Leipzig.

1. Aus § 28 VerglD. dürfte sich nichts dafür ergeben, ob der, der unter Eigentumsvorbehalt verkauft hat, mit der Besitzübertragung an den Käufer voll erfüllt hat. Es trifft nicht zu, daß nur die Erfüllungshandlung abgelehnt werden kann. Der Verkäufer eines Grundstücks, das zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens an den Käufer aufgelassen, aber noch nicht für ihn eingetragen worden ist, kann die Erfüllung gemäß § 28 VerglD. noch ablehnen, obgleich er keine Erfüllungshandlung mehr vorzunehmen hat. Die Ablehnung der Erfüllung oder der weiteren Erfüllung bedeutet eben, die Vertragspartei hält ihren bis zum Eintritt des Erfüllungserfolges als fortbestehend vorgestellten Erfüllungswillen nicht mehr aufrecht. Für die Anwendbarkeit des § 28 kommt es, wie der Wortlaut zeigt, nicht darauf an, was abgelehnt werden muß, sondern nur darauf, welche Rechtslage bei der Eröffnung des Verfahrens eingetreten ist.

2. Der Verfasser nimmt mit Recht an, daß die Parteien die Wahl haben zwischen Rücktritt und Erfüllungshandlung. Er läßt aber die Frage offen, warum das so ist. Sie ist m. E. dahin zu beantworten, daß dieses Wahlrecht folgt aus der Befugnis, zwischen dem Stehenbleiben beim Vertrage und der Lossagung zu wählen. Wer zurücktritt, bleibt beim Vertrage stehen, d. h. er übt ein Recht aus, das er nur auf Grund des Vertrages ausüben kann. Da die Wahl unwiderruflich ist, so kann der Rücktrittsberechtigte, der nach der Eröffnung des Verfahrens zurücktritt, nicht nachträglich noch die Erfüllung ablehnen.

3. Die Behandlung der Verträge mit Rücktrittsvorbehalt, vor allem also der Kaufverträge mit Eigentumsvorbehalt, ist für das Vergleichsverfahren lebhaft umstritten. Praktische Bedeutung hat der Streit nur für den Fall, daß der Rücktritt von dem noch von keiner Seite voll erfüllten Vertrage nach der Eröffnung des Verfahrens, aber früher erklärt wird, als der Vertragsgegner, d. h. der Vergleichsschuldner, die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnt. Es stehen sich zwei Meinungen gegenüber, die durch das OLG. Düsseldorf und das RG. repräsentiert werden.

Nach der einen Ansicht (Düsseldorf) verhindert der Rücktritt die Erfüllungsablehnung und schafft ein Neugläubigerschuldverhältnis, das vom Vergleiche nicht betroffen wird. Die andere Meinung (RG.) geht davon aus, daß das Schuldverhältnis, das aus dem Rücktritt entspringt, nicht erst mit dem Rücktritt, sondern schon früher, mit dem Vertragsschlusse oder dem Eintritt der Voraussetzungen für die Ausübung des Rücktrittsrechts, regelmäßig also dem Verzuge des Schuldners — über den Zeitpunkt herrscht unter den Anhängern dieser Richtung Streit —, entstehe; sie nimmt weiter an, daß die aus dem Rücktritt sich ergebende Verbindlichkeit nicht unter § 4 falle; insolgedessen soll der Gläubiger, der nach der Eröffnung zurücktritt, von dem Vergleiche betroffen werden, sofern das Recht zum Rücktritte schon vor der Eröffnung des Verfahrens entstanden war. Der Verfasser billigt den Ausgangspunkt des RG. und die Annahme, daß das aus dem Rücktritt sich ergebende Schuldverhältnis nicht unter § 4 VerglD. fällt; er gelangt aber trotzdem zu einem abweichenden Ergebnis, das, wenn ich ihn recht verstehe, sich mit der als Auffassung des OLG. Düsseldorf gekennzeichneten Ansicht deckt.

Die Erwägungen des Verfassers scheinen mir nicht unbedingt überzeugend. Wenn das Rücktrittsrecht ein „integrierender Bestandteil“ des Vertrages ist und deshalb sein Schicksal teilen muß, so folgt daraus noch nicht, daß „der zum Rücktritt berechtigte Gläubiger bei beiderseits noch nicht voll erfüllten gegenseitigen Verträgen nach Vergleichseröffnung zurücktreten und seine daraus entspringenden Ansprüche außerhalb des Vergleichsverfahrens geltend machen“ kann. Denn das ist keine Gleichbehandlung der Ansprüche, die aus der Ausübung des Rücktrittsrechts entstehen, mit den Vertragsansprüchen, da die Vertragsansprüche gerade durch Ablehnung der Erfüllung gemäß § 28 VerglD. in Schadensersatzansprüche, die dem Vergleiche unterliegen, umgewandelt werden können. Die Gleichsetzung der Vertragsansprüche und der aus dem Rücktritt entstehenden Ansprüche müßte vielmehr dazu führen,

daß auch die Erfüllung der aus dem Rücktritt entstehenden Ansprüche abgelehnt und der zurücktretende Gläubiger mit seinen Ansprüchen aus diesem gesetzlichen Schuldverhältnisse dem Vergleiche unterworfen werden könnte. Gerade das mißbilligt der Verfasser aber. Er teilt — in dem für ihn allein in Betracht kommenden Fall, daß der Rücktritt bereits vor der Eröffnung des Verfahrens erklärt worden ist — die Meinung des RG., wonach die aus dem Rücktritt entstehenden Rechte und Pflichten nicht dem § 4 und damit auch nicht dem § 28 VerglD. unterzuordnen sind. Diese Zustimmung zu der Auffassung des RG. scheint mir allerdings zu anderen Ausführungen des Verfassers in einem gewissen Widerspruch zu stehen. Gerade wenn der § 4 VerglD. auf die Verbindlichkeiten, die sich aus dem erklärten Rücktritt ergeben, nicht angewendet wird, entsteht die von dem Verfasser mit Recht beanstandete Unbilligkeit, daß der Zurücktretende, der eine Sachleistung schuldet, aber Geld zu fordern hat, die Sachleistung voll erbringen muß, aber auf seine Geldforderung nur die Vergleichsquote erhält. So ist, glaube ich, der Versuch des Verfassers, die Streitfrage auf einem neuen Wege zu lösen, nicht geglückt.

4. Gleichwohl halte ich das Ergebnis, zu dem der Verfasser gelangt, für richtig. Es scheint mir auch sachgemäß, daß er es nicht mit Billigkeitserwägungen zu rechtfertigen sucht. Denn ob es billiger ist, den Gläubiger um eine verbürgte Sicherung zu bringen oder dem Schuldner den Abschluß eines Vergleichs zu erleichtern, wird sich schwer entscheiden lassen.

M. E. kann man aber zu der von dem Verfasser und auch von mir (vgl. Komm. zur VerglD., 4. Aufl., § 4 Anm. 15 a, § 28 Anm. 17 b) für richtig gehaltenen Ansicht, daß die Ansprüche aus einem nach der Eröffnung erklärten Rücktritte nicht von dem Vergleiche betroffen werden, nur gelangen, wenn man die Lehre von der bedingten Begründung der aus dem Rücktritt entstehenden Verbindlichkeiten ablehnt. Und diese Lehre muß m. E. in der Tat abgelehnt werden.

Darüber, daß das Rücktrittsrecht ein Gestaltungsrecht ist, besteht Einigkeit. Ein Gestaltungsrecht ist aber etwas anderes als eine Bedingung. Deshalb sind alle an die Analogie mit der Bedingung geknüpften Erwägungen nicht geeignet zum Beweise dafür, daß die aus dem Rücktritt entspringenden Verpflichtungen bereits mit dem Vertragsschlusse oder mit dem Eintritt des Ereignisses (Verzug) entstanden sind, das die Voraussetzung für den Rücktritt bildet. Der Vorbehalt des Rücktritts, mag er ausdrücklich vereinbart oder (§ 455) vermutet sein, ist Bestandteil eines Vertrages; insofern beruht das Rücktrittsrecht auf dem Vertrage. Daraus folgt aber nicht, daß die aus der Ausübung dieses Rechts erwachsenden Verbindlichkeiten ebenfalls auf dem Vertrage beruhen, der das Rücktrittsrecht geschaffen hat; denn der Rücktritt bringt den Vertrag gerade zum Erlöschen. Durch die Ausübung des Rücktrittsrechts — den Rücktritt — verwandelt sich das bisherige vertragliche Schuldverhältnis in ein gesetzliches, über dessen Umfang, aber nicht über dessen Entstehungszeit die §§ 346 ff. BGB. etwas aussagen. Dieses gesetzliche Schuldverhältnis hängt nicht zeitlich, sondern nur ursächlich mit dem ursprünglichen Vertrage zusammen, insofern, als das Gestaltungsrecht, das das gesetzliche Schuldverhältnis schafft, selbst durch den ursprünglichen Vertrag geschaffen worden ist.

Will man daher die aus dem Rücktritt entspringenden Verpflichtungen als zur Zeit des Vertragsschlusses entstanden ansehen, so läßt sich das angeht die abweichende gesetzliche Regelung wohl nur damit rechtfertigen, daß man eine von jener gesetzlichen Regelung abweichende Parteivereinbarung unterstellt. Es mag sein, daß eine solche Parteivereinbarung möglich ist — ob sie ein Rücktrittsrecht schaffe und nicht bloß eine auflösende Bedingung darstellte, mag auf sich beruhen. Daß eine derartige Gestaltung aber dem regelmäßigen Parteiwillen entspricht und daher als regelmäßig gewollt unterstellt werden kann, halte ich nicht für zutreffend. Die Parteien, die ein Rücktrittsrecht in einem Vertrage verabreden, wollen gleichwohl das Vertragsziel, die Erfüllung des Vertrags, erreichen; es ist nicht wohl vorstellbar, daß sie gleichzeitig das Gegenteil, die schuldbrechtliche Rückgängigmachung des Vertrages, wollen sollten. Gerade weil ein auf die

Folgen des Rücktritts gerichteter Parteiville dem Vertragswillen entgegengesetzt sein müßte, läßt sich auch aus der Entscheidung des RG. v. 14. Febr. 1933 (JW. 1933, 1127) nichts für die Meinung herleiten, daß die aus dem Rücktritt sich ergebenden Ansprüche auf dem ursprünglichen Vertrage beruhen. Jene Entscheidung behandelt Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung. Sie liegen in der Richtung der Vertragserfüllung. Wer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, hält am Vertrage fest; wer zurücktritt, sagt sich vom Vertrage los.

In einer Beziehung freilich stimmt die bekämpfte Ansicht des RG. mit der hier vertretenen überein: nach beiden ist nach dem Rücktritt für eine Ablehnung der Vertragserfüllung kein Raum, da nach dem Rücktritt ein ablehnbarer Vertrag nicht mehr vorhanden ist. Es erhebt sich nun aber die Frage, ob die Erfüllung des durch den Rücktritt geschaffenen Schuldverhältnisses mit der Wirkung des § 30 VerglD. abgelehnt werden kann. Auch diese Frage verneine ich mit dem RG.; aber aus verschiedenen Gründen. Nach meiner Ansicht ist die Ablehnung gemäß § 28 VerglD. ausgeschlossen, weil das Schuldverhältnis erst nach der Eröffnung des Verfahrens entstanden ist; das RG. hält dagegen den § 4 und damit den § 28 VerglD. überhaupt nicht für anwendbar auf das durch den Rücktritt geschaffene Schuldverhältnis. Der Wortlaut der Vorschriften spricht vielleicht für das RG. Aber die ganz überwiegende Meinung, nicht nur des Vergleichsrechts, erachtet jene Vorschriften mindestens für entsprechend anwendbar auf das genannte Schuldverhältnis. Die gegenteilige Meinung würde auch zu dem offenbar höchst unbefriedigenden Ergebnis führen, daß der Gläubiger, der eine Sache gegen Gelbzahlung zurückgeben muß, die Sache zu leisten hätte, aber nur die Vergleichsquote dafür erhielte.

5. Die Streitfrage, ob der zum Rücktritt berechtigte Gläubiger nach der Eröffnung des Verfahrens der Unter-

werfung unter den Vergleich dadurch entgehen kann, daß er vor der Ablehnung der Vertragserfüllung zurücktritt, hat besondere Bedeutung in Verbindung mit der Behandlung der Sukzessibilieferungsverträge erlangt. Die Parteien eines solchen Vertrages können nach der in Lehre und Rechtsprechung durchaus herrschenden Ansicht nur entweder die Erfüllung des ganzen Vertrages ablehnen oder ihn unverändert erfüllen. Der Gläubiger, der teilweise geliefert hat, kann also durch die Ablehnungserklärung des Schuldners auch bezüglich des Entgelts für die Teillieferung unter den Vergleich gezwungen werden. Um dies zu verhindern und Vollzahlung für die Teillieferung zu erhalten, versuchen die Gläubiger das Ablehnungsrecht des Schuldners durch schleunigen Rücktritt vom Vertrage gegenstandslos zu machen, wozu ihnen meistens der § 455 BGB. die erwünschte Möglichkeit bietet. Der Entwurf der neuen VerglD. wird vielleicht auch hier Wandel schaffen. Aus seinem § 36 Abs. 2 i. Verb. m. § 50 Abs. 1 Satz 2 ergibt sich, daß die Sukzessibilieferungsverträge künftig geteilt werden. Die Ansprüche für die Lieferungen, die bis zur Eröffnung des Verfahrens gemacht worden sind, gehören ohne weiteres zu den Vergleichsforderungen, und nur für die zur Zeit der Verfahrenseröffnung noch ausstehenden Lieferungen besteht die Wahl zwischen Ablehnung und Vollerfüllung, und dieses Wahlrecht steht nur dem Schuldner, nicht auch dem Gläubiger zu. Der Gläubiger hat danach also keine Möglichkeit mehr, durch Ausübung eines etwa vorbehaltenen Rücktrittsrechts sich Vollzahlung der gelieferten Waren zu sichern; denn die Vorschriften darüber, welche Ansprüche am Vergleichsverfahren teilnehmen und von dem Vergleiche betroffen werden, sind künftig ebenso zwingend wie jetzt. Nur dazu, den Anspruch des Schuldners auf Weiterlieferung abzuwehren, kann dem Gläubiger nunmehr das Rücktrittsrecht noch dienen. Damit aber wird die erörterte Streitfrage so gut wie bedeutungslos werden.

### Wie weit haften die Banken für von ihnen erteilte Auskünfte, insbesondere Kreditauskünfte?

#### 1. Haftung aus Vertrag:

Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken schließen übereinstimmend jede Haftung für Auskunftserteilung aus. Da diese allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Abschluß eines Vertrages mit der Bank wirksam werden, fällt eine vertragliche Haftung meist aus. Überhaupt kann, insbes. bei Erteilung von Kreditauskünften, eine vertragliche Haftung nur dann in Betracht kommen, wenn der Auskunft entweder ein entgeltlicher, sie betreffender Vertrag zugrunde liegt, oder wenn sich die Auskunft als Nebenleistung eines anderen, zwischen den Beteiligten bestehenden Vertrages darstellt, oder wenn endlich sich infolge einer andauernden Geschäftsverbindung ein solches Vertrauensverhältnis herausgebildet hat, das die Wahrung von Treu und Glauben eine Haftung nach Vertragsgrundsätzen geboten erscheinen läßt (RG. v. 3. März 1930: BankArch. 29, 257).

Dabei ist im einzelnen zu sagen, daß ein entgeltlicher Vertrag auf Auskunft praktisch nicht vorkommt, da die Banken keine Auskunftsteien sind (RG. 133, 105).

Als Nebenleistung kann die Auskunftspflicht, z. B. bei einem Kommissionsvertrag auf Kauf von Wertpapieren, auftreten. Hier ist Schadensersatzpflicht nach Vertragsgrundsätzen grundsätzlich für jedes Verschulden gegeben (RG. v. 16. April 1904: BankArch. 3, 209). Aber auch für diesen Fall bestimmen die allgemeinen Geschäftsbedingungen den Ausschluß der Haftung.

Schließlich tritt nach dem RG. eine Haftung nach Vertragsgrundsätzen auch für solche Handlungen, also insbesondere Auskunftserteilungen, ein, die nicht unmittelbar zu der Erfüllung einer eigentlichen Vertragspflicht erfolgen, wenn sich auf Grund einer dauernden kaufmännischen Geschäftsverbindung ein Vertrauensverhältnis herausgebildet hat (RG. 122/355—56). Auch für diesen Fall ist jedoch der in den Geschäftsbedingungen vereinbarte Haftungsausschluß wirksam.

#### 2. Haftung aus unerlaubter Handlung:

Diese steht praktisch im Vordergrund. Fast ausschließlicher Haftungsgrund ist § 826 BGB. Die Schädigung durch unrichtige Auskunftserteilung muß als vorsätzlich und in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise erfolgen. Diese beiden Merkmale müssen schärf auseinander gehalten werden, weil man sonst zu falschen Resultaten kommt (RG. 90/108).

Vorsätzlich handelt die Bank schon dann, wenn sie die Schädigung des Antragers oder eines Dritten als möglich voraussieht

und selbst auf die Gefahr der Schädigung hin die Auskunft erteilt; d. h. es genügt bei § 826 der Eventualdolus; dieser muß aber mindestens vorhanden sein. Auch das RG. hat niemals daran gedacht, sich über den klaren Wortlaut des § 826 BGB., über das Wort „vorsätzlich“, hinwegzusetzen und bereits bei grober Fahrlässigkeit Haftung eintreten zu lassen. Hierüber bestehen vielfach falsche Auffassungen, zumindest drückt man sich mißverständlich aus (vgl. Jacoby: JW. 1933, 82 ff.). Auch der RGR-Kommentar ist nicht anderer Ansicht. Vorjaß muß vorhanden sein; hinzukommen muß bei § 826 aber noch, daß die Handlungsweise des Schädigenden gegen die guten Sitten verstößt. Das ist aber nach der Ansicht des RG. schon dann der Fall, wenn eine Auskunft leichtfertig erteilt wird, also z. B. erteilt wird, ohne daß die Bank vorher ihre Unterlagen einsehete. Diese Leichtfertigkeit, die sich bis zur Gewissenlosigkeit steigern kann, ist das, was unter der „groben Fahrlässigkeit“, die für § 826 ausreichen soll, verstanden wird. Die „grobe Fahrlässigkeit“ bezieht sich nur auf das Merkmal der Sittenwidrigkeit, nicht dagegen auf das Verschulden im technischen Sinne.

Da aber der Ausdruck „grobe Fahrlässigkeit“ ein terminus technicus gerade für eine bestimmte Schuldsform ist, gebraucht man ihn im vorliegenden Falle besser nicht, sondern setzt dafür zweckmäßig die juristisch noch farblosen Ausdrücke Leichtfertigkeit und Gewissenlosigkeit. Der Standpunkt des RG. wird deshalb abweichend von der Formulierung von Jacoby (JW. 1933, 83) folgendermaßen zu präzisieren sein:

Nach § 826 BGB. haftet, wer vorsätzlich, d. h. im Bewußtsein der Schädigung eines anderen, in leichtfertiger oder gewissenloser Weise eine unrichtige Auskunft erteilt.

Die Anforderungen, die im einzelnen an die Bank gestellt werden, damit sie sich keiner Schadensersatzpflicht aussetzt, sind streng. Zu unterscheiden ist, ob die Auskunft einem Geschäftskunden erteilt wird oder einem Dritten. Im ersten Falle muß die Bank in erhöhtem Maße vorsichtig sein, da ihre Sorgfaltspflichten gegenüber einem Geschäftskunden besonders weit reichen. Dies ist die auch neuerdings ausgesprochene Ansicht des RG. (RG. 133, 106). In der angezogenen Entscheidung sind die Grundsätze, nach denen die Bank ihre Auskunft erteilen muß, klar herausgestellt. Auszugehen ist zunächst von dem Satz, daß die Banken keine Auskunftsteien sind, d. h. die Banken sind nicht verpflichtet, schlechthin alle ihnen bekannten Verhältnisse des angefragten Kunden mitzuteilen. Hierzu sind sie sogar ihren Kunden gegenüber nicht berechtigt. Inwieweit die Bank die Verhältnisse ihres Kunden offenlegen darf, muß im einzelnen Falle geprüft werden. Die Angaben der Bank dürfen jedenfalls nur so weit gehen, als sie mit

dem Einverständnis des Kunden rechnen kann. Im allgemeinen werden die Banken deshalb nicht verpflichtet sein, über das mit ihrem Kunden eingegangene Kreditverhältnis, insbes. auch über bestehende Sicherungen (Übereignungen) Mitteilung zu machen.

Aus dem Gesagten geht hervor, welche Angaben die Bank nicht in ihre Auskunft aufnehmen braucht und darf. Dieses Recht der Bank zu Auslassungen (dem Kunden gegenüber Pflicht) erzeugt aber andererseits wieder die Pflicht, die Auskunft positiv so zu gestalten, daß sie kein täuschendes Bild über den Angefragten ergibt. Um ein solches falsches Bild nicht entstehen zu lassen, kann es u. U. notwendig sein, Mitteilungen zu machen, zu denen die Bank ihrem Kunden, dem Angefragten, gegenüber nicht berechtigt ist. Kommt die Bank in einen solchen Konflikt, so bleibt ihr nur der Ausweg, die Auskunfterteilung abzulehnen. Meist wird die Bank aber doch eine vorsichtig abgelesene Auskunft erteilen können, denn der Anfragende muß auch seinerseits die Auskunft sorgfältig prüfen und evtl. auch „zwischen den Zeilen lesen“. Der Anfragende muß bei der Auslegung der Auskunft beachten, daß die Bank sich im Interesse ihres Kunden nur vorsichtig und zurückhaltend äußern kann (RG.: BankArch. 28, 67). Ferner müssen bei dem Anfragenden die hauptsächlichsten Geschäftsgepflogenheiten der Banken als bekannt vorausgesetzt werden. Aus diesem Grunde ist es z. B. unnötig, daß die Banken in ihren Auskünften mitteilen, daß sie ihren Kredit nur gegen Sicherheit eingeräumt haben (RG.: BankArch. 16, 93).

In Anbetracht dieser Rechtslage verliert die von Jacoby (JW. 33, 82 ff.) angeschnittene Frage, inwieweit mitwirkendes Verschulden des Geschädigten zu berücksichtigen ist (§ 254 BGB.) an Bedeutung. Wenn der Anfragende die von ihm zu erwartende sorgfältige Prüfung der Auskunft nicht vorgenommen hat, so muß er den Schaden allein tragen; eine Ersatzpflicht der Bank ist um deswillen nicht begründet, weil sie erwarten konnte, daß ihre Auskunft genauestens auf ihren wahren Inhalt geprüft würde. Mitwirkendes Verschulden wird jedoch z. B. bei der Bemessung des Ersatzanspruches berücksichtigt werden müssen, wenn der Tatbestand des § 254 Abs. 2 BGB. vorliegt, also hauptsächlich, wenn der Anfragende über die Höhe des von ihm dem Angefragten zu gewährenden Kredits keine Angaben gemacht hat.

Wenn der Anfragende auf eine Bankauskunft hin nun einen ungewöhnlich hohen Kredit einräumt, so kann der Bank nachher nicht der ganze Ausfall aufgebürdet werden; denn sie wäre bei der Auskunfterteilung wahrscheinlich viel vorsichtiger verfahren, wenn sie die Höhe des Kredits gelannt hätte. Es ist nicht richtig, daß, wie Jacoby (JW. 1933, 83) ausführt, das RG. in diesem Falle die Anwendung des § 254 BGB. ablehnt. Das kann es gar nicht, denn es handelt sich direkt um den Spezialfall des Abs. 2 des § 254. Zwar ist, wie das RG. in RG. 76, 323 ausführt, die Ersatzpflicht des § 226 BGB. nicht davon abhängig, ob der Schädiger die Art des Schadens voraussieht; die Art des Schadens ist aber etwas anderes als die Schadenshöhe. Die Voraussehbarkeit der Höhe des Schadens ist aber gerade in § 254 Abs. 2 berücksichtigt.

Ger.-Ass. Dr. Wolfgang Diesel, Köln.

### Behördliche Eingriffe bei Aktiengesellschaften.

Der Gedanke der unbedingten Vorherrschaft des Staates über die Wirtschaft hat infolge der nationalsozialistischen Revolution sich nunmehr zweifellos durchgesetzt. Meldungen aus Schlesien und neuerdings Westpreußen zeigen aber, daß den neuen Behörden bei der praktischen Handhabung und Durchführung dieses Grundsatzes Schwierigkeiten begegnen. Dies ist um so begreiflicher, als die bisherige liberale Gesetzgebung es ja gerade mit größter Sorgfalt vermieden hat, dem Staate Eingriffsmöglichkeiten und Aufsichtsrechte über die freie Wirtschaft einzuräumen. Die neuen Behörden haben in vielen Fällen eine unendliche Mühe und überaus schwierige Verhandlungen darauf verwandt, um die notwendigen Eingriffe auf dem legalen Wege, gewöhnlich über Beschlüsse des Aufsichtsrates, herbeizuführen. Nicht immer aber konnte dies gelingen. Es blieben dann den Behörden keine anderen Wege als die Einsetzung von Kommissaren oder neuerdings ein Eingreifen des Treuhänders der Arbeit, die aber mangels einer klaren zivilrechtlichen Begründbarkeit fast immer zu bedauerlichen Verstimmungen und Reibereien führten. Ein großes Verdienst hat daher das Unternehmen von Welck: JW. 1933, 1376, die Einsetzung von Kommissaren auch zivilrechtlich zu untermauern, und zwar durchaus zutreffend und hinreichend aus § 29 BGB. Es wäre sehr erfreulich, wenn der Inhalt dieses Aufsatzes weitesten Kreisen der Behörden und der Wirtschaft bekanntwerden würde.

Im Nachstehenden soll auf eine Gesetzesbestimmung hingewiesen werden, die in noch erheblichem weiteren Umfange die Eingriffsmöglichkeiten der Behörden legalisiert und zur Grundlage jeden Vorgehens gemacht werden kann. Es ist der Art. IV Pr.-AusfG. z. BGB. v. 24. Sept. 1899 (PrGS. 303). Dieser lautet:

„Eine Aktiengesellschaft sowie eine Kommanditgesellschaft auf Aktien kann aufgelöst werden, wenn sie sich rechtswidriger Handlungen oder Unterlassungen schuldig macht, durch welche das Gemeinwohl gefährdet wird.“

Über die Auflösung entscheidet im Verwaltungsstreitverfahren der Bezirksausschuß in erster Instanz. Für die Erhebung der Klage ist der Regierungspräsident zuständig.

Von der Auflösung hat der Regierungspräsident dem Registergericht Mitteilung zu machen.“

Die Bestimmung, die in Preußen zweifellos noch immer gilt, ist in Vergessenheit geraten. Sie führt aber fast unmittelbar den Anschluß herbei an die ursprünglich sehr viel weniger liberale und daher der heutigen Zeit wieder besser entsprechende Gesetzgebung aus dem Anfang des 19. Jahrhunderts, in der die Frage der Konzeptionierung von Aktiengesellschaften noch aus guten Gründen lebhaft erörtert wurde (vgl. Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften, I, S. 68 ff.). Wenn die Bestimmung auch zunächst nur für Preußen gilt, so ist damit doch fast  $\frac{2}{3}$  des Reichsgebietes und damit jedenfalls der wirtschaftlich wesentlichste Teil getroffen.

Diese Bestimmung gibt dem Regierungspräsidenten als Aufsichtsbehörde das Recht auf Erhebung einer Auflösungsklage beim Bezirksausschuß, wenn die Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien sich rechtswidriger Handlungen oder Unterlassungen schuldig macht, durch welche das Gemeinwohl gefährdet wird. Es ist selbstverständlich und braucht kaum aus der Analogie zur Rechtsprechung des RG. über die vorbeugende Unterlassungsklage begründet zu werden, daß der Regierungspräsident hiernach berechtigt und verpflichtet ist, nicht erst den Eintritt des Schadens abzuwarten, sondern schon vorher mit allen ihm erforderlichen Maßnahmen einzugreifen. Nicht so sicher läßt sich dartun, welches die materielle Sachlage sein muß, die zu solchen Eingriffen berechtigt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes soll es notwendig sein, daß die Gesellschaft selbst sich rechtswidriger Handlungen oder Unterlassungen schuldig macht. Damit sind zunächst alle die harmloseren Fälle dergleichen, wo ein Vorstand baulpoizeilichen, militärischen oder dergleichen Anordnungen nicht nachkommt. Es ist aber wohl keineswegs notwendig und würde dem Sinn des Gesetzes durchaus widersprechen, wenn das Aufsichtsrecht sich in enger juristischer Auslegung auf die Fälle beschränkte, wo die Gesellschaft vertreten durch den Vorstand handelt. Vielmehr muß aus dem Nachsatz, welcher ausdrücklich auf eine Gefährdung des Gemeinwohls abstellt, die Absicht des Gesetzgebers entnommen werden, mit der fraglichen Bestimmung ein möglichst allgemeines Aufsichtsrecht zu begründen. Dann darf aber auch nicht die Voraussetzung für den Eingriff sein, daß ein Verschulden des Vorstandes vorliegt, noch, daß die zu befeitigende Lage durch eine Handlung oder Unterlassung des Vorstandes herbeigeführt ist. Das Aufsichtsrecht muß auch schon dann bestehen, wenn durch ein Verhalten des Aufsichtsrates, von dem der Vorstand ja meist abhängig ist, der das Gemeinwohl gefährdende Zustand herbeigeführt ist und sogar dann, wenn ohne irgendeine Handlung oder Unterlassung der Gesellschaft durch Veränderungen der allgemeinen wirtschaftlichen oder politischen Lage die Gefährdung des Gemeinwohles zu besorgen ist. Unter diesem Gesichtspunkt wird die Behörde namentlich berechtigt und verpflichtet sein, auch Umschichtungen des Aktienbesitzes oder überhaupt Veränderungen in der Einflußnahme auf die Aktiengesellschaften ihres Bezirks laufend zu überwachen und unter Androhung der Auflösungsklage gegebenenfalls einzuschreiten.

Ger.-Ass. Dr. Eugen Langen, z. Z. Berlin.

### Die Ansprüche des Bausparers und ihre Sicherung bei der vereinfachten Abwicklung von Bausparverträgen.

Das Bausparwesen beruht in hohem Maße auf dem Gedanken der Gemeinschaft. Viele Sparer zahlen Beträge bei der Bausparkasse ein, aber nur wenige erhalten bei jeder Verteilung ein Darlehn. Alle geben also etwas, damit einigen sofort geholfen wird. Dieser Gedanke des gemeinschaftlichen Bausparens wird dadurch stark gefördert, daß jeder hofft, zu den Glücklichen zu gehören, welche bald das Darlehn erhalten.

Eine Gemeinschaft läßt sich nur aufrechterhalten, wenn jeder einzelne der Bausparkasse sein Vertrauen schenkt. Wer eine bestimmte Bausparkasse nicht für zuverlässig hält, darf sich ihr nicht anschließen. Zu dem Gedanken der Gemeinschaft und damit zu dem Wesen des Bausparens steht es aber in schärfstem Widerspruch, wenn sich ein Sparer für seine Ansprüche besondere Sicherheiten einräumen läßt, um im Falle von Zahlungsschwierigkeiten auf Kosten der übrigen Sparer seine volle Befriedigung durchzusetzen.

Es ist jedoch häufig zu beobachten, daß einzelne Bausparer sich zu sichern versuchen, und zwar lassen sie sich in der Regel die für Baudarlehn von anderen Bausparern eingeräumten Hypotheken verpfänden. Diesen Sicherheiten ist durch die Einführung der vereinfachten Abwicklung von Bausparkassen jeder Wert genommen



worden. Würde eine bevorzugte Befriedigung des gesicherten Bau-sparers zugelassen, so würde das Bau sparwesen erheblich beeinträchtigt werden, wenn es nicht sogar ganz unmöglich gemacht würde.

Gerät eine Bau spar kasse in Schwierigkeiten, so wird in der Regel die vereinfachte Abwicklung angeordnet. Diese ist durch die NotW. v. 14. Juni 1932 Teil 1 Kap. V (RGBl. I, 285) eingeführt worden, um eine schonendere Verwertung des Vermögens der Bau spar kasse zu ermöglichen, als sich im Falle des Konkursverfahrens erreichen ließe. Ein Vergleichsverfahren ist nicht zulässig (§ 120 Verf. Aufw. G.). Die vereinfachte Abwicklung besteht darin, daß die Bau spar er, welche noch kein Baudarlehn erhalten haben, keine Beiträge mehr bezahlen, daß Darlehn nicht mehr gewährt werden und daß die Bau spar guthaben so zurückzahlen sind, wie es die jeweils flüssigen Mittel zulassen. Hierbei werden alle Bau spar er nach dem Verhältnis ihrer Forderungen ohne Vorrang voneinander befriedigt (§ 1 NotW.). Diese Regelung, welche eine gleiche Verteilung des vorhandenen Vermögens unter die Bau spar er bedeutet, entspricht dem Gedanken der Gemeinschaft am besten.

Die Fremdgäubiger werden von der vereinfachten Abwicklung nicht betroffen. Sie können vielmehr die volle Bezahlung ihrer Forderungen verlangen. Die vereinfachte Abwicklung ist deshalb nur möglich, wenn keine oder doch nur wenige Fremdgäubiger vorhanden sind. Auch diejenigen Mitglieder der Bau spar kasse, welche bereits ein Darlehn erhalten haben, werden nicht berührt. Es ist ausdrücklich davon abgesehen worden, sie in irgendeiner Form zur Deckung der entstandenen Verluste heranzuziehen (Bernard: JW. 1932, 1936 ff.). Sie gehören nicht mehr zu der von den Bau spar ern gebildeten Gemeinschaft, sie sind keine Bau spar er mehr, sondern Darlehnschuldner der Bau spar kasse.

Mit der Anordnung der vereinfachten Abwicklung verwandelt sich das Guthaben der betroffenen Bau spar er in einen reinen Rechnungsposten. Die Bau spar er besitzen nicht etwa in Höhe des Guthabens eine Geldforderung gegen die Bau spar kasse, auf welche ein bestimmter Sundersatz ausgeschüttet wird. Sie können vielmehr nur verlangen, daß die flüssigen Mittel anteilmäßig unter sie verteilt werden. Besitzt also die Bau spar kasse überhaupt keine flüssigen Mittel, weil z. B. alles Geld, welches nicht für die Verwaltung benötigt wird, langfristig ausgeliehen ist, so hat der Bau spar er nur einen Anspruch auf Vornahme einer Handlung, nämlich darauf, daß die Kasse demnächst die eingegangenen Gelder verteilt. Dieser Anspruch besteht auch dann, wenn Beträge hereinkommen. Erst wenn die Kasse die eingegangenen Mittel auf die einzelnen Spar er verteilt hat, verwandelt er sich in eine Forderung auf Auszahlung der zugeteilten Summe. Vor der Verteilung kann daher der Bau spar er gegen die Kasse nicht auf Zahlung einer bestimmten Summe klagen, sondern nur auf Vornahme der Verteilung, welche gegebenenfalls nach den Vorschriften über die Erwirkung vertretbarer Handlungen erzwungen werden kann. Erst nach der Verteilung kann auf Auszahlung des Anteils geklagt werden. Beide Klagen dürften nach dem Grundgedanken des § 254 ZPO. miteinander verbunden werden können. Nicht möglich erscheint es dagegen, daß der einzelne Bau spar er den auf ihn entfallenden Betrag der flüssigen Mittel selbst berechnet und dann einklagt, weil ihm hierzu die erforderlichen Unterlagen fehlen. Zu einer Klage dürfte es allerdings nur in Ausnahmefällen kommen, denn die von dem Liquidator (§ 2 NotW. v. 14. Juni 1932) vorzunehmende Verteilung kann in der Regel im Verwaltungswege dadurch erzwungen werden, daß der sich widersetzende Liquidator durch das RAuffwPrivVerf. abgerufen und ein neuer ernannt wird.

Da der Bau spar er demnach bis zur Verteilung nur einen Anspruch auf Vornahme einer Handlung besitzt, so fehlt es an einer Geldforderung, welche durch ein Pfandrecht oder ähnliches gesichert werden könnte. Art. 4 Durchf- und ErgW. über die vereinfachte Abwicklung von Bau spar verträgen v. 9. Juni 1933 (RGBl. I, 372) hebt daher mit Recht zur Klarstellung hervor, daß Rechte, die ein Bau spar er zur Sicherung der aus dem Bau spar vertrag sich ergebenden Leistungsansprüche erworben hat, mit der Anordnung der vereinfachten Abwicklung erlöschen. Ebenso wenig kann mit einem Anspruch auf Ausschüttung der vorhandenen Mittel aufgerechnet werden (Art. 3 Satz 2), denn einer Geldforderung steht der Anspruch auf Vornahme einer Handlung, also ein ungleichartiger Anspruch gegenüber.

Nach der Verteilung besteht zwar eine Geldforderung, welche durch die bestellten Pfandrechte geschützt werden könnte. Art. 4 befreit aber auch insoweit alle Sicherheiten. Würde man sie nämlich bestehen lassen, so würde die Verwertung der Masse sehr erschwert sein, was bei der vereinfachten Abwicklung gerade vermieden werden sollte.

Ein Bau spar er kann auch nicht nach Anordnung der vereinfachten Abwicklung auf Grund einer Anfechtung des Bau spar vertrages die Auszahlung seines ganzen Guthabens nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung oder die unerlaubten Handlungen verlangen (Art. 3 Satz 1); denn alle diejenigen,

welche tatsächlich Bau spar er sind, bilden eben eine Gemeinschaft, welche gleichmäßig befriedigt wird. Art. 4 bestimmt daher, daß auch die Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche nicht gesichert werden können.

Die Sicherheiten des Bau spar ers verlieren auch bei der vereinfachten Abwicklung jeden Sinn. Der Bau spar er kann nämlich immer nur den auf ihn entfallenden Teil der eingegangenen Beträge verlangen. Ein Pfandrecht kann ihn deshalb wegen der akzessorischen Natur vor den eingetretenen Verlusten nicht schützen. Im Gegensatz zu dem Konkursgläubiger hat der Bau spar er nach Verteilung der vorhandenen Mittel überhaupt keinen Anspruch gegen die Bau spar kasse mehr (Art. 3 Satz 2), zu dessen Befriedigung das Pfandrecht dienen könnte. Der Anspruch auf Auszahlung des zugeteilten Betrages der eingegangenen Mittel braucht aber nicht gesichert zu werden, da dieser Anspruch nicht gefährdet ist.

Die Sicherung des Guthabens eines Bau spar ers, welche sich mit dem Wesen des Bau spar ens nicht vereinbaren läßt, ist also bei der vereinfachten Abwicklung nicht möglich. Im Falle des Konkurses wird die Bestellung von Pfandrechten u. a. regelmäßig anfechtbar sein und deshalb den Bau spar er ebensowenig schützen. Von der Sicherung eines einzelnen Bau spar ers ist jedoch die gemeinschaftliche Sicherung aller Bau spar er scharf zu unterscheiden. Eine solche wird häufig durch Übertragung des Vermögens der Bau spar kasse auf eine besondere Treuhandgesellschaft erreicht. Gegen sie bestehen keine Bedenken, sie ist vielmehr oft erwünscht, weil durch sie das Vertrauen der Bau spar er gestärkt und dadurch das Unternehmen gefördert wird.

Verf. Walter Pohe, Berlin.

### Zinswucher!

Die bisherige Rechtsprechung sah im Vereinbaren und Nehmen übermäßiger Zinsen noch keinen Verstoß gegen die guten Sitten, wandte also § 138 Abs. 1 BGB. auf einen solchen Tatbestand, von besonderen Umständen abgesehen, nicht an. Nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB. — Vereinbaren und Nehmen übermäßiger Zinsen unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit der Zinsverpflichteten — wurde das Rechtsgeschäft für nichtig erachtet.

Das hat sich auch nicht geändert, als die durch die Deflationskrise verursachte Geldknappheit fast jede Gelddarlehne als eine Notstandsmaßregel des Geldnehmers erscheinen ließ. Nachdem die Preiswucherergesetzgebung gefallen war, konnte jeder Geldverleiher die Geldknappheit zur Ausbedingung von Zins- und ihm gleichstehender Vorteilen (Damnum) benutzen, welche infolge ihrer Höhe die Krise verhängsten und einer Gesundung des Wirtschaftslebens entgegenarbeiteten. Die Zinsenkungsaktion der Reichsregierung v. 8. Dez. 1931 (Kap. III der NotW.) beschränkte sich auf die Herabsetzung der Zinsen damals schon bestehender Verbindlichkeiten mit einer Laufzeit von mindestens 1 Jahr. Desgleichen brachte die NotW. v. 27. Sept. 1932 Zinsermäßigungen für den landwirtschaftlichen Realcredit nur wegen am 29. Sept. 1932 schon bestehenden Hypotheken und Grundschulden (auf landwirtschaftliche Grundstücke), deren Ergänzung (für den nichtlandwirtschaftlichen Realcredit) durch die NotW. v. 11. Nov. 1932 überhaupt keine Zinsermäßigungen vorsieht, sondern nur Stundung.

Es unterlag also nach dem 31. Dez. 1932 (vgl. Art. 6 der 1. DurchfW. v. 23. Dez. 1931) bzw. dem 27. Sept. 1932 die Neuvergebung von Darlehen mit oder ohne Hypothekensicherheit keiner Beschränkung hinsichtlich der Ausbedingung von Zins- und gleichartigen Vorteilen, auch nicht bei landwirtschaftlichen Grundstücken. Der Grund für diese Zurückhaltung der damaligen Notgesetzgebung war wohl der, das vorhandene Kapital nicht vor Neubeleihungen abzuschrecken, zumal bei dem damaligen Stand der Pfandbrief- und Anleihekurse das anlagejuchende Kapital leicht eine effektive Verzinsung bis zu 12% zu erreichen in der Lage war. Mit Rücksicht gerade auf diese theoretische Möglichkeit, durch spekulativen Ankauf von Pfandbriefen und Anleihestücken zu niedrigem Kurs eine hohe Verzinsung des verausgabten Kapitals zu erreichen, haben die Geldgeber bei Darlehens- und Hypothekendarlehen zu besonders hohen Verzinsungsansprüchen sich berechtigt gehalten. Dabei ist in der Furcht vor erneuten Zinsenkungsaktionen für bestehende Darlehen und Hypotheken der offizielle Zinssatz auf 6% vereinbart worden, aber durch Ausbedingung hoher Damnum und Vereinbarung der Vorausbezahlung von Zinsen über 6% eine effektive Verzinsung von 10, 12 und mehr jährlich tatsächlich erreicht worden.

Es kann kein Zweifel bestehen, daß das Vereinbaren und Nehmen effektiver Zinsen von 10—12% und mehr bei oft mündelsicherer Unterlage dem Gemeininteresse widerspricht. Die Ausnutzung der Kapitalknappheit zur Vereinbarung solch hoher effektiver Verzinsung entgegen dem Gemeininteresse widerspricht — bei richtiger Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB. — sicherlich den guten Sitten. Sittenwidrig ist die Überspannung privater Vorteilsausnutzung zum Schaden der Allgemeinheit.

Es bedarf daher m. E. angesichts besonders hoher Zinsen keines Eingehens auf die Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB., um derartige Vereinbarungen für nichtig zu erklären. Die insbesondere seit Mitte 1931 in ihrer ganzen Schwere zutage getretene Deflationskrise steht den Schwierigkeiten des Geldmarkts während des Krieges nicht nach. Wenn RG. 90, 400; 93, 28 und 107 die Anwendbarkeit des § 138 Abs. 1 BGB. bei unerlaubter Ausnutzung der Schwierigkeiten des Geldmarkts während des Krieges zugelassen haben, ohne diesfalls auf die besondere Voraussetzung des § 138 Abs. 2 BGB. abzuheben, so muß das auch für die seit Mitte 1931 offenkundige schwere Wirtschaftskrise gelten.

RA. Dr. Alfons Roth, Berlin.

### Zur Auerbenordnung nach preussischem bäuerlichen Erbhofrecht vom 15. Mai 1933.

Das Gesetz bestimmt in § 12

Abf. 1: Zum Auerben sind — wenn der Erblasser die Reihenfolge nicht anders bestimmt hat — in folgender Ordnung berufen:

1. die Söhne des Erblassers; an Stelle eines verstorbenen Sohnes treten dessen Söhne und Sohnesöhne;
- 2., 3. usw.

Abf. 2: Ein Verwandter ist nicht zur Auerbenfolge berufen, solange ein Verwandter einer vorhergehenden Ordnung vorhanden ist. Innerhalb der gleichen Ordnung gilt der Vorzug des männlichen Geschlechts und der Erstgeburt.

Beispiel: Ein Bauer hatte zwei Söhne A. und B.; letzterer ist 35 Jahre alt. Der ältere Sohn A. ist vor dem Vater verstorben, hat aber seinerseits einen dreijährigen Sohn namens C. hinterlassen. Wer wird, wenn der Bauer nichts anderes bestimmt hat, Auerbe?

Von Wenzel (Reichslandbund S. 247) wird die Ansicht vertreten, Auerbe des Erblassers sei der Enkel C.; denn nach Abf. 1 Ziff. 1 trete an Stelle eines verstorbenen Sohnes dessen Sohn. Diese Auffassung erscheint mir nicht richtig; jedenfalls dürfte die Begründung nicht durchschlagend sein. In der Ziff. 1 bestimmt das Gesetz nur, wer zur ersten Ordnung gehört. In welcher Reihenfolge die zur ersten Ordnung Gehörigen berufen sind, wird an dieser Stelle nicht gesagt. Wenn dort bestimmt ist, daß die Söhne verstorbenen Söhne des Erblassers an die Stelle ihres Vaters treten, so folgt daraus nur, daß sie zur ersten Ordnung gehören, nicht aber ist damit gesagt, wer innerhalb dieser ersten Ordnung den Vorzug hat. Die Bestimmung darüber ist vielmehr erst in Abf. 2 getroffen, wonach innerhalb der gleichen Ordnung der Vorzug des männlichen Geschlechts und der Erstgeburt gilt. Im Verhältnis zwischen dem Sohn des Erblassers B. und dem Enkel C. dürfte aber dem Sohn B. der Vorzug der Erstgeburt zukommen; er ist vor dem Neffen geboren. Unter „Vorzug der Erstgeburt“ — ohne weiteren Zusatz — kann nur verstanden werden, daß innerhalb eines bestimmten Kreises (hier innerhalb der ersten Ordnung) das höhere Alter entscheidet. Hätte der Gesetzgeber dem Sohn des verstorbenen A. den Vorzug geben wollen, also die Linealgradualerbfolge gewollt, so würde das sicherlich in ähnlicher Weise, wie es in der alten preussischen Verfassungsurkunde von 1850 (Art. 53) geschehen ist, bestimmt sein.

Den bäuerlichen Verhältnissen dürfte die Berufung des B. auch am ehesten gerecht werden. Würde C. berufen sein, so würde der Erbhof längere Zeit keinen zur Wirtschaft fähigen Wirt haben. Gerade für bäuerliche Verhältnisse, wo es auf die persönliche Leistung des Besitzers ausschlaggebend ankommt, wäre ein solcher Zustand überaus unerwünscht. Ich bin daher der Auffassung, daß der zweite Sohn des Erblassers vor dem Sohn seines verstorbenen älteren Bruders berufen ist.

RA. Dr. Sommer, Pritzwalk.

### Zur Überschreitung der Schlüsselgewalt.

In den letzten Jahren sind viele wirtschaftliche Unternehmen, die mit Sachen des häuslichen Bedarfs handeln, dazu übergegangen, zur Werbung von Bestellungen Agenten in die Haushaltungen, oft bis in das entlegenste Dorf zu schicken. Dabei hat es sich eine beträchtliche Anzahl von Unternehmen und Agenten zum Grundsatz gemacht, die Waren mit allen Mitteln zu verkaufen. Die Agenten erscheinen meistens, wenn die Ehemänner nicht zu Hause sind, und ihrer Aufdringlichkeit und Geschwätzigkeit gelangt es nur zu oft, die Ehefrauen zur Bestellung von Sachen zu veranlassen, die mit den zur Bestreitung der Kosten des Haushalts zur Verfügung stehenden Mitteln überhaupt nicht oder nur unter Zurückstellung anderer, sehr viel nötigerer Anschaffungen bezahlt werden können. Jeder, der längere Zeit an einem großstädtischen W. tätig gewesen ist, das regelmäßig in den Bestellscheinen als

örtlich zuständig für die Entscheidung von Streitigkeiten aus den Bestellungen bezeichnet wird, weiß, was alles den Frauen aufgedrückt wird. Es werden Zeitchriften, Bücher, besonders häufig wertlose „ärztliche Ratgeber“, garantiert sicher wirkende Gesundheitstees, Sprech-, Radio-, Hochfrequenz- und Entschapparate, Staubsauger, Waschmaschinen und viele andere Sachen mehr bestellt, die oft durchaus entbehrlich sind, deren Preis vor allen Dingen in gar keinem Verhältnis zu den Einkünften des Mannes und zu ihrem wahren Wert steht.

In den meisten Fällen wird die Klage gegen den Ehemann auf Erfüllung der Beträge abzuweisen sein, weil die Ehefrau die ihr nach § 1357 BGB. zuziehende gesetzliche Vertretungsmacht, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises Rechtsgeschäfte mit Wirkung für und gegen den Mann abzuschließen, überschritten hat. Damit geben sich die Verkäufer aber häufig nicht zufrieden. Sie nehmen vielmehr, sei es von vornherein, sei es nach Abweisung der Klage gegen den Mann, die Ehefrau auf Erfüllung des Vertrages in Anspruch und erwirken nur zu oft ein obliegende Urteil. Die Gerichte vertreten dabei die Auffassung, es ergebe sich aus den Umständen, daß die Frau das Geschäft im eigenen Namen abgeschlossen habe (vgl. § 1357 Abs. 1 Satz 2 BGB.), in der Mehrzahl der Fälle aber die, die Frau habe den Vertrag wegen Überschreitung der gesetzlichen Vertretungsmacht gem. § 179 BGB. zu erfüllen. Mit einem solchen obliegenden Urteil gegen die Frau stehen sich die Verkäufer oft genau so gut, wie wenn sie ein Urteil gegen den Mann erwirkt hätten, manchmal sogar noch besser, weil sie einen Schuldtitel auch gegen die Frau haben. Viele Männer sind nämlich, wenn die Frau verurteilt ist, zur Vermeidung der mit einer Vollstreckung gegen die Frau verbundenen Scherereien bereit, den Vertrag zu erfüllen. Manche Verkäufer gehen auch, wenn die Ehemänner Beamte oder Behördenangestellte sind, so weit, der vorgelegten Behörde von der Verurteilung Mitteilung zu machen oder dies wenigstens anzudrohen, und machen dadurch die Ehemänner zur Übernahme der Schuld gefügig. Es verspricht dabei nichts, daß es an dem zur Vollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau notwendigen Schuldtitel gegen den Mann auf Duldung der Zwangsvollstreckung fehlt (§ 739 ZPO.). Denn es ist vielfach unbekannt, daß eine Vollstreckung in das eingebrachte Gut nicht ohne weiteres möglich ist. Im übrigen kann der Verkäufer mit Leichtigkeit gegen den Mann ein Urteil auf Duldung der Zwangsvollstreckung erwirken, wenn man die Auffassung vertritt, daß die Ehefrau den unter Überschreitung ihrer Schlüsselgewalt geschlossenen Vertrag gemäß § 179 BGB. zu erfüllen hat. Die Verpflichtung des Vertreters, einen ohne oder unter Überschreitung der Vertretungsmacht geschlossenen Vertrag zu erfüllen, ist nämlich keine rechtsgeschäftliche, sondern eine gesetzliche (vgl. RGRKomm. § 179, 1; Enneccerus, Allg. Teil, § 170 Note 11), und nach §§ 1411—1414 BGB. sind grundsätzlich alle auf nicht rechtsgeschäftlichen Tatbeständen beruhende Verpflichtungen der Ehefrau sog. Vollschulden, die ohne Rücksicht auf die Verwaltung und Nutznießung des Mannes auch aus dem eingebrachten Gut zu befriedigen sind. Auf den Gedanken, gegen den Mann ein Urteil auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu erwirken, sind m. W. die Gläubiger der Frau allerdings noch nicht gekommen.

Bei richtiger Würdigung der Sach- und Rechtslage können aus Rechtsgeschäften einer Ehefrau, die zu ihrem häuslichen Wirkungskreis gehören könnten, im einzelnen Fall aber wegen des Zuschnitts der Lebensführung des Mannes nicht dazu gehören, Ansprüche gegen die Frau selber nicht hergeleitet werden.

Zunächst ist im Regelfall die Annahme nicht zutreffend, es ergebe sich bei einer Überschreitung der Schlüsselgewalt aus den Umständen, daß die Frau den Vertrag im eigenen Namen abschließen wollen (vgl. § 1357 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Ein solcher Wille wird der Frau fast immer gefehlt haben. Ihr Wille wird vielmehr im Zweifel darauf gerichtet gewesen sein, den Mann und nur ihn zu verpflichten. Darauf, daß sie vielleicht erklärt hat, die Schuld von ihrem sog. Wirtschaftsgeld erfüllen zu wollen, worauf in den Entscheidungen zuweilen Gewicht gelegt wird, kommt es nicht an. Denn das Wirtschaftsgeld ist nicht Vermögen der Frau. Es ist ihr nicht einmal zu freier Verfügung überlassen. Es ist vielmehr der Vorschuß, den sie auf Grund des in der Schlüsselgewalt enthaltenen Rechts zur Führung der Geschäfte des Mannes und der Pflicht dazu erhält (vgl. § 669 BGB.). Es ist also Vermögen des Mannes. Die Erklärung der Frau, die Schuld von dem Wirtschaftsgeld bezahlen zu wollen, spricht deshalb nicht für den Willen der Frau, das Rechtsgeschäft im eigenen Namen zu schließen, sondern dagegen.

Die Ehefrau kann auch nicht auf Grund der Vorschriften über die Vertretung ohne Vertretungsmacht (§§ 177 ff. BGB.) auf Erfüllung des Vertrages in Anspruch genommen werden. Richtig ist allerdings, daß diese Vorschriften, die nur die Folgen des Handelns ohne eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht (Vollmacht) oder unter Überschreitung einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht regeln, bei Hand-

lungen ohne eine gesetzliche Vertretungsmacht oder unter Überschreitung einer gesetzlichen Vertretungsmacht entsprechend anzuwenden sind (RG. 104, 191). Die Haftung wird aber in der Mehrzahl der Fälle ausgeschlossen sein, weil der andere Teil die Überschreitung der der Ehefrau nach § 1357 BGB. zustehenden gesetzlichen Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte (insolge Außerachtlaffung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht kannte), §§ 179 Abs. 3, 122 Abs. 2 BGB. Der Agent, der die Haushaltung zur Werbung einer Bestellung aufsucht, wird nämlich regelmäßig aus dem Beruf des Ehemanns, der fast immer in dem Bestellschein angegeben zu werden pflegt, der Größe und Einrich-

tung der Wohnung erkennen oder erkennen müssen, daß die Ehefrau ihre Vertretungsmacht überschreitet. Diese Kenntnis oder fahrlässige Nichtkenntnis schadet dem Geschäftsherrn, sofern der Agent nur ein bloßer Vermittlungsagent ist, und es deshalb auf seine Kenntnis oder sein Kennenmüssen nicht ankommt, wird der Geschäftsherr aus dem Bericht über die Vermögensverhältnisse des Ehemanns und den Angaben in dem Bestellschein über seinen Beruf fast immer entnehmen oder entnehmen müssen, daß die Ehefrau ihre gesetzliche Vertretungsmacht überschritten hat.  
Verf. Dr. Greijer, Berlin-Karlshorst.

## Schrifttum.

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

### Kapitalflucht und Devisenanzeige nach dem Volksverratgesetz.

Herausgeber W. Behrbohm, bei der Devisenbewirtschaftungsstelle Berlin, und Dr. A. Sudau, bei der Reichsbank Berlin. Berlin 1933. Verlag Berliner Börsen-Courier AktG.

Eine Textausgabe des VolksverratG., der Durchf. D. zum VolksverratG. und der einschlägigen ergänzenden Gesetze ist im ersten Teil dieses Buches enthalten, der demjenigen willkommen sein wird, der die einschlägigen Bestimmungen nicht zur Hand hat. Der zweite Teil ist mit „Erläuterungen zum Gesetz gegen Verrat der Deutschen Volkswirtschaft“ überschrieben. Die Erläuterungen bestehen im wesentlichen in einer Wiedergabe der amtlichen Beispiele der Durchf. D. zum VolksverratG. Eine eigene Erläuterung der Verf. ist, soweit festgestellt werden konnte, in den Erläuterungen nicht enthalten. Als „Erläuterungsbuch“ kommt deshalb dem Buch für den juristischen Praktiker kaum irgendwelcher Wert zu.

RA. Dr. Heinz Meilcke, Berlin.

Dr. jur. Hans Haage, stellvertr. Syndikus der Handelskammer Hamburg: Das Abladegeschäft. Ein praktisches Handbuch für Kaufleute und Juristen. Hamburg 1933. Verlag Friederichsen, de Gruyter & Co. m. b. H. 106 S.

