

Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

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

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

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

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

Anzeigen die 6 gespaltene Millimeterhöhe 21 Pf., für den Stellenmarkt 15 Pf., $\frac{1}{2}$ Seite M. 300.—, $\frac{1}{2}$ Seite M. 165.—, $\frac{1}{4}$ Seite M. 80.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungstrich zu Trennungstrich gerechnet. Bei Zifferanzeigen kommen noch 60 Pf. Gebühren hinzu. Zahlungen ausnahmslos auf Postfachkonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63673, erbeten.

Für den Deutschen Anwaltverein sind Zuschriften nach Leipzig C 1, Nikolaiplatz 3, Zahlungen auf Postfachkonto Leipzig 10102 zu richten. Alle Sendungen für die Schriftleitung der JW. werden nach Berlin W 62, Maaßenstr. 27 erbeten.

Aktienrecht.

Bilanzen und Bilanzprüfung.

Deutscher Anwaltverein, Ausschuß für Aktienrecht, Bericht über Art. V und VI NotW.D. v. 19. Sept. 1931.

Von Rechtsanwalt Dr. Dr. Max Hachenburg und Rechtsanwalt Professor Dr. Julius Lehmann, Frankfurt a. M.

Durch die NotW.D. v. 19. Sept. 1931 ist ein Teil des Entw. eines Gesetzes über AktG. und KommGes. a. A. geltendes Recht geworden. Ein anderer Teil harret noch der Erledigung. Sie soll auf dem regelmäßigen Wege durchgeführt werden. Der Ausschuß hat seine Beratungen wieder aufgenommen. Er hat auch die Bestimmungen der NotW.D. in den Bereich seiner Betrachtung gezogen. Die Veröffentlichung der Gesamtergebnisse wird erst nach Schluß der Beratungen erfolgen. Der Ausschuß hielt es jedoch für geboten, ein Stück hieraus vorwegzunehmen. Das sind die in den Art. V und VI NotW.D. behandelten Vorschriften über die Bilanzen und die Bilanzprüfer. Dabei handelt es sich einmal um die Auffassung des jetzt geltenden neuen Rechts, zum andern aber um die Frage, inwieweit durch die AusfBest. zur NotW.D. Ergänzungen und Erläuterungen der NotW.D. erforderlich sind. Überwiegend war der letztere Gesichtspunkt. Wenn die Vorschläge des Ausschusses Einfluß gewinnen sollen, so müssen sie so zeitig bekanntgegeben werden, daß nicht nur die Regierung davon erfährt, sondern auch, daß eine Kritik dieser Anordnungen ermöglicht wird.

Der Ausschuß war sich bewußt, daß die grundlegenden Anordnungen der NotW.D. als geltendes Recht anzuerkennen sind. Er ist auch nicht in die Erörterung darüber eingetreten, ob die Teilreform sich rechtfertigen läßt. Auf der einen Seite steht die Notwendigkeit, mit sofortiger Wirkung die Stücke des Entw. in Kraft zu setzen, welche in der bestehenden schweren Wirtschaftskrise dazu helfen mögen, das gesunkene Vertrauen in die AktG. wieder zu beleben. Auf der anderen Seite wird man bei der Durcharbeitung des Rechts der NotW.D. erkennen, daß jede Zerreißung eines einheitlichen Gesetzeswerks Schwierigkeiten bereitet. Der zum Gesetz gemachte Torso wird Spuren der Verstückelung zeigen. Dies zeigt sich bei dem vorliegend behandelten Gebiete darin, daß man nur einen Teil der Offenlegungsvorschriften in die NotW.D. aufgenommen hat. Das ebenso wichtige Auskunftsrecht des Aktionärs ist draußen gelassen. Und doch bildet dieses Fragerecht die notwendige Ergänzung zu der von Amts wegen in Bilanz- und Geschäftsbericht zu gewährenden Aufklärung. Wenn man es nicht be-

dauert, daß die §§ 88—93 Entw. II nicht schon Gesetz geworden sind, so deshalb, weil der Ausschuß sich gegen die von Entw. I abweichende Fassung des Entw. II in §§ 88 Abs. 2 wendet. Hier wird die Rückkehr zum ersten Entw. vorgeschlagen. Es ist zu befürchten, daß die Erteilung des Auskunftsrechts an jeden Aktionär, verbunden aber mit der Verfassung irgendwelcher Rechte für den Fall der Verweigerung der Auskunft eher das Gegenteil von dem bewirkt, was man beabsichtigt. Entw. II hat an Stelle des Entw. I eine etwas eigenartige Fassung gewählt. Lehnt der Vorstand die Auskunft ab, so ist sie nur auf Verlangen einer Minderheit von 10% des Grundkapitals zu erteilen. Das heißt doch nichts anderes, als daß ein Auskunftsrecht des einzelnen Aktionärs nicht besteht, sondern nur ein Minoritätsrecht. Man kann sich vielleicht erklären, warum man trotzdem in § 88 Abs. 1 gesagt hat, daß jedem Aktionär Auskunft zu erteilen ist. Besser aber wäre es gewesen, das Kind beim rechten Namen zu nennen. Der Ausschuß war aber hier der Meinung, daß, wenn ein Auskunftsrecht gewährt werden soll, es jedem einzelnen Aktionär zustehen muß. Es genügt, daß das Recht auf Vertragung der Minderheit von mindestens 10% des Grundkapitals zugestanden wird.

Der Ausschuß konnte um so mehr von einer ins einzelne gehenden Besprechung der §§ 260—262 g absehen, weil sie jedenfalls in ihren Grundgedanken mit der auch vom Ausschuß bei seiner Bearbeitung der Fragen des Reichsjustizministers eingenommenen Stellung übereinstimmen. Man war sich auch bewußt, daß hier vieles erst der künftigen Praxis überlassen werden muß. Bei dem Geschäftsbericht ist das Unterbleiben der Berichterstattung über einzelne Punkte insoweit erlaubt, als das überwiegende Interesse einer der beteiligten Gesellschaften oder der Allgemeinheit es erfordert (§ 260 a Abs. 4). Für die Bilanzen und die dort vorgeschriebene Gliederung ist ein Vorbehalt gemacht, soweit der Geschäftszweig der Gesellschaft eine abweichende Gliederung bedingt (§ 261 a Abs. 1). Hier wird also die Handhabung des Gesetzes, sowohl durch die AktG. selbst als durch die Rechtsprechung das wirkliche Recht herauszubilden haben. Der Aus-

schuß beschäftigte sich jedoch mit den folgenden, durch das Gesetz selbst nicht vollständig geklärten oder nicht befriedigend gelösten Fragen:

1. Das Gesetz schreibt vor, daß die Bilanzprüfung sich auch über die Anwendung der §§ 260, 260 a und b, 261, 261 a—e, 262 zu erstrecken habe (§ 262 a Abs. 2). Der Bericht der Bilanzprüfer ist dem Aufsichtsrat vorzulegen. Der Aufsichtsrat hat in seinen Bemerkungen zum Geschäftsbericht anzugeben, durch welche Stelle die Bilanzprüfung stattgefunden hat. Er hat zum Berichte der Bilanzprüfer Stellung zu nehmen (§ 262 e). Es fehlt aber an einer Bestimmung darüber, ob die Vornahme der Bilanzprüfung durch die Bilanzprüfer Voraussetzung für die Gültigkeit des Bilanzgenehmigungsbeschlusses ist. In § 260 ist nichts davon gesagt. Der Ausschuß ist der Auffassung, daß der Bilanzgenehmigungsbeschuß anfechtbar ist, wenn ein Bericht der Bilanzprüfer nicht erfolgt ist oder der Aufsichtsrat in den Bemerkungen zum Geschäftsbericht nicht angegeben hat, durch welche Stelle die Bilanzprüfung stattgefunden hat. Daran hat auch die Vorschrift der ersten DurchsD. Art. 3 Abs. 2 nichts geändert. Ein Ordnungsstrafrecht der Registerrichter, das die Bestellung des Bilanzprüfers erzwingen könne, besteht nicht. Der Ausschuß ist sich über die Zweckmäßigkeit dieser Regelung im Zweifel. Zwar war dieser nach eingehender Beratung der Meinung, daß die Einführung der Pflichtprüfung im Interesse der Aktionäre gegeben sei. Das Interesse der Gläubiger sei hier nur ein mittelbares. Die Bestimmungen der NotW. sollten den Aktionären das Gefühl der Sicherheit wieder verschaffen. Daher dürfe die Pflichtprüfung den Aktionären nicht aufgezwungen werden, wenn sie eine Pflichtprüfung nicht wünschen. Der Ausschuß war sich daher darüber einig, daß die Pflichtprüfung mit Zustimmung aller Aktionäre, des Vorstandes und des Aufsichtsrats unterbleiben kann, daß diese also auf die Pflichtprüfung verzichten können. Das könne mitunter durch unvorhergesehene Ereignisse wie Tod oder Amtsniederlegung des Prüfers kurz vor Abschluß seiner Arbeit notwendig werden. Man könne nicht die Generalversammlung verschieben, bis ein neuer Prüfer sich eingearbeitet habe. In den meisten Fällen werde die Gesellschaft die Prüfung wollen, schon weil das Unterlassen einen schlechten Eindruck in der Öffentlichkeit mache und einen Vertrauensverlust mit sich bringen könne. Wenn man aber der AktG. das Recht gebe, im geeigneten Falle auf die Prüfung zu verzichten, müsse dieser Verzicht ein ausdrücklicher sein. Auch genüge das Anfechtungsrecht nicht. Man dürfe den widerstrebenden Aktionär nicht zwingen, sich Anwaltskosten zu machen, einen Anfechtungsprozeß zu führen usw. Der Ausschuß ist deswegen der Auffassung, daß man einen Verzicht auf die Prüfung nur bei Einstimmigkeit aller in der Generalversammlung erschienenen Aktionäre zulassen solle. Der gleichgültige und fernbleibende Aktionär hätte auch hier kein Recht auf Berücksichtigung. Ob man ein Sonderrecht des Einzelaktionärs annimmt oder ein besonders gestaltetes Gesellschaftsrecht, ist dabei gleichgültig. In beiden Fällen wird man auch innerhalb einer bestimmten Zeit die Nachholung der Zustimmung der in der Generalversammlung ablehnenden Gesellschafter zulassen. Sie sollten die Möglichkeit haben, sich von der Richtigkeit des Verzichts zu überzeugen, wie ja auch dem protestierenden Aktionäre zu diesem Zwecke die Anfechtungsfrist diene. Vorausgesetzt ist aber ferner, daß der Verzicht auf die Bilanzprüfung als besonderer Punkt der Tagesordnung angezeigt wird. Die Aktionäre müssen wissen, daß eine solche nicht stattgefunden hat. Sie sollen ihr Vertrauen zu der Prüfung durch den Aufsichtsrat allein aussprechen. Sind aber alle diese Voraussetzungen gegeben, so war man der Meinung, daß ein Zwang zur Prüfung durch den Buch- und Bilanzprüfer nicht durchgeführt werden soll. Das wird meistens nur für Gesellschaften mit engem Rahmen gelten. Auch für solche, bei denen in der Tat die Geschäftsführung unbegrenztes Vertrauen genießt. Den Aktionären soll eine Wohltat erwiesen werden und keine Plage.

Zu der Frage, ob es möglich ist, die vom Ausschuß vorgeschlagene Regelung im Wege der AusW. durchzuführen, hat der Ausschuß keine Stellung genommen.

Eine gewisse Schwierigkeit könnte sich hier bei den Konzerngesellschaften ergeben. Vielfach hat die herrschende Gesellschaft alle Aktien der von ihr abhängigen in Händen. Dann würde jene die Bilanzprüfung für diese stets abschaffen.

Eine Sonderbestimmung für die Konzerne zu treffen, daß der Beschluß des Verzichts auf die Bilanzprüfung auch für die abhängigen Gesellschaften nur durch einstimmigen Beschluß der herrschenden Gesellschaft möglich ist, war angeregt worden. Sie erschien im Hinblick auf die in § 262 a Abs. 2 gegebene Vorschrift, wonach die Bilanzprüfung sich auch darauf zu erstrecken hat, ob die gem. § 261 a Abs. 1, III in der Jahresbilanz aufzuführenden Beteiligungen korrekt bewertet sind, nicht geboten.

2. Daß die Zwangsprüfung nicht absolut gelten soll, zeigte sich in dem Vorbehalt des Art. 14 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 NotW. Dort ist eine allgemeine Anordnung der Regierung vorgesehen, wonach die Vorschriften über die Gliederung der Bilanzen und über die Prüfung des Jahresabschlusses durch Bilanzprüfer für Gesellschaften geringen Umfangs oder besonderer Art nicht gelten sollen. Es kann auch bestimmt werden, welche Gesellschaften als solche geringeren Umfangs oder besonderer Art anzusehen sind. Das führte zu der Frage, inwieweit es angezeigt ist, zur Vermeidung zweckloser Belastungen von AktG. von diesen Bestimmungen Gebrauch zu machen. Zunächst wurde empfohlen, die in Art. 14 Abs. 2 NotW. vorgesehenen Übernahmebestimmungen bald möglichst zu treffen. Der Ausschuß war auch hier der Meinung, daß man den Umfang dieser Ausnahmen klar begrenzen müsse. In Betracht kommen zunächst Familiengesellschaften. Eine Begriffsbestimmung hier zu geben, erscheint nicht erforderlich. Hier muß es der Praxis überlassen bleiben, wie sie sich zu dieser Frage stellt. Eine Familiengesellschaft kann noch unter Verwandten im achten Grad der Seitenlinie weiterbestehen. Sie kann umgekehrt, auch wenn Brüder die Aktionäre sind, nach dem ganzen Aufbau der Gesellschaft zu verneinen sein. Maßgebend wird stets der aus besonderen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags oder aus den ihn begleitenden sonstigen Abmachungen abzuleitende Zweck sein, das Unternehmen im engebegrenzten Kreise einer Familie zu erhalten. Dabei wird man nicht die vinkulierte Namensaktie vorschreiben dürfen. Eine Notwendigkeit, die Inhaberaaktien hier auszuschließen, läßt sich aus dem Wesen der Familiengesellschaft nicht rechtfertigen. Ebenso war man der Meinung, daß sich eine Ausnahmebestimmung auch dann aus der besonderen Art der Gesellschaft rechtfertigen kann, wenn sie nur vinkulierte Namensaktien ausgibt, und diese weder an der Börse notieren, noch im freien Markte gehandelt werden.

Neben diesen Gesellschaften besonderer Art erscheint die AktG. mit geringem Kapital als der Ausnahme bedürftig. Für solch kleine Unternehmungen wird in der Tat die Zwangsprüfung eine in der heutigen Zeit schwer empfundene Belastung sein. Weiter zu gehen, schien dem Ausschuß nicht gerechtfertigt. Eine Ausnahme wegen der geringen Zahl der Aktionäre allgemein zuzulassen, wurde nicht als praktisch durchführbar angesehen. Ist eine AktG. derart beschaffen, daß ihre Aktionäre sich als eine Einheit empfinden, ohne daß die Voraussetzungen der Familiengesellschaft vorliegen, so bleibt es ihnen überlassen, durch einstimmigen Beschluß auf die Bilanzprüfung zu verzichten. Umgekehrt steht es auch den Gesellschaftern, für welche die AusW. eine Ausnahme zulassen, frei, sich der Prüfung durch die Bilanzprüfer zu bedienen. Dies wird dann aber für die Entlastung des Aufsichtsrats von Bedeutung werden.

Endlich soll der Registerrichter dann die Befreiung von der Bilanzprüfung auf Antrag von Vorstand und Aufsichtsrat aussprechen dürfen, wenn diese der Gesellschaft eine unbillige Beschwerne bereitet und ein öffentliches Interesse an der Bilanzprüfung nicht besteht. Das würde wesentlich die Fälle treffen, in denen weitaus der größte Teil der Aktionäre dem Verzicht auf die Prüfung zustimmt und die widersprechenden nicht im Interesse der Gesellschaft oder der Allgemeinheit handeln.

3. Besondere Aufmerksamkeit erforderte § 261 e HGB. Die NotW. weicht auch hier von dem ersten Entwurf ab. Für diesen war die Verletzung der Vorschriften der §§ 261 a ff. (§§ 111—115 Entw.) eine Verletzung des Gesetzes i. S. des § 271 und die Grundlage der Anfechtung. Jetzt ist das Gegenteil bestimmt. Zwar der Geschäftsbericht (§ 260 a) und die darin enthaltenen Bestimmungen müssen bei Strafe der Anfechtbarkeit beachtet werden.

Dagegen ist die Verletzung der Vorschriften der §§ 261 a bis 261 c über den Inhalt und die Gliederung der Bilanz

ausdrücklich der Anfechtung entzogen. Die Tragweite der Bestimmung ist mißverständlich. Der Ausschuß war der Auffassung, daß die Absicht des Gesetzgebers lediglich dahin geht, Anfechtungsprozesse in solchen Fällen auszuschließen, in denen ein vorgeschriebenes Bilanzschema etwa nicht vollständig eingehalten ist, oder in denen eine sachlich bedeutungslos falsche Unterbringung eines Postens unter einer anderen Rubrik erfolgt. Der Wortlaut des Gesetzes trägt aber weiter. Der Genehmigungsbefehl wäre z. B. auch dann nicht anfechtbar, wenn die Vorschriften über Beteiligungen (§ 261 a Abs. 3), über eigene Aktien (Abs. 4 Ziff. 5), über Forderungen an abhängige Gesellschaften und Konzerngesellschaften (Abs. 4 Ziff. 9), über Forderungen an Mitglieder des Vorstandes (Abs. 4 Ziff. 9) über gar Verbindlichkeiten aus Bürgschaften (§ 261 b) verlegt sind. Er wäre es auch dann, wenn der Bericht der Bilanz-

prüfer diese Mängel gerügt hätte. Die Mehrheit konnte in der GenVers. trotzdem die Bilanz gutheißen. Die Regresspflicht des Vorstandes und Aufsichtsrats biete keinen genügenden Ersatz. Der Ausschuß hält es deswegen für dringend erforderlich, durch eine Ausführungsvorschrift mindestens klarzustellen, daß die Vorschrift des § 260 b Abs. 2 unberührt bleibt. Die Vorschrift des § 261 e steht einer Anfechtung dann nicht entgegen, wenn nicht nur §§ 261 a—e, sondern auch § 260 b Abs. 2 verletzt ist. Denn hier liegt keine Klassifizierungs-, sondern eine materielle Vorschrift vor. Es wurde aber des weiteren eine Einschränkung zu § 261 e beantragt, wonach der Ausschluß der Anfechtung nur dann gegeben sein soll, sofern die Klarheit der Bilanz durch die Nichtbeachtung der Vorschriften der §§ 261 a und 261 c nur unwesentlich beeinträchtigt wird.

Grenzen der aktienrechtlichen Offenbarungspflicht (§ 314 Ziff. 1 HGB.).

Von Rechtsanwalt Dr. Oscar Ketter, Berlin.

Nach § 314 Ziff. 1 HGB. werden Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrats bestraft, „wenn sie wissentlich in ihren Darstellungen, in ihren Übersichten über den Vermögensstand der Gesellschaft oder den in der GenVers. gehaltenen Vorträgen den Stand der Verhältnisse der Gesellschaft unwahr darstellen oder verschleiern“. Der amtliche Entwurf eines neuen Aktiengesetzes bringt in § 252 die Bestimmung in sachlich im wesentlichen unveränderter Form (vgl. hierzu JW. 1931, 3051 ff.). Die Frage der Anwendbarkeit dieser Bestimmung ist in der neueren Praxis, veranlaßt durch Vorfälle der jüngsten Vergangenheit, mehrfach aktuell geworden. Das in der Rspr. verfügbare Material zu ihrer Beantwortung liegt zeitlich fast ausnahmslos weit zurück. Höchstrichterliche Entscheidungen sind, soweit ersichtlich, in neuerer Zeit kaum ergangen. Auch das aktienrechtliche Schrifttum läßt eine eingehendere Behandlung, gestützt auf den heutigen Stand der Rechtskenntnis — mit Ausnahme vielleicht von Brodmann — wohl vermissen.

I. Erste Voraussetzung für die Anwendung des § 314 ist danach die **Wissentlichkeit**. **Wissentlich** handelt der, der die Absicht hat die zu täuschen, für die die Übersicht über die Vermögenslage zu geben ist¹⁾. Das Verschweigen einer erheblichen Tatsache kann darunter fallen, aber nicht in jedem Falle²⁾. § 314 HGB. ist kein reiner Unterlassungsdelikt³⁾. Danach wird **Wissentlichkeit** i. S. des § 314 HGB. gleichzusetzen sein mit vorsätzlicher Begehung⁴⁾. Wenn nach Brodmann und RG.: GoldArch. 55, 319 ein Irrtum über den Inhalt der Strafnorm auch nicht vor Strafe schützen mag, so wird man doch mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 59 StGB. einen Strafausschließungsgrund, sofern im übrigen die Voraussetzungen der Strafbarkeit gegeben wären, dann annehmen müssen, wenn der Täter Tatbestände nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Wenn danach das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bei der unter dem Gesichtspunkt des § 314 HGB. zu prüfenden Handlung fehlt, so ist schon deshalb die Anwendung dieser Bestimmung zu verneinen.

II. Inwieweit können Darstellungen, Übersichten über den Vermögensstand oder Mitteilungen in der Generalversammlung den Tatbestand des § 314 HGB. erfüllen? Konkret wird es sich dabei vornehmlich um Geschäftsbericht und Bilanz handeln, wie sie der Generalversammlung vorgelegt werden. Allerdings wird man i. S. dieser Vorschrift auch einen „Status“ als eine Übersicht über den Vermögensstand der Gesellschaft anzusehen haben, wie er z. B. in Gemeinschafts- und Konzernbilanzen oder Fusionsbilanzen mitunter vorgelegt wird. Hier handelt es sich häufig nicht um Bilanzen im rechtlichen Sinne. Daß der Status bilanzrechtlich nicht als Bilanz angesehen werden kann, steht dem nicht entgegen. Auch wenn mit den „Darstellungen und Übersichten“ im

Wortlaut des § 314 in erster Linie und vorzugsweise Geschäftsbericht und Jahresbilanz gemeint sein mögen, so können diese doch nicht ausschließlich als Darstellungen und Übersichten angesehen werden. Darstellung und Übersicht ist der Oberbegriff, Geschäftsbericht und Jahresbilanz nur ein, wenn auch wohl der wichtigste, Anwendungsfall.

III. Die Bilanz und der Geschäftsbericht sind nach § 260 Abs. 2 HGB. vom Vorstand dem Aufsichtsrat und mit dessen Bemerkungen der Generalversammlung vorzulegen. An sich fallen die Berichte des Vorstandes an den Aufsichtsrat unter die Vorschriften des § 314 HGB. (RGSt. 5, 146). § 314 HGB. trifft aber nicht Darstellung und Übersichten schlechweg, sondern betrifft die Verwaltungsorgane, wenn in ihren Darstellungen oder ihren Übersichten unrichtige oder verschleierte Angaben enthalten sind. Soweit die strafrechtliche Verantwortung des Aufsichtsrats in Frage kommt, kann sie also nur gefunden werden in denjenigen Bemerkungen, die er als Aufsichtsrat bei der Weiterleitung der Berichte an die Generalversammlung hinzugefügt hat. Diese Bemerkungen müssen wissentlich unwahr oder verschleiert sein. Sind dagegen diese Bemerkungen strafrechtlich nicht zu beanstanden, so kann eine Bestrafung des Aufsichtsrats auch dann nicht eintreten, wenn etwa der vom Vorstand dem Aufsichtsrat vorgelegte Bericht unwahr oder verschleiert ist. Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats wegen einer solchen unwahren oder verschleierten Darstellung des Vorstandes würde wiederum **Wissentlichkeit** voraussetzen, sie müßte also vorsätzlich erfolgt sein, mindestens müßte dem Aufsichtsrat bekannt gewesen sein, daß der Vorstand eine erhebliche Tatsache in seinem Bericht verschwiegen hat. Der Aufsichtsrat müßte sich über die Erheblichkeit dieser Tatsache und über die Rechtspflicht zur Bekanntmachung dieser Tatsache im klaren gewesen sein und trotz dieser Kenntnis die Tatsache vorsätzlich verschwiegen haben. Bei der Prüfung der Vorsätzlichkeit wird zu beachten sein, daß der Aufsichtsrat zwar kraft seines Amtes die Pflicht zur Überwachung des Vorstandes hat. Diese Pflicht schließt aber das Recht nicht aus, der Zuerlässigkeit des Vorstandes zu vertrauen, soweit kein Grund zu Bedenken besteht. Ohne solches Vertrauen ist praktisch die Führung von Geschäften nicht möglich. Der Aufsichtsrat soll sorgfältig handeln, aber er kann, wie Hachenburg mit Recht betont, kein Kriminalschutzmann sein⁵⁾.

IV. 1. Es wird aber nun vor allem notwendig sein, die Frage zu prüfen, welchen Wirklichkeitswert die Bestimmung des § 314 HGB. zu beanspruchen hat. Sie ist eine Strafbestimmung. Daß strafrechtliche Bestimmungen durch die Wandlung der wirtschaftlichen Verhältnisse außer Kraft treten, ist eine Annahme, gegen die sich die rechtswissenschaftliche Einsicht zunächst sicherlich etwas sträubt. Immerhin hat das RG.⁶⁾ den bemerkenswerten Satz ausgesprochen: „Es darf

¹⁾ RG.: JW. 1908, 149.

²⁾ RG. bei Bauer 1911, 221 und JW. 1905, 530.

³⁾ Brodmann, AktR., Anm. 1 zu § 314; RGSt. 37, 435; 45, 214; vgl. im übrigen auch Staub-Pinner, HGB., Anm. 8 zu § 314.

⁴⁾ Vgl. Brodmann, AktR., Anm. 1 zu § 314 HGB. letzter Abs.

⁵⁾ Vgl. grundsätzlich RG. 91, 77; Brodmann, AktR. § 241 R. II b; OLG. Kiel: OLG. 32, 128; Rießer, Zur Aufsichtsratsfrage, 1903, Festschrift für Koch S. 303.

⁶⁾ RGSt. 36, 253; vgl. auch Wilmerdorffer: ZB. 31, 1420.

nicht übersehen werden, daß die Auslegung der Gesetze einschließlich der Strafgesetze nicht starr und unbeweglich sein darf, sondern dem jeweiligen Stand der Erkenntnisse und der Bedürfnisse des Lebens entsprechen und genügen muß.“ Jedenfalls in der Anwendung dieses zweifellos richtigen Grundsatzes auf strafrechtliche Normen wird indessen doch meist eine gewisse Vorsicht geboten sein. Man wird geneigt sein anzunehmen, daß eine strafrechtliche Bestimmung, wenn sie durch die Entwicklung der Verhältnisse überholt ist, vom Gesetzgeber aufgehoben werden müsse, daß sie aber, solange sie formell zu Recht besteht, Beachtung beanspruchen kann und muß. Mit dieser grundsätzlich gewiß richtigen Einsicht ist aber die hier vorliegende Frage nicht erschöpfend geklärt. „Die Gesetze führen ihr eigenes Leben. Bei gleichbleibender Form ändert sich ihr Inhalt. Die wirtschaftliche Entwicklung, Wechsel der ethischen Grundauffassung, ja selbst die Änderung der politischen Verhältnisse und Strömungen wirken hierauf ein. Das gilt von jedem Gesetz. Und das gilt naturgemäß von einem Gesetz, das wirtschaftliche Verhältnisse regelt wie das HGB. und insbes. das Aktienrecht.“ Flechtheim legt a. a. O. eingehend und in zahlreichen Einzelheiten dar, daß durch die Strukturwandlung des Aktienrechts eine erhebliche Zahl von aktienrechtlichen Bestimmungen des HGB. überholt sind. Sie haben ihren Wirklichkeitswert verloren und sind durch Rechtsbildungen ersetzt, die die Praxis geschaffen hat. Diese Auffassung ruht auf der meines Erachtens grundsätzlich richtigen Annahme, daß dringende wirtschaftliche Bedürfnisse das Recht aus sich selbst bestimmen und gegenüber diesem lebenden Recht das gesetzliche Recht zurücktritt⁷⁾. Diese Auffassung ist im neueren aktienrechtlichen Schrifttum zwar ausschließlich für die zivilrechtliche Seite entwickelt. Es ist aber nicht einzusehen, warum diese an sich zutreffenden Ergebnisse der neueren rechtswissenschaftlichen Erkenntnis grundsätzlich da haltmachen sollen, wo es sich um strafrechtliche Bestimmungen handelt. Die strafrechtliche Ahndung eines Tatbestandes bedeutet in aller Regel eine ethische Kritik über die betreffenden Vorgänge. Was den sittlichen Überzeugungen einer bestimmten Epoche entspricht, wird grundsätzlich eine strafbare Handlung nicht in sich schließen können. Es mögen Grenzfälle denkbar sein, wo das Gesetz und die sittliche Auffassung in Konflikt geraten, z. B. auf dem Gebiete der Sexualdelikte (Abtreibung ufm.). Diese Gesichtspunkte kommen aber für das wirtschaftliche Leben nicht, jedenfalls nicht in gleicher Weise in Anwendung. Hier ist nicht nur das Zivilrecht, sondern auch das Strafrecht innerlich abhängig von dem Wechsel der ethischen Grundauffassung. Die oben wiedergegebene zutreffende grundsätzliche Auffassung von Flechtheim muß auch auf die strafrechtlichen Bestimmungen Anwendung finden⁸⁾.

2. Selbst wenn man dieser Auffassung aber nicht bedingungslos folgen will, wird ihre Richtigkeit nicht bezweifelt werden können bei einer Strafbestimmung wie derjenigen des § 314 HGB.! Jede Strafbestimmung findet ihren Sinn und Rechtsgrund letzten Endes in dem Rechtsgut, das sie schützt. Das Rechtsgut, dessen Schutz durch § 314 HGB. geregelt werden soll, ist die Publizität, d. h. der Anspruch der Aktionäre, Gläubiger und sonstiger mit der Gesellschaft in Verbindung stehenden Dritten auf Einsicht in die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft. Die Auffassung darüber, wem und inwieweit eine solche Einsicht gewährt werden muß, wechselt aber nun zweifellos mit dem Wandel der wirtschaft-

lichen Verhältnisse. Sie wird eine andere sein in einem kleinen Staat mit geringer Industrie, also im frühen Stadium der kapitalistischen Entwicklung, und eine andere in einem großen Industriestaat mit starker inländischer und ausländischer Konkurrenz, weitausgedehnter Verschlebung der Unternehmungen und lebhaftem Widerstreit der verschiedenartigen Interessen. Neuere Untersuchungen, die sich insbes. mit dem Publizitätsproblem befaßt haben, stellen mit Recht fest, daß eine exakte Grenze der Publizität nur von Fall zu Fall gezogen werden kann¹⁰⁾. Jedenfalls zeigt auch die ganze neuere Entwicklung des Publizitätsproblems eine starke Zurückhaltung in den Tatsachen, die der Öffentlichkeit mitgeteilt werden. Diese Zurückhaltung mag vielfach zu weitgehend sein. Das ist hier nicht weiter zu untersuchen. In diesem Zusammenhang interessiert nur die zweifellose Feststellung, daß der Begriff der „rechtswidrigen“ Verschleierung, also der wissentlichen oder vorsätzlichen Verletzung von § 314 HGB. mit dem Wandel der wirtschaftlichen Anschauungen auch seinerseits einer Wandlung unterliegt. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich unter anderem daraus, wie die an sich sehr publizitätsfreundlichen neueren aktienrechtlichen Bestimmungen offiziell begründet werden, so vor allem von Schmölder, JW. 1930, 2631, dem Referenten des amtlichen Aktienrechtsentwurfs und ferner Lehmann-Hirsch, Anm. 14 zu § 260a, für die bisherige Auffassung vgl. Staub-Pinner § 314 Anm. 2. Vor allem wesentlich für die rechtliche Zulässigkeit des Schweigens Brodmann, Aktienrecht Anm. 1c zu § 314 HGB.

V. Ist danach grundsätzlich davon auszugehen, daß die Anwendung der Bestimmung des § 314 HGB. nur da möglich ist, wo Rechtswidrigkeit nachgewiesen wird, und daß diese Rechtswidrigkeit kein dem Inhalte nach ein für allemal feststehender Begriff, sondern der Wandlung der Anschauungen unterworfen ist, so kommt weiterhin entscheidend noch in Betracht, daß für das durch § 314 geschützte Rechtsgut der Publizität die neuere rechtswissenschaftliche Erkenntnis eine klare Grenze in dem Interesse des Unternehmens gezogen hat. Darüber, daß das Interesse des Unternehmens der schlechthin entscheidende Maßstab dafür ist, ob und inwieweit Publizitätspflichten zu erfüllen sind, besteht in dem neueren rechtswissenschaftlichen Schrifttum keinerlei Zweifel. Schon in meiner Schrift über die „Aktienrechtliche Auskunftspflicht“ von 1928 habe ich S. 51 dahin ausgesprochen, daß jede Publizitätspflicht den allgemeinen Rechtsgrundsätzen weichen muß. In den Verhandlungen des Enqueteausschusses, die sich mit der Entwicklung im Aktienwesen ja eingehend befaßt haben, ist auch diese Frage eingehend erörtert worden. Der Generalbericht, der das Ergebnis zusammenfaßt, stellt S. 36 fest, daß die Grenze der Publizität, „wie die Arbeitsgruppe in Übereinstimmung mit fast sämtlichen ihrer Sachverständigen meint, die Verhinderung eines Nachteils für die Gesellschaft durch die Veröffentlichung sein muß, niemals darf die Gesellschaft gezwungen werden, Angelegenheiten in einem Zeitpunkt und in einem Umfang zu offenbaren, der ihr nach irgendeiner Richtung schädlich sein könnte“. Der Generalbericht stellt an der gleichen Stelle auch fest, daß der Umfang der Publizität kein feststehender Begriff ist, sondern dem Wandel des Wirtschaftslebens im besonderen Maße unterworfen. Diese Stellungnahme des Enqueteausschusses findet ihre Bestätigung in dem Gutachten der Aktienreformkommission des Deutschen Anwaltvereins zu den Fragebogen des Reichsjustizamts. Dieses Gutachten des Deutschen Anwaltvereins ist, wie in der Literatur allgemein anerkannt worden ist, die zuverlässigste und gründlichste Erörterung aller gegenwärtigen aktienrechtlichen Reformprobleme. Auch dieses Gutachten stellt fest¹¹⁾, „es folgt zwingend aus dem Wesen der gesellschaftlichen Verbundenheit der Aktionäre für die Zwecke der Gesellschaft, daß das Fragerecht“ — und analoges muß meines Erachtens selbstverständlich für jedes andere Publizitätsmittel gelten — „nicht mit dem Interesse der Gesellschaft kollidieren darf“. Das wird an der angeführten Stelle eingehend ausgeführt. Die umfangreichste Untersuchung über das aktienrechtliche Publizitätsproblem, die Leitz 1929 veröffentlicht

⁷⁾ Flechtheim, Die Strukturwandlungen der Wirtschaft und das Aktienrecht. Gutachten in Verhandlungen und Berichte des Unterausschusses für allgemeine Wirtschaftsstruktur. S. 5 (I. Unterausschuß) 3. Arbeitsgr. Wandl. in den wirtschaftl. Organisationsformen, 1928, Mittler & Sohn, Berlin.

⁸⁾ Vgl. zur grundsätzlichen Frage Netter, Probleme des lebenden Aktienrechts, Berlin 1929, und ZentrWStR. 1931, 2, 31, 59.

⁹⁾ Vgl. auch: Simon, Bilanzen; Simon, Betrachtungen über Bilanzen und Geschäftsberichte der AktG.: Fests. f. Koch (1905); Rehm, Bilanzen; Viktor Ehrenberg, Wahrheit und Offenheit im Aktienrecht: JheringsZ. 51, 291 ff.; Goldschmidt, Das Recht des Aufsichtsrats, 1922; Stern, Bilanzdelikte, 2. Aufl.; Gordon: DZJ. 1902, 380; Wittelstaedt: DZJ. 1902, 520; Rehm: DZJ. 1904, 34. Neuerdings Rothmann: JW. 1931, 3051; ArbStG. v. 26. Febr. 1930: JW. 1932, 257; Rosendorff, Was müssen Aktionäre und Verwaltungen vom neuen Aktienrecht wissen? Berlin 1932, S. 277.

¹⁰⁾ Leitz, Die Publizität der AktG. S. 259, Manuskriptdruck, Bretten 1929.

¹¹⁾ Zur Reform des Aktienrechts, Druckschr. d. DAV. Nr. 22 S. 25.

hat, beschäftigt sich S. 256 ff. eingehend mit den Grenzen der Publizität und stellt ebenfalls fest, daß diese Grenze durch das Interesse des Unternehmens gezogen werden muß. Hier findet sich auch reichliches Material aus der Praxis¹²⁾. Wichtig ist aber vor allen Dingen, daß auch das Schrifttum zur Aktiennovelle sich auf den Standpunkt stellt, daß der Rechtsgrundsatz des § 260a Abs. 4 ein allgemeiner ist, dessen Wirkung so weit gehen muß, daß selbst die Vorschriften über die Gliederung der Bilanz vor ihm zurücktreten müssen, ja daß sogar die Verantwortlichkeit der Bilanzprüfer bei Nichtinhaltung der Publizitätsvorschriften nicht gegeben ist, wenn diese Nichtbeachtung mit Recht aus dem Interesse des Unternehmens begründet ist¹³⁾.

Hält man die vorstehenden grundsätzlichen Erwägungen und die aus ihnen gewonnene rechtswissenschaftliche Erkenntnis mit der Rechtsprechung zusammen, die zu § 314 HGB. vorliegt, so ist zunächst festzustellen, daß gerade die schärfsten strafrechtlichen Entscheidungen, wie z. B. RGSt. 49, 359, über 1½ Jahrzehnte zurückliegen. Die letzt erwähnte RG-Entscheidung stammt v. 26. Febr. 1915¹⁴⁾. Soweit ersichtlich, liegt nur eine neuere Entscheidung des RG. vor v. 1. Nov. 1928¹⁵⁾, die sich mit einem ähnlichen Tatbestand befaßt und feststellt,

¹²⁾ Ergänzend zu verweisen auf Bondi, Die Rechte der Aktionäre, 1930, S. 228 und Homburger, Neugestaltung des Aktienrechts, 1931, S. 78.

¹³⁾ Vgl. Kronstein: Zentr. W. R. 1931, 220.

¹⁴⁾ Andere einschlägige Entscheidungen RG. 38, 195; 43, 415; 33. 1905, 550; 1906, 614 sind noch älteren Datums.

¹⁵⁾ Recht 1928, 649 Nr. 2481.

daß auch bloßes Verschweigen eine unwahre „Darstellung“ i. S. des § 314 Abs. 1 sein kann. Aber auch diese letztere Entscheidung knüpft die Strafbarkeit an die Voraussetzung, daß eine Rechtspflicht zur Offenbarung besteht. Ob und inwieweit eine solche Rechtspflicht gegeben ist, das ist eine Frage, die sich nicht unmittelbar aus § 314 entscheiden läßt, sondern für deren Beantwortung die Gestaltung des Publizitätsrechts in der Rechtsauffassung der Gegenwart ausschlaggebend und entscheidend ist. Deshalb muß gegenüber den scharfen Grundsätzen, die die RG-Rechtsprechung zu § 314 HGB. aufstellt, die Entwicklung der Rechtsauffassung und der Rechtskenntnis berücksichtigt werden, wie sie aus der Schätzung des Wirklichkeitswerts der gesetzlichen Bestimmungen und aus der Notwendigkeit der Beachtung des Interesses des Unternehmens in der Gegenwart vorliegt und wie sie vorstehend im einzelnen behandelt ist.

VI. Die vorstehenden Erörterungen befaßten sich vorwiegend mit der strafrechtlichen Bedeutung des § 314 HGB. Aber schon die Erörterung des Einflusses des Bankheimnisses und die Erinnerung an die Stützungskaufe berührten die zivilrechtliche Seite. Grundsätzlich ist hierzu noch zu bemerken: § 314 HGB. ist fraglos ein Schutzgesetz. Seine Verletzung begründet daher auch zivilrechtliche Schadensersatzansprüche (§ 823 Abs. 2 BGB.). Daraus folgt aber auch umgekehrt, daß, soweit die Rechtswidrigkeit und damit das Verschulden einer unvollständigen Darstellung oder eines Verschweigens zu verneinen ist, auch die Schadensersatzpflicht nicht in Frage kommen kann. Damit ist auch für die Frage der Schadensersatzpflicht die Beachtung der vorstehend dargelegten grundsätzlichen Erwägungen geboten.

Bilanzierungserleichterungen. Durchführung der erleichterten Kapitalherabsetzung.

Von Dr. Hans Neufeld, Ministerialrat im Ministerium für Handel und Gewerbe und Staatskommissar bei der Berliner Börse, Berlin.