Ein bedeutender Teil des gesamten Überseehandels spielt sich im Rahmen des sog. „Abladegeschäfts“ ab. Dieser Kaufvertrag von besonderer Art hat ein so vielseitiges Anwendungsgebiet und tritt in so zahlreichen Abwandlungen auf, daß jeder Versuch einer systematischen Behandlung großen Schwierigkeiten begegnen mußte. So war es denn auch hier in der Praxis mit der „Anwendung“ gesetzlicher Vorschriften nicht getan. Es blieben zahlreiche Fragen offen, die im Streitfall der Richter nur durch Auslegung mit oder ohne Hinzuziehung kaufmännischer Sachverständiger beantworten konnte. Dem Kaufmann aber, der sich durch kluge Voraussicht vor Abschluß der Geschäfte sichern wollte, fehlte es an klaren Richtlinien.

Hier war die empfindliche Lücke, die es auszufüllen galt. Mit großem Fleiß und Geschick hat der Verf. es verstanden, in einer einheitlichen, übersichtlich gegliederten Abhandlung eine klare Darstellung des Abladegeschäfts in seinen verschiedenen Gestalten und Abwandlungen zu geben.

Was bei Arbeiten auf anderen, häufiger beachteten Rechtsgebieten von vornherein festliegt, die logische und systematische Gliederung des Stoffes, mußte hier mühsam erarbeitet und aufgebaut werden, dazu in einer sowohl für den Kaufmann wie auch für den Juristen sachlichen Form.

Es liegt in dem Umfang des Stoffes begründet, daß manche nicht nur interessante, sondern auch für die Praxis hochbedeutsame Fragen, wie z. B. die Frage der Ausstellung unrichtig datierter Konnossemente gegen Nebers, nur kurz gestreift werden konnten. Immerhin wird auch hier die Richtung gewiesen, in der sich weitere Untersuchungen zu bewegen haben.

Wenn sich der Text nicht immer leicht liest, so trägt daran im wesentlichen die Schwierigkeit des Stoffes die Schuld. Immerhin ließe sich gerade auch im Hinblick auf kaufmännische Leser eine noch größere Flüssigkeit der Darstellung vielleicht u. a. durch Vermehrung solcher Fremdwörter und Wendungen erreichen, die sich durch deutsche Worte ohne weiteres ersetzen lassen.

Für jeden, der sich, sei es als Kaufmann, sei es als Jurist, mit dem Abladegeschäft zu befassen hat, ist das Buch von Haage schließlich unentbehrlich. Die Lösung der Aufgabe, die sich der Verf. in seinem Vorwort gestellt hat, ist ihm im vollen Umfange gelungen.

RA. Dr. Rudolph Martin, Hamburg.

Oberregierungsrat Dr. Carl Bernhard Zee-Heraeus und Gerichtsassessor Dr. Harold Rasch: Die Revision der Regiebetriebe. Kommentar zu den Vorschriften über die Prüfungspflicht der Wirtschaftsbetriebe der öffentlichen Hand vom 6. Okt. 1931. Berlin 1933. Carl Heymanns Verlag. 63 S. Preis 3 RM.

Die Revision der Betriebe ist eine wichtige Angelegenheit geworden. Sie ist zunächst neu geschaffen für AktG. durch die Aktienrechtsnovelle v. 19. Sept. 1931, die die §§ 262a ff. HGB. neu geregelt hat. Diese Revision ist dann ausgedehnt auf andere Betriebe: Versicherungsgesellschaften, Bausparkassen und die Wirtschaftsbetriebe der öffentlichen Hand, und zwar für letztere in der III. D. des RPräs. zur Eich. von Wirtsch. u. Fin. usw. v. 6. Okt. 1931 (Teil 5 Kap. VIII) und der D. zur Durchführung der Vorschr. über die Prüfungspflicht der Wirtschaftsbetriebe der öffentlichen Hand v. 30. März 1933. Diese beiden D. sind Inhalt des vorliegenden Kommentars, der sorgfältig abgefaßt, mit einer instruktiven Einleitung versehen ist und daher für die Praxis unentbehrlich erscheint. Verschiedene Fragen bedürfen stets eingehender Nachprüfung, vor allem die Feststellung, welche Betriebe als Wirtschaftsbetriebe der öffentlichen Hand zu gelten haben, welche Ausnahmefälle bestehen, wer als Bilanzprüfer zu bestellen ist (grundsätzlich sind Wirtschaftsprüfer zu bestellen! § 7 a. a. D.), wie die Prüfung durchzuführen ist (formelle und materielle Revision). Von Interesse zu wissen ist, daß die Tendenz des Gesetzes dahin geht, nach Möglichkeit die Überlastung der Gemeinden mit entbehrlichen und nicht existenzberechtigten Betrieben abzubauen und daß ein wesentliches Mittel zur Durchführung dieses Zwecks die Veröffentlichung der Prüfungsergebnisse ist (§ 12 a. a. D.). Die im Kommentar enthaltenen Erläuterungen stehen in angemessener Weise die handelsrechtlichen Vorschriften heran, soweit diese auch für Regiebetriebe Anwendung finden.

Wer in der Praxis mit diesen Fragen zu tun hat (Gemeinden und Wirtschaftsprüfer), wird aus diesem Kurzkommentar die unentbehrliche Aufklärung schöpfen können.

RA. Paul Jessen, Kiel.

Wechselgesetz vom 21. Juni 1933 (RGBl. I, 399) mit den Nebengesetzen, dem Wechselsteuergesetz und der Wechselordnung vom 3. Juni 1908. Textausgabe mit kurzen Anmerkungen und Sachregister. Berlin 1933. Verlag von Franz Vahlen. Preis kart. 1,20 RM, geb. 1,50 RM.

Das neue WechselG. v. 21. Juni 1933 hat die Bestrebungen zur Schaffung eines einheitlichen Wechselrechts wesentlich gefördert. Es enthält in seinem Aufbau und in zahlreichen Einzelheiten Änderungen vom bisherigen deutschen Wechselrecht.

Es ist zu begrüßen, daß für die Einarbeitung in das neue Recht, für die das Gesetz durch Hinausschiebung des Zeitpunktes des Inkrafttretens, einen gewissen Zeitraum gelassen hat, rechtzeitig Textausgaben erscheinen, die außer dem reinen Gesetzestext kurze Anmerkungen bringen, in denen Hinweise auf die den neuen Vorschriften entsprechende Bestimmung der deutschen Wechselordnung und die Neuerungen enthalten sind.

Die Textausgabe enthält das WechselG. v. 21. Juni 1933, das EinfG. zum WechselG. v. 21. Juni 1933, das Ges. über Wechsel- und Scheckzinsen v. 3. Juli 1925 und die 3. D. über benachbarte Orte im Wechsel- und Scheckverkehr v. 7. Dez. 1927, ferner das WechselStG. v. 12. Juli 1930 und die AuszBest. hierzu v. 20. Nov. 1930 und schließlich in einem Anhang die deutsche D. v. 3. Juni 1908.

Eine handliche, praktische Ausgabe, die ihren Zweck erfüllen

wird. Die Erläuterung des Gesetzes soll durch einen Kommentar von MinR. L. Duassowski und Vortragender LegR. Dr. E. Albrecht, der im gleichen Verlage mit Inkrafttreten des Gesetzes erscheinen wird, erfolgen.

**Alfred Streifler: Das Recht des Ungreifbaren, Versuch eines Systems des Immaterialgüterrechts unter besonderer Berücksichtigung der Rechte an selbständigen Immaterialgütern.** Berlin. Ernst Gerdes Verlag. 106 S. Preis 7,60 RM.

In Streiflers System des Rechts des Ungreifbaren werden die Immaterialgüter eingeteilt in: personengebundene (im engeren Sinne Ehre, im weiteren Sinne die Persönlichkeit), sachgebundene (der in jeder Sache enthaltene immaterielle Wert) und selbständige, solche, die auch losgelöst von einer Person oder Sache ein Einzelbesein führen können (die Idee geistigen oder gewerblichen Charakters, die Erkenntnis). Nach der Einleitung werden erörtert in ersten Buche: Personengebundene Immaterialgüter: die Persönlichkeit und ihr Träger, der Ehrbegriff, die Freiheit, der Name, der Schutz der Persönlichkeit, der Ehre, der weiblichen Ehre, der Autoreneure, das Recht an eigenen Wille, die Bindung der Persönlichkeitsrechte an die Person; im zweiten Buche: Sachgebundene Immaterialgüter: „alle Materie, die uns umgibt, ist in eine Form gebracht. Damit sie diese Form erlangte, ist ihr eine gewisse Menge Arbeitsleistung zugeführt worden... Dieses in jedem Gegenstande neben der Materie enthaltene Arbeitsergebnis ist ein mit jeder Sache verbundenes Immaterialgut“. Im dritten Buche werden die selbständigen Immaterialgüter in Geisteswerke und gewerbliche Immaterialgüter geschieden. „In der Mitte zwischen den gewerblichen Immaterialgütern und den Geisteswerken, beiden Kategorien gleichzeitig angehörend, stehen die Erfindungspatente. Bei ihnen ist das Volumen an geistigem Gehalt so erheblich, daß sie den Geisteswerken anzugliedern wären, während andererseits der gewerbliche Zweck bei ihnen stärker ausgebildet ist als bei reinen Geisteswerken, so daß sie hierdurch den gewerblichen Immaterialgütern zugehören (S. 35).“ „Soweit es sich nicht um Geisteswerke, sondern um gewerbliche Immaterialgüter handelt, wird man zweckmäßigerweise nicht von geistigem, sondern von gewerblichem Eigentum sprechen... Man wird also vier Arten des Eigentums zu unterscheiden haben: Das Eigentum an beweglichen Sachen, das Eigentum an unbeweglichen Sachen, das geistige Eigentum und das gewerbliche Eigentum“ (S. 37, 38). Unter der Überschrift „Geisteswerke“ werden dann behandelt: Begriff, Entstehung der Geisteswerke, Inhalt, Gegenstand des geistigen Eigentums, der Schaffensdiener, Erwerb, Verlust des geistigen Eigentums, Mehrheit von geistigen Eigentümern, die Ansprüche aus dem geistigen Eigentum, der Unterlassungsanspruch des geistigen Eigentümers, der Anspruch auf die Nutzungen, Belastungen des geistigen Eigentums, das Bearbeitungsrecht, die Publikationsrechte, Verlagsrecht, Lizenz. Bei den gewerblichen Immaterialgütern werden geheime („die wichtigsten: Fabrikationsgeheimnisse, Einkaufsgeheimnisse, Verkaufsgeheimnisse“) und offene („die besondere Geschäftsbezeichnung, die besonderen Warenbezeichnungen, die besonderen Ausstattungen und Formen der Waren, die Patente“) unterschieden. Im übrigen werden die gewerblichen Immaterialgüter im wesentlichen nach denselben Gesichtspunkten, Entstehung, Unter- gang usw., wie die Geistesgüter betrachtet. Im letzten historisch-kritischen Teil wird ein Blick auf die bisherigen Meinungen über das Recht des Ungreifbaren geworfen.

„Diese Arbeit“, sagt Streifler im Vorwort, „die zunächst noch nicht den Anspruch erhebt, in allen Teilen letzte Formulierungen zu bieten, stellt den Versuch dar, ein Rechtsgebiet systematisch zu erfassen, das man bisher überwiegend nur in seinen Teilen betrachtete, und dem man im allgemeinen überhaupt nicht jene Würdigung zuteil werden ließ, die seiner erhöhten Bedeutung im modernen Leben zukommt. Da zunächst nicht beabsichtigt war, ein umfangreiches Handbuch des Immaterialgüterrechts zu schaffen, sondern vor allem die großen Linien aufzuzeigen, kann die vorliegende Arbeit auch auf Vollständigkeit nach mehreren Richtungen hin keinen Anspruch machen... Diese Arbeit ist aus der Praxis entstanden und soll ihr möglichst unmittelbar wieder dienen.“

Mit diesen Worten hat Streifler nicht nur die Grenzen der Aufgabe, wie er sie sich gestellt hat, gezogen, sondern auch selbst die schwachen Punkte und die Grenzen des Erreichten, die den Beurteiler stören, angedeutet. Ist wirklich dem Recht des Ungreifbaren nicht jene Würdigung zuteil geworden, die seiner erhöhten Bedeutung im modernen Leben zukommt? M. E. mangelt es nicht an systematischen Schriften und Erläuterungswerken zu den einschlägigen Gesetzen, die bis zu den Grundfragen des Rechts vorstoßend vom Standpunkte der reinen und der praktischen Ver-

naunft die vom Leben vorgelegten Fragen erörtern und beantworten. Ich verweise in diesem Zusammenhange z. B. auf die noch jüngst immer wieder sich findende grundsätzliche Erörterung der auch für das Recht des Ungreifbaren geltenden Kardinalfrage nach der Bedeutung der Begriffs- oder Gefühlsjurisprudenz, des Überschagens der Norm und des Unterschagens der Einzelheiten des Falles für die Entscheidung. Der Entwurf eines Urheberrechts-gesetzes und seine Vorarbeiten sind auch ein Beweis, wie sehr Wissenschaftler, Praktiker und Gesetzgeber auf eine dem Wandel der Anschauungen und dem Fortschritt der Technik gemäße gezielte Fortentwicklung des Immaterialgüterrechts bedacht sind.

Streifler sucht den Stoff zuoberst unter dem Gesichtspunkte des geistigen und gewerblichen Eigentums zu meistern. Wie sein historisch-kritischer Teil zeigt, hat er das geistige Eigentum aus seinem dogmatischen Schlummer erweckt. Streifler versucht, wie er sagt, seine Ehrenrettung (S. 37). Auch in der Geschichte der Rechtswissenschaft ist jedes Ziel nur Aussichtspunkt nach neuen Zielen. Das schließt natürlich nicht aus, daß der Forscher von heute einen Baustein, den der Forscher von gestern verwarf, doch wieder aufnimmt und auf seine Brauchbarkeit von neuem prüft. Aber wie schon der historisch-kritische Teil Streiflers zeigt, bestehen gegen das geistige Eigentum Einwände von Gewicht. Diese finde ich nicht widerlegt. Auch davon abgesehen, hat mich Streifler nicht überzeugt, daß mit seinen im geistigen und gewerblichen Eigentum wurzelnden Gedanken für das Recht des Ungreifbaren Wesentliches gewonnen ist. Es liegt das vielleicht auch daran, daß Streifler in manchen Hinsichten mehr andeutet als ausführt. Gerade das Recht des Ungreifbaren aber ist ein Gebiet, das eine umfassendere Anschauung und Behandlung der im praktischen Rechtsverlehere auftretenden Einzelheiten fordert, ehe die Richtigkeit und Brauchbarkeit eines Systems zu seiner Beherrschung sich erweisen läßt. Ohne eine Ausführlichkeit, die eine genauere Probe am Prüfstein des Anstößigen und Praktischen möglich macht, als es die Arbeit Streiflers zuläßt, halte ich ein derartiges System mehr für ein geistreiches Gedankenpiel, weniger für eine fruchtbare Arbeit. Ich habe trotz Streiflers Schrift bisher noch die Überzeugung: Die Lehre vom geistigen Eigentum hat für das Recht des Ungreifbaren ihre Schuldbiligkeit getan. Das Ungreifbare ist m. E. zu umfangreich und zu fein verästelt, schließt zu viele und zu stachlichte Probleme in sich, als daß man ihm heute noch mit einer so umfassenden und einfachen Formel, wie sie Streifler vorschwebt, greifbar, geschweige natürlich und zwanglos, wie es Streifler erstrebt, beikommen könnte. Theorien sind gewöhnlich Übereilungen eines ungeduldigen Verstandes, der die Phänomene gern los sein möchte und an ihre Stelle deswegen Bilder, Begriffe, ja oft nur Worte einschleibt, meint Goethe. Ich will dies Wort nicht auf das System Streiflers anwenden, wenn auch sein Vorbehalt „letzter Formulierungen“ im Vorworte vielleicht die Erinnerung daran hat aufsteigen lassen. Streifler wird im übrigen mich nicht mißverstehen. Seine Arbeit ist nicht ohne Verdienst. Ihr liegt das immer richtige Bestreben zugrunde, einen verwickelten Fragenbereich wissenschaftlich einfach und praktisch dem Bedürfnisse des Lebens gemäß zu lösen. Sie übt in mehr als einem Punkte z. B. dem Wettbewerbsmomente im Urheberrecht treffende Kritik. Aber das Horazische „nonum pre-matur in annum“ hätte nach meinem Empfinden Streifler nicht schlecht beraten. Echten Endes wird darüber, ob das System Streiflers für das Recht des Ungreifbaren nicht doch noch Früchte tragen wird, nicht die Fassung entscheiden, die es in der vorliegenden, mehr die großen Linien aufzeigenden Schrift gefunden hat, sondern die, die es in der erwarteten, die großen Linien im einzelnen ausfüllenden erweiterten und verbesserten neuen Auflage hoffentlich finden wird.

RM. Dr. Plum, Köln.

### Eingegangene Bücher.

Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht. Antrittsvorlesung von Hans Großmann-Doerth. (Freiburger Universitätsreden. Heft 10.) Freiburg i. Br. 1933. Fr. Wagner'sche Universitätsbuchhdlg. Preis 1 RM.

Schnellkartei der Reichssteuergesetze. Teil I. Die gesamten Reichssteuergesetze. 21. Ersatz- und Ergänzungslieferung. Ausgegeben Ende Juli 1933. Köln. Verlag Dr. Otto Schmidt.

Dr. Ullrich, Prof. der Rechte a. d. Univ. Leipzig: Das italienische Organisationswesen. Syndikate und Korporationen. Leipzig 1933. Verlag Felix Meiner. 31 S. Preis 1 RM.

# 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.

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

#### 1. Bürgerliches Gesetzbuch.

**\*\*1.** §§ 133, 157 BGB. Auslegung des Gesellschaftsvertrags einer GmbH. durch Willensermittlung, aber an der Hand der im Vertrage niedergelegten Erklärungen — so über den Anfangstermin der Gesellschaft, wenn dieser nicht ausdrücklich bestimmt ist.)

Am 2. April 1908 schloß der inzwischen verstorbene Ehe-  
mann der Kl. mit den gleichfalls inzwischen verstorbenen  
Kaufleuten Hugo S. sen. und Hugo S. jun. einen Gesell-  
schaftsvertrag, durch den die jetzige bekl. GmbH. begründet  
wurde. Gegenstand des Unternehmens war die Fortführung  
des bis dahin unter der Firma „S. & F.“ bestehenden Ge-  
schäfts, das der Gesellschafter H. S. sen. in die neue Gesell-  
schaft einbrachte, sowie Ankauf und Verwertung von Im-  
mobilien. Über die Bewertung des eingebrachten Geschäfts  
enthielt § 4 des Gesellschaftsvertrages nähere Best. Die §§ 7  
und 8 lauteten wie folgt:

§ 7. Das Geschäftsjahr läuft v. 1. Juli bis 30. Juni  
jeden Jahres.

§ 8. Eine Kündigung der Gesellschaft ist in den ersten  
15 Jahren unstatthaft. Die Kündigungsfrist ist eine einjährige.  
Erfolgt eine Kündigung nicht zum Ablauf der ersten 15 Jahre,  
so ist die Gesellschaft auf weitere 5 Jahre unkündbar; das-  
selbe tritt ein, wenn nicht zum Ablauf einer 5jährigen Zeit-  
dauer gekündigt wird.

Die Gesellschaft ist am 23. Juni 1908 in das Handels-  
register eingetragen worden.

Die Kl. hat am 25. Jan. 1932 der bekl. Gesellschaft  
gegenüber gekündigt. Sie hat die Ansicht vertreten, daß als  
Stichtag für die Berechnung der in § 8 des Gesellschaftsver-  
trages vorgesehenen Fristen der Tag des Abschlusses dieses  
Vertrages oder allenfalls der Tag der Eintragung im Han-  
delsregister anzusehen sei, so daß die ersten 15 Jahre i. J.  
1923 abgelaufen seien, und deshalb, da weder damals noch  
i. J. 1928 die Gesellschaft ihr Ende gefunden habe, die Kün-  
digung für das Jahr 1933 zulässig gewesen sei. Infolgedessen

Zu 1. So, wie die Klage begründet worden war, ist dem Urteil  
des RG. unbedingt beizupflichten. Der Standpunkt der Kl. ist un-  
haltbar. Sie will, auf dem Wortlaut des § 8 des Gesellschaftsver-  
trages fußend, die 15jährige Frist, die für die Kündigung lief, von  
einem innerhalb des Geschäftsjahres liegenden Zeitpunkt ab beginnen  
und dementsprechend auch enden lassen. Dies widerspricht der kauf-  
männischen Anschauungsweise. Mit der Kündigung eines Gesellschafts-  
vertrages verbindet der Kaufmann, sofern nicht besondere Umstände  
vorliegen, üblicherweise die Vorstellung, daß die Kündigung für das  
Ende eines Geschäftsjahres zu erfolgen habe. Deshalb muß die gegen-  
teilige Ansicht von dem, der sie im einzelnen Falle behauptet, wahr-  
scheinlich gemacht werden. Hier hat es an Tatsachen, die für die  
Ausnahme sprechen, offenbar völlig gefehlt. Bereits die Stellung des  
§ 8, der sich unmittelbar an den von dem Geschäftsjahr handelnden  
§ 7 anschließt, deutet klar auf die herrschende Anschauung hin. Außer-  
dem bezeugen noch andere vom RG. eingehend erörterte Umstände, daß  
mit „Jahr“ das Geschäftsjahr gemeint ist.

Übrigens hätte sich die Kl. diese Auffassung für das von ihr  
angestrebte Ziel recht wohl zunutze machen, sie hätte anführen können:

sieht die Kl. auch einen in der Gesellschafterversammlung vom  
24. Juli 1925 gefaßten Beschluß, den Gesellschaftsvertrag von  
1927 ab um weitere 5 Jahre zu verlängern, als ungültig  
an, weil er eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages ent-  
halten und deshalb der gerichtlichen oder notariellen Be-  
urkundung bedürftig habe. Sie fordert, daß der bezeichnete  
Gesellschafterbeschluß als ungültig erklärt werde.

Die Bekl. hat die Abweisung der Klage beantragt. Sie  
hält die Kündigung für unwirksam, weil als Stichtag für die  
Berechnung der in § 8 bestimmten Fristen weder der Tag  
des Vertragsschlusses noch derjenige der Eintragung in Be-  
tracht kommen könne, sondern lediglich der Zeitpunkt des  
tatsächlichen Geschäftsbegins der Gesellschaft; das sei der  
1. Juli 1907 gewesen.

Die Kl. ist in allen Instanzen unterlegen.

Das BG. geht von der Erwägung aus, daß der Ge-  
sellschaftsvertrag der Bekl. den maßgebenden Anfangstermin  
für die in § 8 vorgesehenen Fristen nicht ausdrücklich be-  
zeichne, der Wille der Vertragsschließenden deshalb nur im  
Wege der Auslegung ermittelt werden könne, und daß eine  
solche auch bei einem formgebundenen Vertrage wie dem  
Statut einer GmbH. zulässig sei. Aus der Auseinanderfolge  
der §§ 7 und 8 des Gesellschaftsvertrages, von denen der  
erstere als Geschäftsjahr die Zeit v. 1. Juli bis zum 30. Juni  
jeden Jahres bestimmt, folgert das angef. Ur. dann, daß die  
Beteiligten als Kaufleute auch in § 8 als Jahreinheit das  
Geschäftsjahr im Auge gehabt haben, so daß mit den 15 Jah-  
ren, innerhalb deren die Kündigung zunächst ausgeschlossen  
sein sollte, nur 15 Geschäftsjahre gemeint sein könnten. Des-  
halb sei nach dem Willen der Parteien der Tag des Ver-  
tragsschlusses als Anfangstermin ebenso auszuschalten, wie  
der Tag der Eintragung in das Handelsregister, und es sei  
nur zu klären, ob der 1. Juli 1907 oder der 1. Juli 1908  
der maßgebende Stichtag sei. Bei der Erörterung dieser Frage  
prüft der Vorderrichter die von den Parteien vorgetragenen  
Momente und vorgelegten Urkunden, insbes. die Bilanzen  
zum 1. Juli 1907 und 30. Juni 1909, und er gelangt da-  
nach zu der Überzeugung, daß die Gründer der GmbH. den  
1. Juli 1907 als den tatsächlichen Anfang ihrer neuen Ge-  
schäftsbeziehungen, als den kaufmännischen Beginn der neuen  
Gesellschaft und damit auch als Stichtag für den Ablauf der  
in § 8 vorgesehenen Fristen betrachtet haben. An der Richtig-  
keit dieses Stichtages habe auch in der Folgezeit bis 1932  
unter den Gründern und den jetzigen Gesellschaftern niemals  
ein Zweifel bestanden.

Die Rev. rügt demgegenüber, das BG. verlese die  
Rechtsgrundsätze über die rein objektive Auslegung der  
Sagung einer GmbH., insbes. derjenigen Satzungsbest., die,  
wie die Kündigungsklausel, wegen ihrer Bedeutung für  
alle, die zu der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen treten, ein-

allerdings sei das erste Geschäftsjahr vom 1. Juli 1907 bis 30. Juni  
1908 zu rechnen. Da jedoch die Errichtung der Gesellschaft erst am  
2. April 1908 und ihre Eintragung am 23. Juni 1908 erfolgt sei,  
hätten die Gründer mit Rücksicht auf den kurzen Zeitraum, der vom  
1. Juli 1907 bis zum 30. Juni 1908 tatsächlich als Geschäftsjahr  
in Betracht gekommen sei, und dessen Kürze auch bei der Errichtung  
vorauszusehen war, als Kaufleute nicht daran gedacht, das erste Ge-  
schäftsjahr in die 15 Jahre des § 8 einzubeziehen.

Die Frage der Zulässigkeit der Rev. in betreff der dem RG.  
vorl. Klage ist zu bejahen. Denn es handelte sich für das RG. darum,  
den Sinn einer Best. des Gesellschaftsvertrages aus diesem selbst auf  
Grund der kaufmännischen Anschauungsweise zu ermitteln. Offenbar  
anders wäre über die Zulässigkeit der Rev. zu entscheiden gewesen,  
wenn die Klage nicht so, wie es geschehen ist, sondern in der vor-  
bezeichneten Weise begründet worden wäre. Denn dann hätten noch  
andere, außerhalb des Gesellschaftsvertrages liegende Umstände zur  
 Klärung der streitigen Frage, welches Geschäftsjahr als erstes zu  
 gelten habe, herangezogen werden müssen.

M. Dr. Fischer, Leipzig.

tragungs- und veröffentlichungsbedürftig seien. Auch im vorl. Fall sei Eintragung und Veröffentlichung erfolgt. Bei der Auslegung des § 8 sei deshalb nur zu berücksichtigen, was jeder Dritte aus dem Handelsregister und den zugehörigen Registerakten habe entnehmen können.

Auch das angef. Ur. geht von dem Gesellschaftsvertrage aus. Dieser enthält jedoch ausdrücklich keine Best. darüber, von welchem Anfangstermin aus die in § 8 bestimmten Fristen von 15 und 5 Jahren zu berechnen seien. Hier ist also der Wille der Vertragsschließenden lediglich im Wege der Auslegung zu ermitteln. Für diese Auslegung findet der Vorderrichter einen Anhalt im Vertrage zunächst insofern, als ein anderer Anfangstermin wie der 1. Juli 1907 oder der 1. Juli 1908 nicht in Betracht kommen könne. Gegen die Richtigkeit dieser Erwägungen des angef. Ur. hat auch die Rev. Bedenken nicht erhoben, solche können auch nicht wohl geltend gemacht werden.

Für die Entsch. der weiteren Frage, welcher von den beiden bezeichneten Terminen als Anfangstermin angesehen worden ist, hält sich der Vorderrichter allerdings durchweg an Momente, die im Gesellschaftsvertrage nicht enthalten, aus dem Handelsregister und den zugehörigen Akten nicht zu entnehmen sind. Damit verstößt das angef. Ur. aber doch nicht gegen anerkannte Auslegungssätze. In der Rpr. des RG., insbes. des jetzt erf. Sen., ist wiederholt betont, daß auch die Gründungsverträge einer GmbH. an sich der Auslegung unter Anwendung der §§ 133, 157 BGB. in gleicher Weise fähig sind, wie andere gerichtliche oder notarielle Urkunden. Es ist dabei nur ausgesprochen, daß dieser Auslegung hier insofern engere Grenzen gezogen sind, als die Satzung der GmbH. für die Allgemeinheit, also auch für Gläubiger und künftige Gesellschafter bestimmt ist, daß deshalb die wesentlichen Bestandteile der formbedürftigen Erklärung in der Urkunde selbst niedergelegt sein müssen, weil sonst der Inhalt durch die urkundliche Form nicht gedeckt wird (vgl. RG. 79, 422; 101, 247; Rdsch. für GmbH. 1929, 670; JW. 1930, 3736). Strengere Anforderungen werden auch im Schrifttum im allgemeinen nicht gestellt (vgl. Hachenburg, Ann. 58 zu § 2; Scholz V 1 zu § 3; Brodmann, Ann. 1 b zu § 2 GmbHG.). Von diesen Grundsätzen aus sind Nebenabreden und Sinnwendungen einer Satzungsvorschrift, die für Außenstehende nicht erkennbar sein konnten, nicht zugelassen worden. Um derartige Nebenabreden handelt es sich aber im vorl. Falle nicht, ebensowenig steht die Auslegung, die das BG. in Übereinstimmung mit der Befl. dem § 8 der Satzung gibt, dem Inhalt und Wortlaut des Gründungsvertrages entgegen. Hier handelt es sich lediglich darum, eine unklare und mehrfacher Auslegung fähige Best. der Satzung zu deuten, und deshalb war es nicht rechtsirrig, sondern notwendig, daß der Vorderrichter alle Behelfe zur Klärung herbeizog. Es kommt hinzu, daß die hier in Rede stehende GmbH. in den wesentlichen Punkten, so durch den Genehmigungszwang für die Abtretung der Geschäftsanteile die Möglichkeit der Kündigung, die geringe Anzahl der Gesellschafter, die sämtlich ein nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes entziehbares Recht zur Geschäftsführung besaßen, der DGH. angenähert ist, und daß ein Wechsel der Inhaber der Geschäftsanteile bisher nicht stattgefunden hat, vielmehr die jetzigen Gesellschafter sämtlich Erben der Gründer sind. Und wenn nun weiter nichts in Frage steht als die unter den Gesellschaftern streitige Auslegung der Kündigungsbestimmung, so wäre es unnatürlich, bei dieser Auslegung das nicht berücksichtigen zu wollen, was zwar nicht im Register steht, aber den Gesellschaftern bekannt ist.

Die Auslegung, die das BG. nun dahin gefunden hat, daß als Anfangstermin für die in § 8 des Gesellschaftsvertrages bestimmten Fristen der 1. Juli 1907 zu gelten habe, ist gleichfalls als allein zutreffend anzusehen. Sie ergibt sich insbes. aus den im angefochtenen Ur. berücksichtigten Tatsachen, daß die alte Firma S. & F. eine Abschlußbilanz auf den 30. Juni 1907, die Gesellschafter der GmbH. eine Eröffnungsbilanz zum 1. Juli 1907 aufstellten, und daß sich die erste laufende Bilanz der GmbH. über die Zeit vom 1. Juli 1907 bis 30. Juni 1909 verhielt.

Endlich bietet aber auch der Gesellschaftsvertrag selbst in

Verbindung mit der Eintragung im Handelsregister einen Anhalt dafür, daß die vom BG. gewonnene Auslegung die richtige ist. Die Eintragung im Handelsregister ist am 23. Juni 1908 erfolgt und damit die GmbH. an diesem Tage, also bereits vor dem 1. Juli 1908, auch im Rechtsinne ins Leben getreten. Der Gesellschaftsvertrag ist am 2. April 1908, also fast ein Vierteljahr vor dem 1. Juli 1908, geschlossen. Er enthält in § 4 die Angabe, daß der Gesellschafter H. S. sen. das bisher ihm gehörige unter der Firma S. & F. betriebene Geschäft, Warenvorräte, Inventar, ausstehende Forderungen und Passiva in die Gesellschaft einbringe. Der Wert der Übernahme wird dort auf 278 322,26 M festgesetzt, und im zweiten Absatz wird eine Verteilung dieser Summe auf Warenvorräte, Kasse, Inventar und Forderungen unter Berücksichtigung der Passiven gegeben. Hätte die GmbH. erst am 1. Juli 1908 beginnen sollen, so hätte S. sen. sein bisheriges Geschäft S. & F., um es in die GmbH. einbringen zu können, noch bis dahin weiterführen müssen. Dann aber erscheint es ausgeschlossen, daß drei Kaufleute in einem ein Vierteljahr vorher beurkundeten Vertrage bereits den Gesamtwert des Geschäfts wie auch die Einzelbewertungen, wie sie für die Einbringung drei Monate später gelten sollten, genau festlegen, ohne zu berücksichtigen, daß in der Zwischenzeit erhebliche Verschiebungen im ganzen wie im einzelnen erfolgen können, und ohne für diesen Fall einen Vorbehalt zu machen. Diese aus dem Gesellschaftsvertrage und dem Handelsregister ersichtlichen Tatsachen und die daran anknißenden Erwägungen führen mithin auch zu der Auslegung, daß der 1. Juli 1908 nicht der Anfangstermin der Gesellschaft sein kann. Ist aber andererseits wiederum dem Vertrage als Parteiwille zu entnehmen, daß nur der 1. Juli als Anfangstermin in Betracht kommt, so ergibt sich daraus, daß die Gesellschaft am 1. Juli 1907 begonnen haben muß, daß also auch von diesem Zeitpunkt ab die Frist der „ersten 15 Jahre“ des § 8 der Satzung laufen muß.

(U. v. 25. April 1933; II 411/32. — Hamm. <sup>1</sup> [Ru.]  
(= RG. 140, 303.)

**\*\*2.** §§ 883, 886, 894, 1004 BGB. Die Vormerkung sichert nur ein bestimmtes persönliches Recht; sie muß gelöscht werden, sobald feststeht, daß dieses Recht nicht zur Verwirklichung kommt. Der Anspruch ist nicht auf § 894, sondern auf § 1004 BGB. zu stützen. Kein Zurückbehaltungsrecht wegen anderer Verpflichtungen des Grundeigentümers. †)

Die ff. GmbH. ist Eigentümerin eines Rittergutes D. Die sämtlichen Geschäftsanteile der Gesellschaft gehörten früher dem B. Durch Vertrag v. 20. April 1921 veräußerte er sie an F. (den gegenwärtigen Geschäftsführer der R.) und Frau F. Da die Käufer die Zahlung eines Teiles des Kaufpreises verweigerten, weil sie betrogen worden seien, setzte ihnen der B. eine Nachfrist und erklärte nach deren fruchtlosem Ablauf seines Rücktritt vom Vertrage. Beim BG. erwirkte er darauf eine EinstwVerf., wodurch den Vertrags- und Antragsgegnern verboten wurde, über die Geschäftsanteile zu verfügen. Gegen das Ur., das die EinstwVerf. aussprach, legten beide Parteien Ber. ein. Vor dem OVG. kam es sodann zum Abschluß eines Vergleichs, wonach u. a. folgendes bestimmt wurde: „Die Antragsgegner verpflichten sich, auf dem Blatte des Rittergutes D. die Eintragung eines Verfügungsverbots und einer Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung zugunsten des Antragstellers zu beschaffen.“ Eine entsprechende Eintragung geschah in der Zweiten Abteilung des Grundbuchs am 17. Aug. 1922.

Der demnächst vom B. gegen F. und Frau F. ein-

Zu 2. Mit Recht geht das RG. bei dieser Entsch. vom Wesen der Vormerkung aus. Wird das Wesen der Vormerkung richtig erkannt, so ergibt sich alles weitere von selbst. Die Vormerkung ist ein Rechtsverhältnis, das teils dem Recht der Schuldverhältnisse, teils dem Recht der Sachen angehört, wobei das Recht der Schuldverhältnisse überwiegt. Die Vormerkung als Sicherungsmittel zum Schutz persönlicher Ansprüche, auf Einräumung, Aufhebung, Inhalts- oder Rangänderung eines dinglichen Rechts an einem Grundstück oder an einem ein Grundstück belastenden Rechte ist ein Nebenrecht solcher Ansprüche und hat nur dann Wirkungen, wenn und solange der geschützte Anspruch besteht. Es hängt also die Wir-

geleitete Hauptprozeß wurde durch einen ebenfalls vor dem OLG. abgeschlossenen Vergleich beendet. Hier wurde bestimmt, daß die Vekl. jenes Rechtsstreits die ihnen durch den Vertrag v. 20. April 1921 abgetretenen Geschäftsanteile der Kl. Gesellschaft behalten, ihrerseits aber an die Ehefrau des damaligen Kl. insgesamt 70 000 RM innerhalb gewisser Fristen und Zug um Zug gegen Löschung gewisser in der Dritten Abteilung des Grundbuchs für das Rittergut D. eingetragener Belastungen zahlen sollten. Von der in der Zweiten Abteilung Nr. 10 seit 1922 eingetragenen Vormerkung (mit Verfügungsverbot) ist in dem Vergleich v. 26. Juni 1926 nicht die Rede.

Die Kl. verlangt Verurteilung des Vekl., in die Löschung der letztwähnten Eintragung zu willigen und sie zu beantragen. Der Vekl. wendet ein, die Gegner im Vorprozeß hätten die im Vergleich v. 26. Juni 1926 eingegangenen Zahlungsverpflichtungen noch nicht vollständig erfüllt. Die Kl. behauptet das Gegenteil.

Der Vekl. ist in allen Instanzen unterlegen.

Die Vormerkung des § 883 BGB. soll den schuldrechtlichen Anspruch des Berechtigten auf Vornahme einer Verfügung sichern, die dem Verpflichteten obliegt; sie kann diese Wirkung aber nur bis zur Grenze der schuldrechtlichen Verpflichtung des zur Vormerkung Verpflichteten äußern (vgl. RG. 113, 404<sup>1</sup>). Die Sicherungswirkung und die Bedeutung der Vormerkung überhaupt ist vom Gesetz immer nur unter der selbstverständlichen Bedingung gegeben, daß das zu schützende dingliche Recht in Zukunft wirklich in rechtsgültiger Weise begründet wird, und sobald der Rechteintritt dieser Bedingung gewiß ist, wird auch die ganze Vormerkung mit allen ihren bis dahin bestandenen Wirkungen hinfällig (§ 168 Abs. 2 BGB.), da der Anspruch, den sie sichern soll, nicht mehr zur Entstehung gelangen kann (RG. 65, 261<sup>2</sup>); vgl. auch 121, 47<sup>3</sup>; 124, 84; 128, 248<sup>4</sup>). So liegt hier der Fall, denn der Vekl. hat im Vergleich v. 26. Juni 1926 auf den vorher von ihm verfolgten Auflassungsanspruch endgültig und unbedingte Verzicht, so daß in keiner Hinsicht mehr Raum blieb für eine Sicherung dieses Anspruchs durch eine Vormerkung. Bei solcher Sachlage ist die von der Eintragung betroffene Grundstückseigentümerin selbstverständlich berechtigt, von dem Gläubiger, dessen Anspruch gesichert werden sollte, die Beseitigung der Vormerkung zu verlangen.

Diese Berechtigung läßt sich im gegebenen Falle zwar nicht auf § 886 BGB. gründen, denn es liegt hier keine

lung der Vormerkung von dem Bestehen des als gesichert eingebrachten Anspruchs ab. Die ganze Vormerkung wird also hinfällig in dem Augenblick, wo der Anspruch nicht besteht bzw. wo sich herausstellt, daß ein bedingter oder künftiger nicht zur Entstehung gelangt.

Es fragt sich nun nur, ob der Entsch. darin beizupflichten ist, daß in einem solchen Falle der betroffene Grundstückseigentümer die Beseitigung der Vormerkung mit Hilfe des § 1004 BGB. verlangen, oder ob ihm auch der § 894 BGB. zur Seite stehen kann, was das RG. noch in 81, 289 unentschieden läßt, was es aber mit der vorl. Entsch. ausschließen will. Die Literatur will überwiegend den § 894 anwenden. Es wird aber dabei übersehen, daß das Gesetz als Voraussetzung des Berichtigungsanspruchs verlangt, daß der Inhalt des Grundbuchs, also mithin der Vormerkung, in Ansehung eines Rechts an einem Grundstück oder eines Rechts an einem Grundstück belastenden Rechte oder einer Verfügungsbeschränkung unrichtig sein muß. Die Vormerkung ist nun weder eine Verfügungsbeschränkung i. S. des § 892 Abs. 1 noch ein Recht an einem Grundstück oder an einem Grundstück belastenden Rechte. Sie ist niemals ein dingliches Recht am Grundstück, wie es § 894 verlangt. Mit Recht schließt daher das RG. die Anwendbarkeit des § 894 aus und weist einen Weg über § 1004. Derjenige, der zur Beseitigung der Vormerkung verpflichtet ist, hat einen das Recht des Eigentümers beeinträchtigenden Zustand geschaffen, und der Beeinträchtigte hat den Anspruch darauf, daß dieser Zustand beseitigt wird.

Daß endlich ein Zurückbehaltungsrecht nicht gegeben war, ergibt sich ohne weiteres daraus, daß die fragliche Vormerkung als Sicherungsmittel selbstständig ja keine Wirkung mehr haben kann, wenn der zu sichernde Anspruch nicht mehr besteht. Sie ist zwar äußerlich noch vorhanden, rechtlich aber nicht mehr von Bedeutung.

RA. Dr. Erwin Roach, Halle (Saale).

Einrede vor, wie sie die Gesetzesstelle im Sinne hat (rechtszerstörende Einrede, die aber den Anspruch an und für sich unberührt läßt), sondern eine Einwendung i. S. des BGB., mit welcher der völlige Untergang des Anspruchs durch Verzicht geltend gemacht wird (vgl. RGKKomm., 6. Aufl., Anm. 2 zu § 886 BGB.; Anm. 2 Abs. 6, Anm. 8 Abs. 1 zu § 883 BGB.). Ob die Klage wegen Beseitigung der Vormerkung auf § 894 BGB. oder auf § 1004 das. zu stützen ist, hat der 5. ZivSen. in RG. 81, 289<sup>5</sup>) unentschieden gelassen in einem Falle, wo auf Grund einer nicht rechtzeitig vollzogenen Eintragsverf. eine Vormerkung eingetragen worden war. In- des kann es nicht zweifelhaft sein, daß § 894 BGB. hier auszuscheiden hat, weil es an den Voraussetzungen des Grundbuchberichtigungsanspruchs fehlt. Davon, daß der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung eines Rechtes am Grundstück oder eines Rechtes an einem solchen Rechte mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange stände, kann hier keinesfalls die Rede sein; denn eine Vormerkung stellt niemals ein dingliches Recht am Grundstück dar, wie es § 894 voraussetzt. Auch als „Verfügungsbeschränkung der im § 892 Abs. 1 BGB. bezeichneten Art“ kann die Vormerkung nicht in Betracht kommen; dies hat der 5. ZivSen.: RG. 113, 408/409<sup>6</sup>) unter eingehender Würdigung des Schrifttums überzeugend dargelegt. Sonach kann auch die Voraussetzung des § 894 BGB., daß das Recht des Grundstückseigentümers durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt sei, nicht als erfüllt gelten in einem Falle, wo eine Vormerkung durch späteren Wegfall des Anspruchs, den sie sichern sollte, gegenstandslos geworden ist (vgl. auch RGKKomm. Anm. 1 d Abs. 2 zu § 894 BGB.). Deshalb kann nur der im § 1004 Satz 1 BGB. geordnete allgemeine Anspruch des Eigentümers gegen denjenigen, der sein Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, der auf Löschungsbevollmächtigung gerichteten Klage als Grundlage dienen; hierzu kann auf die zutreffenden Darlegungen im RGKKomm. Anm. 2 zu § 886 BGB. verwiesen werden. So hat denn auch der 5. ZivSen. in einem Urte. v. 4. März 1922, V 388/21 (SeuffArch. 77, 188), wo über die Beseitigung einer infolge rechtskräftiger Aberkennung des zu sichernden Anspruchs gegenstandslos gewordenen Vormerkung zu entscheiden war, den § 1004 BGB. in den Vordergrund gestellt, wenn der Sen. auch damals noch wegen etwaiger Anwendbarkeit des § 894 BGB. Zweifel äußerte.

Gegenüber dem sonach begründeten Klagenanspruch, den die Kl. Grundstückseigentümerin von vornherein auch in dieser Weise geltend gemacht hat, steht dem Vekl. kein Zurückbehaltungsrecht zu. Dies ist schon deshalb zu verneinen, weil auf Grund des Gesetzes die streitige Vormerkung dadurch hinfällig wurde, daß der ihr zugrunde liegende Auflassungsanspruch infolge des im Vergleich v. 26. Juni 1926 erhaltenen Verzichts des Vekl. unterging, und weil die Kl. als Eigentümerin diese Rechtsfolge gem. § 1004 BGB. ohne weiteres geltend machen darf. Somit kann weder § 320 BGB. noch § 273 das. eingreifen. Es würde aber auch bei den Verpflichtungen, die in Rede stehen, an der Wesensgleichheit von Gläubiger und Schuldner fehlen; denn die Pflicht zur Löschungsbevollmächtigung liegt dem Vekl. der Kl. Gmbh. gegenüber ob, während die im Vergleich v. 26. Juni 1926 bestimmten Geldzahlungen von B. und Frau F. persönlich der Ehefrau des Vekl. geschuldet wurden.

(U. v. 3. März 1933; VII 330/32. — Breslau.) [Ru.]

## 2. Handelsgesetzbuch.

3. § 366 HGB.; §§ 932 Abs. 2, 1207 BGB. Verpflichtung des ein Lombarddarlehn gebenden Bankiers, sich um die Verfügungsbefugnis des Lombardschuldners zu kümmern. f)

Die Firma B. hatte von der Kl. 300 Sack (2 Waggons) unter Eigentumsvorbehalt gekauftes Weizenmehl bei der Vekl.

<sup>5</sup>) ZB. 1913, 438.

<sup>6</sup>) ZB. 1926, 2621.

Zu 3. Der Entsch. ist zuzustimmen.

Die Frage, welche Anforderungen an den guten Glauben bei

<sup>1</sup>) ZB. 1926, 2621.

<sup>2</sup>) ZB. 1907, 256.

<sup>3</sup>) ZB. 1928, 1817.

<sup>4</sup>) ZB. 1930, 2432.

lombardiert. Die Kl. verlangt Herausgabe des Weizenmehls mit der Behauptung, daß die Bekl. bei der Lombardierung grob fahrlässig gehandelt habe. RG. hat abgewiesen, RG. verurteilt.

Ob jemandem eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, ist, wie oft vom RG. für andere Gesetzesbest. und auch für § 932 Abs. 2 BGB. — das gleiche muß auch für § 1207 BGB. und § 366 BGB. geltend — ausgesprochen worden ist, im wesentlichen Frage tatrichterlicher Würdigung. Der Tatrichter hat dabei die gesamten Umstände zu berücksichtigen und danach zu entscheiden, ob die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße verletzt worden und ob das Unbeachtete geblieben ist, was im gegebenen Falle jedem einleuchten mußte. Danach entscheidet sich, welche Anforderungen beim Eigentumserwerb an beweglichen Sachen und bei der Verpfändung beweglicher Sachen an die Prüfungspflicht des Erwerbers im Interesse des wahren Eigentümers zu stellen sind. Richtig ist, daß bisweilen eine solche Prüfungs- und Nachforschungspflicht nur angenommen worden ist, wenn bestimmte Verdachtsgründe dazu Veranlassung geben. Einem solchen Ausspruch kann aber keine Gültigkeit für alle Fälle beigegeben werden, da die Entsch. stets auf den einzelnen Fall abgestellt werden muß.

Dieser Rspr. entspricht es nun nicht, wenn der VerKl. unter Heranziehung von drei Ur. des RG. (JW. 1927, 1683; RGWarn. 1932, 16 und RG. 135, 75 [85]<sup>1)</sup>) ausführt, das RG. habe, wenn es sich um einen zuverlässigen älteren Kunden handelte, als ausschlaggebend bezeichnet, ob Anlaß zum Mißtrauen in dessen Bonität und Redlichkeit gegeben war. Dabei hat der VerKl. nicht berücksichtigt, daß seit diesen Entsch. die wirtschaftlichen Verhältnisse sich verschlechtert haben, und er hat nicht geprüft, ob nicht infolge der Verschärfung der Wirtschaftskrisis die Aufstellung strengerer Erfordernisse geboten ist. Diese Prüfung hätte um so näher gelegen, als im Juli 1931 die bekannte Bankenkrise in Deutschland ausgebrochen war, die zu staatlichen Eingriffen in das Wirtschaftsleben geführt hatte, um einen allgemeinen Zusammenbruch zu verhüten. Der VerKl. hat aber weiter übersehen, daß in dem von ihm angezogenen RGUr. RG. 135, 75 (85)<sup>2)</sup> der Sachverhalt auch insofern ein anderer war, als dort Januar 1930 die gutgläubige Erwerberin des Zuckers sich von dem Verkäufer, der damals als zuverlässiger Zuckerhändler galt, immerhin hatte erklären lassen, der Zucker sei bezahlt und sein Eigentum, während hier (November 1931) die Bekl. die beiden Ladungen Weizenmehl lombardierte, ohne die Firma B. auch nur zu befragen, ob sie Eigentümerin der Ware oder wenigstens berechtigt war, über die Ware für den

Erwerb eines dinglichen Rechts an fremden unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Sachen zu stellen seien, hat die Gerichte in den letzten Jahren häufiger beschäftigt. Nach § 932 BGB. schließt nur Kenntnis und grob fahrlässige Unkenntnis den gutgläubigen Erwerb aus. Das BGB. hat also, im wesentlichen deutsch-rechtlichen Gedankengängen folgend, dem Eigentum des Lieferanten keinen erheblichen Schutz zuteil werden lassen, diesen vielmehr darauf angewiesen, bei Kreditverkäufen, auch soweit sie unter Eigentumsvorbehalt erfolgen, die Vertrauenswürdigkeit des Abnehmers sorgfältig zu prüfen.

Es läßt sich nicht verkennen, daß die mit der fortschreitenden Zerrüttung der Wirtschaft und dem Zusammenbruch der Autorität des Staates einhergehende Unterhöhlung der geschäftlichen Moral zu einer früher nicht gekannten Häufung unrechtmäßiger Verfügungen über fremdes Eigentum führte. Die Gefährdung zahlreicher Existenzen durch die Uneinbringlichkeit der Außenstände ließ andererseits den ausreichenden Schutz der Warengläubiger durch einen möglichst rechtsbeständigen Eigentumsvorbehalt unentbehrlich erscheinen. Es war daher verständlich, daß man wirtschaftlich unerwünschten Schädigungen der Warengläubiger durch Verschärfung der Anforderungen zu begegnen suchte, die an die Sorgfaltspflicht des Erwerbers zu stellen waren. Nur so war es möglich, daß die Frage überhaupt aufgeworfen wurde, ob der Erwerber eines dinglichen Rechts an einer beweglichen Sache verpflichtet sei, nur bei Vorliegen bestimmter Verdachtsgründe nach den wahren Eigentumsverhältnissen oder der Verfügungsbefugnis des anderen Teils Nachforschungen anzustellen (so z. B. bei Erwerb eines Kraftwagens RG. VII 52/31 v. 17. Nov. 1931) oder ob er gehalten sei, auch ohne diese, also unter allen Umständen, sich volle Aufklärung

Eigentümer zu verfügen. Der VerKl. meint nun zwar, aus der bloßen Zeitfolge des Kaufabschlusses v. 5. Nov. 1931 und den beiden Lombardierungen v. 12. und 20. November 1931 sei nichts Verdächtiges zu entnehmen. Die Bekl. habe die ihr zum Lombard angetragene Ware wie üblich beliehen, sobald sie in ihrem Besitz angelangt sei. Damit wollte der VerKl. den gegen teiligen Standpunkt der Kl. ablehnen, die insbes. ausgeführt hatte, der Lombard des ersten Postens sei bereits vor dessen Eintreffen noch im Waggon am 11. Nov. 1931 vereinbart und der Lombardauftrag sofort nach Eintreffen am 12. Nov. 1931 ausbezahlt worden; ebenso sei der zweite Posten sofort nach seinem Eintreffen am 19. Nov. 1931 lombardiert worden. Der VerKl. hat hierzu Feststellungen nicht getroffen. In Betracht der im Nov. 1931 offenkundig gespannten Geldverhältnisse hätte aber geprüft werden müssen, ob die Bekl., wenn sie mit einer solchen Sachlage rechnen mußte, ohne grobe Fahrlässigkeit annehmen konnte, daß die Firma B. am 5. Nov. 1931 zwei Waggon Mehl gegen Kasse von einer Mühle kaufen und sie voll bezahlen würde, um sie sofort nach ihrem Eintreffen noch im selben Waggon für einen Teil des Wertes zu verpfänden und die Leihsumme außer der Lombardprovision mit 9 bzw. 12% jährlich zu verzinsen. Die Annahme des VerKl., es hätte unter diesen Umständen geradezu eine Vermutung dafür gesprochen, daß die beiden Waggonladungen Weizenmehl bei den Lombardierungen v. 12. und 20. Nov. 1931 bezahlt gewesen seien, ist danach nicht einleuchtend.

(U. v. 26. Mai 1933; VII 69/33. — Karlsruhe.) [Ru.]

### 3. GmbH.-Gesetz.

4. §§ 8, 37, 39, 46, 48, 78 GmbHG.; § 625 BGB.

1. Für die Endigung des auf bestimmte Zeit geschlossenen Anstellungsvertrages des Geschäftsführers einer GmbH. bedarf es keines Gesellschafterbeschlusses.

2. Eine stillschweigende, weiter fortgesetzte Tätigkeit bedeutet nur dann eine Verlängerung des Vertrages, wenn ihr keine der Vertragsparteien widersprochen hat.†)

Die Bekl., deren Gesellschafter zur einen Hälfte des Stammkapitals der Geschäftsführer E. W., zur anderen Hälfte die Witwe des 1927 verstorbenen früheren Gesellschafter B. W. mit ihrer minderjährigen Tochter sind, bestellte durch Gesellschafterbeschuß v. 9. Jan. 1929 den Kl. zum zweiten Geschäftsführer. Der v. 10. Jan. 1929 datierte Anstellungsvertrag war zunächst bis Ende 1930 geschlossen und ist nach-

zu verschaffen (das verlangt das RG.: JW. 1932, 63 bei Ankauf wertvoller Sachen aus Privathand).

Das RG. will die Richtigkeit der ersten Alternative zwar nicht mehr vorbehaltlos anerkennen, es entschließt sich aber auch nicht, der zweiten beizutreten, lehnt diese vielmehr durch die Feststellung ab, daß die Entsch. stets auf den einzelnen Fall abzustellen sei, und hebt demgemäß gerade diejenigen Umstände hervor, die hier ein Mißtrauen begründen konnten. Die Bedeutung der Entsch. liegt darin, daß dem Erwerber nicht gestattet wird, sich ausschließlich auf die Bonität und Redlichkeit des Verpfänders zu verlassen und mit Rücksicht auf dessen guten Ruf verdächtige Begleitumstände unbeachtet zu lassen. Ob im vorl. Falle die Umstände den Verdacht einer unredlichen Verfügung rechtfertigten, ist in den Instanzen verschieden beurteilt worden. Das RG. verlangt von der Erwerberin ein recht ausgeprägtes Urteilsvermögen, ein Standpunkt, der unter den damaligen Verhältnissen berechtigt erscheinen mag.

Mit der Rückkehr bedingungsloser Ehrlichkeit in den kaufmännischen Verkehr werden unrechtmäßige Verfügungen wieder zu den Ausnahmen gehören, so daß die Rspr. auch ihrerseits zu einer mildernden Beurteilung zurückkehren kann. Es besteht wohl kaum ein Zweifel, daß eine Überspannung der Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Erwerbers die freie Entwicklung des geschäftlichen Verkehrs behindert, ganz abgesehen davon, daß für den ehrlichen Kaufmann die Nachprüfung seiner Angaben eine schwere Beleidigung darstellt.

RM. Dr. Albert Michels, Duisburg.

Zu 4. Das Ur. das nunmehr auch in RG. 140, 314 abgedruckt ist, erweckt in verschiedener Richtung erhebliche Bedenken: Der Kl., der als Geschäftsführer der bekl. GmbH. durch

<sup>1)</sup> JW. 1932, 1212.

<sup>2)</sup> JW. 1932, 1212.



maß bis Ende 1931 verlängert worden. In einer privatschriftlichen Urkunde v. 9. Jan. 1929 hat E. W. in die Bestellung des Kl. zum Geschäftsführer eingewilligt und Frau W. sich für sich und ihre Tochter verpflichtet, falls E. W. den Kl. wieder abuberufen wüßte, mit für die Abberufung zu stimmen. Am 31. März 1932 kündigte E. W. namens der Bekl. dem Kl. schriftlich zum 30. Juni 1932. Ein besonderer Gesellschaftsbeschl. über seine Abberufung ist nicht gefaßt. Der Kl. hält die Kündigung für ungültig und klagt auf Feststellung, daß er noch weiter Geschäftsführer der Bekl. sei, sowie auf Zahlung von Gehalt.

LG. und BG. haben verurteilt, RG. hat abgewiesen.

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt allein davon ab, ob das zwischen den Parteien begründete Rechtsverhältnis über den 30. Juni 1932 hinaus, bis zu dem der Kl. seine Bezüge als Geschäftsführer der Bekl. unstreitig erhalten hat, noch Bestand hat. Das BG. ist dieser Meinung, da angeht die Untrennbarkeit des auf dem Anstellungsvertrage vom 10. Jan. 1929 beruhenden Dienstverhältnisses des Kl. von seiner Vertretungsmacht als Geschäftsführer zufolge § 46 Ziff. 5 GmbHG. sowohl zu seiner Abberufung von der Geschäftsführung wie zur Kündigung des Dienstvertrages ein Gesellschaftsbeschl. nötig sei. Ein solcher sei jedoch nie gefaßt worden und auch nicht in dem Abkommen der Gesellschafter v. 9. Jan. 1929 zu erblicken, durch das E. W. auch nicht ermächtigt worden sei, den Kl. selbständig abuberufen. Sei aber die Abberufung sonach nicht rechtswirksam erfolgt, so bestehe auch das Anstellungsverhältnis des Kl. weiter.

Diese Entsch. ist nicht haltbar. Grundlegend ist, daß der Anstellungsvertrag des Kl. v. 10. Jan. 1929 (§ 5) nur auf die Zeit bis zum 31. Dez. 1930 lautete und nochmals, wie unstreitig, lediglich auf die Dauer des Jahres 1931 verlängert worden ist. Der Kl. war nun nicht Gesellschafter der Bekl., seine Bestellung zum Geschäftsführer gründete sich nicht auf die Satzung der Bekl. oder sonstige gesellschaftsrechtliche Befugnisse des Kl., vielmehr allein auf den zwischen ihm und der Gesellschaft abgeschlossenen Dienstvertrag; sie erreichte deshalb notwendigerweise zusammen mit diesem ihr Ende. Dem stand nicht entgegen, daß nach außen hin eine, sei es auch nur zeitliche Beschränkung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers keine rechtliche Wirkung hat (§ 37 Abs. 2 GmbHG.), im Handelsregister nicht eintragbar wäre und im vorl. Falle auch weder dort eingetragen noch dazu angemeldet ist. Denn die in §§ 8, 39, 78 GmbHG. statuierte Anmeldepflicht dient nur den Interessen des Geschäfts- und Prozeßverkehrs der mit der GmbH. in Verbindung Tretenden mit der Wirkung, daß

Gesellschaftsbeschl. v. 9. Jan. 1929 bestellt und durch Vertrag v. 10. Jan. 1929 angestellt worden war und dessen Anstellungsverhältnis nach Verlängerung Ende 1931 endigte, macht zwei Ansprüche geltend, die man auseinanderhalten muß: er verlangt Feststellung, daß er trotz der am 31. März 1932 erfolgten Kündigung zum 30. Juni 1932 noch weiter Geschäftsführer der Bekl. sei und weiter Zahlung von Gehalt für die Monate Juli bis September 1932.

1. Was zunächst den Zahlungsanspruch anlangt, so ist klar, daß er in erster Linie auf einen mit dem Bekl. geschlossenen Dienstvertrag zu stützen ist. Ein solcher Vertrag konnte nach Ablauf des auf Zeit geschlossenen alten Vertrages gem. § 625 BGB. geschlossen werden. Die Voraussetzungen dieser gesetzlichen Best. liegen jedoch, wie das Art. zutreffend darlegt, nicht vor. Aber nun ist zu prüfen, ob etwa Anfang 1932 zwischen dem Kl. und der Bekl. ein neuer Dienstvertrag geschlossen wurde, wie der Kl. behauptet hat. Das RG. hält die Behauptung aber für unerheblich: die behauptete Abmachung „konnte dem Kl. die ihm verlorene Geschäftsführerstellung nicht zurückgeben, da sie den dazu erforderlichen Gesellschaftsbeschl. nicht zu ersehen vermochte“. Die Notwendigkeit eines Gesellschaftsbeschl. wird dabei offenbar aus § 46 Nr. 5 GmbHG. gefolgert. Diese Auffassung verkennt den grundsätzlichen Unterschied, der zwischen Anstellung und Bestellung eines Geschäftsführers besteht. § 46 GmbHG. handelt nur von der Bestellung zum Geschäftsführer und verlangt für sie einen Gesellschaftsbeschl. Die Anstellung ist dagegen in § 46 Nr. 5 nicht geregelt. Sie erfolgt zwar häufig, aber nicht notwendig durch die Gesellschafter (Sachenburg-Wing-Schmidt § 35 Anmerk. 44). Mit dem Hinweis auf §§ 46 Nr. 5, 48 kann daher die Behauptung des Abschlusses eines neuen Dienstvertrages nicht abgeschnitten werden.

2. Der Feststellungsantrag des Kl. wird vom RG. mit

Änderungen in der Person der Geschäftsführer, insbes. die Beendigung ihrer Vertragsbefugnis, vor ihrer handelsregisterlichen Eintragung und Bekanntmachung Dritten, sofern sie nicht darum wissen, von der GmbH. nicht entgegengesetzt werden können (§ 15 Abs. 1 HGB.). Dagegen ist eine weitere Rechtsfolge mit der Unterlassung der Eintragung nicht verbunden. Das BG. geht also fehl, wenn es, gleichviel, ob der Anstellungsvertrag des Kl. Ende 1931 ablief, gemäß § 46 Ziff. 5 GmbHG. zu seiner Abberufung von der Geschäftsführung wie zur Kündigung seines Dienstvertrages einen Beschluß der Gesellschafter erfordert. Nachdem er aber einmal auf gehört hatte, Geschäftsführer zu sein, hätte er zufolge der erwähnten Gesetzesvorschrift nur kraft eines neuen Gesellschaftsbeschlusses wieder dazu bestellt werden können. Ein solcher ist aber nicht gefaßt worden. Auch in der privatschriftlichen Vereinbarung der Gesellschafter E. und M. W. v. 9. Jan. 1929 war kein derartiger Beschl. enthalten. Sie enthielt vielmehr lediglich ein Abkommen über die Stimmrechtsausübung der Frau W. bei der etwaigen Beschlußfassung der Gesellschafter über eine Abberufung des Kl., ein Abkommen, das Vorinstanz in Übereinstimmung mit dem vom erf. Sen.: RG. 133, 90 (93)<sup>1)</sup> dargelegten Grundfäden mit Recht für zulässig und rechtlich bedenkenfrei erklärt. Die Beschlußfassung über die Neubestellung des Kl. hätte entweder in einer Versammlung der Gesellschafter stattfinden müssen (§ 48 Abs. 1 GmbHG.), die nicht abgehalten worden ist, oder durch schriftliches Einverständnis aller Gesellschafter nach § 48 Abs. 2 l. c. ersetzt werden können, das gleichfalls nicht behauptet ist. Zu einer Neubestellung des Kl. zum Geschäftsführer ist es also nicht gekommen.

Anders läge die Sache, wenn der Kl. sich auf die Vorschr. in § 625 BGB. berufen könnte, sein Dienstverhältnis also über den 31. Dez. 1931 hinaus von ihm mit Wissen und ohne unverzüglich erklärten Widerspruch der Bekl. fortgesetzt worden wäre. Indessen ist auch dieser Fall nicht gegeben. Die erwähnte Vorschr. stellt gleich der im Mietrecht (§ 568 BGB.) enthaltenen sog. *relocatio tacita* keine Rechtsvermutung für den Abschluß eines Verlängerungsvertrages auf, sondern knüpft rein positiv an gewisse objektive Tatsachen die Wirkung einer Erstreckung des Vertragsverhältnisses (vgl. Dertmann, BGB. § 568 Anm. 3; Planck, BGB. § 568 Anm. 2b; RG.: WarnRspr. 1925 Nr. 23; Enneccerus-Lehmann, BGB., Schuldverh. § 131 IV usw.). Es ist also unerheblich, ob Umstände vorliegen, die auf eine stillschweigende Verlängerung des Dienstverhältnisses hindeuten scheinen, insofern der Kl. nicht nur über den Ablauf des Jahres 1931 für die Bekl. tätig geworden ist und sich bei ihr Gehalt

der Begr. zurückgewiesen, daß „die Geschäftsführerstellung des Kl. mit dem zeitlichen Ablauf seines Dienstvertrages Ende 1931 von selbst endigte“, so daß es eines Beschl. gem. § 46 Nr. 5 nicht bedurfte. Auch hier wird der Unterschied von Abberufung des Geschäftsführers und Auflösung des Dienstvertrages verkannt. Es kann jemand gesellschaftsrechtlich zum Geschäftsführer bestellt und als Geschäftsführer nicht abberufen sein, ohne individualrechtlich „Geschäftsführer“, dienstverpflichtet zu sein und demgemäß ohne Gehaltsansprüche zu haben, und ebenso kann ein kraft Dienstvertrag Verpflichteter der gesellschaftsrechtlichen Stellung als Geschäftsführer noch oder wieder entbehren, wie sich aus Art. 38 Abs. 1 ohne weiteres ergibt und nicht nur der Rspr. des erf. 2. Sen. selbst (JW. 1915, 653) entspricht, sondern auch dem herrschenden Schrifttum (Molitor, Die Bestellung zum Vorstandsmittglied einer AktG., Festschrift für Ehrenberg 45 ff.; Feine, Ehrenb. Fdb. III 3, 470 ff., 478, 484).

Es mag zwar dem RG. zugegeben werden, daß die gesellschaftsrechtliche Stellung als Geschäftsführer beschränkt sein und daß diese Frist zugleich mit dem Dienstvertrag ablaufen kann. Abzulehnen ist aber jedenfalls der Ausspruch des RG., die Organstellung des Kl. habe mit dem Dienstvertrag „von selbst, notwendigerweise“ geendet. Das kann so sein, aber es braucht nicht so zu sein. Entscheidend kommt es vielmehr darauf an, welchen Inhalt der Gesellschaftsbeschl. v. 9. Jan. 1929 (nicht der Vertrag v. 10. Jan. 1929) hatte und ob aus ihm unmittelbar oder kraft Auslegung zu entnehmen ist, daß individual- und sozialrechtliche Stellung des Kl. so verknüpft werden sollten, daß mit jener auch diese endigte. Diese Prüfung aber läßt das Art. vermischen.

Dr. F. K e f f e r, PrivDoz. a. d. Handelshochsch. Berlin.

<sup>1)</sup> JW. 1931, 2958.

entnommen, sondern auch die Befl. seine weitere Betätigung als solche nicht beanstandet hat, und ihr Kündigungsschreiben v. 31. März 1932 den Anschein einer erst für Ende Juni 1932 gewollten Aufhebung des Vertragsverhältnisses erweckt, da die Befl. des § 625 BGB. eben nicht auf vertragsbegründenden Willenserklärungen der Beteiligten beruht. Von Anwendung dieser Vorschr. kann nur dann die Rede sein, wenn von keiner Seite der Vertragsverlängerung überhaupt und der Verlängerung zu den bisher geltenden Bedingungen widersprochen wird. Fest steht aber, daß E. W. bereits im Dez. 1931 mit dem Kl. über eine Herabsetzung seiner Bezüge verhandelt, eine solche verlangt, damit aber eben der Verlängerung seines Vertrages unter den bisherigen Bedingungen sich widerlegt hat. Damit war seitens der Befl. der Fortsetzung des Dienstverhältnisses des Kl. noch vor dessen Ablauf widersprochen (vgl. hierzu RGW. Komm. z. BGB. § 568 Anm. 2), und die Möglichkeit einer Anwendung des § 625 BGB. scheidet aus, ohne daß es noch darauf anläme, ob B. ausdrücklich eine weitere Verlängerung des Vertrags verweigert hat. Danach war eine Fortsetzung des Dienstvertrages i. S. von § 625 BGB. angesichts des einmal zum Ausdruck gebrachten Widerspruchs der Befl. nicht mehr möglich, vielmehr konnte es sich nur um eine Neubegründung des durch Zeitablauf erledigten Rechtsverhältnisses handeln.

(U. v. 5. Mai 1933; II 10/33. — Jena.) [Ru.]  
 (= RG. 140, 314.)

#### 4. Genossenschaftsgeleb.

\*\*5. §§ 16, 22, 82, 90, 97, 133 GenG.

1. Für die Herabsetzung des Geschäftsanteils an einer Genossenschaft gelten nur die Vorschriften der §§ 82 Abs. 2 und 90 GenG., welche dreimalige Bekanntmachung mit Aufforderung zur Meldung der Gläubiger und die Verteilung von bestimmten Voraussetzungen anordnen, nicht aber die Vorschrift des § 133 Abs. 2 Satz 1, wonach die Anmeldung des Beschlusses für Herabsetzung der Haftsumme nicht vor Ablauf eines Sperrjahres zum Register erfolgen darf. Der Beschluß auf Herabsetzung des Geschäftsanteils wird deshalb sofort mit der Eintragung wirksam. Die später eingetretenen Genossen sind nach seiner Maßgabe Genossen geworden, während eine Befreiung der Einlagepflicht der alten Genossen und die Möglichkeit einer Auskehr eines höheren Guthabens erst eintritt, wenn den Erfordernissen der §§ 82, 90 genügt ist.

2. Die nachträgliche Einführung einer Pflichtbeteiligung für mehr als einen Anteil kann nur so erfolgen, daß sie sich auf die Genossen gleichmäßig auswirkt (RG. 124, 1821; 128, 342). Doch können die Genossen insoweit in Anspruch genommen werden, als sie freiwillig Anteile übernommen haben.

Die gemeinschuldnerische Genossenschaft ist im Frühjahr 1925 gegründet und demnachst im Genossenschaftsregister eingetragen worden. Der Geschäftsanteil betrug ursprünglich 50 RM, die Höchstbeteiligungsziffer 200 Stück, die Haftsumme 500 RM; durch GenVersBeschl. v. 25. Okt. 1926 ist der Geschäftsanteil auf 300 RM erhöht worden. Eintrag im Genossenschaftsregister ist unter dem 1. Sept. 1927 erfolgt. In einer weiteren GenVers. v. 29. Mai 1928 ist nun u. a. folgender Beschluß gefaßt worden: „Der Geschäftsanteil, der bisher 300 RM betrug und 500 RM Haftsumme, wird verändert in der Weise, daß er umgestellt wird in drei Geschäftsanteile von je 100 RM mit je 500 RM Haftsumme. Jedes Mitglied muß aber mit der Anteilsumme beteiligt bleiben, mit der es heute schon der Genossenschaft verpflichtet ist. Es muß daher eine Verdreifachung der bisherigen Haftsumme entstehen, während eine Verringerung der Verpflichtungssumme aus den bisherigen Geschäftsanteilen nicht eintreten darf. Dies trifft auch für diejenigen Mitglieder zu, die mehr als einen Geschäftsanteil bisher hatten. Für neue Mitglieder beträgt der Geschäftsanteil 100 RM und die Haftsumme 500 RM. Neue Mit-

glieder müssen nur mit einem Anteil beteiligt sein. Desgleichen ist auch die Zahl der zugelassenen Geschäftsanteile von 200 auf 600 zu erhöhen. § 8 des Statuts ist entsprechend zu ändern.“

Auch dieser Beschluß ist im Genossenschaftsregister zur Eintragung gelangt, und zwar am 18. Juni 1928. In Beziehung hierauf hat der Registerrichter dem Vorstand der Genossenschaft unter dem 23. Okt. 1928 schriftlich mitgeteilt, daß die „allgemeine Erhöhung der Haftsumme, also eine Verdreifachung nur eintreten könne, wenn anstatt des bisherigen Anteils von 300 RM jeder Genosse zu seinem Pflichtanteil von 100 RM noch seine Beteiligung auf zwei weitere Geschäftsanteile erkläre, diese Erklärungen vom Vorstand zugelassen und zur Eintragung in der gerichtlichen Liste der Genossen dem Registergericht eingereicht würden“. Wegen schuldhafter Unterlassung der Beibringung dieser Übernahmeerklärungen ist der Vorstand der Genossenschaft durch Beschluß einer GenVers. v. 25. Jan. 1930 abberufen worden. In derselben GenVers. ist ferner die Erhöhung des Geschäftsanteils von 100 RM auf 200 RM beschlossen und am 27. Jan. 1930 im Genossenschaftsregister eingetragen worden. Schon am 10. Mai 1930 ist dann aber über die Genossenschaft das Vergleichsverfahren und am 6. Juni 1930 der Konkurs eröffnet worden. Die sämtlichen RevKl. sind der Genossenschaft erst nach Eintrag der GenVersBeschlüsse v. 29. Mai 1928 im Genossenschaftsregister beigetreten. In der von dem verklagten Konkursverwalter aufgemachten Vorschubrechnung sind die RevKl. je mit 500 RM oder mehr herangezogen. Im Termin zur Erklärung über diese Berechnung v. 20. Okt. 1931 haben die RevKl. und andere Genossen ihre Inanspruchnahme aus einer Reihe von Gründen bekämpft. Der Konkursrichter hat jedoch, abgesehen von hier nicht in Betracht kommenden Änderungen, die Berechnung für vollziehbar erklärt. Dagegen haben die RevKl. Anfechtungsklage erhoben mit dem Antrag, die Vorschubrechnung insoweit für ungültig zu erklären, als sie mit derselben in Anspruch genommen würden.

LG. hat verurteilt, BG. abgewiesen, RG. bestätigt. Es hat dabei die in der Überschrift wiedergegebenen Rechtsätze ausgesprochen.

(U. v. 31. März 1933; II 346/32. — Karlsruhe.) [Ru.]  
 (= RG. 140, 197.)

\*\*6. § 65 Abs. 2 GenG.; §§ 139, 839 BGB.; Art. 131 RVerf.

a) Satzungsänderungen, die im Zusammenhang mit einer den sofortigen Austritt von Genossen aus der Genossenschaft ermöglichenden, gegen § 65 Abs. 2 GenG. verstößenden Bestimmung beschlossene werden, sind auch nach Eintragung ins Genossenschaftsregister ohne Anfechtung nichtig.

b) Der Registerrichter, der solche Satzungsänderungen einträgt, verletzt seine Amtspflicht; diese bezieht sich auf die Prüfung nicht nur der Formalien der einzutragenden Beschlüsse, sondern auch ihres Inhalts.

c) Die Amtspflicht besteht jedem Genossen gegenüber. Jeder Genosse hat, wenn auch kein Beschwerderecht gegen die Eintragung, so doch ein Recht auf Anregung der Bösung und bei Ablehnung die Möglichkeit einer Beschwerde.

Die Kl. ist seit 1926 Mitglied einer eGmbH. Nach der Satzung betrug ursprünglich der Geschäftsanteil 50 RM, die Haftsumme 200 RM, die Höchstbeteiligungsziffer mit Geschäftsanteilen 200 Stück. Die Kündigungsfrist war auf zwei Jahre bemessen. J. J. 1927 stellte sich heraus, daß die Genossenschaft weiterer finanzieller Mittel bedurfte. Die GenVers. v. 6. Nov. 1927 faßte folgende Beschlüsse: a) den § 8 der Satzung zu ändern, wie folgt: „Der Geschäftsanteil ist auf 1000 RM festgesetzt. Die zur Zeit der Satzungsänderung bestehenden Anteile werden im neuen Geschäftsanteil verrechnet bzw. zusammengelegt. Die Höchstzahl der Geschäftsanteile beträgt 20 Stück.“ b) § 10 S. 2 zu ändern dahin: „Die Haftsumme beträgt 1000 RM pro Anteil.“ c) Als „Zusatz“ wurde weiter beschlossen: „Die Änderung der §§ 8 und 10 erfolgt nur unter der Voraussetzung, daß sich für die Genossenschaft mindestens 20 Genossen finden, die bereit sind, in die Verpflich-

1) JW. 1929, 2151.

2) JW. 1930, 2697.

tungen der heute geänderten §§ 8 und 10 einzutreten. Ist diese Zahl erreicht, so sind die seitherigen Genossen berechtigt, von ihren Rechten und Pflichten gegenüber der Genossenschaft auf Ende des laufenden Geschäftsjahrs zurückzutreten. S. 1 des § 5 wird aufgehoben.“

§ 5 S. 1 setzte aber für das Ausscheiden eines Genossen durch Kündigung eine Kündigungsfrist von zwei Jahren fest. Die GenVersBeschl. sind nicht angefochten worden. Die Kl. war am 6. Nov. 1927 nicht anwesend. Die Berkl. zu a und b wurden zur Eintragung im Genossenschaftsregister angemeldet.

Weiter wurde von seiten des Vorstands beantragt, auch die Liste der Genossen entsprechend der Zusammenlegung der bisherigen Geschäftsanteile zu berichtigen. Am Rande der Anmeldung hat der Urkundsbeamte vermerkt, daß die Änderung des § 5, weil nicht eintragungsfähig, von den Vorstandsgliedern nach Erörterung der gegen die Eintragung bestehenden Bedenken nicht angemeldet worden sei. Noch am gleichen Tag hat der Registerrichter die von dem Urkundsbeamten vorbereitete Eintragungsverfügung unterzeichnet, die, soweit hierfür erheblich, dahin lautet, daß einzutragen sei: „In der GenVers. v. 6. Nov. 1927 wurde unter Abänderung der §§ 8 und 10 des Statuts der Geschäftsanteil auf 1000 RM festgesetzt und die Haftsumme auf 1000 RM herabgesetzt. Die Höchstzahl der Geschäftsanteile beträgt 20 Stk.“ Dementsprechend erfolgte Eintragung im Genossenschaftsregister. Anlässlich einer späteren GenVers. ist ein als Vertreter der Kl. anwesender Angestellter derselben von dem Vorstand auf die sich aus der beschlossenen Erhöhung des Geschäftsanteils für sie ergebende Verpflichtung zur Nachzahlung von 900 RM aufmerksam gemacht und angesichts seines Widerspruchs darauf verwiesen worden, sich durch Einsicht des Genossenschaftsregisters von der rechtmäßigen Erhöhung des Geschäftsanteils zu überzeugen. Nach der Darstellung der Kl. hat ihr Angestellter in der Annahme, daß der Eintrag maßgebend und damit der Beschluß für die Genossen rechtsverbindlich geworden sei, sie zur Einzahlung der geforderten 900 RM an die Genossenschaft veranlaßt. Die Kl. nimmt den Staat gemäß Art. 131 RWerf., § 839 BGB. auf Ersatz des auf 900 RM bezifferten Schadens in Anspruch. Der Besl. ist in allen Instanzen verurteilt worden.

Die Entsch. des Prozesses hängt zunächst davon ab, ob die Kl. durch Leistung der von der gemeinschaftlichen Genossenschaft eingeforderten Einzahlung auf die angeblich erhöhten Geschäftsanteile in Wahrheit eine Nichtschuld gezahlt hat. Der Verkl. ist zu der Überzeugung gelangt, daß die Beschlüsse über die Zusammenlegung und Neufestsetzung der Geschäftsanteile und der Haftsumme rechtlich in untrennbarem Zusammenhang mit den Beschlüssen über die Änderung des sich mit dem das Ausscheiden der Genossen auf Grund Kündigung betreffenden § 5 der Satzung stünden, so zwar, daß die ersteren Beschlüsse nur gewollt waren für den Fall der Gültigkeit und Wirksamkeit auch des letzteren Beschlusses. Dieser war aber, weil er gegen die zwingende, im Gläubiger- und öffentlichen Interesse gegebene Vorschr. des § 65 Abs. 2 GenG. verstieß, schlechthin nichtig; einer Anfechtungsklage bedurfte er zur Herbeiführung der Nichtigkeit nicht. Die Frage kann also nur sein, ob und welche Wirkung die Nichtigkeit dieses Beschlusses für den Rechtsbestand der Beschlüsse über die anderweitige Festsetzung des Geschäftsanteils und der Haftsumme hat. Der erf. Sen. hat nun in mehreren Entsch., welche gerade GenVersBeschl. von Genossenschaften betreffen, anerkannt, daß die in § 139 BGB. aufgestellten Rechtsgrundsätze auch für GenVersBeschl. dann gelten, wenn sie „rechtsgeschäftlichen“ Inhalt haben, d. h. auf die Begr., Änderung oder Aufhebung sozial- oder individualrechtlicher Befugnisse oder Pflichten gerichtet sind, wie es z. B. gerade für satzungändernde Beschlüsse zutrifft (s. RG. 118, 218<sup>1)</sup>; 125, 143 ff.<sup>2)</sup>; JW. 1931, 2982; RG. 137, 243 ff.<sup>3)</sup>). Daran ist festzuhalten. Es ist weiterhin in der Rspr. des erf. Sen. anerkannt, daß auch über § 139 BGB. hinaus die Nichtigkeit eines an und für sich selbständigen Beschlusses die Nichtigkeit anderer Beschlüsse nach sich ziehen kann, wenn der eine Beschluß ausdrücklich oder stillschweigend auf einen anderen Beschluß Bezug nimmt oder die Beschlüsse auch nur ihrem Inhalt nach miteinander in inne-

rem Zusammenhang stehen (s. u. a. RG. 118, 226<sup>4)</sup>; 120, 31<sup>5)</sup>, 365<sup>6)</sup>). Im vorl. Fall kann aber darüber kein Zweifel sein, daß zufolge des offensichtlichen, deutlich und unzweifelhaft in dem GenVersProtokoll zum Ausdruck gebrachten Willens der GenVers., die sich insoweit durchaus im Rahmen der genossenschaftlichen Selbstverwaltung hielt, die Neufestsetzung von Geschäftsanteil und Haftsumme nur gewollt war im untrennbaren Zusammenhang mit der Abänderung des § 5, durch welche den Genossen, die sich der mit der neuen Anteils-Haftsummebemessung verbundenen Erhöhung der genossenschaftlichen Lasten nicht unterwerfen wollten, die Möglichkeit vorzeitigen Ausscheidens eröffnet werden sollte. Ist dem aber so, dann zog die Nichtigkeit des zu § 5 gefaßten Beschlusses allerdings ohne weiteres auch die Nichtigkeit der Beschlüsse über die anderweitige Festsetzung von Geschäftsanteil und Haftsumme nach sich. Sachlich-rechtlich lagen demnach überhaupt rechtmäßige GenVersBeschl. nicht vor, weder bzgl. der Änderung des § 5, noch bzgl. der Neufestsetzung von Geschäftsanteil und Haftsumme, so zwar, daß es bzgl. der letzteren Beschlüsse ebenfalls nicht erst einer Anfechtungsklage bedurfte; auch sie waren vielmehr zufolge ihrer untrennbaren, auf dem maßgeblichen Willen der GenVers. beruhenden Verbindung mit dem zu § 5 gefaßten Beschluß ohne weiteres nichtig. Die auf dem eindeutig geäußerten Willen der GenVers. als des einzig und allein zuständigen Beschlussorgans der Genossenschaft beruhende rechtliche Verknüpfung der gen. Beschlüsse konnte selbstverständlich wiederum nur gelöst werden durch einen gegenteiligen Beschluß der GenVers.; ein solcher lag und liegt nicht vor; und ist nicht einmal in dem Sinn gefaßt worden, daß es bei der Neufestsetzung von Geschäftsanteilen und Haftsummen sein Bewenden haben sollte, wenn etwa die Eintragung des Beschlusses zu § 5 auf Hindernisse stoßen sollte. Er kann nunmehr, nachdem die Genossenschaft in Konkurs geraten ist, auch nicht noch nachgeholt werden. Der Vorstand der Genossenschaft war rechtlich nicht befugt, an der Zusammengehörigkeit der Beschlüsse irgend etwas zu ändern. Er mußte sie pflichtmäßig zusammen zur Eintragung im Genossenschaftsregister anmelden und verstieß, wenn und soweit er davon ab sah, objektiv gegen § 147 GenG. So wenig wie der Vorstand war ferner der Registerrichter in der Lage, die von der GenVers. gewollte Verknüpfung der gefaßten Beschlüsse dadurch zu lösen, daß er etwa die Beschl., welche für sich allein betrachtet, eintragungsfähig waren, im Genossenschaftsregister eintrug, im übrigen aber die Eintragung ablehnte oder von ihr ab sah und die weiteren Beschlüsse unbeachtet ließ.

Die weitere Frage ist nun die, welche Rechtsfolge die im Widerspruch mit dieser Rechtslage bewirkte Eintragung der Beschlüsse im Genossenschaftsregister hatte. Auch insofern hat der erf. Sen. des öfteren schon ausgesprochen, daß hierdurch die materielle Nichtigkeit der Beschlüsse nicht geheilt werde (z. B. JW. 1931, 2982) und daß ferner bei einem Sachverhalt, in dem etwas anderes eingetragen wird, als beschlossen ist, §§ 97 ff. GenG. auch keine entsprechende Anwendung finden können. Etwas anderes als beschlossen, ist hier insofern eingetragen, als die Neufestsetzung von Geschäftsanteil und Haftsumme nur zusammen mit der Änderung des § 5 beschlossen war, nicht aber, wie eingetragen, für sich allein. Es muß deshalb bei der Nichtigkeit der Beschlüsse im ganzen schlechthin sein Bewenden haben. Die Kl. war aber alsdann in der Tat zur Leistung weiterer Einzahlungen auf den Geschäftsanteil nicht verpflichtet und konnte sie, weil sie dieselben unzweifelhaft in Unkenntnis dessen und nur in Erfüllung einer vermeintlichen Rechtspflicht gemacht hat, zurückfordern, ein Anspruch, der sich zufolge des Konkurses der Gesellschaft als uneinbringlich herausgestellt hat.

Der Vorberrichter stellt nun weiter fest, daß die Kl. zur Leistung der erhöhten Einzahlung auf den Geschäftsanteil gerade durch den von ihrem Angestellten vorher eingeschienen Eintrag im Genossenschaftsregister veranlaßt und bestimmt worden ist, d. h. einen registerrichterlichen Eintrag, auf dessen Vollständigkeit und Nichtigkeit sich der Beauftragte der Kl. hier den Umständen nach ohne weiteres habe verlassen können und dürfen. Es ist demnach nicht daran zu zweifeln, daß der sach-

1) JW. 1928, 223. 2) JW. 1931, 797. 3) JW. 1933, 110.

4) JW. 1928, 223. 5) JW. 1928, 1552. 6) JW. 1928, 2852.

lich-unrichtige Eintrag im Genossenschaftsregister Ursache im Rechtsinn für die Zahlungen der Kl. auf den anscheinend zu Recht erhöhten Geschäftsanteil und damit gleichzeitig Ursache des eingetragenen Vermögensverlusts geworden ist. Ferner kann darüber kein Zweifel sein, daß der Registerrichter bei Bearbeitung und Erledigung der zum Genossenschaftsregister gestellten Eintragungsanträge in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlich-rechtlichen Amtsbefugnisse tätig geworden ist.

Der beanstandete — übrigens auch sonst nicht einwandfreie — Eintrag gibt einen in Wirklichkeit von Anfang nicht bestehenden Rechtszustand wieder, insofern er besagt, daß in der GenVers. v. 6. Nov. 1927 der Geschäftsanteil und die Haftsumme anderweit festgesetzt worden sind. Weil es sich um Satzungsändernde Beschlüsse handelt, war gem. § 16 GenGes. zu ihrer Wirksamkeit die Eintragung im Genossenschaftsregister erforderlich, sie mußte zu dem sozialrechtlichen Akt des GenVersBeschl. hinzutreten; fehlte es an einem der beiden Erfordernisse, so konnte die Satzungsänderung nicht wirksam werden. Anlangend den GenVersBeschl., so genügte wiederum die bloße Tatsache der Beschlussfassung nicht; sie konnte, sei es mit formellen, sei es mit „materiellen“ Mängeln behaftet sein, die den Beschluß je nachdem bloß anfechtbar (§ 51 GenG.) oder schlechthin nichtig machten. Letzteres traf hier zu, und zwar waren es inhaltliche Mängel der Beschlüsse, welche diese ihre Richtigkeit nach sich zogen. Nun besteht im Schrifttum Einigkeit darüber, daß der Registerrichter die Anmeldungen vor Anordnung und Vornahme der Einschreibung im Genossenschaftsregister kraft seines Amtes zu prüfen berechtigt, aber auch verpflichtet ist. Da es sich hier um einen Schadenserfolgsanspruch wegen Verletzung der registerrichterlichen Amtspflichten handelt, kommt hier nur in Frage, ob der Registerrichter die ihm obliegende Prüfungspflicht bzgl. der mit der Anmeldung begehrten Eintragung im Genossenschaftsregister verletzt hat. Nun enthalten freilich weder das GenG. noch die hierzu gem. § 161 GenG. erlassene WD. über das Genossenschaftsregister i. d. Fass. v. 22. Jan. 1923 (RWBl. I, 1123 ff.) allgemeine Vorshr. über eine solche Prüfungspflicht. In letzterer WD. sind nur, und zwar in §§ 15, 29 Best. über die Prüfungspflicht bei Eintragung der Satzung der Genossenschaft ins Genossenschaftsregister und der Eintragung eines Genossen in die gerichtliche Liste der Genossen getroffen mit dem offensichtlichen Zweck, unwirksame Registerentragungen zu vermeiden. Dabei ergibt sich aber aus § 15 WD., der die Prüfungspflicht des Registerrichters bei der Neueintragung einer Genossenschaft dahin umgrenzt, daß sich die Prüfung auch darauf zu richten hat, ob das Statut den Gesetzen genüge, daß diese Prüfungspflicht sich sowohl auf die formelle wie die inhaltliche und materielle Seite erstreckt. Die bezeichneten Best. der WD. sind nun nicht etwa Ausnahme- und Sonderbestimmungen, sondern nur Ausflüsse eines aus dem Zweck der Registerentragung herzuleitenden allgemeinen Rechtsgrundsatzes. Die Eintragung enthält auch in den Fällen, in denen sie wie bei Satzungsänderungen konstitutiv wirkt, eine öffentliche Beurkundung dahin, daß gewisse Tatsachen und Rechtsveränderungen eingetreten seien, die durch die Eintragung und die sich gegebenenfalls daran anschließende öffentliche Bekanntmachung der Allgemeinheit gegenüber verlautbart werden. Danach erscheint es aber als völlig ausgeschlossen, daß der Richter z. B. nichtige Beschlüsse sollte eintragen müssen, vielmehr muß er gerade umgekehrt wegen der Bedeutung, welche dem Registerentrag zukommt, kraft seines Amtes darauf bedacht sein, solche Beschlüsse aus dem Genossenschaftsregister fernzuhalten. Die Prüfungspflicht ist mithin nicht bloß eine formelle, beschränkt darauf, ob etwa die formellen Unterlagen der Anmeldung und diese selbst in Ordnung sind, sie erstreckt sich vielmehr insbes. auch darauf, ob die einzutragenden Beschlüsse sachlich-rechtlich Bestand haben können oder etwa wegen eines Mangels in dieser Richtung schlechthin nichtig sind und deshalb aus dem Register ferngehalten werden müssen. Dies verkennet die Rev., wenn sie meint, die Prüfungspflicht des Registerrichters erschöpfe sich in einer Prüfung der formellen Voraussetzungen einer Eintragung. Die materielle Prüfungspflicht bedeutet nun freilich nicht, daß, wenn nach den formell einwandfreien Unterlagen ein sachlich-rechtlich nicht zu beanstandender Beschluß vorliegt, der

Registerrichter o. v. z. B. in eine Prüfung darüber eintreten müßte, ob die Anmeldung selbst inhaltlich und gegenständig das tatsächlich Beschlossene wiedergibt. Ganz anders verhält es sich aber dann, wenn dem Registerrichter aus den bei der Anmeldung vorgelegten Unterlagen oder sonstwie bei der Bearbeitung des Eintragungsantrags Umstände bekannt werden, aus denen sich Bedenken gegen die Richtigkeit und Gesetzmäßigkeit der zur Eintragung angemeldeten Vorgänge aufdrängen. Dann ist allerdings der Registerrichter nicht bloß berechtigt, sondern kraft seines Amtes auch verpflichtet, diesen Bedenken nachzugehen. So verhält es sich aber hier.

Gemäß § 16 Abs. 3 GenG. waren mit der Anmeldung zwecks Eintragung der Beschlüsse der GenVers. v. 6. Nov. 1927 zwei Abschriften jener Beschlüsse vorzulegen; sie waren auch mit beigelegt. Die Anmeldung mußte alsdann darauf geprüft werden, ob sie mit den tatsächlich gefaßten, aus dem miteingereichten GenVers.-Protokoll ersichtlichen Beschlüssen übereinstimmte. Eine auch nur oberflächliche Prüfung des vorgelegten GenVers.-Protokolls ergab aber o. v., daß in der GenVers. nicht nur die zur Anmeldung gebrachten Beschlüsse gefaßt, sondern auch der weitere Beschluß auf Änderung des das Ausscheiden durch Kündigung regelnden § 5 der Satzung. Weiterhin drängte sich der innere Zusammenhang und die rechtliche, von der GenVers. gewollte Verbindung und Verknüpfung dieses letzteren Beschlusses mit den Beschlüssen über Neufestsetzung des Geschäftsanteils und der Haftsumme geradezu auf. Hierzu kommt noch, daß der Registerrichter durch den Urkundsbeamten über den Gang der Verhandlungen mit den Vorstandsmitgliedern anlässlich der Anmeldung unterrichtet war und deshalb bei Bearbeitung der Sache und von ihm erlassenen Eintragungsverfügung, welche dem Eintrag im Genossenschaftsregister zugrunde liegt, auf den — abolut nichtigen — weiteren Beschluß über Änderung des § 5 im besonderen noch aufmerksam gemacht worden war. Aus den Mitteilungen des Urkundsbeamten ergab sich, daß dieser Beschluß trotz Widerspruchs des Vorstands und seines Hinweises, daß die Änderung des § 5 gar nicht angekündigt und deshalb hierüber nicht beschlossen werden könne, von der GenVers. auf einen entsprechenden „Zusatzantrag“ hin trotzdem angenommen worden war. Bei dieser Sachlage mußte sich aber bei sachgemäßer Nachprüfung o. v. die Frage aufdrängen, ob nicht nach dem Willen der GenVers. die Beschlüsse derart untrennbar miteinander verknüpft sein sollten, daß die Neufestsetzung von Geschäftsanteil- und Haftsumme nur zusammen mit dem Beschluß über Änderung des § 5 gewollt und beschlossen war, und deshalb mit der auch von dem Registerrichter sofort erkannten unheilbaren Nichtigkeit des letzteren Beschlusses hinfällig werden mußten. Damit verbot sich die Eintragung auch des vom Vorstand angemeldeten Teils von selbst, weil der Vorstand die von der GenVers. gewollte und beschlossene Verknüpfung der drei Beschlüsse von sich aus nicht lösen konnte, hierzu vielmehr einzig und allein die GenVers. zuständig war.

Der Registerrichter hätte deshalb die Anmeldung schlechthin zurückweisen oder bestenfalls unter Hinweis auf das bestehende Hindernis der Genossenschaft Gelegenheit zu dessen Beseitigung in der Weise geben müssen, daß erneut über die Änderung von Geschäftsanteil und Haftsumme beschlossen wurde. Das von ihm tatsächlich eingeschlagene Verfahren enthält nach alledem eine Amtspflichtverletzung, nämlich eben die Verletzung der dem Registerrichter obliegenden Pflicht zur Prüfung der gestellten Eintragungsanträge. Diese Amtspflichtverletzung war auch eine schuldhaftige. In dieser Hinsicht ist noch darauf hinzuweisen, daß gerade die Prüfung der Anmeldungen zum Genossenschaftsregister eine besonders sorgfältige sein muß, weil für diese Beschlüsse gerichtliche oder notarielle Beurkundung nicht vorgeschrieben ist, es deshalb an rechts- und sachkundiger Beratung der Genossenschaften bei der Beschlussfassung häufig fehlen wird, und deshalb, zumal bei der Zusammenfassung vieler Genossenschaften von vornherein schon viel eher mit der Möglichkeit gesetzwidriger Beschlüsse zu rechnen ist, als z. B. bei AktG. Dazu kommt, daß es sich hier um eine Änderung der Geschäftsanteil- und Haftsumme handelte, die für die finanzielle Leistungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit der Genossenschaft von

erheblichster Bedeutung sein mußte. Endlich waren die im vorl. Fall für den Registerrichter auftauchenden Rechtsfragen über die Rechtsfolgen, wenn von zusammenhängenden Beschlüssen einer GenVers. der eine oder andere nichtig ist oder wenn von solchen Beschlüssen nur ein Teil zur Eintragung kommt, ein anderer nicht, auch in der Rspr. des obersten Gerichts schon mehrfach erörtert und z. T. entschieden worden (i. z. B. RG. 118, 218 ff.<sup>1)</sup>; 121, 246 ff.<sup>2)</sup>), und zwar schon geraume Zeit, ehe der Registerrichter mit der vorl. Sache befaßt worden ist.

Weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 839 BGB. ist, daß die von dem Registerrichter schuldhaft verletzte Amtspflicht gerade eine solche war, die ihm auch der Kl. gegenüber oblag. Der Vorderrichter bejaht auch dieses Erfordernis. Er führt aus, die Eintragung im Genossenschaftsregister habe die Bedeutung, daß jeder Genosse daraus i. Verb. m. der Satzung erkennen könne, welche Verbindlichkeiten ihm gegenüber der Genossenschaft obliegen. Die Meinung, daß die Kl. deshalb nicht zu dem Personenkreis gehöre, dem gegenüber der Registerrichter hier seine Amtspflicht verletzt habe, weil ihr gegen den Eintrag kein Beschwerderecht zugestanden habe, sei nach der Auslegung, welche § 839 BGB. in der Rspr. gefunden habe, zu eng; vielmehr müsse nach RG. 72, 326; 78, 284 davon ausgegangen werden, daß eine Amtspflichtverletzung i. S. des § 839 BGB. auch denen gegenüber vorliege, die bzgl. der Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse auf dem fraglichen Gebiet auf pflichtmäßige und pünktliche Ausübung der richterlichen Tätigkeit angewiesen seien. Demgegenüber macht die Rev. geltend, es sei verkannt, daß zwischen den Eintragungen in das Genossenschaftsregister einerseits und den Einträgen in die gerichtliche Liste der Genossen zu unterscheiden sei. Nicht berücksichtigt sei ferner RG. 135, 110<sup>3)</sup>. Dort sei ausgeführt, daß es entscheidend darauf ankomme, ob dem von einer behördlichen Maßnahme Betroffenen hierwegen ein Beschwerderecht eingeräumt sei. Ein solches stehe aber den Genossen einer Genossenschaft gegen Eintragungen im Genossenschaftsregister nicht zu.

Auch diese Bedenken der Rev. sind nicht begründet. Einmal ist die Amtspflicht des Registerrichters in Absicht auf die Fernhaltung unrichtiger Einträge im Genossenschaftsregister, zumal wenn es sich wie bei Satzungsänderungen um solche rechtserzeugenden Charakters handelt, gar nicht auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt, die Amtspflicht besteht vielmehr gegenüber all denen, für welche die Eintragung im Register vermöge ihrer damit bezweckten Verlautbarung an die Allgemeinheit von Bedeutung ist und sein kann (RG. 138, 313<sup>4)</sup>). Dazu gehört aber die Kl. als Genossin der gemeinschuldnerischen Genossenschaft. Sie ist als solche von der beanstandeten Eintragung, die ihre genossenschaftlichen Pflichten hinsichtlich der Einzahlungspflicht auf Geschäftsanteil und Haftsumme unrichtig wiedergab, sogar unmittelbar betroffen. Gewiß steht sodann den Genossen einer Genossenschaft kein Beschwerderecht gegen Eintragungen im Genossenschaftsregister zu. Wohl aber muß ihnen das Recht zugestanden werden, gemäß §§ 147, 142 FGG. die Löschung gesetzwidriger Eintragungen im Genossenschaftsregister in Anregung zu bringen, und wenn es sich wie hier um die Eintragung schlechthin nichtiger GenVersBeschlüsse handelt, durch welche ihre genossenschaftlichen Leistungspflichten hinsichtlich Geschäftsanteil und Haftsumme unrichtig wiedergegeben sind, gegen eine die Löschung ablehnende Verfügung des Registerrichters gemäß § 20 FGG. Beschwerde einzulegen. Entgegen der Ansicht der Rev. würde es mithin auch an einem Beschwerderecht der Genossen nicht fehlen.

(U. v. 24. März 1933; II 398/32. — Stuttgart.) [Ru.]  
<= RG. 140, 174.>

### 5. Börsengesetz

\*\*7. § 57 BörsG. Auch wenn der Verpfänder das Bestehen einer Forderung bestreitet, ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß er es ablehne, wenigstens hilfsweise die Forderung zu

bezahlen. — Börsentermingeschäfte und Kontokorrentverkehr. †)

Der Kl. unterhielt bei der Bfkl. in den Jahren 1925 bis 1931 eine laufende Rechnung. Auf das Konto wurden Kassageschäfte und eine große Anzahl von Börsentermingeschäften verbucht. Stückverzeichnisse wurden dem Kl. nicht übersandt. Zur Sicherung seiner Schulb bestellte der Kl. am 3. Aug. 1929 der Bfkl. eine Grundschuld von 100 000 RM.

Der Kl. begehrt von der Bfkl. Lieferung von gekauften und ihm auf Stückkonto gutgeschriebenen nom. 6000 RM Aktien und nom. 6000 RM WBL-Aktien. Er behauptet ferner, von den Bfkl. Zahlung von 16 414,40 RM verlangen zu können. Dieses Guthaben sei dadurch entstanden, daß ihm die Bfkl. in den Monaten Mai bis September 1927 für Verkäufe insgesamt 64 161,15 RM gutgebracht hätten, so daß sein Debetsaldo v. 9. Mai 1927 in Höhe von 47 746,75 RM getilgt und darüber hinaus ein Guthaben entstanden sei. Seine jeweiligen Saldoanerkennnisse seien unwirksam gewesen, weil in ihnen auf unwirksamen Börsentermingeschäften beruhende Posten enthalten gewesen seien. Während er die vor dem 9. Mai 1927 geschlossenen Börsentermingeschäfte als wirksam anerkenne, mache er für die nachher abgeschlossenen die Unwirksamkeit geltend.

Der Kl. beantragt, die Bfkl. als Gesamtschuldner zu verurteilen, nom. 6000 RM G.-Aktien und nom. 6000 RM WBL-Aktien herauszugeben.

Die Bfkl. beantragen die Klage abzuweisen, hilfsweise, sie nur zu verurteilen, Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises der Effekten am Tage der Lieferung zuzüglich der bis zum Ur. aufgelaufenen Zinsen die Papiere herauszugeben.

Das BG. hat die auf Herausgabe von Wertpapieren gerichtete Klage abgewiesen mit der Begr., daß der Bfkl. ein Pfandrecht an dem Anspruch des Kl. auf Übertragung des Eigentums an den für ihn kommissionsweise angeschafften Papieren zustehe, daß der Kl. die Herausgabe des Pfandes nur fordern könne, wenn er sich zur Zahlung der Schulb, für die das Pfand hafte, erbreite, daß der Kl. dies aber nicht getan habe, da er behaupte, der Bfkl. nichts mehr zu schulden, vielmehr noch Forderungen gegen sie zu haben. Die Rev. wendet sich in erster Linie dagegen, daß das BG. in dem Vordringen des Kl. ein Erbieten, seine Schulb, soweit sie gerichtlich festgestellt werde, Zug um Zug gegen Herausgabe des Pfandes zu zahlen, nicht erblickt habe. Sie führt aus, der Vortrag des Kl. ergebe eindeutig, daß er, wenn er nicht die uneingeschränkte Verurteilung der Bfkl. erreichen könne, bereit sei, zwecks Verurteilung der Bfkl. zur Herausgabe der Wertpapiere denjenigen Betrag zu zahlen, den das Gericht endgültig als seine Schulb feststellen werde. Diese Meinung der Rev. erscheint begründet. In RG. 92, 281 ff. ist unter Bezugnahme auf eine frühere Entsch. des 3. ZivSen. aus-

Zu 7. Der Entsch. ist zuzustimmen. Würde man von dem, der auf Rückgabe der Pfandsache klagt, Bezifferung der Schulb fordern, so würde man von ihm, vor allem wenn er nicht persönlicher Schuldner ist, die Fähigkeiten eines Helfers verlangen. Das BG. hat sich darum schon bisher mit der allgemeinen Bereitwilligkeit des Kl. begnügt, das vom Gericht Festzustellende zu leisten. Mit Recht hat es hier darüber hinaus im Zweifelsfalle eine solche Bereitwilligkeit bejaht und diese Sätze auch auf das Zurückbehaltungsrecht übertragen. Das ist jedoch nur eine Notbrücke. Die pflichtgemäße Handhabung des § 139 ZPO. muß zu einer Klarstellung führen.

Zutreffend sieht das BG. nach wie vor die Gutschrift auf Stückkonto nicht als Leistung i. S. des § 57 BörsG. an. Mit Recht ist es auch bei seiner neueren Rspr. stehen geblieben, die Posten aus Termingeschäft im Kontokorrent zu streichen und das Anerkenntnis ganz oder teilweise wegfällen zu lassen. Der Gefahr, daß die Kantelarjurisprudenz den Erfüllungsgrundsatz mißbraucht und auf dem Wege über die Geschäftsbedingungen eine allgemeine Ermächtigung oder Bevollmächtigung zur Aufrechnung fremder guter Forderungen gegen eigene schlechte einführt, tritt das BG. dadurch entgegen, daß es jeweils eine besondere Vereinbarung fordert. Möge die Rspr. im neuen Staate mehr als bisher den Gedanken der Billigkeit auch gegenüber den Geschäftsbedingungen der Banken, der verhätschelten Lieblinge des liberalistischen Staates, durchsetzen.

WR. PrivDoz. Dr. Lange, Leipzig.

<sup>1)</sup> JW. 1928, 223.

<sup>2)</sup> JW. 1928, 2626.

<sup>3)</sup> JW. 1932, 1146.

<sup>4)</sup> JW. 1933, 605.

geführt, daß eine Klage auf Rückgabe eines Pfandes nicht um deswillen abgewiesen werden dürfe, weil der Kl. in der Klage nicht die durch das Pfand gesicherten Forderungen beziffert und sich zu ihrer Befriedigung unter Angabe ihres Betrages bereit erklärt habe. Der Verpfänder sei unter Umständen gar nicht in der Lage, zu wissen, welche Ansprüche der Pfandgläubiger erheben wolle, und könne den Anspruch auf Herausgabe der Pfandsache vielleicht überhaupt nicht erheben, wenn der Pfandgläubiger mit seinen Ansprüchen nicht hervortrete oder unberechtigte Ansprüche erhebe. Diese Erwägungen müssen dahin führen, an das Erbieten des Schuldners zur Zahlung der Schuld, mag sie auch an sich zur Klagebegründung gehören, geringe Ansprüche zu stellen. Jedenfalls kann, wie die Rev. mit Recht hervorhebt, ein solches Erbieten auch dann vorliegen, wenn der Verpfänder in erster Linie geltend macht, daß er nichts mehr schulde oder sogar noch etwas zu fordern habe. Es wird sogar im Zweifel anzunehmen sein, daß der Verpfänder wenigstens hilfsweise bereit ist, die gerichtlich festgestellte Schuld zu zahlen; denn es kann ihm nicht daran liegen, daß seine Klage auf Grund der Feststellung abgewiesen wird, daß noch irgendeine Schuld bestehe, die Höhe dieser Schuld aber nach wie vor ungewiß bleibt. Im vorl. Falle muß aber darüber hinaus angenommen werden, daß der Kl. sich zur Leistung Zug um Zug erboten hat. Der Vorderrichter hätte daher auch, wenn er annahm, daß der Bekl. ein Pfandrecht an der Forderung des Kl. auf Herausgabe der Papiere nach den Geschäftsbedingungen zustehen, die Klage nicht wie geschehen, ohne weiteres abweisen dürfen. Ob ein solches Pfandrecht tatsächlich entstanden ist, braucht nicht untersucht zu werden. Denn was bei dem stärkeren Pfandrecht gilt, muß erst recht gelten, wenn nur das schwächere Recht der Zurückbehaltung gem. §§ 369 ff. HGB. anzuerkennen sein sollte.

Das RG. hat festgestellt, daß der Bekl. in jedem Falle noch eine Forderung gegen den Kl. zustehen, sei es, daß die Börsentermingeschäfte als verbindlich zu behandeln seien, sei es, daß das nicht der Fall sei. Erstere Möglichkeit wäre gegeben, wenn die Geschäfte ganz oder teilweise i. S. des § 57 BörsG. erfüllt worden wären, oder wenn die Verrechnungsvereinbarung aus Nr. 12 Abs. 6 der Geschäftsbedingungen als hier wirksam anzuwenden wäre. Beide Voraussetzungen sind zu verneinen. Der Sen. hält an seiner bereits mehrfach ausgesprochenen Ansicht fest, daß die Gutschrift auf Stückkonto keine Erfüllung i. S. des § 57 BörsG. darstellt; mehr als eine Gutschrift auf Stückkonto ist aber nicht behauptet worden. Andererseits fehlt es auch an einer Erfüllung durch Zahlung, wie sie auch der Kl. seinerseits für die vor dem 9. Mai 1927 getätigten Geschäfte behauptet. Eine Erfüllung liegt weder in der Gutschrift des Gewinnes im Kontokorrent, noch in der bloßen Abhebung von Geld. Denn es ist im Wesen des Kontokorrents begründet, daß seine einzelnen Posten an sich in keiner Beziehung zueinander stehen. Eine solche Beziehung wird erst hergestellt mit der im Anerkenntnis des Salbos liegenden Verrechnung; sie fällt wieder weg, wenn die Verrechnung als nicht geschehen anzusehen ist. Allerdings steht es den Parteien frei, bestimmte Posten der Aktiv- und Passiv-Seite miteinander in Beziehung zu setzen; dazu bedarf es aber jeweils einer besonderen Vereinbarung, die hier nicht behauptet worden ist. — Die Ziffer 12 der allgemeinen Geschäftsbedingungen kommt nicht in Betracht, weil dort nur von einer Leistung durch Gutschrift auf Depot- bzw. Depositionskonto die Rede ist, die bloße Gutschrift auf Stückkonto aber einer solchen nicht gleichgeachtet werden kann. Es braucht daher auf die Höhe der Gegenforderung, wie sich bei Zugrundelegung der Wirksamkeit aller Termingeschäfte ergeben würde, nicht eingegangen zu werden.

Sind die Börsentermingeschäfte unverbindlich geblieben, so folgt nach den (RG. 132, 221) ausgesprochenen Grundsätzen, daß nachdem sich der Kl. auf die Unverbindlichkeit berufen hat, die in den Salboanerkenntnissen liegenden Verrechnungen als nicht geschehen anzusehen sind. Dies führt an sich dazu, daß die auf Börsentermingeschäften beruhenden Posten auf beiden Seiten der Rechnung zu streichen sind. Der Kl. beruft sich nun darauf, daß er es in der Hand habe, inwieweit er die Unklagbarkeit der Geschäfte geltend machen

wolle, er habe auf die Geltendmachung aller vor dem 9. Mai 1927 liegenden Geschäfte verzichtet und sie dadurch genehmigt. Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit dieser Rechtsstandpunkt begründet ist und durch den Wortlaut der Entsch. (RG. 132, 221) gestützt werden könnte. Jedenfalls kann der Kl. auf diesem Wege die Bekl. nicht verhindern, ihrerseits die Unwirksamkeit der Geschäfte geltend zu machen und damit die Folgen herbeizuführen, die sich daraus ergeben. Denn die Unwirksamkeit gilt, von § 54 Abs. 1 BörsG. abgesehen, für beide Parteien (RG. 129, 208). Die Bekl. ist daher in der Lage, das Ergebnis herbeizuführen, welches der Kl. nicht will, nämlich, daß alle auf Börsentermingeschäfte bezüglichen Posten auf beiden Seiten der Rechnung gestrichen werden.

Nach der Feststellung des RG. bleibt für die Bekl. nach Streichung aller Posten, die sich auf Börsentermingeschäfte beziehen und nach Abzug aller übrigen vom Kl. bestrittenen Posten noch ein Saldo von 36 259,58 RM.

Da die Bekl. erklärt hat, daß sie, falls sie zur Herausgabe der Papiere Zug um Zug gegen Erstattung des Anschaffungspreises von 11 310 RM. nebst Zinsen verurteilt werde, für den gegenwärtigen Rechtsstreit auf die Feststellung ihres in Wahrheit weit höheren Guthabens verzichten wolle, so besteht kein Bedenken, das Ur. entsprechend diesem Erbieten zu fassen.

(U. v. 17. Mai 1933; I 299/32. — Berlin.) [Ra.]  
<= RG. 140, 345.>

## 6. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

### \*\*8. § 3 UmlWG.

1. Rabatte, die von einer Genossenschaft dem von ihr Kohlen einkaufenden Genossen, sei es im voraus, sei es als Rückvergütung, in Prozentsätzen der eingekauften Waren gewährt, sind keine genossenschaftlichen Leistungen. Im Verhältnis zwischen Hauseigentümer (einkaufenden Genossen) und Mieter mindern sie den Bezugspreis der Kohlen und damit die Pflicht des Mieters, zu den Heizungskosten beizutragen, wenn diese Beitragspflicht nach Gesetz oder Vertrag von jenem abhängt.

2. Die Verbreitung der Behauptung, daß diese Rabatte dem Vermieter verblieben, ist eine Mitteilung über geschäftliche Verhältnisse.)