A. Bilanzierungserleichterungen.

Die Verordnungen über einmalige Bilanzierungserleichterungen v. 15. und 23. Dez. 1931 (RGBl. I, 759 und 793) gestatten den deutschen Unternehmungen, die bilanzmäßigen Folgerungen aus der Wirtschaftsentwicklung seit dem 1. Juli 1930, insbes. aus der mit ihr verbundenen Entwertung der Vermögenswerte, nicht in ihr Ausmaß zu ziehen, wie es nach den Bilanzbewertungsvorschriften des Handelsrechts an sich geboten wäre. In den Bilanzen dürfen bestimmte Gruppen von Wertpapieren anders und in der Regel günstiger bewertet werden als nach dem Marktpreis oder Verkaufswert des Bilanzstichtages (I); durch Aufnahme von Entwertungskonten in die Bilanzen können die Unternehmungen die Verluste eines Geschäftsjahres auf mehrere verteilen (II). Des weiteren wird der Zwang zur Einberufung der Generalversammlung und zur Beantragung der Eröffnung eines Konkurs- oder eines Vergleichsverfahrens gemäß § 240 HGB. gemildert (III).

I. Die Vorschriften der Verordnungen über die Bewertung von Wertpapieren gelten nur für die Aufstellung von Jahresbilanzen und Zwischenbilanzen, deren Stichtag in die Zeit vom 1. Juli bis zum 31. Dez. 1931 fällt (Art. 1 § 1 I. B. D. und § 1 II. B. D.).

Wertpapiere, die nicht dauernd zum Geschäftsbetrieb einer Gesellschaft bestimmt sind, sowie eigene Aktien der Gesellschaft dürfen nach § 261 Nr. 2 HGB. höchstens zum Börsen- oder Marktpreis am Bilanzstichtage bilanziert werden, sofern dieser niedriger ist als die Anschaffungskosten. Läßt sich ein Börsen- oder Marktpreis nicht feststellen, so tritt an dessen Stelle der Wert, der dem Wertpapier am Bilanzstichtage beizulegen ist, d. h. in der Regel der Verkaufswert. Fast während der ganzen Zeit vom 1. Juli bis zum 31. Dez. 1931 gab es inländische Börsenpreise für Wertpapiere nicht; die deutschen Börsen waren i. F. 1931 in der Zeit vom 13. Juli bis zum 2. Sept. und vom 19. Sept. bis zum 31. Dez. geschlossen. In dieser Zeit bestand zwar ein Wert-

papierverkehr an den Bankschaltern und auf telephonischem Wege; dieser Verkehr war kein Markt, und die Preise, zu denen in ihm Wertpapiergeschäfte abgeschlossen wurden, sind nicht ermittelt worden. Börsen- oder Marktpreise, die für die Bewertung von Wertpapieren geeignet wären, gab es also nicht (vgl. RG. 34, 117 ff.).

Die in den Monaten Juli und September 1931 festgestellten Börsenpreise und die Preise des freien Wertpapierverkehrs während der Börsenschließung standen unter den Vor- und Auswirkungen der deutschen Bankkrisis und der Aufgabe des Goldstandards für die englische Währung. Diese lösten zeitweise ein starkes Wertpapierangebot aus und hemmten die Nachfrage. Es erschien nicht richtig, den durch diese außerordentlichen Umstände verursachten Bewertungen eine für die einzelnen Unternehmungen tief eingreifende und dauernde Wirkung beizulegen. Aus diesen Gründen entschloß man sich, für die Bewertung von Wertpapieren in den Bilanzen, deren Stichtag in der Zeit vom 1. Juli bis zum 31. Dez. 1931 liegt, Höchstbewertungssätze festzulegen, in denen diese Umstände nicht voll zur Auswirkung kommen.

Soweit nach § 261 HGB. ein Börsenpreis am Bilanzstichtage den Höchstbilanzierungswert von Wertpapieren bildet, tritt gemäß Art. 1 § 1 I. B. D. an dessen Stelle das Mittel zwischen dem durchschnittlichen Börsenpreis vom Juni 1931 und dem durchschnittlichen Börsenpreis vom September 1931. Es sind bei der Ermittlung dieser Kurse zunächst die für das einzelne Wertpapier während des Monats Juni festgestellten Börsenpreise zusammenzuzählen und durch die Zahl dieser Preise zu teilen. Dasselbe ist mit den Septemberkursen des Wertpapiers vorzunehmen. Der für die Bilanz zugelassene Höchstkurs ist der Kurs, der in der Mitte zwischen diesen beiden Durchschnittskursen des Juni und des September liegt. Ist ein Börsenpreis für ein Wertpapier im September 1931 nicht festgestellt, so ist der Bilanzhöchstkurs ein Kurs, der durch einen bestimmten Abschlag von dem Juni-Durchschnittskurs ermittelt wird. Bei Aktien ist dieser

Juni-Durchschnittskurs um 20 Punkte, bei Schuldverschreibungen ist er um 10 Punkte herabzusetzen. Der Betrag des 20- bzw. 10%igen Abschlages ist vom Nennbetrage, nicht vom Kurswert zu errechnen. Für eine Aktie, deren Juni-Durchschnittskurs 130% betrug, ist der Bilanzkurs daher 110%, für eine Obligation, deren Juni-Durchschnittskurs 75% war, ist der Bilanzkurs 65%. Es ist ein nach dem Nennbetrag ermittelter Abschlag vorgeschrieben worden, weil der Abschlag den allgemeinen Kursrückgang im September etwa zur Hälfte zum Ausdruck bringen soll und die Kursrückgänge im September 1931 in der Regel nicht im Verhältnis zur Kurshöhe eingetreten waren. In einzelnen Fällen, besonders bei Papieren mit sehr hohen und sehr niedrigen Kursen lag es anders, diese konnten aber, da eine schematische Regelung gewählt werden mußte, keine Berücksichtigung finden.

Sind Aktien nicht voll gezahlt, so ist bei jüngerer Anwendung der Vorschrift, falls ein Septemberkurs nicht vorhanden ist, der Juni-Durchschnittskurs nicht um 20% des Nennbetrages der Aktie zu kürzen, sondern um 20% des eingezahlten Betrages.

Der so als Mittel zwischen den Juni- und September-Durchschnittskursen oder durch Abschlag vom Juni-Durchschnittskurs ermittelte Kurs ergibt den Preis, zu dem die Wertpapiere höchstens in die Bilanz eingesetzt werden dürfen, sofern dieser Kurs niedriger ist als der Anschaffungspreis. Dieser Preis liegt in der Regel erheblich über dem Preis, der sich bei einer unveränderten Anwendung des § 261 Nr. 2 ergeben würde.

Wurde ein Wertpapier an verschiedenen Börsen notiert, so sind für einzelne Wertpapiere, entsprechend der verschiedenen Bewertung an diesen Börsen in den Monaten Juni und September, mehrere Bilanzkurse vorhanden. Die bilanzierende Gesellschaft kann dann einen von diesen Kursen als ihren Höchstkurs auswählen. Diese Möglichkeit ergibt sich auch bei der Anwendung des § 261, der schlechthin von einem Börsen- oder Marktpreis spricht.

Diese Vorschriften enthalten eine generelle Lösung für die weit über 1000 in Deutschland börsenmäßig gehandelten Wertpapiere; sie konnten nicht auf Einzelfälle Rücksicht nehmen, und es treten daher bei der Anwendung der Bestimmungen Härten und Zweifel auf.

Auf mehrere Gruppen von Wertpapieren sind die erleichterten Bewertungen der I. W. nicht anwendbar.

Bei Wertpapieren, die keinen auf eine Geldeinheit gestellten Nennbetrag haben, sondern bei denen z. B. der Wert der Forderung in bestimmten Mengen von Sachgütern (Kohle, Kalk, Roggen) ausgedrückt ist, bei Kugeln, die nur eine Quote am Gewerkschaftsvermögen darstellen, sowie bei Anteilscheinen von Liquidationsspfandbriefen kann der für das Fehlen eines Septemberkurses vorgeschriebene Abschlag vom Nennbetrage nicht vorgenommen werden. Hier ist daher ein erleichteter Bilanzierungskurs nach der I. W. nicht gegeben, wenn im September 1931 ein Börsenpreis nicht festgestellt ist.

Betrag der Juni-Durchschnittskurs einer Aktie 20% oder weniger oder betrug der Juni-Durchschnittskurs eines festverzinslichen Wertpapiers 10% oder weniger und gab es für diese Papiere im September keinen Börsenpreis, dann kann die Abschlagsrechnung von 20 bzw. 10% nicht vorgenommen werden, da es nicht dem Sinne der W. entspricht, Null- oder Minuskurse für Aktien als Höchstbilanzwerte vorzuschreiben. Für diese Wertpapiere gelten die Bestimmungen der I. W. daher nicht.

Hat es für ein Wertpapier zwar im September, aber nicht im Juni 1931 Börsenpreise gegeben, so enthält die W. keine Regelung. Es ist nicht zulässig, hier etwa durch Berechnung eines 10%igen bzw. 20%igen Aufschlags auf den September-Durchschnittskurs einen Bilanzierungskurs zu konstruieren.

Die I. W. erfasst auch nicht Wertpapiere, die weder im Juni noch im September 1931 Börsenpreise hatten.

Die Bestimmungen der I. W. gelten schließlich nach Art. 1 § 1 Abs. 2 auch dann nicht, wenn besondere Verhältnisse des Ausstellers des Wertpapiers, die nach dem 30. Juni 1931 eingetreten oder bekanntgegeben sind, nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Bilanzierung eine niedrigere Be-

wertung erforderlich machen. Diese Voraussetzungen sind z. B. gegeben, wenn große Verluste einer Gesellschaft oder Unordentlichkeiten der Geschäftsführung nach dem 30. Juni 1931 eingetreten oder bekannt geworden sind und sich bei Anwendung des Höchsturses des Art. 1 § 1 Abs. 1 I. W. eine Bewertung ergeben würde, die in Anbetracht dieser Vorgänge als zu hoch angesehen werden muß. Die Ausnahmevorschrift des Abs. 2 gilt nur für solche Fälle, in denen die niedrigere Bewertung durch besondere Verhältnisse des Ausstellers erforderlich wird. Sie gilt nicht, wenn allgemeine Umstände zu einer niedrigeren Bewertung führen müßten. So können z. B. die Bilanzhöchsturse der I. W. auch für festverzinsliche Wertpapiere eingesetzt werden, deren Verzinsung durch die NotW. vom 8. Dez. 1931 herabgesetzt worden ist. Diese allgemeinen Umstände, die an sich eine niedrigere Bewertung notwendig machen müßten, schließen die Heranziehung der Bilanzkurse der W. nicht aus. Hierdurch ergibt sich die Anomalie, daß z. B. 8%ige Pfandbriefe nach den Juni-Septemberkursen und demgemäß höher bewertet werden dürfen als 6%ige Pfandbriefe, auch wenn sie am Bilanzstichtage die gleiche Verzinsung wie diese hatten.

Soweit hiernach Bilanzkurse nach Art. 1 § 1 I. W. nicht gegeben sind, sind die Wertpapiere nach den allgemeinen Grundsätzen des § 261 Nr. 2 Abs. 3 HGB. zu bewerten. Es gilt hier das gleiche, wie wenn ein Börsenpreis für ein Wertpapier an einem Bilanzstichtage nicht festgestellt ist; Bilanzhöchstkurs ist dann der Wert, der dem Papier am Bilanzstichtage beizulegen ist, d. h. regelmäßig der Verkaufswert. Für die Ermittlung des Verkaufswertes können die Kurse des sog. Freibehrs herangezogen werden. Eine maßgebliche Bedeutung für die Ermittlung des Verkaufswertes werden sie allerdings wegen der Mängel, unter denen dieser Verkehr litt, nicht haben, vielmehr werden hier Berichtigungen in der Regel erforderlich sein.

Die Bilanzkurse der I. W. sind nur für eigene Aktien und für die Wertpapiere zugelassen, die nicht dauernd zum Geschäftsbetrieb der Gesellschaft bestimmt sind. Die übrigen Effekten sind nach § 261 Nr. 1 Abs. 2 HGB. mit dem Anschaffungspreise unter Vornahme der erforderlichen Abschreibungen zu bewerten.

Die I. W. unterscheidet nicht zwischen inländischen und ausländischen Wertpapieren. Die Bilanzkurse der W. gelten daher auch für ausländische Wertpapiere, obwohl im Auslande in der maßgebenden Zeit die Börsen größtenteils in Tätigkeit waren. Aber auch die dort ermittelten Kurse waren durch die kritische Wirtschaftsentwicklung bestimmt.

Die Mittelkurse zwischen den Juni- und September-Durchschnittskursen sind auch in solchen Bilanzen einzusetzen, deren Stichtag in der Zeit vom 1. Juli bis zum 31. Aug. 1931 liegt. Hier werden daher Bewertungsmaßstäbe für die Bilanzierung herangezogen, die sich erst nach dem Bilanzstichtage gebildet haben. Bei der Ausnahme des Art. 1 § 1 Abs. 2 I. W. wird man indessen in der Regel nur solche Ereignisse heranzuziehen haben, die nach dem 30. Juni 1931, aber vor dem Bilanzstichtage eingetreten sind, da nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Bilanzierung, auf die Abs. 2 verweist, nur Umstände zu berücksichtigen sind, die am Bilanzstichtage bestanden haben (s. Brodmann, Erl. 2b zu § 261; RfS. 1, 274 u. 8, 314).

II. Das Entwertungskonto hat ein Vorbild in dem Kapitalentwertungskonto der §§ 5 ff. GoldbilW. Für die Zulassung des Entwertungskontos waren folgende Erwägungen maßgebend: Die Entwertung, die in den letzten Jahren besonders bei Gegenständen des Umlaufvermögens eingetreten ist, ist in der Regel durch die außerordentlichen Wirtschaftsverhältnisse der Krisenzeit bedingt und braucht nicht immer als endgültig angesehen zu werden. Es erschien daher nicht notwendig, wegen solcher möglicherweise nur vorübergehenden Verluste die Gesellschaften zu Sanierungsmaßnahmen von dauernder Wirkung auf die Kapitalverhältnisse der Unternehmungen zu zwingen. Des weiteren sind durch die allgemeine Wirtschaftsentwicklung innerhalb eines Geschäftsjahres Verluste erheblichen Umfangs eingetreten, mit deren Wiederholung in den folgenden Jahren nicht gerechnet zu werden und mit denen das Ergebnis eines Geschäftsjahres nicht allein belastet zu werden braucht. Daher erschien es richtig,

den Gesellschaften zu gestatten, den Ausgleich dieser Verluste auf einen längeren Zeitraum zu verteilen.

Das Entwertungskonto darf in Jahres- und Zwischenbilanzen eingestellt werden, deren Stichtag in der Zeit vom 1. Juli 1931 bis zum 30. Juni 1932 liegt (Art. 1 § 2 I. W.D., § 1 II. W.D.), während die Anwendung der außerordentlichen Bilanzierungskurse nur für Bilanzen mit dem Stichtage zwischen dem 30. Juni 1931 und dem 1. Jan. 1932 zugelassen ist.

Das Entwertungskonto wird auf der Aktivseite der Bilanz als Ausgleich für Verluste eingestellt, die die Gesellschaft an Gegenständen des Umlaufvermögens erlitten hat. Der Begriff der Gegenstände des Umlaufvermögens ist in § 261 a Abs. 1 A IV HGB. festgelegt. Verluste, die bei Anlagen (Grundstücken, Gebäuden, Maschinen) und Beteiligungen eingetreten sind, können durch das Entwertungskonto nicht ausgeglichen werden.

Das Entwertungskonto ist bilanzmäßig als ein Aktivum zu beurteilen und mindert daher den Verlust der sich aus der Gegenüberstellung der Aktiven und Passiven der Bilanz ergibt. Es ist das Gegenstück einer Rückstellung für erwartete Verluste, es kann gleichsam als eine Rückstellung für einen erwarteten Gewinn der nächsten Geschäftsjahre angesehen werden.

Das Entwertungskonto ist seiner Höhe nach auf zweierlei Weise begrenzt. Es darf höchstens drei Viertel des Unterschiedes zwischen den für Gegenstände des Umlaufvermögens in der letzten Bilanz eingesetzten Werten und den nach § 261 HGB. in der neuen Bilanz für sie einzusetzenden Werten betragen. Sind die Gegenstände in dem Geschäftsjahr an-gekauft oder hergestellt, das der Bilanzstichtag abschließt, treten an Stelle des Wertes der letzten Bilanz die Anschaffungs- oder Herstellungskosten. Für Wertpapiere, für die nach Art. 1 § 1 I. W.D. besondere Bilanzhöchstkurse eingeführt sind, gelten diese als Bilanzwert. Bei dieser Berechnung des Unterschiedsbetrages ist nicht die Summe aller Konten des Umlaufvermögens der beiden Bilanzen gegenüberzustellen, sondern die Bewertungen der einzelnen Gegenstände. Das Entwertungskonto soll die Verluste ausgleichen, die die Gesellschaft durch die Entwertung einzelner Gegenstände erlitten hat. Soweit die Verluste durch Veräußerung im Geschäftsjahr unter den letzten Bilanzwerten realisiert sind, ist ein Ausgleich durch das Entwertungskonto nicht möglich. Die Feststellung der Verluste, die an einzelnen Gegenständen erlitten sind, wird vielfach technisch nicht möglich sein, besonders in den Fällen der Globalabschreibung. — Die zweite Begrenzung für den Betrag des Entwertungskontos liegt darin, daß er höchstens 30% des Grundkapitals der Gesellschaft und der zur Deckung eines Verlustes bestimmten Reserven betragen darf. Hierbei sind Reserven, die für einen anderen Zweck als für den Verlustausgleich gebunden sind, nicht einzusetzen, und es sind ferner nur echte Reserven zu berücksichtigen, nicht Posten, die in Wirklichkeit der Wertberichtigung dienen. Für die Berechnung ist der Stand des Grundkapitals und der Reserven in der Bilanz maßgebend, in die das Entwertungskonto erstmalig einzusetzen ist. Wird gleichzeitig mit der Genehmigung dieser Bilanz eine Kapitalherabsetzung oder die Auflösung eines Reservefonds oder eine Kapitalerhöhung beschlossen, so treten diese Transaktionen erstmalig in der auf die Beschlüsse über die Kapitalherabsetzung, die Auflösung des Reservefonds und die Kapitalerhöhung folgenden Bilanz in der Erscheinung. Die hierdurch herbeigeführten Veränderungen dürfen daher bei der Berechnung des Entwertungskontos nicht berücksichtigt werden. Anders ist die Frage zu beantworten, wenn die Kapitalherabsetzung, die Kapitalerhöhung und die Auflösung des Reservefonds gem. §§ 5, 6 I. DurchW.D. zu den Vorschriften über die Kapitalherabsetzung in erleichterter Form in der gleichzeitig zu beschließenden Jahresbilanz ausgewiesen werden, in der das Entwertungskonto erstmalig erscheint (siehe unter B). Hier gelten für die Bilanz, in der das Entwertungskonto gestellt wird, Kapitalherabsetzung, Kapitalerhöhung und Auflösung des Reservefonds bereits am Bilanzstichtag als vollzogen. Der durch sie herbeigeführte Stand der Kapital- und Reservekonten muß in diesen Fällen daher auch maßgebend für die Berechnung des Entwertungskontos sein.

Die Höchstgrenze von 30% der Kapital- und Reservekonten für das Entwertungskonto gilt nur für die Bilanz,

in der das Entwertungskonto erstmalig gestellt wird. Sinken in späteren Jahren, in denen das Entwertungskonto in der Bilanz weiterhin ausgewiesen wird, das Kapital oder die Reserven der Gesellschaft, so kann das Entwertungskonto mehr als 30% dieser Konten betragen.

Durch die Stellung des Entwertungskontos braucht das laufende Geschäftsjahr mit den bezeichneten Verlusten am Umlaufvermögen nur in Höhe eines Viertels belastet zu werden. Das Entwertungskonto muß spätestens innerhalb der nächsten fünf Geschäftsjahre getilgt werden, d. h. es muß in den Bilanzen mit dem Stichtage v. 1. Juli 1936 bis 30. Juni 1937 beseitigt sein. Es ist durch angemessene jährliche Abschreibungen zu tilgen. Abzuschreiben ist also nicht ein gleichmäßiger Betrag, aber jedenfalls in jedem Jahre ein Betrag. Eine gleiche Abschreibungsbestimmung findet sich in § 261 Nr. 4 HGB. Welcher Abschreibungsbetrag in den einzelnen Jahren angemessen ist, hängt von dem Ergebnis des Jahres ab; ist dieses sehr günstig, so sind größere Abschreibungen des Entwertungskontos angemessen. Bei der Bestimmung dessen, was angemessen ist, ist zu bedenken, daß das Entwertungskonto in Wirklichkeit einen Verlust darstellt, für dessen Tilgung der Reingewinn eines späteren Jahres zu verwenden ist. Ein Betrag muß in jedem Jahre zur Abschreibung des Kontos verwendet werden, auch dann, wenn die Gesellschaft in dem Jahre einen Verlust erlitten hat; durch die Tilgung wird der Gesamtverlust des Jahres dann entsprechend größer.

Zur Tilgung des Entwertungskontos ist zunächst der Reingewinn zu verwenden. Dieser ist, auch soweit er zur angemessenen Abschreibung des Entwertungskontos dient, wirklicher Reingewinn. Die Speisung des gesetzlichen Reservefonds nach § 262 Nr. 1 HGB. oder nach der Satzung ist ohne Rücksicht auf die Tilgung des Entwertungskontos durchzuführen. Dagegen steht dem Vorstand und dem Aufsichtsrat eine Forderung von dem zur Tilgung des Kontos zu verwendenden Teil des Reingewinnes nicht zu, da dieser Betrag zu Rücklagen i. S. der §§ 237 und 245 HGB. verwendet wird (vgl. auch Quassowsky-Susatz, Erl. 2 zu § 6 GoldBilW.D.).

Neben dem Reingewinn sind freiwillige Reserven, die für die Deckung von Verlusten bestimmt sind, zur Tilgung des Entwertungskontos heranzuziehen. Nur wenn die angemessene Abschreibung in einem Jahre nicht aus dem Reingewinn und dem freiwilligen Reservefonds gedeckt werden kann, dürfen in diesem Jahre der gesetzliche Reservefonds und die ihm nach § 262 HGB. zuzuführenden Beträge angegriffen werden.

Ist das Entwertungskonto in dem vorgezeichneten Zeitraum nicht völlig getilgt, so muß der Restbetrag in die Gewinn- und Verlustrechnung des letzten Jahres des Zeitraums als Aufwendung eingesetzt werden. Dadurch entsteht u. U. ein Verlust.

Solange das Entwertungskonto besteht, ist eine Gewinnverteilung der Gesellschaft unzulässig.

Ein Beschluß über die Genehmigung einer Bilanz, in der das Entwertungskonto unzulässigerweise oder in unzulässiger Höhe erscheint, oder über eine Gewinnausschüttung vor Tilgung des Kontos ist nichtig, da die verletzten Vorschriften im öffentlichen Interesse ergangen und unverzichtbar sind (siehe auch Quassowsky-Susatz, Erl. VI zu § 6 GoldBilW.D.).

Die zur Tilgung des Entwertungskontos in den einzelnen Jahren aufgewendeten Beträge können bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Einkommens abgezogen werden (Art. 1 § 2 Abs. 4 I. W.D.).

III. Nach § 240 Abs. 1 HGB. hat der Vorstand unverzüglich eine Generalversammlung zu berufen, wenn der Verlust, der sich bei der Aufstellung einer Jahres- oder Zwischenbilanz ergibt, die Hälfte des Grundkapitals erreicht hat. Bei der Berechnung des Verlustes ist das Entwertungskonto als Aktivum der Gesellschaft einzusetzen. Nach § 240 Abs. 2 HGB. hat der Vorstand die Eröffnung des Konkursverfahrens oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens zu beantragen, wenn sich bei Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergibt, daß das Vermögen die Schulden nicht mehr deckt. Auch bei dieser Berechnung gilt das Entwertungskonto als Aktivum (Art. 1 § 2 Abs. 3 I. W.D. und §§ 1, 2 II. W.D.).

IV. Die Vorschriften über die Bilanzierungs-erleichterungen, und zwar sowohl die Vorschriften über die besonderen Bilanzierungskurse wie die über das Entwertungskonto, gelten zunächst (vgl. Überschrift Art. 1 I. W.D.) für Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Sie gelten aber auch sinngemäß für andere Unternehmungen, welche entweder nach der Satzung oder auf Grund kaufmännischer Übung für die Bewertung ihrer Aktiven den § 261 HGB. anwenden (Art. 2 I. W.D.). Für die kaufmännische Übung kommt es nach den bei der Abfassung der W.D. maßgebenden Absichten nicht auf die allgemeine Übung in dem Geschäftszweig oder in der Betriebsgröße an, denen die einzelne Unternehmung angehört, sondern darauf, ob die einzelne Unternehmung schon bisher ihre Aktiven nach den Grundsätzen des § 261 bewertet hat.

V. Schließlich sind Sondervorschriften für solche Bilanzen von Versicherungsunternehmungen eingeführt, die für einen Stichtag in der Zeit v. 1. Juli 1931 bis zum 30. Juni 1932 aufgestellt werden. Versicherungsunternehmungen dürfen nach § 56 VersAussG. Wertpapiere, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, in ihren Bilanzen grundsätzlich (eine weitere Beschränkung enthält § 56 Abs. 1 Satz 2, 3) nicht höher als zum Börsen- oder Marktpreis des Bilanzstichtages einsetzen, und zwar ohne Unterschied, ob die Wertpapiere dauernd zum Geschäftsbetrieb der Versicherungsunternehmung bestimmt sind oder nicht. Diese Vorschrift ist für die Bewertung der Wertpapiere in den Bilanzen mit einem Stichtag in der Zeit v. 1. Juli 1931 bis zum 30. Juni 1932 außer Anwendung gesetzt. Für Versicherungsunternehmungen gelten für diese Bilanzen die Bewertungsvorschriften des § 261 HGB. Danach dürfen Wertpapiere, die dauernd zum Geschäftsbetrieb der Versicherungsunternehmung bestimmt sind, zu den Anschaffungspreisen eingesetzt werden, soweit nicht die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung Abschränkungen auf die Anschaffungskosten erforderlich machen. Wertpapiere, die nicht dauernd zum Geschäftsbetriebe bestimmt sind, dürfen unter Anwendung der außerordentlichen Bilanzkurse des Art. 1 § 1 I. W.D. bewertet werden. Die Versicherungsunternehmungen sind ferner berechtigt, von dem Entwertungskonto nach Maßgabe des Art. 1 § 2 I. W.D. Gebrauch zu machen. Die Aufsichtsbehörde kann besondere Bestimmungen treffen.

B. Durchführung der Kapitalherabsetzung in erleichteter Form.

Im V. Teil Kap. II der 3. W.D. des RPräs. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen usw. v. 6. Okt. 1931 (HauptW.D.) sind für die Herabsetzung des Grundkapitals von Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften a. A. zur Anpassung an den insbesondere aus Anlaß der Wirtschaftsentwicklung veränderten Vermögensstand Erleichterungen zugelassen. (Zur Erläuterung der HauptW.D. vgl. Hachenburg und P. Pinner: JW. 1931, 3037 ff.; Flechtheim: Bankarchiv XXXI, 27 ff. und den Komm. von Byk.) Die Erleichterungen der HauptW.D. bestehen darin, daß die Vorschriften über den Gläubigerschutz, die für die gewöhnliche Kapitalherabsetzung gem. § 289 Abs. 2—4 HGB. gelten, bei der erleichterten Kapitalherabsetzung keine Anwendung finden (§ 8 HauptW.D.). Die DurchfW.D. v. 18. und 20. Febr. 1932 (RGBl. I, 75 und DRInz. v. 20. Febr. 1932) haben die HauptW.D. in wichtigen Punkten ergänzt.

I. Die Kapitalherabsetzung in e. F. geschieht in drei verschiedenen Formen (§ 2 HauptW.D.): 1. durch Einziehung von Aktien, 2. durch Herabsetzung des Nennbetrages der Aktien, 3. durch Zusammenlegung von Aktien. Bevor der Nennbetrag von Aktien herabgesetzt wird oder Aktien zusammengelegt werden, sind grundsätzlich die eigenen und die Vorratsaktien der Gesellschaft einzuziehen (§ 2 Abs. 2). Es sollten die eigenen Aktien, die von vielen Gesellschaften unter Verletzung des § 226 HGB. und unter für die gesamte Volkswirtschaft überaus schädlichen Auswirkungen erworben worden sind, möglichst beseitigt werden. Andererseits sollte aber durch die erleichterte Kapitalherabsetzung nicht ein Anreiz geschaffen werden, eigene Aktien zu erwerben, damit sie erleichtert eingezogen werden können. Daher dürfen nach § 1 I. DurchfW.D. Aktien, die die Gesellschaft selbst oder die ein anderer für ihre Rech-

nung derivativ oder als Gründer oder Zeichner nach dem Inkrafttreten der I. DurchfW.D., d. h. nach dem 19. Febr. 1932, erworben hat, nicht in erleichteter Form eingezogen werden. Diese Beschränkung gilt nur für die Einziehung nach der HauptW.D. Die Einziehung solcher Aktien nach den Vorschriften des § 227 HGB. bleibt zulässig.

II. Auf die Einhaltung der Gläubigerschutzvorschriften, die für eine regelmäßige Kapitalherabsetzung gelten, kann bei der erleichterten Kapitalherabsetzung verzichtet werden, weil auf Grund dieser Herabsetzung Zahlungen an die Aktionäre nicht stattfinden dürfen (§ 6 Abs. 1 HauptW.D.). Es mußte aber verhindert werden, daß im Zusammenhange mit einer erleichterten Kapitalherabsetzung Reserven gestellt werden, die in späteren Jahren aufgelöst und als Gewinnausschüttung den Aktionären zugesührt und den Gläubigern entzogen werden. Die HauptW.D. enthält mehrere diesen Zwecken dienende Vorschriften (§§ 6, Abs. 2, 7, 9). Insbesondere bestimmt § 6 Abs. 2, daß die aus der Kapitalherabsetzung und aus der mit ihr verbundenen Inanspruchnahme von Reserven gewonnenen Beträge nur zum Ausgleich von Wertminderungen der Vermögensgegenstände der Gesellschaft, zur Deckung von sonstigen Verlusten oder zur Einstellung in den gesetzlichen Reservefonds Verwendung finden dürfen. Der gesetzliche Reservefonds darf auch nach Einstellung dieser Beträge in der Regel höchstens 10% des neuen Grundkapitals betragen. Aus dieser Vorschrift können sich Schwierigkeiten ergeben, auf die bereits Flechtheim (a. a. O. S. 31) hingewiesen hat. Nach der herrschenden Auffassung (vgl. Staub-Pinner, Anm. 9 zu § 291; Brodmann, Erl. 1 zu § 291; Flechtheim: JW. 1921, 576) wirkt sich eine Kapitalherabsetzung bilanzmäßig erst in der auf sie folgenden Jahresbilanz aus. In der Zwischenzeit zwischen der Beschlußfassung über die Kapitalherabsetzung und der über die Aufstellung der nächsten Bilanz kann sich ergeben, daß der bei der Bestimmung des Ausmaßes der Kapitalherabsetzung angenommene Verlust nicht in angenommener Höhe eingetreten oder daß er durch Gewinne, die im weiteren Verlaufe des Geschäftsjahres gemacht worden sind, zu einem Teile wieder ausgeglichen ist. Dann ist eine Verwendung der durch die Kapitalherabsetzung gewonnenen Beträge gemäß § 6 Abs. 2 HauptW.D. in voller Höhe nicht möglich, weil die Wertminderungen oder sonstigen Verluste zu dem Zeitpunkt, in dem der Buchgewinn aus der Herabsetzung verwendet wird, nicht mehr in der bei dem Beschluß über die Kapitalherabsetzung angenommenen Höhe vorhanden sind. Es konnte zweifelhaft sein, welche Wirkungen die hier notwendige Verletzung des § 6 Abs. 2 auf den Beschluß über die Kapitalherabsetzung hat. Diese Schwierigkeiten werden durch § 2 I. DurchfW.D. gelöst. Die durch die Kapitalherabsetzung freigewordenen Beträge sind in derartigen Fällen entgegen dem mit der HauptW.D. verfolgten Ziel von dem Gläubigerschutz befreit worden, weil sie nämlich nicht ausschließlich für die Deckung der Verluste und die Einstellung in den Reservefonds in der begrenzten Höhe Verwendung finden können. Daher müssen diese Beträge dem Gläubigerschutz wieder unterworfen werden. Ergibt sich nach der Beschlußfassung über die erleichterte Kapitalherabsetzung bei der Aufstellung der nächsten Jahresbilanz, daß Wertminderungen oder sonstige Verluste in der bei der Beschlußfassung angenommenen Höhe tatsächlich nicht eingetreten oder ausgeglichen sind, so ist dieser Unterschiedsbetrag daher gemäß § 2 I. DurchfW.D. einem Reservefonds zuzuführen. Dieser Fonds darf nur unter Beobachtung der für eine ordentliche Kapitalherabsetzung geltenden Schutzvorschriften des § 289 HGB. angegriffen werden. Eine Dreiviertelmehrheit, wie nach § 288 HGB., ist für den Generalversammlungsbeschluß über die Verwendung des Fonds nicht vorgeschrieben. Dieser Fonds ist zwar ein durch Gesetz vorgeschriebener, aber kein gesetzlicher Reservefonds nach § 262 HGB.; er kann auch für andere Zwecke als für die Deckung eines Verlustes verwendet werden. Er kann aber, auch wenn er zur Deckung eines Verlustes herangezogen wird, nur unter Beobachtung der Gläubigerschutzvorschriften angegriffen werden. Ein ebenso konstruierter Reservefonds ist durch § 227 Abs. 5 Satz 2 n. F. geschaffen (s. Neufeld, Kommentar zur Aktienrechtsnovelle Erl. 10 zu § 227). Wird der Fonds unter Verletzung der Sicherungsvorschriften zu Zahlungen an die Aktionäre

verwendet, so haften die Aktionäre bis zur Höhe der empfangenen Zahlungen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nach § 217 HGB.; ferner haften Vorstand und Aufsichtsrat gemäß §§ 241, 249 HGB.

III. Bei der Begrenzung des gesetzlichen Reservefonds auf 10% des neuen Grundkapitals (§§ 5, 6 Abs. 2 HauptWd.) sind die Beträge außer Ansatz zu lassen, die in der Zeit zwischen der Beschlussfassung über die erleichterte Kapitalherabsetzung und dem Stichtag der Jahresbilanz, in der die Kapitalermäßigung zum ersten Male zum Ausdruck kommt, dem Reservefonds zuzuführen sind (§ 3 I. DurchWd.). Beschließt z. B. die Generalversammlung während des Geschäftsjahres die erleichterte Herabsetzung des Grundkapitals und die Erhöhung ihres Grundkapitals unter Ausgabe der Aktien zum Kurse von 115%, so ist das Aufgeld dem Reservefonds zuzuführen. Dieser darf in der nächsten Bilanz, in der die Kapitalherabsetzung zum erstenmal zum Ausdruck kommt, den Betrag von 10% des Grundkapitals um das Aufgeld übersteigen.

IV. Nach § 9 HauptWd. können die Gläubiger der Gesellschaft innerhalb bestimmter Frist Sicherheit für ihre Forderungen verlangen, wenn die Gesellschaft, die ihr Grundkapital in erleichteter Form herabgesetzt hat, für ein Geschäftsjahr, das früher als zwei Jahre nach der Beschlussfassung über die Kapitalherabsetzung beginnt, einen Gewinnanteil von mehr als 6% zahlt. Dieses Recht besteht gemäß § 4 Satz 2 I. DurchWd. nicht, wenn die erleichterte Kapitalherabsetzung lediglich durch Einziehung von eigenen Aktien oder Vorratsaktien durchgeführt wird und ein etwa durch die Einziehung entstehender Buchgewinn dem gesetzlichen Reservefonds zugeführt wird. Ein Gewinn durch die Einziehung entsteht nicht, wenn die eigenen Aktien oder Vorratsaktien mindestens zum Nennwert in der Bilanz aktiviert oder im Geschäftsjahre mindestens zum Nennwert erworben sind. Zieht z. B. eine Gesellschaft 1 Million Mark Aktien in erleichteter Form ein, die zu 60% in der letzten Bilanz bewertet sind, so entsteht das Recht der Gläubiger nicht, wenn die Gesellschaft den Buchgewinn von 400 000 M dem gesetzlichen Reservefonds zuführt. — Unter Gewinnanteil ist nur der den Aktionären zuzuführende zu verstehen, nicht dagegen Gewinnzahlungen an Genusscheininhaber und Obligationäre (§ 4 Satz 1 I. DurchWd.).

V. Die Hauptbedeutung der Durchführungsverordnung liegt in der Zulassung einer begrenzten Rückwirkung erleichteter Kapitalherabsetzungen und mit ihnen etwa verbundener Kapitalerhöhungen. Wird eine Kapitalherabsetzung in Verbindung mit der Genehmigung einer Verlustjahresbilanz beschlossen, damit der Verlust durch den Buchgewinn aus der Kapitalherabsetzung getilgt werden kann, so ergeht der Bilanzbeschluss mit Wirkung auf den Bilanzstichtag, während die Kapitalherabsetzung erst nach Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister, also zu einem späteren Zeitpunkte, in Kraft tritt und ihre bilanzmäßige Auswirkung erst in der folgenden Jahresbilanz erscheint. Die Gesellschaft hat daher bis zur Genehmigung dieser nächsten Bilanz eine Verlustbilanz.

Es erschien zweckmäßig, die durch die Erleichterung der Kapitalherabsetzung zu fördernde Vereinigung der Verhältnisse der Gesellschaften in ihrer Wirkung zeitlich mit den Bilanzen, die den Anlaß zur Kapitalherabsetzung geben, zusammenzufassen, um auf diese Weise das etwa einjährige Bestehen von Verlustbilanzen, die den Kredit der Gesellschaften schädigen können, zu vermeiden. § 5 I. DurchWd. gestattet daher, daß die Jahresbilanz, die an sich nur den durch die Kapitalherabsetzung auszugleichenden Verlust auszuweisen hätte, Kapital und Reserven bereits in der Höhe angibt, wie sie nach der Durchführung der Kapitalherabsetzung bestehen sollen. In dieser Bilanz tritt hiernach der Verlust nicht in die Erscheinung, weil der durch die Kapitalherabsetzung zu erzielende Buchgewinn als am Bilanzstichtage bereits eingetretene Verluste wird und den Jahresverlust in der Bilanz kompensiert. Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser bilanzmäßigen Rückbeziehung der Kapitalherabsetzung ist, daß die ordentliche Generalversammlung, die über die Verlustbilanz zu beschließen hat, auch über die Kapitalherabsetzung Beschlüsse fassen „soll“. Nicht wird gefordert, daß dieser Beschluss auch in dieser Generalversammlung ergeht. Die Beschluss-

fassung muß aber auf der Tagesordnung der ordentlichen Generalversammlung stehen. Wird sie vertagt und ergeht sie in einer späteren Generalversammlung, so ist auch dann die bilanzmäßige Rückbeziehung der Kapitalherabsetzung zulässig. Durch diese Fassung des § 5 („Soll die Generalversammlung . . . zugleich über die Kapitalherabsetzung in erleichteter Form Beschlüsse fassen, . . .“) wird die im Anschluß an § 243 HGB. und Art. VIII der Wd. über Aktienrecht aufgeworfene Streitfrage (vgl. Neufeld, Kommentar zur Aktienrechtsnovelle Erl. 2 zu Art. VIII) ausgeschaltet, welche Wirkung die Vertagung der Beschlussfassung hat.

Es ist denkbar, daß sich bei der Durchführung der Kapitalherabsetzung Schwierigkeiten ergeben und daß sie erst nach längerer Verzögerung beseitigt werden. Daher dürfen die Bilanz und die mit ihr zusammenhängende Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrates nur unter der Bedingung beschlossen werden, daß die erfolgte Kapitalherabsetzung in das Handelsregister eingetragen wird (§ 5 S. 2 I. DurchWd.). Die Vorschrift spricht nur davon, daß die Bilanz nur bedingt genehmigt werden kann. Dasselbe muß aber auch von der von ihr nicht zu trennenden Gewinn- und Verlustrechnung gelten.

Werden die Anmeldung und die Eintragung der Durchführung der Kapitalherabsetzung nicht innerhalb bestimmter Fristen bewirkt, so werden die bedingten Beschlüsse über den Jahresabschluss und die Entlastung unwirksam. Die Generalversammlung muß dann erneut über diese beschließen. § 5 sagt nichts darüber, ob auch die dann zu beschließende Bilanz die Kapitalherabsetzung berücksichtigen darf. Die Frage ist zu verneinen. Der Kapitalherabsetzungsbeschluss ist bestehengeblieben, nur die bedingten Beschlüsse über die Bilanz und die Entlastung sind unwirksam geworden, daher kann die Kapitalherabsetzung nicht in der neuen Generalversammlung wiederum beschlossen werden. Des weiteren soll die Unwirksamkeit der bedingten Beschlüsse die Verbindung zwischen ihnen und dem Beschluss über die Kapitalherabsetzung lösen. Eine erneute Verbindung würde den Zustand wieder herstellen, der durch das Unwirksamwerden der bedingten Beschlüsse aufgehoben werden sollte.