Der Kl. ist ein Verband zur Förderung der gewerblichen Interessen des Berliner Kohlenhandels. Zu seinen verfassungsmäßigen Aufgaben gehört u. a. die Wahrnehmung der Interessen des Kohlenhandelsgewerbes gegenüber anderen wirtschaftlichen Organisationen und Verbänden und der Schutz der Mitglieder gegen unlauteren Wettbewerb. Die Bekl. ist eine eingetragene Genossenschaft, die sich satzungsgemäß mit allen Geschäften des Grundbesitzes befaßt, darunter auch dem An- und Verkauf von Heizmitteln aller Art. Bekl., teils Vorschuss- und Kreditverein, teils Konsumverein, § 1 Ziff. 1 und 5 GenG., hält die beim Verkauf der Heizstoffe an ihre Mitglieder bestimmten Konventionspreise ein, gewährt aber den Abnehmern der Heizstoffe jährlich eine „Gewinnbeteiligung“, „Kohlenrückvergütung“ genannt. J. J. 1931 hat sie eine Kohlenrückvergütung von 5 1/2%, in den vorausgegangenen Jahren eine solche von 6% an ihre Kohlenbeziehenden Genossen gewährt. Als Genossen werden nicht bloß Hauseigentümer, sondern auch Verwalter von Häusern aufge-

Zu 8. I. Der vorl. Fall behandelt einen kleinen Ausschnitt aus dem Wettbewerbskampf zwischen Einzelhandel und Verbrauchergenossenschaften; denn als Verbrauchergenossenschaft tritt uns hier die „Wirtschaftsgenossenschaft der Grundbesitzer“ entgegen. Gerade im Kohlenhandel wurde dieser Kampf seit langem mit Erbitterung geführt. Schon das KohlenWVG. versuchte in seinem § 63 einen Ausgleich der beiderseitigen Interessen zu schaffen. Danach sollte der Reichskohlenverband dafür sorgen, daß Verbrauchergenossenschaften und deren Vereinigungen grundsätzlich mit Wiederverkäufern gleich behandelt würden. Über die Auslegung dieser Best. im einzelnen herrschte aber Streit, bis es die Genossenschaften unter

nommen. In Werbedruckschriften und sonstigen Mitteilungen weist sie darauf hin, daß die von ihr gewährte Kohlenrückvergütung kein den Mietern — bei Berechnung der gesetzlichen Mietzuschläge — zukommender Rabatt, sondern eine den Vermietern verbleibende Gewinnausschüttung oder Gewinnbeteiligung sei. Nachdem gegenüber anderen Berliner Gerichtsurteilen, namentlich einem Ur. des RG. v. 6. Nov. 1930, worin gesagt ist, bei der Umlage der Kosten der Heizstoffe auf die Mieter sei der umlagefähige Rechnungsbetrag um die vom Händler empfangenen „Rabatte oder ähnliche Vergünstigungen“ zu mindern, das BG. II Berlin in einem BU. v. 11. April 1931 ausgesprochen hatte, die von der Erstbekl. gewährten Vergütungen seien keine dem Käufer gewährten Rabatte, sondern Ausschüttungen an die Genossen auf Grund ihrer Zugehörigkeit zur Genossenschaft, auf die die Mieter keinen Anspruch hätten, hat die Bekl. in einem mit „Achtung!“ „Betrifft: Kohlenrückvergütung an die Mitglieder“ überschriebenen Anschreiben dies verkündet. Hier wird gesagt, das BG. habe in zweiter und letzter Instanz den Anspruch der Mieter, die den Mitgliedern gewährte Kohlenrückvergütung bei der Abrechnung ihnen gutzubringen, abgewiesen, das Ur. des RG. finde also auf ihre Mitglieder keine Anwendung. „Die Rückvergütung von 6%, welche die Mitglieder von uns erhalten, bleibt also im Besitz des Eigentümers und ist den Mietern nicht gutzubringen.“ Danach hat Kl. gegen die Bekl. Klage auf Unterlassung dieser Werbemitteilung erhoben.

BG. und RG. haben verurteilt.

Die Angriffe auf die allerdings grundlegende Entsch. des Vorderrichters über die Verpflichtung der Vermieter- und Beziehergenossen zum Abzug der Kohlenrückvergütung bei der Umlage des Heizstoffaufwands auf die nach oder richtiger neben gesetzlicher Miete (sei es kraft Gesetzes, sei es kraft Vertrags) zahlenden Mieter sind nicht begründet (vgl. über die Rechtslage bei der Sammelheizung § 12 RMietzV. v. 24. März 1922 in der Fass. v. 20. Febr. 1928 [RGBl. I, 38], verlängert bis 1. April 1936 und geändert nach Maßgabe der NotV. des RPräf. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen v. 1. Dez. 1930 Teil 7 Wohnungswirtschaft Kap. IV [RGBl. I, 517, 598], und für Preußen die MietzV. v. 17. April 1924 [PrGS. 474], insbes. § 19 über die Mitwirkungsrechte der Mieter). RG. v. 21. Febr. 1933, II 302/32, hat angenommen, daß ein Verkauf unter Einhaltung der Plahhandelspreise mit Gewährung von zur Weihnachtszeit einlösbaren Rabattmarken in Höhe von 6% des Bezugs-

preises eine unter § 1 UnlWG. fallende Preisunterbietung darstelle, weil so der Käufer die Ware nach dem rechnungsmäßigen Ergebnis zu einem Preis erhalte, der 6% unter dem zwischen den beteiligten Händlern festgesetzten vertraglich zu beachtenden Handelspreise liege. Ähnlich liegt die Sache im rechnerischen Ergebnis hier: Die an der Senkung ihrer Preise unter die Konventionspreise nicht gehinberte Bekl. bietet ihre — nur so erlangbare — Ware zwar zu den Konventionspreisen an, verschafft aber durch die Jahr für Jahr in sich gleichbleibender oder nur unerheblich veränderter Höhe gewährte Rückvergütung dem Bezieher die Ware tatsächlich zu einem um rund 6% des Bezugspreises niedrigeren Preis. Dies wird besonders deutlich durch die Gestattung des sofortigen Abzugs von 6% am Rechnungsbetrag, so daß also der Bezieher überhaupt nur den verminderten Preis auszuliegen hat und nur etwa später, wenn die Rückvergütung des Bezugsjahres von dem Satz von 6% abweicht, eine Regulierung hinsichtlich des Unterschiedes nachzuholen ist. Was hier über das rechnerische Ergebnis gesagt ist, gilt unerachtet dessen, daß die Bezieher Genossen sind und nach den Best. des § 8 Abs. 4 GenG. („im regelmäßigen Geschäftsverkehr“), § 152 Genossen sein müssen. Es gilt natürlich ebenso, soweit gesetzwidrig Verkäufe an Nichtgenossen vorkommen würden. Nur im Verhältnis zu Beziehergenossen erhebt sich die Frage, ob diese Kohlenvergütung einem Rabatt nicht gleichzustellen und im Umlageverhältnis zwischen Mieter- und Vermietergenossen dem letzteren zuzuweisen ist, ihm „verbleibt“, worüber die Bekl. eine objektiv unrichtige Angabe gemacht haben sollen, eben das, worauf sich das durch das angefochtene Ur. angeordnete Verbot bezieht. Es ist auch als unerheblich anzusehen, wieviel Beziehergenossen von der von der Geschäftsführung der Bekl. eingeräumten Befugnis zum sofortigen Abzug der Rückvergütung am Rechnungsbetrag der einzelnen Bezüge Gebrauch gemacht haben. Denn steht die Gestattung der Genossenschaft fest, so kann diese als allgemeiner Grundsatz nicht dadurch wieder in Wegfall kommen, daß aus irgendwelchen Gründen nur wenige aus eigenständigen Bestrebungen zu diesem Verfahren gelangte Genossen davon Gebrauch gemacht haben. Gerade die Vorstellung dieser ständigen Gewährung einer solchen Rückvergütung ist das Werbemittel der Bekl. für den Kohlenbezug durch die Genossen neben der Behauptung oder als Grundlage für die Behauptung, diese Rückvergütung verbleibe rechtmäßig den Vermietern. Demgemäß sagt auch gerade die auf das Ur. des BG. v. 11. April 1931 erlassene Mit-

Ver. auf ihre sozialpolitischen Zwecke in der Folgezeit erreichten, daß ihnen (seit 1926) eine eindeutige Vorzugsstellung eingeräumt wurde; sie sollten nicht mehr an die Einhaltung der Mindestpreise des Kohlenhandels gebunden sein. Diese Regelung bestand bis in die neueste Zeit. Unter dem immer stärkeren Gegendruck der Kohlenhandelskreise kam es aber in den letzten Monaten zu einer neuen Vereinbarung, in der bestimmt ist, daß die Genossenschaften wieder der allgemeinen Preisbindung unterworfen sind. Nicht ausgeschlossen wird jedoch damit, daß die Genossenschaften ihren Mitgliedern auch auf Kohlenbezug die übliche Rückvergütung zugute bringen, im Ergebnis also um diesen Betrag billiger liefern dürfen als der Einzelhandel. Zum Schutz der Kohlenhändler soll nur von einer gesonderten öffentlichen Kellame für den Brennstoffbezug durch die Genossenschaften abgesehen und vor allem der öffentliche Hinweis darauf, daß auch für Kohlenbezug eine Rückvergütung erfolgt, unterlassen werden.

Eine darüber hinausgehende Besserstellung erfahren auch heute noch die landwirtschaftlichen Genossenschaften. Um eine mit der erwähnten Neuregelung etwa verbundene übergroße Härte für den Bauern zu vermeiden (man hat errechnet, daß in gewissen Fällen durch die Preisbindung der Genossenschaften für ihre Mitglieder eine Verteuerung des Brennstoffes bis zu 40% eintreten kann) wurde zwischen den Organisationen der landwirtschaftlichen Genossenschaften und des Kohlenhandels eine Vereinbarung getroffen, nach der den landwirtschaftlichen Genossenschaften ohne weiteres ein Mitbestimmungsrecht bei der Festsetzung der gebundenen Preise zukommen und sogar mangels einer Einigung das Recht zustehen soll, unter Beachtung einer gewissen Mindestgrenze selbst diese Preise festzusetzen. Es soll also der Bauer als Mitglied der Genossenschaft geschützt und gleichzeitig die preisregulierende Wirkung der Genossenschaften im allgemeinen Interesse der Verbraucher nicht ungenützt gelassen werden.

II. Die Besonderheit des vorl. Tatbestandes liegt nun darin,

daß die „Wirtschaftsgenossenschaft der Grundbesitzer“ ihren Mitgliedern nicht nur eine Rückvergütung für Kohlenbezug zahlt und auf diese Tatsache hinweist, sondern weiter in dem Rundschreiben an die Genossen betont, diese Rückvergütung verbleibe als besonderer Vorteil den Vermietern, sei jedenfalls nicht bei der Umlage der Heizungskosten auf die Mieter zu berücksichtigen. Wegen dieses Hinweises erhebt die Organisation des Kohlenhandels gegen die Genossenschaft den Vorwurf des unlauteren Wettbewerbs (§ 3 UnlWG.). Sie hält diese Mitteilung für unrichtig.

Man könnte auf den ersten Blick vielleicht daran denken, schon in der Gewährung der Rückvergütung eine Unlauterkeit, d. h. ein unlauteres Untertreten (§ 1 UnlWG.), zu sehen. Dieser Gedanke klingt ja in der Tat auch einmal in den Entscheidungsgründen leicht an; er muß aber von vornherein mit Rücksicht auf die oben geschilderten Verhältnisse im Kohlenhandel fallen gelassen werden. Die Rechtfertigung des Unterlassungsanspruchs kann nur aus § 3 UnlWG. hergeleitet werden.

1. Unbedenklich liegt in der Mitteilung an die Genossen, auch wenn diese unmittelbar nur das Rechtsverhältnis zwischen Mietern und Vermietern betrifft, eine Angabe über geschäftliche Verhältnisse der Genossenschaft. Zutreffend wird in den Entscheidungsgründen darauf hingewiesen, daß die Anrechnung oder Nichtanrechnung von dem Charakter der Rückvergütung abhängig ist und die Besonderheit dieser Rückvergütung aus der Art des Geschäftsbetriebes der Genossenschaft abgeleitet werden soll. Inwieweit handelt es sich deshalb auch um eine Angabe tatsächlicher Art.

2. Einer Anwendung des § 3 UnlWG. steht, wie ebenfalls mit Recht betont wird, auch nicht entgegen, daß die Erklärung nicht öffentlich, sondern nur den Mitgliedern gegenüber erfolgte. Für § 3 genügt die Mitteilung an einen größeren Personenkreis.

3. Bedenken muß aber die Stellungnahme des Senats zu

teilung mit den Worten „Die Rückvergütung von 6%, welche die Mitglieder von uns ‚erhalten, bleibt‘ im Besitz des Eigentümers“, daß es sich um einen dauernden Zustand handle. Was geschähe, wenn sich einmal Verlust ergäbe, hat übrigens der Zweitbkl. als Zeuge in dem Prozeß vor dem O. G. II bündig ausgesagt: „Sollte sich etwa ein Verlust bei Kohlenlieferungen ergeben, so wird der Verlust von allen Genossen, auch denen, die nicht Kohlen bezogen haben, getragen.“ Nicht bloß hierin, sondern in der Natur der Sache liegt auch die Annahme begründet, daß das Kohlengeschäft ständig eine gewisse Einwirkung auch auf das allgemeine Geschäftsergebnis der Genossenschaft ausübt, weil ja der Gewinn aus dem Kohlengeschäft nicht stets genau den rückvergüteten 6% oder 5 1/2% entsprechen, sondern in mehr oder minder großem Umfang, bei wirtschaftlich vernünftiger Ordnung der Sache sogar nicht unbeträchtlich darüber hinausgehen muß. Dieser Gesichtspunkt tritt zu dem hinzu, was der Vorderrichter dafür anführt, daß diese Kohlenrückvergütung, wiewohl sie insoweit und insoweit, als keine Warenabgabe an Nichtgenossen erfolgt, nur Genossen zukommt, doch in Wahrheit mit deren genossenschaftlichen Leistungen nichts zu tun hat. Sie ist eben eine Sondervergütung gerade für den Kohlenbezug und soll im Kreise der Genossen diesen offenbar gewinnbringenden Warenvertrieb besonders ausdehnen. Der Vermieter oder Vermietersvertreter, der Genosse ist und Kohlen von der Bekl. bezieht, nimmt als Genosse an allen genossenschaftlichen Bezügen teil, die jedem anderen Genossen zufallen, und es wird ihnen nicht zugemutet, von diesen eigentlich genossenschaftlichen Bezügen etwas zugunsten der Mieter zu verrechnen. Aber diese Kohlenrückvergütung empfangen sie zwar auf Grund der Tatsache, daß sie als Genosse Kohlen abgenommen haben, aber wegen der Tatsache dieses Bezugs, nicht um der Eigenschaft als Genosse willen. Der Umstand, daß vom Standpunkt des Gen. G. die Gewährung einer derartigen Sondervergütung überhaupt zulässig ist, vermag an der rechtlichen Betrachtung der Ver-

dem eigentlichen Streitpunkt erregen, ob die Mitteilung unrichtig ist, d. h. ob den Mietern entgegen dem Inhalt des Schreibens die Rückvergütung auf den Kohlenbezug gutgebracht werden muß oder nicht.

Fehlt es, wie im Normalfall, an einer ins Einzelne gehenden vertraglichen Regelung dieser Frage (auch § 12 RMietG. gibt sie nicht), dann muß die Entsch. letztlich aus § 242 BGB. gesucht werden. Daraus folgert man einerseits, daß der Mieter nur mit **wirklichen Unkosten** belastet werden darf, andererseits aber auch, daß der Mieter doch nicht an allen Vorteilen, die ein Vermieter beim Kohlenbezug hat, teilnehmen soll. Dahin geht auch die Auffassung des Senats, der selbst als Beispiel eines nicht anrechenbaren Vorteils die Gratislieferung nennt. Die Schwierigkeit besteht nur darin, die richtige Grenze zwischen anrechnungsfähigem und nicht anrechnungsfähigem Vorteil zu finden.

Das RG. versucht sie offenbar durch die mehr oder weniger persönliche Natur des Vorteiles zu bestimmen. Unter diesem Gesichtspunkt kommt es zu dem Ergebnis, daß die Rückvergütung nicht den Vermietern verbleibe, also keinen persönlichen Vorteil enthalte. Es erscheint in der Tat nicht unrichtig, den Gesichtspunkt der persönlichen Verknüpfung bei der Auslegung in den Vordergrund zu stellen, obwohl auch nicht zu vergessen ist, daß der Begriff des persönlichen Vorteils noch manche Unklarheit bestehen läßt. Aber gerade wenn man den mehr oder weniger persönlichen Charakter des Vorteils entscheidend sein läßt, muß man zu einem der Ansicht des Senats entgegengesetzten Ergebnis gelangen.

Zwar wird vom Senat selbst die Mitgliedschaft bei einer Genossenschaft als ein rein persönliches Verhältnis gewertet. Aber es soll doch für die Rückvergütung und ihre Behandlung i. S. der Entsch. bestimmend sein, daß die Leistungen an die Genossenschaft nicht als Gegenleistung den verbilligten Preis aufwiegen könnten, ja, daß die Rückvergütung in Wahrheit mit den genossenschaftlichen Leistungen der Mitglieder nichts zu tun habe und daß infolgedessen dem Vermieter, der an allen genossenschaftlichen Leistungen teilnehme, nicht zugemutet werde, von seinen eigentlich genossenschaftlichen Bezügen etwas zugunsten der Mieter zu verrechnen.

Gerade das letztere scheint mir aber abwegig. Damit wird man dem Wesen des genossenschaftlichen Zusammenschlusses nicht gerecht. Zwar ist ohne weiteres zuzugeben, daß dem verbilligten Bezug von Waren durch eine Genossenschaft nicht eine unbedingt gleichwertige Gegenleistung der Genossen gegenüberstehen muß,

insbes. im Verhältnis zwischen Vermietern und Mietern, nichts zu ändern.

Hierin kommt es, da es sich bei den Mitteilungen der Bekl. um solche handelt, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt waren, nur noch darauf an, ob die Angabe der Bekl. „geschäftliche Verhältnisse“ i. S. des § 3 UnW.G. darstellt. Denn daß die Angaben gemacht sind, um den Kohlenbezug von der Genossenschaft als besonders vorteilhaft erscheinen zu lassen, also den Anschein (der nicht falsch zu sein braucht) eines besonders günstigen Angebots der Genossenschaft hervorzurufen, kann nicht zweifelhaft sein. Der Begriff der „geschäftlichen Verhältnisse“ ist in § 3 UnW.G. ein ganz allgemeiner. Ausweislich der Worte „insbesondere über“ sind die folgenden Aufzählungen: Beschaffenheit, Ursprung, Herstellungsart, Preisbemessung von Waren oder gewerblichen Leistungen und so fort mit Beispielen, wie gerade in dem von der Rev. angezogenen Ur. des 2. Str. Sen. des RG. v. 21. Nov. 1911, D 863/11, gesagt ist. Es brauchen auch keineswegs eigene geschäftliche Verhältnisse zu sein; dies folgt daraus, daß die Vorschr., auch die Strafvorschr. des § 4, nach dem Eingangswort „wer“ auf jeden Anwendung findet, der den Tatbestand verwirklicht und daß dem § 3, der „unrichtige“ Angaben fordert, in § 14 „nicht erweislich wahre“ Angaben über das Erwerbsgeschäft eines anderen ergänzend zur Seite gestellt sind, so daß gegebenenfalls §§ 3 und 14 in einem und demselben tatsächlichen Vorgang zusammentreffen können (Rosenthal, UnW.G. § 3 Note 3, 3a, § 14 Note 3a). Es liegt auf der Hand, daß der Wettbewerb zweck ebensowohl durch unwahre Herabsetzung fremder Ware oder Leistung, wie durch unwahre Anpreisung der eigenen geschehen kann (vgl. z. B. RG. II 157/29<sup>1</sup>); Gew. RSch. 1930, 200 über den Vorwurf des Verkaufs von „Ramschware“ in einem Warenhaus). Stets ist auch eine Angabe darauf hin zu prüfen, ob sie unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs gesehen als Ganzes eine Unrichtigkeit enthält, die den Anschein eines besonders günstigen Angebots

wenn auch die Pflichten, die der einzelne als Genosse auf sich nimmt, durchaus nicht unterschätzt werden dürfen (man denke nur an die sog. genossenschaftliche Duldungspflicht, kraft deren sich ein Genosse u. U. auch eine Erhöhung seiner Leistungen gefallen lassen muß; vgl. Parisius-Crüger zu § 16 Anm. 3 Gen.G.; Ralenderger zu § 16 Anm. 1b Gen.G.). Es ist darum im Grunde richtig und wird m. W. auch nicht bestritten, daß die Rückvergütung tatsächlich zu einem verbilligten Bezug führt. Aber darin liegt doch gerade das Ziel des Zusammenschlusses in einer Verbraucher-Genossenschaft, daß zur Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft der Mitglieder diesen ein verbilligter Bezug ermöglicht wird. Nicht die Dividende, die das typische Kennzeichen der Kapitalgesellschaft darstellt, sondern der Kundengewinn, die Rückvergütung, zeigt die eigentlich genossenschaftliche Leistung, die durch den gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb, wie es § 1 Gen.G. fordert, erzielt wird! Ebenso wie die Mitgliedschaft bei der Genossenschaft selbst, ist darum auch dieser Vorteil rein persönlicher Art. Gerade das kommt auch in § 8 Gen.G. unzweideutig zum Ausdruck. Unter Strafe darf der Verkauf von Waren und damit auch die Rückvergütung nur an die Mitglieder erfolgen.

Es ist also von dem grundsätzlichen Standpunkt aus, den die Entsch. einnimmt, allein folgerichtig auch die Rückvergütung in Gestalt eines Kundengewinnes dem Vermieter als Mitglied der Genossenschaft zu belassen, und das entspricht auch allein einem gerechten Interessenausgleich.

Zur Befräftigung dieses Ergebnisses mag noch auf folgendes hingewiesen werden. Man stelle sich einmal den Fall vor, daß ein Vermieter zugleich einen Kohlenhandel betreibt. Soll er nun deshalb verpflichtet sein, auf seine Mieter an Stelle des üblichen Kleinhandelspreises nur den Betrag seiner wirklichen Auslagen, d. h. den Einkaufspreis, erhöht um einen gewissen Prozentsatz für Geschäftsunkosten, umzulegen? Ich glaube, das würde jeder für absurd halten. Die Tatsache, daß der Vermieter zugleich Unternehmer im Kohlenhandel ist, soll ihm offenbar nicht zum Nachteil gegenüber den Mietern gereichen. Genau so verhält es sich aber auch hier; denn das ist das besondere Merkmal der Genossenschaft, daß sich wieder Unternehmer- und Verbraucherstellung in einer Person vereinigen und durch diese Vereinigung die hier umfrittene Ersparnis für die Mitglieder als Träger und Benutzer des Unternehmens erzielt wird.

PrivDoz. Dr. Reinhardt, Köln.

<sup>1</sup>) JW. 1930, 1711.



hervorzurufen geeignet ist (RGSt. 44, 143, 146; Urt. II 135/15: JW. 1915, 136<sup>3</sup> und II 99/27: JW. 1928, 1744<sup>25</sup>). Daß die unrichtigen Angaben über „geschäftliche Verhältnisse“ lediglich Umstände sein müßten, die auf die Preisbildung der Ware von Einfluß sein können, wie die Rev. sagt, kann schon um deswillen nicht zutreffen, weil ja der § 3 noch eine Reihe von Beispielen anführt, die mit der Preisbildung keinen Zusammenhang haben oder zu haben brauchen. Ob nun rechtliche Darlegungen eine Angabe über „geschäftliche Verhältnisse“ darstellen können, entzieht sich abstrakter Erörterung. Mit Recht sieht jedenfalls der Vorderrichter in den Mitteilungen der Bekl. eine tatsächliche Behauptung dahin als mitaufgestellt an, daß ihre eigenen geschäftlichen Verhältnisse so gestaltet seien, daß die Kohlenvergütung nicht den Charakter eines Rabatts, sondern den einer Gewinnbeteiligung im engeren (oder eigentlichen) Sinn habe und deshalb von Rechts wegen dem Vermieter verbleibe. Das ist aber unverkennbar eine Angabe über „geschäftliche Verhältnisse“.

(U. v. 12. Mai 1933; II 307/32. — Berlin.) [Ru.]  
(= RG. 140, 322.)

### 7. Versicherungsvertragsgesch.

#### \*\*9. §§ 38, 39, 92 BGB.

1. Die Anzeige vom Schadensfall durch Feuer an den Versicherer ist unter allen Umständen rechtzeitig, wenn sie am zweiten Tage danach erfolgt, auch wenn Gelegenheit war, sie früher zu erstatten.

2. Deckungszusage und neuer Vertrag sind selbständige Verträge, der erste ist wirksam, auch wenn der Versicherer vom zweiten zurücktreten kann.†)

Die Kl. war bei der Bekl. gegen Feuerschaden versichert. Vor Ablauf des Versicherungsverhältnisses, das am 9. Jan. 1930 endete, trat sie mit der Bekl. zwecks Abschlusses eines neuen Versicherungsvertrages in Verbindung und stellte Ende Dez. 1929 einen schriftlichen Versicherungsantrag. Bevor der Versicherungsantrag angenommen war, brach in ihrem Werk am 21. Febr. 1930 Feuer aus. Mit der Klage nimmt sie aus diesem Schadensfall, den ihr Geschäftsführer am 24. Febr. 1930 dem Versicherer schriftlich angezeigt hat, die Bekl. auf Zahlung einer von Sachverständigen festgestellten Entschädigung in Anspruch. Sie behauptet, der Inspektor der Bekl. habe ihr bei einer der beiden vor dem 9. Jan. 1930 stattgefundenen Besprechungen Deckungsschutz bis zum Abschluß des neuen Vertrages zugesagt.

**Zu 9.** Dem Urt. ist zuzustimmen. Durch die für die Bekl. Versicherungsgesellschaft in der Rev.Jnst. nicht mehr angreifbare Feststellung des BG., es sei der Kl. vor dem Brande eine z. Z. des Brandes noch wirksame Deckungszusage erteilt worden, war der Rechtsstreit bei richtiger Rechtsauffassung zugunsten der Kl. geklärt; denn diese hat sich zwar, indem sie beim endgültigen Vertragsschluß den tags zuvor auf ihrem Werk eingetretenen Schaden verschwiegen, offenbar eines dolosen Verhaltens schuldig gemacht, aber es läßt sich aus diesem Verhalten weder die vom BG. angenommene Leistungsbefreiung der Bekl. wegen Verletzung der Schadenanzeigepflicht, noch die von der Bekl. geltend gemachte Sinfälligkeit der Deckungszusage ableiten:

1. Die Schadenanzeige war zwar nicht unverzüglich erstattet, die Anzeigepflicht aber trotzdem nicht verletzt. Das Erfordernis der Unverzüglichkeit ist in § 11 Abs. 1 der (alten) AllgVersfBed., die dem Vertrage zugrunde lagen, aus § 33 BGB. übernommen, obwohl es einer doppelten Einschränkung unterliegt:

a) Die Rechtsfolge der Leistungsfreiheit des Versicherers tritt nicht bei jeder schuldhaften Verzögerung der Anzeige ein, sondern der Versicherer bleibt zur Leistung verpflichtet, wenn die Verzögerung weder auf Vorfall, noch auf grober Fahrlässigkeit beruht (§ 6 Abs. 2 BGB., § 12 Abs. 2 AllgVersfBed.); den ihr hierfür obliegenden Beweis hat die Kl. nicht antreten können.

b) Der Anzeigepflicht ist in der Feuerversicherung nach der zwingenden Vorschr. des § 92 BGB. genügt, wenn die Anzeige binnen zwei Tagen nach dem Eintritt des Schadensfalls abgesandt wird. Die Vorschr. ist in § 11 Abs. 1 Satz 3 AllgVersfBed. wiedergegeben und dort vom BG., dessen Urt. in den WluffWPrVers. 1933, 116 teilweise abgedruckt ist, nicht übersehen, aber in ihrer Bedeutung verkannt, nämlich als Auslegungsregel für das Er-

Die Bekl. weist darauf hin, daß am 22. Febr. 1930, als der neue Versicherungsvertrag nach Einigung über die Höhe der zu zahlenden Prämie zwischen ihm und dem Gesellschaftler der Kl. z. fernmündlich abgeschlossen worden sei, z. dem Direktor C. verschwiegen habe, daß es am 21. Febr. 1930 auf dem Werk der Kl. gebrannt habe. Sie sei deshalb, als ihr der Brand am 24. Febr. 1930 angezeigt worden sei, von dem Vertrage auf Grund des § 16 Abs. 2 BGB. zurückgetreten, weil die Kl. bei Schließung des Vertrages ihr nicht alle ihr bekannten Umstände, die für die Übernahme der Gefahr erheblich gewesen seien, angezeigt habe. Die Anzeige vom Brande sei nicht unverzüglich vorgenommen, also verspätet.

1. Der Verkl. nimmt zu dem Sach- und Streitstand wie folgt Stellung:

a) Der Inspektor der Bekl. M. habe der Kl. vor dem Brande eine vorläufige Deckungszusage erteilt.

b) Diese vorläufige Deckungszusage sei zur Zeit des Brandes noch in Kraft gewesen.

c) Dieser Anspruch sei auch nicht dadurch berührt worden, daß die Bekl. am 22. Febr. 1930, also nach dem Brande, den Versicherungsantrag der Kl. nach Einigung über die Höhe der Prämie zwar angenommen habe, aber vom dem geschlossenen Vertrage mit Recht zurückgetreten sei, weil z. bei den fernmündlichen Verhandlungen mit C. am 22. Febr. 1930 den ihm bekannten Brand nicht angezeigt habe. Denn die vorläufige Deckungszusage und der neue Versicherungsvertrag seien selbständige Verträge.

d) Die Bekl. sei aber von der Verpflichtung zur Leistung frei geworden, weil die Kl. ihr den Eintritt des Versicherungsfalles nicht unverzüglich angezeigt habe. Die Anzeige hätte nach Treu und Glauben am 22. Febr. durch z., spätestens nach der Bestätigung der Deckungszusage durch C., erfolgen müssen. Die erst am 24. Febr. 1930 erfolgte Anzeige sei keine „unverzügliche“ i. S. des § 11 Abs. 1 AllgVersfBed. Die Bekl. sei daher auf Grund des § 12 Abs. 1 AllgVersfBed. von der Verpflichtung zur Leistung frei geworden, da der Ausnahmefall, daß die Verletzung der Anzeigepflicht weder auf Vorsatz noch auf grober Fahrlässigkeit beruhe, nicht vorliege.

Dem Angriff der Rev. kann das angefochtene Urt. nicht standhalten. Nach § 92 Abs. 1 BGB. wird nämlich der Pflicht zur Anzeige des Versicherungsfalles bei der Feuerversicherung unter allen Umständen genügt, wenn die Anzeige, und zwar die Absendung, binnen zwei Tagen nach dem Eintritt des Versicherungsfalles erfolgt. Nach § 92 Abs. 2 BGB. kann sich der Versicherer auf eine Vereinbarung, durch welche die Dauer oder die Berechnung der Frist zum Nachteil des Versicherungsnehmers anders bestimmt wird, nicht berufen. Im vorl. Falle ist die Anzeige am 24. Febr. 1930 ordnungsmäßig

fordernis der Unverzüglichkeit angesehen worden, durch die der Versicherer in keinem Fall gehindert sei, die Frage nachzuprüfen, ob die Anzeige nicht schon früher als am zweiten Tage nach dem Brand hätte erstattet werden können. Diese Auslegung des § 11 Abs. 1 AllgVersfBed. scheidet m. E. schon an seinem Wortlaut, jedenfalls aber, wie das RG. mit Recht feststellt, an § 92 Abs. 1 und 2 BGB.; schon in der amtlichen Begrz. zu § 92 ist darauf hingewiesen, daß die Vorschr. dem Versicherungsnehmer auch dann zugute kommt, wenn er die Anzeige früher hätte erstatten können.

In § 14 der neuen AllgFeuerversfBed. von 1930 ist das praktisch wertlose und überdies, wie das Urt. des BG. erweist, verwirkende Erfordernis der Unverzüglichkeit beseitigt, außerdem die Anzeigefrist auf drei Tage ausgedehnt und ihr Beginn nicht an den Schadensseintritt, sondern erst an die Erlangung der Kenntnis vom Schadensfall geknüpft.

2. Vom endgültigen Versicherungsvertrag ist die Bekl. zurückgetreten — mit Recht, wie das BG. beiläufig feststellt —, weil die Kl. durch die Verschweigung des Schadens bei der Vertragsschließung ihre Anzeigepflicht gem. § 16 BGB. verletzt hat. Daß das RG. (in Übereinstimmung mit der Vorinstanz) die Wirksamkeit der Deckungszusage trotzdem aufrechterhält, sollten auch diejenigen nicht zu beanstanden vermögen, die im Streit um die Frage, ob auf die erste aus dem endgültigen Vertrag zu entrichtende Prämie § 38 oder § 39 BGB. Anwendung finde, zugunsten des § 39 das Argument der „Einheitlichkeit des Versicherungsverhältnisses“ verwenden. Die Möglichkeit einer inhaltlichen Abweichung des endgültigen vom vorläufigen Vertrag ist noch nie gelehrt worden, aber auch die Umstände, unter denen der vorläufige und unter denen der endgültige Vertrag zustande kommt,

erstattet, an diesem Tage sogar schon bei der Befl. eingegangen. Da der Brand am 21. Febr. 1930 ausgebrochen war, so endete die zweitägige Frist zur Anzeige an sich mit dem Ablauf des 23. Febr. Da aber der 23. Febr. ein Sonntag war, so war die Anzeige am 24. Febr. unbedingt rechtzeitig (§ 193 BGB.). Mit der bisherigen Begr. kann also die Abweisung der Klage nicht aufrechterhalten werden.

2. Die Rev.Befl., die die ihr ungünstigen Annahmen des Berufungsrichters über die Erteilung der Deckungszufage, ihre Verbindlichkeit und die Dauer ihrer Geltung nicht bekämpft, meint, die Abweisung der Klage sei trotzdem gerechtfertigt, weil es selbstverständlicher Vertragsinhalt jedes vorläufigen Deckungsvertrages sei, daß die Deckung nur dann eintrete, wenn der Versicherungsnehmer sich beim Abschluß des endgültigen Versicherungsvertrages so redlich verhalte, wie dies von jenem Versicherungsnehmer verlangt werde, der keine vorläufige Deckungszufage erhalten habe. Damit vertritt aber die Rev.Befl. im Grunde die Auffassung, Deckungszufage und endgültiger Versicherungsvertrag seien ein einheitliches Rechtsverhältnis. Diese Auffassung ist abzulehnen. In der Rpr. des RG. (RG. 10, 198; 113, 1507; 114, 321; JW. 1927, 169) ist angenommen worden — allerdings zumeist im Zusammenhang mit der Frage, ob die einheitlich berechnete Prämie erste Prämie oder Folgeprämie i. S. der §§ 38, 39 BGB. ist —, daß Deckungszufage und endgültiger Versicherungsvertrag selbständige Verträge seien, sofern etwas anderes nicht deutlich vereinbart sei. Daß letzteres hier zuträfe, etwa i. S. der Abhängigmachung der Wirkung der Deckungszufage von einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung, nämlich dem künftigen Verhalten des Versicherungsnehmers bei dem Abschluß des endgültigen Versicherungsvertrages oder überhaupt dem rechtswirksamen und unangreifbaren Zustandekommen des endgültigen Vertrages, hat der Berufungsrichter nicht angenommen. Zu einer solchen Annahme lag auch für ihn um so weniger eine Veranlassung vor, als es an jedem ursächlichen Zusammenhang zwischen der angeblich schuldhaften Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht bei Abschluß des endgültigen Versicherungsvertrages und der Erteilung der vorläufigen Deckungszufage fehlt.

(U. v. 12. Mai 1933; VII 1/33. — Köln.) [Ru.]  
(= RG. 140, 318.)

sind zu häufig verschieden, als daß von einer Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses mit der selbstverständlichen Folge, daß die Wirksamkeit der Deckungszufage von der Unwirksamkeit des endgültigen Vertrags (und umgekehrt?) berührt würde, die Rede sein könnte. Es ist stets leicht möglich, daß der Versicherungsnehmer die Anzeigepflicht hinsichtlich eines Umstandes, nach dem er beim Abschluß des vorläufigen Deckungsvertrages gar nicht gefragt war, beim Abschluß des endgültigen Vertrages verletzt, oder daß anzeigepflichtige Umstände sich bis zum endgültigen Vertragsabschluß ändern, oder daß beim endgültigen Antrag eine zuvor fahrlässig veräußerte oder falsch erstattete Anzeige nachgeholt oder berichtigt werden kann. Die Konstruktion des einheitlichen Rechtsverhältnisses ist also mit dem typischen Tatbestand unvereinbar. Und die Möglichkeit dieser Verschiedenheit der Umstände ist den Parteien des vorläufigen Vertrages notwendig zu klar bewußt, als daß es, wie die Befl. will, „selbstverständlicher Vertragsinhalt jedes vorläufigen Deckungsvertrages“ sein könnte, daß die Wirksamkeit des Deckungsvertrages von irgendeinem späteren Ereignis, etwa vom Verhalten des Versicherungsnehmers bei der endgültigen Vertragsabschließung, abhängig sei. Die durch Hinzufügung einer Bedingung zur vorläufigen Deckungszufage herbeigeführte Abhängigkeit, wie sie das RG. erörtert, wird sich (abgesehen von der vielfach, jedoch nicht in der Feuerversicherung, üblichen auflösenden Bedingung der nicht rechtzeitigen Einlösung des Versicherungsscheins) in der Praxis so gut wie nirgends finden.

Ist der vorl. Fall somit besonders gut geeignet, die Erkenntnis, daß Deckungszufage und endgültiger Vertrag selbständige Verträge sind, anschaulich zu machen, so ist andererseits nicht zu verkennen, daß mit dieser Erkenntnis allein die vorerwähnte Frage der Anwendbarkeit des § 38 oder des § 39 BGB. noch nicht zugunsten der (mit Recht vom RG. in ständiger Rpr. vertretenen) ersten Alternative geklärt ist. Die Theorie von der Einheitlichkeit des Versicherungsverhältnisses freilich ist mit dieser Erkenntnis nicht vereinbar, und darum wird man erwarten dürfen, daß sie unter den Einwänden, die gegen die erwähnte Rpr. des RG. von einer Reihe von Autoren nach wie vor erhoben werden, nicht wieder begegnet.

RA. Dr. Rolf Raifer, Stuttgart.

10. §§ 100, 101 BGB.; § 123 BGB. Ficht der Versicherer den Vertrag nach Eintritt des Versicherungsfalles wegen arglistiger Täuschung an, so ist er auch den Hypothekengläubigern gegenüber von der Verpflichtung zur Leistung frei. f)

S. war bei der verklagten Gesellschaft gegen Feuer versichert und wurde am 29. Okt. 1929 von einem Brande betroffen. Sein mit Klage verfolgter Versicherungsanspruch gegen die Befl. wurde durch rechtskräftiges Urteil abgewiesen, und zwar auf Grund einer für berechtigt erachteten Anfechtung des Versicherungsvertrages wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB. i. Verb. m. § 22 BGB.), welche die Befl. am 15. Nov. 1929 erklärt hatte.

Der vom Schaden betroffene S. s. Grundbesitz wurde im Wege der Zwangsversteigerung vom M. erworben. Dieser war vorher durch Abtretung Gläubiger einer Anzahl aufhaftender Hypotheken geworden. Er fordert von der Befl. Zahlung der auf den Gebäudeschaden entfallenden Summe. Er stützt seinen Anspruch unter anderem, was hier allein in Betracht kommt, auf § 100 BGB. und auf § 101 BGB., jeweils in Verbindung mit seiner Eigenschaft als Hypothekengläubiger.

M. hat abgewiesen, BG. dem Grunde nach zugesprochen. RG. hat aufgehoben.

Es sprechen überwiegende Gründe für die engere Auslegung des § 101 BGB.

Im Wortlaut des ersten Satzes im § 101 Abs. 1 kann eine wesentliche Stütze der Ansicht des Vorderrichters nicht gefunden werden. Zwar schließt die dort gewählte Ausdrucksweise die Einbeziehung des Falles der Anfechtung nicht aus. Immerhin erweckt die Fassung des die Vorschr. einleitenden Halbsatzes doch den Eindruck, als solle damit angeknüpft werden an die zahlreichen Bestimmungen des BGB., die ein „Freiwerden des Versicherers von der Verpflichtung zur Leistung“ festsetzen. Hier kommen die §§ 2, 6, 12, 25, 28, 32, 33, 38, 39, 61, 67, 71, 79, 114, 118, 125, 169, 170, 181 BGB. in Betracht. Bei diesen Vorschr. handelt es sich durchweg um die Regelung von Vorgängen, die dem Versicherungsverhältnis eigentümlich sind und mit Rücksicht darauf ihre besondere Regelung in dem „Gesetz über den Versicherungsvertrag“ gefunden haben. Die Anfechtung des Versicherungsvertrages wegen arglistiger Täuschung über Gefahrumstände

Zu 10. I. Ob der Versicherer, der nach Eintritt des Versicherungsfalles den Vertrag wegen arglistiger Täuschung an sich, den Hypotheken- und gleichgestellten (§ 106 BGB.) dinglichen Gläubigern nach § 100 oder § 101 BGB. zur Leistung verpflichtet bleibt, ist seit langem streitig. Vgl. u. a.: Bland: VersuGeldw. 1927, 162/63; Bossert: HansRZ. 1921, 141; Brud, BGB. Anm. 10 zu § 100, 3 zu § 101 u. PrivVersR. 748 Anm. 81; Domizlaff-Liebig-Verliner, AB. Anm. C b zu § 18; Ehrenberg, Das Interesse im Versicherungsrecht S. 60; Goudefroh: JurRdschPrVerf. 1933, 115; Dertmann: VersWirt. 1916, 425; Prölß: HansRZ. A 1933, 59; Schweighäuser: VersuGeldw. 1928, 317; DOW. Hamburg: SeuffArch. 83, 52 = HansRZ. A 1928, 727 (zustimmend zit. von Warneher, BGB., Bem. zu § 100) und JurRdschPrVerf. 1933, 61 = HansRZ. A 1933, 19 sowie WuffRdschPrVerf. 1915, 120 f.; verneinend: Sagen in Ehrenbergs Handbuch VIII, 2 S. 84 und 86; Klang, Pfandrechtsschutz bei der Feuerversicherung von Gebäuden 38/39 (österreich. Recht); DeLert, Realcredit und Feuerversicherung 124; Pfeiffer: JurRdschPrVerf. 1932, 99 und 1933, 101; Raifer, AB. Anm. 31 zu § 18; Schneider: ZVersWiss. 1916, 732 und VersWirt. 1917, 132, 202; Wünschmann: MittSchffFeuerverAnst. 1915, 291 und JW. 1928, 3158.

Das RG. (auch in JurRdschPrVerf. 1933, 223) hat sich in engem Anschluß an seine Ausführungen RG. 130, 271 = JurRdschPrVerf. 1930, 428 = JW. 1931, 518<sup>a</sup> (zu § 176 BGB.) für die ablehnende Ansicht entschieden.

II. 1. Dem RG. ist zuzugeben, daß die Wendung „von der Verpflichtung zur Leistung frei“ in § 101 BGB. den Fall der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nicht deckt; unter dieser Wendung versteht das BGB. nur diejenigen Fälle, in denen der Versicherungsvertrag als solcher bestehen bleibt, der Versicherer aber aus besonderen Gründen für einen Schaden nicht einzutreten braucht (vgl. RG.: JurRdschPrVerf. 1930, 428; Pfeiffer: JurRdschPrVerf. 1932, 99; 1933, 101; Spring, BGB. 286 u. a.). Eine unmittelbare Anwendung des § 101 BGB. ist damit ausgeschlossen, nicht aber die Analogie. Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, daß die den Hypothekengläubiger

steht jedoch außerhalb des Kreises der eigentlichen versicherungsrechtlichen Vorschr.; sie bestimmt sich nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht (§§ 123, 124, 142 ff. BGB.), worauf der nur zur Ausschließung von Zweifeln in das BGB. eingefüllte § 22 hinweist. Unter diesen Umständen liegt die Annahme nahe, daß § 101 BGB. nur auf die unter Verwendung des gleichen Ausdrucks im BGB. geregelten Tatbestände abzielt, den Fall der Anfechtung aber nicht im Sinne hat. Dafür spricht ferner der Umstand, daß in § 101 Abs. 1 Satz 2 neben das Freiwerden des Versicherers dessen Rücktritt vom Versicherungsvertrage gestellt ist, und daß auch dieser Rücktritt im Geetze keine besondere Regelung erfahren hat (§§ 16 bis 21, 30, 31 BGB.).

Ist sonach schon in Ansehung des Gesetzeswortlautes anzunehmen, daß er weniger der Ansicht des BG. als der Gegenmeinung eine Stütze bietet, so gilt dieses in verstärktem Maße von den gesetzgeberischen Vorarbeiten. § 101 wurde vom Reichstag in der Fassung des Entwurfs ohne jede Änderung angenommen; der Bericht des Reichstagsausschusses und die Verhandlungen in der Vollversammlung gehen auf seinen Inhalt nicht ein. So bleibt für die Ermittlung des Willens des Gesetzgebers nur die amtliche Begr. des Entw.

Dort heißt es auf S. 112/113:

„Im § 101 regelt der Entwurf die Stellung des Hypothekengläubigers zu einem Versicherungsverhältnis, das, ohne zur Zeit des Eintritts des Versicherungsfalles beendet zu sein, sich durch das Verhalten des Versicherungsnehmers so gestaltet, daß der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung der Entschädigung frei ist. Hier bleibt nach Abs. 1 dem Hypothekengläubiger gegenüber die Verpflichtung zu dem Versicherer bestehen, und zwar ohne Unterschied, ob die Hypothek angemeldet ist oder nicht. Der Gläubiger wird so namentlich für die Fälle geschützt, in welchen der Versicherungsnehmer seiner Ansprüche aus der Versicherung deshalb verlustig geht, weil er ohne Einwilligung des Versicherers eine erhebliche Erhöhung der Gefahr vorgenommen oder den Brand vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat. Das gleiche gilt, wenn die rechtzeitige Anzeige einer Gefahrerhöhung oder einer Veräußerung der versicherten Sache versäumt worden ist, oder wenn der Versicherer erst nach dem Eintritte des Ver-

begünstigenden Statuten der öffentlichen Anstalten und die Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Privatgesellschaften — die das BGB. in den §§ 100, 101 hat legalisieren (nicht: abändern) wollen — sich nicht der technischen Wendung „von der Verpflichtung zur Leistung frei“ bedient, sondern eine Fassung gewählt haben, die den Fall der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung zwanglos einschließt; z. B. heißt es in § 12 der Allg.-Verf. von 1886:

„Geht die Entschädigung des Versicherten durch seine Schuld verloren, so verwendet die Gesellschaft die Entschädigung ... zur Befriedigung der ... Gläubiger ...“

und noch eindeutiger sagt § 59 des Reglements der Pommerschen Feuerzuziatät v. 1. Juni 1885:

„In allen Fällen, in welchen auf Grund des Reglements oder aus allgemeinen rechtlichen Gründen der Versicherte den Anspruch auf Entschädigung verliert, ist die Sozietät verpflichtet, den vorenthaltene Betrag den ... Realberechtigten ... zu zahlen ...“

2. In der Argumentation aus der Begr. kann dem RG. nicht gefolgt werden. Jedes Gesetz — und sei es so gut gearbeitet wie das BGB. — ist Menschenwerk; man kann von den Verfassern nicht erwarten, daß sie jeden auch nur denkbaren Fall in Erwägung ziehen, und wenn das RG. besonderes Gewicht auf die Wahl der Beispiele in der Begr. legt, so ist dem entgegenzuhalten, daß es bei einem Spezialgesetz nahe liegt, die den Entwurf erläuternden Beispiele aus dem Vorkreis gerade (und nur) dieses Gesetzes zu entnehmen. Sed sagt (Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 112):

„Gerade bei Kodifikation eines großen Gebiets ist die Übersicht über die kommenden Interessengestaltungen, das Zusammenwirken der Rechtsfälle, über die zukünftige Verflechtung der Interessengebiete oft sehr viel geringer als bei den zur Rechtsanwendung berufenen Gerichten.“

Übrigens würden die Beispiele der Begr. ebenfalls nur die unmittelbare Anwendung ausschließen.

3. Der Umkehrschluß des RG. aus § 100 III BGB. — der einige Fälle der Nichtigkeit ex tunc den übrigen in § 100 geregelten Tatbeständen gleichstellt — ist nicht zwingend, jedenfalls nicht

sicherungsfalles im Wege des Rücktritts sich von der Verpflichtung zur Leistung der Entschädigung befreit. In allen diesen Fällen kann von dem Erfordernis einer Anmeldung der Hypothek abgesehen werden. Denn nach dem Eintritt eines Schadens ist der Versicherer auch in dem Regelfalle, daß seine Haftung gegenüber dem Versicherungsnehmer bestehen geblieben ist, nach den §§ 1128, 1130 BGB. verpflichtet, die Rechte der Hypothekengläubiger ohne Rücksicht auf eine vorgängige Anmeldung der Hypotheken zu beachten, und es enthält keine unbillige Erschwerung der Lage des Versicherers, wenn ihm eine gleiche Verpflichtung für die Fälle auferlegt wird, in denen der Versicherungsnehmer durch sein Verhalten den Entschädigungsanspruch verwirkt hat.“

Die Auswahl der Beispiele läßt klar erkennen, daß der Verfasser der Begr. den Fall der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nicht in den Kreis seiner Betrachtungen gezogen hat. Wenn im Eingang der Begr. von einem solchen Verhalten des Versicherungsnehmers die Rede ist, das auf ein zur Zeit des Eintritts des Versicherungsfalles noch unbeeidigtes Versicherungsverhältnis gestaltend einwirkt, so kann damit unmöglich ein Verhalten gemeint sein, das — wie eine Täuschung beim Abschluß des Vertrages — den Versicherer berechtigen würde, den Vertrag selbst durch Anfechtung zu vernichten. Ebenso unvereinbar ist es mit einer solchen Annahme, daß am Schlusse der Begr. das Verhalten des Versicherungsnehmers, auf welches das Gesetz abstellt, dahin gekennzeichnet wird, daß er dadurch den Entschädigungsanspruch verwirkt habe. Diese Auffassung kann auf ein Verhalten bezogen werden, das innerhalb der sonst fortbestehenden vertraglichen Bindung den Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung befreit oder ihm ein Rücktrittsrecht verleiht, nicht aber auf ein solches Verhalten, das dem Versicherer zu einer den Vertrag vernichtenden Anfechtung Anlaß gibt.

Diese Auffassung erfährt eine wesentliche Bestätigung, wenn man die rechtliche Tragweite der Anfechtung nach § 123 BGB. berücksichtigt. Die allgemeine Vorschr. des § 142 Abs. 1 das. bestimmt, daß ein anfechtbares Rechtsgeschäft, wenn es angefochten wird, als von Anfang an nichtig anzusehen ist. In Gemäßheit dieses Grundsatzes kann es, trotz der den Ansprüchen der Hypothekengläubiger im übrigen zuzugestehenden

in dem Sinne, daß er eine analoge Anwendung verböte. Das wäre vielmehr nach einem allgemein anerkannten rechtstheoretischen Grundsatz (vgl. z. B. Enneccerus-Ripperdey, Allg. Teil 13. Bearb. S. 155) nur dann möglich, wenn die Verfasser des Gesetzes den Fall der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bedacht und gleichwohl eine dem § 100 III entsprechende Best. in § 101 BGB. mit Absicht weggelassen hätten. Der Umkehrschluß ist um so weniger zwingend, als ja auch § 100 III über die durch Anfechtung herbeigeführte Nichtigkeit kein Wort sagt.

4. Die Ansicht des RG., daß bei einem von Anfang an nichtig gewordenen Vertrag auch die auf ihm beruhenden Ansprüche der Hypothekengläubiger hinfiele, trifft nicht zu. Der § 101 BGB. umfaßt vielmehr (Abs. 1 Satz 2) einen Fall, wo die Hypothekengläubiger selbständig berechtigt bleiben, obwohl der Versicherungsvertrag ex tunc nichtig wird: den Fall nämlich, daß der Versicherer nach Eintritt des Versicherungsfalles — z. B. wegen Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht nach § 17 BGB. — zurücktritt. Der Rücktritt vernichtet den Versicherungsvertrag, wie mit RG. 130, 271 = JW. 1931, 518<sup>3</sup> = JurRdschPrVerf. 1930, 428 gegen Risch II 430 und Brud., BGB. 11 zu § 20 anzunehmen ist, mit rückwirkender Kraft; gleichwohl bleibt der Versicherer dem Realgläubiger zur Leistung verpflichtet.

Nun sind aber nach unbeschränkter Meinung das Rücktrittsrecht aus § 17 BGB. und die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 22 BGB.; § 123 BGB.) nebeneinander zulässig. Wer in der Praxis steht, weiß, daß in neunundneunzig von hundert Fällen angefochten wird, weil sich nach einem Brande herausstellt, daß erhebliche Gefahrumstände verschwiegen oder falsch angegeben worden waren. Andere Tatbestände spielen für das Anfechtungsrecht so gut wie keine Rolle. Soll aber das Recht der Hypothekengläubiger aus § 101 BGB. wirklich an den Zufall geknüpft sein, daß der Sachbearbeiter der Versicherungsgesellschaft sich für den Rücktritt statt für die Anfechtung entscheiden hat — und obwohl der Rücktritt keine andere Wirkung auf das Vertragsverhältnis hat als die Anfechtung?

5. Die Untersuchung des § 101 BGB. auf seinen Norminhalt ergibt folgendes: die Fälle der Leistungsfreiheit (Satz 1) und der Rücktritt nach dem Versicherungsfalle (Satz 2) sind im Gegensatz zu den Fällen des § 100 BGB. dadurch gekennzeichnet,

rechtlichen Selbständigkeit, doch keinesfalls anders sein, als daß mit der erfolgreichen Anfechtung des Versicherungsvertrags auch die nur auf ihm beruhenden Ansprüche der Realgläubiger hinfallen. Für dieses Ergebnis bedarf es nicht der Heranziehung des § 139 BGB. Wollte das BGB. die Grundzüge des bürgerlichen Rechts in dieser Hinsicht abändern, so würde es sich mit einer jeden Zweifel ausschließenden Genauigkeit ausgedrückt haben. Sein Hinweis im § 22 BGB. zeigt, daß das Gesetz in das Rechtsgebiet der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nicht hat eingreifen wollen. Es muß noch besonders betont werden, daß keine Rechtsgrundlage dafür besteht, anzunehmen, die Wirkungen einer Anfechtung (§ 142 BGB.) könnten im Versicherungsrecht geringer sein als im sonstigen bürgerlichen Recht.

Der Heranziehung des § 100 Abs. 3 BGB. ist entgegenzuhalten, daß die Verwertung der dort ersichtlichen Vorschr. i. S. des III. keineswegs zwingend ist. Wenn im § 100 Abs. 3 der Gesetzgeber es für geboten erachtet hat, besonders hervorzuheben und anzunehmen, daß in gewissen Fällen der Versicherer die Nichtigkeit des Versicherungsvertrags gegenüber dem Hypothekengläubiger nicht geltend machen kann, so ist nicht einzusehen, weshalb er diese ganz außergewöhnliche Anordnung nicht auch im § 101 BGB. ausdrücklich getroffen hat, wenn es seine Absicht gewesen sein sollte, dasselbe für den Fall zu bestimmen, daß eine Anfechtung des Versicherers wegen arglistiger Täuschung die Nichtigkeit des Versicherungsvertrags herbeiführen würde.

Villigkeitserwägungen — vgl. die Darlegungen des Aufsichtsamts für Privatversicherung in seinen Veröffentlichungen 1915 S. 121 ff. — sind nur i. S. einer etwaigen späteren Gesetzgebung beachtlich.

daß noch im Augenblick des Brandes ein gültiger Versicherungsvertrag besteht. Der Gläubiger soll sich darauf verlassen dürfen, daß — wofür nur z. B. des Versicherungsfalls ein gültiger Vertrag bestand — der gewährte Kredit durch die Feuerversicherung gedeckt ist. M. a. W.: der § 101 BGB. ist eine der großen Normen, die das Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand schützen (Klang a. a. D. S. 39/40; insbes. Anm. 126; Prölß: HanfRGZ. A 1933, 59/60; vgl. auch Welsbacher, Vertrauen auf äußere Tatbestände, 115 und 266 und Aufschr. 1915, 121). Dieser Norminhalt des § 101 BGB. umfaßt aber auch den Fall der arglistigen Täuschung; auch hier hat sich der Gläubiger auf den z. B. des Versicherungsfalls gültigen Vertrag verlassen (vgl. Dertmann: VerfWiss. 1916, 425). Eine Auslegung des § 101 BGB. nach dem Normzweck muß also zu dem Ergebnis führen, daß diese Vorschr. analog anzuwenden ist, wenn der Versicherer den Vertrag nach Eintritt des Versicherungsfalles wegen arglistiger Täuschung angefochten hat.

Dieses Ergebnis entspricht auch der Interessenlage. Die Interessenlage ist die gleiche wie beim Rücktritt des Versicherers nach dem Versicherungsfall (§ 101 I 2) mit dem Unterschied, daß in diesem Fall der Versicherer die Prämie behalten darf (§ 40 I BGB.), während sie bei Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach richtiger Meinung zurückzugeben ist (vgl. RG. 130, 215 = ZurAbshPrVerf. 1930, 414; Schumann, Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag, 85 f.; Ritter, ADS. I 321; Risch II 435 u. a.; a. W. ein Teil der Literatur; vgl. Bruck, BGB. Anm. 7 zu § 22). Dieser Unterschied ist indessen ohne Belang, wenn man nicht auf das einzelne Versicherungsverhältnis, sondern auf die Gesamtheit aller bei dem in Anspruch genommenen Versicherer bestehenden Verträge sieht. Die Fälle, in denen der Versicherer wegen arglistiger Täuschung ansücht, sind vereinzelt, „Münche“ Fälle; das Risiko kann daher ohne Gefahr für den Versicherer aus dem gesamten Prämienaufkommen mitgedeckt werden (vgl. Klang a. a. D. 37 und RG.: Prax-Verf. 1926, 46 und 51, wo dieser Gedanke für einen Fall aus der Einbruchdiebstahlversicherung verwertet wird). Übrigens muß der Versicherer den Hypothekengläubigern auch sonst haften, ohne einen Pfennig Beitrag bekommen zu haben; die preussischen Sozietäten sind z. B. dem Realgläubiger gegenüber erst von der Haftung frei, wenn mindestens sieben Monate seit Fälligkeit verstrichen sind und die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Versicherungsnehmers fruchtlos geblieben ist (vgl. § 9 Nr. 6 AllgVerfBod. i. Verb. m. § 10 Nr. 3 der Musterfakung; eine dem § 101 II BGB. entsprechende Best. fehlt in den Satzungen der meisten Sozietäten).