Der bedingt genehmigte Jahresabschluss darf erst nach Eintragung der erleichterten Kapitalherabsetzung veröffentlicht werden. In sinngemäßer Auslegung des § 265 Abs. 1 HGB. ist die Veröffentlichung unverzüglich nach dieser Eintragung vorzunehmen.

Die nach § 5 zugelassene Rückwirkung der Kapitalherabsetzung tritt nur für deren bilanzmäßige Folgen ein. Im übrigen wird die Kapitalherabsetzung nicht vor der Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister wirksam. Daher sind die zusammenzulegenden oder zu benennierenden Aktien mit dem alten Kapitalbetrage in der Generalversammlung, die über Bilanz und Kapitalherabsetzung beschließt, stimmberechtigt. Auch solche Verträge über Aktien der Gesellschaft, die in der Zeit zwischen dem Bilanzstichtag und der Eintragung der Kapitalherabsetzung geschlossen werden, bleiben von der bilanzmäßigen Rückwirkung der Kapitalherabsetzung unberührt. Dagegen wird, falls in derselben Bilanz ein Entwertungskonto nach Art. 1 § 2 Wd. über einmalige Bilanzierungserleichterungen gestellt wird, für dessen Berechnung der Betrag des herabgesetzten Grundkapitals maßgebend sein müssen, da es sich bei dem Entwertungskonto und bei dem Grundkapital um Posten einer einheitlichen Bilanz handelt, die in Beziehung gesetzt werden sollen.

Die I. DurchWd. hat nicht nur die bilanzmäßige Rückwirkung einer Kapitalherabsetzung zugelassen, sie hat sie auch für eine Erhöhung des Grundkapitals gestattet, die gleichzeitig mit einer erleichterten Kapitalherabsetzung beschlossen werden soll; auch eine solche Kapitalerhöhung kann bereits in der Bilanz mit einem vor ihr liegenden Stichtag ausgewiesen werden (§ 6 I. DurchWd.). Wird z. B. in einer ordentlichen Generalversammlung am 1. April 1932 über die Bilanz einer Gesellschaft mit einem Grundkapital von 10 Millionen Mark für den Stichtag vom 31. Dezember 1931 Beschluss gefasst und in derselben Generalversammlung zur Tilgung eines in dieser Bilanz ausgewiesenen Verlustes die Herabsetzung des Grundkapitals in erleichteter Form um 3 Millionen Mark sowie die Erhöhung des Grundkapitals um 2 Millionen Mark zur Beschaffung neuer

Betriebsmittel beschlossen, so kann in der Bilanz mit dem Stichtag vom 31. Dezember 1931 das Grundkapital mit 9 Millionen Mark ausgewiesen werden. Auch hier dürfen Jahresabschluss und Entlastung nur unter der Bedingung beschlossen werden, daß die Durchführung sowohl der Kapitalherabsetzung wie der Kapitalerhöhung in das Handelsregister eingetragen wird. Auch hier sind Fristen für die Anmeldung der Eintragung vorgesehen, nach deren Ablauf die bedingt gefaßten Beschlüsse unwirksam werden. Sollen die neuen Aktien mit einem Agio ausgegeben werden, das nach § 262 HGB. dem gesetzlichen Reservefonds zuzuführen ist, so bleibt dieser Betrag bei der nach § 5 HauptW.D. vorzunehmenden Bemessung des Reservefonds außer Betracht (§ 3 I. DurchW.D.). Er wird aber bei seinem engen Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung auch bereits in der Bilanz, die das erhöhte Kapital erstmalig angibt, auszuweisen sein. Dies folgt auch aus Abs. 1 S. 2 II. DurchW.D.

Um einen Mißbrauch dieser Rückwirkungsbestimmungen auszuschließen, um vor allem zu verhüten, daß durch Verjüngung von Bilanzentwürfen eine Kapitalerhöhung verbreitet wird, deren Durchführung unterbleibt, ist eine bilanzmäßige Rückwirkung der Kapitalerhöhung nur zugelassen, wenn die neuen Aktien vor der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung gezeichnet und wenn ein bestimmter Teilbetrag (§ 6 Abs. 2 S. 1) der auf die Aktien zu leistenden Barzahlung bereits vor der Generalversammlung, die über die Kapitalerhöhung zu beschließen hat, bar gezahlt ist. Die Zeichnung, die wohl nur unter der Bedingung der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung geleistet werden kann, und die vorgeschriebene Barzahlung müssen dem den Erhöhungsbeschluss beurkundenden Richter oder Notar in der Regel (Ausnahme § 6 Abs. 5) nachgewiesen werden. Für die Barzahlung sind im Abs. 3 dieselben Formen vorgesehen, die § 20 Entw. 1931 für Einzahlungen bei Gründungen vorschlägt.

Sind auf die neuen Aktien Sacheinlagen zu machen, so müssen der Gegenstand der Einlagen, die Personen, von der die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt und der Betrag der für die Einlagen zu gewährenden Aktien, in dem Beschluss über die Erhöhung des Grundkapitals festgesetzt werden (§ 6 Abs. 6).

Wird die Kapitalerhöhung mit bilanzmäßiger Rückwirkung beschlossen, so darf der Jahresabschluss erst nach der Eintragung der durchgeführten Kapitalherabsetzung und Kapitalerhöhung in das Handelsregister bekanntgegeben werden.

Häufig wird bei den großen Beständen der Gesellschaften an eigenen Aktien die Beschaffung neuer Mittel nicht durch förmliche Kapitalerhöhung durchgeführt werden, sondern durch Verkauf eigener Aktien. Grundsätzlich müssen aber nach § 2 Abs. 2 HauptW.D. bei einer erleichterten Kapitalherabsetzung zunächst die eigenen Aktien der Gesellschaft eingezogen werden. Will die Gesellschaft nach der Herabsetzung des Grundkapitals wieder neue Aktien ausgeben, so wäre es unzweckmäßig, wenn sie die eigenen Aktien erst einzuziehen, dann eine Kapitalerhöhung zu beschließen und wieder neue Aktien herzustellen hätte, die der Kapitalverkehrssteuer unterliegen. Hier wird durch die II. DurchW.D. eine Hilfe geschaffen. Beschließt eine Generalversammlung eine erleichterte Kapitalherabsetzung mit bilanzmäßiger Rückwirkung (§ 5 I. DurchW.D.), so kann sie von der Einziehung der eigenen oder Borratsaktien absehen, wenn sie gleichzeitig die Veräußerung dieser eigenen Aktien unter bestimmten Bedingungen beschließt. Der Vertrag über die Veräußerung und deren Bedingungen müssen durch einfachen Mehrheitsbeschluss der Generalversammlung genehmigt werden. Die für die Kapitalerhöhungen vorgeschriebene qualifizierte Mehrheit ist hier nicht erforderlich. Der Kaufpreis muß mindestens dem Nennbetrage der Aktien gleichkommen. Er muß, sofern er bar zu zahlen ist, vor der Beschlussfassung der Generalversammlung eingezahlt sein; der Vorstand (nicht: sämtliche Vorstandsmitglieder) muß die Barzahlung dem protokollierenden Richter oder Notar unter Vorlage des Vertrags nachweisen und zu Protokoll der Generalversammlung erklären, daß der Gegenwert endgültig zu seiner freien Verfügung steht und Gegenforderungen nicht bestehen. Der Vertrag

bedarf der Schriftform, er muß bei der Beschlussfassung der Generalversammlung bereits abgeschlossen und darf nur von der Genehmigung des Vertrages durch die Generalversammlung und von der Eintragung der erfolgten Kapitalherabsetzung und einer mit ihr etwa verbundenen Kapitalerhöhung in das Handelsregister bedingt sein. Wird der Gegenwert für die Aktien durch Sacheinlagen geleistet, so gelten für den Vertrag die Vorschriften des § 279 HGB. sinngemäß. Da diese Veräußerung der eigenen Aktien wirtschaftlich einer Kapitalerhöhung gleichkommt, so ist hier ein gesetzliches indirektes Bezugsrecht der Aktionäre vorgeschrieben. Der Erwerber muß sich in dem Vertrage verpflichten, den alten Aktionären einen ihrer Beteiligung am Grundkapital entsprechenden Betrag der zu erwerbenden Aktien anzubieten. Diese Verpflichtung darf in dem Vertrage über den Erwerb der Aktien nur fehlen, wenn die Generalversammlung mit einer Dreiviertelmehrheit zustimmt. Es ist ferner, wie bei Kapitalerhöhungen, der den Nennbetrag der Aktien übersteigende Teil des Kaufpreises dem gesetzlichen Reservefonds zuzuführen.

Wird ein solcher Beschluss über die neue Begebung der eigenen Aktien gefaßt, so brauchen diese eigenen Aktien nicht eingezogen zu werden; für sonstige eigenen Aktien, die nicht auf diese Weise veräußert werden, gilt die Vorschrift des § 2 HauptW.D.; sie sind vor einer Zusammenlegung oder Denomination der freien Aktien einzuziehen.

Die Veräußerung der Aktien ist — anders als nach §§ 5, 6, wo die bilanzmäßige Rückwirkung nur zugelassen ist — in die gleichzeitig zu beschließende Bilanz mit rückwirkender Kraft aufzunehmen. In der Bilanz sind die Aktien als veräußert zu behandeln. Sie dürfen nicht aktiviert werden, obwohl sie am Bilanzstichtag der Gesellschaft gehörten. Der Verkaufsgegenwert muß aktiviert werden, obwohl er der Gesellschaft am Bilanzstichtag noch nicht zustand. Diese Vorschrift soll die Veräußerung, wegen deren die Unterlassung der Einziehung der Aktien nur gestattet wird, sicherzustellen. Auch das Agio ist als am Bilanzstichtag dem Reservefonds bereits zugeführt anzugeben.

Werden Kapitalherabsetzung, Kapitalerhöhung und die Veräußerung eigener Aktien bilanzmäßig als an einem zurückliegenden Bilanzstichtag vollzogen behandelt, so tritt der Verlust, der durch diese Sanierungsakte bereinigt werden soll, in der Bilanz nicht in die Erscheinung. Die Generalversammlung kann die Notwendigkeit der Sanierungsakte aus der Bilanz nicht ersehen, und es kann ferner nicht geprüft werden, ob die Vorschrift des § 6 Abs. 2 HauptW.D. über die Verwendung der aus der Kapitalherabsetzung gewonnenen Beträge eingehalten ist. Daher muß in der Gewinn- und Verlustrechnung, die mit dieser Bilanz zusammen den Jahresabschluss bildet, ersichtlich gemacht werden, welche Beträge aus der Inanspruchnahme der Reserven und aus der Kapitalherabsetzung gewonnen sind (§ 7 I. DurchW.D.). Es muß ferner unter den Aufwendungen dieser Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesen werden, in welcher Höhe diese Beträge a) zum Ausgleich von Wertminderungen der Vermögensgegenstände der Gesellschaft, b) zur Deckung von sonstigen Verlusten oder c) zur Einstellung in den gesetzlichen Reservefonds verwendet werden.

VI. Die I. DurchW.D. enthält schließlich die Vorschriften über die Kapitalherabsetzung in erleichteter Form bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Diese stimmen im wesentlichen mit den für AktG. und KommGef. a. U. erlassenen Vorschriften überein.

VII. Um die Kosten der erleichterten Kapitalherabsetzung bei AktG., KommGef. a. U. und GmbH. zu senken, ist in § 18 I. DurchW.D. bestimmt, daß bei der Berechnung der Gebühren für die registergerichtliche Eintragung von Beschlüssen der Generalversammlung über eine Kapitalherabsetzung und für die Beurkundung der Anmeldung zur Eintragung als Wert des Gegenstandes nur der fünfte Teil des Betrages zugrunde zu legen ist, um den das Kapital der Gesellschaft herabgesetzt wird. Diese Ermäßigung gilt auch für bereits vorgenommenen Eintragungen und Beurkundungen. Für die Kapitalerhöhung sind Ermäßigungen der Gebühren nicht vorgesehen.

Der Begriff der Ausverkäufe.

Von Syndikus der Industrie- und Handelskammer Dr. Weisbart, Berlin.

Die Rspr. über die Ausverkäufe stand im allgemeinen unter keinem günstigen Stern. Es ist wohl noch allgemein bekannt, daß die Rspr. des RG. über die Ergänzung der Warenvorräte bei Ausverkäufen allgemeine Erregung hervorgerufen und zu den besonderen gesetzlichen Vorschriften über die Ausverkäufe, insbes. zu dem Verbot jedes Nachschubs geführt hat. In den letzten Jahren ereignete es sich, daß fast alle Ausverkaufsordnungen der RegPräs. als ungültig erklärt wurden, bis man eine Form fand, die den Bedenken der Rspr. im Rahmen des geltenden Rechts Rechnung trug. In neuerer Zeit sind Entscheidungen bekannt geworden, die den Begriff des Ausverkaufsgrundes in einer so erheblichen Weise abschwächen, daß wieder die Gefahr eines Überwucherns der Ausverkäufe zu befürchten ist. Das RG. hat am 12. Juni 1931 in einer Entsch. des 2. ZivSen. — II 479/30 —, das RG. in einer Entsch. des 31. ZivSen. v. 26. Okt. 1931, 31 U 5067/31, in den Ankündigungen „Oberhemden angestaubt, in großen Mengen, weit unter Preis“ Ausverkäufe erblidet. Das RG. berief sich dabei auf eine frühere Entsch., die in WuW. 14, 306 abgedruckt ist. Die Urteile gehen davon aus, daß die Ankündigungen Ausverkaufsankündigungen seien. Darüber, so heißt es im reichsgerichtlichen Urteil, ob es sich um einen wahren, ernsthaften Grund handelt, der im Verkehr als ausreichende Veranlassung zu einem Ausverkauf anerkannt wird, läßt sich eine Entsch. nur unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles treffen. In dieser Beziehung spielten bei einem großen Warenhaus andere Verhältnisse eine Rolle als bei einem Geschäft mit verhältnismäßig kleinem Umsatz. Das was bei letzterem ein Scheingrund und Vorwand sein würde, könne dort dringende Notwendigkeit oder zum mindesten eine im ordnungsmäßigen Geschäftsgang zweckmäßige Maßregel sein. Das RG. führt aus, man könne die Zulässigkeit eines Ausverkaufs wegen Anstaubung in den Fällen nicht verneinen, in denen der Geschäftsbetrieb des Verkäufers den Wunsch nach beschleunigter Räumung eines bestimmten Postens minderwertiger Ware berechtigt erscheinen lasse. Diese Berechtigung erweise der Umfang des Geschäfts der Verk., ihre Eigenschaft als Hersteller und Kleinverkäufer gewisser Wäscheartikel sowie insbes. der große Posten angestaubter Oberhemden, von dem ohne weiteres erhelle, daß er nicht im regulären Geschäftsgang, sondern nur im Rahmen einer besonderen Veranstaltung gegen Sondervorteile für den Käufer abgestoßen werden könne.

Wenn im Eingang der hier erwähnten Ausführungen des RG. die Verkehrsauffassung als Maßstab für die Anerkennung des Ausverkaufsgegenstandes angesehen wird, so muß festgestellt werden, daß eine solche Verkehrsauffassung sicherlich für angestaubte Wäsche nicht besteht. Jedenfalls würde es allgemein als unzulässig angesehen werden, wenn ein Kaufmann mit der Überschrift „Ausverkauf“ die angestaubte Wäsche als den Gegenstand seines Ausverkaufs bezeichnen würde. Vor allem fordert aber der Unterschied zum Widerspruch heraus, der hier zwischen Groß- und Kleinbetrieb gemacht wird, dem Großbetrieb einen Ausverkauf gestattet, dem Kleinbetrieb aber verweigert. Dabei wird nicht genügend beachtet, daß der verschiedenen Größe der Geschäfte auch eine verschiedene Bedeutung der von ihnen durchgeführten Sonderveranstaltungen und Ausverkäufe zukommt. Wenn in einem großen Warenhaus Tausende oder Hunderte von Hemden verstauben, so sind es im kleineren Geschäft Duzende. Im gleichen Verhältnis wie die Menge der in Betracht kommenden Waren stehen die Wirkungen der Ankündigung von Ausverkäufen und Sonderveranstaltungen. Auch der Ausverkauf des kleinen Geschäfts ist ein Ausverkauf, wengleich er entsprechend weniger Kunden heranzieht. Er bleibt eine außergewöhnliche Betriebsform, die den allgemeinen Gesetzen unterliegt.

Es gibt kein Geschäft, in dem nicht ein prozentual meist ziemlich genau feststehender Teil der Waren unansehnlich oder beschädigt wird, verdirbt, verschmutzt usw. Der Inventurausverkauf ist diejenige Veranstaltung, die dazu bestimmt ist, alljährlich das Geschäft von diesen in der Absatzfähigkeit verringerten Beständen zu befreien. Läßt man für solche Waren den

Ausverkauf zu, so gelangt man dahin, daß in jedem Geschäft mindestens alle Jahre einmal ein regelrechter gesetzlich anzuerkennender Ausverkauf stattfindet, und zwar in den Geschäftszweigen, in denen Inventurausverkäufe üblich sind neben dieser Veranstaltung. Erscheint schon die Möglichkeit einer solchen Häufung kaum mit den Gedankengängen des Gesetzes vereinbar, so kommt noch folgendes in Betracht: Der Ausverkauf ist für den Käufer mit einem gewissen Nimbus umgeben. Der Käufer nimmt an, daß der Ausverkaufende unter einem gewissen Zwang steht, daß er nicht mit dem Absatz warten kann, bis der Käufer im regelmäßigen Verlauf der Dinge zu ihm kommt. Der Verkäufer muß den Käufer mit einer gewissen Eindringlichkeit schleunigst zu sich heranziehen und ihn unter Umständen veranlassen, vorzeitig zu kaufen. Die Nähe des Termins für die Aufgabe des Geschäfts, für den Umzug ist es, die den Veranstalter in den Augen des Publikums zwingt, seine Vorräte um jeden Preis loszuschlagen. Diese psychologische Situation besteht niemals, wenn ein regelmäßig wiederkehrender Anlaß der Ausgangspunkt für die Veranstaltung ist. Die Waren gehören ja dann zu seinem regelmäßigen Warenbestand. Er kann sie auch in der Folge nach Beendigung des Ausverkaufs weiterführen. Es kann daher nur als eine mißbräuchliche Ausnutzung der psychologischen Situation des Lesers betrachtet werden, wenn durch die Verwendung der Bezeichnung eines Ausverkaufs ein solcher Zwang vorgetäuscht würde. Dabei ist noch gar nicht in Rücksicht gezogen, daß es durchaus üblich ist, angestaubte oder schmutzige Wäsche wieder in den Stand zu setzen. Sie braucht nur gewaschen zu werden und leidet dadurch in kaum merkbare Weise im Wert.

Offenbar haben RG. und RG. gewisse wirtschaftliche Erwägungen zu ihrer Stellungnahme veranlaßt. Man hat sich wohl gesagt, daß dem Kaufmann Gelegenheit gegeben sein muß, auf den Vorrat angestaubter, verschmutzter Wäsche oder beschädigter Waren hinzuweisen und das Publikum auf die Verbilligung aufmerksam zu machen. Auf Saison- und Inventurausverkäufe konnte der Veranstalter nicht verwiesen werden, weil es Geschäftszweige gibt, in denen die Saison- und Inventurausverkäufe nicht üblich und daher auch nicht zulässig sind. So glaubte man sich nur dadurch helfen zu können, daß man in der Verstaubung oder Verschmutzung einen ausreichenden Grund für den Ausverkauf sah. Freilich ist nicht festzustellen, ob sich die Gerichte die Frage vorgelegt haben, inwiefern beim Ausverkauf angestaubter Wäsche ein Vorschub zu erblicken ist. Jeder Kaufmann weiß doch bereits bei der Anschaffung der Ware, daß im Laufe der Zeit eine Verschmutzung und Verstaubung eintritt, daß also ein Teil der angeschafften Waren mit Sicherheit in den Ausverkauf gelangen würde; dolus eventualis muß aber für das Nachschubverbot genügen, da es sonst gar nicht durchgeführt werden könnte.

In der Notlage, einen rechtfertigenden Grund zum Ausverkauf anzunehmen, befanden sich die Gerichte nur deshalb, weil sie offensichtlich im Anschluß an den Wortlaut des Gesetzes die Auffassung haben, daß die Ankündigung des Verkaufs eines bestimmten Vorrats aus vorhandenem Bestand immer eine Ausverkaufsankündigung sei. Diese Auffassung ist unzutreffend und verkennt die Tatsachen im Einzelhandel. Auch bei der Sonderveranstaltung wird ein Vorrat aus einem vorhandenen Bestand beschleunigt abgesetzt. Freilich kennt das Gesetz sowohl einen Ausverkauf wegen Aufgabe einer Warengattung wie einen Teilausverkauf, wobei keine Warengattung aufgegeben, bei der also die Ware ebenso wie bei der Sonderveranstaltung fortgeführt wird. Es fragt sich, wie soll sich dieser Teilausverkauf von der Sonderveranstaltung unterscheiden. Sicher ist soviel, daß in der Ankündigung eines solchen Teilausverkaufs jedenfalls die Ankündigung zu erblicken ist, daß wenigstens während der Veranstaltung keine Nachschaffung vorgenommen wird, während dies bei der Sonderveranstaltung geschehen kann, allerdings nicht geschehen muß. Man kann nicht einmal sagen, daß die Nachschaffung bei der Sonderveranstaltung die Regel bildet. Es gibt also Sonderveranstaltungen ohne laufende Nachschaffung

und Teilausverkäufe mit späterer Nachschaffung. So bleibt als einziges wesentliches Merkmal für den Teilausverkauf die Einmaligkeit und Außerordentlichkeit des Angebots, das mit der Beendigung der Veranstaltung aufhört. Aber selbst hier finden sich noch Berührungspunkte mit den Sonderveranstaltungen. Auch die Sonderveranstaltungen weisen vielfach auf die außerordentliche Gelegenheit hin. Bei der Sonderveranstaltung beruht sie aber nicht auf äußerem Zwang, sondern auf freiem Willen des Veranstalters. Jeder Ausverkauf erweckt die Vorstellung eines äußeren Zwanges zum beschleunigten Absatz, auch wenn, wie bei der Aufgabe des Geschäfts, die Absicht der Aufgabe zunächst auf freiem Willen beruht. Darum ist der Teilausverkauf, der Räumung eines vorhandenen Bestandes aus einem Warenvorrat ankündigt, unzulässig, wenn kein einen Ausverkauf rechtfertigender Grund vorhanden ist. Weil dieser äußere Zwang zum Ausdruck gebracht wird, glaubt das Publikum, es werde nichts nachgeschafft. Der Ausschluß des Nachschubs, der für den Ausverkauf wesentlich ist, ist daher nicht die primäre, sondern die sekundäre Folge des Ausverkaufs, die auch bei der Sonderveranstaltung vorhanden sein kann. Aus dieser Vorstellung eines Zwanges heraus ergibt sich, daß nicht beliebig lange vor der Aufgabe des Geschäfts der Ausverkauf angekündigt werden darf, mit anderen Worten, die zeitliche Beschränkung des Ausverkaufs. Daraus ergibt sich weiter, daß der Termin der Beendigung des Geschäfts, der Aufgabe der Warengattung, der Beendigung der Auseinanderlegung feststehen muß, bevor mit dem Ausverkauf begonnen werden darf. Die herkömmliche Auffassung, daß der Ausverkauf ohne bestimmte zeitliche Grenze sei und daß sich sein Ende nur aus der Erschöpfung des zum Ausverkauf stehenden Vorrats ergebe, kann nicht als richtig angesehen werden und steht mit der Auffassung der Leser der Ankündigung im Widerspruch.

Schwierig bleibt es natürlich, festzustellen, wann in einer Ankündigung, die keinen äußeren Anlaß und keine Zwangslage des Veranstalters angibt, dieser Anschein des äußeren Zwanges hervorgerufen wird. Die Verkehrsauffassung hat gewisse Anhaltspunkte geliefert. Die Verkehrsauffassung entscheidet nicht nur darüber, ob ein rechtfertigender Grund, ein Zwang für einen Ausverkauf besteht, sondern auch darüber, ob die Ankündigung den Anschein eines äußeren Zwanges hervorruft, d. h. ob sie eine Ausverkaufsankündigung ist. Für die weiße Woche steht es z. B. fest, daß dieser Anschein nicht erweckt wird. Auch für eine Reihe anderer Veranstaltungen gilt dies. Wenn z. B. in einem Warenhaus Bänder auf einem Tisch ausgelegt werden, die sich die Kunden aussuchen können, so liegt kein Ausverkauf vor, obgleich die dort liegenden Muster wahrscheinlich nicht mehr angeschafft werden. Wenn gewisse Stiefelnummern, sogenannte Einzelpaare, zum Verkauf gestellt oder wenn in einem Geschäft, das überhaupt keine Gattungsware hat, wie z. B. in Kunsthandlungen eine Anzahl von Bildern, besonders billig zum Verkauf gestellt werden oder wenn Partiewaren-Geschäfte einen Posten zum Verkauf stellen, so ist überall ersichtlich, daß hier Nachschaffungen der betreffenden Ware nicht stattfinden, daß aber gleichwohl keine Ausverkäufe veranstaltet werden. Ganz so liegt es bei der angestaubten Wäsche. Saubere und angestaubte Wäsche sind zudem unzweifelhaft dieselbe Ware, und man würde dem Sprachgebrauch Gewalt antun, wenn man die aus

den Sägern entnommene angestaubte Wäsche oder die sonst verschmutzten Waren als einen gesonderten Vorrat aus dem vorhandenen Bestand ansehen würde.

Merkwürdigerweise hat das RG. in dem angeführten Urte. gerade aus der Regelmäßigkeit des Anfalls an angestaubter Wäsche den Schluß gezogen, daß der Ausverkauf berechtigt sei, während die Regelmäßigkeit gegen den Ausverkauf spricht. Es heißt dort: „Dem Leser würde nicht ohne weiteres der Gedanke kommen, es handle sich nicht um die im regulären Geschäftsbetrieb, sondern um die durch ein besonderes Ereignis hervorgerufene Verstaubung der Ware.“ Das RG. sieht also in der Regelmäßigkeit des Ereignisses der Verstaubung einen berechtigten Grund für den Ausverkauf. Das Merkmal der Außergewöhnlichkeit, des Zwangsmäßigen des Ausverkaufs ist nicht schon dann gegeben, wenn es sich um eine periodische Unregelmäßigkeit handelt, wie das beim Verstauben, Verschmutzen usw. der Fall ist. Vielmehr muß gefordert werden, daß die Unregelmäßigkeit eine außerordentliche, das Ereignis ein einmaliges ist und voraussichtlich nicht so leicht wiederkehrt. Erst dann liegt ein den Ausverkauf rechtfertigender Grund vor. Erst dann wird aber auch die für den Ausverkauf charakteristische Wirkung auf das Publikum erzielt, die mit der Wirkung periodischer Veranstaltungen, wie dem Saison- und Inventurausverkauf, nicht auf eine Stufe gestellt werden darf.

Hiernach erscheint der Verkauf angestaubter Ware lediglich als eine Sonderveranstaltung. Sie darf niemals als Ausverkauf bezeichnet und in der Form des Ausverkaufs durchgeführt werden. Es ist bekannt, daß der Sonderausschuß der Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels und des Deutschen Industrie- und Handelstages, der Richtlinien und Normen für ein lautes und redliches Verhalten der Kaufmannswelt aufstellen soll, im Einvernehmen mit allen beteiligten Kreisen eine Einschränkung der Sonderveranstaltungen empfohlen hat. Es sollen danach außer den Inventar- und Saisonauverkäufen nicht mehr als vier Sonderveranstaltungen im Jahr stattfinden dürfen. Offensichtlich hat die Schrankenlosigkeit der Sonderveranstaltungen in der Praxis den Anstoß dazu gegeben, gegen dieselben derart vorzugehen, daß man zwar den Begriff der Ausverkäufe erweitert, aber mittelbar deren Einengung dadurch herbeiführt, daß man die Bedingung eines rechtfertigenden Grundes daran knüpft. Die Rspr. hat diesen Bestrebungen darin recht gegeben, daß es die Ausverkaufsnatur bejahte; verschlimmert aber das Übel, indem sie durch Ausdehnung der zulässigen Ausverkaufszgründe die Anwendung der Ausverkaufszform vervielfältigt hat. Es ist zu hoffen, daß die Rspr. ihren Irrtum erkennt; daß mit den Richtlinien des Sonderausschusses die Übelstände verschwinden und ohne Erstreckung des Ausverkaufsbegriffs derartige Sonderveranstaltungen auf das gewöhnliche Maß zurückgeschraubt werden. In einer von der Industrie- und Handelskammer zu Berlin veranstalteten Versammlung der Gewerbetreibenden, in der alle beteiligten Kreise vertreten waren, hat man sich dahin geeinigt, daß man von der Anwendung der reichsgerichtlichen Entscheidung absehen will und angestaubte Ware weder im Wege des Ausverkaufs noch im Wege der Sonderveranstaltung, sondern nur im Wege der Sonderangebote angekündigt werden soll.

Von einem Kartell oder Syndikat einem einzelnen Kunden eingeräumte Sonderpreise sind nicht gebundene Preise i. S. der Vierten NotW. v. 8. Dez. 1931.

I.

Kampfpreise, die von den allgemeinen Syndikats-Kartell-Preisen abweichen und mit Rücksicht auf vorliegende Konkurrenzofferten eingeräumt worden sind, können nicht als gebundene Preise i. S. des § 1 Teil 1 Kap. 1 4. NotW. angesehen werden. Dasselbe muß auch gelten für Sonderpreise, die wesentlich unter den festgesetzten Kartellpreisen liegend mit einzelnen Abnehmern ausgehandelt sind (gl. An). Reinhard Wolff, Die PreislenkungsW., Berlin 1932, Carl Heymanns Verlag, S. 21 und A. Hüssener, Die Senkung der gebundenen Preise, Berlin 1932, Verlag von Franz Vahlen, S. 22/23).

Der entscheidende Gesichtspunkt ist m. E. folgender:

Die NotW. verlangt eine 10%ige Herabsetzung gegenüber dem Stand v. 30. Juni 1931 der durch Kartellverträge oder Beschlüsse festgesetzten Preise. Zweifellos ist also, daß hiernach diejenigen allgemeinen Kartellpreise gesenkt werden müssen, die durch Kartellvertrag oder Beschluß generell festgesetzt sind. Dies gilt also jedenfalls für die vom Kartell ausgegebenen Listenpreise und zweifellos auch für die kartellmäßig generell festgesetzten Rabattsätze.

Der Sonderpreis für einen einzelnen Abnehmer unterscheidet sich aber sehr wesentlich von dem vorizzierten Kartellpreis, und zwar dadurch, daß er mit dem Abnehmer individuell ausgehandelt und vereinbart ist. Die Kartellmitglieder haben dem lediglich diesem besonders ausgehandelten Preis ihre Zustimmung gegeben. Die eingangs erwähnten eigentlichen Kartellpreise sind im Gegensatz dazu generell ohne Mitwirkung des Kunden

im voraus einseitig festgesetzt. Nur diese Preise sind m. E. gebundene Preise i. S. der NotW.D., d. h. durch einen Kartellvertrag oder Beschluß festgesetzt und um 10% zu senken.

Die NotW.D. will eine allgemeine Senkung des Preisniveaus erreichen, nicht dagegen ist ihr Zweck, jeden besonderen Vorteil zu berechnen, der zu besonderen Zeiten und unter besonderen Umständen einzelnen Abnehmern einmal aus besonderen Gründen bewilligt und mit ihnen individuell abgesprochen worden ist. Bezüglich des mit solchen Abnehmern für die Zukunft etwa auszuhandelnden Sonderpreises besteht nach der NotW.D. nur die Schranke, daß dieser nicht über dem gebundenen Kartellpreis per 30. Juni 1931 minus 10% liegen darf. — Ob der Abnehmer, der bisher einen Sonderpreis hatte, gegenüber dem um 10% gesenkten Kartellpreis wiederum einen Anspruch auf einen neuen Vorzugspreis und in welcher Höhe hat, ist eine Frage, die in der NotW.D. nicht geregelt ist und die m. E. im Einzelfall nach Maßgabe der §§ 157, 133 BGB. zu entscheiden wäre.

Was vorstehend für den einem einzelnen Abnehmer eingeräumten Sonderpreis gesagt ist, gilt auch für mit einem einzelnen Abnehmer vereinbarten Sonderrabatt (nicht zu verwechseln mit dem vom Kartell generell eingeräumten Mengenrabatt).

II.

Ein etwa vom Reichswirtschaftsministerium vertretenen anderer Standpunkt ist m. E. nicht haltbar.

Darüber hinausgehend steht m. E. dem Reichswirtschaftsministerium auch keine Entscheidung darüber zu, ob einzelnen Abnehmern eingeräumte Sonderpreise als gebundene Preise i. S. der NotW.D. anzusehen sind oder nicht. Das Reichswirtschaftsministerium soll sich angeblich zur Begründung seines gegenteiligen Standpunktes auf den § 6 NotW.D. berufen.

Nach dem klaren Wortlaut dieser Vorschrift kann das Reichswirtschaftsministerium jedoch nur eine für Gerichte, Schiedsgerichte und Verwaltungsbehörden bindende Entscheidung darüber treffen, ob die Preise entsprechend der NotW.D. gesenkt sind, also beispielsweise ob eine Senkung von Speien, Rabatten u. dgl. das erforderliche Ausmaß erfüllt, ob und inwiefern Abwendungen der Preisenkungsbeträge oder der gebundenen Preise bei Pfenningrechnung oder bei Teilbeträgen eines Pfennigs das Senkungsgebot erfüllen usw. Nicht dagegen hat das Reichswirtschaftsministerium m. E. die Entscheidungsgewalt i. S. des § 6 über die Frage, ob eine Preisbindung i. S. des § 1 Abs. 2 NotW.D. vorliegt. Diese Prämisse für die Entscheidung des Reichswirtschaftsministeriums gem. § 6 bleibt vielmehr den Gerichten vorbehalten. Wenn sich das Reichswirtschaftsministerium dazu äußert, so ist es lediglich eine unverbindliche Meinungsäußerung (vgl. auch Wolff a. a. O. S. 71/72).

H. Dr. Heinrich Pih, Frankfurt a. M.

Die Tragung von Einfuhrzöllen in Lieferungsverträgen nach englischem Recht.¹⁾

I. Die Einführung englischer Einfuhrzölle auf wichtigen Gebieten des deutschen Außenhandels hat die Frage aufstehen lassen, welche Parteien einen erst nach Vertragschluß eingeführten oder erhöhten Zoll bei nach englischem Recht auszulegenden Lieferungsverträgen zu tragen hat. Sedes materiae ist section 10 Subs. (1) des Finance Act 1901 (I. Edw. VII. c. 7):

„Where any new Customs import duty or new Excise duty is imposed or where any Customs import duty or Excise duty is increased, and any goods in respect of which the duty is payable are delivered after the day on which the new or increased duty takes effect in pursuance of a contract made before that duty, the seller of the goods may in the absence of agreement to the contrary, recover as an addition to the contract price a sum equal to any amount paid by him in respect of the goods on account of the new duty or the increase of duty as the case may be.“

Der deutsche Verkäufer kann hiernach denjenigen Betrag, den er für nach Vertragschluß in Kraft getretene oder nachträglich erhöhte Zölle in Ausführung des Lieferungsvertrages bezahlt hat, vom Käufer erstatet verlangen, es sei denn, daß sich aus dem Vertrage etwas anderes ergibt. Die Entscheidung im Einzelfalle hängt daher von der Auslegung des Vertrages ab, wobei zu beachten ist, daß die Vertragsauslegung im englischen Recht im Gegensatz zum deutschen stark restriktiv ist. Ausgangspunkt ist zwar auch in England die Absicht der Parteien, aber an Niedererschlag dieser Absicht in der Vertragsformulierung werden strengere Anforderungen gestellt. Ein schriftlicher Vertrag wird grundsätzlich als selbständige Einheit aus sich heraus verstanden. Vorverhandlungen, mündliche Nebenabreden oder Begleitumstände werden zur Vertragsergänzung überhaupt nicht, zur Erläuterung nur in engen Grenzen und in ganz bestimmten Einzelfällen zugezogen (Handelsbräuche, technische und mehrdeutige Wendungen). Unklarheit eines Ausdrucks geht zu Lasten desjenigen, der ein Recht

oder eine Befreiung aus ihm herzuleiten sucht. Für den vorl. Fall bedeutet das, daß der auf den Finance Act 1901 gegründete Zollerrstattungsanspruch des Verkäufers nur durch eine klare Vertragsbestimmung beseitigt werden kann. Die Anwendung dieser Grundföhe ermöglicht eine sichere Beurteilung einmal bei Schweißen des Vertrages, sodann bei Benutzung bestimmter gleich zu erörternder Vertragsformeln, während sich in anderen Fällen Zweifel ergeben.

1. Enthält der Vertrag keine besonderen Bestimmungen über die Zolltragung, so gilt der Finance Act 1901 zugunsten des Verkäufers uneingeschränkt, und zwar angesichts der Unbeachtlichkeit von Vorverhandlungen selbst dann, wenn der Käufer außerhalb des Vertrages eine Zollerrstattung abgelehnt haben sollte. Die Rechtslage ist die gleiche, wenn FOB oder CIF verkauft ist. Ist FOB verkauft, so beschränkt sich die Verpflichtung des Verkäufers darauf, die Ware auf eigene Kosten an Bord zu liefern. Das mag im Einzelfall die Tragung eines Ausfuhrzolls einschließen. Von einem Einfuhrzoll wird dagegen der FOB-Verkäufer nicht berührt. Sobald die Ware an Bord ist, reist sie auf Gefahr und Kosten des Käufers. Bei der CIF-Klausel hat der Verkäufer darüber hinaus lediglich den Frachtvertrag zu stellen. Daß die Klausel einen Einfuhrzoll nicht umfaßt, wird in einer englischen Entscheidung¹⁾ ausdrücklich bemerkt.

2. Sehr häufig — meist in Verbindung mit der CIF-Klausel ist die Klausel „duty paid“ (Zoll bezahlt) oder „ex warehouse (ab Zollspeicher, auch „ex store“) duty paid“. Hier ist zu unterscheiden, ob bei Vertragschluß bereits ein Zoll bestand und es sich nur um eine nachträgliche Erhöhung handelt, oder ob der Zoll auf die Vertragsware überhaupt erst nach Vertragschluß eingeführt ist.

a) Einschlägige englische Entscheidungen liegen lediglich zum Falle nachträglicher Erhöhung eines bereits bestehenden Einfuhrzoll vor. Es handelt sich um zwei erstinstanzliche Entscheidungen des Richters Bray, die aber infolge der Eigenart des englischen Präzedenzsystems bis zum Erlaß einer abweichenden Entscheidung eines übergeordneten Gerichts für alle erstinstanzlichen Gerichte Englands bindend sind. In *Corn Products Co. v. I. S. Fry and Sons*²⁾ war i. J. 1915 zollpflichtige Ware „ex store Bristol, duty paid“ verkauft. Als der Zoll nachträglich erhöht wurde, weigerte sich der englische Käufer, den Betrag der nachträglichen Erhöhung zu tragen. Justice Bray entschied gegen ihn. Die Klausel „duty paid“ beziehe sich nur auf den schon bei Vertragschluß bestehenden Zoll. Sie sei nicht stark genug (not strong enough), um die Annahme zu stützen, die Parteien hätten die zugunsten des Verkäufers geschaffene Bestimmung in sect. 10 des Finance Acts 1901 auch hinsichtlich nachträglicher Zollerrhöhungen ausschließen wollen. In der späteren Entscheidung des gleichen Richters *American Commerce Co. v. Frederick Boehm*³⁾ wird für einen im wesentlichen gleichen Tatbestand der gleiche Standpunkt vertreten. Da er der englischen Auffassung entspricht, ist mit einer Abänderung durch den Court of Appeal nicht zu rechnen. Anscheinend ist es in solchen Fällen auch ohne Einfluß, daß bei der Formulierung des Vertrages die nachträgliche Zollerrhöhung bereits zu erwarten war. Wenigstens hat sich der Käufer in der zuletzt genannten Entscheidung vergeblich auf diese Tatsache berufen. Wenn der Einwand in den Urteilsgründen überhaupt nicht erörtert wurde, so erscheint die Annahme berechtigt, daß der englische Richter ihn als unbeachtlich ansah.

b) War andererseits bei Vertragschluß ein Zoll noch gar nicht eingeführt, so wird wohl regelmäßig eine entgegengesetzte Auslegung der duty paid-Klausel Platz greifen müssen. Hier wird im allgemeinen davon auszugehen sein, daß die Parteien mit der Festsetzung eines Einfuhrzolls rechneten und die Einföugung der duty paid-Klausel gerade diesen Fall treffen sollte. Doch sind auch hier Ausnahmen denkbar, so etwa innerhalb einer fortlaufenden Geschäftsverbindung, die sich gleichzeitig auf zollpflichtige und zollfreie Waren bezieht und in formulärmäßigen Verträgen die duty paid-Klausel für beide Fälle unterschiedslos verwendet.