6. Das RG. wirft, um die von ihm abgelehnte Ansicht zu widerlegen, noch die Frage auf, ob der Versicherer den Realgläubigern auch dann zur Leistung verpflichtet sei, wenn er vor Eintritt eines Versicherungsfalles die Anfechtung wegen arglistiger

Wäre der hier bekämpfte Standpunkt richtig, so müßte der Versicherer auch den Hypothekengläubigern haften, wenn er die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung schon vor dem Eintritt des Versicherungsfalles, bei der Feuerversicherung also vor einem Brande erklärt hätte; dies ist offenbar ganz unannehmbar. Vgl. zur Auslegung einer anderen Vorschr. des § 176 Abs. 2 BGB. RG. 130, 271, besonders 273, 274. Wie hier Wünschmann (ZB. 1928, 3158 ff.), Schneider (ZVerfWiss. 1916, 732 ff. und VerfWiss. 1917, 132, 202), Dagen (Ehrenbergs Handb. d. gef. H.R. Bd. VII, 2 S. 86), Kaiser (Komm. der Allgem. Feuerverb. [1930] S. 399, Anm. 31 zu § 18) und Pfeiffer (ZurAbshPrVerf. 1932, 99 und 1933, 101 ff.). M. M.: Bruck (BWB., 7. Aufl., Anm. 10 zu § 100, Anm. 3 zu § 101 sowie Privatversicherungsrecht [1930] S. 748 Anm. 81), Dertmann (VerfWiss. 1916, 425 ff.), Gessert (HanfRGZ. 1921, 141), Schweighäuser (Versicherung und Geldwirtschaft 1928, 317), Domizlaff-Liebig (Allgem. Feuerverb. [1930] S. 242, Anm. Ob zu § 18), Goudefroy (ZurAbshPrVerf. 1933, 115 ff.) sowie vom OLG. Hamburg: SeuffArch. Bd. 83 Nr. 36 = HanfRGZ. 1928 A, 727.

(U. v. 28. April 1933; VII 10/33. — Hamburg.) [Ru.]

### 8. Versicherungsaufsichtsgesetz.

11. § 140 RGes. v. 6. Juni 1931 über die Aufsichtung priv. VersUnter.; § 823 BGB. Der Schutzzumfang des § 140 ist, weil das Verbot Allgemein gehalten, durch Auslegung des Gesetzes zu ermitteln. Die vorläufige Werbung für ein in der Entstehung begriffenes Unternehmen,

Täuschung erklärt habe. Es kann dem RG. nicht zugegeben werden, daß nach der hier vertretenen, von ihm bekämpften Ansicht der Versicherer in diesem Fall den Gläubigern haften müsse. Nach dem Norminhalt des § 101 ist es für seine Anwendung, wie oben unter Ziff. 5 dargelegt worden ist, erforderlich, daß z. B. des Versicherungsfalles der Vertrag noch gültig bestand, der Gläubiger sich also auf einen äußeren Tatbestand verlassen hat; der hier analog angewandte Satz 2 des § 101 spricht denn auch ausdrücklich nur von dem Rücktritt nach einem Versicherungsfall. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung vor dem Versicherungsfall ist vielmehr „eine sonstige Tatsache, welche die Beendigung des Versicherungsverhältnisses zur Folge hat“ i. S. des § 100 I 1. Der Hypothekengläubiger wird daher nach Maßgabe des § 100 geschützt, also wenn er seine Hyp. angemeldet hatte, bei den preussischen Sozietäten ohne Anmeldung.

7. Das hier gesundene Ergebnis wird auch allein den schutzwürdigen Interessen des Realkredits gerecht, der durch die Aufwahrungsgesetzgebung, die Verlängerung der Zahlungsfristen für Aufw. Hyp. und den (allgemeinen und landwirtschaftlichen) Vollstreckungsschutz ohnehin schwer gelitten hat. Die Ansicht des RG. zwingt die Hypothekengläubiger, künftig für jedes von ihnen beliebige Gebäude eine eigene Hypothekeninteressenversicherung zu nehmen (vgl. dazu meine „Grundzüge der Hypothekeninteressenversicherung“; ZVerfWiss. 1933, 215 ff.).

Geno entspricht die Auffassung des RG. nicht der in der Versicherungswirtschaft vorhandenen Tendenz, den Schutz des Realkredits durch besondere Sicherungsscheine weit über das gesetzlich vorgesehene Maß hinaus auszuweiten (Hypothekensicherungsscheine für Gebäude und für Inventar, Sicherungsscheine für überreignete Warenlager, abgezwigter Gelber Teilversicherungsschein für Getreide, Hülsenfrüchte, Futtermittel usw. — ja sogar in der Einbruchdiebstahlversicherung gibt es Sicherungsscheine für den Gläubiger mit dem Inhalt der §§ 100 ff. BGB.). Diese Sicherungsscheine zeigen, daß die Versicherer einen besonders weitgehenden Schutz des Realkredits nicht für eine untragbare Last halten; im vorl. Fall würden sie überdies auch gegen Zahlung an die Hypothekengläubiger die Hyp. eintauschen (§ 102 BGB.).

III. Es ist zu wünschen, daß das RG., das m. E. seine Entsch. zu stark auf Erwägungen formaler Art gestützt hat, Gelegenheit erhält, seine Auffassung zu revidieren. Wie sich die Versicherer zu dem vorl. Ur. verhalten werden, steht noch dahin. Ich weiß von einer Anstalt, daß sie sich nach wie vor in der Praxis auf den vom RG. abgelehnten, hier verteidigten Standpunkt stellt. Nach meinen Informationen erwägt der Verband öffentlicher Feuerversicherungsanstalten in Deutschland, den beteiligten Kreisen zu erklären, daß die preussischen Sozietäten die Hypothekengläubiger trotz des vorl. Ur. nach Maßgabe des § 101 BGB. schützen werden.

M. Dr. E. R. Prölß, Hamburg-Bergedorf, z. B. Kiel.

namentlich eines Gegenseitigkeitsvereins, fällt nicht unter den Begriff verbotswidrigen Betriebes des Versicherungsgeschäfts i. S. des § 140 VersAuffG. †)

Im Jahre 1926 gründeten etwa 600 Alte Herren des Kartellverbandes der katholischen Studentenvereine Deutschlands (K.V.) unter Führung des K.V.-Angehörigen Dr. A. einen Verein unter dem Namen „Sterbekasse von K.V.-Mitgliedern“. Der Verein sollte als gemeinnützige Einrichtung des K.V. unter ehrenamtlicher Verwaltung nach Art eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit arbeiten. Ein Rechtsanspruch auf die Versicherungslösung war nach der Satzung ausgeschlossen. Die erzielten Gewinne sollten den versicherten K.V.-Angehörigen zukommen. Ihnen sollten auch aus Mitteln des Vereins Darlehen auf Hyp. gewährt werden. Außerdem war die Stärkung der Kartellbrüderlichen Beziehungen unter den Mitgliedern Aufgabe des Vereins. Die Leitung übernahm Dr. A. Wegen des Umfangs des Versicherungsbetriebes wurde nach der Gründung angestrebt, die Sterbekasse als Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit dem K.AuffWPrivVers. zu unterstellen. Die Bemühungen zur Erlangung der Genehmigung des AuffW. hatten zunächst keinen Erfolg. J. J. 1929 wurde eine Satzung aufgestellt, nach der die Sterbekasse in einen eingetragenen Verein umgewandelt werden sollte. Es wurden ein Aufsichtsrat und ein VerwAusfch. als weitere Vereinsorgane neben dem Vorstand geschaffen. Die Eintragung ins Vereinsregister wurde abgelehnt, da der Verein einen wirtschaftlichen Zweck verfolgte. Auf Anregung des K.AuffW. trat Dr. A. als Vorstand und Präsident Dr. K. als Vorsitzender des Aufsichtsrats mit der Kl. in Verhandlungen, um durch Abschluß eines Rückversicherungsvertr. das Ziel des Vereins zu erreichen. Nachdem sie eine grundsätzliche Einigung mit der VersGes. erreicht hatten, forderten sie in einem Rundschreiben die Mitglieder der „Sterbekasse von K.V.-Mitgliedern“ auf, der Übertragung der Versicherungsverhältnisse auf die Kl. zuzustimmen. Ein großer Teil der Mitglieder der bisherigen (alten) Sterbekasse gab die verlangte Erklärung ab. Dr. A. gründete hierauf in Ausführung der Abmachungen mit der Kl., zusammen mit sechs anderen Mitgliedern der alten Sterbekasse, den Verein „Versicherung und Sterbekasse von K.V.-Mitgliedern e. V.“, der ins Vereinsregister eingetragen wurde. Dieser Verein schloß mit der Kl. einen Vertrag, nach dem diese die Versicherung der beigetretenen Mitglieder übernahm. In Vollzug des Vertr. übertrug Dr. A. den größten Teil des Vermögens der alten Sterbekasse auf die Kl. Mit den Maßnahmen Dr. A. war ein Teil der Mitglieder der alten Sterbekasse nicht einverstanden. Daher beschloß eine Mitgliederversammlung der alten Sterbekasse, diese Maßnahmen nicht

zu billigen, eine Prüfungskommission einzusetzen, die alleinige Vertretungsbezugnis Dr. A. aufzuheben und eine Kollektivvertretung von vier Mitgliedern zu bestellen. In der Folge versandten beide Gruppen Werberundschreiben an die Mitglieder der alten Sterbekasse und des neuen Vereins. Das Vermögen der alten Sterbekasse wurde einem gerichtlichen Sequester übergeben. Sodann beschloß eine GenVersf. der alten Sterbekasse, zu der auch die Mitglieder des eingetragenen Vereins eingeladen worden waren, in neue Verhandlungen mit dem K.AuffW. wegen Genehmigung des Betriebes des Versicherungsgeschäfts durch den alten Verein einzutreten. Die gefassten Beschl. wurden in einem Rundschreiben zusammengefaßt, das an die Mitglieder des alten und des neuen Vereins verandt wurde. Das Rundschreiben ist von den Besl. unterzeichnet. Das Rundschreiben enthält u. a. die Aufforderung, die Versicherungen bei der Kl. zu kündigen, wobei der Mitgliedern gewisse Vorteile in Aussicht gestellt werden, wenn sie bei dem alten Verein wieder eintreten.

Die Kl. beantragte: I. die Besl. zu verurteilen, es zu unterlassen, Rundschreiben mit dem angegebenen oder mit ähnlichem Inhalt und Vordruck zu Kündigungen des Versicherungsverhältnisses mit der Kl. an die Mitglieder der alten Kasse und des neuen Vereins zu versenden, und überhaupt diese Mitglieder durch Rundschreiben aufzufordern oder ihnen zu raten, die Kündigung von mit der Kl. abgeschlossenen Lebensversicherungen vorzunehmen; II. festzustellen, daß die Besl. als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Kl. allen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die erwähnten Handlungen entstanden ist und weiter entsteht.

Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen.

Nachdem das RG. die Entsch. des BG., daß ein Verstoß der Besl. gegen die guten Sitten und demgemäß gegen § 1 UnWVG. nicht vorliege, gebilligt hat, fährt es fort:

Die Kl. stützt ihre Ansprüche auf Verletzung eines SchutzG. i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. i. Verb. m. § 140 KVGes. vom 6. Juni 1931 über die Beaufsichtigung der priv. Versicherungsunternehmen und Bauparkassen (RGBl. 1931, I, 315 [VersAuffG.]). Letzteres Ges. stellt, insofern übereinstimmend mit § 108 des früheren VersAuffG., denjenigen unter Strafe, der im Inland das Versicherungsgeschäft . . . ohne die vorgeschriebene Erlaubnis betreibt. Wie RG. 95, 156 schon früher ausgesprochen hat, dient das VersAuffG., insbes. in dem Erfordernis der behördlichen Erlaubniserteilung zum Geschäftsbetrieb dem Schutz des Versicherungsnehmers und der realen VerUnternehmungen, indem jene vor Schädigung durch unreelle, zahlungsunfähige Unternehmungen, diese vor unlauterem Wettbewerb solcher geschützt werden sollen. Hieran ist festzuhalten, insbes. auch soweit es sich um den Zweck des

Maßnahmen anwendet, die einer Opposition in einem geschlossenen Mitgliederkreise schließlich zu Gebote stehen.

Von Verstoß gegen die guten Sitten könnte nur dann die Rede sein, wenn die Art der Darstellung des Oppositionsstandpunktes zu beanstanden wäre. Wie die Entscheidungsgründe ergeben, liegt aber hier die alleinige Schuld auf Seiten der Vereinsleitung, d. h. der Kl.

Das RG. hat sich in Ausführungen von betrüblicher und wohl einer besseren Sache würdiger Länge mit allen von der Kl. erhobenen Vorwürfen und Revisionsrügen auseinandergesetzt. Diese Ausführungen sind oben mit Recht fortgelassen worden, weil sie ohne alles Interesse sind.

Übrig bleiben die Ausführungen zu § 140 VersAuffG. Hier tauchen in der Tat wirkliche Rechtsfragen auf, aber auch hier das gleiche Bild einer gänzlich verkehrten Anwendung auf Seiten der Kl. Gewisse Ausführungen des RG. legen den Gedanken nahe, als ob es die Kl. versucht hätte, gewissermaßen im Wege einer Popularklage der Entsch. der Aufsichtsbehörde über die Zulassung vorzugreifen. Davon konnte auch nach dem früheren Rechtszustande keine Rede sein. Der neue § 2 VersAuffG. betont das ausschließliche Recht der Aufsichtsbehörde zur Entsch. über diesen Punkt noch schärfer, und es ist wohl denkbar, daß in diesem Zusammenhang die Vorschr. eine weit über ihr eigentliches Geltungsgebiet hinausgreifende Bedeutung erlangen kann.

Offen bleibt, wie es zu halten ist, wenn eine förmliche Entsch. der Aufsichtsbehörde nicht vorliegt, sei es, daß diese die Voraussetzungen der Zulassungspflicht nicht für gegeben erachtet (Ausschluß des Rechtsanspruchs!), sei es, daß das Zulassungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist. In der ersteren Beziehung ist ein Zweifel dann gegeben, wenn die Aufsichtsbehörde eine förmliche Senatsentsch. nicht getroffen hat, sondern seine Auffassung, daß es einer Zulassung nicht bedarf, nur formlos im Verfügungswege oder gar stillschweigend durch Unterlassung eines Einschreitens kundgibt. Die Rechtskonsequenz scheint mir in

Zu 11. Das Urk. ist ein wunderlicher Beleg dafür, auf wie abwegige Gedanken selbst eine große Versicherungsgesellschaft geraten kann, wenn es sich um die Bekämpfung einer unbequem gewordenen Konkurrenz handelt. Der Sachverhalt ist einfach. Ein auf studentischer und konfessioneller Grundlage beruhender Alte-Herren-Verband richtet für seine Mitglieder eine Sterbekasse ein. Mehrere Versuche, die Sache, sei es durch Eintragung als E. V., sei es durch Unterstellung unter die Versicherungsaufsicht auf eine gesicherte Rechtsbasis zu bringen, scheitern. Die Verbandsleitung schließt darauf mit der Kl., der schon erwähnten großen Versicherungsgesellschaft, einen Vertrag, wonach diese die Versicherungen übernimmt. Die Übertragung geschieht in Form freiwilliger Zustimmungserklärungen der einzelnen. Eine Anwendung des Begriffs der Übertragung des Portefeuilles, namentlich des jegigen § 14 Abs. 1 Satz 3 VersAuffG., kommt nicht in Frage. Wie in solchen Verhältnissen ja wohl unvermeidlich, erhebt sich in einem, übrigens, soweit ersichtlich, ziemlich unbeträchtlichen Teile der Mitglieder gegen die Maßnahmen der Verwaltung eine Opposition, die den Verein in seiner bisherigen Selbständigkeit aufrechterhalten will. Beide Parteien wenden sich zur Vertretung ihres Standpunktes mit entsprechenden Rundschreiben an die Mitglieder.

Klage auf Unterlassung und Schadensersatz gegen die Wortführer der Opposition — sollte man es für möglich erachten, daß diese Klage allen Ernstes auf Verstoß gegen die guten Sitten gegründet und dieser Klagegrund bis in die RevInst. durchgetrieben wird? Natürlich liegen, rein äußerlich betrachtet, die schönsten und anerkanntesten Tatbestandsstücke des unlauteren Wettbewerbes vor: Systematische Ausspannung eines Versichererbestandes mit Verwendung vorgebrucker Kündigungsvordrucke — und doch scheint geradezu mit Händen zu greifen, daß es den Sinn guter und verständiger Rechtsgrundsätze in kein Gegen teil verkehren hieße, wenn man diese Gesichtspunkte auf die einzigen

Ges. handelt, die reellen VersUnternehmer vor unreeller Konkurrenz zu schützen. Es liegt nicht nur im öffentlichen Interesse, die Versicherten vor Schaden unmittelbar durch den Abschluß mit unreellen Unternehmungen zu bewahren, sondern auch, den Abschluß mit zuverlässigen Unternehmungen dadurch zu fördern, daß diesen keine unlautere Konkurrenz erwächst. Aus der Begr. des zit. Art. entnimmt der VerR., daß § 140 des Ges. kein SchutzG. zugunsten der bestehenden Versicherer in dem Sinne ist, daß diesen jede Konkurrenz ferngehalten werden solle. Nur die Unternehmen habe der Gesetzgeber aus dem Wirtschaftsleben fernhalten wollen, die durch Schleuderprämien Versicherungsnehmer zu gewinnen suchen, ohne auf die Sicherung ihrer eigenen Leistungen bedacht zu sein. Ein solches VersUnternehmen sei aber die Sterbekasse von R.V.-Mitgliedern nicht. Sie sei vielmehr gut fundiert und auch reell im Verkehr mit ihren Versicherten. Gegen sie richte sich also der § 140 VersAufsG. nicht.

Die Rev. macht geltend, durch das angezogene Art. des R.G. sei die Beschränkung des Schutzes der VersUnternehmungen auf den unlauteren Wettbewerb unreeller, zahlungsunfähiger Versicherer nicht gedeckt. Der gesetzgeberische Grund für den Erlaß eines jeden SchutzG. sei die Sicherung schutzwürdiger Interessen. Daraus folge nicht, daß man im Einzelfall das SchutzG. nicht anwenden dürfe, wenn das Interesse nicht schutzwürdig sei. Die Rüge geht dahin, daß jede Zuwiderhandlung gegen ein SchutzG. demjenigen, zu dessen Schutze es bestimmt ist, den Unterlassungsanspruch gibt, gleichviel, ob die einzelne Zuwiderhandlung das zu schützende Interesse gefährdet oder nicht. Diese Auffassung wird in der Regel Zutreffen, wenn in kasuistischer Form bestimmte Einzelhandlungen verboten sind. Ist dies aber nicht der Fall, ist vielmehr nur ein allgemein gehaltenes Verbot ausgesprochen, dessen Umfang der Auslegung bedarf, so ist der Schutzzweck für die Auslegung heranzuziehen. Dieser Fall ist hier gegeben. Die Strafvorschrift des § 140 VersAufsG. erhält ihren näheren Inhalt durch die allgemeinen Best. des Ges. Hierzu gehören insbes. die §§ 1, 2 und 5. In § 1 Abs. 1 und 2 wird der Umfang der staatlichen Aufsicht dahin begrenzt, daß der Aufsicht die privaten VersUnternehmen unterliegen. Als solche sind nicht anzusehen Personenvereinigungen, die ihren Mitgliedern, ohne daß diese einen Rechtsanspruch haben, Unterstützungen gewähren, besonders die Unterstützungsvereinigungen und Unterstützungsvereine der Berufsverbände. Nur mit dieser Einschränkung bedürfen die VersUnternehmungen zum Geschäftsbetriebe der Erlaubnis der Aufsichtsbehörde (§ 5). Ob die Befreiung von der Aufsicht und von der Notwendigkeit der Erlaubnis nach § 1 Abs. 2 eintritt, wird vielfach von den Umständen des Einzelfalles abhängen. Ob eine Unternehmung nach § 1 der Aufsicht unterliegt, entscheidet die Aufsichtsbehörde, und zwar nach der erst durch das Ges. vom 30. März 1931 (RGBl. 1931, 102) aufgenommenen Best.

des § 2 in der neuen Fass. v. 6. Juni 1931 mit bindender Wirkung für die Gerichte. Für die Entsch. ebenso wie für diejenige über die Erteilung der Erlaubnis ist in einem im Ges. (§§ 90 ff.) geordneten Verfahren zu entscheiden. Daraus ergibt sich, daß die Entsch. in erster Linie Sache der Aufsichtsbehörde ist. Wenn auch die Gerichte, solange eine bindende Entscheidung der Aufsichtsbehörde noch nicht vorliegt, im Zivil- und Strafverfahren selbst entscheiden können, ob der Tatbestand der §§ 1, 5, 140 gegeben ist, so gibt die getroffene Regelung doch einen Anhaltspunkt dafür, daß der schutzgesetzliche Charakter der Vorschr. dahin einzuschränken ist, daß es nicht Zweck des Ges. ist, der Entsch. des Aufs. in zweifelhaften Fällen durch die Klage eines Konkurrenten vorzugreifen. Liegen nicht offensichtliche Verstöße vor, und ist, wie bei der alten Sterbekasse, ein Erlaubnisverfahren nach § 5 VersAufsG. im Laufe, und hat die Aufsichtsbehörde trotz Kenntnis der Vorgänge sich damit begnügt, auf die gesetzlichen Best. hinzuweisen und ihre Ansicht zu äußern, sich aber zu einem Verbot noch nicht entschlossen, so muß in der Regel auch für die Unterlassungs- und Schadensersatzklage angenommen werden, daß eine Zuwiderhandlung nicht vorliegt. Die Klage kann jedenfalls nicht dazu dienen, einen an sich zulässigen Antrag auf Erteilung der Erlaubnis zu unterbinden, indem die Beschaffung von Unterlagen für die Entsch. der Aufsichtsbehörde verhindert wird. Zu diesen Unterlagen gehört bei jeder Versicherung der Nachweis eines gewissen Umfangs des Kreises der Interessenten, da hiervon, besonders bei einem Gegenseitigkeitsverein, die finanzielle Leistungsfähigkeit des Unternehmens abhängt. Zu diesem Zwecke muß es aber zulässig sein, daß der Verein schon vor Erteilung der Erlaubnis Interessenten zum Beitritt auffordert. Hierin kann die unerlaubte Ausübung der Versicherungstätigkeit noch nicht erblickt werden. Diese Werbung ist aber der wesentliche Inhalt des beanstandeten Rundschreibens. Da der empfohlene Austritt aus der mit der Kl. eingegangenen Versicherung erst für das Ende des Versicherungsjahres erfolgen sollte, konnte auch die Erlaubnis bis zum Wirksamwerden des Austritts bei normalem Verlauf erteilt sein. Wenn Beiträge gefordert wurden, so war auch dies nicht unbedingt zu beanstanden, da nicht feststeht, daß bei dem damaligen Umfange des Mitgliederbestandes der Fall des § 1 Abs. 2 des Ges. nicht vorliegt. Dafür, daß dieser Fall der Befreiung von der Aufsicht des R.Vers. gegeben ist, spricht die klare Best. der Satzung der alten Kasse, daß ein Rechtsanspruch auf die Versicherungsleistungen nicht besteht. Dafür, daß diese Best. nicht ernst gemeint gewesen sei, fehlt es an ausreichenden tatsächlichen Behauptungen der Kl. Es war auch zu berücksichtigen, daß die alte Kasse gut fundiert und auch reell im Verkehr mit ihren Versicherten war.

(U. v. 13. Dez. 1932, II 151/32. — Düsseldorf.) [Ru.]

hohem Maße dafür zu sprechen, die Vorschr. des § 2 VersAufsG. auch auf Fälle dieser Art anzuwenden. Es ist wirklich schade, daß der vorliegende Rechtsstreit keine Handhabe geboten hat, diese m. W. bereits akut gewordene Frage maßgebend zu entscheiden.

In dem letzteren Falle aber ist für Störungsversuche einer sich bedroht fühlenden Konkurrenzunternehmung erst recht kein Raum. Bei unbefangener Betrachtung ist es zwar nicht mehr oder minder als selbstverständlich, daß unter dem Begriff verbotswiderigen Betriebes von Versicherungsgeschäften i. S. des § 140 VersAufsG. die vorläufige Werbung für ein in Entstehung begriffenes Unternehmen, namentlich von Gegenseitigkeitscharakter, nicht gebracht werden kann. Immerhin ist es dankbar zu begrüßen, daß das R.G. dies mit solcher Schärfe hier einmal ausgesprochen hat.

In diesem Zusammenhang wird als allgemeiner Grundsatz verwertet, daß für die Auslegung eines Schutzgesetzes der Schutzzweck heranzuziehen sei. Die Beschränkung auf „ein allgemeingehaltenes Verbot“ erscheint willkürlich; es ist nicht einzusehen, weshalb der gleiche Grundsatz nicht auch gelten sollte, wenn „in kasuistischer Form bestimmte Einzelhandlungen verboten sind“; auch solche Vorschriften werden der Auslegung schwerlich gänzlich entzogen können. Es läßt sich die Bemerkung nicht unterdrücken, daß, wenn man diesen Grundsatz mit der nötigen Betonung von vornherein an die Spitze gestellt hätte, dem ganzen unerschrockenen und überflüssigen Rechtsstreit mit einem Federstrich ein schnelles Ende bereitet worden wäre.

Ges. M. Dr. Otto Sagen, Berlin.

## b) Strafsachen.

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

12. § 18 DevWD. v. 23. Mai 1932. Zum Begriff des „in Zahlung nehmen“.

Der Angekl. übergab der Bank in B. am 29. Juli 1932 10 000 RM nom. Deutsche Reichsbankanteile und 11 000 RM nom. J. G. Farben-Aktien, die im Eigentum des Holländers E. standen. Er beauftragte die Bank, 7900 RM nom. Reichsbankanteile an der Berliner Börse zu verkaufen, und hob von dem Erlös zunächst 9000 RM ab, die er dem E. in Deutschland auszahlte. Alles dies tat er, ohne die vorgeschriebene Genehmigung zu besitzen.

Diese Feststellung rechtfertigt den von der Strk. gezogenen Schluß, daß der Angekl. als Inländer ohne Genehmigung einem Ausländer inländische Zahlungsmittel ausgehändigt hat (§ 14 Abs. 1 DevWD. v. 23. Mai 1932).

Dagegen ist damit nicht festgestellt, daß der Angekl. i. S. des § 18 Abs. 2 WD. ohne Genehmigung Wertpapiere von einem Ausländer in Zahlung genommen hat. Eine solche Feststellung hätte das LG. nur treffen können, wenn die Annahme

der Wertpapiere seitens des Angekl. auf Grund eines Rechtsverhältnisses erfolgt wäre, das E. zur Zahlung an den Angekl. verpflichtete. Das Gegenteil davon ist aber vom VG. festgestellt worden, indem es ausführte, daß die Angaben des Angekl. über einen zwischen ihm und E. geschlossenen Darlehnsvertrag, aus dem der Angekl. unter Umständen Rechte gegen E. hätte herleiten können, unwahr seien und daß „der Darlehnsvertrag nicht ernsthaft gemeint sei“. Ist das der Fall, so hat der Angekl. die Wertpapiere i. S. des § 18 Abs. 2 W.D. nicht „in Zahlung genommen“.

Daran ändert auch der Umstand nichts, daß das VG. in einer Hilfsrömung ausführte, daß sich der Angekl. nach dem § 18 Abs. 2 W.D. strafbar gemacht haben würde, „wenn man unterstellen wollte, daß der Darlehnsvertrag ernsthaft gemeint sei“. Auf diese Hilfsrömung, der keine tatsächliche Feststellung zugrunde liegt, konnte die Verurteilung nicht gegründet werden.

Dagegen rechtfertigen die Feststellungen hinsichtlich des Erlöses aus dem Verkauf der Reichsbankanteile die Anwendung des § 18 Abs. 1. Dadurch, daß der Angekl. diesen Erlös in Höhe von 9759,40 RM nicht auf ein Sperrkonto eintragen ließ, davon 9700 RM abhob und 9000 RM an E. herauszahlte, hat er über eine auf Reichsmark lautende Forderung, die zugunsten eines Ausländers nach dem 11. Nov. 1931 durch die Veräußerung von Wertpapieren entstanden ist, ohne Genehmigung verfügt, ohne daß der im § 18 Abs. 1 Satz 2 vorgesehene Ausnahmefall vorlag (vgl. RGSt. 67, 130). Insofern konnte die Urteilsformel von hier aus berichtigt werden. Daß die Strk. eine mildere als die von ihr festgesetzte Strafe verhängt haben würde, wenn sie anstatt aus dem § 18 Abs. 2 aus dem § 18 Abs. 1 W.D. verurteilt haben würde, erscheint nach Lage der Sache ausgeschlossen.

(3. Sen. v. 12. Juni 1933; 3 D 304/33.) [W.]

13. „Infolge wirtschaftlicher Not“ i. S. des § 5 Gef. v. 20. Dez. 1932 ist eine Straftat nicht schon dann begangen, wenn wirtschaftliche Not mit ein Anlaß zu ihrer Begehung war, sondern nur dann, wenn die Befriedigung eines dringenden gegenwärtigen Lebensbedürfnisses ihr ausschließlicher Beweggrund und Endzweck ist. Der Täter darf über das Ziel, der augenblicklichen Not abzuwehren oder sie zu lindern, nicht hinausgehen, insbes. also nicht durch das Streben nach einem Gewinn sich zur Tat bestimmen lassen, der das zur Beseitigung einer gegenwärtigen wirtschaftlichen Bedrängnis Erforderliche übersteigt (RGSt. 53, 243, 318).

(1. Sen. v. 7. Juli 1933; 1 D 601/33.) [Hn.]

14. § 263 StGB. Zur Rechtsnatur des Gefälligkeitswechsels. Wer statt eines erwarteten Kundenwechsels nur einen Gefälligkeitswechsel erhält, kann nur dann als getäuscht gelten, wenn bei der Hingabe des Wechsels die Eigenschaft von Kundenwechsel ausdrücklich zugesichert wurde, wenn ein vertragsmäßiger Anspruch darauf bestand oder aus sonstigen dem Wechselgeber bekannten Gründen die Hingabe eines Kundenwechsels erwartet werden durfte. In der bloßen Hingabe von Wechseln ist weder eine Vorspiegelung falscher noch eine Unterdrückung wahrer Tatsachen zu erblicken. Entspricht der Wert eines hereingenommenen Wechsels der aus dem Vermögen hingegebenen Gegenleistung, so ist für die Annahme einer Vermögensbeschädigung kein Raum. f)

Die Verurteilung des Angekl. wegen Betrugs im Falle der W.-Wechsel ist nicht zureichend begründet.

Die Täuschungshandlung erblickt das VG. ersichtlich

darin, daß der Angekl. die mit dem Akzept der W. versehenen Wechsel, obgleich sie nur sog. Gefälligkeitsakzente enthielten, als sog. Kundenwechsel an seine Lieferanten weitergegeben und dadurch diesen und ihren Nachmännern vorgespiegelt habe, daß sie einen wechselmäßigen Anspruch gegen die W. erwürben, obgleich eine solche Wechselverbindlichkeit der Akzeptantin nicht bestanden habe. Die Rev. bekämpft zunächst die Annahme des VG., es habe sich um Gefälligkeitswechsel gehandelt. In der Tat sind die Feststellungen des VG. in dieser Hinsicht nicht bedenkenfrei. Es führt nämlich aus, die Erlaubnis der W., mit ihrem Namen Wechsel zu akzeptieren, sei an die selbstverständliche Voraussetzung geknüpft gewesen, daß sie der Angekl. von allen aus der Wechselzeichnung sich ergebenden Verpflichtungen freistelle. Die Feststellung des VG. erweckt den Anschein, daß es das Vorliegen eines Gefälligkeitsakzeptes ohne nähere Prüfung unterstellt hat. Zu dieser Prüfung hätte um so mehr Anlaß bestanden, als gerade mit Bezug auf die W.-Wechsel in anderem Zusammenhange festgestellt wird, daß die W. eine Reihe von Wechseln, die der Angekl. auf Grund der ihm erteilten Erlaubnis mit ihrem Akzente versehen hatte, selbst eingelöst haben müsse. Rechtlich unhaltbar ist die Auffassung des VG., durch die im Einverständnis mit der W. erfolgte Annahme der Wechsel sei ein wechselmäßiger Anspruch der Lieferanten des Angekl. gegen die W. nicht entstanden. Das VG. hat diese Auffassung nicht näher begründet. Sie beruht aber offenbar auf einer Verkennung der Rechtsnatur des Gefälligkeitswechsels. Die Tatsache, daß die Unterschrift auf dem Wechsel aus Gefälligkeit gegeben worden ist, berührt die wechselmäßige Verpflichtung gegenüber dem dritten Wechselnehmer und dessen Nachmännern regelmäßig überhaupt nicht. Sie begründet, sofern sie im vorl. Falle zutrifft, lediglich die persönliche Einrede der Akzeptantin W. gegen den Angekl., daß er sich ihr gegenüber zur Einlösung des Wechsels verpflichtet habe. Die wechselmäßige Verbindlichkeit der W. gegenüber den Nachmännern des Angekl. besteht ohne Rücksicht auf diese Abrede. Die Rechtswirksamkeit der Wechselverpflichtung ist der Rechtsnatur des Wechsels nach von dem zugrunde liegenden materiellen Rechtsgeschäft unabhängig. Für die wechselmäßige Verpflichtung der W. kommt es hier nach überhaupt nicht darauf an, ob zwischen dem Angekl. und ihr ein Schuldverhältnis bestanden hat und besteht oder nicht. Es genügt, daß festgestellt ist, der Angekl. habe die Wechsel im Einverständnis mit der W. mit ihrem Namen unterzeichnet. Die Annahme des VG., der Angekl. habe seine Lieferanten durch die Weitergabe der nur mit einem Gefälligkeitsakzept versehenen Wechsel über das Bestehen eines wechselmäßigen Anspruchs getäuscht, beruht daher auf Rechtsirrtum. Nun hat aber das VG. in diesem Zusammenhange weiter ausgeführt, die Empfänger der Wechsel hätten nach den getroffenen Feststellungen dem Angekl. keine Waren mehr geliefert, wenn er ihnen nicht Kundenwechsel, d. h. „von ihm und einer dritten Person eingegangene Schulverpflichtungen“ „übergeben“ hätte. Mit der bloßen Haftung des Angekl. hätten sich seine Lieferanten nicht mehr begnügen wollen. Um dennoch in den Besitz von Waren zu gelangen, habe der Angekl. den Empfängern der Wechsel vorgespiegelt, daß er gegen die W. eine Forderung besitze, auf Grund deren diese einen Wechsel akzeptiert hätte. Damit habe er den Empfängern der Wechsel einen Vermögensstand vorgetauscht, der tatsächlich nicht bestanden habe. Daß das VG. damit etwa hätte sagen wollen, der Angekl. habe den Wechselempfängern vorgespiegelt, daß er im Hinblick auf ihm gegen die W. zustehende Forderungen selbst zur Einlösung der Wechsel in der Lage sein werde, muß ausscheiden, da sich aus dem angefochtenen Ur. ergibt, daß sich die Wechselempfänger gerade wegen der ungünstigen Vermögenslage des Angekl. mit seiner Unterschrift allein nicht zufrieden geben, sondern einen wechselmäßigen Anspruch gegen dritte Personen erwerben wollten. Auch darauf kann es nicht ankommen, ob der Angekl. etwa

den Wechseln gem. Art. 21 W.D. Der Skripturakt selbst begründet die Verpflichtung.

Gibt der Akzeptant nur ein Gefälligkeitsakzept, so besteht eine Verpflichtung des Empfängers, ihn von der Wechselverbindlichkeit freizustellen. Wird der Akzeptant also vom Aussteller in Anspruch

Zu 14. I. Die wechselrechtliche Verpflichtung des Akzeptanten ist den Nachmännern des Ausstellers gegenüber grundsätzlich von dem dem Wechsel zugrunde liegenden Schuldverhältnis unabhängig. Nach der herrschenden Kreationstheorie entsteht die wechselmäßige Verpflichtung durch den schriftlichen Annahmevermerk auf

der W. gegenüber seiner Einlösungspflicht nachkommen konnte oder nicht. Der Angekl. kann nach dem festgestellten Sachverhalt die Wechselnehmer auch nicht etwa dadurch getäuscht haben, daß er ihnen seine — in Wirklichkeit nicht bestehenden — Forderungen gegen die W. abgetreten und sie über das Bestehen dieser Forderungen getäuscht hätte; denn die Ausführungen des O.G. beziehen sich, wie die Ausdruckweise „übergeben“ zeigt, nicht auf die Abtretung der sich aus dem Grundverhältnis zwischen der W. und dem Angekl. etwa ergebenden Forderungen, sondern lediglich auf den Wechselbegebungsvertrag, der durch die Hingabe der Wechsel zwischen dem Angekl. und seinen Lieferanten geschlossen wurde. Die Ausführungen des O.G. können hiernach nur in dem Sinn verstanden werden, daß der Angekl. bei den Wechselnehmern durch die Erweckung des Anscheins, es handle sich bei den hingegebenen Wechseln um Kundenwechsel, einen Irrtum über den Wert der Wechsel erregt habe. Der Wert eines Wechsels wird in erster Linie durch die Zahlungsfähigkeit und die Kreditwürdigkeit der aus ihm verpflichteten Personen bestimmt (RGSt. 27, 75; Art. 2 D 1091/32). Hier kann es sich nach Lage der Sache nur um die Zahlungsfähigkeit und Kreditfähigkeit der Akzeptantin W. handeln. Daß der Angekl. die Wechselempfänger hierüber getäuscht hätte, ist nicht ersichtlich. Das O.G. stellt sogar fest, daß die W., wie schon früher, auch im vorl. Fall wenigstens einen Teil der Wechsel ganz oder teilweise eingelöst habe. Wie das RG. wiederholt ausgesprochen hat, wird aber im Geschäftsverkehr die Bewertung eines Wechsels nicht allein auf die Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit der wechselmäßig verpflichteten Personen abgestellt, sondern einem Wechsel, der im Hinblick auf das seiner Begebung zugrunde liegende Rechtsgeschäft eine reale Unterlage hat, häufig ein höherer Wert beigemessen, als zum Beispiel sog. „fabrizierten“ Wechseln oder bloßen Gefälligkeitsakzepten. Daraus ergibt sich aber für den Wechselempfänger nicht ohne weiteres das Recht, Kundenwechsel zu verlangen, und rechtfertigt sich auch nicht ohne weiteres der Schluß, daß ein Wechselempfänger, der Kundenwechsel erwartete, aber bloß Gefälligkeitsakzepten bekam, über den Wert der Wechsel getäuscht sein müsse. Das kann nur zutreffen, wenn sich aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles ein Rechtsanspruch des Wechselempfängers auf die Kundenwechsel begründen läßt, sei es, daß bei der Hingabe der Wechsel die Eigenschaft von Kundenwechseln ausdrücklich zugesichert wird, oder daß sonst eine vertragliche Verpflichtung

genommen, so kann er sich diesem gegenüber darauf berufen, daß nur ein Gefälligkeitsakzept vorliege.

Diese Einwendung stellt sich als eine Einrede i. S. des Art. 82 W.O. dar. Dieser Artikel unterscheidet Einreden, die aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen und solche, die dem Wechselschuldner unmittelbar gegen den jedesmaligen Kl. zustehen. Was unter diesen beiden Arten von Einreden zu verstehen ist, bildet in RPr. und Schrifttum erheblichen Streit. Der Ansicht muß aber gefolgt werden, nach welcher die im Art. 82 W.O. einander gegenüberstehenden Klassen von Einreden wirkliche Gegenstände darstellen (Staub-Strauß, Art. 82 Anm. II, 1).

Unter die Einreden, die aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen, fallen diejenigen, welche die formelle Gültigkeit des Wechsels berühren. Hierbei handelt es sich um Einreden des B., der nur durch den Wechsel mit dem Kl. verbunden ist. Hierzu gehören der Einwand der mangelnden Wechselfähigkeit (Art. 1) und der fehlenden Wechselersfordernisse (Art. 4), der Wechselsfälschung (Art. 76) und der Wechselverjährung (Art. 77). Der Einreden, die gegen den jedesmaligen Kl. gegeben sind, kann sich der Wechselschuldner bedienen, der mit dem Wechselgläubiger außerhalb des wechselrechtlichen Schuldverhältnisses noch durch andere Schuldverhältnisse verbunden ist.

Regelmäßig werden diese Einreden dadurch hinfällig, daß der erste Nehmer den Wechsel durch Indossament weiter überträgt.

Die Einwendung, es liege ein Gefälligkeitsakzept vor, fällt unter die zweite Gruppe der genannten Einreden des Art. 82. Sie kann also regelmäßig nur dem ersten Nehmer des Wechsels, hier also nur dem Angekl., entgegengehalten werden. Gegenüber den Lieferanten des Angekl. kann sie dagegen nicht geltend gemacht werden.

Wenn die Lieferanten bei der Annahme des Wechsels gewußt haben, daß es sich um ein Gefälligkeitsakzept handelt, so ist die Rechtslage streitig.

Nach der Meinung von *S a c m a n n*, Beiträge zum Wechsel-

zur Hingabe solcher Wechsel besteht, oder daß wenigstens der Wechselempfänger aus sonstigen besonderen, dem Wechselgeber bekannten oder erkennbaren Gründen die Hingabe von Kundenwechseln erwarten durfte. Solche Voraussetzungen sind in dem angefochtenen Urte. nicht nachgewiesen. Daß der Angekl. zur Hingabe von Kundenwechseln vertraglich verpflichtet gewesen wäre, oder daß er die Eigenschaft von Kundenwechseln bei der Hingabe wahrheitswidrig zugesichert hätte, ist nicht festgestellt. Für die Annahme, der Angekl. habe bei der Hingabe der Wechsel gewußt, daß sie von seinen Lieferanten, die aus besonderen Gründen die Hingabe von Kundenwechseln erwarteten, für solche angesehen und im Hinblick auf sein Schweigen auch als solche entgegengenommen würden, reicht die bloße Feststellung, daß die Lieferanten dem Angekl. keine Ware mehr gegeben hätten, wenn er ihnen nicht Kundenwechsel gegeben hätte, nicht hin. Denn sie besagt nichts dafür, ob die Lieferanten diesen ihren Standpunkt dem Angekl. auch bekanntgemacht haben, oder ob er für ihn wenigstens auf andere Weise erkennbar geworden war. Einen Irrtum über die Eigenschaft der Wechsel kann aber der Angekl. nur dann erregt haben, wenn er den von ihm hingegebenen Wechseln bewußt den Anschein von Kundenwechseln gegeben hat. Die bloße Hingabe der Wechsel bedeutet für sich allein weder eine falsche Vorspiegelung noch die Unterdrückung einer wahren Tatsache (RGSt. 27, 75). Inwiefern der Angekl. endlich auch die Nachmänner seiner Lieferanten, zu denen er andere Beziehungen, als sie sich aus dem Wechselverband ergaben, soweit ersichtlich nicht hatte, getäuscht haben soll, wird in den Urteilsgründen überhaupt nicht näher dargelegt.

Auch die Ausführungen des O.G. über die Vermögensbeschädigung sind nicht frei von Rechtsirrtum. Als geschädigt hat es die Lieferanten des Angekl., nämlich die Firmen B. und St., ferner aber auch die Firma R. & B., an die die B. ihre zwei Wechsel über je 75 RM weitergegeben hat, und die W. bezichnet. Den Vermögensschaden erblickt es, soweit die letztere in Betracht kommt, darin, daß sie sich zur Einlösung eines Teils der Wechsel verpflichtet und ohne Gegenwert ihr Vermögen durch diese rechtswirksam eingegangene Zahlungsverpflichtung belastet habe. Hinsichtlich der Firma R. & B. findet es den Vermögensschaden darin, daß die Wechsel nicht eingelöst worden seien. Worin der Schaden der Firma St. und B. besteht, ist nicht weiter erörtert.

Was zunächst die beiden letztgenannten Firmen betrifft, so ist bei der Frage der Vermögensbeschädigung zu untersuchen,

recht, S. 241, *C o s a d*, Lehrbuch des Handelsrechts, § 53, III u. a. liegt bereits in diesem Falle ein doloser Rechtsertwerb vor. Die herrschende Lehre nimmt dagegen einen dolosen Rechtsertwerb nur dann an, wenn die Nachmänner den Wechsel in der Absicht erworben haben, um dem Akzeptanten die Einrede, daß es sich um ein Gefälligkeitsakzept handele, abzuschneiden.

Da das hier vorl. Urte. keine Anhaltspunkte hierfür enthält, ist der Entsch. des RG. zuzustimmen.

Die Lieferanten haben einen wechselrechtlichen Anspruch gegen die Akzeptantin erworben.

In der Tatsache, daß es sich bei den Wechseln um Gefälligkeitsakzepten handelt, liegt an und für sich noch kein Betrug.

II. Ein Betrug kann aber dann vorliegen, wenn statt Kundenwechseln einem Lieferanten Gefälligkeitswechsel gegeben werden.

1. Zunächst kann in der Behauptung des Schuldners, es handele sich bei den hingegebenen Wechseln um Kundenwechsel, die Vorspiegelung liegen, es werden Außenstände übertragen. Dieser Fall scheidet aber in dem vorl. Urte. aus tatsächlichen Gründen aus.

2. In dem Verhalten des Schuldners kann aber auch eine Täuschung über den Wert des Wechsels liegen. Der Auffassung des RG., die dahin geht, daß regelmäßig der Wert des Wechsels durch die Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit des Wechselschuldners bestimmt werde, ohne daß es auf das dem Wechsel zugrunde liegende Rechtsgeschäft ankomme (RGSt. 22, 20) ist beizustimmen. Eine Täuschung über die Kreditfähigkeit des Wechselverpflichteten ist aber hier aus tatsächlichen Gründen ebenfalls nicht anzunehmen.

3. Weiterhin ist nun aber im Wechselbistkontoverkehr nach der ständigen Meinung des RG. einem Wechsel, dem ein Handelsgeschäft zugrunde liegt, ein höherer Wert als anderen Wechseln beizumessen (RGSt. 36, 367; 29, 349; 22, 20; 12, 397; *L p s* Komm., 4. Aufl., § 263 Anm. 2 b).

Dies kommt nicht nur daher, daß der Wechselnehmer regel-



in welcher Weise die durch die Täuschung veranlaßte Vermögensverfügung ihre Vermögenslage beeinflusst hat. Nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe ist anzunehmen, daß das O.G. die durch die Täuschung veranlaßte Vermögensverfügung in der erfüllungs- oder sicherungshalber gegen die Hingabe von Waren erfolgten Entgegennahme der Wechsel erblickt hat. Für die Frage der Vermögensbeschädigung kommt es daher zunächst darauf an, ob nach und infolge der durch die Täuschung veranlaßten Hingabe der Ware unter Entgegennahme der Wechsel das Gesamtvermögen der getäuschten Firmen einen geringeren Wert darstellte als vorher (RGSt. 16, 1). Das O.G. hat aber lediglich darauf abgestellt, ob und von wem schließlich die Wechsel eingelöst worden sind. Das ist rechtsirrig. Da in dem angefochtenen Urte. die Wertlosigkeit der durch den Kaufvertrag begründeten Zahlungsverpflichtung des Angekl. ausdrücklich festgestellt wird, kann es entscheidend nur noch darauf ankommen, welchen objektiven Wert die Wechsel im Zeitpunkt ihrer Entgegennahme gehabt haben. Entsprechend diesem Wert der aus dem Vermögen hingegebenen Gegenleistung, so entfällt eine Vermögensbeschädigung. War dies nicht der Fall, so liegt eine Vermögensbeschädigung oder zum mindesten eine ihr gleichstehende Vermögensgefährdung vor. Wird der Wechsel am Verfalltag nicht eingelöst, so wird die Tatsache der Vermögensbeschädigung nur bestätigt. Wird er aber eingelöst, so erfolgt lediglich ein Schadensausgleich, der für die Frage des Betrugs nicht weiter in Betracht kommt. Wie sich bereits aus dem Obengesagten ergibt, kann für den Wert des Wechsels auch ein durch den Mangel einer realen Grundlage bedingter Minderwert in der allgemeinen Wertschätzung von Bedeutung sein (RGSt. 12, 395; 27, 75; 36, 367).

Was die Vermögensbeschädigung der Firma R. & B. und der Zeugin W. anlangt, so brauchen zwar der Getäuschte und der Geschädigte nicht die gleiche Person zu sein. In der Rechtslehre und Rspr. ist aber anerkannt, daß als unausgesprochenes Tatbestandsmerkmal des § 263 StGB. eine Verletzung des Getäuschten über das hierdurch geschädigte Vermögen vorliegen müsse (RGSt. 64, 226). Der ursächliche Zusammenhang zwischen der Verfügung des Getäuschten und der Vermögensbeeinträchtigung des Geschädigten kann nur dann gegeben sein, wenn der Getäuschte durch seine Verfügung unmittelbar in die Vermögenslage des Geschädigten eingreift, so daß schon in diesem Augenblicke der Verfügung und zufolge ihres Inhalts das Vermögen des Geschädigten eine Einbuße erleidet (RGSt. 58, 215). Inwiefern diese Voraussetzung gegenüber der Zeugin W. vorliegen sollte, ist nicht zu ersehen. Ihre wechselmäßige Verpflichtung zur Zahlung der Wechselsumme bestand bereits bei der Hingabe der Wechsel an die Lieferanten; sie ist mit ihrem Einverständnis gerade mit Rücksicht auf die Begebung der Wechsel an die Lieferanten begründet worden. Falls sich die Zeugin nachträglich noch ausdrücklich zur Einlösung der Wechsel dem letzten Wechsel-

mäßig auch die dem Wechsel zugrunde liegende Forderung erwirbt, sondern auch deswegen, daß ein Wechselverpflichteter, in dessen Vermögen ein Gegenwert geflossen ist, viel eher geneigt sein wird, Zahlung zu leisten.

Eine Täuschungshandlung wird man daher immer dann anzunehmen haben, wenn der Schuldner bei Hingabe von gewöhnlichen Wechseln zum Ausdruck bringt, er gebe Kundenwechsel in Zahlung. Voraussetzung für den Betrug ist natürlich weiterhin, daß er bei den Wechselnehmern eine Vermögensverfügung, die zum Vermögensschaden führt, veranlaßt.

Lediglich in der Hingabe der Gefälligkeitswechsel liegt noch kein Betrug. Es ist dem R.G. beizustimmen, wenn es ausführt, daß verlangt werden müsse, der Wechselempfänger sei aus den dem Wechselgeber bekannten oder erkennbaren Gründen zur Hingabe von Kundenwechseln verpflichtet. Nur dann kann bei dem Wechselnehmer von einem Irrtum über den Wert des Wechsels oder „die allgemeine Wertschätzung“ gesprochen werden.

4. Schließlich ist dem R.G. auch darin beizustimmen, daß es für den Vermögensschaden i. S. des § 263 StGB. lediglich darauf ankommt, ob der Wechsel dem Wert der gelieferten Waren entspricht oder nicht. Eine Vermögensbeschädigung liegt nur dann vor, wenn das gesamte Vermögen sich verringert hat (Frankl, StGB., 18. Aufl., § 263 Anm. V, 4). Ob der Wechsel später eingelöst wird oder nicht, ist hierfür unerheblich.

RM. Dr. Otto Rilk, Berlin.

inhaber gegenüber verpflichtet hat, so beruht dies jedenfalls nicht auf der durch die Täuschung veranlaßten Verfügung der getäuschten Firma B. Nicht anders kann die Rechtslage gegenüber der Firma R. & B. angesehen werden, solange sie, was bis jetzt nicht nachgewiesen ist, nicht auch selbst von dem Angekl. getäuscht wurde. Die durch die Täuschung hervorgerufene Verfügung der Firma B. erschöpfte sich — abgesehen von dem Abschluß des Vertrags und der Lieferung der Ware — in der Entgegennahme der Wechsel. Damit wurde in die Vermögenslage der Firma R. & B. in keiner Weise eingegriffen. Ihr Schaden ist erst darauf zurückzuführen, daß sie später die von der Firma B. weitergegebenen Wechsel annahm.

2. Sen. v. 22. Mai 1933; 2 D 497/33.)

[W.]

15. § 266 StGB. Auch nach Erlöschen der Vollmacht kann der frühere Bevollmächtigte noch Untreue begehen, soweit und solange seine Verbindlichkeit zur Herausgabe der Vermögenswerte noch nicht restlos erfüllt ist.†)

(2. Sen. v. 27. April 1933; 2 D 202/32.)

[Sn.]

Abgebr. JW. 1933, 1593<sup>15</sup>.

Zu 15. Die vorliegende, zu dem bisherigen § 266 Nr. 2 StGB. ergangene Entsch. kann deshalb besonderes Interesse beanspruchen, weil sie noch einmal die Schwierigkeiten und Unvollkommenheiten des bisherigen Rechts aufzeigt, die der neue § 266 StGB. — geschaffen durch das Gef. v. 26. Mai 1933 — beseitigen soll. Es handelt sich dabei im wesentlichen um zwei Punkte: das Wesen der Untreue und (damit zusammenhängend) die Bindung an das Zivilrecht.

In der Auffassung über das Wesen der Untreue standen sich bekanntlich die Mißbrauchs- und die Treubruchstheorie gegenüber. In der vorl. Entsch. bekennt sich das R.G. im Einklang mit der bisherigen Rspr. — z. B. RGSt. 61, 1, 228; 62, 15 (mißverständlich 65, 334) — zu der Treubruchstheorie; es sieht also das Wesen der Untreue in der Verletzung einer Treupflicht im Innenverhältnis und nicht nur in dem pflichtwidrigen, aber nach außen wirksamen Gebrauch (Mißbrauch) einer rechtlichen Machtstellung (diese letztere Auffassung wurde vertreten von Binding, Frank, Gerland, Grunhut u. a.). Bei der Anwendung dieser Treubruchstheorie hatte sich die Rspr. in steigendem Maße von zivilrechtlichen Begriffen und Rechtsfakten freigemacht (vgl. z. B. RGSt. 61, 1, 228; 62, 15; 63, 407; 64, 86; 65, 401). Die vorl. Entsch. bringt eine solche rein strafrechtliche Auffassung zum Ausdruck für die Frage der Fortdauer der Bevollmächtigtenanstellung und den Begriff der Vfg. über Vermögensstücke des Auftraggebers (der Tatbestand der §§ 172, 173 BGB. liegt nicht vor). — Im einzelnen vgl. über den bisherigen Rechtszustand Schwinge-Siebert. Das neue Untreuestrafrecht in strafrechtlicher und zivilrechtlicher Beleuchtung.

Es ist verständlich, wenn ein solches „Rechtssprechungsrecht“ angeht, des Wortlautes, der Entstehungsgeschichte und der systematischen Stellung des bisherigen § 266 manchen Bedenken begegnete. Andererseits aber zeigte sich, daß die Bedürfnisse der Praxis eine solche weitherzige Anwendung (oder Erweiterung) des § 266 verlangten, wenn nicht offenbar strafwürdige Fälle straflos bleiben sollten. Die hiernach bestehende Unsicherheit hat der Gesetzgeber nunmehr beseitigt. Insofern sind jetzt die Fragen nach dem Wesen der Untreue und nach der Bindung an das Zivilrecht durch den systematisch klar gegliederten neuen Tatbestand eindeutig entschieden.

Der neue § 266 enthält drei Einzeltatbestände: 1. einen der bisherigen Mißbrauchstheorie entsprechenden, also von zivilrechtlichen Begriffen und Rechtsfakten notwendig abhängigen Tatbestand (Mißbrauchstatbestand) — Mißbrauch der Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis; 2. einen zivilrechtlich gebundenen Treubruchstatbestand — Verletzung der kraft Gesetzes, behördlichen Auftrages oder Rechtsgeschäfts obliegenden Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen; 3. einen rein strafrechtlichen Treubruchstatbestand — Verletzung der kraft eines Treuerverhältnisses obliegenden Pflicht zur Interessentwahrnehmung. Diese drei Einzeltatbestände stehen zueinander im Verhältnis der Subsidiarität; der jeweils folgende Tatbestand ist dazu berufen, die Lücken des vorhergehenden zu schließen. Näheres bei Schwinge-Siebert a. a. D.

Damit ist nunmehr die Möglichkeit geschaffen, in einwandfreier Rechtsanwendung alle strafwürdig erscheinenden Fälle von Untreue auch wirklich zu erfassen. Das durch den sorgfältigen Aufbau des neuen Untreuestatbestandes geklärte Verhältnis zum Zivilrecht wird dabei eine praktisch besonders wichtige Rolle spielen.

Priv. Doz. Dr. W. Siebert, Halle a. S.

16. § 95 Abs. 1 Nr. 2 BörG. Die Sondervorschrift läßt für die Anwendung des § 266 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB. keinen Raum (RGSt. 61, 341; RGUrt. II 884/31 v. 12. Okt. 1931).