Der mitunter üblichen Klausel „Zollfrei“ dürfte eine weitergehende Bedeutung als der duty paid-Klausel mangels besonderer Umstände nicht beizulegen sein.

3. Zu Zweifeln hat die Klausel „free house London“ Anlaß gegeben, die im deutsch-englischen Handelsverkehr zu steigender Bedeutung gelangt ist. Englische Gerichte haben sich bisher — soweit ersichtlich — mit der Klausel nicht befaßt. Im Streitfall würde das Gericht daher zunächst die Bedeutung der Klausel in der Auffassung der englischen Geschäftswelt durch Einholung von Gutachten festzustellen suchen. Eine Erkundigung in englischen Handelskreisen, die viel mit dieser Klausel arbeiten, hat ergeben, daß hier die Klausel nicht auf den Einfuhrzoll bezogen, der Zollbetrag dem Verkäufer also trotz der Klausel „frei Haus“ erstattet

1) Justice Bray in *American Commerce Co. v. Frederick Boehm* 35 Times Law Reports 224.

2) 1917 Weekly Notes 224.

3) a. a. O.

*) Vgl. auch Arndt: JW. 1931, 3417.

wird. Im Prozeßfall dürfte diese Auslegung im Einklang mit der erwähnten englischen Interpretation schriftlicher Verträge stehen. Ihrem Wortlaut nach besagt die Klausel nur, daß die Ware dem Verkäufer un kostenfrei ins Haus zu schaffen sei. Sie dürfte aber kaum als stark genug angesehen werden, um den Erstattungsanspruch des Verkäufers aus dem Finance Act auszuschließen. Immerhin ist die Rechtslage hier weniger sicher. Auch bei abweichender Auffassung würde jedoch die frei Haus-Klausel im Anschluß an die Rippr. zur duty paid-Klausel ungünstigstenfalls auf die bei Vertragsschluß schon bestehenden Einfuhrzölle, wohl aber nicht auf neue Zölle oder Zollerhöhungen zu beziehen sein.

II. In den bisherigen Darlegungen ist davon ausgegangen, daß der neue Zoll oder die Zollerhöhung während der vertraglichen Lieferzeit in Kraft tritt. Wie nun im Verzugsfall, wenn der neue Zoll erst während des Lieferungsverzuges wirksam wird? Auch zu dieser Frage ist eine unmittelbar einschlägige englische Entscheidung nicht ergangen⁴⁾. Nach allgemeinen Grundsätzen des englischen Verzugsrechts haftet nun zwar der säumige Verkäufer für den durch den Lieferungsverzug entstandenen Schaden, und die Wiedergutmachung dieses Schadens scheint zunächst darin zu bestehen, daß er den Anspruch auf Erstattung des erst infolge seines Verzuges fällig gewordenen Einfuhrzolls nicht geltend macht. Eine nähere Betrachtung der eingangs abgedruckten section 10 des

⁴⁾ Im vorerwähnten Fall American Commerce Co. v. Fr. Boehm war die Zollerhöhung zwar erst nach Ablauf der vertraglichen Lieferzeit eingetreten. Der hierauf gestützte Einwand des Käufers war aber zurückgewiesen worden, da er einer Ausdehnung der Lieferfrist schließlich zugestimmt hatte, Verzug also nicht vorlag.

Finance Act ergibt indessen, daß die während des Lieferverzuges eingetretene Verzollungspflicht nicht unter allen Umständen einen endgültigen Schaden des Käufers zu bedeuten braucht. Nach der Fassung der Vorschrift ist der Erstattungsanspruch nicht nur dem ersten, sondern jedem Verkäufer der zollpflichtig gewordenen Ware gegeben, also auch dem englischen Importeur gegenüber seinem eigenen Abnehmer. Es zeigt sich hier die Tendenz des Finance Act, nicht ein einzelnes Glied der Lieferkette mit dem Einfuhrzoll zu belasten, sondern ihn durch fortgesetzte Abwälzung schließlich auf die Konsumentenschicht zu verteilen⁵⁾. Möglicherweise indessen hat sich der englische Importeur seinem eigenen Abnehmer gegenüber seines Zollerstattungsanspruchs begeben. Aber auch wenn das nicht der Fall ist, ist kein Risiko, wenn er selbst erstatten müßte ohne Sicherheit, seinen eigenen Erstattungsanspruch verwirklichen zu können, vergrößert und seine Abzuzugsmöglichkeit durch den Wettbewerb rechtzeitig, also zollfrei heringebrachter Waren, verringert. Es erscheint daher zweifelhaft, ob das englische Gericht die hier angedeutete Argumentation zulassen und den Zollerstattungsanspruch auch im Falle des Lieferverzuges durchgreifen lassen würde.

WR. Dr. Erd siek, z. Z. London.

⁵⁾ Diese Abwälzungsmöglichkeit dürfte auch Ver suchen entgegen stehen, sich angesichts einer unvorhergesehenen Zollbelastung auf Fortfall der Vertragsgrundlage zu berufen, ein Einwand, der im englischen Recht ohnedies nur in engen Grenzen zugelassen wird. Vgl. neuerdings Rhein stein, Struktur d. vertr. Schuldverh. i. engl.-amerik. Recht S. 176 ff. Auch eine Anfechtung des Vertrages wegen irriger Auffassung der duty paid- oder einer ähnlichen Klausel seitens einer Partei würde im engl. Recht nicht gegeben sein.

Schrifttum.

Gesellschaftsrecht.

Aktiengesellschaft und GmbH.

Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Nachtrag zur 12. und 13. Auflage, enthaltend die Vorschriften über Aktienrecht vom 19. September 1931. Verfaßt unter Mitarbeit von Dr. Walter Schmidt und Dr. Heinz Pinner, Rechtsanwältin in Berlin, von Dr. h. c. Albert Pinner, Justizrat in Berlin. Berlin und Leipzig 1932, Verlag Walter de Gruyter & Co. Preis br. 10 *M.*, geb. 12 *M.*, abzüglich 10% Rabatt laut NotW.

Um den Benutzern des Staub'schen Komm. (Besprechung der 12. u. 13. Aufl.: JW. 1928, 505 und 1927, 1667) schon vor dem Erscheinen einer neuen Auflage des Werks eine Bearbeitung des aktienrechtlichen Inhalts der NotW. v. 19. Sept. 1931 (RGBl. I, 493 ff.) zu bieten, haben sich die Verf. zur Herausgabe dieses Nachtrags entschlossen.

Er bringt in der bewährten Kommentierungsform nicht nur das, was durch die NotW. neu bestimmt oder abgeändert worden ist, sondern eine zusammenfassende Darstellung des jetzt geltenden Aktienrechts, soweit es die Fragen des Erwerbs und der Einziehung eigener Aktien, der Minderheitsrechte, des Pflichtenkreises von Vorstand und Aufsichtsrat, der Publizität und der Pflichtprüfung betrifft. Rechtsprechung und Schrifttum sind weitgehend herangezogen. Einschlägige Steuerfragen sind berücksichtigt.

Die 1. W. zur Durchführung der aktienrechtlichen Vorschriften der W. des RPräs. über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über eine Steueramnestie v. 15. Dez. 1931 (RGBl. I, 760) nebst der Ländervereinbarung über die öffentliche Bestellung von Wirtschaftsprüfern, die in der 4. W. des RPräs. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens v. 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 689 ff.) enthaltenen Vorschriften über Bilanzen und andere handelsrechtliche Maßnahmen und die W. über einmalige Bilanz-erleichterungen v. 15. Dez. 1931 (RGBl. I, 759) und 23. Dez. 1931 (RGBl. I, 793), die erst während der Drucklegung des Nachtrags erlassen wurden, sind als Anhang abgedruckt und erläutert.

Ebenso wie der Staub'sche Komm. selbst wird auch diese ausgezeichnete Bearbeitung der Aktiennovelle ein unentbehrliches Hilfsmittel für Rechtspflege und Rechtswissenschaft, für Handel und Industrie sein, und hoffentlich bald eine neue Sonderausgabe erleben, die das weitere Schrifttum und die sicherlich bald einsetzende Rechtsprechung mitverarbeiten wird. Für diese Neuausgabe sei die Anregung ausgesprochen, auch die in der NotW. v. 6. Okt. 1931 (RGBl. I, 537 ff., 556) enthaltenen Bestimmungen über die Kapitalherabsetzung in er-

leichterter Form zu behandeln. Diese zwar zeitlich beschränkte Möglichkeit, das Grundkapital einer AktG. oder KommGes. a. N. an den veränderten Vermögensstand des Unternehmens anzupassen, die in der Durchf. v. 18. Febr. 1932 (RGBl. I, 75) weiter ausgebaut wurde, ist von weittragender wirtschaftlicher Bedeutung. D. S.

Neufeld: Die Aktienrechtsnovelle vom 19. Sept. 1931. Carl Heymanns Verlag. 164 Seiten. Preis 6 *M.*

Der Komm. des Verf., der als Beauftragter des preuß. Handelsministeriums an den Beratungen der Aktiennovelle an leitender Stelle mitgewirkt hat, reißt sich dem früher erschienenen Komm. von Lehmann-Hirsch würdig an. Der Verf. hat nicht nur die schwierige Materie, die die Aktiennovelle behandelt, mit außerordentlicher Klarheit dargestellt, sondern auch zu den vielen Zweifelsfragen, die die W. aufwirft, mit außerordentlichem theoretischen und praktischen Geschick Stellung genommen. Der Verf. wendet mit Recht nicht die früher herrschende und neuerdings wieder vielfach in Aufnahme gekommene Methode an, die Erläuterungen an einzelne Worte des Gesetztextes anzuknüpfen, sondern gibt zu jedem Paragrafen einen systematischen Komm., der die Grundgedanken des Gesetzes klar erkennen läßt. Der Abdruck der Durchführungsverordnungen, der W. über die Kapitalherabsetzung in erleichterteter Form sowie ein Register erhöhen die praktische Brauchbarkeit des Kommentars.

Wie schon der Komm. von Lehmann-Hirsch, läßt auch der neue Komm. klar erkennen, wieviel Zweifelsfragen die Aktiennovelle trotz ihres unleugbaren Fortschritts offen läßt. Um so mehr ist es zu begrüßen, wenn sich wenigstens in einzelnen Fällen etwas wie eine herrschende Meinung anzubahnen scheint. Ich denke dabei z. B. an die Frage, inwieweit der neue § 226 HGB. auf die Beteiligung von Aktien für Rechnung der Gesellschaft anwendbar ist. Der Verf. verneint die Anwendbarkeit im Einverständnis mit der Mehrzahl der übrigen Schriftsteller (Anm. 4 zu § 226).

Von den übrigen Einzelfragen seien hier nur zwei erwähnt: Im Gegensatz zu Lehmann-Hirsch, aber im Einverständnis mit Schmölder: JW. 1931, 2928, ist der Verf. (Anm. 4 zu § 240 a) der Meinung, daß eine nach § 240 a verbotene Kreditgewährung nichts ist. Diese Ansicht scheint bedenklich. Sie beschränkt die Ansprüche der Gesellschaft auf Herausgabe der Bereicherung gegen den Kreditnehmer und auf Schadenersatzansprüche gegen die Organe. Es ist aber unbillig, den vollen Schaden allein auf die Organe abzuwälzen, dem Kreditnehmer aber einen ganz unverbienten Vorteil zukommen und ihn nur für Bereicherung haften zu lassen. Es ist deshalb der Ansicht von Lehmann-Hirsch der Vorzug zu geben, daß das verbotene Kreditgeschäft wirksam ist, der Kreditnehmer also zur vollen Rückzahlung des Kredites verpflichtet bleibt, daneben aber Schadenersatzansprüche gegen die Organe der Gesellschaft gegeben sind. Nach dieser Ansicht ist nicht nur die Sicherheit der Gesellschaft dadurch erhöht,

daß der Kreditnehmer stets voll haftet, es ist auch, was durchaus der Billigkeit entspricht, den wegen Schadensersatz in Anspruch genommenen Organen stets das Recht gegeben, bei dem Kreditnehmer vollen Regreß zu nehmen.

Zuzustimmen ist dagegen dem Verf., wenn er (Anm. 6 zu § 262 a) entgegen der Auffassung von Lehmann-Hirsch die Meinung vertritt, daß auch die Zustimmung sämtlicher Aktionäre und Aufsichtsratsmitglieder den Vorstand nicht von der Pflicht entbindet, die Pflichtprüfung der Gesellschaft vornehmen zu lassen und gegebenenfalls durch das Gericht Prüfer bestellen zu lassen. Bei der gegenteiligen Ansicht wird übersehen, daß die Pflichtprüfung nicht nur im Interesse der jeweiligen Aktionäre, sondern auch im Interesse der Gläubiger und etwaiger späterer Erwerber der Aktien vorgeschrieben ist. Es muß, wenn die Gesellschaft in Konkurs geht, der Konkursverwalter in der Lage sein, Regreßansprüche gegen die Vorstandsmitglieder geltend zu machen, wenn entgegen den Vorschriften des Gesetzes eine Pflichtprüfung nicht stattgefunden hat.

Diese Ausführungen sollen nur Beispiele bilden für den reichhaltigen Inhalt des Komm., zu dem die Praxis jederzeit gern greifen wird, wenn sie sich mit der Aktiennovelle zu beschäftigen hat.

RA. Dr. Georg M. Hamburger, Berlin.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Julius Lehmann und Land- und Amtsgerichtsrat Priv. Doz. Dr. Ernst Hirsch: Verordnung über Aktienrecht. Mannheim 1931. J. Benschheimer.

Aus der nicht geringen Zahl der kurz nach Veröffentlichung der Aktienrechtsnovellen erschienenen Erläuterungsbücher hebt sich das Werk von Lehmann-Hirsch in erheblichem Maße hervor. Es ist schließlich bewundernswürdig, daß die beiden Verf. innerhalb eines Zeitraums von nur nahezu vier Wochen einen so inhaltsreichen Komm. vorlegen konnten. Die Aufgabe, auf die es im ersten Lebensstadium eines neuen Gesetzes ankommt, nämlich die Probleme überhaupt erst einmal zu erkennen und sie zu stellen, ist in vorbildlicher Weise gelöst worden. Jedenfalls gilt das für die Teile des Komm., die sich mit dem Erwerb eigener Aktien, mit der Einziehungsvorschrift des § 227 und mit den Organisationsfragen befassen. Besonders eingehend sind die beiden erstgenannten Problemgruppen erläutert. Es zeigt sich das schon rein äußerlich darin, daß diese Erläuterung ein Drittel des ganzen Werkes ausmacht. Nun sind gewiß diese Materien die schwierigsten und am meisten problematischen des ganzen Gesetzes. Aber man steht doch unter dem Eindruck, daß andere Teile des Komm. auf Kosten der großen Arbeit, die die Verf. an die Erläuterung der §§ 226, 227 verwandt haben, ein wenig zu kurz gekommen sind. Bei dem hohen wissenschaftlichen Niveau des Buches im allgemeinen fällt es zum mindesten auf, daß die Verf. auf eine nähere Kommentierung fast aller Bilanzfragen so gut wie ganz verzichtet haben. Ob hierfür die Überlegung maßgebend gewesen ist, daß die Publizitätsvorschriften der Novelle einstweilen noch nicht in Kraft gesetzt waren, lasse ich dahingestellt. Es kann das auch daran liegen, daß die Verf. als Juristen eine gewisse Vorsicht bei der Behandlung von Fragen, die auch und vielleicht sogar in erster Linie vom betriebswirtschaftlichen Standpunkt aus Bedeutung haben, für angezeigt gehalten haben.

Die grundsätzliche Einstellung der Verf. zur Aktienrechtsreform ist überwiegend zustimmend, zum Teil aber auch radikal ablehnend. Das letztere gilt insbes. von den Vorschriften über die Neuzusammensetzung des Aufsichtsrats. Der Vorwurf, den sie gegen die Regelung des Art. VIII erheben und der darin gipfelt, daß die Reichsregierung eine in guten und schlechten Zeiten vorzüglich bewährte Institution in der Gesamtmittgliedszahl des Aufsichtsrats und der Zahl der Mandate, die ein Mitglied in seiner Person vereinigen darf, stammen keineswegs erst aus der Zeit der jüngsten Vergangenheit. Sie haben schon vor der Veröffentlichung des ersten Entwurfs des RM. im August 1930 der Öffentlichkeit des ersten Entwurfs des RM. im August 1930 eine Rolle gespielt. Man muß doch auch anerkennen, daß die genannten Grenzbeziehungen, so einschneidend sie an sich auch sein mögen, nur dem sachlichen Ziele dienen, das die Novelle bei der Neuordnung des Aufsichtsratsrechts insgesamt verfolgt, nämlich dem Ziel, die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder zu stärken. Die Gefahr der Obstruktion gegenüber den neuen Vorschriften, die Lehmann-Hirsch zwischen den Zeilen andeuten, sehe ich nicht.

Die hauptsächlichsten Vorzüge des Buches liegen, wenn man von der klaren und allgemeinverständlichen Sprache absteht, darin, daß vom Standpunkt der Praxis der AktG. aus die wichtigsten Auslegungssachen herausgestellt und einer dem Geist des neuen Gesetzes entsprechenden Lösung entgegengeführt werden. Daß die gesunden Lösungen nicht immer mit den wirklichen Absichten des Gesetzes übereinstimmen, mindert ihren Wert wohl kaum herab. Jedes Gesetz hat nun einmal vom Zeitpunkt seiner Verkündung ab sein völlig selbständiges Leben; es entzieht sich je länger desto mehr dem Einfluß seiner Urheber. Das gilt ganz besonders dann, wenn keine Motive

oder sonstigen amtlichen Unterlagen vorhanden sind. Es wäre zwecklos, das zu bedauern. Nur da, wo die Auslegung in offenbarem Widerspruch zum Gesetzeswillen steht, muß sich der Gesetzgeber zum Wort melden und gegebenenfalls einschreiten. Das ist in einem Fall bereits geschehen. Die neueste RotW. hat ausdrücklich klargestellt, daß die Vorschriften über die Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder und über die Berichtspflicht an den Aufsichtsrat auch auf die persönlich haftenden Gesellschafter einer KommGes. a. A. Anwendung finden. Lehmann-Hirsch hatten dies (S. 179) verneint und man muß einräumen, daß ihre Ansicht, wenn auch nicht im Zweck des Gesetzes, so doch im Wortlaut eine gewisse Stütze fand. Sehr zweifelhaft ist auch die Auffassung über den dispositiven Charakter der Pflichtprüfungsvorschriften (S. 125). Die Auslegung, daß ein Bilanzgenehmigungsbeschuß, dem keine Pflichtprüfung vorangegangen ist, nicht einmal anfechtbar ist, dürfte trotz der Fassung des § 262 b Abs. 4 nicht mit § 262 a vereinbar sein, jedenfalls nicht mit den Absichten des Gesetzes, da die Pflichtprüfungsregelung auch (wenn auch nicht überwiegend) dem Schutz der Gläubiger dient. Es bleibt abzuwarten, ob hier die Durchführungsgegesetzgebung (direkt oder indirekt) die notwendige Klarstellung bringen wird. Um noch ein weiteres Beispiel zu nennen: S. 142 nehmen Lehmann-Hirsch in Anm. 10 an, daß der Prüfer seine eigene Haftung für die Erfüllungshelfen nach wie vor vertraglich ausschließen könne. Das ist genau das Gegenteil von dem, was mit Abs. 4 des § 262 g, der den vertraglichen Ausschluß der Haftung generell verbietet, erreicht werden sollte. § 278 BGB. wird zwar im Rahmen des § 262 g nicht ausdrücklich erwähnt, die Vorschrift bildet jedoch die gedankliche Grundlage für die Regelung des Abs. 2 Halbsatz 2. Aus diesem Grunde ist m. E. § 278 für die Frage der Haftung des Bilanzprüfers zwingendes Recht. Auf weitere Einzelheiten einzugehen, ist hier nicht der Ort.

Alles in allem ist der Komm. von Lehmann-Hirsch ein Werk, an dem keine später erscheinende wissenschaftliche Behandlung des neuen Aktienrechts wird vorübergehen können. Der Gebankentum des Buches wird sich gewiß auf Mpr. und Schrifttum befruchtend auswirken.

DRegR. Dr. Schmölde, Berlin.

Das neue Aktienrecht. Handkommentar von Justizrat Dr. Friedrich Goldschmit, Rechtsanwalt in München. München 1932. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Preis Leinenband 6 M.

Der Verf. hat sich mit bestem Erfolg der schwierigen Aufgabe unterzogen, die grundlegende Neugestaltung, die das Aktienrecht durch die RotW. v. 19. Sept. 1931 und ihre DurchfW. erfahren hat, in organischem Zusammenhang mit dem bisherigen Rechte zu behandeln.

Die Vorschriften über AktG. und KommGes. a. A. aus der W. des RPräs. über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über eine Steueramnestie v. 19. Sept. 1931 (RGBl. I, 493), die die Kapitalherabsetzung in erleichterter Form betreffenden Bestimmungen der 3. W. des RPräs. v. 6. Okt. 1931 (RGBl. I, 537), die Vorschriften über steuerliche Erleichterungen für die Aufteilung von Gesellschaften, Einheitsbewertung, Bilanzen und andere handelsrechtliche Maßnahmen aus der 4. W. des RPräs. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens v. 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 699), die 1. W. zur Durchf. der aktienrechtl. Vorschr. der W. des RPräs. über Aktienrecht, Bankenaufsicht und Steueramnestie v. 15. Dez. 1931 (RGBl. I, 760) nebst Anlage, betr. die öffentliche Bestellung der Wirtschaftsprüfer, sowie die W. über einmalige Bilanzierungserl. v. 15. Dez. 1931 (RGBl. I, 759) und 23. Dez. 1931 (RGBl. I, 793) sind im Gesetzestext abgedruckt. Die Kommentierung erstreckt sich nur auf den aktienrechtlichen Inhalt der RotW. v. 19. Sept. 1931 und der 1. DurchfW. hierzu v. 15. Dez. 1931 sowie auf die wirtschaftlich hochbedeutenden Bestimmungen über die Kapitalherabsetzung in erleichterter Form, die nach dem Erscheinen des Buches in der DurchfW. v. 18. Febr. 1932 (RGBl. I, 75) erweitert und auch auf GmbH. ausgedehnt worden sind.

Die Erläuterungen, in denen das Schrifttum überall berücksichtigt wird, sind klar, übersichtlich und trotz knappster Fassung erschöpfend. Das neue Werk reiht sich würdig den beliebten Handkommentaren des Verf. an, die gleichfalls im Beck'schen Verlag erschienen und JW. 1927, 1073 sowie JW. 1929, 1351 besprochen worden sind.

Dr. Richard Rosendorff, Rechtsanwalt, Berlin: Was müssen die Aktionäre und Verwaltungen vom neuen Aktienrecht wissen? Berlin. Industrieverlag Spaeth & Linde. 290 S. Preis 7,80 M., gebunden 9,80 M.

Wie der Titel des Buches ergibt, wendet sich der Verf. in erster Linie an die beteiligten Laienkreise, nicht an Juristen. Dieser Abicht wird das Buch im wesentlichen gerecht, wenn auch einzelne Teile selbst für diesen Zweck etwas zu kurz behandelt sind. So z. B. die auf noch nicht 1/2 Seiten besprochenen, im wesentlichen nur das Gesetz wieder-

gebenden neuen Bestimmungen über Kreditgewährungen an Vorstandsmitglieder. Andererseits sprengt den grundsätzlich vom Verf. gespannten Rahmen seine eingehende Darstellung über das von ihm schon früher in wertvollen Arbeiten behandelte Problem der stillen Reserven. Diese in das Buch eingeschobene Abhandlung gibt die neuere Rspr. und das neuere Schrifttum ausführlich wieder. Sie ist auch für den Juristen wertvoll. Zu begrüßen wäre es gewesen, wenn der Verf. sich bei diesem Problem mit der Frage auseinandergesetzt hätte, inwieweit die neuen Bestimmungen des § 261c über die Sicherung der Gewinn- und Verlustrechnung auf die Legung und Auflösung stiller Reserven einwirken. Ein Reiz des Buches liegt in der Einarbeitung eines großen und interessanten Tatsachenmaterials, welches allerdings so weit geht, daß es sogar eine Zusammenstellung einer Reihe von Personen enthält, die zur Zeit mehr als 20 Aufsichtsratsstellen bekleiden. Sehr eingehend sind auch die Zitate aus dem bisherigen Schrifttum.

R. Hugo Horowitz, Berlin.

Verordnung über Aktienrecht vom 19. September 1931 nebst den Durchführungsbestimmungen. Herausgegeben von Staatssekretär Dr. Dr. Franz Schlegelberger, Ministerialrat Leo Quassnowski und Oberregierungsrat Dr. Karl Schmölder, im Reichsjustizministerium. Berlin 1932. Verlag Franz Vahlen. 494 S. Preis geh. 17,50 M, geb. 19,50 M.

Eine Besprechung des Buches soll sobald als möglich erfolgen.
D. S.

Dr. Heinrich Rheinstrom, Rechtsanwalt am Obersten Landesgericht München, Professor a. d. Technischen Hochschule: Das neue Aktienrecht. Handkommentar zum ersten Teil der Verordnung des Reichspräsidenten vom 19. September 1931 über Aktienrecht und Bankenaufsicht. München 1932. Verlag Dunder & Humblot. XV u. 247 S. Preis geh. 4,80 M, geb. 6,60 M.

Das Buch behandelt nicht das ganze heute geltende „neue Aktienrecht“. Nicht behandelt ist die Kapitalherabsetzung in erleichteter Form nach der WD. v. 6. Okt. 1931 nebst DurchWD. v. 18. Febr. 1932. Der Verf. erläutert den aktienrechtlichen Teil der WD. v. 19. Sept. 1931. Abgedruckt sind die 1. DurchWD. hierzu v. 15. Dez. 1931 sowie die WD. über einmalige Bilanzleichterung v. 15. Dez. 1931. Nicht mehr berücksichtigt ist die 2. WD. über einmalige Bilanzleichterung v. 23. Dez. 1931 (RGBl. I, 793).

Der Verf. bezeichnet sein Buch als Handkommentar. Das Buch hält demgemäß die Mitte zwischen einem Kommentar und einer Handausgabe. Die damit bezeichnete Aufgabe ist sehr gut gelöst. Das Buch wird dem Praktiker ein sehr willkommenes Hilfsmittel sein. Es wird ihm die Anwendung der nicht einfachen Vorschriften erleichtern. Bedauerlich ist, daß das Buch durch allzu reichlichen wörtlichen Abdruck sog. Materials äußerlich übermäßig angeschwollen ist. Der vollständige Abdruck der entsprechenden Stellen des Entwurfs 1930 und auch noch der „erläuternden Bemerkungen“ hierzu kann dem Praktiker, der sich in einem derartigen Buch schnell unterrichten will, den Überblick nur erschweren. Auch der wörtliche Abdruck ganzer Aufgabeseiten (vgl. S. 100, wo seitenweise aus Ullmann: JW. 1930, 2635 abgedruckt ist; in geringerem Maße S. 121, 123, 126) ist nicht förderlich. Die Erläuterungen sind übersichtlich gruppiert. Sie sind mit Ziffern an den Verordnungstext angehängt. Das ist in einem Handkommentar zweckmäßig. Erfreulicherweise sind die Erläuterungen aber trotz dieser äußeren Bindung an den Text auch innerlich durchbündelt. Das macht die Lektüre angenehm. Die Darstellung ist überall klar. Das Schrifttum ist, soweit es bis Ende 1931 vorlag, weitgehend berücksichtigt.

Einzelnes kann hier kaum erörtert werden. Auf die Behandlung einiger weniger Fragen, die von besonderer Wichtigkeit sein dürften, möchte Ref. gleichwohl kurz eingehen.

Beim verbotswidrigen Erwerb eigener Aktien hält Verf. auch das schulrechtliche Geschäft für nichtig (Anm. 12 zu § 226). Er beruft sich auf § 134 BGB. Die gewichtigen Bedenken Flechtheim's (BankArch. 31, 65 ff.) gegen diese Auffassung sind nicht erwähnt. Auf die fast unerträglichen praktischen Schwierigkeiten, welche die Annahme einer Nichtigkeit des schulrechtlichen Vertrags mit sich bringt, hat neuerdings auch Rosendorff (Was müssen die Aktionäre und Verwaltungen vom neuen Aktienrecht wissen? 1932. S. 196) hingewiesen. Neufeld Anm. 6 S. 37 und Goldschmit Anm. 7 sehen sich mit dem Verf. durch § 134 BGB. zur Annahme der Nichtigkeit gezwungen, wie vorher schon Lehmann-Hirsch Anm. 60. Der Schluß aus § 134 BGB. ist aber nicht zwingend. Auf die Wendung „darf nicht“ hat schon Flechtheim a. a. D. unter Berufung auf Staudinger-Niesler, Bem. 6b zu § 134 BGB. hingewiesen. Auch RGKomm. Anm. 1 zu § 134 betont, daß die Wendung „darf nicht“ für den Fall des Zuwiderhandelns „nicht ohne weiteres und

nicht regelmäßig“ Nichtigkeit bedeutet. Bei Strafdrohungen hält die Rspr. zuwiderlaufende Geschäfte nicht für nichtig, wenn das Verbot sich nur gegen die Tätigkeit des einen der Kontrahenten richtet (vgl. Düringer-Hachenburg-Werner Bd. IV Allg. Teil Anm. 80 S. 65, 66 und dort angef. Entsch.). Ohne Not soll man Nichtigkeit nicht annehmen. Das gilt auch gegenüber der Meinung des Verf., daß eine gegen Art. VIII Abs. 3 verstoßende Aufsichtsratswahl nichtig sei (Anm. 11 zu Art. VIII S. 202). Der Verf. hat hier fast das gesamte Schrifttum für sich (vgl. Goldschmit, Anm. 13 zu Art. VIII S. 105). Aber der Gegensatz des Ausdrucks in Abs. 3 und Abs. 4 des Art. VIII („darf nicht“ in Abs. 3, „kann nicht“ in Abs. 4) muß einen inneren Grund haben. Eine Wahl von mehr als dreißig Aufsichtsratsmitgliedern ist gesetzwidrig, darum anfechtbar, aber nicht nichtig (vgl. Kronstein: ZentrBl. 1931, 218). Nimmt man Nichtigkeit an, so könnte durch Überschreitung der zulässigen Zahl u. U. sogar Strafbarekeit nach § 315 StGB. ausgelöst werden — ein sicherlich untragbares Ergebnis.

Durch die Fassung der Anm. 4 zu § 262 g (S. 163) könnte der Eindruck erweckt werden, als ob der Prüfer auch für die Verletzung der Schweigepflicht durch einen Gehilfen nach § 278 BGB. hafte. Das wäre irrig. Die Verletzung der Schweigepflicht geschieht nicht in Ausführung der dem Prüfer obliegenden Leistung, sondern bei Gelegenheit der Leistung (vgl. Staudinger-Werner, Bem. II 2b zu § 278 BGB.). Der Gehilfe haftet hier also nur persönlich, der Prüfer nur im Rahmen des § 831 BGB.

Nicht gut weggekommen ist das Aktienstrafrecht. In Anm. 1 zu Art. IX behauptet Verf., wie vor ihm Lehmann-Hirsch, Anm. 4 zu Art. IX S. 176, durch die Androhung von Zuchthaus für besonders schwere Fälle werde der Tatbestand der §§ 312 und 314 StGB. zum Verbrechenstatbestand i. S. des § 1 StGB., so daß der Versuch jetzt strafbar wäre. Das ist zweifellos unrichtig. Erörterungsfähig ist nur, ob etwa die „besonders schweren Fälle“ Verbrechen sind. Ref. wird das an anderer Stelle ausführen; vgl. einstweilen RGSt. 60, 116 und Rothmann: JW. 1931, 3051. Ein Hinweis auf die strafrechtlichen Konsequenzen der Neuregelung wäre veranlaßt in Anm. 19 zu § 260 a (S. 93): Durch § 260 a Abs. 4 Satz 2 wird das Verhältnis von § 314 zu § 312 StGB. erstmals gesetzlich klargestellt. In Anm. 2 zu § 261 e (S. 129) ist die Möglichkeit eines Betrugs nach § 263 StGB. erwähnt, des näherliegenden § 314 Nr. 1 StGB. aber nicht gedacht. In Anm. 8 zu § 240 a (S. 50) sagt Verf., bei unzulässiger Kreditgewährung an den Vorstand trete nur Schadensersatzpflicht ein. Ein Hinweis auf mögliche Strafbarkeit nach § 312 StGB. wäre nützlich.

Die Brauchbarkeit des Buches wird erhöht durch ein sehr eingehendes Register. Allerdings dürften die Stichwörter etwas ausführlicher sein. Unter Stichwörtern wie „Einfluß“, „Kritik“, „Zwischenraum“ kann man sich wenig vorstellen. Manchmal stimmt die Verweisung nicht, z. B. „Nichtigkeit“.

Diese Bemerkungen sind Anregungen für eine zweite Auflage, die man dem Buch wünschen muß. Die Bewertung des Buches dürfen sie keineswegs beeinträchtigen. Das Buch wird im aktienrechtlichen Schrifttum immer einen ehrenvollen Platz einnehmen.

RA. Dr. Alfred Werner, München.

Dr. Hans Herold: Zwingendes Aktienrecht. Unternehmung über das Wesen des zwingenden Privatrechts. (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, neues Folgeheft 27.) Narau 1931. Verlag Sauerländer & Co. 130 Seiten.

Die Schrift enthält in ihren ersten beiden Teilen grundsätzliche Ausführungen über das Problem des zwingenden und erzwingbaren Rechts. Im dritten Teil werden die Ergebnisse der ersten Teile auf das Aktienrecht übertragen, wobei naturgemäß in erster Linie das schweiz. Obligationenrecht und nur in zweiter Linie das deutsche StGB. berücksichtigt ist. Eine Auseinandersetzung mit den Ansichten des Verf. ist nur möglich auf Grund einer eingehenden Stellungnahme zu dem Grundproblem der Geltung des Rechts überhaupt, die im Rahmen einer Besprechung nicht gegeben werden kann. Es sei deshalb nur festgesetzt, daß die Ausführungen des Verf. durchweg beachtenswert sind, und auch die spezielle Anwendung seiner Lehre auf das Aktienrecht den wirtschaftlichen Bedürfnissen im wesentlichen gerecht wird.

RA. Dr. Georg W. Hamburger, Berlin.

Justizrat Hermann Kofen, Rechtsanwalt und Notar in Berlin: Nachtrag zu Form und Inhalt des Protokolls der Generalversammlung der Aktiengesellschaft. Berlin 1932. Hans-Goldan-Stiftung. 10 S. Preis —,75 M.

Der Nachtrag zu dem JW. 1930, 2651 besprochenen Buch behandelt kurz die zum 1. Okt. 1931 einsetzende Aktienreform nebst DurchWD. v. 15. Dez. 1931 und WD. über einmalige Bilanzleichterungen vom selben Tage und v. 23. Dez. 1931, und ferner die bis 30. Juni 1932 zulässige Kapitalherabsetzung in erleichteter Form
D. S.

Ludwig Wertheimer, Rechtsanwalt und Notar, Honorarprofessor der Rechte an der Universität Frankfurt a. M.: **Holding- und Kapitalverwaltungs-Gesellschaften**. Zugleich ein Beitrag zur Reform des Deutschen Aktienrechts. Frankfurt a. M. 1932. Vittorio Klostermann Verlag. Preis 1,50 M.

Berf. gibt eine kurze, aber anschauliche und übersichtliche Darstellung der Bedeutung der Holding- und Kapitalverwaltungs-gesellschaften. Während der Begriff der Holdinggesellschaft als einer durch Beteiligung herrschenden Gesellschaft der Theorie und Praxis geläufig ist, hat sich der Begriff der Kapitalverwaltungs-gesellschaft noch wenig eingebürgert. Als besonderes Kennzeichen der Bedeutung einer Kapitalverwaltungs-gesellschaft hebt Verf. mit Recht die Risiko-Verteilung hervor: infolge der Beteiligung an zahlreichen Unternehmungen, durch Erwerb großer Posten verschiedenartiger Obligationen wird für das bei der Gesellschaft angelegte Kapital und seine Erträge eine Risiko-Verteilung und damit eine Sicherheit erreicht, wie sie weder der Kleinsparer noch überhaupt der einzelne Kapitalist jemals erzielen kann.

Berf. kritisiert scharf die steuerliche Behandlung der Holding- und Kapitalverwaltungs-gesellschaften in Deutschland, auf die es zurückzuführen sei, daß diese Gesellschaften für ihren Sitz Länder wie die Schweiz, Luxemburg und Liechtenstein wählten, wodurch der deutschen Volkswirtschaft unmeßbare Vorteile verloren gingen. Diese Ausführungen haben zweifellos viel für sich und bleiben nicht ohne Eindruck auf den Leser. Allerdings können und sollen sie wohl nicht das Problem erschöpfend in allen seinen Teilen erfassen. Auch die Holding- und Kapitalverwaltungs-gesellschaften können schließlich bei allem steuerlichen Entgegenkommen — und ein solches ist gegenüber Kapitalverwaltungs-gesellschaften bereits geübt (vgl. W.D. über Steuererleichterungen für Kapitalverwaltungs-gesellschaften vom 24. Juli 1931 [RWB. I, 411]) — nicht ganz aus dem Rahmen des Üblichen herausfallen. Auch sie müssen wie die ganze deutsche Volkswirtschaft und jeder einzelne Staatsbürger an den schweren Lasten, die uns auferlegt sind, mittragen helfen.

Über das eigentliche Thema der Schrift hinaus geht der Vorschlag des Verf., den früheren Mindestnennbetrag von 1000 M für die Aktie, statt des zur Zeit geltenden Nennbetrags von 100 M wieder einzuführen und den geringeren Mindestnennbetrag von 100 M nur für Aktien von Kapitalverwaltungs-gesellschaften zuzulassen. Verf. will auf diese Weise die Kleinsparer nach Möglichkeit auf den Erwerb von Aktien von Kapitalverwaltungs-gesellschaften verweisen und die Gründung von AktG. kleineren und mittleren Umfangs fördern, nämlich durch die Beteiligung von Kapitalverwaltungs-gesellschaften an solchen Unternehmungen; andererseits glaubt Verf. auf diesem Wege die Kleinsparer von dem Erwerb von Aktien von Großunternehmungen fernhalten zu können. Ohne die Heranziehung kleinkapitalistischer Kreise dürfte aber die Finanzierung auch von Großunternehmungen auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen. Hat man doch sogar nach englischem Muster es einstweilen noch bei der 20-M-Aktie, jedenfalls für schon bestehende Gesellschaften, belassen. Im übrigen stehen der Gründung von AktG. kleineren und mittleren Umfangs auf dem Umweg über Kapitalverwaltungs-gesellschaften die geltenden Vorschriften, die eine Stückelung bis zu 100 M allgemein zulassen, nicht entgegen. Der Vorschlag des Verf., wonach ein Mindestnennbetrag in Höhe von 100 M nur für die Aktien der Kapitalverwaltungs-gesellschaften gelten soll, würde auf eine Erschwerung der Gründung kleiner und mittlerer AktG. hinauslaufen, insofern für die Gründung solcher Gesellschaften auf direktem Wege die Mittel kleinkapitalistischer Kreise nicht wie bisher nutzbar gemacht werden könnten.

Wie man sich aber auch im einzelnen zu den Ausführungen des Verf. stellen mag, seine Schrift bietet mancherlei Anregungen und wird jedenfalls zur Vertiefung der aufgeworfenen Fragen beitragen.

MinR. Quasnowski, Berlin.

Kapitalherabsetzungen in erleichteter Form bei Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. Kommentar zum 5. Teil Kap. II der RotW.D. des Reichspräsidenten v. 6. Okt. 1931 nebst 18 Mustern für Tagesordnungen, Generalversammlungsbeschlüsse und Anmerkungen zum Handelsregister. Für die Praxis des Juristen- und Handelsstandes bearbeitet von Dr. Rudolf Wyl, Rechtsanwalt und Notar in Berlin. Mannheim 1932. J. Benzheimer. XVII und 142 Seiten.

Dr. Hans Szamatolski: Der Einfluß der Verschmelzung (liquidationslosen Fusion) auf elastische Dauerverbindungen. Oslau 1931. Dr. H. Eschenhagen. 63 Seiten.

Die Schrift gibt einen guten Überblick über den Stand des

Problems, das wohl zu den schwierigsten des gesamten Gesellschaftsrechts gehört. In der Lösung schließt sich der Verf. im wesentlichen an die Ausführungen von Flechtheim: JW. 1927, 1060 ff. an, ohne jedoch dabei Selbständigkeit des Urteils vernichten zu lassen. Bedenklich erscheinen die Ausführungen auf S. 55 ff. über die Schadenersatzpflicht der fusionierten Gesellschaft. Verf. ist wohl mit Recht der Ansicht, daß die fusionierte Gesellschaft einen Vertrag, der einer der verschmolzenen Gesellschaften eine elastische Dauerverpflichtung auferlegte, fristlos kündigen kann, wenn ihr die Aufrechterhaltung des Vertrages auch mit der durch die Fusion eingetretenen, nach Treu und Glauben zu beurteilenden Modifizierung, nicht zugemutet werden kann. Die fusionierte Gesellschaft soll aber in all diesen Fällen dem Vertragsgegner schadenersatzpflichtig sein, weil sie die Fusion zu vertreten hat. Hierbei wird doch wohl der Unterschied zwischen einem Kündigungsgrund, den der Kündigende zu vertreten hat, und einem Kündigungsgrund, der zwar in der Person des Kündigenden liegt, aber nicht von ihm zu vertreten ist, verkannt. Die Ansicht des Verf. setzt voraus, daß alle derartigen Verträge, wie Wettbewerbsverträge, Kartellverträge usw., den Verpflichteten nicht nur zur Innehaltung der übernommenen Verpflichtungen verbinden, sondern auch dazu, seinen Betrieb auf alle Fälle so aufrechtzuerhalten, daß auch die Verträge bestehen bleiben können. Das würde aber zu einer Einschränkung der Bewegungsfreiheit führen, die dem Verpflichteten nach Treu und Glauben im allgemeinen nicht zugemutet werden kann. Es wird vielmehr stets zu unteruchen sein, ob nach Treu und Glauben der sich verschmelzenden Gesellschaft zugemutet werden kann, nur wegen der Unmöglichkeit, den elastischen Vertrag aufrechtzuerhalten, von der Fusion abzusehen. Kann ihr dies nicht zugemutet werden, so entsteht auch keine Schadenersatzpflicht. Kann es zugemutet werden, so scheint es mir richtiger zu sein, mit Flechtheim (a. a. O. 1067) das Kündigungsrecht überhaupt zu verweigern, als es zuzubilligen, aber einen Schadenersatzanspruch zu konstruieren, der praktisch doch auf dasselbe hinauskommen dürfte, als die Verweigerung der Kündigungsmöglichkeit.

RA. Dr. Georg M. Hamburger, Berlin.

Dr. Friedrich Dreher, Dipl.-Kaufmann: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Ihr wirkliches Wesen und ihre wirtschaftliche Gestalt. Stuttgart 1931. C. E. Poeschel Verlag. VIII und 99 Seiten. Preis br. 5,80 M.

Es ist zu begrüßen, wenn die Frage der Gesellschaftsformen von einer andern als der juristischen Seite einer Untersuchung unterzogen wird. So wie es hier Dreher mit der GmbH. macht. Geht die Erkenntnis des Juristen, insbes. des Anwalts, von dem Einzelfall auf Grund langjähriger Erfahrung zum Allgemeinen, so geht Dreher's Anschauung vom Allgemeinen zu dem Einzelfall. Sein Ausgangspunkt ist die Statistik. Sie ist gerade bei der GmbH. besonders schwierig. Allgemeine Nachweisungen in statistischen Werken fehlen. Es ist schon eine dankenswerte Leistung, wenn Dreher aus den Akten des Handelsregisters in Frankfurt Zahl und Art der dortigen GmbH. feststellt. Nur freilich muß man sich der Relativität der daraus zu schöpfernden Erkenntnis bewußt bleiben. Vergleiche der Frankfurter Gesellschaften aus 1928 mit den Berlinern aus 1905 oder den preussischen aus 1912 sind mißlich und führen zu Irrtümern. Schon Frankfurt und Berlin aus dem gleichen Jahr wäre kaum kommensurabel. Aber in dieser Richtung liegt eine große Möglichkeit zur Diagnose der GmbH. Dreher stellt dann als den vorherrschenden Typ den der Gesellschaft mit kleinem Kapital und wenig Mitgliedern fest. Er herrscht ziffernmäßig. Aber das führt nun auch wieder zu falschen Folgerungen. Nicht nur die Zahl der Gesellschaften ist maßgebend, sondern auch ihre wirtschaftliche Bedeutung. Man darf die Wichtigkeit der GmbH.-Form für größere Gebilde nicht unterschätzen, weil die kleineren an Zahl überwiegen. Dreher stellt etwas zu sehr seine gesamten Folgerungen auf „unsern Typ“ ab, eben jene Gesellschaften, die sich an der unteren Grenze der gesetzlichen Kapitalvorschriften bewegen. Daraus ergibt sich dann seine Auffassung, als sei die GmbH. etwas anderes geworden, als man bei der Entstehung des Gesetzes vorgeesehen. Für den Juristen wird der Überblick noch dadurch erschwert, daß Dreher eine andere Terminologie verwendet, als sie in der Rechtskunde üblich ist. Dagegen wäre an und für sich nichts zu sagen, wenn nicht unglücklicherweise dieselben Worte in anderer Bedeutung verwendet würden und dadurch Unklarheiten hervorriefen. Für Dreher ist, wirtschaftlich betrachtet, die GmbH. eine Personalgesellschaft, weil sie im wesentlichen ähnliche Richtung hat, wie etwa die OHG. Da er nun diese wirtschaftlichen Personalgesellschaften als die herrschende Form ansieht, kommt er auch dazu, die Bedeutung der Nebenleistungen für die Entwicklung der GmbH. ganz gering anzusehen. Bei einer „Personalgesellschaft“ entfalle gewissermaßen ihr Sinn, weil die Gesellschafter ja Leistungen der Gesellschaft und eigene Leistungen in jedem Augenblick nach Belieben bestimmen könnten. So findet er auch, daß die Gründer meistens der Mühe entzogen seien, Satzungen für die Gesellschaften auszuarbeiten, da ja doch im wesentlichen eine wie die andere funktioniere. Ist der Anwalt, der bei ihrem Entstehen meist nur die größeren Gesellschaften kennenlernt, und die

kleineren nur dann, wenn es zu Rechtsstreiten kommt, vielleicht dazu geneigt, die Notwendigkeit individueller Ausarbeitung zu überschätzen, so scheint Dreher aus seiner Einstellung heraus das Gegenteil zu tun. So wie er auch später die Bedeutung seines „Typs“ in der ausländischen Gesetzgebung — sie soll ein Beweis für die Richtigkeit seiner Auffassung sein — etwas einseitig beurteilt. Er beruft sich auf den Schweizer Entwurf von 1928 und das liechtensteinische Gesetz von 1926 (das man für alles als Beispiel heranziehen kann) und übersieht dabei die gegenteilig gerichtete polnische und französische Gesetzgebung von 1923 und 1925. Auch seine Vorschläge für eine Reform gehen allzu einseitig von dem für ihn maßgebenden Typ aus. Er glaubt wohl mit Unrecht, daß die von ihm vorgeschlagenen Reformen der Verwendung der GmbH für die Unternehmenszusammenfassungen, die er im Anschluß an Hausmann behandelt, nicht im Wege stehen. Dreher's kleinem Buch wird, auch in den juristischen Ausführungen, die nicht immer zutreffen, mancherlei Widerspruch erfahren. Es ist aber auch für den Juristen von Bedeutung als eine neuartige und in ihren Folgemöglichkeiten durchaus ergiebige Betrachtungsweise. Wer sich mit der GmbH beschäftigt, wird es mit Gewinn durcharbeiten.

N. Dr. Fritz Bing, Mannheim.

Genossenschaftsrecht.

Dr. Georg Geist, Frankfurt a. M.: **Gestaffelte Leistungspflichten im deutschen Genossenschaftsrecht.** Gleichzeitig ein Ausblick auf die Kapitalbeschaffung im englischen und französischen Genossenschaftsrecht. Frankfurt 1932. Selbstverlag des Verfassers. 76 Seiten. Preis 2 M.

Eine interessante Arbeit, deren Thema von erheblichem, praktischem Belang ist. Der Verf. setzt sich für die Zulässigkeit gestaffelter Leistungspflichten im deutschen Genossenschaftsrecht ein, und zwar auch für die Möglichkeit der Einführung von Staffellungen nach der Gründung. Mit Rücksicht auf die schwierige wirtschaftliche Lage der meisten Genossenschaften und den starken Kapitalbedarf wird man das Ergebnis sicherlich begrüßen können. Über die rechtlichen Möglichkeiten, es zu begründen, gibt die Schrift beachtliche Ausführungen. Interessant ist der für Themen dieser Art sehr nützliche rechtsvergleichende Anhang, der kurz die Rechtslage im franz. und engl. Recht darstellt. In beiden RechtsD. tritt der Personalcharakter der Genossenschaft gegenüber dem deutschen Recht zurück. Beide lassen, entsprechend ihrem stärker hervortretenden Charakter als Kapitalgenossenschaften, der gestaffelten Leistungspflicht erheblichen Raum. Systematisch ist das Genossenschaftsrecht sowohl im engl. wie im franz. Recht außerordentlich unübersichtlich. D. S.

Gesellschaft des BGB.

Dr. jur. Gerhard Schroth: **Der Aufbau der Gesellschaft des BGB. als Schuldverhältnis und als Gemeinschaftsverhältnis.** Dresden 1931. Im Kommissionsverlag von G. Haderath's Buchhandlung Nachf. Alexander Kaufmann. 193 S. Preis 5 M.

Der Verf. versucht in seiner Schrift nachzuweisen, daß dem Gesellschaftsverhältnis keinerlei personenrechtliches Verhältnis zugrunde liegt, sondern daß es lediglich als dingliches Gemeinschaftsverhältnis und Schuldverhältnis zu konstruieren ist. Zu diesem Zweck wird nicht nur das gesamte Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter ausgiebiger Benutzung von Schrifttum und Npr. untersucht, sondern es werden auch die grundsätzlichen Fragen der mehrheitlichen Zuständigkeit subjektiver Rechte behandelt. Auf eine eingehende Auseinandersetzung mit den zahlreichen grundsätzlichen Rechtsfragen, die im Laufe der Darstellung zur Erörterung kommen, muß hier verzichtet werden, da sie den Umfang einer Besprechung weit überschreiten würde. Die Lektüre des Buches kann jedem, der sich mit gesellschaftsrechtlichen Fragen beschäftigt, empfohlen werden. Sie gibt eine ausgezeichnete Übersicht über den Stand der Probleme und regt vielfach zum Nachdenken an auch da, wo der Verf. zum Widerspruch herausfordert. So glaube ich nicht, daß dem Verf. der Nachweis, daß der Gesellschaft ein Personenrechtverhältnis nicht zugrunde liegt, gelungen ist. Er geht davon aus, daß sich alle Erscheinungen der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft aus sachen- und schuldrechtlichen Gesichtspunkten erklären lassen. Er folgert daraus, daß es überflüssig sei, noch ein besonderes personenrechtliches Band anzunehmen. Das personenrechtliche Band wird im Schrifttum insbes. angenommen, um zu erklären, daß die Gesellschafter über ihren Anteil an den einzelnen Vermögensgegenständen nicht verfügen können. Der Verf. meint (S. 14), in Folge der Relation zwischen dinglichem Recht und obligatorischem Rechtsverhältnis habe das Gesetz entscheiden müssen, ob das dingliche Recht dem Schicksal der Obligation folgen solle oder umgekehrt. Es habe entschieden, daß der Anteil am Gesamthandseigentum dem obligatorischen Rechtsverhältnis folge, und damit erkläre sich der Ausschluß der Verfügungsmöglichkeit über die Anteile der Gesellschafter an den einzelnen Gegenständen des Gesamthands-

vermögens. Dabei wird aber übersehen, daß von den Anhängern der Personenrechtstheorie (vgl. Geiler bei Staudinger, Vorbemerkung IV 1 vor § 705 BGB.) das personenrechtliche Moment gerade in der Verknüpfung des Gesamthandseigentums an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens mit der Mitgliedschaft an der Gesellschaft gesehen wird. Man kann diese Ansicht nicht dadurch widerlegen, daß rein begrifflich gesehen, der Obligationenbegriff des BGB. vielleicht ausreichen würde, um dieses Phänomen zu erklären. Die Annahme eines personenrechtlichen Bandes beruht auf der Erkenntnis, daß zwar begrifflich genommen der Schuldbegriff des BGB. alles menschliche Tun und Unterlassen umfassen kann, daß aber die Ausgestaltung unseres Obligationenrechts nicht auf persönliche und organische Bindungen, wie sie das Gesellschaftsrecht enthält, abgestellt ist, und es ist deshalb nicht eine überflüssige Komplizierung des Begriffssystems, sondern es dient der Klarstellung und Veranschaulichung des Rechtslebens, wenn man Phänomene wie das gesellschaftliche Verhalten nicht mit den Pflichten des Käufers oder Mieters in einen Topf wirft. Wenn der Verf. in diesem Zusammenhange auf die persönlichen Bindungen beim Dienstvertrage verweist und meint, daß dort niemand ein Personenrechtsverhältnis annehme, so sei auf die Ausführungen von Nipperdey: Staudinger, Anm. I 3 b zu § 613 BGB.) verwiesen, aus denen hervorgeht, daß seit Gerke eine stark vertretene Meinung, zum mindesten für den Anstellungsvertrag, das Vorwiegen des personenrechtlichen Bandes behauptet.

Auch sonst geben die Ansichten des Verf. oft Anlaß zum Widerspruch. Hier sei noch erwähnt, daß er behauptet, die Ansprüche gegen einen Gesellschafter auf Beiträge oder aus Rechtsgeschäften der Gesellschaft mit ihm gehörten zwar zum Gesellschaftsvermögen, die Gesamthand bestehe aber insoweit nur aus den übrigen Gesellschaftern, da ein Anspruch des Gesellschafters gegen sich selbst durch Konfusion erlöschen würde (vgl. S. 67 ff.). Diese Begründung ist eine petitiio principii. Denn ob im vorliegenden Falle Konfusion eintritt, ist gerade die zu lösende Frage. Die Ansicht des Verf. schafft eine äußerst komplizierte und unübersichtliche Rechtslage. Auf der einen Seite gehört das Gesellschaftsvermögen nicht mehr einer, sondern einer ganzen Reihe von Gesamthandsgemeinschaften, auf der anderen Seite geht aber zweifellos der Auseinandersetzungsanspruch des einzelnen Gesellschafters gleichmäßig auf sämtliche Bestandteile des Gesellschaftsvermögens, auch soweit dieses in einer Forderung der Gesellschaft gegen ihn selbst besteht.

Mit diesen kritischen Ausführungen soll aber der Wert des Buches keineswegs herabgemindert werden. Im Gegenteil, gerade aus ihnen geht hervor, wieviel anregende Gedanken in der Schrift enthalten sind.

N. Dr. Georg M. Hamburger, Berlin.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (unter Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Aufl. unter Leitung von Dr. Dr. h. c. Mag. Hachenburg, Rechtsanwalt in Mannheim. V. Band 1. Hälfte: Der Kauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und §§ 373—382, erläutert von Dr. James Breit, Rechtsanwalt und Prof. an der Technischen Hochschule, Dresden, und Dr. Viktor Hoeniger, Reichsgerichtsrat in Leipzig. Mannheim 1932. J. Benzheimer. XVI u. 646 S. Preis 20 M., in Halbleder 26 M.

Eine Besprechung des Buches soll baldmöglichst erfolgen. D. S.

Bank- und Börsenwesen.

Dr. Erich Witte: **Haftung und Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken.** Berlin 1931. Wilhelm Christians Verlag. 129 Seiten. Preis 4,40 M.

Die Schrift ist ein verdienstlicher Beitrag zur Lehre vom Wesen und der Wirkung Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Die monographische Beschränkung auf das Gebiet der Mobilarkreditbanken verschafft ihm die notwendige Lebensnähe, die ihm vor allem bei den mit allgemeinen Formeln kaum zu lösenden Fragen der Billigkeit von Freizeichnungsklauseln zugute kommt. Aber diese Beschränkung macht den Verf. auch vielfach abhängig von einem bloßen Referat über die auf anderen Anwendungsgebieten solcher Bedingungen gewonnenen, noch keineswegs geficherten Ergebnisse von Npr. und Rechtslehre. Mit dieser (unvermeidlichen) Enge des Blickfeldes mag es zusammenhängen, daß der erste, dem Wesen der Bankbedingungen gewidmete Teil das Problem nicht recht fördert. Der Verf. sträubt sich gegen die Annahme eines mit Eröffnung der Bankverbindung geschlossenen, die künftigen Einzelgeschäfte umgreifenden „Bankvertrags“, dessen Bestandteil die Bankbedingungen sein könnten. Seine Gründe bleiben an der Oberfläche; es bedürfte genauerer Untersuchung, ob

die Bank nicht schon durch die Eröffnung der Bankverbindung dem Kunden gegenüber zur Vornahme gewisser Geschäfte verpflichtet und dabei insbesondere an die dem Kunden vorher mitgeteilten Bedingungen in der Weise gebunden ist, daß sie davon nicht willkürlich einseitig abweichen kann. Statt dessen sieht der Verf. in der Aushändigung der Bankbedingungen nur den Abschluß eines „Richtlinienvertrages“ im Sinne Hueck's, ein Gebilde, dessen rechtliche Struktur noch dringend der Klärung bedarf. Der Verf. bringt diese Klärung nicht; er spricht zwar wiederholt von einer „Bindung“ der Parteien durch diesen Vertrag, auf § 27 sogar von einer „rechtsgeschäftlichen Verpflichtung“, aber er wird gleichzeitig nicht müde, zu betonen, daß das alles nur „allgemein und grundsätzlich“ und vorbehaltlich jeder späteren, auch nur einseitig geklärten Abweichung gelten sollte. Welchen Sinn hat dann die vertragliche „Bindung“? Der Verf. denkt offenbar an eine estoppel-Wirkung: Die Bedingungen sollen „auch ohne Hinzutreten einer auch nur stillschweigenden neuen Willenseinigung von selbst und ohne Rücksicht auf eine etwa inzwischen erfolgte, aber nicht erklärte Sinnesänderung“ (§ 33) zum Inhalt späterer Einzelverträge werden. Der Gedanke ist beachtlich, geht aber sicherlich über die Rspr. des RG., der ihn der Verf. in den Mund legt, hinaus und müßte im Zusammenhang mit den allgemeineren Problemen der stillschweigenden Willenserklärung und des venire contra factum proprium genauer untersucht werden.

Bedenklich ist es jedenfalls, dieses Prinzip auch auf die Pfandklausel in der Weise anzuwenden, daß der bloße Abschluß des Richtlinienvertrags, in dem der Verf. noch keine antizipierte Einigung über die Pfandrechtsbestellung sehen will, diese Einigung später bei Eintritt der Voraussetzungen der Pfandklausel berart ersetzen soll, daß ein Pfandrecht ipso iure sogar dann entsteht, wenn die Pfandstücke ohne Wissen des Kunden in den Besitz der Bank gelangt sind. Auch abgesehen von den besonderen, vom Verf. nicht beachteten Bedenken, die von einer jüngst gegen diese „erweiterte Pfandklausel“ überzeugend erhobenen hat (Festgabe für E. Heymann, 1931, II, S. 1157 ff.), sollten die schlechten Erfahrungen mit der Rspr. zur Sicherungsüberweisung durch antizipiertes Besitzkonstitut eine deutliche Warnung vor solchen durch antizipierten Experimenten sein. Die zu einseitig auf stempelrechtliche Bedürfnisse zugeschnittene Rspr. des RG. darf für die zivilrechtliche Beurteilung nur mit Vorsicht verwertet werden. Die zurückhaltende Tendenz der — vom Verf. nicht berücksichtigten — Entsch. v. 12. Nov. 1929, RG. 126, 348 = JW. 1930, 1381 und 3770 ist daher nur zu begrüßen.

Über die Auslegung der Bankbedingungen finden sich nur wenige, unselbständige Bemerkungen (§ 43 ff., auch § 55 f., 77 ff.). Das Hauptinteresse des Verf. gilt den Freizeichnungsklauseln, deren wichtigste Anwendungsfälle er einzeln behandelt (Haftung aus Rat und Auskunft, aus Scheck- und Geldüberweisungsverkehr, aus § 362 BGB. und bei Betriebsstörungen). Er bejaht für den Regelfall ein tatsächliches Monopol der überall mit Bedingungen gleichen oder ähnlichen Inhalts gewappneten Banken und gelangt so bei näherer Untersuchung in einer Reihe von Fällen zur Anwendung des § 138 BGB. — ob nur gegenüber dem Einzelgeschäft oder ob und mit welchen Folgen auch gegenüber dem Richtlinienvertrag, wird nicht geklärt. Im einzelnen läßt sich über seine Ergebnisse streiten. So glaube ich nicht, daß im Scheckverkehr die Abwälzung der Verfallungsgefahr auf den Kunden gültig, die der Fälschungsgefahr dagegen nicht ist, weil die Bank dort im Rahmen des Scheckvertrags handle, hier dagegen nicht. Die Unzuverlässigkeit dieses Arguments hat schon früher Jacobi nachzuzuführen (JHR. 91, 188). Es wird darauf ankommen, in wessen Verkehrskreis die Fälschung oder Verfälschung vorgekommen ist, vielleicht auch (in Anlehnung an Jacobi), in wessen Interesse die beteiligte Bank gezahlt hat. Fraglich bleibt dabei immer noch, ob man so schwierige Verteilungsfragen überhaupt mit dem groben Mittel des § 138 lösen kann.

Manche unnötigen Längen (z. B. der Abschnitt § 47 ff.) und eine ärgerliche, auch sachliche Unklarheiten verdeckende Disziplinlosigkeit im sprachlichen Ausdruck beeinträchtigen den Wert der Arbeit.

Verf. Dr. Ludwig Kaiser, z. B. Heidelberg.

Dr. Gerhard Münzner: Stückkonto und Stückverzeichnis, ihre Rechtsnatur und ihre Funktion im heutigen Bankwesen. (Wirtschaftsrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Weiler, 6. Heft.) Mannheim 1931. J. Benzheimer. XVI u. 67 Seiten. Preis 4 M.

Der Verf. hat sich das Ziel gesetzt, darzulegen, inwiefern die Verwahrungsart des „Stückkontos“ mit den Normen des DepotG. und des BGB. in Einklang zu bringen ist. Die im Bankverkehr übliche Bezeichnung „Gutschrift auf Stückkonto“ bedeutet, wie der Verf. hervorhebt, nicht etwa eine Gutschrift auf ein Konto, das der Kunde bei der Bank unterhält. Man hat vielmehr unter „Stückkonto“ ein von der Bank zum Unterschied vom sog. „Depotkonto“ eingerichtete Rechnung zu verstehen. Während bei diesem die zur Verwahrung gegebenen Effekten im Eigentum des Hinterlegers verbleiben, geht beim „Stückkonto“ das Eigentum an den Wertpapieren auf die Bank über, und der Kunde erhält lediglich ein

Forderungsrecht auf Herausgabe gleichartiger Papiere. Es handelt sich also um die sog. unregelmäßige Verwahrung. Der Verf. betont, daß die Banken auch heute noch diese Verwahrungsart bevorzugen, insbes. in den zahlreichen Fällen, in denen der Kunde nicht den ganzen Gegenwert für die angekauften Effekten an die Bank entrichtet, sondern nur „mit Einschluß“ spekuliert. Um die Bedeutung der Verwahrungsart des Stückkontos in das rechte Licht zu stellen, geht der Verf. auch auf die übrigen Verwahrungsarten ein. Hierbei ergibt sich deutlich, wie mannigfaltig allmählich durch die Entwicklung die Lehre von der Verwahrung fremder Wertpapiere geworden ist. Zwischen die regelmäßige und die unregelmäßige Verwahrung schieben sich verschiedene Zwischenformen ein. Als „Sammeldepot“ bezeichnet man ein Depot, bei dem dem Verwahrer die Ermächtigung erteilt ist, die Effekten mit solchen gleicher Gattung anderer Hinterleger zu vermengen. Da der Hinterleger an Stelle des Eigentums an den einzelnen Papieren einen dinglichen Anteil an der Gesamtmenge erhält, während der Verwahrer kein Eigentum erwirbt, so ist das Sammeldepot eine Abart der regelmäßigen Verwahrung. Auch beim „Summendepot“ behält der Kunde ein dingliches Recht an den hingegebenen Papieren; dem Verwahrer wird jedoch die Befugnis eingeräumt, die hinterlegten Papiere durch andere gleichartige zu ersetzen. Endlich entsteht ein „modifiziertes reguläres Depot“, wenn die verwahrende Bank nach § 2 DepotG. ermächtigt wird, an Stelle der zur Verwahrung gegebenen Papiere solche gleicher Art zurückzugewähren. Solange nämlich der Verwahrer von der Ermächtigung noch nicht tatsächlich Gebrauch gemacht hat, besteht noch kein unregelmäßiges Verwahrungsverhältnis, sondern ein Schwebezustand, der mit dem vorerwähnten Namen belegt werden kann. Entsprechendes gilt für den Fall des § 700 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Im einzelnen bepricht der Verf. in einem 1. Teil das Stückkonto und den unregelmäßigen Verwahrungsvertrag. Nachdem er den Begriff des unregelmäßigen Verwahrungsvertrages als einen selbständigen neben dem Darlehn gerechtfertigt hat, trennt er scharf zwischen den beiden Fällen des § 700 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB. Er geht dann auf die beiden Ermächtigungen des § 2 DepotG. — zur Rückgewähr gleichartiger Papiere und zur Verfügung über die Papiere in eigenem Nutzen — ein. Hierbei kommt er in Übereinstimmung mit der Rspr. zu dem Ergebnis, daß beide Ermächtigungsarten in ihrem Enderfolg gleichzustellen seien. Den Abschluß dieser Erörterungen bildet eine Gegenüberstellung des § 700 BGB. und des § 2 DepotG. in formaler und in materieller Beziehung. Eine besondere Aufmerksamkeit widmet der Verf. in diesem Zusammenhang den Beziehungen zwischen Stückkonto und Aktienstimmrecht. Da bei dieser Verwahrungsart die Bank Eigentümerin der hinterlegten Aktien wird, erhält sie auch das mit den Aktien verbundene Stimmrecht. Der Verf. erhebt gegen diese rechtlich einwandfreie Folgerung „wirtschaftliche“ Bedenken, die er daraus herleitet, daß der Bankkunde sich zwar mit der Gutschrift auf Stückkonto einverstanden erklärt hat, sich aber doch als Aktionär und insolgedessen als Stimmberechtigter fühlt.

In einem 2. Teil behandelt der Verf. das Stückkonto in der Effektereinkaufskommission. Nach § 7 DepotG. geht bekanntlich mit der Absendung eines Stückverzeichnis das Eigentum an den darin verzeichneten Wertpapieren auf den Kommittenten über, soweit der Kommissionär zur Verfügung über die Papiere berechtigt ist. Nach der durch die W. v. 21. Nov. 1923 erfolgten Neufassung des § 3 DepotG. ist der Kommissionär jetzt nur noch auf Verlangen des Kommittenten zur Übersendung des Stückverzeichnis verpflichtet. Im Anschluß an eine Betrachtung dieser Bestimmungen behandelt der Verf. den nach § 3 Abs. 2 Satz 2 DepotG. zulässigen Verzicht des Bankierkommittenten auf die Übersendung des Stückverzeichnis. Der Verf. legt diesen Verzicht, dessen Tragweite streitig ist, dahin aus, daß der Kommittent nur auf die besondere Art der Eigentumsübertragung durch Übersendung des Stückverzeichnis habe verzichten wollen, nicht dagegen auch auf eine andere Art der Übertragung des Eigentums. Wird die Effektereinkaufskommission durch Selbsteintritt ausgeführt, so entfällt für die Bank doch nicht die Pflicht, ein Stückverzeichnis zu übersenden. Das gleiche gilt nach der Auffassung des Verf., wenn der Kommissionär als Eigenhändler auftritt. Zum Schluß untersucht der Verf., ob die Schmälerung, die die Rechte des Kommittenten durch die Neufassung des § 3 DepotG. erlitten haben, durch die Einfügung des § 7a DepotG. ausgeglichen sind, aber ein Konkursvorrrecht des Kommittenten für den Fall einführt, daß er seine Verpflichtungen gegen den Kommissionär voll erfüllt hat, ohne daß die einzukaufenden Wertpapiere in sein Eigentum übergegangen sind. Der Verf. verneint diese Frage. Er begründet dies z. B. mit der Möglichkeit des Bankiers, den Konkurschutz des § 7a DepotG. dadurch zu durchbrechen, daß er das Einkaufsgeschäft als Eigenhändler abschließt und die Wertpapiere auf Stückkonto gutschreibt, da in diesem Fall der § 7a DepotG. nicht zur Anwendung kommt.

Wie man auch zu den Ausführungen des Verf. im einzelnen stehen mag, so wird man jedenfalls anerkennen müssen, daß die Schrift eine gute Übersicht über die einschlägigen schwierigen Rechtsfragen gewährt und, wie der Herausgeber mit Recht im Vorwort

betont, als Grundlage für eine kritische Stellungnahme der derzeitigen gesetzlichen Regelung geeignet ist. Wer die Schrift gelesen hat, wird den Eindruck gewinnen, daß die Kasuistik auf dem behandelten Rechtsgebiet sehr weit getrieben ist, und er wird zum mindesten die Frage aufwerfen, ob sich nicht eine Vereinfachung empfiehlt.

OLR. Prof. Dr. Hans Goldschmidt, Köln a. Rh.

Dr. Kurt Silbermann: Der Eintritt der Vollverbindlichkeit unverbindlicher Börsengeschäfte. (§ 57 BörsG.) Würzburg 1931. Werkbund-Verlag. 57 Seiten. Preis kart. 2,20 M.

Wechselrecht.

Dr. Richard Philipp, Rechtsanwalt und Notar in Berlin: Lexikon-Kommentar zur Wechselordnung. DRGM. Nr. 1161171. Berlin 1931. Saga-Verlag. 348 Seiten.

Es wäre eine reizvolle Aufgabe, den Wandel der äußeren Form des rechtswissenschaftl. Schrifttums im Laufe der Jahrhunderte zu untersuchen und die Gründe aufzudecken, aus denen sich dieser Wandel erklären läßt. Dazu ist hier nicht der richtige Ort. Doch muß wenigstens die Erscheinung als solche ausdrücklich festgestellt werden: Ein Komm. zur W.O. stellt sich in lexikographischer Form vor. Sie wird in den letzten Jahren im deutschen Schrifttum besonders bei Darstellungen enzyklopädischen Charakters mit Vorliebe verwandt (z. B. Handwörterbuch der Rechtswissenschaft; Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht; das in Vorbereitung befindliche, von Gieseke und Klausung unter Mitwirkung zahlreicher Theoretiker und Praktiker herausgegebene Lexikon des Handelsrechts einschließl. des sonstigen Wirtschaftsrechts und des Steuerrechts). Dagegen dürfte die Kommentierung eines in sich abgeschlossenen engen Sondergebiets des Rechts in dieser Form eine kühne und für die künftige Entwicklung des rechtswissenschaftl. Schrifttums vielleicht grundlegende Neuerung sein. Wer aufmerksam die Benutzung der Komm. in der Praxis verfolgt, wird die Beobachtung machen, daß in der Regel von der Mehrzahl aller Juristen zunächst das alphabetische Stichwortverzeichnis zu Rate gezogen wird; ein Komm. oder auch nur eine erläuternde Textausgabe ohne Stichwortverzeichnis würde kaum gebraucht, auch wenn der Inhalt ganz vorzüglich wäre. Das Stichwortverzeichnis eines jeden Erläuterungsbuchs zur W.O. verweist bei zahlreichen Stichworten auf viele Stellen innerhalb des Komm. Selbst wenn jeder Artikel systematisch erläutert ist, besteht nicht die Gewähr für die erschöpfende Behandlung eines Teilproblems. Nicht der Einzelartikel oder Paragraph, sondern das ganze Ges. ist die Einheit. Die Erläuterung der Einzelbest. bedeutet leicht eine Zerstückung des Stoffs in zahlreiche Einzelheiten, über die sich der Benutzer eines derartigen Erläuterungswerks jeweils unterrichten will. Komm. sind keine Lehrbücher, sondern Hilfsmittel für den tägl. Gebrauch des Juristen. Ordnet man den Erläuterungsstoff zu einem Ges. nicht nach den einzelnen Artikeln oder Paragraphen, sondern von vornherein nach alphabetischen Stichworten, so ergibt sich Art und Aufbau des neuen Komm. von selbst.

Abgesehen von der Form kann der Zweck eines Erläuterungsbuchs verschieden sein. Man kann sich damit begnügen, Rechenschaft über den gegenwärtigen Zustand eines Rechtsgebiets zu geben, ohne selbständig zu Grund- oder Einzelfragen Stellung zu nehmen. Man kann aber auch von einer bestimmten persönlich gefärbten Grundauffassung ausgehen und alle Einzelfragen danach entscheiden. Staub ging diesen Weg und ist hiermit für die KommLiteratur der letzten Jahrzehnte bahnbrechend gewesen. Philipp geht im allg. jenen Weg, wenn er auch ab und zu bei einzelnen Streitfragen seine persönliche Meinung vorträgt. Das Werk Staubs war in seiner ursprüngl. Gestalt ein Wegweiser für die Praxis. Das Buch Philipp's ist ein Orientierungsplan in der Praxis.

Auch eine Orientierungstafel kann eine wissenschaftl. Leistung sein. Dieses Art. kann man unbedenklich auch dem Buch Philipp's zollen, auch wenn man in Einzelfragen eine schärfere kritische Betrachtung vermisst. Die Npr. ist bis in die jüngste Zeit hinein berücksichtigt, das Einzelschrifttum dagegen nur spärlich zitiert. Zahlreiche Stichproben beweisen, daß das vorhandene Material sorgfältig und gewissenhaft bearbeitet worden ist.

Auf einige Einzelheiten, die den guten Gesamteindruck des für den tägl. Gebrauch ausgezeichneten Hilfsmittels nicht nennenswert beeinflussen, sei kurz hingewiesen: Unter dem Stichwort: Abstandnahme vom Wechselprozeß, ist zwar ausgeführt, daß der Kl. in der Verzinsung nur mit Zustimmung des Bekl. vom Wechsel- oder Kundenprozeß in das ordentl. Verf. übergehen könne. Es fehlen aber Äußerungen darüber, was mit dem Vorbehaltswert. erster Instanz zu geschehen hat, und wie sich das Verf. weiter abspielt (vgl. über diese praktisch nicht unwesentl. Fragen RG.: JW. 1931, 2039⁴, 2040⁵ nebst Anm.). Bei der Transportfunktion des Indossaments

wird die Akzeptionstheorie vertreten und ein Mitübergang etwaiger Nebenrechte verneint (vgl. gegen diese zwar herrschende aber unrichtige Auffassung meinen Aufsatz „Die Macht der Gewohnheit im Wechselrecht“: Beitr. z. Wirtschaftl. Heymanns Arbeiten 62, 1066 ff.); unter dem Stichwort Hypothek wird dagegen ausdrücklich gesagt, die Übertragung der Hypothek erfolge durch Übergabe des indossierten Wechsels, die Hypothek stehe also dem jeweiligen Wechselinhaber zu. Darin liegt ein Widerspruch, da die Hypothek doch auch zu den akzeptionistischen Nebenrechten gehört. Unter dem Stichwort: Entstehung der Wechselschuld, werden die einzelnen Theorien kurz dargestellt. Philipp schließt sich der Rechtschleimtheorie an, insbes. auch hinsichtlich des Akzept's. Jede Wechselverbindlichkeit bedürfe zweier Elemente, des Skripturaktes und eines gültigen Begebungsvertrags, der allerdings auch durch den Erwerb seitens eines Gutgläubigen ersetzt werden könne. Der Skripturakt könne aber nicht als Willenserklärung i. S. des BGB. angesehen werden. Es soll hier nicht auf diese sehr anfechtbare Stellungnahme eingegangen werden (vgl. vor allem Eckhardt: Beitr. z. Wirtschaftl. S. 1051 ff.). Nur auf einen Widerspruch sei hingewiesen, der sich bei dem Stichwort: Ausländische Wechselklärung aufdrängt. Hier wird ausgeführt, es komme nur auf das Land an, wo die Skriptur geleistet sei, nicht aber darauf, wo der Begebungsvertrag zustande komme. Auch eine unrichtige Ortsangabe sei zulässig und wirksam, da es im Ermessen eines jeden liege, ob und welche Schuld er übernehmen wolle. Wenn für die Frage nach der Verbindlichkeit einer Wechselunterzeichnung nur die Skriptur maßgebend sein soll, so ist es immerhin eigenartig, daß dieser Vorzug oder Nachteil nur den im Ausland vollzogenen Wechselunterzeichnungen beigelegt wird, während für die Verbindlichkeit einer inländischen Wechselzeichnung die Skriptur allein nichts und der Begebungsvertrag alles bedeuten soll. Gefährlich ist die kurze Bemerkung unter dem Stichwort: Zurückbehaltungsrecht Ziff. 7, die Verwertung des Wechsels erfolge nach den Vorschriften des Pfandrechts (§ 371 BGB., § 1294 BGB.). Es wird hierbei zu leicht übersehen, daß für die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts stets ein Vollstreckungsmittel notwendig ist (vgl. z. B. OLG. Stuttgart: JW. 1931, 3143 und meine Anm.).

Philipp bevorzugt einen klaren Telegrammstil. Er bringt bei jedem Sachartikel kurze Hinweise auf die Entwürfe und die Verhandlungen der Genfer Wechselrechtskonferenz von 1930, so daß sein Buch auch de lege ferenda nützlich ist.

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

Dr. Helmuth Wöttger: Wechsel und Scheck in Europa und Übersee. Ihr Recht, ihre Chancen und ihre Besteuerung. Berlin 1931. Carl Heymanns Verlag. Preis 10 M.

Die Darstellung zieht etwa 50 Länder in den Kreis ihrer Betrachtung. Der Veruch, eine zusammenfassende systematisch geordnete Übersicht über das Weltwechsel- und Scheckrecht zu geben, ist an sich dankenswert. Der Umstand, daß Verf. bemüht auf wissenschaftl. Vertiefung des Stoffs und auf Darstellung von Streitfragen verzichtet, wäre auf diesem Gebiet kein Hindernis für praktische Benutzbarkeit des Werkes. Verf. hat aber die schwierige und große Aufgabe, die er sich gestellt hat, nicht voll zu lösen vermocht.

Keineswegs darf Verf. für sich in Anspruch nehmen, „erstmalig in der Nachkriegsliteratur auch die wichtigsten Überseeänderungen behandelt“ zu haben. Bereits im Jahre vor dem Erscheinen des hier besprochenen Buches sind die Magnusschen Tabellen zum internat. Recht, 4. Heft, Wechselrecht, erschienen. Mit diesem Standardwerk des gesamten deutsch., ausländ. und internat. Wechselrechts, das in moderner Form hohe Wissenschaftlichkeit mit prakt. Zuverlässigkeit verbindet, kann die vorl. Schrift sich nicht vergleichen. Ähnliches gilt für das Scheckrecht. Sämtliche ScheckG. des Auslandes sind bei Leising, ScheckG., 2. Aufl., schon 1926 in deutscher Übersetzung zu finden, und eine gute rechtsvergl. Darstellung gibt Bonteron, „Le chèque“ (1924 u. 1928).

Es ist bedauerlich, daß Verf. diese grundlegenden und zuverlässigen Werke, insbes. aber die Magnusschen Tabellen, weder anführt noch benutzt hat. Man braucht nur die Zusammenstellungen über das in besonders wichtigen Ländern geltende Wechselrecht, z. B. Großbritannien, in bezug auf das bei Magnus und das in der vorl. Schrift verarbeitete Material miteinander zu vergleichen, um feststellen zu müssen, daß nach dem Erscheinen der Magnusschen Tabellen für eine Arbeit der vorl. Art kaum mehr Raum geblieben war. Auch abgesehen von der Nichtverwendung der vorgenannten Werke ist das Literaturverzeichnis insofern lückenhaft, als wichtige Werke zum Teil fehlen, zum Teil nach älteren Ausgaben angeführt sind.

Die allg. Einleitung des Verf., die er der Darstellung der einzelnen Länder vorausschickt, zeigt keine erschöpfende Vertrautheit mit den rechtl. Problemen. Wenn z. B. das Hauptmerkmal des franz. Wechselrechts in der engen Verbindung des zugrunde liegenden Geschäfts mit dem Wechsel selbst gesehen wird (die sog. „Deckungstheorie“) und daraus abgeleitet wird, daß auf dem Wechsel die Valutaklausel erforderlich sei, so ist sowohl die Folgerung wie die Voraussetzung ungenau. Es scheint, als ob Verf. insofern Valutaverhältnis und Deckungsverhältnis verwechselt. Bedenklich ist auch die Auf-

irgendem Indossanten hängen bleiben, weil nach deutschem Recht das Indossament nur die Rechte aus der Urkunde überträgt? Man muß hier m. E. in entsprechender Verwendung des Begriffs von dem „relativen Inhalt“ der Wechselforderung ausgehen und dem Indossamentstatut nur die Entscheidung über die Tatsache des Rechtsübergangs nicht aber über den Umfang entnehmen (vgl. hierzu mein Buch: Der Rechtsbegriff provision im französischen und internationalen Wechselrecht S. 163, 158 und die dortigen Zitate).

Alles in allem ist das klar und übersichtlich geschriebene Buch eine wertvolle Bereicherung des wechselrechtlichen und kollisionsrechtlichen Schrifttums.