Der Angekl. betrieb ein Kommissionsgeschäft i. S. des § 383 HGB. Da feststeht, daß er als Kommissionär, um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, bei der Ausführung des ihm von der Stadt W. erteilten Auftrags und bei der Abwicklung des für sie zu besorgenden Geschäfts absichtlich zum Nachteil der Kommittentin handelte, war § 95 Abs. 1 Nr. 2 BörG. auf die Tat des Angekl. anzuwenden.

(2. Sen. v. 29. Juni 1933; 2 D 714/33.) [Hn.]

## Freiwillige Gerichtsbarkeit.

### Preußen.

1. §§ 142, 144 FGO. Ein nichtiger Gesellschafterbeschuß kann nicht nach § 142 FGO. von Amts wegen gelöscht werden, wenn die Voraussetzungen des § 144 Abs. 2 FGO. nicht vorliegen; jedoch kann er auf Antrag des Beteiligten gelöscht werden. †)

Über das Vermögen der Firma C. G. Bl. KommGes. sowie über das Vermögen des persönlich haftenden Gesellschafters Carl Gustav Bl. wurde i. J. 1932 der Konkurs eröffnet. Der Konkursverwalter veräußerte das Handelsgeschäft der Gesellschaft demnach an die „E. Lichtpausanstalt C. G. Bl. GmbH.“, deren alleiniger Gesellschafter seit dem Jahre 1928 der Kaufmann Fritz A. ist. Dieser beschloß am 13. Mai 1932, die Firma der Erwerberin in „C. G. Bl. GmbH.“ umzuändern. Die Änderung wurde auch in das Handelsregister eingetragen.

Der Kaufmann Carl Gustav Bl. stellte nunmehr an das Registergericht das Verlangen, die Eintragung gem. §§ 142, 144 FGO. von Amts wegen zu löschen, indem er geltend machte, die Änderung der Firma der GmbH. verstoße gegen die Vorschr. des § 4 GmbHG., während ihm und seinem gleichnamigen Sohne die Verwendung ihres Namens für ein neu zu begründendes Handelsgeschäft erschwert werde. Der Registerrichter lehnte die Einleitung des Amtslösungsverfahrens ab, weil es nach dem für eine Anwendung hier allein in Betracht kommenden § 144 FGO. an der Voraussetzung eines öffentlichen Interesses fehle. Das LG. wies auf Beschw. des Bl. zur Einleitung des Amtslösungsverfahrens aus § 142 FGO. an. Auf die weitere Beschw. der GmbH., die aus einem verfahrensmäßigen Grunde keinen Erfolg hatte, führte das RG. aus:

Gegenstand des Lösungsverfahrens ist der auf Änderung der Firma der GmbH. gerichtete Beschluß der Gesellschafterversammlung. Ein solcher Beschluß kann nach § 144 Abs. 2 FGO. „gemäß den Vorschr. der §§ 142, 143 FGO. als nichtig gelöscht werden, wenn er durch seinen Inhalt zwingende Vorschr. des Gesetzes ver-

Zu 1. Der Entsch. ist beizupflichten. Das RG. führt aus: Der § 142 FGO. behandelt das Zwangslösungsverfahren. Im Offizialverfahren kann kein Dritter, auch kein „Beteiligter“, einen Antrag stellen; er ist nur in stände, eine Anregung zu geben.

Aus Abs. 2 des § 144 FGO. läßt dieser eine Auslegung dahin zu, daß das Amtslösungsverfahren auf die Fälle zu beschränkt sei, wo das Verfahren gegen den Willen der Beteiligten durchgeführt werden soll. Demnach ist der Beteiligte zu dem Antrage befugt, daß eine unzulässige Eintragung gelöscht werde. Insofern wird deshalb auch der § 142 nicht durch § 144 beschränkt. Denn nach § 144 Abs. 2 finden auf die Löschung eingetragener Beschlüsse der Gesellschafterversammlungen von AktG. und GmbHG. die Best. des § 142 Anwendung. Deshalb muß im Zwangslösungsverfahren, sofern es sich um einen Gesellschafterbeschuß handelt, auch dem Erfordernis des § 144 Abs. 2 entsprochen werden, daß der Beschluß durch seinen Inhalt zwingende Best. des Gesetzes verletzt und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint.

I. S. dieser Ausführungen kann das Registergericht u. U. den Geschäftsführer einer GmbH. im Wege des Ordnungsstrafverfahrens zum Antrag, eine unzulässige Firma zu löschen, anhalten; aber eben nur, wenn durch das Führen der unstatthafter Firma gegen das öffentliche Interesse verstoßen wird. Dies dürfte im vorl. Falle bedeuten, daß die Interessenten derjenigen, die mit der Firma gebrauchenden GmbH. in Rechtsverkehr treten, verletzt sein müssen.

Die Entsch. des RG. beruht auf einer Konstruktionsweise. Dies wird auch in der Entsch. betont. Die Konstruktion ist jedenfalls möglich. Da sie bestimmt ist, eine Lücke im Gesetze auszufüllen, ist ihre Anwendung beifallswürdig.

J. R. Dr. Fischer, Leipzig.

leicht und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint“. Diese Best. kann, da sie andernfalls gegenüber der weitergehenden Vorschr. des § 142 keinen vernünftigen Sinn hätte, nur dahin verstanden werden, daß die Löschung beim Fehlen einer der ausdrücklich aufgestellten Voraussetzungen im Rahmen des § 142 nicht zulässig sein soll (vgl. RGSt. 37, A 156; OLG. 42, 195). Von dem Standpunkte der Vorschr. aus, die übereinstimmend das Bestehen eines öffentlichen Interesses an der Löschung des Firmenänderungsbeschlusses verneinen, scheidet nun die Anwendbarkeit des § 144 FGO. aus. Demgemäß ist denn auch das LG. der Ansicht, daß eine Löschung der vorl. Eintragung im Amtslösungsverfahren nicht möglich sei. Es glaubt aber den § 142 FGO., unbeschränkt durch die Vorschr. des § 144 FGO., deshalb anwenden zu können, weil hier ein Antrag auf Löschung vorliege. Das ist rechtlich unhaltbar. Die Vorschr. des § 142 FGO. behandelt ihrem klaren Wortlaut nach ausschließlich Lösungen von Amts wegen. Einen Antragsteller kann es also in dem Verfahren überhaupt nicht geben. Wer an das Registergericht das Verlangen richtet, die Amtslösung zu veranlassen, stellt damit keinen Antrag, der auf seine Kosten zurückgewiesen werden könnte, sondern regt lediglich die Amtstätigkeit des Gerichtes an. Die Anwendbarkeit des § 142 FGO. ist aber von einer solchen Anregung grundsätzlich unabhängig. Darf daher die Amtslösung trotz Vorliegen der Voraussetzungen der Vorschr. im einzelnen Falle nicht vorgenommen werden, weil dies durch eine andere Vorschr. des Gesetzes, nämlich den § 144 FGO., ausgeschlossen wird, so kann hieran die Tatsache, daß irgend jemand die Löschung betreibt, nichts ändern. Wenn das LG. demgegenüber meint, daß es doch einen Weg geben müsse, auf dem die Löschung von nichtigen Gesellschafterbeschlüssen auch außerhalb des Rahmens des § 144 erreicht werden könne, so mag das richtig sein. Dieser Weg ist aber keinesfalls derjenige des im § 142 FGO. vorgesehenen Amtslösungsverfahrens. Eher könnte dem geltendgemachten Bedürfnis mit folgenden Erwägungen abgeholfen werden: Die Vorschr. des § 142 FGO. behandle, wie die im Abs. 2 zum Schutze des Beteiligten vorgesehene Regelung des Verfahrens zeige, nur den Fall, daß die Löschung gegen seinen Willen vorgenommen werden solle. Das Gesetz lasse also die Möglichkeit offen, auf den eigenen Antrag des Beteiligten eine unzulässige Eintragung auch sonst zu löschen. § 144 FGO. beschränke demgemäß nur die in § 142 FGO. behandelte Zwangslösung und nicht auch die Möglichkeit, nichtige Gesellschafterbeschlüsse außerhalb des Anwendungsgebietes der letzteren Best. auf Antrag des Beteiligten zu löschen. Soweit Brodman und Scholz an den vom LG. herangezogenen Stellen (Brodman und Scholz, GmbHG., Anm. 2a zu § 10; Scholz, Anm. VI 2 zu § 54) mehr sagen wollen, kann ihnen aus den vorher dargelegten Gründen nicht zugestimmt werden. Zu der vereinfachten Löschung müßte also mindestens der Antrag des Beteiligten gefordert werden. Beteiligter i. S. des § 142 FGO. ist aber nur derjenige, der in seinem Rechte durch die Löschung betroffen wird, also im vorl. Falle die Gesellschaft selbst, und nicht auch jeder Dritte, der — wie der Kaufmann Carl Gustav Bl. — ein Interesse an der Löschung hat.

Daraus folgt freilich noch nicht, daß gegen die Gesellschaft bei Unterstellung der Unzulässigkeit der von ihr angenommenen Firma überhaupt nicht mit Erfolg vorgegangen werden könnte. Ist die Firma, was zunächst vom LG. geprüft werden mag, wegen Verstoßes gegen § 4 GmbHG. in unzulässiger Weise gebildet, so ist dieser Mangel durch die Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister nicht geheilt. Die Gesellschaft würde also, und zwar schon dadurch, daß sie die Eintragung bestehen läßt (RGSt. 48, 122), eine ihr nach dem Gesetz nicht zustehende Firma gebrauchen. In diesem Falle ist sie nach §§ 6, 37 Abs. 1 BGB., § 13 Abs. 3 GmbHG. vom Registerrichter zur Unterlassung des Gebrauches im Ordnungsstrafverfahren des § 140 FGO. anzuhalten, während nach § 37 Abs. 2 BGB. ein in seinem Rechte Verletzter die Unterlassung im Klagewege verlangen könnte. Es ist jedoch zu beachten, daß der Registerrichter auch insoweit nur zur Wahrnehmung eines etwaigen öffentlichen Interesses an der Verhinderung der unbefugten Firmenföhrung berufen ist (vgl. RGSt. 36, A 129; RG.: Recht 28 Nr. 2272).

(RG., ZivSen. 1b, Beschl. v. 1. Juni 1933, 1b X 291/33.)

Ver. von OGR. Dr. Heule, Berlin.

2. § 46 Abs. 5 GmbHG. Zur vertraglichen Aufhebung des Geschäftsführerverhältnisses bedarf es nicht eines Gesellschafterbeschlusses.

Ein Geschäftsführer, der nicht Gesellschafter ist, steht zu der Gesellschaft in einem Vertragsverhältnis, das sich bei Unentgeltlichkeit als Auftrag und bei Entgeltlichkeit als Dienstvertrag darstellt. Im ersteren Falle kann er die Stellung jederzeit mit sofortiger Wirkung kündigen (§ 671 Abs. 1 BGB.), im letzteren Falle muß er, abgesehen von dem Eingreifen der §§ 626, 627 Abs. 1 BGB., Kündigungsfristen gem. §§ 621 ff. BGB. einhalten (RG.: JW. 1927, 1703<sup>2</sup>; Nachenburg, GmbHG., § 38 Num. 11; Brodman

§ 38 Ann. 5 a). Da hier nach den eigenen Erklärungen der Antragsteller mit der Geltung einer solchen Kündigungsfrist zu rechnen ist, genügt die einseitige Kündigung des ausscheidenden Geschäftsführers nicht, um die alsbaldige Beendigung seines Amtes darzutun. Sie kann diese Bedeutung nur dann haben, wenn sie als Angebot zur alsbaldigen Aufhebung des Dienstvertr. von der Gesellschaft angenommen ist. Die Annahme ist nun im vorl. Falle von den Antragstellern als gemeinsam vertretungsberechtigten Geschäftsführern namens der Gesellschaft, mindestens stillschweigend durch die Anmeldung der Amtsniederlegung erklärt. Es bleibt daher zu prüfen, ob die Abgabe dieser Erklärung in den Rahmen ihrer Vertretungsbefugnis fiel, auch wenn es an einem zustimmenden Beschl. der Gesellschafterversammlung fehlte.

Die Bejahung der Frage folgt noch nicht daraus, daß die Geschäftsführer die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft sind und daß ihre Vertretungsmacht mit Wirkung gegen dritte Personen nicht beschränkt werden kann (§§ 35 Abs. 1, 36, 37 Abs. 2 GmbHG.). Denn zu den dritten Personen in diesem Sinne gehören andere Geschäftsführer in ihrer Eigenschaft als solche nicht. Außerdem gilt § 27 Abs. 2 GmbHG. überhaupt nicht für eine gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht, wie sie nach der Auffassung der Vorinstanzen in bezug auf die vorzeitige Aufhebung eines Geschäftsführervertr. bestehen soll. Würde das Ges. wirklich die Entschließung darüber allein der Gesellschafterversammlung vorbehalten, so wäre hiermit den anderen Geschäftsführern die Befugnis zum eigenmächtigen Handeln ebenso wie bei der Bestellung und Abberufung eines Mitgeschäftsführers entzogen. Es ist daher entgegen der Annahme der Beschw. nicht richtig, daß das Fehlen des etwa erforderlichen Gesellschafterbeschl. lediglich das Innenverhältnis der in Ausübung ihrer Vertretungsmacht handelnden Geschäftsführer zu der Gesellschaft betreffen und die Rechtswirksamkeit des vorgenommenen Geschäftes unberührt lassen würde. Die Mitwirkung der Gesellschafterversammlung zu der Vertragsaufhebung ist aber nicht erforderlich.

Ausnahmen von dem Grundsatz, daß zur Vornahme von Rechtsgeschäften namens der Gesellschaft die Geschäftsführer ohne besondere Anweisung der Gesellschafterversammlung berufen sind, gelten lediglich insoweit, als es im Ges. oder im Gesellschaftervertr. vorgesehen ist. Nach § 46 Ziff. 5 GmbHG. soll nun „der Best. der Gesellschafter unterliegen: Die Bestellung und die Abberufung von Geschäftsführern“. Das LG. glaubt diese Vorschr. ihrem Sinne nach auf die vertragliche Auflösung des Geschäftsführerverhältnisses erstrecken zu müssen, ohne hierfür eine nähere Begr. zu geben. Dem ist nicht zuzustimmen. Das Ges. überweist der Entschließung der Gesellschafterversammlung ausdrücklich nur die Einsetzung des Geschäftsführers in sein Amt, die stets sein Einverständnis voraussetzt, und die gegen seinen Willen mögliche Abberufung besagt aber nichts über die vertragmäßige Wiederaufhebung des Verhältnisses. Die entsprechende Anwendung der Vorschr. auf den letzteren Fall wäre nur zulässig, wenn für ihn dieselben Gründe zuträfen, die dazu geführt haben, die Bestellung und die Abberufung des Geschäftsführers grundsätzlich der Gesellschafterversammlung vorzubehalten. Die Tatsachen haben jedoch für die Gesellschaft verschiedene Bedeutung. Die Bestellung und die Abberufung eines Geschäftsführers sind vornehmlich Angelegenheiten des persönlichen Vertrauens. In einem Falle steht in Frage, ob eine Person geeignet ist, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen, im anderen, ob der Mangel solcher Eignung dazu nötigt, sie ohne Rücksicht auf ihr Einverständnis von ihrem Posten zu entfernen. Die Entschließung hierüber soll nicht gleichgeordneten Personen zustehen, wie es etwaige Mitgeschäftsführer sind, sondern nur einem übergeordneten Organ, als welches in erster Linie die Gesellschafterversammlung in Betracht kommt. Anders verhält es sich mit der vertragmäßigen Aufhebung der Geschäftsführerverstellung. Sie bekundet weder Vertrauen noch Mißtrauen gegenüber dem ausscheidenden Geschäftsführer, sondern ist lediglich das Ergebnis eines einseitigen oder beiderseitigen Entgegenkommens der Beteiligten. Es besteht kein Grund, den verbleibenden Geschäftsführern den Abschluß einer solchen Vereinbarung zu verwehren. Zweifelhaft kann nur sein, ob es ihrer Stellung entspricht, einem Mitgeschäftsführer die gewünschte Entlassung durch Ablehnung seines Angebotes zu verweigern. Das ist aber nicht von entscheidender Bedeutung; denn dem letzteren bleibt jedenfalls die Möglichkeit offen, sich mit seinem Entlassungsgesuch unmittelbar an die Gesellschafterversammlung zu wenden, wie das beim Vorhandensein eines einzigen Geschäftsführers überhaupt nicht anders möglich ist. Die vertragmäßige Entlassung eines Geschäftsführers, der nach Ablauf der Kündigungsfrist ohnehin frei werden würde, wird auch in ihrer Wichtigkeit für die Gesellschaft regelmäßig hinter der Bestellung oder der Abberufung eines solchen zurücktreten. Hiernach läßt sich eine entsprechende Anwendung des § 46 Ziff. 5 GmbHG. auf den vorl. Fall nicht rechtfertigen. Der Gesellschaftervertrag besagt zu der Frage ebenfalls nichts. Die Vorbringung der Abschrift eines die Entlassung des Geschäftsführers P. betreffenden Gesellschafterbeschl. kann daher nicht verlangt werden.

(RG., Beschl. v. 2. März 1933, 1b X 118/33, 1.)

3. § 55 Abs. 3 GmbHG.; Art. I, II GmbHGNov. v. 28. Juni 1926. Die Stammeinlagen bei einer GmbH. können, wenn sie weniger als 500 RM betragen oder nicht durch Hundert teilbar sind, zur Anpassung an die neuen gesetzlichen Vorschriften erhöht werden. †)

Die GmbH. hat seit der Goldmarkumstellung ein Stammkapital von 2000 RM. Diesem entsprechen zehn Stammeinlagen, von denen vier Gesellschaftern je zwei zustehen, nämlich in Höhe von 80 + 70, 80 + 20, 200 + 10, 320 + 20 RM., und zwei Gesellschaftern je einer, nämlich in Höhe von 140 und 260 RM. Am 22. Nov. 1932 beschloß die Gesellschafterversammlung mehrere Änderungen des Gesellschaftsvertrages. Deren Anmeldung wurde vom Registergericht beanstandet: Der Beschl. stelle sich als eine wesentliche Änderung der Verhältnisse der Gesellschaft dar, die Eintragung könne daher gem. Art. II Ges. v. 28. Juni 1926 (RGBl. I, 315) erst erfolgen, wenn das Stammkapital auf 20 000 RM. erhöht sei. Die Gesellschafter beschloßen demgemäß in einer neuen Versammlung einstimmig, das Stammkapital auf 20 000 RM. mittels Erhöhung der Stammeinlagen der sechs Gesellschafter zu erhöhen, und zwar der von 10, 20, 70 und 80 RM. auf je 500 RM., von 140 auf 1400, von 260 auf 2600, von 320 auf 2900 und von 880 auf 9000 RM. Dementsprechend wurde zugleich der § 3 des Gesellschaftsvertrages über die Höhe des Stammkapitals und über die Höhe der den einzelnen Gesellschaftern zustehenden Stammeinlagen geändert. Die Anmeldung dieser Änderung beanstandete der Registerrichter wiederum: bei der Kapitalerhöhung könnten die Gesellschafter nur neue selbständige Anteile übernehmen; es sei nicht zulässig, die bisherigen Anteile zu erhöhen. Das LG. wies die Beschw. der Geschäftsführer zurück. Die weitere Beschw. hatte Erfolg.

Den Vorinst. ist zuzugeben, daß eine Erhöhung des Stammkapitals grundsätzlich nicht im Wege der Erhöhung der vorhandenen, sondern nur durch Schaffung von neuen Stammeinlagen vorgenommen werden kann. Das ergibt sich, wie ausführlich in RGZ. 32, A 186 dargelegt ist, aus den §§ 55–57 GmbHG., vor allem aus § 55 Abs. 3, wonach ein der Gesellschaft bereits angehöriger Gesellschafter, der eine Stammeinlage auf das erhöhte Kapital übernimmt, damit einen weiteren Geschäftsanteil erwirbt. Die Regelung hat ihren inneren Grund darin, daß die mit den einzelnen Geschäftsanteilen verbundenen Rechte und Pflichten verschieden sein können, letzteres insbes. im Hinblick auf etwa rückständige Einlagen.

Der allgemeine Grundsatz muß aber auf Grund des Ges. v. 28. Juni 1926 eine Ausnahme für solche Gesellschaften erlauben, deren Stammeinlagen noch jetzt weniger als 500 RM. betragen oder in Reichsmark ausgedrückt nicht durch Hundert teilbar sind. Art. I des Ges. ändert die bisherige Fassung des § 5 Abs. 1 und 3 GmbHG. dahin, daß das Stammkapital der Gesellschaft mindestens 20 000 RM. und daß die Stammeinlage jedes Gesellschafters mindestens 500 RM. betragen und durch Hundert teilbar sein muß. Das gilt freilich nach Art. II regelmäßig nicht für Gesellschaften, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes eingetragen oder zur Eintragung angemeldet sind. Ändert aber die Gesellschaft ihre Verhältnisse wesentlich, so sind diese Veränderungen nach Art. II Abs. 2 Satz 2 nur dann einzutragen, wenn die Vorschr. des Art. I bereits

Zu 3. Der für das GmbHG. herrschend vertretene Grundsatz, daß der Geschäftsanteil seinem Nennbetrage nach durch Veränderungen des Stammkapitals unberührt bleibt, hat eine viel weitergehende Bedeutung als die, die die Gründe der obigen Entsch. anzunehmen scheinen.

1. Es soll zunächst einmal die Entstehungsgeschichte einer Gesellschaft immer offenbar sein. So darf z. B. in einem Gesellschaftsvertrag nie der Betrag der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage geändert werden, mögen auch die ursprünglichen Gesellschafter ihre Geschäftsanteile längst veräußert haben, mögen die ursprünglichen Geschäftsanteile auch inzwischen geteilt sein und mögen die jeweiligen Gesellschafter über mehrere Geschäftsanteile verfügen. Wenn der Ausgangspunkt einer Gesellschaft beliebig geändert werden könnte, so würde der einwandfreie Nachweis einer folgerichtigen Kette von Rechtsübergängen nicht nur erschwert, sondern oft unmöglich gemacht werden. Die in dieser Hinsicht im Beurkundungsgeschäft häufig vorkommenden Fehler erweisen das zur Genüge.

2. Liegt in einer Kette von Übertragungen von Geschäftsanteilen irgendwo eine dingliche nichtige Übertragung vor, die erst bemerkt wird, nachdem die von der Entsch. für zulässig gehaltene Erhöhung der Stammeinlagen beschlossen und eingetragen ist, so ergibt sich hinsichtlich des erhöhten Geschäftsanteils ein Knäuel von einfach unlöslichen Rechtsfragen. In diesem Zusammenhang mag diese Andeutung genügen.

3. Die Rechtsfolge der Entsch. ist, daß der ursprüngliche Geschäftsanteil untergeht und daß an seine Stelle ein seinem Wesen nach anderer Geschäftsanteil tritt. Ist also auf die den ursprünglichen Geschäftsanteil begründende Stammeinlage noch ein Betrag

erfüllt sind oder gleichzeitig erfüllt werden. Hierzu gehören auch diejenigen über die Höhe der Stammeinlagen. Das Gesetz will also die nachträgliche Erfüllung der damit aufgestellten neuen Erfordernisse zulassen. Eine andere Auslegung ist unmöglich, denn es kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber die Anwendung der Sonderbest. — sei es auch nur für den Fall der Unvorschriftsmäßigkeit der Stammeinlagen — von einer unerfüllbaren Bedingung hat abhängig machen wollen. Das Mittel aber, das es in allen Fällen ermöglicht, die bisherigen Stammeinlagen an die neuen Vorschr. anzupassen, ist allein die Erhöhung der Einlagen, zumal im Zusammenhange mit der regelmäßig notwendigen Erhöhung des Stammkapitals. Vereinzelt mag auch eine Zusammenlegung der Geschäftsanteile zu demselben Ziele führen. Das kann aber selbst für einen solchen Fall die Beurteilung der hier zu entscheidenden Frage nicht beeinflussen. Denn die Zusammenlegung ist im allgemeinen ebenso wie die Erhöhung unzulässig, bietet also keine Möglichkeit, den Art. II Abs. 2 Satz 2 des Gef. v. 28. Juni 1926 ohne Abweichung von den Grundsätzen des GmbHG. anzuwenden. Die Erhöhung der Stammeinlagen ist demnach mindestens für den im Befehl ausdrücklich vorgesehenen Fall der wesentlichen Änderung der Verhältnisse der Gesellschaft zuzulassen, soweit sie

rückständig, so kann die von der Entsch. als Schwierigkeit angeordnete Frage der Haftung der Rechtsvorgänger gar nicht aufgeworfen werden, solange nicht der Anteil zugunsten der Gesellschaft verlustig erklärt ist. Wie soll aber ein Anteil verlustig erklärt werden, der überhaupt gar nicht mehr besteht? Oder will man dem Gesetz Gewalt antun und behaupten, der Betrag sei auf die durch die Kapitalerhöhung übernommene Einlage rückständig?

4. Bejaht man die letztere Frage und nimmt man an, daß sowohl auf den ursprünglichen Geschäftsanteil als auch auf die weiter übernommene Stammeinlage Rückstände vorhanden sind und der Rechtsvorgänger nach § 22 GmbHG. zahlt, dann „erwirbt“ er gem. § 22 Abs. 4 GmbHG. den Geschäftsanteil des ausgeschiedenen Gesellschafters. Wie soll das nun zugehen? Hier gibt es überhaupt keinen Ausweg; denn der ursprüngliche Geschäftsanteil ist untergegangen, und der neue Geschäftsanteil ist nach § 23 GmbHG. öffentlich zu versteigern. Ähnliche Schwierigkeiten sind auch im Falle des § 27 GmbHG. denkbar.

Vorstehend sind nur einige Gesichtspunkte ohne Anspruch auf Vollständigkeit aufgeführt, die zeigen sollen, wie folgenswer es ist, den Grundsatz preiszugeben, wie die Entsch. es tut.

Die Entscheidungsgründe klammern sich an den Wortlaut des Art. II des Gef. v. 28. Juni 1926. Dieses Gesetz ist aber in seiner Anwendung notwendigerweise auf den Zusammenhang des GmbHG. angewiesen. Im Hinblick auf die rechtlich unmöglichen Schlussfolgerungen gestattet das Gesetz die Zusammenlegung und Erhöhung von Stammeinlagen nicht. Wenn kraft ausdrücklicher Best. in der GoldBilD. dieses einmal gestattet wurde, so rechtfertigt sich diese eine Ausnahme allein dadurch, daß die völlige Entwertung der Kennbeträge und der Übergang zu einer neuen Währung eine Umstellung und Bereinigung erforderlich machten. Die Sachlage ist aber bei dem Gef. v. 28. Juni 1926 eine andere, da sie ja gerade an die erfolgte Umstellung anknüpft.

Diese Rechtslage braucht aber m. E. nicht dazu zu führen, mit Schmid II (NW. 1926, 2049) die Unwirksamkeit des Gesetzes insoweit anzunehmen, als es unerfüllbar sei. Vergewagt man sich, daß die Kapitalerhöhung im Gesetz als Nachgründung mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestattet ist — selbständige Übernahme von neuen Stammeinlagen auch durch die alten Gesellschafter, mögliche abweichende Regelung von Rechten und Pflichten gegenüber den alten Geschäftsanteilen —, so ist es gestattet, gewissermaßen von zwei Untergesellschaften zu sprechen, die durch die Erhöhung in bezug auf die ursprüngliche Gesellschaft entstanden sind, die, soweit das jeweilige Verhältnis ihrer Beteiligung in Betracht kommt, ihren eigenen Gesetzen folgen können, wenn sie auch durch die Klammer des Stammkapitals und durch die gleiche Satzung zusammengehalten sind.

Damit ist auch der Weg zur Lösung des der Entsch. zugrunde liegenden Tatbestands gewiesen:

Das Gef. v. 28. Juni 1926 hatte als tragenden wirtschaftlichen Grund die Zwerggesellschaften allmählich zu überwinden. Solche sind wirtschaftlich und rechtlich beseitigt mit der Anpassung des Stammkapitals an die neugeregelt Mindesthöhe. Angesichts dieses erreichten Erfolges kann es nicht darauf ankommen, ob damit auch die noch vorhandenen wenigen Zwerganteile an einer solchen angepassten Gesellschaft beseitigt werden. Diese stellen keinerlei wirtschaftliches Hemmnis dar, weder für die Beteiligten noch die Volkswirtschaft. Das läßt sich insbes. im Hinblick darauf nicht behaupten, daß das Gesetz den alten GmbH. sogar den Weg der Kapitalherabsetzung bis auf 5000 *R.M.* offenläßt.

Wenn es nun am Schluß des Art. II heißt: „... so sind diese Veränderungen nur dann einzutragen, wenn die Vorschr. des Art. I dieses Gesetzes bereits erfüllt sind oder gleichzeitig erfüllt werden“, so wird niemand bestreiten können, daß diese Erfüllung zunächst nur

zur Anpassung an die neuen Vorschr. über die Höhe der Einlagebeträge erforderlich ist (vgl. Staub-Hachenburg zum Gef. v. 28. Juni 1926 Num. 8 in Bb. I S. 527; Krafenberger: GmbHRsch. 1926, 722 ff., insbes. 726). Daß sich hieraus Schwierigkeiten ergeben können, wenn auf eine bisherige Stammeinlage noch Zahlungen rückständig sind, für die ein Rechtsvorgänger des gegenwärtigen Gesellschafters haftet (§ 22 Abs. 1, 4 GmbHG.), ist zuzugeben. Das genügt aber nicht, um wie Schmid II (NW. 1926, 2047) will, dem in Art. II Abs. 2 Satz 2 hinreichend klar zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzgebers bis zu einer ergänzenden gesetzlichen Regelung die Anerkennung zu verweigern. Vielmehr werden jene Schwierigkeiten irgendwie gelöst werden müssen, was keineswegs unmöglich ist. Es braucht nur darauf hingewiesen zu werden, daß eine Erhöhung der Stammeinlagen in § 13 der 2. DurchfBilD. zur GoldBilD. für einen bestimmten Fall bereits ausdrücklich zugelassen war.

Vom Standpunkt des Registerrichters aus, der eine wesentliche Änderung der Verhältnisse der Gesellschaft als gemollt ansieht, ist die Beanstandung schon hiernach ungerechtfertigt. Dasselbe wird aber auch dann, wenn die beschlossenen Änderungen in den Verhältnissen der Gesellschaft nicht als wesentlich anzusehen sein sollten, gelten müssen, was zur Folge hat, daß die Frage, ob der

möglich ist durch eine Erhöhung des Stammkapitals. Dieser Besch. ist zuerst zu fassen. Auf diesen Besch. aber sind die Vorschr. des GmbHG. anzuwenden, da diese nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind, mithin also auch § 55 Abs. 4, in dem dann wieder § 5 Abs. 1 und 3 GmbHG. und damit natürlich in der ihm durch Art. I des Gef. v. 28. Juni 1926 gegebenen Neufassung bezogen sind. Folglich wird durch dieses Gesetz die nach der Kapitalerhöhung vorhandene „Untergesellschaft“ von 2000 *R.M.* in bezug auf die Höhe der Stammeinlagen überhaupt nicht berührt. Hier kann auch weiter nach den bisherigen Vorschr. — 10 *R.M.* gewähren eine Stimme — abgestimmt werden, während die neu entstandenen Geschäftsanteile abstimmen nach den neuen Vorschr. — 100 *R.M.* gewähren eine Stimme —. Lediglich die neuen Geschäftsanteile haben den neuen Vorschr. zu entsprechen, daß der Mindestanteil 500 *R.M.* betragen muß und jeder Anteil durch 100 teilbar sein muß.

Sollen diese gesetzlichen Regeln keine Anwendung finden, so müssen eben die Betroffenen durch eine Satzungsänderung das Stimmenverhältnis herstellen, das sie wünschen, was nach § 47 GmbHG. herrschend als zulässig angenommen wird (vgl. SchoIz S. 480). Sie können also bestimmen, daß auch hinsichtlich der alten Anteile immer nur 100 *R.M.* eine Stimme gewähren sollen, daß also, soweit jeweils 100 *R.M.* nicht erreicht werden, diese Beträge kein Stimmrecht vermitteln. Sie können auch bestimmen, daß die alten Anteile überhaupt kein Stimmrecht haben sollen. Ich sähe auch keinen Grund dagegen, daß man bestimmt, daß hinsichtlich der alten Anteile je 10 *R.M.* eine Stimme zu  $\frac{1}{10}$  vermitteln sollen. Dieser Gedanke ist bisher, soweit erkennbar, noch nicht erörtert worden. Staub-Hachenburg (II, 151) scheint zwar der Stimme als solcher in diesem Sinne Anteilbarkeit zuerkennen zu wollen. Das Gesetz zwingt nicht zu solcher Annahme, wenn man beachtet, daß es das Gesetz grundsätzlich auf das ziffermäßige Verteilungsverhältnis abstellen will. Kaum also das Stimmenverhältnis, das sich als gesetzliche Schlussfolgerung aus der oben ange deuteten Lösung ergibt, nach Belieben der Beteiligten geändert werden, so können sich aus der vorgeschlagenen Lösung auch keine Härten für die Beteiligten ergeben.

Diese Lösung ist brauchbar und entspricht dem Sinne des Gef. v. 28. Juni 1926, indem sie den bisherigen Rechtszusammenhang bestehen läßt, während die in der Entsch. gewählte Lösung zu unüberwindbaren Schwierigkeiten führt, wobei ich zugeben will, daß die wörtliche Auslegung den Weg, den die Entsch. wählt, nahelegt.

Wenn die Entsch. schon ihre Schlussfolgerungen mit Art. II des Gef. v. 28. Juni 1926 begründet, so ist es zum mindesten nicht gerechtfertigt, den gewonnenen Grundsatz auch dann anzuwenden, wenn eine „wesentliche Veränderung in den Verhältnissen der Gesellschaft“ nicht vorgekommen wird, sondern lediglich die Stammkapitalziffer den gegenwärtigen Verhältnissen angepaßt wird. Art. II knüpft ausschließlich an jene Voraussetzung an; eine derart erweiterte Auslegung zum Grundsatz erhoben, führt zur Rechtsunsicherheit.

Sind z. B. Gesellschaften, ohne an sich dem Art. II zu unterliegen, bei einer Stammkapitalerhöhung nach der von mir vorgeschlagenen Lösung vorzugehen, so müßte künftig der Registerrichter auf Grund obiger Entsch. Schwierigkeiten machen, wenn er in irgendwelchen Neuanmeldungen eine „wesentliche Veränderung in den Verhältnissen der Gesellschaft“ erblickt, obwohl längst die Stammkapitalziffer den neuen gesetzlichen Vorschr. angepaßt ist, aber die ursprünglichen Stammeinlagen nur durch 10 teilbar sind und nicht mindestens 500 *R.M.* betragen. Wer wollte einer solchen Folgerung zustimmen? (vgl. auch BahObRG. v. 26. Okt. 1932 Reg. III 127/32 in GmbH.-Rspr. IV § 5 Nov. Rspr. 9).

RA. Dr. Otto Schmidt, Köln.

Registerrichter die Bedeutung dieser Änderungen zutreffend beurteilt hat, dahingestellt bleiben kann. Art. II Abs. 2 Satz 2 Gef. v. 28. Juni 1926 bestimmt nicht, daß eine Abweichung von den allgemeinen Grundätzen des GmbHG. bei der Erfüllung der neuen Vorschr. des Art. I ausschließlich im Zusammenhange mit einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse der Gesellschaft zulässig sein soll. Das ließe sich nur dann annehmen, wenn die gleichzeitige wesentliche Änderung der Verhältnisse geeignet wäre, die sonst bestehenden Bedenken gegen eine Durchbrechung der Grundätze zu beseitigen oder wenigstens abzuschwächen. Davon kann jedoch keine Rede sein. Der Grund für die Beschränkung des Art. II Abs. 2 Satz 2 ist ein ganz anderer. Die Erhöhung der Mindestbeträge für Stammkapital und Stammeinlagen in Art. I beruht auf der Abneigung des Gesetzgebers gegen Zwerggesellschaften und Zwergeanteile. Es mußte ihm daher erwünscht sein, daß auch die bestehenden Gesellschaften ihre Verhältnisse den neuen Best. anpassen. Daß dies gleichwohl nicht allgemein vorgeschrieben ist, erklärt sich lediglich aus einer Rücksichtnahme auf die Gesellschaften. Sie sollten in ihrem eigenen Interesse von den Schwierigkeiten und Kosten verschont bleiben, wie sie mit der erzwungenen Erhöhung von Stammkapital und Stammeinlagen verbunden sein würden. Nur für einen besonderen Fall hat der Gesetzgeber geglaubt, den Gesellschaften die Erfüllung der neuen Vorschr. zumuten zu können, für den Fall nämlich, daß sie ihre Verhältnisse wesentlich ändern und sich damit, wirtschaftlich betrachtet, in eine neue Gesellschaft umwandeln. Aus dieser Beschränkung des vorgesehenen Zwanges ist aber keineswegs zu folgern, daß die insoweit ausdrücklich vorgeschriebene Erfüllung der neuen gesetzlichen Best. in anderen Fällen, obwohl sie hier in gleicher Weise erwünscht ist, durch die allgemeinen Grundätze des GmbHG. unmöglich gemacht werden soll. Vielmehr entspricht es dem Sinne des Gesetzes, die freiwillige Erhöhung des Stammkapitals und der Stammeinlagen auf die neuen Beträge in notwendiger Abweichung von den sonst geltenden Grundätzen gleichfalls zuzulassen (ebenso Becker: ZBlStR. 30, 2 ff. Abschn. 5). Das ist auch mit dem Wortlaut des Gesetzes unbedenklich zu vereinbaren, zumal da ausdrücklich nicht nur die Möglichkeit vorgesehen ist, daß die neuen Vorschr. gleichzeitig mit der wesentlichen Änderung der Verhältnisse der Gesellschaft erfüllt werden, sondern auch, daß sie schon vorher erfüllt waren.

(RG., ZivSen. 1b, Beschl. v. 30. März 1933, 1b X 194/33.)

Ver. von LG. Dr. Henke, Berlin.

\*

#### 4. § 34 PrGKG. Gegenstandswert der Abtretung von Geschäftsanteilen einer GmbH. f)

In notariell beurkundeter Verhandlung hat Dr. G. zugleich als Bevollmächtigter des Friedrich St. die ihm und seinem Vollmachtgeber gehörenden je 10 000 RM Geschäftsanteile an einer GmbH., die nur zu 25% eingezahlt waren, an die Firma G. & Co. abgetreten. Der Kaufmann Karl K. hat in der gleichen Urkunde namens der von ihm vertretenen Firma G. & Co. diese Abtretung angenommen. Der Notar hat für die Beurkundung eine Gebühr aus § 34 Abs. 2 PrGKG. nach einem Werte von 20 000 RM in Höhe von 104 RM berechnet.

Der LGPräs. geht hinsichtlich der Frage, nach welchem Werte die dem Notar gem. § 34 Abs. 2 PrGKG. zustehende Gebühr zu berechnen ist, zutreffend davon aus, daß der Gegenstandswert der beurkundeten Abtretung der Geschäftsanteile an einer GmbH. sich nach dem hierfür gezahlten Entgelt bestimmt. Nur wenn der Wert der Anteile den gewährten Gegenwert übersteigen würde, wäre dieser Wert maßgebend. Auf den Nennbetrag der Anteile kommt es nicht an (Weushausen, RotarGebD., § 20 PrGKG. Anm. S. 198). Es ist dem angefochtenen Beschl. auch darin beizutreten, daß als Gegenleistung für die Abtretung der Geschäftsanteile kostenrechtlich nur ein Gesamtbetrag von 5000 RM in Betracht gezogen werden kann, da nur dieser Betrag den Abtretenden gutgeschrieben worden ist und sonstige Nebenleistungen weder gewährt, vorbehalten

Zu 4. Der Entsch. ist beizutreten. Die gleiche Frage hatte für die BayGebD. bereits das BayDVbG. mit Beschl. v. 23. Dez. 1930: BayNotW. 1931, 37 ebenso entschieden.

Die Entsch. mag zwar auf den ersten Blick ungerecht erscheinen. Der Tatsache aber, daß der Erwerb des Geschäftsanteils zur Bezahlung der noch nicht einbezahlten Stammeinlage verpflichtet, kommt gebührenrechtlich keine zusätzliche Bedeutung bei. Der Wert des Anteils entspricht dem Abtretungspreis. Damit ist die Gesamtheit aller gesellschaftlichen Rechte und Pflichten abgegolten. Die Pflicht zur Einzahlung der Stammeinlage kann daher gebührenrechtlich nicht besonders oder zusätzlich bewertet werden. Das Beteiligungsverhältnis ist ein einheitliches (s. auch Rodmann, § 15 Anm. 1 und Liebmann-Saenger § 14 Anm. 1) und hat einen gegenwärtigen gebührenrechtlichen Wert nur in Höhe des Veräußerungspreises, falls dieser richtig angegeben ist.

Notar Dr. Behrer, Bad Dürkheim.

ten oder in Aussicht gestellt sind, auch die notarielle Verhandlung für eine solche Annahme keinen Anhalt bietet.

In der Tatsache, daß die Erwerberin der Anteile der Gesellschaft gegenüber, sobald die Abtretung dieser gem. § 16 Abs. 1 GmbHG. angemeldet ist, für alle Verpflichtungen, die sich an die Gesellschaftereigenschaft knüpfen, also insbes. für die Einzahlung der Stammeinlage haftet (Staub-Sachenburg, GmbHG., § 16 Anm. 14), kann ein der Barzahlung hinzuzurechnender Teil des Abtretungsentgelts nicht gesehen werden. Es handelt sich hierbei nur um Folgen, die kraft Gesetzes eintreten und von den Vereinbarungen der Beteiligten nicht abhängen. Aber auch der Umstand, daß die Erwerberin der Anteile nach der Ansicht des Notars im Innenverhältnis verpflichtet ist, die Veräußerer von einer Inanspruchnahme durch die Gesellschaft für die noch nicht eingezahlte Stammeinlage freizustellen, rechtfertigt nicht die Annahme, hierin einen für die Best. des Gegenstandswertes wesentlichen Teil des Gegenwertes der Abtretung zu erblicken. Allerdings haften die Veräußerer auch nach erfolgter Abtretung der Anteile weiter für die Einzahlung der Stammeinlage, und zwar entweder nach § 16 Abs. 3 GmbHG. gesamtschuldnerisch mit der Erwerberin oder, wie es hier anscheinend der Fall ist, wenn die Stammeinlage vor der Abtretung nach § 20 GmbHG. noch nicht eingefordert ist, subsidiär im Rahmen des § 22 GmbHG. Ob die Veräußerer im Falle einer nachträglichen Inanspruchnahme an der Erwerberin der Anteile Rückgriffe nehmen können, bestimmt sich nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundätzen, wobei allerdings bei Veräußerung und Erwerb von Anteilen in Kenntnis der nicht erfolgten Vollenzahlung der Stammeinlage die Vermutung dafür sprechen wird, daß der Erwerberin die weitere Einzahlung obliegen soll (Staub-Sachenburg a. a. O. § 22 Anm. 11 und Exkurs zu § 15 Anm. 7). Für die Wertfestsetzung kommt es aber nicht darauf an, ob unter Berücksichtigung aller Umstände die Veräußerer möglicherweise ein Rückgriffsrecht gegenüber der Erwerberin haben, wenn sie zu weiteren Leistungen von der Gesellschaft herangezogen werden, sondern die Höhe des Entgelts kann kostenrechtlich nur nach den tatsächlich insoweit getroffenen Vereinbarungen bestimmt werden. Da aber außer der Summe von 5000 RM irgendwelche andere Leistungen nicht als Entgelt vereinbart sind, kann nur dieser Betrag als Wert in Betracht kommen.

Da auch sonst ein Anhalt dafür fehlt, daß der Wert der Anteile höher ist als das gezahlte Abtretungsentgelt, ist die Gebühr des Notars nach einem Gegenstandswerte von 5000 RM zutreffend auf 44 RM festgesetzt worden.

(RG., Beschl. v. 3. März 1933, 1a X 213/33.)

Ver. von W. Weushausen, Berlin.

\*

5. §§ 46, 38 Abs. 1 PrGKG. Die Gebühr für die Beurkundung des Generalversammlungsbeschlusses einer AktG., durch den die Verschmelzung mit einer anderen AktG. genehmigt wird, ist nach dem Betrage des Aktivvermögens der untergehenden Gesellschaft ohne Abzug der Schulden zu berechnen.

Der LGPräs. geht im Anschluß an RG.: 1a X 1024/1525/30 zutreffend davon aus, daß GenVersBeschl. dann einen bestimmten Geldwert i. S. von § 46 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 PrGKG. haben, wenn es sich um die Gründung eines neuen Rechtsverhältnisses von bestimmtem Geldwert handelt, daß also der Gebühr für die Beurkundung eines GenVersBeschl., durch den ein solches Rechtsgeschäft genehmigt wird, derselbe Wert zugrunde zu legen ist, wie ihn das der Beschlußfassung unterbreitete Rechtsgeschäft selbst hat. Er meint aber weiter, der hier genehmigte FusionsVertr. sei als ein Vertr. auf Austausch von Leistungen anzusehen, für den nach § 38 Abs. 1 PrGKG. nur der Wert der Leistung des einen Teils und, wenn der Wert der beiderseitigen Leistungen ein verschiedener sei, der höhere in Betracht komme. Da sich vorliegend die F.-AktG. zur Übertragung ihres gesamten Vermögens an die G.-AktG. verpflichtet habe, sei als Wert ihrer Leistungen der Wert dieses Vermögens, und zwar des Reinvermögens, anzusehen, weil der Wert des Aktivvermögens ohne Abzug der Schulden nur in den Fällen maßgebend sei, bei denen es sich nicht um einen Austausch, sondern um eine Vereinigung von Leistungen oder die Teilung einer Vermögensmasse handelt. Auch RG.: ReinNotZ. 1911, 278 hat den FusionsVertr. als einen auf Austausch von Leistungen gerichteten Vertr. i. S. von § 40 PrGKG. a. F. angesehen, bei dem das Bezugsrecht der Aktionäre der untergehenden AktG. auf Aktien der übernehmenden Gesellschaft und sein Wert für die einzelnen Aktionäre für die Gebührenberechnung maßgebend sei, wenn er sich höher bewerten lasse als der Wert des von der einen auf die andere Gesellschaft übertragenen Vermögens. Derselben Auffassung ist ObVer. Danzig: DNotW. 1926, 375 = JW. 1926, 1576 ff., das aber dem Wert des Bezugsrechts der Aktionäre der untergehenden Gesellschaft ausdrücklich der Wert des übergebenen Aktivvermögens ohne Rücksicht auf die darauf lastenden Verbindlichkeiten gegenüberstellen will. Dieser Mpr. hat sich das Schrifttum angeschlossen (Mügel, PrGKG., 7. Aufl., § 40 a. F. Anm. 1;

Bartscher-D.W., PrGRG., 7. Aufl., § 38 Anm. 13; Weushausen, RG., 4. Aufl., § 38 zu Abs. 1; Kausnig, RG., 6. Aufl., § 38 Anm. 1). Nach Auffassung des Sen. ist der Fusions-Vertr. kein Austauschvertr. i. S. von § 38 Abs. 1 Satz 2 PrGRG., sondern ein gesellschaftsähnlicher Vertr., also ein Vertr., der kostenrechtlich eine Vereinigung von Leistungen betrifft. Denn er bezweckt die Übertragung des Gesamtvermögens der untergehenden Gesellschaft auf die andere Gesellschaft gegen Gewährung von Aktien der letzteren an die Aktionäre der ersteren, so daß diese Aktionäre für den ihnen gewährten Aktienbetrag der übernehmenden Gesellschaft in diese als Mitgesellschafter eintreten. Die Vermögensübertragung stellt sich also gleichsam als eine Gesellschafts-einlage der zur übernehmenden Gesellschaft übergehenden Aktionäre dar (so auch RheinProtV.: RheinProtZ. 1911, 57). In solchen Fällen der Vereinigung von Leistungen ist aber in Anwendung von § 18 Abs. 1 Satz 1 i. Verb. m. § 20 Abs. 1 PrGRG. stets der Wert des einzubringenden Vermögens ohne Abzug der Schulden maßgebend (Mügel-Ghm a. a. D. § 40 Anm. 1; Bartscher-D.W. a. a. D. § 38 Anm. 13; Kausnig a. a. D. § 38 Anm. 1; RG.: BurBl. 1928, 21; RG. 1 a X 1611/32). Selbst wenn man jedoch annimmt, daß der Fusions-Vertr. einen Vertr. auf Austausch von Leistungen darstellt, muß man zu demselben Ergebnis kommen. Denn nach § 20 Abs. 1 Satz 1 PrGRG. ist bei Berechnung des Wertes einer Sache nur der gemeine Wert derselben in Betracht zu ziehen; Schulden (z. B. Hypotheken) sind also nicht abzuziehen (Bartscher-D.W. a. a. D. § 20 Anm. 2 a. E.). Infolgedessen ist in allen Fällen, in denen ein Vermögen dem Gegenstand des gebührenpflichtigen Geschäfts bildet, und nach dem Willen des Gesetzgebers die Schulden abgezogen werden sollen, dies ausdrücklich bestimmt (vgl. § 38 Abs. 6 PrGRG. — Ehevertr. —, § 75 Abs. 1 daf. — Eintragungen in das Güterrechtsregister —, § 78 Abs. 4 daf. — Erbsein —, § 79 Abs. 3 — Testamentseröffnung —, § 87 Abs. 2 daf. — erbrechtliche Erklärungen —, § 90 Abs. 3 daf. — Vormundschaft, Pflegschaft). Wenn § 88 Abs. 1 für die unter den 5. Abschn. fallenden Anlässen den Betrag der den Gegenstand bildenden Vermögensmasse ohne Abzug der Schulden für maßgebend erklärt, so wird damit nur die durch die vorgehenden Ausnahmen der §§ 78 Abs. 4, 79 Abs. 3, 87 Abs. 2 PrGRG. durchbrochene Regel bestätigt. Bei Ansetzung des in § 38 Abs. 1 Satz 2 PrGRG. vorgehens Vergleichs der beiderseitigen Leistungen müßte dann allerdings dem Aktivvermögen der Wert der Bezugsrechte zuzüglich der übernommenen Passiven gegenübergestellt werden, da sich sonst ein schiefes Bild ergeben würde.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 31. März 1933, 1a X 69/70/33.)  
Ver. von RGK. Heydtmann, Berlin.

**6.** § 69 Ziff. 3a PrGRG. Die Gebühr für die Eintragung eines Generalversammlungsbeschlusses über die Erhöhung des Gesellschaftskapitals bis zu einem Höchstbetrage ist trotz der Ungewißheit über die Höhe der tatsächlichen Durchführung nach dem beschlossenen Höchstbetrage zu berechnen.

RG. geht zutreffend von § 69 Ziff. 3a Abs. 1 PrGRG. aus, wonach für die Eintragung eines Beschl. über die Erhöhung des Gesellschaftskapitals die volle Gebühr zu erheben ist. Hinsichtlich des Gegenstandswertes trifft § 69 Ziff. 3a Abs. 2 Satz 1 PrGRG. die ausdrückliche Best., daß bei Erhöhungen des Gesellschaftskapitals der Betrag der Erhöhung maßgebend ist. Unter diesem Betrag ist, wie RG. v. 2. Dez. 1932, 1a X 890/32, ausführlich dargelegt hat, der Betrag der beschlossenen, nicht der tatsächlich durchgeführten Erhöhung zu verstehen (so auch schon RGZ. 53, 305). Daß in dem damals entschiedenen Falle die Erhöhung um einen bestimmten Geldbetrag beschloffen war, während hier die Erhöhung bis zu einem Höchstbetrage beschloffen ist, kann in der Bewertung keinen Unterschied machen. Eine Ungewißheit der Durchführung des Erhöhungsbeschl. besteht in beiden Fällen; nur daß die Erhöhung bei Festsetzung eines bestimmten Betrages im vollen Umfange scheitert, wenn dieser Betrag nicht erreicht wird, während sie bei Festsetzung eines Höchstbetrages insoweit eintritt, als Aktien gezeichnet werden (Koenige, HGB., 2. Aufl., § 278 Anm. 4c; Staub, HGB., 12. u. 13. Aufl., § 278 Anm. 9; RG. 55, 65; RG. 85, 205); RZM. 5, 168; DZG. 10, 244). Wenn trotz dieser Ungewißheit das Gesetz bzgl. der Eintragungsgebühr den Betrag der beschlossenen Erhöhung schlechthin als maßgeblich erklärt, so bleibt für eine Schätzung im Hinblick auf die Ungewißheit der Durchführung in keinem Falle Raum. Ob daselbe für die Beurkundungsgebühr des § 46 PrGRG. zu gelten hat, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls aber kann die zu dieser Gebührenvorschr. ergangene Entsch.: ProtV. 1927, 272 nicht ohne weiteres auf die Eintragungsgebühr angewendet werden, für deren Gegenstandswert das Gesetz eine Sondervorschr. enthält.

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 7. April 1933, 1a X 351/33.)  
Ver. von RGK. Heydtmann, Berlin.

## Oberlandesgerichte.

### a) Zivilsachen.

#### Berlin.

##### I. Materielles Recht.

**1.** §§ 407, 392 HGB. Versender und Spediteur. Der Spediteur kann an seine Gläubiger Forderungen, die auf Grund des Speditionsverhältnisses letzten Endes dem Versender zustehen (z. B. Nachnahmen), rechtswirksam nicht abtreten.

Nach § 407 HGB. finden die Vorschr. über das Kommissionsgeschäft auf das Speditionsgeschäft entsprechende Anwendung. § 392 HGB. stellt eine Schutzvorschrift zugunsten der Forderungen des Versenders aus dem Speditionsgeschäft dem Spediteur gegenüber dar. Um nämlich Schädigungen des wegen des treuhänderischen Verhältnisses schutzbedürftigen Versenders vorzubeugen, läßt § 392 Abs. 2 HGB. diese Forderungen im Verhältnis zu dem Spediteur und dessen Gläubigern bereits vor vollzogener Abtretung als Forderungen des Versenders gelten. Es können sich also Gläubiger des Speditors nicht auf dessen sonst selbständige Rechtsstellung (§ 392 Abs. 1 HGB.) berufen, wenn es sich um Forderungen handelt, die auf Grund des Speditionsverhältnisses letzten Endes dem Versender zustehen. Es ist daher allgemein anerkannt, daß, wenn ein Gläubiger des Speditors eine solche Speditionsforderung pfändet, der Versender nach § 771 ZPO. Widerspruch erheben kann. Es ist ferner anerkannt, daß der Versender im Konkurse des Speditors hier gem. § 46 KO. aussonderungsberechtigt ist. — Aber der Versender kann auch die Speditionsforderungen dann für sich beanspruchen, wenn der Spediteur sie etwa an einen seiner Gläubiger zur Befriedigung oder Sicherung abgetreten hat. Zu diesem Ergebnis führt schon der Wortlaut des § 392 Abs. 2 HGB., demzufolge Forderungen des Versenders aus dem Speditionsgeschäft dem Spediteur und dessen Gläubigern gegenüber schlechthin als Forderungen des Versenders gelten. Der Senat vermag daher auch aus dem Hinweis in den Protokollen der Kommission zur Beratung eines deutschen HGB. (S. 707, 729) auf den oben hervorgehobenen Fall im Spediteurkonkurse nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Er ist entgegen der vom RG. (RG. 32, 42) ausgesprochenen Rechtsmeinung der Ansicht, daß es sich hierbei nur um die Anführung eines Beispiels gehandelt hat und daß nichts gehindert hätte, eine derartig gewollte Begrenzung im § 392 HGB. zum Ausdruck zu bringen. Das ist nicht geschehen und so muß der völlig eindeutige Gesetzeswortlaut, der auch inhaltlich als durchaus berechtigt erscheint, maßgebend bleiben. Daß diese Ansicht zutreffend ist, ergibt sich ferner aus folgender Überlegung: Billigt man dem Versender schon dann ein Widerspruchsrecht nach § 771 ZPO. zu, wenn die Speditionsforderung bei dem Spediteur gepfändet ist, also in einem Falle, wo der Spediteur selbst nicht tätig geworden ist, so muß der Versender in dem Falle, wo der Spediteur durch eine dem Versender gegenüber möglicherweise unehrliche Verfügung die Forderung einem seiner Gläubiger abgetreten hat, erst recht die Möglichkeit haben, an die Forderung heranzukommen. Eine Abtretung einer solchen Forderung aus dem vom Versender abgeschlossenen Geschäft durch den Spediteur an einen seiner Gläubiger zwecks Befriedigung oder Sicherung ist daher unwirksam.

(RG., 12. ZivSen., Ur. v. 18. März 1933, 12 U 575/33.)

Ver. von RGK. Dr. Stienen, Berlin.

#### Köln.

**2.** §§ 16, 18 VVG. Versicherung von Wertgegenständen durch Juweliere: Die allgemeinen Versicherungsbedingungen sind dahin zu verstehen, daß der Versicherungsschutz sich auch auf die Beförderung von Juwelen durch Beauftragte und sogar durch Unterbeauftragte des Versicherungsnehmers erstreckt. Aber die Versicherung deckt nur solche Verluste, die im regulären Juwelenhandel und trotz sorgfältiger Auswahl der Beauftragten entstehen.

(OLG. Köln, 3. ZivSen., Ur. v. 12. Okt. 1932, 3 U 464/31.)

Ver. v. OLG. Dr. Schmit, Aachen, Hilfsricht. a. OLG. Köln.