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

Dr. jur. Ernst E. Hirsch, Privatdozent an der Universität Frankfurt a. M.: **Der Rechtsbegriff provision im französischen und internationalen Wechselrecht.** (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausgegeben von Prof. Dr. Ernst Heymann, Berlin, Nr. 59.) Marburg 1930. N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, G. Braun. XXXI und 172 Seiten. Preis 10 M.

Es besteht ein Bedürfnis, daß der Rechtsbegriff provision und seine Probleme dem deutschen Juristen geläufig gemacht werden. Hirsch weist in der Einleitung mit Grund darauf hin: Bei den Bestrebungen zur Vereinheitlichung des Wechselrechts ist von jeher die französische Lehre von der provision ein Stein des Anstoßes gewesen. Man hat das Problem bei der Beratung der Haager EWÜ umgangen, indem man die einschlägigen Fragen nicht zum Gegenstand der einheitlichen Normierung machte, sondern ihre Regelung nach wie vor den einzelnen Staaten überließ; und man ist in Genf — wie wir heute, den Verf. ergänzend, hinzufügen können — denselben Weg gegangen: die Lehre von der provision, wie die Lehre von der Bereicherung in Wechselfachen, findet sich wieder unter den Vorbehalten (Art. 15 u. 16). Das Problem ist noch nicht reif für eine einheitliche Regelung; um so mehr verdient es, wissenschaftlich erarbeitet zu werden. Ein Bedürfnis zur Darstellung in deutscher Sprache wird auch fühlbar, wenn man sich umsieht nach dem, was in der dem Deutschen zunächst zugänglichen Literatur über die provision gesagt wird. In den Handelsgesetzen des Erdballs (XII, I, I) sind von den drei Artikeln des code de commerce, die der provision gewidmet sind, zwei (Art. 116 u. 117) falsch übersetzt. Einen dieser Übersetzungsfehler übernimmt auch Feliz Meyer in seinem Weltwechselrecht (von 1909), das im übrigen in knapper Darstellung zwar das wesentliche bringt, aber angesichts der Novellierung des code de commerce von 1922 veraltet ist. So ist Hirsch's auf gründlicher Durcharbeitung des Materials beruhende Darstellung eine wesentliche Bereicherung der deutschen Literatur. Ein Zufall will es, oder vielleicht richtiger: es ist ein aus der Lage der Sache zu begreifendes Zusammentreffen, wenn annähernd gleichzeitig der deutsche Jurist in einem geistvollen Aufsatz von Eduard Wahl, dem Referenten für französisches Recht im Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Berlin (Mabels Jhschr. 1930, 405 ff.), über das Wesentliche in der französischen Wechselprovisionslehre unterrichtet wird. Auch in Frankreich geht das Problem wieder um. Im Jahre 1930, wie die beiden deutschen Darstellungen, erscheint ein das Hirsch'sche an Umfang übertreffendes Buch von F. François: „La propriété de la provision en matière de lettre de change“; ein Werk, dessen Erscheinen in der französischen Wissenschaft begrüßt wird und das mit dem Versuch einer neuen theoretischen Anschauung eine sehr gründliche Darstellung des geschichtlichen Wandens und der praktischen Ausgestaltung der Provisionslehre verbindet.

Das erste Kapitel der Hirsch'schen Arbeit ist im wesentlichen dem Versuch gewidmet, den Tatbestand zu unreißen, der dem Begriff der provision entspricht. Diese Darstellung veranschaulicht vieles, wenn auch manches klarer zum Ausdruck gebracht werden könnte. Vom Standpunkt des modernen Rechts aus gesehen, liegt das Eigentümliche des Provisionsbegriffs darin, daß er im System des französischen Wechselrechts eine dreifache Funktion hat. Vordrängt die Aufgabe, die Stellung des Wechselberechtigten zu stärken. Wenn es heißt: „La propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change“ (Art. 116 Abs. II code de commerce), so bedeutet dies, daß der Wechselberechtigte neben den Rechten aus dem Wechsel selbst auch die Geldforderung des Ausstellers gegen den Bezogenen, die mit der Wechselziehung in Verbindung gebracht werden kann, etwa bei Warenlieferung die Kaufpreisforderung, geltend zu machen vermag. Er hat also, falls eine solche Forderung besteht, einen Anspruch gegen den Bezogenen auch bei einem nicht akzeptierten Wechsel. — Sodann: der Begriff der provision wird vom französischen Recht bei der Entsch. der Frage verwendet, welche Rechtsbehelfe dem Wechselberechtigten im Falle der Präjudizierung noch zustehen sollen. Es gilt, daß der Aussteller auch nach der Präjudizierung noch haftet, falls er nicht beweist, daß eine provision gegeben ist; eine dem Art. 83 WÜ. zwar in bezug auf die Regelung der Beneizlast entgegengesetzte, aber im übrigen im wesentlichen entsprechende Norm. — Und endlich drittens: das

Vorhandensein der provision entscheidet darüber, ob der Bezogene zum Akzept und zur Honorierung des Wechsels verpflichtet ist oder nicht. — Bei näherem Zusehen zeigt sich nun, daß der Provisionsbegriff in den drei Fällen nicht identisch ist. Ist beispielsweise der Kaufpreisanspruch, den der Aussteller gegen den Bezogenen hat, nicht so hoch wie die Wechselforderung, oder ist er noch nicht fällig bei Verfall des Wechsels (Hirsch kann darüber im Anschluß an die Darstellung bei Lyon-Caen berichten), so steht nichts der Annahme im Wege, daß die geringere Deckung, die betagte Forderung zur Sicherung des Wechselinhabers dienen soll. Dagegen kann der Aussteller im Falle der Präjudizierung nicht entlastet und vom Bezogenen die Honorierung des Wechsels nicht erwartet werden. Ferner, das geläufigste französische Beispiel: hat sich der Bezogene verpflichtet, den Wechsel kreditweise zu bezahlen, so ist eine provision gegeben, die auf den jeweiligen Inhaber übergeht. Aber der Aussteller haftet solchenfalls auch bei Präjudizierung des Wechsels weiter (man geht davon aus, daß er sich andernfalls, da er Valuta erhalten hat, ohne Deckung zu leisten, bereichern würde). Das bringt die Schwierigkeit der Tatbestandsfeststellung, die noch dadurch kompliziert wird, daß der Begriff der provision, auch soweit er allen drei Fällen gemeinsam ist, im Laufe der Geschichte gewechselt hat. Verstand man unter provision unter der Herrschaft der ordonnance von 1673 nur die Werte, die der Aussteller dem Bezogenen zum Zwecke der Wechselhonorierung zur Verfügung gestellt hat, so weitet sich der Begriff unter der Herrschaft des code de commerce aus, indem er auch sonstige Fälle einer Gläubigerschaft des Ausstellers gegenüber dem Bezogenen in sich aufnimmt. Hirsch sucht diese Probleme so zu lösen, daß er den der erstgenannten Funktion entsprechenden Begriff des näheren feststellt. Er definiert ihn dahin: „Die provision ist die von der französischen Rechtsordnung mit besonderen Wirkungen für die Rechte und Pflichten der am Wechselumlauf beteiligten Personen ausgestattete Geldforderung des Ausstellers gegen den Bezogenen, die mit der Wechselziehung in Verbindung gebracht werden kann“; und er stellt in Anlehnung an die französische Unterscheidung zwischen provision und couverture diesem eigentlichen Begriff „provision“ für die anderen Fälle den der „Deckung“ gegenüber, der jedoch nicht mehr — so wenig wie die ihm zugehörigen Fälle — eingehend erläutert wird. Bei dieser Zweiteilung vermissen wir eine eindringendere Klärung des Gegenfases. Lieft man die Darstellung Hirsch's, so steht man unter dem Eindruck, daß in dem Gegensatz zwischen provision und Deckung der historisch übernommene noch im modernen französischen Recht weiterlebt. Davon kann jedoch keine Rede sein: Ging es im Laufe der geschichtlichen Entwicklung darum, daß man nicht mehr wie einst für den Begriff der provision forderte, es müßte sich um Werte handeln, die von dem Aussteller dem Bezogenen ad hoc zur Verfügung gestellt wurden, sondern daß man eine Verweisung auf Schuld genügen ließ — so kann für das moderne französische Recht der (für die Behandlung der ersten und zweiten Fallgruppe) entscheidende Gegensatz in der Frage zusammengefaßt werden, ob der Bezogene durch die Erfüllung seiner Verpflichtung dem Aussteller etwas kreditiert oder nicht. In der Klarstellung dieser Gegensätze und damit in der begrifflichen Erfassung überhaupt, ist die Darstellung von François derjenigen von Hirsch überlegen. Ferner: Die Zweiteilung in provision und Deckung ist in bezug auf ihre Anwendung von Hirsch nicht richtig durchgeführt. Es ist nicht so, wie Hirsch (S. 29) meint, daß der Tatbestand der provision bei der zweiten und dritten Fallgruppe identisch ist. Hat sich die bezogene Bank verpflichtet, ihrem Kunden Akzeptkredit einzuräumen, so ist, wie wir gesehen haben, der Tatbestand der zweiten Fallgruppe nicht erfüllt; wohl aber derjenige der dritten: die Bank ist verpflichtet, im Rahmen des eingeräumten Kredits Wechsel zu akzeptieren und zu bezahlen. In Wahrheit steht also der Begriff provision hier dem der ersten Fallgruppe eigentümlicher näher; er unterscheidet sich von diesem nur dadurch, daß die Forderung in ihrer Höhe der Wechselsumme mindestens gleichkommen und bei Verfall des Wechsels fällig sein muß. Wollte man, über die französische Doktrin hinausgehend, ganz scharf unterscheiden, dann käme man entsprechend den drei verschiedenen Funktionen zu einer dreifach variierten Begriffsbestimmung.

Hirsch stellt, wie gezeigt, die erste Funktion bei der Bestimmung des Provisionsbegriffs sowohl, wie bei der Darstellung der Rechtslage in den Vordergrund. Er folgt damit der herrschenden Strömung in der modernen französischen Jurisprudenz. Es ist typisch, daß Lyon-Caen (in Traité de droit commercial IV Nr. 54 ff.) die Lehre von der provision gemeinsam mit Akzept und Aval behandelt unter dem Titel: „Des garanties assurées de la lettre de change à l'échéance.“ Der Deutsche freilich, so scheint mir, erkennt die Eigentümlichkeit des französischen Rechtsdenkens im Wechselrecht besser, wenn er neben der naturgemäß gebotenen Aufklärung über die Richtung der modernen französischen Jurisprudenz auf die noch heute vorhandene einheitliche Gesamtvorstellung verwiesen wird. Und diese ist — bei Hirsch klingt sie gelegentlich mit an — die, daß sinnvoll die Wechselziehung nur dann ist, wenn zwischen Aussteller und Bezogenem ein Rechtsverhältnis vorliegt, auf Grund dessen die Honorierung des Wechsels erwartet werden kann. Dieser Satz — an sich ein Gebot wirtschaftlicher Vernunft — ist im französischen Recht stärker als im deutschen,

stärker auch als im anglo-amerikanischen in die Sphäre des Rechts erhoben. Er liegt den in ihrer praktischen Anwendung nicht leicht zu erörternden gesetzlichen Bestimmungen der Art. 115 ff. code de commerce zugrunde. Er ist der Leitfaden, auf den die Einzelausgestaltung in den drei geschilderten Fallgruppen letztlich zurückzuführen ist; auch in der ersten: wenn das französische Recht die „propriété de la provision“ auf den jeweiligen Wechselberechtigten übergehen läßt, so ist diese Auffassung jedenfalls erleichtert dadurch, daß man Wechsel und Deckungsbeziehung nicht getrennt (in diesem Sinne abstrakt), sondern einheitlich zu schauen gewohnt ist. Und der Satz erklärt uns Dinge, die von der heutigen französischen Jurisprudenz nicht mehr unter dem Gesichtspunkt fehlender provision, sondern unter dem des Verstoßes gegen das Anstandsgefühl des ordentlichen Kaufmanns juristisch aufgefaßt werden; die Keit- und Kellerverwechsel sind nach französischer Auffassung nichtig, soweit der Wechselberechtigte von ihrer diesbezüglichen Eigenschaft Kenntnis hat.

Wenn wir so eine scharfe Herausarbeitung der verschiedenen Provisionsbegriffe und eine Gesamtschau der Lehre von der provision, wie sie mit hierin feinerem Instinkt von Eduard Wahl gegeben wird, vermissen, so werden wir freilich entschädigt durch das folgende Durchdenken der Rechtslage bezüglich der provision als eines dem Wechselinhaber gegebenen zusätzlichen Rechtsbehelfs. Hirsch gibt eine genaue Schilderung der Entstehung und Entwicklung der Lehre im Laufe des 18. und 19. Jahrhunderts und eine ins einzelne gehende systematische Darstellung, aus der auch die Franzosen, auch François, lernen könnten. Es zeigt sich nämlich folgender interessante Sachverhalt: bei der Forderungsabtretung im allgemeinen besteht für das französische Recht kein Anlaß, einen Schuldner, der ohne Kenntnis von der Abtretung an den alten Gläubiger gezahlt hat, entsprechend den §§ 407 ff. BGB. zu schützen. Nach französischem Recht ist eben der Übergang der Forderung dem Schuldner gegenüber nur dann wirksam, wenn der Schuldner von der Abtretung benachrichtigt ist, so daß das Problem des redlichen, an den Nichtberechtigten zahlenden Schuldners nicht auftauchen kann. Der Art. 116 Abs. II code de commerce läßt dagegen die „propriété de la provision“ übergehen mit dem Übergang des Wechselrechts, also ohne Benachrichtigung des Schuldners. Auf diese Weise entsteht eine Lücke im französischen Recht, die auszufüllen ein deutscher Jurist in besonderer Maße berufen ist. Hirsch zeigt z. T. unbenutzt in der Art seiner Fragestellung, z. T. in hervorzierter Betonung, wie deutsche Rechtsgebanten mutatis mutandis zur Lösung der Probleme mit herangezogen werden können.

„Die Einwirkungen des französischen Systems auf das Wechselrecht anderer Staaten“ sind lehrreich zu lesen. Die Lehre von der provision hat sich in vollem Maße nur in den wenigsten Ländern (auch der französischen Wechselrechtsgruppe) durchzusetzen vermocht; andresseits sind gewisse Anklänge, Versuche, dem Wechselinhaber im Konkurs des Ausstellers Vorrechte an der Deckung zu verschaffen, in allen, auch den gruppenfremden Staaten vorhanden. Hirsch schildert die österreichische Reformbewegung von 1913 und die von Wieland mitunterstützten Bestrebungen zur Umgestaltung des schweizerischen Wechselrechts; hier und dort Bemühungen, die mit mehr oder weniger Recht sich auf die französische Provisionslehre berufen. Vor allem muß aber der Untersuchung über die Einwirkung des französischen Systems auf die deutsche Abspr. und Lehre unserer Interzesse gelten. Hirsch berichtet von den in der Vorkriegszeit wieder und wieder unternommenen Versuchen elsass-lothringischer Handelskreise, sich darauf zu berufen, „daß nach kaufmännischer Übung das in Frankreich herrschende System auch in Elsass-Lothringen gelte“ und daß man sich demgemäß mit der Begebung des Wechsels die Abtretung eines etwa im Deckungsverhältnis gegebenen Anspruchs als stillschweigend verbunden denken müsse. Die Handelskammer Straßburg bestätigt das Bestehen einer allgemeinen kaufmännischen Vorbestimmung in dieser Richtung; das OLG. Dolmar freilich sperrt sich gegen die Anerkennung stillschweigender Abtretung. Ebenfalls in Nachwirkung des französischen Rechts wird in Köln gelegentlich das Bestehen eines entsprechenden Handelsbrauchs behauptet. Und unabhängig davon, so entnehmen wir aus der umfassenden Materialforschung durch Hirsch, ereignet es sich, daß i. J. 1927 die Berliner Industrie- und Handelskammer das Gutachten abgibt: „Nach kaufmännischer Auffassung bedarf es bei Eingabe einer nicht akzeptierten Tratte, die auf einen Kunden bezogen ist, nicht noch einer Abtretung der Forderung gegen diesen Kunden an den Empfänger der Tratte“; ein Gutachten, das freilich lebhafte Widersprüche hervorgerufen hat (BankArch. XXVII, 29). Endlich kann Hirsch verweisen auf die Ziff. 15 des Musterexemplars der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Deutscher Banken und Bankiers: „Werden nicht-angenehme Wechsel an die Bank giriert, so gilt zugleich die der Ziehung zugrunde liegende Forderung gegen den Bezogenen als an die Bank abgetreten, ohne daß es einer besonderen Erklärung bedarf.“ Das Problem kommt also im deutschen Recht nicht völlig zur Ruhe, wenn auch kein Zweifel sein kann, daß wir bei der vorherrschenden in anderer Richtung gehenden Rechtsüberzeugung eine stillschweigende Abtretung des Deckungsanspruchs in aller Regel nicht annehmen dürfen: die Schwalben, die uns gelegentlich die französische Provisionslehre künden wollen, sind noch nicht zahlreich genug, um uns an einen Sommer dieser Lehre in Deutschland glauben zu lassen.

Aber sie können jedenfalls Anlaß sein, um die für die eine bzw. die andere Auffassung streitenden Gründe zu erörtern. Hirsch entzieht sich dieser Aufgabe nicht, und wir begrüßen es, daß er der hier vielfach herrschenden Phrasologie entgegentritt. Man pflegt zumeist die französische Auffassung als die intimere zu bezeichnen, als „das Wechselrecht des Bankiers für kleine Gewerbetreibende“, während das deutsche besser den Verhältnissen des Großen Geschäftsverkehrs entsprechen soll. Oder wie der von Hirsch zitierte Richter (BankArch. a. a. O.) unter Hinweis auf Sombart sagt: „Der Anschluß an die französische Rechtsauffassung wäre der Veruch der Rückkehr zu einer früheren Entwicklungsstufe. Dieser Versuch scheitert an ... der Tatsache, daß unser Wirtschaftsleben sich in ständiger hochkapitalistischer Durchzüchtung befindet.“ Solcher Anbetung hochkapitalistischer Wirtschaftsorganisation können wir nur den Wunsch entgegenlegen, zu nächster Interessenabwägung zurückzukehren, und in der Kritik begnügen wir uns mit Hirsch. Aber leider läßt es Hirsch bei dieser (gelegentlich an schriftsahnmäßige Widerlegung erinnernden) Kritik bewenden und kommt ohne ausreichende Erwägung des Für und Wider zu dem Satz: „Ich bin der Auffassung, daß es weder dem deutschen Wechselrecht noch der deutschen Wirtschaft schaden kann, wenn sich der Rechtsgedanke der provision in irgendeiner Weise auch im deutschen Recht durchsetzt.“ Ob dieses Urteil richtig ist, könnte man nur auf Grund einer genauen Prüfung der den typischen Fällen des Wechselverkehrs eigentümlichen Interessenlage feststellen. Für einen Fall möchten wir es zugeben: für den Fall der Diskontierung nicht akzeptierter Warenwechsel. Wenn der Verkäufer die Wechselsumme unter Abzug des Diskonts von der Bank bezahlt erhält und nun in Konkurs fällt, so ist zuzugeben, daß, weil wirtschaftlich der Kaufpreisanspruch schon zu Geld gemacht und der Erlös von dem Verkäufer schon empfangen ist, die Billigkeit dagegen spricht, diesen Anspruch noch in die Masse gehen zu lassen und der Bank nur ein Recht auf die Dividende zu geben. Aber wir fragen uns: ist dieser Fall ein typischer? Ist nicht gerade der Warenwechsel, wenn er zur Diskontierung gegeben wird, in aller Regel schon akzeptiert? Man wird das im allgemeinen bejahen müssen. Sicherlich gibt es Ausnahmen; aber in diesen Ausnahmefällen pflegen die Banken für besondere Sicherheiten zu sorgen. So beim Remboursgeschäft: die Bank holt sich erst das Akzept des überseeischen Käufers oder seiner Bank, indem sie ihnen gleichzeitig die Verschiffungspapiere aushändigt. Aber bis dahin ist die Bank durch ihr Pfandrecht an Kommolementen usw. gesichert. Als solches Sicherungsmittel kommt auch die ausdrückliche Abtretung des Kaufpreisanspruchs vor; dabei wird aber dann das Bestehen und die Güte der Forderung eingehend geprüft. — Wir können die Frage im Rahmen der Besprechung nicht endgültig lösen. Nur den Zweifel melden wir an, ob es nicht atypische Fälle sind, in denen bei der heutigen Ausgestaltung des Wechselverkehrs eine Annäherung an die französische Auffassung angemessen scheint und für die die (von der Deutschen Bank und Diskontogesellschaft nicht übernommene) Ziff. 15 der Musterfassungen den Banken eine Sicherheit geben will; nur den Zweifel, ob nicht Hirsch Betonung der inneren Berechtigung der französischen Lösung für die deutsche, auf der Grundlage der herrschenden Rechtsüberzeugung weiterhin konsolidierte Praxis über das Ziel hinauschießt.

Mit einer eingehenden Darstellung der international-privatrechtlichen Fragen bezüglich der provision schließt das Buch. Das Ergebnis, zu dem der Verf. kommt, deckt sich z. T. mit dem Inhalt des Genfer Abkommens über die kollisionsrechtlichen Normen (Art. 6), und die nähere Durchdenkung der Regelung verdient schon deshalb besondere Beachtung.

Der Leser legt das Buch nicht ohne mannigfache Belehrung aus der Hand.

Prof. Dr. Eugen Ulmer, Heidelberg.

Wirtschaftsrecht.

Arbeiten zum handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht.

Herausgegeben von Prof. Dr. Ernst Heymann, Berlin. Nr. 62.

Beiträge zum Wirtschaftsrecht. Herausgegeben von Prof.

Dr. Klaujng, Prof. Dr. Ripperdey, Prof. Dr. Ruffbaum.

2 Bände mit ausführlichem Sachregister. Marburg 1931.

N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung G. Braun. XII und

1453 Seiten. Preis 60 M.

In diesem, Ernst Heymann gewidmeten, mehr als 2000 S. umfassenden Beiträgen kommt die Entwicklung, die mit Niesenschriften die deutsche Rechtswissenschaft genommen hat, in eindringlicher Weise zum Ausdruck. Die Aufgabe des Staats hat sich vertauselt; er ist weit über seinen unmittelbaren Beruf, für „Ruhe und Ordnung“ zu sorgen, hinausgewachsen. Das Recht kann sich nicht mehr darauf beschränken, Beziehungen von Menschen untereinander zu ordnen und zu regeln. Längst ist neben die Aufgabe, das Leben des Menschen von der Geburt bis zum Tode mit dem Schutz des Rechts zu umgeben, die umfassendere getreten, das Recht in Beziehung zu setzen zu der Wirtschaft, welche ein be-

sonders spröder Stoff für jurist. Normierung ist. Eine neuartige Aufgabe, die wohl die größte Erzhornheit durch zwei Umstände erhält, weil einmal die Wirtschaft „eigenen Gesetzen“ folgt, Gesetzen, welche an und für sich noch keineswegs mit absoluter Klarheit entdeckt und festgestellt sind, und andererseits, weil auf diesem Weiland die Jahrtausende alte Erfahrung in der Rechtsetzung, welche auf anderen Gebieten zur Verfügung steht, fehlt. Die Fülle der natürlichen Schwierigkeiten, welche sich aus diesen beiden Tatsachen unumgänglich ergeben müssen, treten schon in dem ersten Beitrag zutage, den Klaußing über „Wirtschaftsrecht“ gibt; allein um Wesen und Funktionen des „Wirtschaftsrechts“ und des „Wirtschaftsrechtsbegriffs“ zu geben, ist eine Abhandlung von beinahe 90 S. nötig, von der man bei der Fülle der Gedankenkomplexe, die mit dem Anschneiden des Begriffs entstehen, keineswegs den Eindruck der Langatmigkeit, sondern konzentriertester Darstellung hat. Bd. I enthält neben dem zitierten einführenden und abgrenzenden Art. Beiträge allg. Art. Veräußerung und Durchschnittlichkeit im Recht, moderne Rechtswandlungen im Privatrecht, neue Grundbegriffe des Privatrechts und geschichtl. Beiträge. Rechtsinstitute, die schon vor Jahrhunderten typische Beziehungen zur Wirtschaft normierten, erfahren Spezialdarstellungen (Handelsrecht der Kreuzfahrstaaten, ältere Binnenschifffahrt, Hamb. Recht der Kaufmannsfrau, kanonisches Zinsverbot, Kündigungrecht seit ältester Zeit, Forköp im nordischen Recht, Fiskusregal im Deutschenordensgebiet, Rechtsgeschichte des Prager Buchdrucks). In 31 interessanten Beiträgen wird im 2. Bd. unter der Überschrift „Einzelfragen“ mitten in das moderne und modernste Wirtschaftsrecht eingetreten. Neben der Erörterung altbekannter und wichtiger Rechts- und Streitfragen wie „Publizitätsfunktion des Handelsregisters“, „stillischweigend bewirkte Vollmachten“, „Reichsgericht und Wechseltheorie“ kommen aktuelle, ja tagesaktuelle Themen zur Besprechung: „Sinnengeschäfte der Aktiengesellschaft“, „neuer Kohlenyndikatsvertrag“, „Miteigentum beim Sammeldepot“; sogar eine kurze Abhandlung über „die WZB. im Lichte des schweizerischen Rechts“ ist in dem Werk anzutreffen. Diese wenigen Stichproben geben ohne weiteren Hinweis ein Bild, welche vielfältigen, ungeheuerlichen Wirtschaftsprobleme dem neuen Recht zur Lösung aufgegeben sind, und zugleich die Überzeugung, daß dies Aufgaben sind, welchen die Rechtswissenschaft unmöglich ausweichen kann. Die Frage drängt sich auf — und ist mit der Stellung, und zwar negativ beantwortet —, ob es in der Kraft eines Menschen steht, das universum jus zu kennen und zu können. Die Notwendigkeit des Spezialistentums im Recht, welche zugleich eine Gefahr ist, liegt vor Augen. Jeder Rechtsbesitzende und jeder Rechtskundige, jeder Rechtsanwalt, jeder Richter, jeder Verwaltungsjurist wird aber, wenn er seiner Lebensaufgabe gerecht werden will, sich zum mindesten die Grundlagen verschaffen müssen, um gleichermaßen, wie in das Zivil- und öffentl. Recht, so auch in das Wirtschaftsrecht einbringen zu können. Volkswirtschaftslehre und Rechtswissenschaft befassen sich beide mit der Frage: Wie verhalten sich Sein und Sollen zueinander? Wirtschaftsrecht wird derjenige treiben können, der beides — Recht und Wirtschaft — zu erkennen bemüht ist. Kein Zweifel, daß aus diesem Werk jeder Leser reiche Anregung im allg. und außerordentliche Bereicherung seines Wissens auf dem Spezialgebiet ziehen wird.

Wirt. Wirtschaftsminister Dr. Reinhold Maier, Stuttgart.

Betriebs- und finanzwirtschaftliche Forschungen. Herausgegeben von Prof. Dr. Schmidt. II. Serie. Heft 56: Der Gründungsplan von Dr. Johann-Dietrich Auffermann. Heft 58: Das Liquiditätsproblem von Dr. Gustav Zentner. Heft 59: Industrielle Normalerfolgsrechnung von Dr. Walter Trautmann.

Die Betriebswirtschaftslehre ist eine junge Wissenschaft. Sie ist durch die Arbeiten einer Reihe von wissenschaftlichem Geiste erfüllter fährender Männer mächtig gefördert worden. Es galt hier, Neuland zu erobern. Für den Juristen, der sich diesem nähert, bestehen besondere Schwierigkeiten. Er kommt auch mit den ihm vertrauten Begriffen der Volkswirtschaft nicht aus. Er sieht hier die Privatwirtschaft in ihrer lebendigen Äußerung. Betriebe werden errichtet. Sie sollen Gewinn bringen. Sie unterstehen ihren eigenen Gesetzen. Diese herauszuarbeiten, ist Sache der betriebswirtschaftlichen Forschung. Ihr dienen auch die vorstehend verzeichneten, offenbar aus der Schule von F. Schmidt stammenden Arbeiten. Der „Gründungsplan“ Auffermanns hat mit der der Rechtssprache geläufigen Gründung einer Gewerkschaft nichts zu tun. Er bespricht die Voraussetzungen der Wirtschaftlichkeit eines jeden Unternehmens. Der Jurist mag hieraus Belehrung schöpfen, wenn er als Berater neben der Auskunft über die Rechtsfragen sich auch über die Aussichten einer Gründung äußern soll. Das Problem der Liquidität untersucht Zentner. Eine Lektüre, allen Rechtsanwältinnen, die in Aufsichtsräten sitzen, zu empfehlen. Sie werden vieles finden, was sie aus ihrer Praxis wissen. Mander Gesichtspunkt wird ihnen neu sein. Die Lehre von den stillen Reserven ermöglicht ihre Beleuchtung von betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten

aus (159). Wieder auf einem anderen Gebiete wird Trautmanns „Industrielle Erfolgsrechnung“ den Juristen dienen können. Sein Studium wird sie freilich nicht in den Stand setzen, eine Prüfung eines Geschäfts vorzunehmen. In das Rechnungswesen muß man praktisch hineingewachsen sein. Aber wer sich mit den aus den Arbeiten der führenden Köpfe der Betriebswissenschaft geschöpften Ideen, die Trautmann wieder gibt, vertraut gemacht hat, der wird die ihm vorgelegten Erfolgsberechnungen, für vergangene Perioden wie für die zukünftigen, verstehen lernen. Leicht ist es freilich auch für den wirtschaftlich geschulten Juristen nicht, sich in die Gedankengänge des betrieblichen Rechnungswesens einzuleben. Die heutige Zeit verlangt aber die Ausbildung auch nach dieser Richtung. Namentlich den Rechtsanwältinnen gilt diese Mahnung. Beide Disziplinen müssen voneinander annehmen.

W. Dr. Dr. Max Sackenburg, Mannheim.

Dr. Kurt Jeserich, Diplomvolkswirt: Der Volkswirt in der Praxis. Berlin 1931. Verlag Junfer & Dünhaupt. 160 Seiten Preis 8,50 M.

Das Werk eröffnet eine Schriftenreihe des Reichsbundes Deutscher Diplomvolkswirte e. V. und stellt sich die Aufgabe, einen Einblick in die Vielgestaltigkeit des Berufskreises der Volkswirte zu geben. Das Ziel wird dadurch erreicht, daß in neun Einzelaufträgen hervorragende Sachkenner die hauptsächlichen Berufskreise des Volkswirts eingehend behandeln. Dem ausgezeichneten Werk muß nachgerühmt werden, daß ungeachtet dieser Stoffaufteilung Einheit und Totalität gewahrt sind. Jede Einzelaufhandlung gibt bei gedrängter Kürze ein scharf gezeichnetes Bild der vielfältigen Berufsaufgaben und der Wege zur ihrer Erfüllung. Der praktische Wert des Buches besteht wesentlich darin, dem künftigen Volkswirt Aufklärung zu schaffen über die zur Erreichung eines praktischen Berufs gegebenen Möglichkeiten, über die sich bietenden Aussichten und die Vorbedingungen in der theoretischen und praktischen Ausbildung; es sei daher den akademischen Lehrern empfohlen, alle Studierenden auf dieses Werk hinzuweisen. Weiterhin ist das Buch als ein wichtiger Beitrag zur Ausbildungsliteratur zu werten, es enthält insbes., wenn es auch andere Wege einschlägt, eine Fortsetzung der Probleme des Buches „Staatsreferendar und Staatsassessor“, Jena 1927, Verlag G. Fischer (vgl. hierzu Ernst Wolff, Drows und Steuer: JW. 1928, 15 ff.).

Von einem „Volkswirt“ (oder richtiger „Diplomvolkswirt“) kann man sprechen seit der W. v. 8. Febr. 1923, welche dem Studium der Nationalökonomie durch Einführung der Diplomprüfung für Volkswirte festen Halt gegeben hat. Eine andere Frage ist, ob der Volkswirt ein Beruf oder Berufsstand im soziologischen Sinn ist. Die Eigenart der Verhältnisse besteht darin, daß dem Diplomvolkswirt nicht ein einheitlicher Beruf, oder wie bei dem Juristen eine engbegrenzte Zahl verwandter Berufszuppen entspricht, daß sich vielmehr ein weites Feld der verschiedenartigsten Berufsmöglichkeiten eröffnet (Jeserich S. 20 ff. führt in einem gegliederten Katalog über 45 Tätigkeitsgebiete auf). Die Praxis zeigt, daß bei Auswahl einer dieser Berufe die Bezeichnung „Volkswirt“ erst wird durch eine andere den speziellen Beruf kennzeichnende, meist höher zu bewertende Bezeichnung, so daß die Bezeichnung „Volkswirt“ eigentlich nur eine subsidiäre Funktion ausübt und wesentlich die durch eine Staatsprüfung erlangte Befähigung für einen praktischen Beruf ausweist, eine Aufgabe, die vor Einführung des Diplomvolkswirts die Promovierung zum Doktor der Nationalökonomie hilfsweise übernahm, während nunmehr die Doktorprüfung auf ihren rein wissenschaftlichen Charakter zurückgeführt ist. Die Ausstrahlung des Volkswirts in die mannigfachen Sonderberufe hat naturgemäß zur Folge, daß die Bildung und erfolgreiche Arbeit einer Standesorganisation ungemein erschwert ist (Jeserich S. 19); die hiermit verbundenen Elemente — Gestaltung eines einheitlichen Standes, einer Standesauffassung und Standesdisziplin (Ehrengerichtbarkeit) — sind nur schwach entwickelt, oder richtiger gesagt, überhaupt noch nicht vorhanden; damit eröffnet sich für die bereits bestehenden Organisationen (aber auch hier herrscht noch Zerplitterung) ein ebenso reiches wie schwieriges Arbeitsfeld.

Ein wichtiges Problem ist ferner die Abgrenzung des Volkswirts von den Nachbarberufen. Der Volkswirt in Reinkultur zeigt sich nur noch in dem wissenschaftlichen Berufszweig (Fischer und Lehner), sowie in einzelnen Sonderberufen der Praxis, deren Natur sich auf das Stoffgebiet der Nationalökonomie beschränkt (Statistiker, Journalist). Im übrigen hat die Praxis ergeben, daß ein Übergreifen auf Nachbarberufe unvermeidlich ist, nach der einen Richtung auf den Diplomkaufmann (Betriebswissenschaft), nach dem anderen auf den Juristen, wobei die letztere Grenzüberschreitung von besonderer Bedeutung ist; auf diese Probleme geht insbes. Tiburtius (S. 83 ff.) ein. Die aus der Praxis sich ergebende Notwendigkeit, daß auch der tätige Volkswirt in hohem Maß juristische Kenntnisse besitzen muß, hat zu verschiedenen Lösungsvorschlägen geführt. In dem oben genannten Werk „Staatsreferendar und Staatsassessor“ wird der Versuch unternommen, den Beruf des Juristen und Volkswirts hinsichtlich Ausbildung und Prüfung einheitlich zu gestalten und aus diesem auf einheitlicher Grundlage vorgebildeten Typ die verschiedenen Berufe des Juristen und Volkswirts im späteren Ver-

lauf der praktischen Betätigung zu spalten. Dieser Lösung kam das Bedürfnis entgegen, auch den bisherigen Typ des Juristen als selbstständigen Kenner des Rechts zu wandeln und ihm die im heutigen Zeitalter des Wirtschaftsstaates unbedingt gebotene Kenntnis aller Wirtschaftstatistiken zu verschaffen. Es ist bekannt, daß die Wandlung des Juristen — sei er Richter oder Anwalt — Augenblicksproblem und Lebensfrage ist. Die Frage der Zweiteilung des Anwalts (Geschäftsanwalt) mag in dieser Richtung als bedeutsames Symptom gewertet werden (vgl. auch Zeffen: *JW.* 1931, 200). Daß gerade die letzten Zeitergebnisse die Notwendigkeit dieser Standesbestrebungen klar erweisen, bedarf keiner weiteren Ausführung; welcher Jurist wäre imstande, eine richtige Auslegung und Anwendung der jüngsten *NotW.* zu treffen ohne genaue Kenntnis der zugrunde liegenden Wirtschaftstatistiken (Währungs- und Kreditfragen)? Auf der anderen Seite ist einer der wesentlichen Punkte in der Neuordnung des volkswirtschaftlichen Studiums die stärkere Berücksichtigung der Rechtswissenschaft (Zeserich S. 7 ff.). Ein Vergleich des juristischen und volkswirtschaftlichen Studiums ergibt, daß die Wissensgebiete, auch soweit sie von den Prüfungsordnungen erfasst werden, auf weiten Strecken übereinstimmen und daß nur eine Akzentverschiebung für den einen oder anderen Charakter ausschlaggebend ist. Eine weitere Frage ist, ob ein Unterschied beider Berufe aus dem Zweck der Tätigkeit abzuleiten ist. Hierauf geht vor allem Tiburtius (S. 83 ff.) ein, indem er eine unterschiedliche Denkmethode beider Berufe feststellt: Aufgabe des Volkswirts ist es, zu wirtschaften, insbes. wirtschaftliche Ziele aufzuweisen, die wesentlich durch das Verhältnis vom Aufwand zum Ertrag bedingt sind, während es dem Juristen, soweit er sich auf gleichem Felde bewegt, obliegt, die von dem Volkswirt ersuchten Ziele auszuwerten und die für die Erreichung des wirtschaftlichen Ziels entsprechende Form zu gestalten; Beispiel ist die Abfassung von Gesetzesentwürfen oder von Vertragsentwürfen, welche die von dem Volkswirt ermittelten Zwecke regeln sollen. Geht man von dieser zweifellos richtigen Erkenntnis aus, so ergibt sich als ideale Forderung ein harmonisches Zusammenarbeiten von Volkswirt und Jurist, indem jeder die aus seinem Wissensgebiet und aus seiner Denkmethode sich ergebenden Substrate beiträgt und im Wege der Kooperation mit dem Nachbar spezialisten die vom Auftraggeber im weitesten Sinn geforderte Arbeit leistet. Das Buch liefert zahlreiche Beispiele, in denen diese Zusammenarbeit tatsächlich als Lösung und Ziel auf der Hand liegt, insbes. wo die Größe des Arbeitsraums die Anstellung mehrerer Spezialisten zuläßt, z. B. in der kommunalen Verwaltung, in der wirtschaftlichen Selbstverwaltung (Handelskammer usw.), in der Tätigkeit der großen Verbände und Privatunternehmungen größten Stils. Die Frage, ob der Volkswirt oder Jurist den Vorzug verdient, die übrigens in allen Einzelaufsätzen mehr oder weniger scharf beleuchtet wird, gewinnt erst dann entscheidende Bedeutung, wenn in einem Betrieb nur eine Kraft benötigt wird. Die Erfahrung hat gezeigt, daß bislang der Jurist sich zum mindesten als Kernproblem des Volkswirts: Die Ausbildung des Volkswirts leidet an dem Mangel, daß sie mit dem Abschluß des theoretischen Studiums auf der Universtität und Ablegung der Diplomprüfung beendet und eine dem Justizreferendariat entsprechende praktische Ausbildung nicht vorhanden ist. Solange diese Regelung auf gesetzlichem Wege fehlt, ist die volle Auswirkung des Volkswirts auf dem ihm entsprechenden Arbeitsfeld kaum durchführbar. Das Ziel der praktischen Ausbildung besteht darin, das auf der Universtität erworbene theoretische Wissen auf das praktische Leben selbst anzuwenden, also die bisherige Arbeitsweise völlig umzuformen auf eine zweckbewußt orientierte Tätigkeit. Die Überlegenheit des Juristen, der die zweite Staatsprüfung bestanden hat, ist dadurch gesichert; sie wird auch dadurch nicht gemindert, daß ein neues Arbeitsfeld von ihm die Erwerbung von Spezialkenntnissen — auch auf wirtschaftlichem Gebiet — verlangt, die er bislang nicht besessen hat; dieser Mangel kann nicht allzu schwer wiegen, weil überhaupt jeder, der an einen bestimmten Beruf herantritt, dem Zwang unterliegt, sein bisheriges Wissen — sei es im Lauf der Arbeitsbetätigung oder durch ein Nachstudium irgendwelcher Art — zu ergänzen und zu spezialisieren. Das Wesentliche bleibt aber, daß die Umformung der bisher auf ein theoretisches Studium gerichteten Arbeitsweise und die Freilegung bisher nicht entwickelter Fähigkeiten und innerer Kraftquellen nur durch gründliche Übung erreicht werden kann. Die Betätigung in der Praxis verlangt außer dem Wissensvorrat die Fähigkeit, eine Sache praktisch anzufassen und durch Formgestaltung dem Zwecke zuzuführen. Als Beispiele seien genannt: Das richtige Erfassen eines Gesetzesinhalts (Studium eines Kommentars), die Formulierung von Gesetzesvorschlägen, die Kunst, Verträge auszulegen oder abzufassen; in diesen Dingen, die im praktischen Leben auf allen Gebieten von überragender Bedeutung sind, scheint mir der Jurist — nicht nur auf Grund seines Spezialwissens, sondern seiner geschulten Technik — im Vorrang zu sein. Von allen Verf. wird daher als Vordergrundproblem die gesetzliche Einföhrung des Wirtschaftsreferendariats behandelt. Zeserich (S. 22 ff.) und auch die anderen Verf. kommen ferner zu dem Ergebnis, daß, solange eine gesetzliche Regelung noch nicht besteht, das Wirtschaftsreferendariat im Wege der Selbsthilfe eingerichtet werden muß. Die hiermit verbundenen Schwierigkeiten liegen auf der Hand. In Zeiten wirtschaftlicher Not wird jeder Annärter, der die Univer-

itätsprüfung bestanden hat, das natürliche Bestreben haben, möglichst schnell zu einem Broterwerb zu gelangen und kaum die Überwindung aufbringen, im Interesse einer praktischen Ausbildung weitere Entschlüssen auf sich zu nehmen. Eine weitere Gefahr, auf die Most (S. 73) mit Recht hinweist, besteht darin, daß von vornherein zu früh und allzu sehr spezialisiert wird, wenn der Diplomvolkswirt sich sofort einem bestimmten Beruf zuwendet. Ansätze der Selbsthilfe sind zweifellos vorhanden, insbes. in der kommunalen Verwaltung; aber auch in der Handelskammer- und Verbandsstätigkeit hat sich die Erscheinung des „Informatorikers“ durchgesetzt, weil der Eingang zu diesen begehrten Posten nur nach Erledigung einer praktischen Ausbildungszeit frei ist. Erleichtert würde die Selbsthilfe dadurch, daß es gelingt, eine wenn auch geringe Dotierung (Aufwandsentschädigung) herauszuholen. Wenn aus diesen Gründen der Jurist nach bestandener zweiter Staatsprüfung Kraft besserer Ausbildung in einer bevorzugten Lage ist, so scheint es unfruchtbar und zwecklos, weitere Vergleiche anzustellen; hierüber entscheidet nur das Leben selbst, der Auftraggeber, der sich die beste Kraft aussucht, und der Bewerber, der sich durch seine allgemeinen Gaben und seine Tüchtigkeit den Vorrang sichert. Es ist immer so gewesen und wird auch künftig so sein, daß bei Beurteilung der Berufsaussichten und des natürlichen Wettbewerbs die Persönlichkeit selbst einen hervorragenden Anteil am Erfolg trägt. Wir Anwälte müssen dankbar anerkennen, daß das Buch zur Reinigung der Atmosphäre beiträgt und den Gedanken vertieft, daß angesichts der nahen Grenze und Überschneidung beider Berufe jede Unsaftlichkeit oder gar Überhebung als unwürdig auszuschalten ist.