#### Hamburg.

##### II. Verfahren. Gebühren. Kosten.

**3.** § 850 ZPO. Das auf Bankkonto überwiesene Gehalt oder Ruhegehalt des Beamten genießt Pfändungsschutz.

Die Frage, ob und in welchem Umfang ein auf Bankkonto überwiesenes Beamtengehalt Pfändungsschutz genießt, ist im Schrifttum wie in der Rpr. ungenieft bestritten. Während OLG. Hamburg: Rpr. 29, 235, das RG.: ZW. 1930, 35, 62, das OLG. Dresden: SächAnnal. 29, 163 und 30, 499 und das OLG. München: BeamtsArch. 10, 468 den Pfändungsschutz auch auf die Forderung des Beamten gegen die Konto führende Bank erstrecken, haben das OLG. Köln: Recht 34, 297 = ZW. 1931, 2147 und

R.G.: JW. 1932, 183 in Abänderung seiner früheren Auffassung jeden Vollstreckungsschutz zugunsten einer solchen Forderung verneint. Für den Schutz treten Stein-Jonas, 14. Aufl., § 850 Abs. 1 Nr. 8 Anm. I Abs. 1 und Appelius: JW. 1931, 2088<sup>o</sup> ZPD. ein. Dagegen sprechen sich Grunau: JW. 1931, 2082 und Nischl: Staats- und Selbstverwaltung 1931, 120 aus.

R.G. 133, 249 ff. auf S. 256 führt aus:

„Den §§ 394, 400 BGB. i. Verb. m. § 850 Abs. 1 Nr. 7 und 8 ZPD., welche im öffentlichen Interesse erlassen sind (RG. 106, 205) und sich im Gegensatz zu den bei Lohnforderungen geltenden Grundätzen auch auf rückständige Bezüge beziehen (RG. Art. v. 14 Mai 1912 III 284/11), ist der gesetzgeberische Gedanke zu entnehmen, daß einem Beamten nicht durch im voraus getroffene Verfügungen und eingegangene Verpflichtungen sein Existenzminimum genommen werden kann derart, daß es ihm unmöglich gemacht wird, in Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen Verpflichtung seine ganze Kraft dem Staat oder dem Gemeinwesen zu widmen.“

Dieser Schutz findet nur darin seine Grenze, daß der Beamte in der Verfügung über die tatsächlich erhaltenen Beträge in vollem Umfange frei ist und bleibt. Demgemäß ist die von einem Beamten mit der Bank, auf die seine Bezüge überwiesen werden, etwa getroffene Abrede, daß diese sich mit den Bezügen bezahlt machen soll, an sich zulässig, sofern nicht im Einzelfalle infolge besonderer Abreden der Charakter als unpfändbare Forderung auch noch nach Überweisung bestehen bleibt und somit die Einräumung einer nach § 394 BGB. unzulässigen Aufrechnungsbefugnis vorliegt. Denn die Überweisung auf die Bank tritt im Regelfalle an die Stelle der baren Auszahlung an den Beamten. Das Aufhören des Schutzes mit dem Augenblick der Auszahlung findet seinen Grund darin, daß nunmehr der freie und ungebundene Wille des Beamten entscheidend für die Verwendung seiner Bezüge sein muß und deshalb das Bedürfnis eines Schutzes entfällt, soweit nicht die Pfändung der erhaltenen Geldmittel gem. § 811 Nr. 8 ZPD. im Interesse des Beamten ausgeschlossen ist. Auch dieser Zweck ist der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, für die Beamten Zweck Aufrechterhaltung ihrer Existenzmöglichkeit zu sorgen.“

Diese Vermirrung der Rspr. beruht darauf, daß der Gesetzgeber von der Barzahlung des Gehalts, die, als das Gesetz entstand, fast allein üblich war, ausgeht und nichts für die bereits in früheren Jahren immerhin mögliche Überweisung auf Bankkonto bestimmt. Wollte man in diesem heute die Regel bildenden Falle der Überweisung des Gehalts auf das Konto des Beamten jeden Schutz versagen, so würden die meisten Beamten des Pfändungsschutzes entbehren, den sie, solange sie im Dienst sind, vorwiegend im Interesse des Gemeinwesens, dem sie dienen, genießen. Auch würde die im volkswirtschaftlichen Interesse dringend wünschenswerte bargeldlose Zahlung auf einem ihrer wesentlichsten Anwendungsgebiete starker Einschränkungsgefahr unterliegen.

Nicht leugnen läßt sich freilich, daß die nach § 850 Abs. 1 Ziff. 8 und Abs. 2 ZPD. der Pfändung in bestimmtem Umfange nicht unterworfenen Forderung des öffentlichen Rechts auf Dienst-einkommen oder Ruhegehalt in dem Augenblick getilgt ist, in dem der Betrag dem Beamten bei seiner Bank zur Verfügung steht. An die Stelle jenes Anspruchs aus dem Beamtendienstvertrage ist der privatrechtliche Anspruch gegen die Bank aus der zu bestimmten Bedingungen vereinbarten Geschäftsbeforgung i. S. des § 675 BGB. getreten. Eine Forderung gegen den Staat oder das Gemeinwesen, die vor Pfändung geschützt werden könnte, ist nicht mehr vorhanden. Allein der bargeldlose Zahlungsverkehr, der den Gesetzgeber der älteren Zeit wenig beschäftigte und keinesfalls als münchenswerter Regelfall vorschwebte, hat die Folge gehabt, daß die Überweisung auf Bankkonto vom Verkehr als Zahlung und die Forderung gegen die Konto führende Bank als Geld behandelt wird. Folglich muß auch die Forderung gegen die Bank i. S. der Verkehrsanschauung durch den Schutz gedeckt sein, den § 811 Ziff. 8 ZPD. dem Gelde verleiht, das vom Gerichtsvollzieher im Besitz des Beamten gefunden wird. I. S. der Rechtsanwendung handelt es sich naturgemäß um eine Analogie. Ist die Forderung gegen die Bank oder die Post Geld, so hindert auch der Pfändungsschutz, weil sie ihn nicht auf Grund der vom Gesetzgeber der früheren Zeit zum Schutz der Forderungen allein gedachten Best. der §§ 850 ff. BGB. genießt, den Beamten trotz der §§ 394, 400, 1274 Abs. 2 BGB. nicht, über dieses „Geld“ nach freiem Belieben, sobald die Gutschrift vorgenommen worden ist, zu verfügen, obwohl es gegen seinen Willen im Rahmen des § 811 Ziff. 8 ZPD. nicht angetastet werden darf. Ohne die analoge Anwendung des § 811 Ziff. 8 ZPD. sind die Zwecke, die der Gesetzgeber mit den sich zwar nach seiner Vorstellung, aber nicht nach ihrem Woullaut, reiflos ergänzenden §§ 811 Ziff. 8, 850 Abs. 1 Ziff. 8 ZPD. verfolgt, unter den heutigen Wirtschaftsverhältnissen nicht mehr erreichbar. Schwierigkeiten mit der Bank oder Nachteile für den Beamten, wie sie in Verfügungsbeschränkungen liegen würden, können also nicht entstehen, wenn man nur klar die Sonderstellung erkennt, die Forderungen der Beamten aus Postcheck- oder Giroverträgen hinsichtlich des Vollstreckungsschutzes einnehmen. Sie sind

„Geld“ i. S. eines Gesetzes, das aus einer Zeit stammt, die noch nicht bargeldlose Zahlungen als auch für den täglichen Verkehr unter Nichtkaufleuten münchenswert erkannt hatte.

Dem Schuldner muß also ein Geldbetrag verbleiben, der dem der Pfändung nicht unterworfenen Teile seines Ruhegehalts für die Zeit von der Pfändung bis zum nächsten Termin der Ruhegehaltszahlung, der unschwer aus dem Bankkonto festgestellt werden kann, gleichkommt. Der Pfändung nicht unterworfen ist das Ruhegehalt nach § 850 Abs. 1 Ziff. 8 und Abs. 2 in Höhe von 165 RM monatlich und zwei Drittel des Mehrbetrages.

Nach der richtigen Auffassung des BG., daß die Forderung gegen die Bank keine Ruhegehaltsforderung i. S. des § 850 ZPD. sei, durfte niemals eine Pfändung etwa später auf dem Bankkonto eingehender Raten des Ruhegehalts ausgesprochen werden, weil § 832 ZPD. auf die durchaus einheitliche Forderung eines Bankkonteninhabers gegen die Bank auf Auskehrung des Saldos nicht angewandt werden kann.

(OLG. Hamburg, 2. Zivilsen., Beschl. v. 6. April 1933, Bs Z II 66/33.)

Eingef. von OLG. Dr. de Boor, Hamburg.

## Riel.

4. § 68 RVerföG.; § 811 Nr. 2 ZPD. Pfändbarkeit banküberwiesener Versorgungsgebühnisse.

Versorgungsansprüche sind nach § 68 RVerföG. zwar an sich im allgemeinen unpfändbar. Die rechtliche Natur als Versorgungsanspruch endet aber mit der dem Willen des Gläubigers entsprechenden Überweisung an eine Bank oder an eine Sparkasse. Der Anspruch als Versorgungsanspruch erlischt mit der Überweisung, die als Leistung an Erfüllungsgatt das Schuldverhältnis beendet. An seine Stelle tritt der Anspruch gegen die Bank oder die Sparkasse auf Auszahlung des Guthabens. Dieser Anspruch gegen die Bank ist kein Versorgungsanspruch mehr, sondern ein Anspruch, der sich auf die Einzahlung des Betrages bei der Bank gründet, also ein Anspruch aus Bankguthaben bzw. aus Kontokorrent. Für die rechtliche Natur dieses Anspruchs ist es gleichgültig, aus welchem Rechtsgrunde der Dritte die Einzahlung auf das Konto des Gläubigers bei der Bank bewirkt hat. Dieser Anspruch aus Bankguthaben aber unterliegt nach dem Gesetz keiner Unpfändbarkeit, und die gesetzlichen Best. über die Unpfändbarkeit von Forderungen können auch nicht entsprechend angewendet werden, da es sich um Ausnahmevorschr. handelt, die nicht ausdehnbar sind. Demgegenüber kann auch der Hinweis darauf, daß es sich wirtschaftlich um ein und dieselbe Forderung handle, nicht durchgreifen. Auch der vom BG. beschrittene Mittelweg ist nicht gangbar. Es sucht zu helfen mit einer entsprechenden Anwendung des § 811 Nr. 2 ZPD., wonach dem Schuldner die Geldmittel für einen zweiwöchigen Bedarf belassen werden sollen. Die Anwendung des § 811 Nr. 2 verbietet sich indessen schon aus dem Grunde, weil diese Vorschr. die Pfändung von Sachen betrifft, während es sich hier um die Pfändung von Forderungen handelt. Auch § 811 enthält Ausnahmevorschr., die auf andere rechtliche Verhältnisse nicht übertragen werden dürfen. Die Ablehnung der Pfändbarkeit des Bank- oder Sparkassenguthabens würde überdies zu unhaltbaren Ergebnissen führen. Denn die Bank würde gegen das Guthaben des Schuldners nicht aufrechnen können (§ 394 BGB.), und es würden ein Kontokorrentverkehr sowie die Vereinbarung eines solchen unmöglich gemacht werden. Auch würde, wenn von mehreren Seiten Einzahlungen auf das Konto erfolgten, die Bank die einzelnen Teilbestände des einheitlichen Bankguthabens je nach dem Rechtsgrunde der einzelnen Einzahlung verschieden behandeln müssen, was allen Grundsätzen des Bank- und auch Sparkassenverkehrs widersprechen würde. Auch das RG. hat sich in Abweichung von seinem früheren Standpunkt jetzt dieser Ansicht angeschlossen (vgl. JW. 1932, 183 gegen den früheren Beschluß: JW. 1930, 3562; vgl. auch OLG. Köln: JW. 1931, 2147 und den Aufsatz von Grunau: JW. 1931, 2082). Ebenso das RG. in RG. 133, 256.

(OLG. Riel, Beschl. v. 16. Febr. 1933, 2 W 48/33.)

Ber. von OLG. Dr. Grunau, Riel.

## III. Konkursordnung. Vergleichsordnung.

### Dresden.

5. § 28 VerglO. Der Gläubiger eines noch nicht beiderseits voll erfüllten Vertrages kann sich der Beteiligung am Vergleichsverfahren durch eine Rücktrittserklärung nach Eröffnung des Verfahrens entziehen. †)

Im Zeitpunkte der Eröffnung des Vergleichsverfahrens hatte die Vekl. als Käuferin den Kaufpreis noch nicht voll bezahlt, während die Kl. ihren Verkäuferpflichten insofern nicht vollständig

Zu 5. Der Entsch. und ihrer Begr. vermag ich nur zuzu-

nachgekommen war, als sie das Eigentum an den unter Eigentumsvorbehalt gelieferten und von der Bfll. nicht weiterverkauften Waren noch nicht übertragen hatte. Die Kaufverträge waren so nach beiderseits nicht voll erfüllt. Es findet daher § 4 VerglD. Anwendung, wonach die Kl. mit ihren Ansprüchen, die auf den gegenseitigen Kaufverträgen beruhen, nicht an dem Verfahren beteiligt ist und nicht von dem Vergleiche betroffen wird. Bei dieser Sachlage konnte die Bfll. die Beteiligung der Kl. am Vergleiche, und zwar mit einem Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung nur mit Hilfe des in § 28 VerglD. vorgesehenen Verfahrens, also durch die mit gerichtlicher Ermächtigung vorgenommene Erfüllungsablehnung herbeiführen. Diesem Verfahren, von dem die Bfll. Gebrauch machte, kam die Kl. durch ihre — nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens erfolgte — Rücktrittserklärung zuvor. Zum Rücktritte war die Kl. gem. der Auslegungsregel des § 455 BGB. berechtigt, da die Bfll. sich vor Abgabe der Rücktrittserklärung unstreitig im Verzuge befand und besondere Abmachungen für diesen Fall nicht behauptet sind. Best. der VerglD., die die Ausübung des Rücktrittsrechts während des Vergleichsverfahrens ausschließen, sind gleichfalls nicht vorhanden, insbes. kann ein solcher Ausschluß nicht aus § 28 VerglD. gefolgert werden.

Durch den Rücktritt wurde das ursprüngliche obligatorische Vertragsverhältnis rückwirkend beseitigt. An seine Stelle ist ein gegenseitiges Schuldverhältnis getreten, das auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen bzw. soweit die Waren infolge Weiterveräußerung nicht mehr herausgegeben werden können, auf Wertersatz gerichtet ist. Dieser Wertersatzanspruch, der der Höhe nach von der Bfll. nicht bestritten ist, deckt sich im vorl. Falle mit dem Kaufpreise der Waren und beruht, da die Unmöglichkeit der Rückgewähr nicht auf ein Verschulden der Bfll. zurückzuführen ist, sondern die Folge ordnungsmäßiger, von beiden Parteien gebilligter Geschäftsgebarung darstellt, nicht auf § 347, sondern auf § 346 Satz 2 BGB. Diese Best. spricht zwar anders als § 818 Abs. 2 BGB. nicht von allen Leistungen, deren Beschaffenheit eine Rückgewähr in Natur unmöglich macht oder werden läßt bzw. deren Herausgabe dem Schuldner aus einem anderen Grunde unmöglich ist, ist aber, soweit sie nicht dem § 347 BGB. unterfallen, nach ihrem Zwecke auf solche, insbes. ganz allgemein auch auf die Fälle zu erstrecken, in denen der Schuldner unverschuldet zur Rückgewähr in Natur außerstande ist. Für eine solche Leistung ist der Wert der herausgegebenen Sache zur Zeit des Empfangs, wenn aber im Verträge eine Gegenleistung in Geld versprochen ist, diese Gegenleistung zu vergüten (vgl. RG.: JW. 1911, 756<sup>11</sup>; die oben angeführte Entsch. des OLG. Düsseldorf, *Planck-Sieber* zu § 346 Nr. 2).

Entscheidend ist nun, ob die Kl. mit ihrem Ansprüche auf Wertersatz am Vergleichsverfahren beteiligt ist oder nicht. Dies hängt davon ab, wann das gesetzliche Schuldverhältnis, auf dem dieser Anspruch beruht, entstanden ist, ob vor oder nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens. Im ersten Falle wäre die Kl., weil auch die Legalobligation ein gegenseitiges Schuldverhältnis darstellt und daher die §§ 4 und 28 VerglD. entsprechend anwendbar sind (*Jaeger*, *RD.*, § 17 Anm. 19; *Menzel*, § 17 Anm. 1 für den Konkurs; *Kiesow* § 4 Anm. 15; *Mayer* S. 88 Anm. 7 für den Vergleich; anders das RG. im Art. v. 12. Juli 1932) am Vergleichsverfahren beteiligt, im zweiten Falle hingegen nicht, da der Wertersatzanspruch alsdann gem. § 2 VerglD. ein Neugläubigerrecht bildet. Das OLG. hat unter Bezugnahme insbes. auf die Entsch. des RG. v. 12. Juli 1932 angenommen, daß die auf Grund des Rücktritts sich ergebenden Ansprüche, wenn auch als bedingte, bereits mit dem Vertragsabschlusse begründet worden seien, und ist von dieser Auffassung aus zur Abweisung der Klage gelangt. Dabei bezieht sich das OLG. insoweit offensichtlich auf Unrecht auf die RG-Entsch., denn dort wird übereinstimmend mit dem RG.: LZ. 1915, 218 ausgeführt, daß das gesetzliche Schuldverhältnis im Falle des § 455 BGB. nicht schon bei Vertragsabschlusse, sondern mit dem Zahlungsverzuge des Käufers entstehe. Der Senat kann sich weder der Ansicht des RG. und OLG. noch der des OLG.

stimmen; ich verweise in dieser Beziehung auf meine Bemerkungen zu dem Aufsatz von *Westershausen* (JW. 1933, 1811). Ob man die Worte des § 346 BGB. „wenn der Rücktritt erfolgt“ mit dem OLG. zeitlich auffassen kann oder gar muß, ist vielleicht zweifelhaft; man braucht aber dieses sprachliche Argument auch nicht, da sich aus dem vertragsbeseitigenden Wesen des Rücktritts schon die ex-nunc-Entstehung des gesetzlichen Schuldverhältnisses ergibt. Das OLG. unterscheidet mit Recht zwischen der Entstehung des Rücktrittsrechts, d. h. des Rechts zum Rücktritt, und dem Rücktritt, d. h. der Ausübung jenes Rechts. Das Rücktrittsrecht äußert gar keine schuldrechtlichen Wirkungen; es gibt dem Berechtigten nur eine Befugnis, solche Wirkungen zu schaffen. Es kann daher unmöglich maßgebend sein für die Feststellung des Zeitpunktes, zu dem diese schuldrechtlichen Wirkungen entstehen. Der Rücktritt, die Ausübung des Rücktrittsrechts, vernichtet das bisherige Vertragsverhältnis und setzt an seine Stelle ein

anschießen, sondern tritt der in der Entsch. v. 4. Febr. 1932 enthaltenen Auffassung des OLG. Düsseldorf bei, die mit der *Kiesow*: *KonkTRW.* 1932, 85 und in dessen *Konm.* z. VerglD., 4. Aufl., § 4 Anm. 15 a und § 28 Anm. 17 übereinstimmt, wonach das gesetzliche Schuldverhältnis erst durch die Erklärung des Rücktritts entsteht und daher, falls dieser erst nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens erklärt worden ist, ein Neuschuldverhältnis darstellt. Wichtig ist, daß das Rücktrittsrecht, d. i. das Recht zum Rücktritt im Falle des § 455 BGB. bereits mit dem Verzugsfalle entsteht. Auch trifft es zu, daß das Rücktrittsrecht nicht losgelöst vom ursprünglichen Verträge entsteht. Gerade deshalb aber, weil das Rücktrittsrecht, das Recht zurückzutreten, das nach einhelliger Ansicht von Wissenschaft und Praxis seiner Natur nach ein Gestaltungsrecht ist, innerhalb des ursprünglichen Vertrags zur Entstehung gelangt, kann es nur als ein Teil von diesem angesehen werden; es bildet also nur ein Recht mehr für den Vertragsgläubiger, vergleichbar dem Rechte z. B. aus §§ 325, 326 BGB., Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Daß das Rücktrittsrecht daneben die weitere Wirkung hätte, ein bedingtes gesetzliches Schuldverhältnis gleichzeitig hervorzubringen, kommt im Gesetze nirgends zum Ausdruck. Soweit das Gesetz Rücktrittsrechte gibt, geschieht das stets im Rahmen solcher Best., die den ursprünglichen Vertrag zum Gegenstande haben, so z. B. in den §§ 325, 326 und 455 BGB. Daraus kann nur gefolgert werden, daß das Rücktrittsrecht, das Recht zum Rücktritte, lediglich ein Recht innerhalb des bestehenden Vertrags sein soll. Andernfalls wäre zum Ausdruck gebracht worden, daß daneben schon ein bedingtes gesetzliches Schuldverhältnis besteht. Das gesetzliche Schuldverhältnis findet im Gesetze an ganz anderer Stelle Erwähnung, nämlich in §§ 346 ff. und unter dem Titel „Rücktritt“. Dieser Rücktritt ist aber etwas ganz anderes als das Rücktrittsrecht, das Recht zum Rücktritte, das im 5. Titel des 2. Abschn. des Rechts der Schuldverhältnisse — als vertragliches — vorausgesetzt wird. Er ist die rechtsgestaltende Willenserklärung, die den ursprünglichen Vertrag vernichtet und an seine Stelle das gesetzliche Schuldverhältnis, die Rechte aus dem Rücktritte setzt. Das Gesetz stellt es also für das Entstehen des gesetzlichen Schuldverhältnisses nicht auf das Rücktrittsrecht, sondern auf den Rücktritt ab. In § 346 BGB. wird ausdrücklich erklärt, die empfangenen Leistungen sind zurückzugewähren, „wenn der Rücktritt erfolgt“. Damit hat der Gesetzgeber eindeutig erklärt, in welchem Zeitpunkte das gesetzliche Schuldverhältnis entsteht, und damit eine Regelung getroffen, die dem Wesen der Gestaltungsrechte allein entspricht, das darin besteht, die Rechtsverhältnisse mit einem Schläge umzugestalten. Andernfalls könne man auch nicht umhin, neben dem aufstrebend bedingten gesetzlichen Schuldverhältnis den Kaufvertrag als durch die Erklärung des Rücktrittsrechts aufzulösen bedingt anzunehmen, so daß zwischen denselben Parteien gleichzeitig zwei Rechtsverhältnisse mit genau entgegengesetzten Bedingungen beständen. Das aber hat das Gesetz gerade verhindert, indem es die beiden Rechtsverhältnisse durch § 346 BGB. nacheinander entstehen und bestehen läßt und indem es das Rücktrittsrecht als Gestaltungsrecht und nicht als Bedingung ausgestaltet hat. Aus alledem ergibt sich, daß sich das Entstehen des gesetzlichen Schuldverhältnisses schon mit dem Verzugsfalle nicht damit begründen läßt, daß das Rücktrittsrecht ein Recht ist, das auf dem ursprünglichen Verträge beruht oder, wie das RG. a. a. D. sagt, daß das gesetzliche Schuldverhältnis nicht spontan und völlig neu, vom bisherigen Vertragsboden gänzlich losgelöst entsteht. Nur eine unbewiesene Behauptung ist auch die Ansicht des RG., daß das gesetzliche Schuldverhältnis für den Fall des vorgesehenen Rücktritts schon vorher gewollt war. Wieso daraus allein, daß zwei Parteien ein Rücktrittsrecht vereinbarten, der Parteiwille zu entnehmen sein soll, auch das gesetzliche Schuldverhältnis schon vorher, also zusammen mit dem Rücktrittsrecht entstehen zu lassen, ist nicht ersichtlich. Entscheidend ist vielmehr allein, daß nach § 346 BGB. das gesetzliche Schuldverhältnis entsteht, „wenn der Rücktritt erfolgt“, und nicht, wenn das Rücktritts-

anderes nicht vertragliches Schuldverhältnis, das einen bestimmten gesetzlichen Inhalt hat; auch der Rücktritt hat also nur mittelbar schuldrechtliche Wirkungen, unmittelbar wirkt er dinglich durch Umschaffung des alten in ein neues Schuldverhältnis. Ist das aber so, dann kann man schwerlich sagen, daß das aus der Ausübung des Rücktrittsrechts entspringende gesetzliche Schuldverhältnis irgendwie bedingt schon bei der Entstehung des Rücktrittsrechts vorhanden gewesen ist. Das OLG. nimmt für den allein seiner Erörterung unterliegenden Fall des § 455 BGB. an, daß das Rücktrittsrecht mit dem Verzuge des Schuldners entsteht. Ich möchte ihm hierin nicht folgen. Das Rücktrittsrecht entsteht doch wohl mit dem Verträge, in dem es verabredet ist oder (§ 455) als verabredet gilt. Der Verzug stellt den Tatbestand dar, bei dessen Eintritt es ausgeübt werden darf. Dieser Unterschied in der Betrachtung ist jedoch für das Ergebnis ohne Bedeutung.

SenPräf. a. RG. Dr. *Kiesow*, Leipzig.



recht zur Entstehung gelangt. Ist der Rücktritt alsdann, wie hier, nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens erfolgt, so stellt sich der Wertersatzanspruch als Neuforderung dar, er unterfällt daher auch dann nicht dem Vergleichsverfahren, wenn die Best. nach § 28 VerglD. die Erfüllung ablehnt. Diese Erklärung trifft dann ins Beere, da ein Vertrag nicht mehr besteht und ein gefehltes Schuldverhältnis, gegen das sich die Ablehnung richten könnte, z. B. der Eröffnung des Vergleichsverfahrens noch nicht bestanden hat. Unbegründet erscheint auch die Ansicht des RG., daß nur seine Entsch. dem Sinne der VerglD. und den Erfordernissen der Wirtschaft entspräche. Aus der VerglD. ergibt sich im Gegenteil, daß § 28 VerglD. die einzige Möglichkeit bezeichnet, einen nicht am Verfahren beteiligten Gläubiger nach der Eröffnung noch zur Teilnahme am Verfahren zu zwingen (vgl. RG. 129, 228 ff. 1) letzter Satz). Kann diese Best., wie im vorl. Falle, nicht angewendet werden, so geht es nicht an, unter Ver. auf den Sinn der VerglD. weitere Fälle zu begründen, die den ansich nicht vom Verfahren betroffenen Gläubiger zur Teilnahme an diesem nötigen. Noch weniger erscheint es angängig, die bei Erörterung des Begriffs des Rücktritts vom RG. aufgestellten Behauptungen und Ergebnisse damit zu begründen, daß sie dem Sinne der Vergleichsordnung gerecht würden. Erwägungen über den Rücktritt können sich nur selbst tragen, oder es ist nichts an ihnen. Mit den Best. des Vergleichsrechtes können sie nicht in Zusammenhang gebracht werden. Auch der Vorwurf des RG., daß es anderenfalls auf ein Wettrennen ankomme, ist ungerechtfertigt. In der VerglD. ist die Möglichkeit des Gläubigers, wegen Verzugs vom Vertrage zurückzutreten, nicht behandelt. Daraus kann man, insbes. deswegen, weil der § 28 VerglD. eine Ausnahmevorschr. ist, nur folgern, daß dem Schuldner gegenüber diesem Gläubigerrecht kein besonderer Rechtsbehelf zustehen soll. Dieser Ansicht ist auch das RG., insofern es annimmt, daß der Rücktritt noch während des Vergleichsverfahrens zulässig ist. Dann ist es aber nur eine natürliche Folge, daß derjenige besser das Recht dessen eher entstanden ist. Im Falle, daß über das Vermögen des Käufers das Vergleichsverfahren eröffnet ist, wird meist der Verzug und damit das Rücktrittsrecht des Gläubigers eher entstanden sein als die Ablehnungsbefugnis des Schuldners. Das ist aber nichts Außergewöhnliches, sondern eine reine Tatfrage. Macht dann der Gläubiger von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch, so liegt kein Wettrennen vor, sondern nur die Ausübung eines Rechts, das zufällig früher begründet ist, aber auch einmal gleichzeitig oder später entstehen kann als das Ablehnungsrecht des Schuldners; oft wird sogar überhaupt kein Rücktrittsrecht des Gläubigers gegeben sein, da es am Schuldnerverzuge fehlt. Fehlgehen die Ausführungen des RG. auch insoweit, als es meint, die hier vertretene Auffassung gebe den Gläubigern Rechte, die weit über den Sicherungsgrad des Eigentumsvorbehalts hinausgingen. Dabei übersieht das RG. aber, daß diese günstige Rechtsstellung des Gläubigers gar nicht auf dem Eigentumsvorbehalt beruht, sondern die Folge des nach der Auslegungsregel des § 455 BGB. im Zweifel anzunehmenden vereinbarten Rücktrittsrechts ist. Daß dieses aber Wirkungen zeitigt, die mit dem Zwecke des Eigentumsvorbehalts nichts gemein haben, bedarf keiner weiteren Ausführungen und ist ohne Zweifel bei Schaffung des § 455 BGB. auch dem Gesetzgeber bewußt gewesen, ohne ihn davon abzuhalten, diese Auslegungsregel aufzustellen. Die Auffassung, daß das gefehlte Schuldverhältnis zusammen mit dem Rücktrittsrechte entsteht, läßt sich auch nicht mit Lehmann, Festgabe für R. Schmidt, 1932, S. 363 damit begründen, daß es sich bei den Rückgewähransprüchen wegen Rücktritts dem Wesen nach um Bereicherungsansprüche handele. *Riesow* a. a. D. macht demgegenüber sehr zu Recht geltend, daß es sich, sofern diese Rückgewähransprüche anzusehen seien, jedenfalls um eine Bereicherung ob causam finitam handle. Dieser Wegfall des Rechtsgrundes tritt aber zweifellos nicht mit dem Entstehen des Rücktrittsrechts ein, sondern erst mit dem Rücktritte, so daß gerade der Hinweis auf die Natur des Rückgewähranspruchs als Bereicherungsanspruchs einmal mehr beweist, daß das gefehlte Schuldverhältnis erst mit dem Rücktritt entsteht.

Es wäre auch unbillig, Gläubigern, die sich durch ein vom Gesetz zugelassenes und verkehrsübliches Mittel geschert haben, die hiermit verbundenen Vorteile gerade dann vorzuenthalten, wenn sie ihrer, wie im Vergleichsverfahren des Schuldners, am meisten bedürfen. Wenn hierdurch die Aussichten der am Vergleichsverfahren beteiligten Gläubiger verschlechtert werden, so ist das nur die Folge davon, daß diese ihre Ansprüche nicht auch geschützt haben, aber keine Unbilligkeit. Am wenigsten jedoch ist es angängig, mit solchen Erwägungen nur zum Zwecke der Förderung der Vergleichsverfahren die begründeten Rechte der Gläubiger über das im Gesetz vorgesehene Maß hinaus zu beschränken. Der hier vertretenen Ansicht, und zwar sämtlich für den Vergleichsfall, sind außer *Riesow* a. a. D. und dem OLG. Düsseldorf

selbst a. a. D.: *KonkTrW.* 1932, 79 noch *Edelstein* ebenda S. 55; *AG. München-Glabach* ebenda 1931, 139 und *LG. Gera* v. 19. Dez. 1932, 55/32.

Die Gegenmeinung allerdings mit boneinander abweichender Begr. vertreten für den Konkursfall *RG. a. a. D.*; *Jaeger*, *RG.*, § 17 *Ann.* 19, für das Vergleichsrecht *RG. a. a. D.*; *Leh*; *KonkTrW.* 1931, 142; *Mayer* ebenda 1932, 65; *Schumann* ebenda S. 153; *Cohn*; *JW.* 1932, 146; *Lehmann* in „Festschrift für R. Schmidt 1932, 359 ff. und *Stülp*, *Eigentumsvorbehalt* S. 71“.

(OLG. Dresden, Ur. v. 4. Mai 1933, 15 O 8/33.)

Eingef. von *RA. Dr. Wilhelm Michaelis*, Berlin.

## Karlsruhe.

### b) Strafsachen.

**6.** Auch Wägungen oder Messungen zu Zwecken der Lieferungskontrolle und der etwaigen Geltendmachung eines Preisänderungsanspruchs in gewerblichen Betrieben unterliegen den Vorschriften der §§ 6, 22 MaßD. vom 30. Mai 1908. †)

Im Gegensatz zu der Ausdrucksweise des StGB. ist nach der herrschenden Auffassung, der zu widersprechen der Senat keinen Anlaß hat, i. S. der MaßD. ein Wägen im öffentlichen Verkehr nicht erst dann gegeben, wenn unbekannt ist, welche und wieviele Personen an dem Verkehr beteiligt sind, sondern schon dann, wenn das Wägen sich nicht lediglich im inneren Betriebe des Hotels abspielt, nicht lediglich für den Privatgebrauch des Hotels erfolgt, etwa als Grundlage für Einträge in Bücher des Hotels oder, wie bei der Hausfrau, zur Bemessung der Bestandteile einer Speise. Sobald die Rechtsbeziehungen zu Dritten nach außen durch das Wiegeergebnis irgendwie berührt werden sollen oder können, dann geschieht das Wägen im öffentlichen Verkehr i. S. von § 6 MaßD. Nicht wesentlich ist es, ob der Ort des Wägens allgemein zugänglich ist, oder ob das Wägen in Gegenwart des Geschäftsgenegers erfolgt oder erfolgen soll.

Zu dem weiteren Tatbestandsmerkmal des § 6 MaßD., daß durch das Wägen der Umfang von Leistungen bestimmt werden soll, genügt es, wenn das an sich maßgebende Wiegeergebnis des Geschäftsgenegers nachgeprüft werden soll, um die beiden Wegeergebnisse zu vergleichen und dem Nachwägenden gegebenenfalls dann einen Anlaß zu geben, das Wiegeergebnis des Geschäftsgenegers zu bemängeln, jenem das eigene Wiegeergebnis vorzuhalten, die Befragung nicht als Erfüllung des gegenseitigen Vertrags gelten zu lassen und Nachlieferung oder Preisermäßigung zu verlangen (vgl. *Stenglein*, 5. Aufl., *Ann.* 4 und 6, insbes. auch 6e zu § 6 MaßD. *OLG. Kiel*: *MZ. Rspr.* 1928 Sp. 40 Nr. 95; *JW.* 1928, 670<sup>2</sup>; 1924, 2057<sup>4</sup>; 1925, 2806<sup>13</sup>; 1929, 797<sup>12</sup>; *OLG. Celle*: *JW.* 1924, 852<sup>2</sup>; *Bay. OLG. Entsch.* 1925, 156; *JW.* 1926, 172<sup>1</sup>). Die angeblich anders lautende Entsch. des OLG. Hamburg v. 26. Aug. 1930 ist anscheinend nicht veröffentlicht. Bei ihr handelt es sich aber nach der Entsch. des OLG. Dresden: *JW.* 1931, 2854<sup>23</sup> um eine anscheinend vorsorglich vorgenommene Geheimkontrolle. Diese Entsch. steht dem nicht entgegen, im vorl. Fall die Tatbestandsmerkmale von § 6 Abs. 1 MaßD. als gegeben anzusehen, ebensowenig die Entsch. des OLG. Dresden a. a. D. und in *GoldArch.* 64, 570, wo die Merkmale des § 6 verneint worden sind, wenn es sich nur um gelegentliche Kontrollwägungen zur eigenen Beruhigung des Käufers handelte. Nach den Feststellungen des angefochtenen Ur. hat der Angekl. die Waage u. a. auch zur Kontrolle der eingehenden Waren gekauft, um sich zu vergewissern, ob ihm auch das richtige Gewicht geliefert worden ist, und er hat nach eigenem Zugeben auf Grund dieser Kontrollwägungen Lieferungen beanstandet zu dem Zwecke und mit dem Erfolg, daß ihm die nach seiner Wägung fehlenden Warenmengen nachgeliefert wurden. Wenn sich auch aus dem angefochtenen Ur. nicht mit völliger Sicherheit die Feststellung ergibt, daß zu dem

Zu 6. Die Entsch. ist wertvoll; sie steht im Einklang mit der herrschenden Meinung.

Die Zitation eines Teils der bisherigen Rspr. über Kontrollwägungen in den verschiedensten gewerblichen Betrieben läßt erkennen, daß das RevG. zur Frage der Eichpflicht bei Kontrollwägungen nicht nur in Beschränkung auf den gegebenen Tatfall im Gaststättengewerbe, sondern allgemein in bejahendem Sinne Stellung nehmen wollte.

Denselben Standpunkt, wie ihn hier das RevG. vertritt, hat neuerdings in ständiger Rspr. auch das OLG. Naumburg bei Tatfällen in verschiedenartigen Gewerbebetrieben, zuletzt m. W. in seiner Entsch. v. 2. Juli 1930, S. 221/30 eingenommen.

Wegen meiner Ausführungen im besonderen über Kontrollwägungen im Gaststättengewerbe: *JW.* 1931, 2854<sup>23</sup> erübrigt sich ein weiteres Eingehen auf obigen Tatfall.

RegR. Dr. *Dreitz*, Berlin.

1) *JW.* 1930, 2782.

angegebenen Zweck die Waage in nicht rechtsverjährter Zeit tatsächlich angewendet worden ist, so genügt doch nach § 6 Abs. 1 MaßD. auch schon das Bereithalten der Waage zu diesem Zweck (Stenglein, Anm. 9 b zu § 6; JW. 1926, 1246<sup>1</sup>; 1929, 2368<sup>17</sup>); daß dieses Bereithalten bis in die letzte Zeit vor dem Urte. stattfand, ergeben die Feststellungen eindeutig. Die so bereit gehaltene Waage hätte aber, da sie 1929 geeicht worden war, nach § 11 MaßD. spätestens am 1. Jan. 1932 der Racheichung unterworfen werden müssen, was der Angekl. trotz behördlicher Aufforderung festgestelltermäßen unterlassen hat. Das Bereithalten dieser Waage zu dem angegebenen Zweck war hiernach verboten und nach § 22 MaßD. auch strafbar, weil die Zuwiderhandlung zweifellos in Ausübung eines Gewerbes geschehen ist (Stenglein, Anm. 1 und 2 zu § 22 MaßD.; JW. 1926, 173<sup>2</sup>); gerade dieses Merkmal der Zuwiderhandlung in Ausübung des Gewerbes und die deshalb gegebene Strafbarkeit unterscheidet auch das Tun des Angekl. von dem von der Rev. zu Unrecht zum Vergleich herangezogenen gleichartigen Bereithalten von Waagen im Privathaushalt der Hausfrau. Das Gesetz will eben beim Rechtsverkehr wenigstens der Gewerbebetriebe tunlichst verhindern, daß Wiegeergebnisse von unzuverlässigen Waagen irgendwie zur Grundlage von Forderungen gegenüber dem Geschäftsgegner gemacht werden können.

Der Angekl. hat vorsätzlich gehandelt, denn er hat das Bereithalten der nicht nachgeeichten Waage zu dem angegebenen Zweck fortgesetzt, obwohl er auf das Verbotswidrige seines Handelns aufmerksam gemacht worden war. Wenn er geglaubt hat, seine Waage unterliege nicht der Racheichungspflicht, so war dies ein reiner Irrtum über den Inhalt des Strafgesetzes, der nicht vor Strafe schützt und den Vorsatz nicht beseitigt (vgl. Stenglein, Anm. 6 zu § 22 MaßD.).

Der Angekl. ist also, wie auch das OLG. Kiel in gleichartigen Fällen mehrfach (DRZ. 1928 a. a. D. und JW. 1928, 670<sup>2</sup>) entschieden hat, zu Recht wegen Übertretung der MaßD. verurteilt worden.

(OLG. Karlsruhe, StrSen., Urte. v. 12. Jan. 1933, SW 213/32.)  
Ver. von RegR. Dr. K. Dreiwitz, Berlin.

## Altona.

### Landgerichte.

1. § 26 VersAuffG. Das Aufrechnungsverbot des § 26 a. a. D. gilt nicht gegenüber den Prämienforderungen der Schleswig-Holsteinischen Landesbrandkasse an ihre Versicherungsnehmer.

§ 26 VersAuffG. enthält ein Aufrechnungsverbot gegenüber den Prämienansprüchen von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit. Auf diese Best. kann sich die klagende Landesbrandkasse nicht berufen. Daß sie ein Verein a. G. ist, behauptet die Kl. selbst nicht. Sie ist vielmehr eine besonders geartete juristische Person öffentlichen Rechts. Die unmittelbare Anwendung des VersAuffG. auf sie kommt mithin nicht in Frage. In Betracht käme lediglich eine analoge Anwendung dieses Gesetzes. Als Ausnahmegesetz ist die Best. jedoch analoger Anwendung nicht fähig. Die Lage der Versicherungsvereine a. G. ist nicht die gleiche wie diejenige der Kl., mag letztere auch das Versicherungsgeschäft nicht zu Erwerbszwecken betreiben und in manchen Punkten dem Gegenseitigkeitsprinzip in ihrer Organisation nahe kommen. Der § 26 a. a. D. enthält nicht nur und nicht vorwiegend eine Schutzvorschr. für die Versicherer, sondern vielmehr für die Versicherungsnehmer, die gegen eine Zahlungsunfähigkeit der Versicherungsunternehmen gesichert werden sollen. Die Besorgnis, das Versicherungsunternehmen könne durch unregelmäßigen Eingang der Prämien, hervorgerufen durch Aufrechnung mit Forderungen aus vorgeschützten Schadensfällen, in finanzielle Schwierigkeiten geraten, greift aber gegenüber der Kl. nicht durch. Wegen ihrer besonderen auf ein großes Gebiet sich erstreckenden Organisation und wegen der Haftung des Provinzialverbandes für ihre Verbindlichkeiten erscheint nämlich diese Gefahr ausgeschlossen. Daher muß wegen Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Best., die dem § 26 a. a. D. inhaltsgleich wäre, die Aufrechnung gegenüber Prämienansprüchen der Kl. als zulässig gelten.

(LG. Altona, 1. ZR., Urte. v. 11. Juli 1933, 1 S 98/33.)

Mitg. v. LWK. Schumacher, Altona.

## Berlin.

2. § 18 VollstrB.D. v. 26. Mai 1933 findet keine Anwendung auf die Vollstreckung eines Anspruchs, der aus einer unerlaubten Handlung des Schuldners entstanden ist.

Nach § 18 VollstrB.D. ist eine Vollstreckung in Erwerbsgegenstände dann von vornherein zu unterlassen, wenn der Schuldner ohne sein Verschulden außerstande ist, die Verbindlichkeit zu erfüllen und ihm durch den Verlust der zu pfändenden Gegenstände ein unverhältnismäßiger Nachteil erwachsen würde. Die Zwangs-

vollstreckung ist jedoch durchzuführen, wenn durch eine Aufhebung die wirtschaftliche Lage des Gläubigers ernstlich gefährdet wird.

Eine wirtschaftliche Gefährdung durch Aufhebung der Zwangsvollstreckung haben die Gläubigerinnen glaubhaft gemacht. Es ist ohne weiteres verständlich, daß sie sich gegen eine Verschleuderung ihrer Markenartikel nur wehren können, wenn sie die schuldigen Händler zur Rechenschaft ziehen und Strafmaßnahmen durchführen können. Die Aufhebung der Zwangsvollstreckung gegen diese Händler würde eine Freigabe der Verschleuderung der Waren bedeuten, die bei einer genauen Preisberechnung zum Ruin der Herstellerfirma führen muß.

Außerdem stellt es § 18 VollstrB.D. offensichtlich darauf ab, daß der Schuldner weder bei Eingehung noch bei Abwicklung seiner Verbindlichkeiten sich schuldhaft verhalten hat. Dies ergibt sich besonders aus § 18 Abs. 2 Satz 2, nach dem bei vertraglichen Verpflichtungen der Schuldnerschutz zu versagen ist, wenn bereits bei Eingehung des Vertrages die Wirtschaftslage des Schuldners so schlecht war, daß er nicht hoffen konnte, ihn zu erfüllen. Hieraus kann als allgemeiner Rechtsgedanke der Best. entnommen werden, daß ein schuldhaftes Verhalten des Schuldners bei Entstehung der Vollstreckungsforderung den Schutz ausschließt. Im vorl. Fall beruht jedoch die Vollstreckungsforderung darauf, daß der Schuldner dem UnWG. zuwidergehandelt hat. Demnach kann auch aus diesem Grunde eine Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung nach § 18 VollstrB.D. nicht in Frage kommen.

(LG. I Berlin, 9. ZR., Beschl. v. 21. Juni 1933, 209 T 4180/33.)  
Eingef. von GerAuss. Dr. F. Steinriede, Berlin.

## Gechingen.

3. § 28 VerglD. ist nicht abdingbar. †)

Durch die VerglD. soll eine Vernichtung an sich lebensfähiger Wirtschaftsunternehmen und von wirtschaftlichen Werten verhindert werden. Es soll einem Geschäftsinhaber, der durch den allgemeinen wirtschaftlichen Niedergang ohne seine Schuld in Not geraten ist, ermöglicht werden, sein Geschäft durch die Notzeit hindurchzuretten. Ein Konkurs soll nach Möglichkeit vermieden werden.

Zu 3. Es konnte sich bei dem Rechtsstreit nicht um den unbestrittenen wirtschaftlichen Zweck der VerglD. handeln, sondern allein um die beiden ganz konkreten Fragen, ob ein Käufer mit Wirksamkeit in einem späteren Vergleichsverfahren auf die Anwendung der Rechte aus § 28 VerglD. verzichten und ob die Rechtmäßigkeit der Erfüllungsabrede noch im Prozeß nachgeprüft werden kann.

Beide Fragen sind gegen das Urte. zu bejahen.

Daß der Schuldner mit Wirksamkeit für ein späteres Vergleichsverfahren auf die Rechte aus § 28 VerglD. verzichten kann, ergibt sich unmittelbar aus einer Analyse des § 28 selbst. Ist ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens von dem Schuldner und von dem andern Teil noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt, so kann jeder Vertragspartei die Erfüllung oder die weitere Erfüllung ablehnen. Jeder Vertragspartei kann, d. h. es ist in jedes freie Willensentschließung gestellt. Es handelt sich bei der Ablehnung um ein auf die besonderen Bedürfnisse des Vergleichsverfahrens Rücksicht nehmendes Gestaltungsrecht, wie unsere Rechtsordnung es in der Kündigung von Verträgen bereits ähnlich besitzt. Es wird einer vertraglichen Bindung mit Hilfe des Befehls des § 28 eine neue Gestalt gegeben, indem der bisherige Erfüllungsanspruch in einen Erfüllungsanspruch umgewandelt wird. Jede der Vertragsparteien hat das Ablehnungsrecht. Jede überlegt sich regelmäßig beim Vergleichsverfahren, ob sie sich bei der Erfüllung oder bei der Ablehnung besser stellt. In jedem Vergleichsverfahren wird — oft tagelang — geprüft, ob es kalkulatorisch richtig ist, die Ware abzunehmen oder abzulehnen. In den meisten Fällen überlegt sich der Schuldner, daß er die Ware wahrscheinlich doch braucht und sie nachträglich zum zweitenmal kaufen müßte, wenn er ablehnt. Lehnt er unter solchen Umständen ab, so hat er einmal den Erfüllungsanspruch zu quotieren und ferner den Gewinnausschlag des Verkäufers — u. U. sogar einen erhöhten Ausschlag — zu bezahlen. Die Kalkulation ergibt dann, daß der Schuldner besser daran tut, bei der Erfüllung zu verbleiben und mit dem Gläubiger ein Sonderabkommen nachzusuchen, welches sie erleichtert. Selbst in der Zeit der Baiffe ist nur mit Vorsicht von dem Ablehnungsrecht Gebrauch gemacht worden.

In der gleichen Weise kalkuliert der Gläubiger. Jedem Anwalt sind Fälle bekannt, bei denen der Verkäufer zunächst vom Käufer beraten die Ablehnung durchgesetzt hat, um hinterher bei fallenden Preisen den Versuch zu machen, die Ablehnung wieder rückgängig zu machen. Aber wer gewählt hat, hat gewählt.

Keine der Vertragsparteien soll von dem Gestaltungsrecht willkürlich Gebrauch machen können. Durch § 28 ist ein gerichtliches Ermächtigungsverfahren eingeführt, durch welches der geschäftliche Zustand gerade des Schuldners — wenigstens theoretisch

den. Dieser Zweck der Vergl.D. — eben die Erhaltung von Wirtschaftsunternehmen und von wirtschaftlichen Werten — kann aber nicht in vollem Umfang erreicht werden, wenn alle Best. der Vergl.D. durch Parteivereinbarungen abgeändert werden könnten. Eine Abänderung der Vergl.D. durch Parteiabrede widerspricht demnach dem Sinn des Gesetzes und ist aus diesem Grunde unzulässig. Sonst wird das Bestreben jedes Gläubigers dahin gehen, sich durch Vereinbarungen mit dem Schuldner die Stellung eines „Nichtbeteiligten“ zu verschaffen. Grundsätzlich sind aber nach der Vergl.D. alle Gläubiger am Vergleichsverfahren beteiligt; nur eine verhältnismäßig kleine Anzahl von Gläubigern nehmen am Vergleichsverfahren nicht teil. Aber auch die nichtbeteiligten Gläubiger können nach § 28 Vergl.D. auf eine Ermächtigung des Gerichts zu beteiligten Gläubigern erklärt werden, wenn nämlich ohne ihre Beteiligung das Zustandekommen des Vergleichs unmöglich gemacht oder sonst gefährdet würde. Diese Absicht des Gesetzes würde aber vereitelt, wenn die Anwendbarkeit des § 28 Vergl.D. von vornherein wegbedungen werden könnte. Allerdings hängt es vom Schuldner ab, ob er überhaupt das Vergleichsverfahren beantragen und ob er sich eine Ermächtigung nach § 28 Vergl.D. geben lassen will. In dieser Beziehung hat das Gesetz dem Schuldner freie Hand gelassen. Diesen Entschluß muß aber der Schuldner in

— unter besondere Kontrolle gestellt wird. Ihm soll nämlich die Ermächtigung nur erteilt werden, wenn die Erfüllung des Zustandekommen oder die Ausführbarkeit des Vergleichs gefährdet würde und die Ablehnung dem anderen Teil keinen unverhältnismäßigen Schaden bringt. Bzgl. der sonstigen Formalien kann auf die Vorschr. verwiesen werden.

Beide Parteien stehen also gleich. Jede kann sich frei nach eigenem Gutdünken verhalten. Jede kann sich auf Grund sorgfältiger kaufmännischer Überlegung entscheiden, aber auch zu ihrem Nachteil jede kaufmännische Dummheit begehen. Dann kann jede Partei aber auch in voller Vertragsfreiheit darüber Vereinbarungen geschäftlicher Natur aller Art treffen, z. B. die Verpflichtung eingehen, bei einem Vergleichsverfahren vertragstreu zu bleiben, d. h. von dem Ablehnungsrecht keinen Gebrauch zu machen. Das ist nirgendwo verboten. Eine solche Verpflichtung ist nicht unsittlich, denn der Inhalt des Geschäftes ist ja erlaubt. Vielleicht ist der Verzicht auf die Anwendung des Ablehnungsrechts in Wirklichkeit sogar dem Interesse des Schuldners in hohem Grade dienlich, während er aus Schikane gegen den Gläubiger ablehnt. Dem Richter das Vorliegen der Ablehnungsgründe klarzumachen, ist bekanntlich eine Kleinigkeit. Meist genügt eine dem Antrag sogleich beigefügte Bestätigung der Vertrauensperson, die es doch wissen muß. Nun sagt das Gericht in unserem Fall mit der Bell., „eine Abänderung der Vergl.D. durch Parteiabrede widerspreche dem Sinn des Gesetzes und sei aus diesem Grunde unzulässig“. Zunächst wird die Vergl.D. nicht abgeändert, sondern nur ein durch § 28 Vergl.D. statuiertes eigenartiges Gestaltungsrecht bei gegenseitigen Verträgen geschaffen. Das Gesetz selbst bleibt unberührt. Sodann aber verstößt auch eine Abdingung dieser subjektiven Gestaltungsbefugnis nicht gegen den Zweck des Gesetzes. Dieser besteht wohl darin, Unternehmen und wirtschaftliche Werte zu erhalten. Aber es ist ein grundlegender Irrtum in dem Gedanken, der Zweck der Vergl.D. bestehe darin, bei jedem Unternehmen müsse der Vergleichsantrag auch zum Vergleich führen. Wenn die geschäftliche Lage den Vergleich nicht erlaubt, dann kommt er eben nicht zustande wie gegebenenfalls dann nicht, wenn der Richter die Ermächtigung versagt. Man braucht sich nur den häufigen Fall der Spezialanfertigung zu überlegen, auf welche sich der Lieferant unter Ablehnung anderer Aufträge ganz und gar eingestellt hat. Ob der Richter in einem Vergleichsverfahren die Ermächtigung ablehnt, weiß keiner im voraus, gibt er aber die Ermächtigung, dann ist der Speziallieferant u. U. verloren. Der Lieferant hat ein dringendes wirtschaftliches Interesse daran, daß ihm seine Fabrikate auch abgenommen werden, wenn dem Schuldner mit Hilfe der Vergl.D. die Existenz gerettet wird. Die Auffassung des Ur. würde dahin führen, daß der vertragstreue Gläubiger in den wirtschaftlichen Tod zu gehen hätte, um dem ungetreuen Schuldner in Erfüllung des Zweckes der Vergl.D. das Weiterleben zu ermöglichen. Ein absurdes Ergebnis!

Das aus der Praxis genommene Beispiel zeigt, daß ein direktes wirtschaftliches Bedürfnis nach vorherigen Sicherungen durch Verzicht auf das Ablehnungsrecht des § 28 besteht. Dagegen läßt sich nicht etwa einwenden, wenn der Schuldner erfüllen müsse, seien eben beide, Gläubiger und Schuldner, konkursreif, die Sicherung des Gläubigers sei daher illusorisch. Abgesehen davon, daß das nichts gegen den Verzicht auf die Ablehnung besagen würde, wird der Einwand auch dadurch widerlegt, daß die Folge der beiderseitigen Konkursreife eintreten kann, aber nicht muß. Warum sollten sich bei einer derartigen Gefahr die beiden Parteien nicht über eine anderweitige Abwicklung des Geschäfts, z. B. durch entsprechende Streckung, einigen können, welche Möglichkeit dem Gläubiger abgeschnitten wäre, wenn der Schuldner von dem Ab-

dem Zeitpunkt, in welchem die Lage für ihn erst übersehbar ist, frei fassen können.

Eine Abdingungsmöglichkeit des § 28 Vergl.D. würde dazu führen, daß sie allgemein grundsätzlich und regelmäßig von allen Gläubigern angewendet würde und würde geradezu einen Verzicht des Schuldners auf Einleitung des Vergleichsverfahrens gleichkommen. Daß dies aber mit dem Sinn und Zweck der Vergl.D. in Widerspruch steht, kann wohl nicht bezweifelt werden. Aus all diesen Erwägungen ist eine Abdingbarkeit von § 28 Vergl.D. nach Ansicht des Gerichts nicht möglich.“

(LG. Göttingen, Ur. v. 24. Jan. 1933, II S 48/32.)

Eingef. von R. A. Dr. Herrmann, Balingen (Württ.).

\*

#### München.

4. § 6 PostG. Auszahlung eines Postscheckbetrages an einen falschen Empfänger. Fahrlässigkeit des Absenders. †)

(LG. I München, Ur. v. 31. Mai 1932, F I 289/32.)

Abgedr. JW. 1932, 3130<sup>a</sup>.

Lehnungsrecht Gebrauch machen könnte? Warum sollte eine Vertragsklausel gegen den Zweck der Vergl.D. verstoßen können, welche besagte, daß der Schuldner auf die Rechte aus § 28 verzichte, was gegen sich der Gläubiger verpflichtet, vorkommendenfalls dem Schuldner durch entsprechende Finanzierung die Durchführung des Geschäftes zu ermöglichen, eine doch sicherlich höchst ehrenwerte Vereinbarung? Es ist nicht gut noch ein Zweifel daran übrig, daß die Abdingbarkeit der Rechte aus § 28 möglich ist.

Wer auf die Rechte aus § 28 verzichtet, verspricht einmal, daß er die Erfüllung des Vertrages nicht ablehnen wird. Damit verpflichtet er sich aber auch, den Ermächtigungsantrag an das Gericht zu unterlassen. Derartige Abreden, vom freien Entschluß abhängende Handlungen gegenüber dem Gericht zu unterlassen, sind ebenso zulässig (vgl. Stein-Jonas, Vorbem. vor § 128 IV 1 a am Schluß, ferner § 271 I, Abs. 2; OWMpr. 1, 423 und besonders auch RG. 102, 217). Die abweichende, übrigens widerspruchsvolle gegenteilige Meinung von Hellwig ist längst überholt. Dem Ermächtigungsantrag würde der Gläubiger den Feststellungsanspruch darauf, daß ein nach § 28 ablehnbares Vertragsverhältnis vorgelegen hat (vgl. dazu Kiewow, § 28 Anm. 39, 40 und 42).

RA. Dr. Karl Gildenagel, W.-Eberfeld.

Zu 4. A. Anm. Reichel, ebenda.

B. Bezeichnet der Aussteller eines Barzahlungsschecks den Empfänger mangelhaft und kommt es auf diese Weise dazu, daß die DRPo. den Betrag an eine falsche, vom Scheckaussteller nicht gewollte Person auszahlt, ohne daß der auszahlende Schalterbeamte die für die Auszahlung maßgebenden Vorschr. verletzt, so hat nach der vorstehenden Entsch. für den Schaden, der allein durch das vorschriftswidrige und unvorsichtige, also fahrlässige Verhalten des Scheckausstellers verursacht wird, dieser selbst einzutreten (§ 6 Abs. 3 PostG., § 29 Abs. 3 PostD., § 9 Abs. 8 PostscheckD.).