Die Einzelaufsätze geben zu folgenden kurzen Bemerkungen Anlaß:

Zeserich, Studium und Berufsausbildung des Volkswirts S. 1 ff. Der Aufsatz gibt einen Überblick über die Entwicklung des volkswirtschaftlichen Studiums und über die wesentlichen Reformfragen in der Ausbildung (Prüfungsfächer, Wirtschaftsreferendar).

Schneider, Der Volkswirt in der Reichs- und Staatsverwaltung S. 30 ff. Verf. geht davon aus, daß der Staat mehr als bisher in das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte eingreift und daher der Volkswirt als Wirtschaftsfachbeamter nicht zu entbehren sei. Er gibt allerdings zu, daß bisher Fehler gemacht seien, indem man Volkswirte in Massen auf die Wirtschaft losgelassen habe; es müsse daher eingehend untersucht werden, in welchem Umfang der Volkswirt als organisches Glied in den gesamten Aufbau der Verwaltungsorganisation eingegliedert werden könne (S. 36).

Meher, Der Volkswirt in der kommunalen Selbstverwaltung S. 37 ff. Der Verf. zeichnet ein klares Bild des Aufgabenkreises einer Kommunalverwaltung und führt aus, daß die Funktion der Gemeinden als Wirtschaftskörper immer deutlicher werde und daher volkswirtschaftlicher Weitblick und finanzwirtschaftliche Kenntnis zum Rüstzeug eines Kommunalbeamten gehören. Das wird veranschaulicht an allen einzelnen Zweigen einer Verwaltungstätigkeit (Wohlfahrtspflege, Arbeitsbeschaffung, Gesundheitsfürsorge, Bau- und Wohnungspolitik, Bodenpolitik, Verkehrspflege, Gas-, Wasser-, Elektrizitätswerke usw.). Wenn bislang das Verhältnis des Volkswirts zum Juristen 1:4 betrage, so wird eine weitergehende Berücksichtigung des Volkswirts gefordert. Verf. hält allerdings Änderungen im Studiengang und in der praktischen Ausbildung für geboten. Vorgeschlagen wird ein kommunales Ergänzungstudium (S. 48 ff.) (Kommunalwissenschaftliches Institut der Universtität Berlin), ferner eine geregelte freiwillige informatorische Beschäftigung (Vereinheiligung des praktischen Ausbildungsganges) (S. 51 ff.).

Most, Der Volkswirt in der Selbstverwaltung der Wirtschaft S. 53 ff. Der Verf. schildert ebenso knapp wie anschaulich die Einrichtung und den Apparat einer Handelskammer (beschl. Handwerks- und Landwirtschaftskammer), insbes. die Vielgestaltigkeit des Geschäftskreises; Musterbeispiel ist die Organisation der großen Handelskammer Duisburg-Wesel, die der Verf. aus eigener Tätigkeit kennt. Die Fülle der Wirkungsmöglichkeiten ist Ausgangspunkt für die Frage der Ausbildung der Geschäftsführer. Auch auf diesem Gebiet sind in erheblichem Ausmaß Juristen tätig, in dem letzten Jahrzehnt hat sich sogar der Juristenanteil gegenüber der Quote der Volkswirte verstärkt. Hieraus leitet Most die Forderung ab, daß die Vorbildung der Volkswirte, insbes. die praktische Schulung im Wirtschaftsleben verstärkt wird.

Tiburtius, Der Volkswirt als Verbandsgeschäftsführer S. 75 ff. Auch hier wird vorangeschickt ein ausgezeichnete Überblick über Aufgabe und Entwicklung der Wirtschaftsverbände seit 1914, über die innere Gliederung der Verbandsarbeit sowie über die Aufgaben der „Referenten“ in den Verbänden. Sehr beachtlich sind die Ausführungen über den Unterschied des Juristen und Volkswirts (S. 83), sowie über die Ausbildungsfragen. Die Einrichtung des Wirtschaftsreferendariats wird als dringende Forderung bezeichnet. In diesem Aufsatz hätte man gern etwas erfahren über die organisatorischen Zustände bei den Gewerkschaften und über den Anteil des Akademikers auf diesem Berufsfeld.

Wrobowski, Der Volkswirt als Unternehmer S. 94 ff. Der Verf. schildert mit großer, aus der Praxis

gewonnener Anschaulichkeit den Aufgabenkreis eines Unternehmensyndikus. Vornehmlichste Aufgabe ist, die rechtlichen Interessen eines Betriebs zu wahren: Mitwirkung bei Verhandlungen, Abschluß von Verträgen, selbständige Führung von Prozessen am AG. (Eintreibung der Außenstände, wobei empfohlen wird, auf dem Bestellschein die ausschließliche sachliche und örtliche Zuständigkeit vor einem AG. vorzusetzen! S. 98), Information des Anwalts in allen anderen Prozessen, Mitarbeit bei Fusionen und Regelung der Gesellschaftsformen, Bearbeitung aller Steuerfragen, aller Zollfragen, Verkehr mit Behörden (Polizei, FinA., Magistrat usw.), Bearbeitung aller arbeitsrechtlichen Fragen (ArbG., Schlichtungsausschuß, Verkehr mit Betriebsrat), ferner aller Fragen auf dem Gebiet der Sozialversicherung, des Arbeitsschutzes usw., Verwaltung der Grundstücke (Hauszinssteuer, Mieterschutz), Bearbeitung des Versicherungswesens (Schadensregulierung). Dem steht gegenüber die wirtschaftliche Beratung des Unternehmers (Konjunkturbeobachtung, Betriebsstatistik, Verkehr mit den Wirtschaftsverbänden). Der Verf. gibt zu, daß diese Tätigkeit wirtschaftliche und juristische Vorbildung voraussetzt und daß der Volkswirt jedenfalls früher gegenüber dem Juristen ins Hintertreffen geraten sei, solange das Universitätsstudium noch nicht die Kenntnisse des Rechts, vor allem des Wirtschaftsrechts vermittelt. Aus den Ausführungen des Verf. scheint mir indes hervorzugehen, daß gerade auf diesem Feld der praktische Jurist die bessere Schulung und Eignung aufzuweisen hat.

Schumann, *Der Volkswirt als Statistiker* S. 113 ff. Windisch, *Der Volkswirt als Journalist* S. 133 ff. Auch diese beiden Abhandlungen geben einen vortrefflichen Überblick über die Problemlage. Hier handelt es sich um Spezialberufe, in denen der Volkswirt seine wirtschaftlichen Kenntnisse reiflos zur Geltung bringen kann und das juristische Element des Volkswirts fast völlig in den Hintergrund tritt. Interessant ist, daß auf dem Gebiet des Zeitungswesens der Volkswirt im Vormarsch begriffen ist gegenüber dem früher hervorragenden Typ des Historikers oder gar des Philosophen (politischer Redakteur), eine Entwicklung, die der Anpassung des Journalisten an das heutige Wirtschaftszeitalter sicherlich entspricht.

Korfanke, *Der Volkswirt als Wirtschafts- und Steuerfachverständiger*. Auf diesem Feld steht der Volkswirt zwischen zwei Feuern, dem Betriebswirtschaftler (Diplomkaufmann) und dem Juristen (Anwalt). Der Verf. verkennt nicht die Gefahr, daß der Volkswirt auf Nachbargebieten tätig wird, die anderen Berufsgruppen vorbehalten bleiben müssen; eine Konkurrenz dieser drei Berufsarten wird daher nicht zu vermeiden sein (S. 145, 146). Als Spezialaufgaben des Volkswirts werden behandelt die Wirtschaftsprüfung (Bilanzprüfung, Begutachtung der Liquidität, Kalkulation und Rentabilität, Wirtschaftsfachverständiger), wissenschaftliche Steuerberatung, Betriebsorganisation (Finanz-Betriebsbuchhaltung, Rationalisierung), finanzwirtschaftliche Beratung (Gründungen, Fusionen, Sanierungen — bei Verträgen Hand-in-Hand-Arbeiten mit einem Notar), Treuhändertätigkeit, Konkursverwaltung, Vertrauensperson im Vergleichsverfahren. M. E. ist auf diesem Berufsfeld die Grenze des Volkswirts erreicht. Soweit es sich nicht um rein juristische Betätigungen handelt, wird der Betriebswirtschaftler, den man allerdings wohl als Spezialfall des Volkswirts bezeichnen kann, infolge seiner Sonderausbildung (Handelshochschule, Treuhänderseminar) bessere Berufsgrundlagen aufzuweisen haben. Die neuerlichen Berufsbefreiungen des „Wirtschaftsprüfers“ werden nur kurz gestreift.

Alles in allem: ein gedankenreiches, überaus anregendes Werk, welches dem Herausgeber und der Landesorganisation der Diplomvolkswirte zur Ehre gereicht.

RA. Paul Jessen, Kiel.

Dr. Alfred Isaac, Professor der Betriebswirtschaftslehre, Nürnberg: *Der Industriebetrieb*. (Band 9 des Grundrisses der Betriebswirtschaftslehre.) Leipzig 1930. G. A. Gloeckner. Gr. 8°. XII, 224 S. Preis 15,20 M.

Die Arbeit stellt eine repräsentative Erscheinung aus dem Gebiet der Gesamtdarstellungen der industriellen Betriebswirtschaftslehre dar. Isaac selber rechnet in diese Klasse die Arbeiten von Calmes, Kurt Reichel als die der kaufmännischen Richtung angehörigen und die Arbeit von Heidebroek und Karl Wilhelm Hennig aus der werktechnischen Sphäre.

Isaac behandelt in eingehender, hier und da sehr weit vorgedehnter Gliederung, bei diszipliniertem, klarer Darstellung alle Gebiete der Industriebetriebs-Wirtschaftslehre, gleich den vorgenannten Autoren aus eigener Erfahrung, und zwar als Betriebswirtschaftler vom kaufmännischen Gesichtspunkt her gesehen. Damit ist gleichzeitig gesagt, daß der Verf. sich eine einheitliche Problemstellung zum Ziel gesteckt hat und volkswirtschaftlichen und sozialpolitischen Fragen aus dem Wege geht. Ihm kommt es auf eine allgemeine Darstellung des rationalen Betriebsablaufes des Produktionsprozesses an, wobei der Anschluß an technische Probleme nicht gemieden wird. Dem Werke gereicht es zweifellos zum Vorteil, daß sein Verf. keiner Spielerei mit fremden und eigenen Theorien zum Opfer gefallen ist,

nirgends eine Überheblichkeit sich zeigt, wo er als erster ein neues Problem sieht und zu lösen versucht. Ehrlich bekennt er bei anderen Problemen, wie es gute wissenschaftliche Tradition fordert, wenn schon vor ihm ein Problemlöser oder Problemlöser auf gleicher Höhe vorgestoßen ist. Nirgends wird er leicht oder journalistisch-populär. Gut beobachtet hat Isaac den industriellen Umstellungsprozess (S. 59 ff.). Vorbildlich ist er in der Projektierung der Probleme aus der allgemeinen Betriebswirtschaftslehre auf die industrielle, so vor allem in dem Kapitel Betriebspolitik. Nützliche Kenntnisse arbeitet er in seiner Darstellung über die Preispolitik heraus. In der kalkulationsbezogenen Bewertung folgt er dem Verfechter des Wiederbeschaffungswertes, seinem Lehrer Fritz Schmidt. Isaac wendet also diese Wertkategorie richtig an. Dort, wo er in der Literatur keine Ergiebigkeit in der Behandlung der Verluste als Kosten sieht (S. 175), deckt er eine terra incognita auf. Verf. dieser Zeilen hat in seiner Arbeit „Die Abschreibung vom Standpunkt der Unternehmung“ einige solcher Fragen erörtert, soweit sein Problembereich dies notwendig erscheinen ließ. Auf S. 17 spricht Isaac von dem Betriebsmotiven. Er belegt die Gemeinnützigkeit als Betriebsursache mit dem Beispiel der Wasserwerke, die von Kommunen betrieben werden. Bei der großen Finanznot der Gemeinden haben die Wasserwerke aber längst aufgehört, gemeinnützig geführt zu werden, vielmehr müssen sie hohe Gewinne abwerfen. Sieht aber Isaac kommunales (öffentliches) Gewinnstreben schon an sich als gemeinnützig an, dann ist die Beispielsgebung richtig.

Alles in allem hat uns Isaac in dem vorliegenden Band eine vortreffliche Bearbeitung des Industriebetriebs gegeben.

Prof. Dr. Großmann, Leipzig.

Dr. Berthold Joseph, a. o. Professor an der Universität Jena: *Wirtschaft, Nationalismus, Mensch. Intellektualisierung und Technisierung der Wirtschaftsprozesse in ihren Auswirkungen auf den in der Wirtschaft tätigen Menschen und seine Erziehung*. Leipzig 1931. G. A. Gloeckner's Verlagsbuchhandlung. Preis 4,20 M.

Dr. Gerhard Weintraud: *Die Saldotheorie*. Ein Beitrag zur Lehre vom Gegenstand des Bereicherungsanspruchs. 45. Heft der Studien z. Erl. d. bürgerl. Rechts von Leonhard. Berlin 1931. Preis 6 M.

Ein Erstlingswerk von großem juristischen Verständnis und reichem Inhalt, das insbes. für die Lehre vom Wegfall der Bereicherung volle Beachtung verdient! Die Schrift ist, wie mir persönlich bekannt, aus der Praxis geboren (vgl. NW. Frankfurt S. 77). Sie bietet aber auch dem Theoretiker in ihrer besonders tiefgründigen Art der Behandlung des oft spröden Stoffes eine Fülle von Anregungen, und die Lektüre wird durch anschauliche Darstellung (s. z. B. die Erläuterung an Hand geschichtl. gewählter Beispiele S. 83 ff.) und die glückliche und originelle Einteilung sehr erleichtert.

Auch für den Praktiker dürfte die Schrift ein wertvolles Hilfsmittel bilden. Durch die übersichtliche Darstellung der Abspr. (§ 6) und des Schrifttums (§ 10), sowie durch die scharf durchgeführte Zusammenfassung der verschiedenen Gruppen der möglichen Fälle bietet sie einen sehr erwünschten Wegweiser in der sonst unübersichtbaren Fülle des Stoffes (vgl. auch die Besprechung anderweitiger, geistlicher Verweisungen, S. 115).

Als besonders wertvoll erscheint auch die Heranziehung und angemessene Würdigung des einschlägigen ausländischen Rechts. Ich verweise auf die Kapitel: Wegfall der Bereicherung in fremden Rechten (§ 3) und die Gegenüberstellung der Saldotheorie mit den Lösungen fremder Rechtsordnungen (§ 12). Auch manche prozessuale Probleme (Zug- um Zugurteil, S. 24, das Rechtskraftproblem bei Geltendmachung nach rechtskräftigem Urteil S. 27, und die Rechtskraft im Licht der Saldo- und Zweikonditionstheorie¹⁾ S. 135, Hauptungs- und Beweislast, S. 132) werden gestreift oder eingehender erörtert.

Der ins Wirtschaftliche gerichtete Blick zeigt sich auch bei der Ausgestaltung der eigenen Theorie (§ 8 V), und ich kann dem Verf. nur beitreten, wenn er betont: „Die Rechtswissenschaft kann nicht alle Begriffe, die in den gesetzlichen Tatbeständen vorkommen, selbst erschaffen; sie muß Begriffe aus den zu regelnden Lebensgebieten und den diese behandelnden Wissenschaften übernehmen.“ Er lehnt deshalb u. a. auch die Analogie aus § 122 Abs. 2 BGB, ab (S. 74) und kommt, nachdem er in scharfsinniger, die Theorie weiterführender Untersuchung ihre Anwendung auch auf Fälle, für die sie bisher überwiegend abgelehnt wurde (Gruppe C, S. 78), bejaht und sich in dem theoretisch interessantesten Teil (S. 92 ff.) mit den Gegnern auseinandergesetzt hat, auch zur Prüfung vom Standpunkt der Billigkeit (§ 11). Dies ist bei einer Lehre, die „selbst zugibt, außerhalb des

¹⁾ Letztere wird jüngst vertreten von A. Herzfeld in „Saldotheorie oder Zweikonditionentheorie“, Rdn 1930.

geschriebenen Rechts zu stehen", sehr zu begrüßen. Jedoch lehnt Verf. zu Beginn (S. 14) die Verquickung moralischer Fragen mit Fragen des Kausalzusammenhangs ab.

Bei der Fülle eigener Gedanken wird man eine vielleicht nicht immer unmittelbar gebotene Kritik an den Erkenntnissen des höchsten Gerichtshofes dem jugendlichen Verf. nicht verübeln, wenngleich der Mut zu eigener Meinung jede Anerkennung verdient.

Reichsgerichtsrat Dr. Brandis, Leipzig.

Formularbuch der Wirtschaft. I.: Allgemeine Lieferungsbedingungen der Industrie, des Handwerks und der öffentlichen Hand. Eine Sammlung herausgegeben von **F. A. Müllererfert**, Privatdozent an der Technischen Hochschule Berlin. Berlin 1932. Carl Heymanns Verlag. 315 Seiten.

Diese dankenswerte Sammlung gibt den Text von 152 in der Wirtschaft verwandten Formularen allgemeiner Lieferungsbedingungen wieder. Der Verf. hat sie in erster Linie zur Einführung der Studenten technischer Hochschulen in die Rechtsstatistiken zusammengestellt. Darüber hinaus ist das Buch aber auch als Hilfsmittel für Praxis und Wissenschaft recht bedeutsam: dem Kartelljuristen gibt es wertvolle Hinweise für die Anfertigung von Vertragsentwürfen, dem Wissenschaftler vermittelt sie Anschauung des lebenden Rechts. Gerade im Hinblick auf die beiden zuletzt erwähnten Verwendungsmöglichkeiten des Werkes wird das Fehlen jeglicher Register sehr vermist; es ist dringend zu wünschen, daß einem der nach dem Titelblatt in Aussicht genommenen Fortsetzungsbände des Formularbuches der Wirtschaft eingehende Register beigelegt werden, mit deren Hilfe schnell die Regelung einer bestimmten Frage in verschiedenen Formularen überprüft werden kann. Solch technisches Beiwerk hätte gewiß größeren Wert als die in der Einleitung enthaltenen, z. T. ansichtbaren allgemeinen Bemerkungen über die Lieferungsbedingungen als Rechtsstatistiken.

D. S.

Kartellrecht.

Müller: Die rechtliche Struktur der Kartellgerichte und Probleme der Quotenübertragung. Eine wirtschaftliche Studie. Leipzig 1932. Verlag Hans Buxte. Preis 3 M.

Privatdozent Dr. jur. Dr. phil. **Arnold Wolfers:** Das Kartellproblem im Lichte der deutschen Kartellliteratur. (2. Teil von „Das Kartellproblem. Beiträge zu Theorie und Praxis“, herausgegeben von Emil Lederer. Schrift des Verein für Sozialpolitik Bd. 180.) München 1931. Duncker & Humblot. 170 Seiten. Preis geh. 7,50 M.

Verf. legt hier die überhaupt erste Übersicht über die deutsche Kartellliteratur seit ihren Anfängen (1883 mit einem Buche von Kleinwächter) bis zur Gegenwart vor. Sie beabsichtigt nicht die rein bibliographische Vollständigkeit, sondern die ungleich schwierigere Aufgabe systematischer, kritischer Auschöpfung. Sie bietet einerseits ein interessantes und wertvolles Bild — die am Schlusse gegebene Zusammenstellung des verarbeiteten Materials umfaßt einen Druckbogen — von der Problementwicklung, und hat andererseits dem Verf. die Möglichkeit gegeben, die Lücken aufzuzeigen, „die die bisherige Kartellliteratur für künftige Bearbeitung offengelassen hat“. Die Arbeit beginnt deshalb notwendig mit einer Übersicht der literarischen Kontroversen über Wesen und Begriff des Kartells, der behandelte in gleicher Weise die Ursachen der Kartellierung, Kartelle und Wettbewerbsbeschränkung, dann in ihrem bei weitem umfangreichsten Teile die Politik der Kartelle und die Wirkungen derselben, und zum Schluß die staatliche Kartellpolitik. Im Schlußwort wird zu den künftigen Ausgaben der deutschen Kartelllehre Stellung genommen. Auch diese Anlage des Werkes bestätigt, daß Verf. es keineswegs als seine Aufgabe betrachtet hat, rein kompilatorisch referierend die Literatur durch das halbe Jahrhundert zu verfolgen, daß er vielmehr sowohl durch seine kritischen Zusammenfassungen und Gegenüberstellungen, wie durch eigene Ansichten der Arbeit neben und über dem sehr hohen bibliographischen Wert auch den einer systematischen Darstellung des Kartellproblems gewonnen hat. Daß die volkswirtschaftliche Literatur sehr stark überwiegt, die juristische im wesentlichen erst bei der Behandlung der staatlichen Kartellpolitik ein Übergewicht erlangt, ergibt sich aus der Natur des behandelten Problems. Ein wenig erscheint sie aber doch zu kurz gekommen angesichts der Fülle von größtenteils wichtigen Werken, die allein die deutsche Kartellgesetzgebung zeitigt hat. Für eine — bei der Bedeutung der Schrift — wohl bald zu erwartende Neuauflage sollte Verf. diese Lücke ausfüllen, zumal die juristische Literatur auch das Verständnis der wirtschaftlichen, jedenfalls der volkswirtschaft-

lichen Probleme gerade dieses Grenzgebietes zwischen Privatwirtschaft und öffentlichen Interessen erheblich gefördert hat.

RWiW. Dr. S. Tschierschky, Berlin.

Dr. Walter Pinner, Hamburg: Das Schlichtungskartell. Ein Vorschlag für ein positives Kartellrecht. Berlin 1931. Carl Heymanns Verlag. 44 Seiten. Preis 3 M.

Die Arbeit ist eine gut geschriebene wirtschaftl. Propagandaschrift zur Förderung der Kartellierung, auch der internat., als Vorstufe, nach Ansicht des Verf. sogar Vorbedingung einer paneuropäischen Wirtschaftspolitik. Sie hat alle Vorzüge dieser Literaturgattung, weiß aber auch, in Einzelheiten sogar sehr schwerwiegend, alle ihre Nachteile, besonders aber ein unzureichendes Durchdenken der praktischen Ausführung seines Problems auf. Was der Verf. über die Unzulänglichkeit der „freien“ Kartellierung (S. 11 ff.) ausführt, ist im Kern richtig. Seine Charakterisierung des geltenden Kartellrechts als eines wesentlich negativen öffentl. Kontrollrechts erfaßt dagegen nur die eine Seite der praktischen Auswirkungen, übersehen aber die in erheblichem Umfange gewährten Sicherungen für gesunde Organisationen. Sein „Schlichtungskartell“ soll nun die positive Ergänzung dieses Kartellrechts bilden, nämlich einen Kartellzwangsschutz gegen unfairen und räuberischen Wettbewerbskampf durch die von ihm sehr einseitig beurteilten Außenleiter, aber auch innerhalb der bisher rechtl. unzulänglich hiergegen geschützten Kartelle selbst. Ein staatl. Schlichter soll auf Antrag einer qualifizierten Mehrheit den Kartellvertrag — also ähnlich dem Grundgedanken des Kohlen- und Kaliumkartells und des Tarifv. — für verbindlich erklären, aber auch wieder auflösen können; selbstredend fordert er als Korrelat eine ständ. Kontrolle der Kartellpolitik, wobei er sich einer, prakt. Erfahrungen widerstreitenden Mischung über ihre Erleichterung und Förderung durch opponierende Minderheiten hingibt. Irgendwelche rechtl. Vorschläge für diesen weit über den legislativen status quo hinausgehenden öffentl. rechtl. Eingriff in die Organisationsfreiheit der Wirtschaft legt er nicht vor, erkennt vielmehr nur Schwierigkeiten für die Auswahl geeigneter Schlichter an. Dabei enthält sein Vorschlag durch internat. Ausweitung solcher Schlichtungskartelle als „Einheitskartelle für das europäische Zollgebiet“ eine selbst in dem von ihm (S. 39 ff.) skizzierten, zugegeben vorichtig gezogenen Entwicklungsrahmen wirtschaftspolitisch nicht zu beurteilende Ausweitung. Auffallend ist, wie wenig auch der Verf. die egoistischen Gründe der franz. Industrie und Verwaltung erkennt, die durch solche von ihr propagierten internat. Bindungen lediglich einen Übergangsschutz für den weiteren industriellen Ausbau erstreben. Seine gegen die Förderung auf Preislenkung gerichteten Schlusausführungen stehen im Widerspruch zu der Auffassung des ganz überwiegenden Teiles der Wirtschaftspraxis und Wissenschaft. Verf. beruft sich einleitend zur Unterstützung seiner Idee auch auf den sog. Bann-Bericht der engl. liberalen Partei. Der macht aber das Zwangskartell von einer Prüfung des öffentl. Interesses und der Berücksichtigung der Verbraucher- und Arbeitnehmerinteressen abhängig. Das bedeutet eine ganz wesentl. grundsätzl. Einschränkung. Es mag genügen, zur Beurteilung der mit solchen Zwangskartellen verbundenen wirtschaftspolitischen Kontrollen auf die tatsächl. und rechtl. Schwierigkeiten in der Anwendung des § 4 unserer KartW. zu verweisen, der noch nicht einmal so weitgehende sozialwirtschaftl. Anforderungen stellt. Solche und noch manche anderen, hier übergangenen sachl. und rechtl. Bedenken vermögen die zweifellos interessanten Vorschläge des Verf. nicht auszuräumen.

RWiW. Dr. S. Tschierschky, Neubabelsberg.

Sonstiges Schrifttum.

Verordnung über Orderlagerscheine vom 16. Dezember 1931, erläutert von **Dr. Werner Bogels**, Ministerialrat im Reichsjustizministerium. Mannheim 1932. J. Bensheimer. Preis 7,50 M.

Die RotW. über Orderlagerscheine hat einen eigenartigen Rechtscharakter. Sie führt die erstrebte Vereinheitlichung und Reformierung des Lagervertragsrechts nicht auf dem Wege durch, daß sie die Vorschriften des HGB. über den Lagervertrag ändert. Vielmehr knüpft sie an das namentlich bei der Landwirtschaft lebhafteste Bedürfnis an, in höherem Maße als bisher gegen negotizierbare Lagerscheine einlagern zu können. Als solche gewähren volle und unbezweifelbare Sicherheit nur die Orderlagerscheine. Die W. geht nun so vor, daß die Normativbestimmungen für die Lagerverträge gibt; ohne das Konzeptionsystem grundsätzlich zu durchbrechen, werden Bestimmungen aufgestellt, von deren Erfüllung die Erteilung der Konzeption abhängig gemacht wird. So überschneiden sich einerseits das HGB. und die W.; andererseits wird, worauf das Wort des hier zur Besprechung stehenden Handkommentars aus der blauen Bensheimerschen Sammlung mit Recht hinweist, auch die Verwaltungsbehörde genötigt, sich mit rein privatrechtlichen, bis-

her nur für die Verträge in Betracht kommenden Fragen zu beschäftigen, da von ihrer Beantwortung die Konzeptionierung abhängig ist.

Der Kommentar ist der „Referentenkommentar“, aber nicht nur als solcher beachtlich. Der Verf. — der bereits *JW.* 1932, 18 eine Darstellung der neuen *W.D.* gegeben hat — gibt zunächst eine ausgezeichnete Einleitung über die Entwicklung des Lagervertrags- und Lagerrechts und erörtert im Kommentar die *W.D.* eingehend mit juristischer Klarheit und, soweit der Unterzeichnete ersehen kann, Vollständigkeit.

Nur eine nebensächliche Einzelheit ist dem Unterzeichneten aufgefallen; der Verf. erörtert die berühmte Frage: Einschein — Zweischein. Sie ist nunmehr entgegen früheren Bestrebungen zugunsten des Einscheinsystems entschieden, für das auch die rechtliche Folgerichtigkeit spricht. Der Verf. sagt hier (S. 5), auch Hamburg und Lübeck hätten sich „in ihren Regulativen“ für das Einscheinsystem entschieden. Das könnte so aufgefaßt werden, als bestände in Hamburg ein allgemeines Regulativ. Tatsächlich handelt es sich aber lediglich um Festsetzungen bei der Errichtung der Freihafen-Lagerhaus-Gesellschaft, die zur Zeit bekanntlich der einzige zur Ausstellung von Ordlagererschein befugte Lagerhalter Hamburgs ist.

Die Einleitung schließt mit dem Hinweis darauf, daß es nun Sache der beteiligten Wirtschaftskreise sei, von dem dargebotenen Mittel den richtigen Gebrauch zu machen. Würden nicht in nennenswertem Umfang Konzeptionierungen erfolgen, so würde das Gesetz in der Tat auf dem Papiere stehen und die erstrebte Reform des Lagerhauswesens nicht erreicht sein. Nach den bisherigen Ergebnissen läßt sich annehmen, daß diese Befürchtung nicht berechtigt ist und zahlreiche Anträge auf Konzeptionierung zu erwarten sind. Zu wünschen ist nur, daß die zuständigen Behörden nicht bürokratisch, sondern mit der nötigen Elastizität vorgehen werden und daß auch das *R.M.* sich nicht scheuen wird, gemäß § 43 Abs. 4 die sicherlich in mancher Hinsicht nötigen Abweichungen zuzulassen und Ergänzungen zu bestimmen.

H. Prof. Dr. M. Leo, Hamburg.

Dr. Josef Gottlieb, Rechtsanwalt in Berlin: Der Genuschein im deutschen Recht. (Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Prof. Dr. Arthur Rußbaum, 16.) Berlin 1931. Verlag Carl Heymann. Preis 7 M.

Das Buch ist eine vortreffliche Monographie über einen wichtigen und im Schrifttum schrecklich mißhandelten Begriff. Genuscheine (*Gs.*) sind sehr beliebt und existieren in großer Mannigfaltigkeit der inhaltlichen Gestaltung. Unverkennbar trübt das Bunte dieses Bildes den Blick für das Wesen der Sache. „Meist wird behauptet — so schrieb ich in meinem Aktienrecht § 179 Erl. 9a —, daß der *Gs.* ein ausgeprägtes Rechtsinstitut nicht sei und daß man für die Beurteilung auf das angewiesene sei, was die Parteien im einzelnen Fall bedungen haben (ähnlich jetzt wieder Erl. zum Entw. eines Aktienrechts S. 124); in Wahrheit gilt das nur vom Inhalt der im *Gs.* verbrieften Rechte, dagegen ist es wohl möglich und auch recht nötig, den Begriff allgemein zu bestimmen.“ Das ist auch der Standpunkt des Verf., den er durch eine unter Polemik gegen verfehlte Theorien im wesentlichen treffend durchgeführte Darstellung der Lehre rechtfertigt. Allerdings formuliert er eine Definition des *Gs.* nicht. Er will nur den Gegenstand seiner Arbeit abgrenzen, wenn er sagt, was er unter *Gs.* verziehe: es seien Urkunden, welche (jedenfalls) einen Anteil am Gewinn oder am Liquidationserlös einer AktG. usw. verbrieften. Nach meiner Auffassung ist auch als Beschreibung das noch zu weit. Doch soll das Richtige wohl durch das in Klammern gesetzte: jedenfalls angedeutet sein. Der Kern der Sache ist der Gewinnbezug, alles übrige ist, so bedeutsam es sachlich auch sein mag, nicht wesentlich. Auch Teilnahme am Liquidationserlös kann fehlen, mag das auch nicht oft der Fall sein. Das Wort *Gs.* teilt den Stamm mit dem Ausdruck Nießbrauch-genießen und/oder gebrauchen. Dabei hat es mit diesem Gewinnbezug des Nichtaktionärs eine eigene Verwandtnis. Es ist denkbar, daß sich jemand an dem Unternehmen einer AktG. als stiller Gesellschafter beteiligt. Auch er hat den Anspruch auf einen Anteil am Gewinn. Aber das ist etwas wesentlich anderes. Wie seine Einlage in der Bilanz der Gesellschaft als Passivum erscheint (im Unterschied von Einzahlungen im Fall, daß die *Gs.* gegen einen Beitrag zum Gesellschaftsvermögen ausgegeben werden), so ist auch sein Gewinn nicht eine Quote des Reingewinns der Gesellschaft, über dessen Verteilung die GenVers. zu beschließen hätte, sondern er mindert den Reingewinn, ebenso wie z. B. Tantiemen, welche nachgeordnete Angestellte der Gesellschaft vielfach beziehen, zwar nach dem Reingewinn berechnet werden, nicht aber Bruchteile desselben sind, ihn vielmehr mindern. Auf S. 73 sagt der Verf.: für die Jahresbilanz interessiert naturgemäß nur der Anspruch auf Beteiligung am Reingewinn, für die Vermögensbilanz nur der Anspruch auf Be-

teiligung am Reinvermögen im Liquidationsfall. Das ist nicht richtig. In keiner Bilanz, auch in der Liquidationsschlussbilanz nicht, ist Raum für die Beteiligung der *Gs.*-Inhaber an dem Liquidationserlös, die vielmehr als Saldo das Reinvermögen ergibt, in welches Aktionäre und *Gs.*-Inhaber sich zu teilen haben. Erscheinen also die *Gs.* in der Bilanz — als Posten mit ausgeworfenen Zahlen — überhaupt nicht, so erscheinen im Gegensatz dazu bei dem stillen Gesellschafter sein Guthaben in der Bilanz und sein Jahresgewinn in der Gewinn- und Verlustrechnung. So muß denn auch, entgegen der herrschenden Lehre, angenommen werden, daß die Ausgabe von *Gs.* nicht im Rahmen der Vertretungsmacht des Vorstandes liegt. Einen stillen Gesellschafter kann dieser aufnehmen, wenn er auch gut tun wird, die GenVers. zu befragen. Es ist das ein Rechtsgeschäft im Rahmen der Führung der Geschäfte. Die Ausgabe von *Gs.* dagegen greift in die Verfügung über den verteilbaren Reingewinn ein, die der GenVers. vorbehalten ist. Ohne Beschluß der GenVers., und zwar ohne Statutenänderung (wodurch allein die GenVers. der späteren Jahre gebunden sind), können *Gs.* nicht ausgegeben werden. So halte ich es denn auch nicht für richtig, wenn der Verf. S. 30 sagt, der *Gs.*-Inhaber sei mit seinem Anspruch auf die Dividende von dem Beschlusse der GenVers. völlig unabhängig. Vielmehr ist er durchaus davon abhängig, dergestalt, daß ihm nur dann — nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen — ein Anspruch zusteht, wenn bei der Feststellung der Bilanz mit Arglist, und zwar mit Arglist gegen die *Gs.*-Inhaber, verfahren ist.

Von dem Hohen seiner Beschreibung des *Gs.* aus baut der Verf. das Rechtsinstitut konstruierend auf. Das Recht des Inhabers ist nicht Mitgliedschafts-, sondern Gläubigerrecht, es bleibt auch da, wo, wie vielfach üblich ist, der *Gs.* schicksalhaft an die Aktie gebunden ist, selbständig, die Verbindung ist nur äußerlich und ohne Einfluß auf die innere Gestaltung des Rechtsverhältnisses. Der *Gs.* begründet nur Rechtsbeziehungen des Inhabers zu der Gesellschaft, nicht zu den Aktionären; der Gedanke, daß die Rechte aus ihm Abzweigung aus den Rechten der Aktionäre (Abtretung) seien, wird abgelehnt. Der Schein verbrieft ein einseitiges, abstraktes Versprechen (was m. M. tatsächlich wohl immer zutreffen wird, aber nicht wesentlich ist; der Anspruch aus dem Gewinn entpringt doch wohl dem Kaufgeschäft). Das Rechtsverhältnis ist rein obligatorisch, nicht aktienrechtlich. Alles richtige Ergebnisse, zu denen der Verf. nur unter ständigem Kampfe gegen Ansichten von z. T. namhaften Autoren gelangt. Das offenbar im Absterben begriffene, aber juristisch interessante Institut des *Gs.*, der an Stelle einer amortisierten Aktie gegeben wird, erfährt eingehende Erörterung mit dem m. M. zutreffenden Ergebnis, daß diese Scheine (meist) nichts anderes sind als Aktien. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß in den Statuten die „Amortisierung“ der ausgelassenen Aktien bestimmt wird. Mir ist nicht zweifelhaft, daß man dabei an richtige Amortisierung gedacht hat; man ist sich über den rechtlichen Zusammenhang nicht klar gewesen; man hat unrichtig subsumiert. Das ist bekanntlich unschädlich, wenn das sachlich Gewollte deutlich zum Ausdruck gekommen ist. Ist aber dieser *Gs.* Aktie, so kann er nichts anderes sein als die vermeintlich amortisierte Aktie, und die Auszahlung des Nennbetrages nichts anderes als Vorauszahlung auf die dereinstige Liquidationsquote. Steuerrechtlich ergibt sich, daß für den Aktionär diese Einnahme nicht Einkommen ist. — Der Verf. behandelt ferner die Umwandlungs- und Aufwertungs-*Gs.*, geht auf die steuerliche Behandlung der *Gs.* ein und endet mit einem Ausblick auf die Aktienrechtsreform; Man sieht: ein reicher Inhalt auf knappen Raum. Der Verf. gibt seine Ausführungen in erfreulich konzentrierter Fassung. An Einzelheiten kann man oder muß man mädeln. Das Ganze ist eine wertvolle und erfreuliche Bereicherung unserer aktienrechtlichen Literatur.

RGR. a. D. Dr. E. Brodmann, Leipzig.

Die Theorie der Metaverbindung mit besonderer Berücksichtigung der bankgeschäftlichen Arbitragemeta. Ein Beitrag zur Lehre von der Innengesellschaft, von Dr. Heinrich Kridner. Halle a. S. 1931. Verlag Ed. Klinz, Buchdruck-Werkstätten. 80 Seiten. Preis 3 M.

Dr. G. Jeske: Das Recht auf Einsichtnahme in Handelsbücher. Hamburg. Johannes Schreyer Verlag. 72 Seiten. Preis 3,60 M.

Der Verf. stellt nacheinander die verschiedenen materiellen, prozessualen und behördlichen Ansprüche auf Einsichtnahme in Handelsbücher dar. Die Rechtsprechung der höheren Gerichte zu den einzelnen Fragen ist angeführt. Dagegen enthält das Buch keinen allgemeinen Teil, der die den einzelnen Fällen gemeinsamen Eigenschaften der erwähnten Ansprüche darstellt. Im ganzen bietet die Arbeit dem Juristen nichts wesentlich Neues, mag aber als Materialsammlung von Nutzen sein.

D. S.

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.]