1. Die von Reichel zu vorstehender Entsch. in JW. 1932, 3130 gegebene Anmerkung bezweifelt die Ursächlichkeit der vom Gericht angenommenen Fahrlässigkeit des Scheckausstellers für den eingetretenen Schaden, da das Auszahlungspostamt den Betrag an den Dachdecker G. möglicherweise auch dann ausbezahlt hätte, wenn der Scheck an den Reisenden G. adressiert gewesen wäre. Der von Reichel zur Begründung seiner Meinung als möglich angenommene Fall, daß ein Dachdecker zugleich Reisender (etwa in Dachziegeln), und ein Mann, der vor drei Jahren Dachdecker war, inzwischen zum Reisenden umgewandelt sein kann, ist allerdings derart fernliegend, daß dem Auszahlungsbeamten wohl mit Recht der Vorwurf der Fahrlässigkeit gemacht würde, wollte er auf diese Möglichkeit hin, trotzdem sich die Berufsangaben im Scheck und in der Legitimation widersprechen, ohne weiteres auszahlen. An der Ursächlichkeit der Fahrlässigkeit des Scheckausstellers für den eingetretenen Schaden wird aber durch diese Ermägung Reichels nichts geändert. Denn bei der Unzugänglichkeit der wirklichen und vollständigen Ursachenverknüpfung für das menschliche Erkennen kann ein zwingender Beweis der Ursächlichkeit einer Handlung oder Unterlassung für ein eingetretenes Ereignis nicht verlangt werden. Ist eine zur Erklärung des eingetretenen Erfolges geeignete, dem natürlichen Lauf der Dinge entsprechende Ursache festgestellt (Unterlassung der Berufsangabe des Empfängers durch den Scheckaussteller!), so ist es Sache des Gegners, positiv (nicht bloß an Hand eines konstruierten Falles als möglich) darzutun, daß trotzdem nicht diese, sondern andere, wenn auch minder wahrscheinliche Ursachen den Erfolg herbeigeführt und die Mitwirkung jener anderen Ursache ausgeschlossen haben (RG. 76, 313).

2. Weiter bringt Reichel gegen das Ur. noch vor: Habe der

## B. Arbeitsgerichte.

### Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwält Dr. W. Doppermann, Dresden.

1. § 25 HGB. Firmengleichheit i. S. des § 25 fordert nicht wortgetreue Übereinstimmung; es können kleine Abweichungen vorliegen, die nach der Verkehrsauffassung als bedeutungslos angesehen werden.

Der Kl. war vom 1. Jan. 1921 bis zum 30. Juni 1932 in dem jetzt von der bekl. GmbH., früher von ihrem jetzigen Geschäftsführer Max B. unter der Firma „Modellhaus Max B.“ geführten Geschäft als Maßzuschneider tätig. Am 9. Mai 1932 hat Max B. den Offenbarungszeit geleistet. Am 22. April 1932 wurde die Bekl. als Firma „Modellhaus B. GmbH.“ im Handelsregister eingetragen, unter welcher Firmenbezeichnung das Geschäft weitergeführt wurde. Inhaber waren nunmehr die Gesellschafter Ehefrau B. und ein Fräulein R.

Scheckaussteller den Empfänger in der Anschrift nicht so genau und sorgfältig bezeichnet, als dies üblich und im Verkehr erforderlich sei, so hätte das Postfischekamt (PöSchA.) den Scheck nicht annehmen dürfen, ohne sich eigener Fahrlässigkeit schuldig zu machen. Diese Annahme, von der dahingestellt bleiben kann, ob sie die Fahrlässigkeit des Scheckausstellers als solche oder nur ihre Ursächlichkeit für den schließlichen Erfolg bestreiten will, ist unhaltbar.

Die Post leistet für die auf Postanweisungen eingezahlten Beträge Garantie (§ 6 Abs. 4 PostG.), d. h. sie haftet dem Absender in Höhe des eingezahlten Betrages dafür, daß dieser Betrag entsprechend der Bestimmung des Absenders und nach Maßgabe der Vorschr. der PostD. an den Adressaten abgeliefert wird (RG. 41, 110). Diese Best. ist nicht nur auf Zahlkarten (§ 9 Abs. 3 PostfischekG.), sondern auch auf die Beförderung und Aushändigung der Zahlungsanweisungen zu erstrecken (Möschborn-Schneider, Erläuterungswerk zum PostG., 2. Aufl., S. 188). Wie die DRPo. die Aushändigung der Geldbeträge an den richtigen Empfänger sicherstellt, ist ihre Sache. In der Natur der Dinge liegt es begründet, daß sie die Erforschung des vom Absender gewollten Adressaten auf den Zeitpunkt der Aushändigung der Sendung verlegt (§§ 40 ff. PostD.), eine Regelung, die auch den Absender bindet (§ 50 Abs. 2 PostG.). Allein der mit der Aushändigung der Sendungen beauftragte Beamte ist in der Lage, darüber zu entscheiden, ob eine Adresse ausreichend ist oder nicht. Wollte man den Postanweisungssachbearbeiter mit dieser Prüfung beauftragen, so wäre er in aller Regel vor eine unlösbare Aufgabe gestellt. Nicht selten hätte übrigens der Annahmebeamte, der z. B. in jedem Fall auf Anfrage des Bezuges des Adressaten dringen wollte, die berechtigten Widersprüche der Aufgeber von Sendungen zu gewärtigen, die diese Angabe vielleicht bewußt unterlassen und in der Regel gut darüber Bescheid wissen, welcher Grad von Genauigkeit der Adresse im Einzelfall erforderlich ist. Damit deckt sich auch der durch §§ 3 und 29 PostD. geschaffene Rechtszustand, wonach der Absender die aus vorschriftswidriger Aufschrift entstehenden Nachteile zu vertreten hat. Mitunter wird freilich auch schon der Annahmebeamte in die Lage kommen, eine Adresse zu beanstanden, wenn sie nämlich offensichtlich unzureichend und daher mit Sicherheit voranzuziehen ist, daß die Anweisung am Bestimmungsort als unzustellbar behandelt werden müßte (§ 47 Abs. 3 Nr. 3 PostD.). Dies bedeutet aber keine Erweiterung der Pflichten der DRPo. gegenüber dem Absender.

Was im vorstehenden für die Annahme von Postanweisungen ausgeführt ist, gilt sinngemäß für das mit der Lastbuchung von Schecken beauftragte PöSchA. Wie das Art. zutreffend darlegt, beauftragt das PöSchA. im Falle der Benennung eines Empfängers durch den Postfischekkunden die zuständige Postanstalt, den Betrag an den Empfänger auszusahlen. Mit der Erteilung dieses Auftrages und der Bestätigung über die vollzogene Lastbuchung an den auftraggebenden Scheckkunden ist die bankmäßige Tätigkeit der Post, die allein dem PostfischekG. unterworfen ist, beendet. Auch hier ist es als Sache der Bestimmungsortanstalt, zu prüfen, ob die Empfängerbezeichnung bestimmt genug ist, um die Auszahlung an den nach der Aufschriftkundgabe vom Scheckaussteller gewollten Adressaten sicherzustellen.

Die DRPo. bei Schecken wegen der angeblich vom Lastschriftpostfischekamt unterlassenen Prüfung der Adresse in Anspruch zu nehmen, geht um so mehr fehl, als die DRPo. im Postfischekverkehr nur für den eigentlichen Bankverkehr haftet. Nur soweit die PöSchA. selbst gewissermaßen „Bestimmungsortanstalten“ sind, nämlich in ihrer Eigenschaft als Lastschriftpostfischekämter bei Postfischeküberweisungen und Zahlkarten, obliegt es auch ihnen, zum Zweck der Ermittlung des vom Auftraggeber bzw. Einzahler gewollten Lastschriftempfängers im Einzelfall zu prüfen, ob die Aufschrift des Lastschriftempfängers bestimmt genug ist (also besonders Übereinstimmung von Konto-Nr. und Konto-Inhaber), um die Lastschrift auf das vom Auftraggeber bzw. Einzahler gewollte Konto sicherzustellen.

Das Ur. des LG. muß daher für zutreffend erachtet werden.

Postdirektor Dr. Winkler, München.

Der Kl. fordert mit der Klage sein seit August 1931 rückständiges Gehalt. Er leitet seine Rechte insbes. aus § 25 HGB. her.

Das ArbG. geht davon aus, daß zwar die Firmenbezeichnungen der alten und neuen Firma nicht wörtlich übereinstimmen; es erachtet aber die Abweichungen für verhältnismäßig geringfügig und hinsichtlich der Anwendung des § 25 HGB. unerheblich. Insbes. könne die Weglassung des Vornamens Max angesichts der Tatsache, daß die Worte „Modellhaus“ und „B.“ in der neuen Firmenbezeichnung wiederkehrende, keine entscheidende Bedeutung haben. Die Abweichungen könnten nach der Auffassung des Verkehrs nicht als wesentlich angesehen werden.

Hinsichtlich der Klage der Rev., daß die alte Firma nicht fortgeführt worden sei, ist zunächst dem ArbG. darin beizutreten, daß die Hinzufügung der Bezeichnung „GmbH.“ unerheblich ist. Wie das ArbG. in feststehender Rspr. hervorgehoben hat, ergibt sich aus einer derartigen „Hinzufügung“ schon deshalb keine Firmenänderung, weil bei dem Übergang einer Einzelfirma in eine Gesellschaftsform diese Hinzufügung gemäß §§ 20, 22 Abs. 1 Satz 2 HGB. gesetzlich vorgeschrieben ist (vgl. RWarn. 1908 Nr. 78; Recht 1909 Nr. 2517 und 2528; RG. 113, 306 [309<sup>1</sup>]; 133, 318 [325<sup>2</sup>]).

Im Hinblick auf die besonderen Umstände des Einzelfalles erscheint es aber auch rechtlich unbedenklich, wenn das ArbG. in der Weglassung des Vornamens Max eine bedeutungslose Abweichung erblickt. Gegenüber der älteren Rspr. des RG., welche hinsichtlich der Firmenidentität einen mehr formalistischen Standpunkt einnahm, ist später eine freiere Auffassung bezüglich solcher Änderungen vertreten worden, die nach der Verkehrsauffassung als bedeutungslos angesehen werden (vgl. RG.: DZ. 1915, 1029; RG. 113, 308). Wenn nun das ArbG. feststellt, daß in der bisherigen Einzelfirma der Hauptbestandteil, welcher die Firma als solche charakterisierte und gewissermaßen dem Publikum gegenüber den Stempel gab, durch die Worte „Modellhaus“ und den sich auch an die Tätigkeit der Ehefrau anknüpfenden Namen „B.“ gebildet worden sei, so erscheint es nicht rechtsirrtümlich, wenn das ArbG. die Weglassung des demgegenüber belanglosen Vornamens „Max“ für die Frage der Firmengleichheit i. S. des § 25 HGB. für bedeutungslos erklärt hat. Es mag zwar im allgemeinen der Beifügung des Vornamens zu dem Familiennamen bei der Firma eines Einzelkaufmannes im Hinblick auf § 18 Abs. 1 HGB. eine nicht unerhebliche Bedeutung zukommen. Das schließt aber nicht aus, wie gerade der der Entsch. RG. 113, 308 zugrunde liegende Fall zeigt, daß in besonderen Einzelfällen, in denen das Geschäft eines Einzelkaufmanns in dasjenige einer Gesellschaft übergeleitet wird, der Weglassung des Vornamens für die Frage der Fortführung der alten Firma keine Bedeutung zukommt.

(ArbG., Ur. v. 10. Mai 1933, RAG 48/33. — Berlin.)

\*

\*\* 2. §§ 84, 59 HGB.; § 5 ArbGG. Grenzziehung zwischen Handlungsagenten und Handlungsgehilfen. Arbeitnehmerähnliche Personen. †)

Das den selbständigen Agenten vom Handlungsgehilfen unterscheidende Merkmal liegt vor allem darin, daß der Agent einen eigenen Betrieb auf eigene Rechnung, also mit einem gewissen eigenen Unternehmerrisiko führt (ArbGG. 6, 231<sup>1</sup>), während der Handlungsgehilfe unselbständiges Glied im Geschäftsorganismus des Prinzipals ist (WenzSamml. 15, 505; f. auch 10, 579, 597<sup>2</sup>). Für die Frage, ob ein Handlungsagent als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen ist, ist dagegen entscheidend das Maß persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit, in dem er — sei es auch nur rein tatsächlich — von dem Geschäftsherrn steht. Ist es so groß, daß der Agent wirtschaftlich und sozial betrachtet einem Angestellten nahekommt, so ist der Fall des § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG. gegeben (WenzSamml. 9, 383).

Beachtlich ist der Einwand der Rev., das ArbG. habe zu Unrecht daraus, daß der Bekl. seine Spesen — abgesehen von der Pauschalgebühr seines Fernsprechanchlusses — nicht besonders erstattet erhielt, sondern hierfür durch die Provision mit abgedungen wurde, ein Anzeichen gegen die Selbständigkeit des Bekl. entnommen. Durch jene Art der Regelung war dem Bekl. völlig freie Hand in der Aufwendung von Spesen gelassen; er war von jeder Rechnungslegung entbunden. Es folgt also daraus gerade umgekehrt eine weitgehende Selbständigkeit des Bekl. Ebenso ist nicht recht verständlich, warum das ArbG. die Zusage eines selbständigen Fernsprechanchlusses als Zeichen der Unselbständigkeit des Bekl. wertet. Wie unfreiwillig, hat der Bekl. seine Tätigkeit, soweit sie nicht überhaupt in Reisen bestand, in seinen eigenen Räumen ausgeübt; er hatte also die Wahl, sich einen eigenen Fernsprechananschluß oder einen Nebenanschluß zu dem des Kl. einzurichten. Das ArbG. legt Wert auf den zugefügten Beitrag zu

1) JW. 1926, 1958. 2) JW. 1932, 48.

Zu 2. Vgl. ArbGG.: JW. 1928, 1680, 1686; 1930, 3788; 1932, 3488; RG.: JW. 1928, 2913.

1) JW. 1932, 1316. 2) JW. 1931, 3152.

den Fernsprechspreisen des Bekl. In dieser Zusage liegt aber nur die Festlegung eines Spezzuzuschusses neben der Provision. Sollen daraus Folgerungen in der Richtung mangelnder Selbstständigkeit des Bekl. gezogen werden, so bedarf es einer näheren Erörterung der Gründe, aus denen die Parteien zu dieser Regelung gelangt sind.

Nicht klar ist auch, inwiefern das Vg. daraus, daß der Bekl. zur Erledigung seiner schriftlichen Arbeiten seine Wohnräume benutzt hat, etwas gegen seine Selbstständigkeit gegenüber dem Kl. herleiten zu können glaubt. Allenfalls könnte dieser Umstand als Anzeichen dafür verwertet werden, daß der Geschäftsbetrieb des Bekl. nicht über den Umfang des Kleinverwerbes hinausging, und das wiederum könnte als Anhalt dafür dienen, den Bekl. als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen. An sich aber kann ein Handlungsagent sehr wohl auch Mindeverkauftmann sein, ohne deshalb zu den arbeitnehmerähnlichen Personen gezählt werden zu müssen.

Rechtsirrig ist es weiter, wenn das Vg. aus der Tatsache, daß der Bekl. Prokura für den Kl. hatte, herleitet, daß der Bekl. den Anordnungen des Kl. hätte Folge leisten müssen. Wie unstreitig, stammte die Prokuraerteilung aus der Geschäftsverbindung, die früher unter den Parteien bestand, aber durch die Kriegszeit unterbrochen war. Welche rechtliche Natur dieses frühere Vertragsverhältnis der Parteien hatte, ist nicht aufgeklärt. Wenn, wie der Bekl. behauptet, die Prokura lediglich zum Schein bestehen geblieben ist, um unliebsames Aussehen zu vermeiden, das aus einer ausdrücklichen, in den Zeitungen zu veröffentlichen Lösung der Prokura befürchtet wurde, so würde gerade vom Standpunkt des Vg. aus die Best. des Vertrags über die Prokura gegen eine Unselbstständigkeit des Bekl. sprechen. Wenn so in Wahrheit keinerlei Stellvertretungsmacht des Bekl. bestand, kann übrigens auch die Wendung des Vertrags, wonach der Bekl. „handelsrechtlicher Stellvertreter“ des Kl. sein sollte, unmöglich in der juristischen Bedeutung dieses Worts gemeint gewesen sein. Es liegt nahe, daß der Bekl. „Handelsvertreter“ des Kl. sein sollte. Handelsvertreter aber sind, wo nicht regelmäßig, so doch vielfach im Rechtssinn Handlungsagenten. Es läßt sich aber auch aus der Tatsache der Prokuraerteilung allein nicht schließen, daß der Prokurist den Anordnungen des Firmeninhabers Folge zu leisten hätte. Ein Ehegatte im Geschäft des andern, der stille Gesellschafter z. B., erhalten gelegentlich Prokura, ohne daß jene Folgerung berechtigt wäre.

(Vg., Art. v. 18. Febr. 1933, RAG 488/32. — Dortmund.)

**\*\* 3.** § 2 ArbGG; Dtsch.-russ. Wirtschaftsabl. vom 12. Okt. 1925 (RWB. II, 1926, 2 ff.); Art. 30 GGWB.; Gef. betr. die Inhaberpapiere mit Prämien v. 8. Juni 1871.

1. Die Handelsvertretung der Union der Sozialistischen Sowjet-Republiken in Berlin genießt als solche keine Exterritorialität. Die Angestellten russischer Staatsangehörigkeit, die vom Außenhandelskommissariat der UdSSR. zur Handelsvertretung entsandt worden sind, haben für Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag und für Schadenersatzansprüche wegen erzwungenen Gehaltsabzuges zur Zeichnung einer russischen Industrialisierungsanleihe vor den deutschen Arbeitsgerichtsbehörden Recht zu nehmen. Vgl. Vg. 7, 301 = BenschSamml. 11, 145; ferner Vg. 2, 121; 4, 324 = JW. 1930, 469.

2. Nach den Grundätzen des deutschen internationalen Privatrechts — RG. 120, 72 = JW. 1918, 1197; RAG 146/30 v. 27. Aug. 1930; BenschSamml. 10, 44 = JW. 1931, 159\* — ist bei der Entsch. über diese Ansprüche russisches Recht anzuwenden. Die Anwendung verstößt nicht gegen den Zweck des deutschen Gesetzes betr. die Inhaberpapiere mit Prämien v. 8. Juni 1871; vgl. RG. 60, 276.

(Vg., Art. v. 21. Dez. 1932, RAG 196/32. — Berlin.)

(= Vg. 12, 184.)

**\*\* 4.** Das deutsch-russische Wirtschaftsabkommen vom 12. Okt. 1925 (RWB. II, 1926, II, 2 ff.) unterwirft der deutschen Gerichtsbarkeit nicht jede privatwirtschaftliche Tätigkeit der UdSSR., sondern nur die in Deutschland vorgenommenen, für die UdSSR. verbindlichen Rechtshandlungen ihrer Berliner Handelsvertretung.

Die beiden Kl. — Metallarbeiter — haben sich Anfang Nov. 1930 gegen gewisse Zusagen verpflichtet, in Rußland in russischen Staatsbetrieben zu arbeiten. Sie haben ein Begleitschreiben erhalten, das die getroffenen Abmachungen enthielt, sind nach Rußland übersiedelt und haben dort vier Monate lang gearbeitet. Sie erhielten dann sechs Wochen Urlaub nach Berlin, um ihre Frauen nach Rußland zu holen. Nach Ablauf des Urlaubs wurde ihnen die Rückreiseerlaubnis verweigert und am 29. Juni 1931 erklärt, daß man endgültig auf ihren weiteren Dienst verzichte. Sie erboten daraufhin Ansprüche gegen die Bekl., die Berliner Handelsvertretung der UdSSR., mit der Begr., mit dieser hätten sie die Abmachungen über die Ausreise Anfang Nov. 1930 getroffen, die Bekl. sei es auch, die ihnen die Begleitschreiben ausgestellt habe.

Das Vg. meint, nach dem deutsch-russischen Wirtschaftsabkommen v. 12. Okt. 1925 (RWB. II, 1926, II, 13) unterliege die Bekl. für ihre in Deutschland vorgenommenen Rechtshandlungen der deutschen Gerichtsbarkeit, d. h. sie sei gesetzlich ermächtigt, insoweit den Fiskus der UdSSR. zu vertreten. Als Rechtshandlungen der Bekl. in diesem Sinne müßten aber auch Rechtshandlungen gelten, die andere Dienststellen der UdSSR. und deren Bevollmächtigte auf privatwirtschaftlichem Gebiet in Deutschland vornähmen. Nach Treu und Glauben ergebe sich als Sinn des Wirtschaftsabkommens nur, daß die deutsche Gerichtsbarkeit für jegliche privatwirtschaftliche Betätigung des Fiskus der UdSSR. im Deutschen Reich eröffnet sein solle. Es komme dann nicht darauf an, welche Stelle (statio) dieses Fiskus in einzelnen Fall handelnd ausgetreten sei. Wenn die Bekl. ihre Passivlegitimation bestreite, befreite sie in Wahrheit nur die Legitimation der von ihr dargestellten Stelle des Sowjetfiskus und behaupte die Legitimation einer anderen; zwischen verschiedenen Dienststellen eines und desselben Fiskus könne aber ein Streit über die mangelnde Passivlegitimation nicht entstehen.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

Für die Rev. ist zunächst zu unterstellen, daß die Kl. im Anfang Nov. 1930 nicht mit der Bekl. oder einer von ihr bevollmächtigten Person (Art. 6 und 7 des Wirtschaftsabkommens) verhandelt haben, sondern entweder mit dem Bevollmächtigten des Obersten Volkswirtschaftsrats oder einem Vertreter der Orga-Metall-GmbH. Für den letzteren Fall nimmt ersichtlich auch das Vg. eine Haftung der Bekl. nicht an. Eine solche wäre auch in keiner Weise zu begründen. Die Orga-Metall-GmbH. gehört zu den in Art. 9 des Wirtschaftsabkommens erwähnten staatlichen Unternehmungen; für die Rechtshandlungen dieser Unternehmungen haftet aber die UdSSR. gemäß Art. 9 nur dann, wenn die Bekl. eine Haftung ausdrücklich übernommen hat. Eine Haftungsübernahme der Bekl. für etwaige von der Orga-Metall-GmbH. den Kl. gemachte Zusagen ist nicht ersichtlich. Aber auch wenn die Kl. das Abkommen mit einem Bevollmächtigten des Obersten Volkswirtschaftsrats der UdSSR. getroffen haben sollten, läßt sich eine Haftung der Bekl. dafür nicht begründen. Das Vg. verkennt den Sinn des Wirtschaftsabkommens, wenn es meint, es bezwecke, für jegliche privatwirtschaftliche Betätigung des Sowjetfiskus die deutsche Gerichtsbarkeit zu eröffnen. In dem Abkommen macht die UdSSR. dem Deutschen Reich das Zugeständnis, daß sie sich — in Abweichung von dem völkerrechtlichen Grundsatz, wonach ein souveräner Staat nicht der ordentlichen Gerichtsbarkeit eines anderen unterworfen ist — in genau abgegrenztem Umfang freiwillig der deutschen Gerichtsbarkeit unterwirft, nämlich hinsichtlich der (in Deutschland vorgenommenen) für die UdSSR. verbindlichen Rechtshandlungen der Bekl. Schon der Ausnahmeharakter dieses Zugeständnisses verbietet eine ausdehnende Auslegung. Daß die UdSSR. in der Person der Bekl. nicht ohne weiteres für Rechtshandlungen anderer, im Gebiet des Deutschen Reichs sich privatwirtschaftlich betätigender Sowjetstellen der deutschen Gerichtsbarkeit unterstehen soll, ergibt sich aber auch aus der Best. des Art. 9 Abs. 1, wonach die Haftung der UdSSR. für Rechtshandlungen anderer staatlicher Unternehmungen ausdrücklich von einer Haftungsübernahme durch die Bekl. abhängig gemacht worden ist. Daß die Voraussetzungen der Weisbegünstigungsklausel des ersten Satzes des Art. 9 Abs. 1 gegeben wären, ist weder behauptet noch sonst ersichtlich.

(Vg., Beschl. v. 22. März 1933, RAG 13/33. — Berlin.)

**\*\* 5.** § 115 Abs. 2 GewD.; § 394 BGB. Gestundete Mietbeträge können einem Deputanten bei der Lohnzahlung angerechnet werden.

(Vg., Art. v. 10. Mai 1933, RAG 83/33. — Königsberg i. Pr.)

**6.** § 115 Abs. 2 GewD.; § 394 BGB.; §§ 70, 72 PrPol-BerwG. v. 1. Juni 1931. Wegen den Lohnanspruch eines Gemeindearbeiters kann mit dem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch wegen der Kosten der ihm zugewiesenen Obdachlosenwohnung nicht aufgerechnet werden.

(Vg., Art. v. 20. Mai 1933, RAG 69/33. — Esen.)

**7.** § 2 KündSchG. Kündigungsfrist und Wirtschaftsfrist. Zur Frage der Zulässigkeit sogenannter Kettenkündigungen. †)

Der Kl. war seit mehr als 40 Jahren Angestellter im Betriebe der Bekl. Am 15. Mai 1931 kündigte die Bekl. das Dienstverhältnis „unter Berücksichtigung des § 2 KündSchG. v. 9. Juli 1926“ zum 31. Dez. 1931. Das Schreiben hat weiter folgenden Wortlaut:

„Für den Fall, daß Sie über diesen Termin hinaus beschäftigt werden können, gilt die Kündigung für den weiteren gesetzlichen

Zu 7. Der Zweck des Gesetzes über die Fristen für die Kündigung von Angestellten v. 9. Juli 1926 (KündSchG.) besteht nach feststehender Nspr. darin, daß ältere Angestellte, die schon lange

Termin usw. stets unter Berücksichtigung der gewonnenen Zeit durch die vorausgegangene Kündigung.

Ahaus, den 30. Juli 1931.

Ahaus, den 30. Oktober 1931.

Ahaus, den 31. Dezember 1931.

Ahaus, den 31. März 1932.

Ahaus, den 30. Juni 1932.

Ahaus, den 30. Oktober 1932.

Ahaus, den 31. Dezember 1932.

Ahaus, den 31. März 1933.

Ahaus, den 30. Juni 1933.

Ahaus, den 30. Oktober 1933.

Ahaus, den 31. Dezember 1933."

Das Schreiben trägt weiter kein Datum an seinem Kopf. Es ist unterstempelt und mit der Unterschrift eines der Gesellschafter der Vell. unterzeichnet.

Am 30. Aug. 1932 schrieb die Vell. an den Kl.:

"Da die überaus schlechte Wirtschaftslage anhält und auch keine Aussicht auf baldige Besserung vorhanden ist, ist es mir leider nicht möglich, Sie über den 30. Sept. 1932 hinaus noch weiter zu beschäftigen. Sie wollen daher Ihr Angestelltenverhältnis zum vorgenannten Termin als gelöst betrachten. . ."

Die Parteien streiten darüber, ob die Vell. das langjährige Dienstverhältnis zum 30. Sept. 1932 wirksam aufgekündigt hat, oder ob es gemäß dem Kündigungsgesetz noch bis 31. März 1933 fort-dauert. Die Kündigung der Vell. v. 30. Aug. 1932 kann die Be-erdigung des Dienstverhältnisses für den 30. Sept. 1932 nicht her-beigeführt haben. Es ist lediglich streitig, ob in dem Schreiben der Vell., das dem Kl. am 15. Mai 1931 zugegangen ist, eine Auf-kündigung für den 30. Sept. 1932 zu finden ist. Das BG. ver-neint das, weil es in dem Schreiben einen Verstoß gegen Sinn und Zweck des Kündigungsgesetzes erblickt. Ob diese Begr. zutrifft, kann dahingestellt bleiben. Die Rev. ist schon deshalb unbegründet, weil dem Schreiben v. 15. Mai 1931 überhaupt eine rechtlich wirksame Bedeutung abgesprochen werden muß: Es ist in sich unverständlich und widerspruchsvoll und daher überhaupt unbeachtlich. Betrachtet man den Text des Schreibens ohne Rücksicht auf die Reihe von Daten unter ihm, so stellte es zunächst eine Kündigung für den 31. Dez. 1931 dar, gegen die nach dem Kündigungsgesetz nichts einzu-wenden wäre. Sollte nun an diesem Termine eine Entlassung nicht erfolgen, so sollte das Dienstverhältnis fortgesetzt werden, aber zu-gleich wieder eine Kündigung ausgesprochen sein unter Berücksich-tigung des Kündigungsgesetzes für den nächsten Termin und so fort. Das Schreiben läßt sich also dahin auslegen, daß die Fortsetzung des Dienstverhältnisses und die erneute Kündigung in derselben Weise fortgehen sollten, bis einmal eine Weiterbeschäftigung nicht erfolgte.

Jahre in demselben Betriebe beschäftigt sind, vor kurzen Kündi-gungsfristen bewahrt werden sollen, damit sie hinreichend Zeit haben, sich nach einer anderen Stellung umzusehen (vgl. JW. 1933, 1677 und die dort angeführten älteren Entsch.). Von Anfang an sind Bedenken aus Wirtschaftskreisen laut geworden, daß in Zei-ten sinkender Konjunktur die Vorschr. des Gesetzes sich leicht zum Nachteil der Angestellten auswirken können. Dies hat — nach Mit-teilung von Huef: VenshSamml. 17, 399 — noch in jüngster Zeit dem RArbMin. Anlaß zur Einforderung eines Gutachtens vom sozialpolitischen Ausschuß des vorl. Reichswirtschaftsrats ge-geben über die Frage, wie das Kündigungsgesetz sich in der Zeit der Wirt-schaftskrise auswirke und ob die Schutzmaßnahmen des Gesetzes gegenwärtig Nachteile für die geschützten Angestellten mit sich bringen; die Mehrheit des Ausschusses hat sich am 23. Dez. 1932 „im Interesse der Stetigkeit der sozialpolitischen Entwicklung“ gegen eine Änderung des Gesetzes ausgesprochen.

Das RArbG. ist den Versuchen, die Best. des Kündigungsgesetzes zu umgehen, stets entgegengetreten. Es hat aber solche Umgehung nicht schon in dem Abschluß eines Dienstvertrags auf bestimmte Zeit ge-funden. Ein auf bestimmte Zeit eingegangenes Dienstverhältnis endet nach § 620 Abs. 1 BGBW. mit dem Ablauf der Zeit von selbst, ohne daß es einer Kündigung bedarf. „Für die Anwendung von Vorschr., die die Kündigung einschränken, ist daher hier kein Raum“ (RArbG. 1, 361 = JW. 1928, 2929). In derselben Entsch. hat das RArbG. die Auffassung abgelehnt, als ob mit einem nach § 2 Kündigungsgesetz geschützten Angestellten überhaupt kein Dienstver-trag auf eine Zeit abgeschlossen werden dürfe, die kürzer wäre als die Fristen des § 2. Nur wenn die Beteiligten an Stelle eines ein-heitlichen dauernden Dienstverhältnisses eine Kette fortgesetzter f u r z i f t i g bestimmter Dienstverträge schließen, so k a n n darin u. U. eine Umgehung des Kündigungsgesetzes liegen.

Im vorl. Fall hat das RArbG. die Kündigung als unwirksam behandelt, weil sie nicht klar und zweifelsfrei erklärt war. Es läßt aber deutlich durchblicken, daß es im Gegensatz zum BG. den Ab-schluß einer Kette von zeitlich begrenzten Dienstverträgen dann für zulässig ansehen würde, wenn dabei jedesmal die Fristen des Kündi-gungsgesetzes gewahrt bleiben.

RH. Dr. W. O p p e r m a n n, Dresden.

So verstanden hätte die Vell. die Fristen des Kündigungsgesetzes an sich gewahrt. Von diesem rechtlichen Gesichtspunkte aus, auf den der VerK. die Entsch. zum Nachteil der Vell. gegründet zu haben scheint, wäre mithin gegen die Zulässigkeit einer derartigen Kündi-gung kein Bedenken zu erheben. Zur Rechtswirksamkeit der Kündi-gung gehört aber weiter, daß die Vell. ihre wirkliche Absicht mit der nötigen Bestimmtheit und Klarheit und namentlich auch für den Kl. erkennbar zum Ausdruck gebracht hätte. Hieran gebricht es. Abgesehen von den Fehlgriffen im Datum, die als bloßes Schreib-versehen aufgefaßt werden können, ließ die Vell. ungewiß, ob sie die zeitbegrenzten späteren Kündigungen endgültig schon heute (am 15. Mai 1931) aussprechen wollte oder nicht. (Wird weiter aus-geführt.) Unmöglich war dem Kl. zuzumuten, daß er sich in dieser verworrenen Rechtslage zurechtfinden sollte.

(RArbG., Ur. v. 20. Mai 1933, RAG 46, 47/33. — Münster i. W.)

\*

S. § 84 BetrRG.; § 138 BGB. Eine Kündigung, die sich lediglich als unbillige Härte i. S. des § 84 Nr. 4 BetrRG. darstellt, kann nicht als unwirksam wegen Verstoßes gegen die guten Sitten i. S. des § 138 BGB. behandelt werden.

(RArbG., Ur. v. 18. Febr. 1933, RAG 491/32. — Halle a. S.)

## Hamburg. Landesarbeitsgerichte.

I. Wenn eine Bank das Gehalt ihrer Angestellten auf ein bei ihr selbst geführtes Girokonto überweist, ver-lieren die Angestellten dadurch nicht ihr Vorrecht aus § 61 Ziff. 1 RD.

(RArbG. Hamburg, Ur. v. 9. Dez. 1932, LA Bf 445/32.)

## C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

### I. Reich.

#### Reichsfinanzhof.

Berichtet von Reichsfinanzrat Dr. Boetjke, Reichsfinanzrat Artl und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

[< Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichs-finanzhofs abgedruckt.]

× I. §§ 13, 19 EinkStG. Der Hersteller kann auf Grund seines Bewertungswahlrechts aus § 19 EinkStG. Rohstoffe zu dem den gemeinen Wert übersteigenden An-schaffungspreis bewerten, soweit er ihn im Falle des Ver-kaufs der fertigen Ware zuzüglich der Herstellung- und der Verkaufskosten bei vorsichtiger Beurteilung der Ver-hältnisse des Bilanzstichtags und der an diesem zu er-wartenden Entwicklung zu erlösen erwarten kann. Der Sen. hält daran fest, daß im allgemeinen das Bewertungswahl-recht des Kaufmanns aus § 19 EinkStG. zwischen dem ge-meinen Wert und dem höheren Anschaffungspreis bei Vor-räten nach oben durch den bei vorsichtiger Beurteilung zu erwartenden Verkaufspreis, abzüglich der Verkaufs- und gegebenenfalls der eigenen Herstellungskosten, begrenzt wird. Nur bei solchen Werten, für die ausgesprochene Börsen- oder Marktpreise bestehen, ist der Kaufmann an diese gebunden, falls nicht der objektive Wert der Vor-räte am Bilanzstichtage höher ist oder nur vorübergehende, völlig außergewöhnliche Umstände den Börsenkurs oder Marktpreis beeinflusst haben.

(RFG., 6. Sen., Ur. v. 30. Mai 1933, VI A 1657/32 S.)

\*

2. §§ 1 Nr. 1, 8 Abs. 1 Satz 1 UmfStG. 1926 (1932). Übernimmt ein sog. Vergewerksunternehmer in einer frem-den Sache das Forttreiben von Gesteinsstreden, so gehören die Löhne regelmäßig nicht zum umsatzsteuerpflichtigen Entgelt, sofern die Sache die Arbeiter im eigenen Namen annimmt.

(RFG., 5. Sen., Ur. v. 20. Mai 1933, VA 1010/32 S.)

\*

3. §§ 1 Nr. 1, 8 Nr. 7 UmfStG. 1926. Leistungsaus-tausch. Vertragsauslegung.

Durch Vertrag vom Mai 1928 mit einer KabarettGmbH. hat die beschwerdeführende Verlagsgesellschaft Druck und Verlag der von der GmbH. herausgegebenen und als Vorstellungsprogramm verwendeten Monatszeitschrift übernommen. Die gesamte Auflage war an die GmbH. zu liefern. Eine besondere Vergütung war nicht

vereinbart, indessen sollten von den vorgesehenen 16 Druckseiten jedes Heftes dem Beschw. acht zur Aufnahme von Anzeigen für seine eigene Rechnung zur Verfügung stehen. Die andere Hälfte war für redaktionelle Beiträge und Bilder der GmbH. bestimmt. Es geht nicht an, zum steuerpflichtigen Umsatz des Beschw. neben den von den Einrückern gezahlten Entgelten noch den Wert der Überlassung des halben Zeitschriftenraumes zu rechnen und diesen Wert mit den Herstellungskosten der Hefte gleichzustellen. Das FinGer. hat den Beschw. in Höhe dieser Kosten mit Recht von der Steuer freigestellt.

Für die Auslegung eines Vertrags ist nicht entscheidend sein Wortlaut, sondern der von den Beteiligten gewollte Inhalt.

Eine Verrechnung der Leistungen findet unter den Beteiligten (der Verlagsgesellschaft und der GmbH.) nicht statt, vielmehr wird jeder Teil ausschließlich auf eigene Rechnung tätig. Schon dieses Verhalten weist darauf hin, daß die Beteiligten selbst ihre Tätigkeiten nicht als Leistung und Gegenleistung auffassen. Es ist auch nicht möglich, eine Wertbeziehung zwischen den Tätigkeiten beider Partner i. S. von § 8 Nr. 7 UmsStG. herzustellen. Demnach fehlt den Tätigkeiten die Art des Zusammenhanges, die ihnen erst die Eigenschaft als Leistung und Gegenleistung verleihen würde; ein Leistungsaustausch liegt also nicht vor. Vielmehr handelt es sich um einen Zusammenschluß der Beteiligten zu dem gemeinsamen Zweck, durch die Herstellung und den Vertrieb der Hefte sowie durch die Aufnahme von Inseraten in die Hefte Einnahmen zu erzielen. Das Innenverhältnis der Beteiligten ist demnach ein gesellschaftliches; jeder bringt die vereinbarte Leistung in die Gesellschaft ein. Da nach außen nur jeder der Gesellschafter als Unternehmer auftritt, nicht aber die Gesellschaft, so kommt auch diese als Umsatzsteuersubjekt nicht in Frage.

(RFG., 5. Sen., Ur. v. 27. Jan. 1933, V A 920/32.)

\*

4. § 2 Nr. 4 UmsStG. 1926. Die Vermietung von Außenflächen eines Gebäudes zu Reklamezwecken ist umsatzsteuerpflichtig.

(RFG., 5. Sen., Ur. v. 13. April 1933, V A 299/32 S.)

\*

5. § 7 UmsStG. Ein Zwischenhändler, der Möbelfstücke bezieht, aber eine Zimmereinrichtung liefert, hat keinen Anspruch auf Steuerbefreiung i. S. des § 7 UmsStG.

(RFG., 5. Sen., Ur. v. 23. Juni 1933, V A 381/33.)

\*

6. § 7 Abs. 1 UmsStG. 1926 (1932).

1. Nimmt der Zwischenhändler in seiner Eigenschaft als geschäftsführender Gesellschafter der Herstellerfirma unverkaufte Ware auf deren von ihm verwaltetes Lager, so schließt die Übertragung des unmittelbaren Besitzes an der Ware durch ihn auf seine Kunden die Befreiung seiner Lieferungen aus.

2. Die Befreiung des reinen Handels mit der fertigen Ware wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Zwischenhändler zuvor in seiner Eigenschaft als Mitinhaber der Herstellerfirma die von dieser erzeugten Halbfabrikate in Verwahrung nimmt.

(RFG., 5. Sen., Ur. v. 23. Juni 1933, V A 742/32 S.)

## Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Bieleke, Landgerichtsdirektor Persting, Berlin.

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

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

\*\* O 1. § 202 RVD. Der Ablauf der Krankenhilfe i. S. dieser Vorschrift wird durch den Zeitpunkt der Aussteuerung bestimmt.

Selbst wenn der verstorbene Neffe der M. nach erfolgter Aussteuerung am 9. Okt. 1930 die Mitgliedschaft bei der WDKrankk. für die Zeit des tatsächlichen Bezuges der Arbeitslosenunterstützung fortgesetzt haben sollte, könnte die M. dennoch kein Sterbegeld beanspruchen, weil zur Zeit des Todes ihres Neffen mehr als ein Jahr seit dem Ablauf der Krankenhilfe i. S. des hier allein in Frage kommenden § 202 RVD. verstrichen war. Der Ablauf der Krankenhilfe in dem angegebenen Sinne wird durch den Zeitpunkt der Aussteuerung bestimmt. Mit dieser Auffassung steht auch die amtliche Begr. zum WVG. des Gef. betr. die Krankenversicherung der Arbeiter v. 10. April 1892 (RGM. 379) im Einklang, durch das der § 20 KrankVerfG. einen dem § 202 RVD. entsprechenden Abs. 3 erhielt. In dieser Begr. (S. 45, 46) heißt es, daß nach der

bisherigen Regelung nur die Hinterbliebenen der als Mitglieder der Kasse Verstorbenen einen Anspruch auf Sterbegeld hätten. Versterbe dagegen ein als Mitglied einer Kasse Erkrankter nach Ablauf der gesetzlichen oder statutarischen Dauer der Krankenunterstützung, ohne wieder in die frühere Beschäftigung eingetreten zu sein, so bestche zwischen ihm und der Kasse, falls er nicht etwa durch freiwillige Zahlung der Beiträge sich die Mitgliedschaft erhalten habe, keinerlei Beziehung mehr, auf Grund deren er noch als Mitglied angesehen werden könnte. Demnach würden dessen Hinterbliebene kein Sterbegeld beanspruchen können. Hierin liege aber eine unverkennbare Unbilligkeit, wenn die Krankheit nach Beendigung der Krankenunterstützung fortgebauert und in weiterem ununterbrochenen Verlauf den Tod herbeigeführt habe. Auf der anderen Seite erfordere das Interesse der Kasse, daß der Anspruch nicht auf unbeschränkte Zeit zugelassen werde. Eine gesetzliche Regelung der vorgeschlagenen Art entspreche somit den Interessen beider Teile. Der Gesetzgeber wollte also mit der Ausnahmevorschrift des jetzigen § 202 RVD. nur für einen von vornherein feststehenden, beschränkten Zeitraum nach dem Erlöschen der Mitgliedschaft eines als Kassenmitglied Erkrankten dessen Hinterbliebenen aus Billigkeitsgründen Sterbegeld gewähren. Beginn und Ende jenes Zeitraumes aber können nach der Absicht des Gesetzgebers nur dann für alle Fälle eindeutig und gleichmäßig bestimmt werden, wenn für den Ablauf der Krankenhilfe der Zeitpunkt maßgebend ist, in dem der Anspruch auf die sachungsmäßigen Leistungen der Kasse erschöpft ist, d. h. also der Zeitpunkt der Aussteuerung. Ein etwaiger späterer Zeitpunkt, bis zu dem die Kasse, durch irgendwelche mehr oder weniger zufälligen Umstände veranlaßt, jedoch ohne Rechtsgrund noch Leistungen gewährt hat, kommt demnach für die Berechnung der Jahresfrist des § 202 RVD. nicht in Betracht. Auch im Schrifttum wird allgemein diese Auffassung vertreten (vgl. Hahn-Rühne, Handb. der Krankenversicherung, 10./11. Aufl. 1929, S. 329 Anm. 1 b zu § 202; ArbVerf. 1928, 368 Nr. 6).

(RVerfA., 1. RevSen., Ur. v. 12. April 1933, II a K 194/32<sup>1</sup>.) [R.]

## II. Länder.

### Oberverwaltungsgerichte.

#### Preußen.

#### Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräs. Geh. RegR. von Kries u. RA. Dr. Görres, Berlin.

1. § 56 PrZustG. Wegebauliche Erstattungsklage. Wenn ein Dritter für einen Hand- und Spanndienstpflichtigen die Leistung vornimmt, so kann er Ersatz von dem Pflichtigen nur nach den Regeln der Erstattung, insbes. also der Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen. Hierbei ist eine vorherige Aufforderung des Pflichtigen zur Leistung der Hand- und Spanndienste in Natur, wie sie die Wegepolizei regelmäßig vor zwangsweiser Durchführung ihres Anspruchs erlassen mußte, nicht Voraussetzung für die Erstattungsklage.

Der erste Richter übersieht, daß es sich vorl. nicht um eine Heranziehung zu Hand- und Spanndiensten durch die Wegepolizei handelt, sondern um einen Ersatzanspruch dessen, der eine wegebauliche Leistung an Stelle des Verpflichteten bewirkt hat und nun von diesem Ersatz für seine Auslagen fordert. Voraussetzung einer solchen Erstattungsklage ist allein, daß es sich um eine Leistung handelt, die als eine wegebauliche in Erfüllung der Wegebaupflicht des Vell. erfolgt ist (Vermerhausen-Sehdel, Bd. I S. 457 zu Anm. 21; DVG. 73, 340, 343) und daß ferner materiell die Voraussetzungen des den Ersatzanspruch rechtfertigenden privatrechtlichen Titels (Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigte Bereicherung) vorliegen. Nicht dagegen ist Voraussetzung, daß der Dritte, der den Ersatzanspruch geltend macht, den Hand- oder Spanndienstpflichtigen vergeblich zur Leistung der Dienste heranzuziehen versucht hätte. Wenn M. eine solche Voraussetzung für nötig erachtet, so läßt er außer acht, daß ein ersatzberechtigter Dritter regelmäßig nicht selbst Wegepolizeibehörde ist, daß insbes. M. keine wegepolizeilichen Funktionen auszuüben hat und daher gar nicht berechtigt war, die Vell. zu einer wegebaulichen Leistung „heranzuziehen“ oder eine solche von ihnen sonst in der Weise zu fordern, wie dies die Wegepolizei kann. M. besaß auch keinerlei Anspruch gegen die Vell. auf Leistung der Hand- und Spanndienste, denn die Hand- und Spanndienstpflicht ist eine Polizeilast (Vermerhausen-Sehdel, Bd. I S. 294 zu Anm. 4) und liegt den pflichtigen Gemeinden gegenüber dem Staat, nicht gegenüber einem Dritten, mag er auch im übrigen wegebaupflichtig sein, ob. Der einzige Rechtsgrund, aus dem M. einen Anspruch, und zwar einen Erstattungsanspruch, gegen die Vell. herleiten

konnte, war vorliegend der bürgerlich-rechtliche der Geschäftsführung ohne Auftrag. Zu den Voraussetzungen eines auf diesen Titel gestützten Erfüllungsanspruchs gehört aber nicht die vergebliche Aufforderung des Pflichtigen durch den, der die Leistung an seiner Stelle bewirken will, sondern nur, daß der Geschäftsherr, „sobald es tunlich ist“, von der Übernahme der Geschäftsführung benachrichtigt und seine Entschließung abgewartet worden ist, es sei denn, daß mit dem Aufschube Gefahr verbunden wäre (§ 681 BGB.). In diesem Sinne allein können auch Ausführungen des OBG. im Ur. v. 31. Mai 1900 (OBG. 37, 239, 241) verstanden werden. Der Gerichtshof kann der gegenteiligen, auf die Entsch. v. 31. Mai 1900 gestützten Auffassung *Vermerzhäuser-Sehdels*, Bd. I S. 295 zu Anm. 11 aus den genannten Gründen nicht folgen.

(PrOBG., 4. Sen., Ur. v. 4. Mai 1933, IV B 39/31.)

\*

**2. Gewerbesteuer. Beginn der Verjährungsfrist.** Die Verjährung der staatlich veranlagten Gewerbesteuer beginnt erst mit dem Ablauf des Steuer- (Rechnungs-) Jahres, in welchem der Anspruch entstanden ist, nicht schon mit dem Ablauf des Kalenderjahres.

Streitig ist, ob der Lauf der Verjährungsfrist für die veranlagte Steuerforderung mit dem Ablauf des Kalenderjahres 1926 oder mit dem des Rechnungsjahrs 1926 begonnen hat. Im ersteren Falle würde der Verjährungseinwand der StPfl. begründet sein, im letzteren nicht.

Nach § 122, jetzt § 145 ABG.D., der nach § 19 GewStW. für die staatliche Veranlagung zu GewStGrundbeträgen sinngemäß Anwendung findet, beginnt die Verjährungsfrist „mit Ablauf des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist“. Die Entsch. hängt also davon ab, was im GewStRecht unter diesem „Jahr“ zu verstehen ist, ob das Kalender- oder das Rechnungsjahr. In der Begr. zur ABG.D. (Druckf. Nr. 759 verf. deutschen NatVerf. v. 1919 S. 108) heißt es zu § 122: „Die Verschiebung auf den Ablauf des Jahres entspricht dem bürgerlichen Recht.“ Es fragt sich, ob damit das Recht des BGB. über den Beginn der Verjährungsfrist bei Forderungen in vollem Umfange, also auch bzgl. des Zeitbegriffs des Jahres, für anwendbar erklärt worden ist. Würde das der Fall sein, dann würde auch bei der GewSt. für den Beginn der Verjährungsfrist der im § 201 BGB. festgesetzte Zeitpunkt, also der Schluß des Kalenderjahres, entscheidend sein. Diese Annahme ist aber unzutreffend. Wenn die Begr. zur ABG.D. den Beginn der Verjährungsfrist auf den Ablauf des Jahres verschiebt, so will sie damit nur ausdrücken, daß die Verjährung nicht bereits mit dem Tage beginnen soll, an dem der Steueranspruch als entstanden anzusehen ist, sondern erst mit dem Ablauf des Jahres, in das die Entstehung des Steueranspruchs fällt. Das hat den wesentlichen praktischen Vorteil, daß damit Streitigkeiten über den im einzelnen Falle in Betracht kommenden Zeitpunkt vermieden werden, und für den Beginn der Verjährungsfrist bei allen im gleichen Jahre entstandenen Steueransprüchen derselbe feste Zeitpunkt gilt. Aus der Begr. zu § 122 ABG.D. kann daher i. Verb. m. § 19 GewStW. nicht entnommen werden, daß entsprechend dem § 201 BGB. allgemein für die GewSt. der Ablauf des Kalenderjahres den Lauf der Verjährungsfrist bestimmt.

Folgende Erwägungen sprechen aber gegen diese Annahme. Es handelt sich um einen Steueranspruch. Die Zeiteinheit für die Veranlagung der preuß. GewSt. ist das Steuerjahr, d. h. das Jahr, für welches die GewSt. jeweils festgesetzt wird, also von 1925 ab das Rechnungsjahr; das Kalenderjahr ist nur für die Berechnung der Veranlagung dienenden Bemessungsgrundlage maßgebend. Nach § 16 Abs. 1 GewStW. „erfolgt die Veranlagung der GewSt. für das Rechnungsjahr“. Das Rechnungsjahr ist also das Jahr, auf welches sich die staatliche Veranlagung zur GewSt. bezieht. Die staatliche Veranlagung gilt nur für dieses eine Rechnungsjahr; für das nächste Rechnungsjahr ist sie erneut vorzunehmen. Wollte man das Kalenderjahr für die Verjährung der GewSt. entscheidend sein lassen, so würde innerhalb desselben Steuerjahres bzgl. des Laufes der Verjährungsfrist ein Unterschied bestehen, je nachdem die Steuerforderung in den drei Vierteljahre des Steuerjahres oder in dem letzten Vierteljahr entstanden ist. Ein solcher Unterschied ist aber ungeredtfertigt, da die GewSt. eine Jahressteuer ist. Es geht also nicht an, den durch die Verjährung eintretenden Verlust des Steueranspruchs auf einen anderen Zeitpunkt als den Ablauf des Rechnungsjahrs anzusehen, weil das mit dem System der preuß. GewStErhebung nicht vereinbar sein würde. Die durch § 19 GewStW. verordnete Anwendung des Reichsrechts soll aber nur „sinngemäß“ sein. Selbst wenn also — worauf hier nicht einzugehen ist — die reichsrechtliche Verjährung in allen Fällen mit dem Ablauf des Kalenderjahres beginnen sollte, so würde das für die preuß. GewSt. keine Bedeutung haben.

Das Ergebnis stimmt mit dem übrigen preuß. Steuerrecht über-

ein. Für das Anwendungsgebiet des Ges. über die Verjährungsfristen für öffentl. Abgaben v. 18. Juni 1840 (GS. 140) ist durch Ges. v. 12. Juli 1876 (GS. 288) an Stelle des Kalenderjahres das Rechnungsjahr gesetzt worden; hinsichtlich des KommABG. v. 14. Juli 1893 sieht ebenfalls auf Grund der Rspr. (vgl. OBG. 37, 49; 56, 134; 71, 152) fest, daß unter „Jahr“ in den §§ 87, 88 a. a. D. das Rechnungsjahr zu verstehen ist.

(PrOBG., 8. Sen., Entsch. v. 20. Dez. 1932, VIII GST 725/32.)

## D. Ausländische Gerichte.

### Osterreich.

#### Oberster Gerichtshof Wien.

**I. In Österreich sind Markforderungen, die in Deutschland zahlbar sind und dem deutschen Recht unterstehen, mangels ausdrücklicher Effektivklausel als nicht-effektive Fremdwährungsschulden zu behandeln. (†)**

KL. (Tuttlingen in Württemberg) hatte vom Bekl. (Wien) 537 R.M. zu fordern. Als Erfüllungsort war Tuttlingen vereinbart. Eine ausdrückliche Absprache, es sei in R.M. effektiv zu zahlen, war nicht getroffen. KL. verlangte Zahlung in R.M., evtl. Zahlung in Schillingen zum Berliner Kurs des faktischen Zahlungstages. Bekl. bot Zahlung in Schillingen zum amtlichen (d. h. diktierten) Markkurs der Osterreich. Nationalbank an, was KL. ablehnte. Bekl. hinterlegte daher in Wien den von ihm angebotenen Betrag. Die gemäß dem vom KL. gestellten Verlangen erhobene Klage wurde vom Handelsgericht Wien gutgeheißen, vom OGH. Wien abgewiesen: Es handelt sich mangels ausdrücklicher Effektivklausel um eine nicht-effektive Fremdwährungsschuld. Nach der OstDevW. konnte also, obgleich T. Erfüllungsort ist, Erfüllung nur in österr. Zahlungsmitteln an einem österr. Machhaber begehrt werden. Es liegt somit eine Geldverpflichtung im Sinne Art. 1 § 1 der OstGoldklauselB.D. vor mit der Folge, daß Zahlung in Schillingen zum Nationalbankkurs schuldtilgend gewirkt hätte (§ 3 ebenda). Da diese vom KL. abgelehnt wurde, so war Bekl. gem. ABGB. 1425 zur Hinterlegung berechtigt, und zwar in Wien, weil infolge der DevW. nur im Inlande gezahlt werden konnte, der ausländische Erfüllungsort also ohne Bedeutung war.

(OGH. Wien, Entsch. v. 25. April 1933, 3 Ob 1128/32; Rspr. 1933 Nr. 150.)

**Zu 1.** Den gleichen Standpunkt nahm der OGH. in einer Rekursentsch. vom gleichen Tage (Rspr. 1933 Nr. 149) ein. K. (Lu. Schweiz) hatte von A. 8000 Schweiz. Fr. zu fordern; Erfüllungsort Lu. Wegen dieser Forderung war auf einem Bregenzer Grundstück eine Frankenhyp. eingetragen. Im Zwangsversteigerungsverfahren berechnete das BezGer. Bregenz geleistete Schillingsschulden nicht nach dem Züricher Schillingkurs, sondern nach dem österr. Nationalbankkurs. Der OGH. trat dem bei: eine effektive Frankenschuld sei nicht „behauptet“; es greife daher die OstGoldklauselB.D. Platz.

Beide Entsch. sind schon von österr. Seite (W a h l e in seiner Ann.: Rspr. 1933 S. 106) mit Recht als unhaltbar bezeichnet worden. Hier nur folgendes: Eine Geldschuld, die dem Rechte des Staates a untersteht, dort zahlbar und in der Währung jenes Staates ausgedrückt ist, ist selbstverständlich „effektiv“ in der Währung a zu bewirken (vgl. AcP. 126, 322). Das Selbstverständliche aber sagt man nicht: man vereinbart es nicht, und man braucht es im Prozeße nicht zu behaupten. Wenn also Hamburg an Hamburg oder Köln an Leipzig 1000 R.M. zu zahlen verspricht, so fällt es mit Recht niemandem ein, im Vertrag ausdrücklich beizufügen, die Zahlung sei in Reichsmark „effektiv“ zu bewirken, oder im Prozeße ausdrücklich zu behaupten, es sei Effektivzahlungspflicht ausgemacht. Vielmehr bedarf gegebenenfalls das Gegenteil besonderer Absprache und ausdrücklicher Behauptung. Beides gilt auch dann, wenn über die Schuld ein ausländischer (z. B. österr.) Richter zu urteilen hat, also etwa deswegen, weil der Kölner Markschuldner von einem Wiener beerbt worden ist, oder weil für die Hamburger Markschuld ein Wiener Grundstück hypothekarisch haftet. Über den Einfluß der österr. Devisengesetzgebung vgl. OGH. Wien: JW. 1933, 1687. — Wie die Dinge liegen, wird dem deutschen Gläubiger, der mit Österreich Markgeschäfte mit deutschem Erfüllungsorte tätigt, gleichwohl anzuraten sein, das Selbstverständliche (nämlich die Effektivität) ausdrücklich auszubedingen und zu behaupten.

Prof. S a n s R e i c h e l, Hamburg.