I. Materielles Recht.

1. Aktiengesellschaft.

** 1. §§ 19 ff., 28 FGG.; §§ 232, 238 HGB.

1. Beschwerde und weitere Beschwerde in den Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind nach Erledigung der Hauptsache wegen der Kosten des Verfahrens zulässig. Bei Widersprüchen zwischen zwei OLG. hat das RG. auch über eine solche Beschwerde zu entscheiden.

2. Eine AktG., die nach ihren Satzungen von einem Vorstandsmitglied und einem Prokuristen vertreten werden kann, kann durch diese einen Prokuristen bestellen und die Bestellung zum Register anmelden.

I. 1. Die Beschw., eine AktG., die mehrere ordentliche und stellvertretende Vorstandsmitglieder hat und für diesen Fall nach § 11 ihrer Satzung, soweit nicht einzelnen Vorstandsmitgliedern die Alleinvertretung anvertraut ist, entweder von zwei Vorstandsmitgliedern oder von einem Vorstandsmitglied und einem Prokuristen oder, falls die betreffende Procuraerteilung dies ausdrücklich auspricht, von zwei Prokuristen vertreten wird, hat am 1. April 1930 durch ein stellvertretendes Vorstandsmitglied und einen Prokuristen eine weitere Procura erteilt und dies zum Handelsregister angemeldet. Der auf Grund von Art. VI § 2 EntlG. vom 11. März 1921 (RGBl. 229) mit der Anmeldung befaßte Rechtspfleger des OLG. B. hat nach vorgängigem Hinweis darauf, daß nach § 238 HGB. ein Prokurist nicht mitwirken könne, den aufrechterhaltenen Eintragungsantrag durch Beschl. v. 8. April 1930 kostenpflichtig zurückgewiesen. Hierfür ist auch eine Gebühr angelegt. Darauf ist von der Antragstellerin unter gleichzeitiger Einreichung einer von zwei Vorstandsmitgliedern gezeichneten Wiederholung der Prokuristenbestellung und -anmeldung am 10. April 1930 „Beschwerde“ gegen den zurückweisenden Beschl. v. 8. April 1930 über der Kosten halber erhoben und beantragt worden, unter Aufhebung des Beschl., die Kosten niederzuschlagen. Die Beschwerde vertritt in allen Rechtssätzen die Anschauung, daß die Mitwirkung des Prokuristen gesetzlich statthaft war. Die Eintragung der Procura ist auf Grund der weiteren Anmeldung am 12. April 1930 erfolgt. Die „Beschwerde“ ist als Einwendung gegen die Entsch. des Rechtspflegers nach § 3 Abs. 2 des Art. VI EntlG. zurückgewiesen. Beschwerde hiergegen beim OLG. war ohne Erfolg. Auf die weitere Beschwerde mit dem Antrag, den angefochtenen landgerichtlichen Beschluß aufzuheben und die Kosten niederzuschlagen, will das RG. zu Berlin die Mitwirkung des Prokuristen als statthaft und wirksam anerkennen und danach der Beschwerde stattgeben. Es sieht sich jedoch hieran gehindert durch den Beschluß des OLG. Jena v. 5. Aug. 1908: RGZ. 37 A, 320 (gleicher Anschauung das RG. selbst im Beschl. v. 19. März 1920: RM. 17, 77 sowie auch das OLG. Hamburg vom 4. Juni 1913: OLG. 27, 352 = DNotB. 1914, 740 und das BayObLG. v. 22. Mai 1914: LZ. 1914, 1398), wonach die Vertretung der AktG. bei der Bestellung und Anmeldung eines Prokuristen dem Vorstand vorbehalten ist. Daher hat es die Sache gemäß § 28 Abs. 2 FGG. dem RG. zur Entsch. vorgelegt. Es geht hierbei davon aus, daß, wenn gleich die

Hauptsache erledigt ist, doch wegen der Beeinträchtigung der Antragstellerin durch die Kosten der Zurückweisung des ersten Antrags die Beschwerde und weitere Beschwerde nach §§ 19 ff. FGG. gegeben sei (RGZ. 52, 1 [auch schon RGZ. 22 A, 3 = RM. 2, 141; ferner das BayObLG.: RM. 17, 194]).

2. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde nach Erledigung der Hauptsache wegen der Kosten und das Maßgreifen der Vorschr. des § 28 Abs. 2 FGG. in dem nach diesem Gesetz (nicht nach Maßgabe der ZPD.) vor sich gehenden Beschwerdeverfahren ist — miewohl die Gerichtskosten in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht reichsrechtlich geregelt sind, sondern das Landesrecht (hier das PrGG.) Anwendung findet; reichsrechtlich gilt nur für die Entsch. durch das RG. Art. IV des Gef. betr. Änderungen des HGB. und der StPD. v. 17. Mai 1898 (RGBl. 252); vgl. RG. 52, 248 — anerkannt in den zu Grundbuchsachen erlassenen Beschlüssen des 5. ZivSen. des RG. v. 9. Dez. 1905 und 3. Juli 1909: RG. 62, 140 (141) = RM. 6, 268; 71, 312 (313)¹⁾. Der erst. Sen. tritt dieser Auffassung bei. Hiernach sind hier aber auch die Voraussetzungen einer Entsch. des RG. über die weitere Beschwerde gegeben.

II. In der Sache selbst billigt der Senat die nunmehrige Ansicht des RG. Grundsätzlich ist zwischen der Bestellung und der Anmeldung des Prokuristen zu unterscheiden. Die Bestellung kann gesetzlich richtig erfolgt sein, die Anmeldung von einem Unberufenen ausgehen und umgekehrt, wobei allerdings in der Anmeldung durch den Berechtigten regelmäßig auch die richtige Bestellung zu finden sein wird. Im vorl. Fall ist, wie die Urkunde über die erste Anmeldung ergibt, sowohl die Bestellung als auch die Anmeldung von dem stellvertretenden Vorstandsmitglied im Zusammenwirken mit dem Prokuristen ausgegangen und für beide Akte zu prüfen, ob die Mitwirkung des Prokuristen statthaft war. Die Eintragung wäre auch dann zu versagen gewesen, wenn die Befugnis zur Mitwirkung bei der Anmeldung zu bejahen, diejenige zur Mitwirkung bei der Bestellung zu verneinen gewesen wäre (vgl. den Fall RG. 127, 153²⁾). Sie ist jedoch für beide Akte zu bejahen.

1. Über die Bestellung des Prokuristen einer AktG. enthält das HGB. nur die Vorschr. des § 238. Sie bindet in Satz 1 den Vorstand nach innen an die Zustimmung des Aufsichtsrats, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag oder ein GenVersBeschl. ein anderes bestimmt. Hiermit bringt das Gesetz die Wichtigkeit zum Ausdruck, die es diesem Akt beilegt. Daneben verordnet es aber in Satz 2, daß diese Beschränkung Dritten gegenüber keine Wirkung hat, daß also nach außen der Vorstand allein einen Prokuristen wirksam bestellen kann. Entsprechend verordnet dasselbe Gesetz bei der OLG. in § 116 Abs. 3, daß es zur Bestellung eines Prokuristen der Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter bedürfe, es sei denn, daß Gefahr im Verzug ist, dagegen in § 126 Abs. 1, 2, daß die Vertretungsmacht der Gesellschafter sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich ... der Erteilung einer Procura erstrecke und daß eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht Dritten gegenüber unwirksam sei. — Für die KommGes. und die KommGes. a. N. vgl. die Verweisungen in § 161 Abs. 2 und § 320 Abs. 2, 3 HGB. — Im übrigen besteht die allgemeine Vorschr. des § 48 HGB., daß die Procura nur vom Inhaber des Handelsgeschäfts oder seinem gesetzlichen Vertreter — der gegebenenfalls nach § 1822 Ziff. 11 BGB. der Genehmigung des VormGer. bedarf — und nur mittels ausdrücklicher Erklärung erteilt werden kann. Durch diesen § 48 wird die Berechtigung eines Prokuristen zur Erteilung der Procura an einen anderen ausgeschlossen, wie ihm auch durch § 52 Abs. 2 HGB. die Übertragung seiner Procura auf einen anderen entzogen ist. Diese die Macht des Prokuristen für sich

¹⁾ RM. 1909, 476.

²⁾ RM. 1930, 1382.

allein begrenzenden Vorschr. treffen jedoch nicht den hier vorl. Fall, daß gemäß gesetzlicher Zulassung § 232 Abs. 2 HGB., sei es kraft einer Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, sei es kraft der durch diesen dem Aufsichtsrat übertragenen Ermächtigung, ein Prokurist zur Vertretung der AktG. gemeinsam mit einem Vorstandsmitglied befugt ist. Diese sog. unechte Gesamtvertretung, welche bei der AktG. im § 125 Abs. 3 HGB. ihr Gegenstück hat, ist ihrem Wesen nach keine beschränkte Vertretung. Der Umfang dieser Vertretungsbefugnis richtet sich nicht nach der Macht des Prokuristen, sondern nach der Macht des Vorstandsmitglieds oder Gesellschafters. Die gegenteilige Meinung, welche in der Denkschrift zur RVorlage des HGB. 1897 (D. II) S. 99 zur AktG. ausgesprochen war, ist gegenüber der schon angeführten gesetzlichen Bestimmung über die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht des Gesellschafters unhaltbar, wie sofort von Staub bemerkt worden ist. Dieser Unbeschränkbarkeit gegenüber ist die Macht des Prokuristen gesetzlich auch sonst als erweiterungsfähig behandelt (§ 49 Abs. 2 HGB.). Der § 125 Abs. 3 HGB. steht unmittelbar vor dem § 126. Der Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht des Gesellschafters ist also auch für den zugelassenen Fall seiner Gesamtvertretung im Zusammenwirken mit einem Prokuristen aufgestellt. Im Gesetze ist durch nichts angezeigt, daß die nach § 125 Abs. 3, 232 Abs. 2 geschaffenen verschiedenartig zusammengesetzten Gesamtvertretungen der Gesellschaften hinsichtlich des Umfangs der Vertretungsmacht einander nicht gleichstehen; im Gegenteil kann darauf hingewiesen werden, daß die Gesamtvertreter sämtlich nach §§ 125 Abs. 3 Satz 2, 232 Abs. 2 Satz 3 hinsichtlich der Zulässigkeit der Ermächtigung zur alleinigen Vornahme bestimmter Geschäfte und hinsichtlich der sog. passiven Vertretung (§§ 125 Abs. 2, 232 Abs. 1 je Satz 2, 3) einander gleichgestellt werden. Aus der Gesamtheit der gesetzlichen Bestimmungen läßt sich kein bestimmter Anhalt dafür gewinnen, daß die Bestellung von Prokuristen wegen der Beteiligung eines Prokuristen aus dem Machtbereich solcher unechter Gesamtvertretungen ausgeschlossen sei. Wie die Denkschrift S. 99, 150 ergibt, ist die Einführung dieser Art von Vertretung, welche zahlreichen zu jener Zeit in die Gesellschaftsverträge und -satzungen bereits eingeführten Bestimmungen gleichen Inhalts Rechnung trug, um des Verkehrsbedürfnisses der Gesellschaften willen erfolgt. Es lassen sich nicht wenig Fälle denken, in denen bei zeitweiligem oder dauerndem Wegfall allein- oder gesamtvertretungsberechtigter Gesellschafter oder Vorstandsmitglieder das Bedürfnis nach einem Zurückgreifen auf eine solche unechte Gesamtvertretung für die Schaffung einer Aushilfe durch eine weitere Prokura eintritt. Der Gesetzgeber sieht selbst im inneren Verhältnis der Gesellschafter der AktG. bei Gefahr im Verzug von dem Erfordernis der Zustimmung auch nur aller geschäftsführenden Gesellschafter ab, und für die AktG. hat er das Erfordernis der Mitwirkung aller Vorstandsmitglieder von vornherein gar nicht aufgestellt. J. S. des HGB. und seines § 48 Abs. 1 ist die Gesellschaft auch durch eine solche unechte Gesamtvertretung gesetzlich vertreten, wenn auch i. S. anderer Gesetze, insbes. der ZPO. (RG. 102, 328 [331]³⁾), der mitwirkende Prokurist nicht „gesetzlicher Vertreter“ wird.

Daß es für die Eintragung in das Handelsregister nur auf das Vorliegen einer nach außen wirksamen Prokura ankommt, ist die herrschende Meinung und nun auch vom RG.: ZB. 1925, 268⁴ gegen seine alte Ansicht RGZ. 22 A, 111 angenommen.

2. Kann aber eine unechte Gesamtvertretung die Bestellung eines Prokuristen der AktG. vornehmen, so muß sie auch zur Anmeldung dieser Prokuraerteilung zum Handelsregister als befugt angesehen werden. Nur so wird dem praktischen Bedürfnis genügt. Die Eintragung hat hierbei keine rechtserzeugende Kraft, dient vielmehr nur der Herbeiführung der Publizitätswirkung des § 15 HGB. Eine Sonderbestimmung über die Anmeldung der Prokura gibt das HGB. in den Vorschr. über die Handelsgesellschaften nicht. Es gilt daher die allgemeine Vorschr. des § 53 HGB., daß die Erteilung der Prokura vom Inhaber des Handelsgeschäfts zur Eintragung anzumelden ist, mit der hierher nicht wiederholten,

aber gleichfalls zutreffenden Vorschr. des § 48 Abs. 1 HGB., daß der gesetzliche Vertreter den Inhaber vertritt. Bei der AktG. sind Inhaber des Handelsgeschäfts alle Gesellschafter im Verein, gesetzliche Vertreter aber sind i. S. dieser Bestimmungen die vertretungsberechtigten Gesellschafter und bei der AktG. die Vorstandsmitglieder, die je mangels einer das Handeln ihrer Gesamtheit anordnenden Vorschr. — Gegensatz die Sondervorschriften in §§ 108, 125 Abs. 4, 143, 148, bei der KommGes. § 175, und in §§ 195, 201, 280, 284, 289, 291 HGB. — nur in der zur Vertretung allgemein erforderlichen Zusammensetzung zu handeln haben. Sie vertreten, wie schon zu Ziff. 1 gesagt, die Gesellschaft gesetzlich i. S. jener allgemeinen Bestimmungen des HGB. über die Prokura auch im Zusammenwirken mit einem Prokuristen nach § 125 Abs. 3, 232 Abs. 2 HGB. Man kann nicht annehmen, daß der Gesetzgeber für die Anmeldung strengere Anforderungen als für die Erteilung der Prokura aufstellen und die hier eingeführte Erleichterung durch die Anmeldevorschriften praktisch wieder hinfällig machen wollte. Aus der allgemeinen Vorschr. des § 12 HGB. für die Form der Anmeldungen ist nichts darüber abzuleiten, wer auf die dort bezeichnete Weise zu handeln hat.

(Beschl. v. 22. Dez. 1931; 30/31 II B. — Berlin.)

[Ru.]

** 2. §§ 211, 213, 215, 221, 260 HGB.; § 242 BGB.

1. Nachforderungen auf unvollständig eingezahlte Aktien können, wenn sie in der Zeit des Markverfalls erhoben und befriedigt sind, den Papiermarkbetrag des Aktienkapitals, nicht aber den Wert des Ausgabekurses überschreiten.

2. Wirksame Goldmarkumstellung hindert nicht die nachträgliche Erhebung von Aufwertungsansprüchen.

3. Verwirkung von Aufwertungsansprüchen auf mit entwerteter Mark gemachte Aktieneinzahlungen. Durch Berechnung erfolgte Leistungen sind wie Zahlungen zu behandeln.

Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen.

Das BG. ist der Meinung, die Gesellschaft habe im Oktober 1923 von den Aktionären zum Zweck der Vollenziehung des Grundkapitals überhaupt nicht mehr verlangen können, als den Papiermarkennbetrag der restlichen Einlageforderungen, weil sonst das Grundkapital den festgesetzten Nennbetrag überstiegen oder aus den überschießenden Summen ein Reservekonto hätte gebildet werden müssen, zu dessen Schaffung die Aktionäre nach § 211 HGB. nicht verpflichtet gewesen seien. Die AktG. habe durch die Berechnung der Gewinnansprüche der Aktionäre für 1922 auf die Einlagerückstände überdies dem inneren Wert nach sogar mehr empfangen, als ihr durch Barzahlung zugeflossen wäre; denn die zur Vollenziehung verwendeten 4 500 000 RM. seien Geschäftsgewinn d. J. 1922 gewesen, hätten also einen wesentlich höheren inneren Wert gehabt, als Barzahlungen vom Oktober 1923 gehabt haben würden.

Der Vorderrichter beruft sich für seine Auffassung, daß die jetzt streitigen Ansprüche schon an § 211 HGB. scheitern müßten, zu Unrecht auf RG. 119, 170 ff.¹⁾ Dort ist gerade im Gegenteil ausgeführt, daß § 211 HGB. für Zahlungen aus einer Zeit, zu der die Mark aufgehört hatte, Wertmesser zu sein, an und für sich nur die Bedeutung habe, daß die geschuldete und demgemäß zu zahlende Einlage auf übernommene Aktien dem Werte nach den Ausgabekurs nicht übersteigen dürfe. Im übrigen handelte es sich damals um einen Sonderfall, nämlich darum, ob Einzahlungen, die nach Abschluß des Gründungsvertrags einer AktG., jedoch vor deren Eintragung im Handelsregister auf das in Aussicht genommene Aktienkapital gemacht worden waren, trotz der zwischen dem Zustandekommen des Gründungsvertrags und der Zahlung weiter fortgeschrittenen Geldentwertung noch als Vollzahlungen gelten könnten. Der Senat hat letzteres bejaht, weil die Teilnehmer der Gründergesellschaft, ungeachtet der weiteren Geldentwertung, an dem anfänglich vorgesehenen Grundkapital festgehalten und von einer Erhöhung vor Ein-

³⁾ ZB. 1923, 885.

¹⁾ ZB. 1928, 622.

tragung der Gesellschaft im Register Abstand genommen hätten, das Verhältnis deshalb nach dem Parteivillen so aufgefaßt werden müsse, wie wenn die Einlageverpflichtung erst im Zeitpunkt der Zahlung begründet worden wäre. Daß dies der tragende Grund von RG. 119, 170 ff.²⁾ war, ist schon in RG. 124, 264 (269)³⁾ dargelegt. Daß § 211 HGB. der Geltendmachung von Geldwertungsansprüchen hinsichtlich der Einlageforderungen auf Aktien an und für sich nicht im Wege steht, ist in RG. 119, 171 ausdrücklich betont, ebenso aber auch in RG. 119, 220 ff. (224)⁴⁾; auf dem gleichen Rechtsboden stehen RG. 120, 363⁵⁾; 122, 339⁶⁾; JW. 1930, 2941. Hier von abzugehen ist kein Anlaß.

Ebenso wenig stichhaltig ist aber der weitere Grund des BG., daß den jetzt erhobenen Nachzahlungsansprüchen die Umstellungsbeschlüsse v. 20. Juli 1925 im Wege stünden. Darnach sei, so erwägt der VerM., nach § 2 GoldWiV.D. das Reinerlösnis der AktG. neu in Reichsmark festzustellen und die Angleichung an das satzungsgemäße Grundkapital dadurch herzustellen gewesen, daß der Betrag des Eigenkapitals entsprechend herabgesetzt worden sei. Durch den Umstellungsbeschuß sei also eine neue Rechtsgrundlage für die Verpflichtung der Aktionäre geschaffen worden, die ein Zurückgehen auf den früheren Rechtszustand ausschließe, solange der Umstellungsbeschuß zu Recht bestehe. Hierbei ist indessen die rechtliche Bedeutung der Goldmarkumstellung verkannt sowie § 221 HGB. und § 26 der II. DurchfV.D. z. GoldWiV.D. § 221 HGB. und § 26 der II. DurchfV.D. (272/73)⁷⁾ (eine außer acht gelassen. RG. 124, 264 ff. (272/73)⁷⁾ (eine GmbH. betreffend) hat schon mit eingehender Begr. dargelegt, daß auch eine wirksam erfolgte Goldmarkumstellung, bei welcher die Aufw. rückständiger Einlagen auf Geschäftsanteil nicht berücksichtigt worden ist, der späteren Geltendmachung von Aufw.ansprüchen nicht entgegensteht; ebenso für die GmbH. RG. 131, 318 = JW. 1931, 2973¹⁶⁾. Insofern ist die Rechtslage bei der AktG. keine andere. Die weitere Erwägung: der Umstand, daß die Verrechnung der Einlageforderungen gegen die Gewinnansprüche der Aktionäre sich hinterher als für die Gesellschaftsgläubiger nachteilig erwiesen habe, sei unerheblich, beruht wiederum nur auf der fehlerhaften Meinung, als ob § 211 HGB. der Berücksichtigung der Geldwertung bei den Einlagerückständen auf Aktien hinderlich sei.

Aus dem atmenmäßigen Sachverhalt ist nicht zu ersehen, ob die Bekl. Erstaktionärin war oder dieselben zur Zeit der Verrechnung mit dem Dividendenanspruch schon besessen oder erst hinterher erworben hat; auch darüber fehlt jede Feststellung, wie es sich insofern mit ihren weiteren Aktien verhält, die sie von der InternVerfAktG. übernommen haben soll. Es ist ferner nicht ersichtlich, ob etwa die Aktienurkunden den Volleinzahlungsvermerk tragen und beim Erwerb der Bekl. schon getragen haben. Wäre letzteres der Fall und die Bekl. bei abgeleiteter Erwerb hinsichtlich der Volleinzahlung gutgläubig gewesen, so könnte sie allerdings, selbst wenn begründete Nachzahlungsansprüche der AktG. bestünden, hierwegen nicht in Anspruch genommen werden (Flechthelm: BankArch. XXX, 194 ff.).

Der angebliche Tilgungsvorgang durch die seitens der Gesellschaft erfolgte Verrechnung ihrer Einlageforderungen an die Aktionäre mit einem Teil der Gewinnansprüche für 1922 fällt in die Zeit von Mitte Oktober 1923. Sieht man zunächst einmal von § 221 HGB. ab, so hatte eine Vereinigung der Einlagerschulden der Aktionäre durch Aufrechnung gegen deren Gegenansprüche schuldtilgend zum Nennbetrag nur dann wirken können, wenn in dem Zeitpunkt, zu dem die Forderungen zufolge der vollzogenen Aufrechnung nach § 389 HGB. als erloschen gelten, noch der Grundsatz „Mark gleich Mark“ anzuerkennen gewesen wäre. Als Zeitpunkt des Erlöschens der Ansprüche durch Aufrechnung kann naturgemäß aber frühestens der in Betracht kommen, zu dem die zeitlich jüngste Forderung bzw. Gegenforderung entstanden ist. Das war aber bezüglich der Gewinnverteilungsansprüche der 12. Okt. 1923; denn dieser Anspruch ist als Gläubigerrecht der Aktionäre erst mit dem Bilanzfeststellungs- und Gewinnverteilungsbeschuß der GenVers. erwachsen. Stichtag für die

Ermittlung seines Goldmarkwerts muß deshalb der 12. Okt. 1923 sein. Daran ändert nichts, daß es sich um einen Dividendenanspruch für 1922 handelt. Die gegenteilige Ansicht des BG. ist rechtsirrig und beruht auf einer Verkennung der §§ 213, 215, 260 HGB.

Nun stammten aber auch die Einlageforderungen der Gesellschaft aus den Zeiten der Geldwertung. Als Stichtag für die Ermittlung ihres Goldmarkwerts muß der Tag der Eintragung der entsprechenden GenVersBeschl. v. 26. Jan. 1921 bzw. 28. April 1921 und v. 20. Dez. 1922 gelten. Daß aber damals die Geldwertung sehr weit fortgeschritten war und der innere Wert der Mark nur noch ein kleiner, im Dezember 1922 nur noch ein geringfügiger war, bedarf ebenfalls keiner weiteren Darlegung, ebensowenig auch, daß die Einlageforderungen aus jener Zeit an und für sich ihrem inneren Wert nach immerhin noch ein Vielfaches des inneren Werts der v. 12. Okt. 1923 stammenden Dividendenansprüche ausmachten. Daraus folgt, daß eben wegen dieses verschiedenen inneren Werts der beiden, nach den Grundsätzen der freien Aufw. aufzuwertenden Ansprüche und Gegenansprüche eine Aufrechnung zum Nennbetrag an und für sich grundsätzlich ebensowenig angängig ist, wie damals eine Barzahlung des Nennbetrags schlechthin schuldtilgend in selber Höhe gewirkt hätte. Daran ist um so weniger zu zweifeln, als der Tilgungsvorgang selbst nach dem 15. Aug. 1922 liegt. Neben diesen allgemeinen Erwägungen dürfen aber die besonderen aktienrechtlichen Vorschr. nicht außer Betracht bleiben. Sie können u. U. ergeben, daß die Bekl. mit ihren Aktien, sei es überhaupt oder nur hinsichtlich eines Teils, nämlich des nicht durch Zeichnung, sondern im Weg des „gutgläubigen“ Erwerbs aus zweiter Hand erlangten Aktienbesitzes, zur Nachzahlung nicht herangezogen werden kann; andererseits spielen aber Bestimmungen des Aktienrechts gerade auch hinsichtlich der Frage der Verwirkung eine besondere Rolle. Nach § 221 HGB. können die Aktionäre und deren Rechtsvorgänger von den in §§ 211, 220 HGB. bezeichneten Leistungen nicht befreit werden. Sie können ferner gegen diese Leistungen eine Forderung an die Gesellschaft nicht aufrechnen. Zu diesen Leistungsverpflichtungen der Aktionäre an die Gesellschaft gehört in erster Linie die Einlagenschuld auf Aktien und als solche hier die Schuldigkeiten der Aktionäre auf die noch ausstehenden 75% ihrer Einlagen auf übernommene Aktien. Nach der zwingenden Vorschr. des § 221 HGB. konnten mithin die Aktionäre einseitig jedenfalls gegen die Einlageforderungen überhaupt nicht aufrechnen; eine solche Aufrechnung wäre schlechthin unzulässig und damit rechtlich unbeachtlich. Das würde bedeuten, daß die Einlagenansprüche rechtlich noch als offene zu behandeln wären. Ob alsdann für den Verwirkungsgedanken überhaupt Raum wäre, ist zum mindesten zweifelhaft. Nun ist aber auch in der Rspr. des erf. Sen. anerkannt, daß § 221 HGB. grundsätzlich der Aufrechnung von Seiten der Gesellschaft nicht im Wege steht (s. z. B. JW. 1901, 755¹⁶⁾; RG. 72, 267; 85, 351¹⁷⁾). Darum handelt es sich hier. Aber es ist wiederum allgemein anerkannt, daß die Zulässigkeit der Aufrechnung davon abhängt, daß die Gegenforderung der Aktionäre gegen die Gesellschaft vollwertig ist. Dieses Erfordernis wird des näheren dahin umschrieben, daß es hieran fehle, wenn die Gesellschaft entweder überschuldet oder zahlungsunfähig ist, wobei es ausschließlich auf den objektiven Sachverhalt ankomme. Im vorl. Fall war die Schuld der Gesellschaft aus dem Dividendenverteilungsbeschuß um deswillen nicht vollwertig, weil sie der Geldwertung wegen ihrem inneren Wert nach hinter dem Wert der Einlageforderung zurückblieb, so daß die Gesellschaft hinsichtlich der Aktienausgabe vom Januar und April 1921 einen Anspruch auf teilweisen Ausgleich der Geldwertminderung in der Form eines Aufw.anspruchs hatte, der nichts anderes ist als der ursprüngliche Anspruch selbst und der deshalb ebenfalls dem Schutz des § 221 HGB. unterliegt. Ob allerdings auch wegen der Einzahlungsansprüche aus der Kapitalerhöhung vom Dezember 1922 im Hinblick auf ihren an und für sich schon äußerst geringfügigen inneren Wert Aufw. verlangt werden könnte, ist zweifelhaft. Die grundsätzliche Frage, die sich nun hier erhebt, ist die, ob wegen der mangelnden Vollwertigkeit der Ansprüche der Aktionäre gegenüber ihren Ein-

²⁾ JW. 1928, 622. ³⁾ JW. 1929, 2144. ⁴⁾ JW. 1928, 630.
⁵⁾ JW. 1928, 2852. ⁶⁾ JW. 1929, 632. ⁷⁾ JW. 1929, 2144.

¹⁶⁾ JW. 1914, 1083.

lageschulden auf die Aktien die damals erklärte Aufrechnung überhaupt rechtlich unbeachtlich ist, m. a. W. die Sache also so zu behandeln ist, wie wenn überhaupt nicht bezahlt oder aufgerechnet worden wäre, die Ansprüche der Gesellschaft vielmehr offen geblieben sind, oder ob bei der rechtlichen Betrachtungsweise im Rahmen der freien Aufw. der vorl. Tatbestand keine andere Beurteilung erfahren kann, als wenn statt aufzurechnen, die Gesellschaft den Aktionären die $4\frac{1}{2}$ Millionen Papiermark ausbezahlt und von ihnen sofort wieder zwecks Tilgung der Einlagerückstände auf Aktien zurückerhalten hätte. In der Tat muß aber unter dem das ganze Recht der freien Aufw. beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben aufwerterrechtlich Zahlung und Aufrechnung hinsichtlich Zulässigkeit und Wirkungen auch hierher gleich behandelt werden. Denn auf alle Fälle handelt es sich um den Ausgleich der Geldentwertung und damit, wie der erf. Senat schon wiederholt dargelegt hat, um einen Fall der sog. freien Aufw., und zwar um einen solchen der Aufw. kraft Rückwirkung. Die Gesellschaft hat sich durch die vorgenommene Verrechnung der Einlagerückstände mit dem Gewinnanteil der Aktionäre ebenso für voll befriedigt erklärt, wie sie es im Fall der Zahlung des Reumbetrags getan hätte und hat dieser ihrer Stellungnahme unzweideutig bei Aufstellung der Goldmarkeröffnungsbilanz und der Gestaltung der Goldmarkumstellung stillschweigend weiteren Ausdruck dadurch verliehen, daß Ansprüchen wegen der Einzahlungen in der Geldentwertungszeit nirgends und nirgendwie Rechnung getragen wurde, vielmehr von der Vollenziehung der Aktien in der Papiermarktzeit ausgegangen und danach verfahren worden ist. Der Kl. selbst hat ferner nicht behaupten können, daß die Gemeinschuldnerin bis zum März 1930 in irgendeiner Form ihren Aktionären gegenüber etwas von Aufw-Ansprüchen wegen der Leistungen auf die Aktien in der Papiermarktzeit habe verlauten lassen. Der Sachverhalt war also in der Tat der, daß von Oktober 1923 bis März 1930 das Rechtsverhältnis bezüglich der Einlagezahlungen als restlos abgewickelt schien. Nun ist die weitere grundsätzliche Frage aufzuwerfen, ob auch gegenüber von Aufw-Ansprüchen aus Forderungen der Art, wie sie hier in Betracht kommen, der sog. Einwand der Verwirkung erhoben werden kann. Diese Frage muß bejaht werden. Gewiß wäre die Rechtslage eine andere, wenn der Rechtsgedanke der sog. Verwirkung sich auf die Annahme eines stillschweigenden Verzichts des Gläubigers gründen würde. Dann ließe sich unter Bezugnahme auf § 221 BGB. sagen, daß, wie ein ausdrücklicher Verzicht der Gesellschaft unmöglich gewesen wäre, so auch ein stillschweigender der aktienrechtlichen Sondervorschrift des § 221 BGB. gegenüber nicht in Betracht komme. Allein der Untergang des Aufw-Anspruchs kraft „Verwirkung“ steht als Erlösungsgrund selbständig und unabhängig neben dem des Verzichts; er ist allein aus § 242 BGB. herzuleiten und greift durch, wenn die Aufw-Ansprüche von Seiten des Gläubigers so spät erhoben werden, daß ihre Geltendmachung mit Treu und Glauben unvereinbar erscheint. Hier liegen zwischen dem Versuch der Wiederauflösung des anscheinend restlos abgewickelten Einlageschuldverhältnisses rund $6\frac{1}{2}$ Jahre. In der Goldmarkeröffnungsbilanz und den späteren Jahresbilanzen der Gesellschaft ist nirgends auf solche Ansprüche auch nur als möglicherweise bestehende hingewiesen worden. Es kann keine Rede davon sein, daß solche Ansprüche für die Gläubiger der Gesellschaft in Absicht auf die Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit der Gemeinschuldnerin noch irgendwie hätten von Bedeutung sein können, zumal es sich ohne hin um Ansprüche aus der Geldentwertungszeit handelte, die von vornherein ihrem inneren Wert nach nur noch kleine bzw. kleinste Bruchteile einer Friedensmark darstellten. Gaben oder beließen etwa Gläubiger aber je gerade wegen der Möglichkeit des Bestehens solcher Ansprüche der Gemeinschuldnerin Kredite, ohne die Bedingung daran zu knüpfen, daß auch die geeigneten Schritte seitens der Gesellschaft zur Wahrung und Erhaltung der Ansprüche unternommen würden, so war dies ihre Sache und kann keinen Grund abgeben, deshalb etwa die Verschweigung der Aufw-Ansprüche der Gesellschaft abzulehnen. Ein solcher Grund kann auch daraus nicht hergeleitet werden, daß die Befl. Großaktionärin der Gemeinschuldnerin war und als solche Einfluß auf die Verwaltung und deren Zusammenfassung besaß. Kl. kann selbst nicht

behaupten, daß etwa auf Betreiben der Befl. von der rechtzeitigen Auflösung der Aufw-Frage gegenüber den Aktionären Abstand genommen worden ist. Es muß ferner in Betracht gezogen werden, daß der „Goldwert“ der Ausgabe vom Dezember 1922 ohnehin ein niedriger war, daß schon deswegen von vornherein äußerst zweifelhaft erscheinen mußte, ob nicht eben die Geringfügigkeit des auf die einzelne Aktie bestenfalls entfallenden Nachzahlungsbetrags der Wiederauflösung der Einzahlungsverhältnisse dieser Emission von vornherein schon § 242 BGB. im Wege stand. Der innere Wert der Emission vom Januar und April 1921 war allerdings ein ungleich höherer, aber immer auch nur ein Bruchteil der Friedensmark. Davon war ein Viertel seinerzeit bar einbezahlt worden. Vollaufwertung des Rests hätte nach dem von dem erf. Sen. gerade auch für die rückständigen Einlagen auf Aktien von Versicherungsgesellschaften z. B. in RG. 120, 363 ff. (373)⁹⁾ aufgestellten Grundsätzen keinesfalls verlangt werden können, vielmehr hätte wegen der für alle Aktionäre gleichmäßig zu bemessenden Höhe der Aufw. ganz erheblich unter dem Höchstbetrag, d. h. des so oder so ermittelten Goldwerts der restlichen Einlageforderung heruntergegangen werden müssen (s. a. RG. 120, 371¹⁰⁾; 122, 349¹¹⁾; JW. 1930, 2941). Der so auf die einzelne Aktie entfallende und im ganzen für die AktG. herauszuholende Betrag war dann kein so hoher, daß sich nicht mit Grund die Frage aufwerfen ließe, ob nicht die rechtzeitige Geltendmachung von Aufw-Ansprüchen wegen der damit notwendig verbundenen Benruhigung in Aktionär- und sonstigen Kreisen letzten Endes dem Gedeihen der Gesellschaft abträglicher war, als ein etwaiger Untergang des Anspruchs durch Zeitablauf.

(U. v. 4. Dez. 1931; 135/31 II. — Berlin.)

[Ru.]

3. § 286 ZPO.; §§ 271, 268 SGB.; § 133 BGB.

1. Der versehentlich unrichtige Klageantrag kann noch in der Rev.Jnst. aus dem Klagevorbringen ergänzt werden.

2. Anfechtbarkeit eines GenVers Bilanzgenehmigungsbeschlusses einer AktG. als sittenwidrig, wenn in der Bilanz eine besondere Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder enthalten ist, die in der Satzung nicht vorgesehen und auch sonst nicht begründet ist. Der Vorstand kann sie nicht begründen, weil er die Gesellschaft nur nach außen, nicht aber gegenüber ihren Organen vertreten kann, die GenVers. nicht ohne einen entsprechenden Antrag und seine Anknüpfung in der Tagesordnung. Trotzdem ist die Anfechtung wegen Sittenwidrigkeit nur dann zulässig, wenn der Beschluß unter Mißbrauch der Mehrheit zum Nachteil der Minderheit gefaßt ist.

Der Kl., Hauptgründer und ursprünglicher Besitzer der Aktienmehrheit der befl. AktG., hat in der Folge den größten Teil seines Aktienbesitzes veräußert. So sind jetzt der Vorsitzende des Aufsichtsrats der Befl. und dessen Ehefrau Inhaber der Aktienmehrheit bei der Befl. Der Aktienbesitz des Kl. beträgt aber immerhin noch erheblich mehr als 10% des Grundkapitals der Gesellschaft von 60 000 M. Am 16. Aug. und 13. Sept. 1929 fanden bei der befl. AktG. GenVers. statt, auf deren Tagesordnung u. a. die Genehmigung der Jahresbilanz für das Geschäftsjahr 1928 und die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat standen. In der GenVers. v. 13. Sept. 1929 waren 11 Aktionäre mit 57 160 M. Aktienkapital und 2858 Stimmen vertreten, darunter Kl. mit Aktien über 18 860 M. und 943 Stimmen. Die vorgelegte Bilanz für 1928 wurde mit 1884 gegen 974 Stimmen, darunter die 943 Stimmen des Kl., genehmigt. Dabei stimmten Vorstand und Aufsichtsrat mit; für die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat wurden 1131, dagegen 949 Stimmen, darunter wieder die 943 Stimmen des Kl., abgegeben; Vorstand und Aufsichtsratsmitglieder hatten sich hierbei der Abstimmung enthalten. Kl., der sofort Widerspruch zu Protokoll erklärt hat, greift den Bilanzgenehmigungsbeschluß und

⁹⁾ JW. 1928, 2852. ¹⁰⁾ JW. 1928, 2852. ¹¹⁾ JW. 1929, 632

die Entlastungsbeschlüsse wegen angeblicher, von ihm im einzelnen näher dargelegter Verstöße gegen Gesetz, gute Sitten und Satzung mit der Anfechtungs- und Nichtigkeitsfeststellungsklage an; sein Antrag in der Klageschrift ging dahin: „die Beschlüsse der GenVers. v. 13. Sept. 1929 betreffend Entlastung des Vorstands und die Genehmigung der Bilanz des Geschäftsjahres 1928 für nichtig zu erklären, evtl. festzustellen, daß diese Beschlüsse unwirksam seien.“

Nach diesem von den Vorinstanzen abgewiesenen Antrag hat das RG. unter Aufhebung der Vorentscheidung und unter Hinzufügung der Worte „und des Aufsichtsrats“ erkannt.

1. Der Kl. hat durch Vorlegung der Zustellungsurkunden nachgewiesen, daß die Zustellung der Klage an Vorstand und Aufsichtsrat der Bekl. am 10. Okt. 1929 und nicht, wie es nach dem Sitzungsprotokoll v. 11. Nov. 1929 der Fall zu sein schien, erst am 16. Okt. 1929 erfolgt ist. Die Monatsfrist des § 271 Abs. 2 HGB., deren Einhaltung in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen geprüft werden muß, ist deshalb an und für sich gewahrt. Bedenken könnten sich nur hinsichtlich der Anfechtung des Beschlusses auf Entlastung des Aufsichtsrats ergeben, weil der Antrag der Klageschrift, so wie er zugestellt und bei den Gerichtsakten ist, ausdrücklich nur auf die Nichtigkeitsklärung des Bilanzgenehmigungsbeschlusses und des Beschlusses auf Entlastung des Vorstands geht, bezüglich des Entlastungsbeschlusses des Aufsichtsrats aber nichts befragt. Inwieweit handelt es sich indessen zweifellos um ein offenkundiges bloßes Schreibversehen. Denn in der Klageschrift selbst wird im dritten Absatz ausdrücklich erklärt, daß angefochten werden der Bilanzgenehmigungsbeschluss und die Beschlüsse auf Entlastung des Vorstands und Aufsichtsrats. Dem Aufsichtsrat wird ja gerade auch gesegnet, seinen Mitglieder für ihre Tätigkeit bei der Bekl. vorgeworfen. Demgemäß konnte aber von allem Anfang an auch die Bekl. nicht darüber im unklaren sein und war dies auch nicht, daß mitangefochten werden sollte und ist der Beschluss über die Entlastung des Aufsichtsrats. Dann schadet aber das offensichtliche Auslassungsversehen im formellen Klageantrag der Ordnungsmäßigkeit und Fristzeitigkeit der Anfechtungsklage auch hinsichtlich der Entlastung des Aufsichtsrats nichts. Der Nichtigkeitsfeststellungsklage steht allerdings der Mangel der RevSumme entgegen, da das für deren Bemessung ausschlaggebende Interesse des Kl. an der Vernichtung der streitigen Beschlüsse nach seinen eigenen Darlegungen in der RevSumme weit unter 6000 M bleibt (s. hierzu JW. 1930, 2704³⁰). Doch können, wie der erf. Sen. des öfteren schon ausgesprochen hat, auch absolute Nichtigkeitsgründe — solche liegen übrigens hier nicht vor — im Zug der Anfechtungsklage geltend gemacht werden, sofern nur die besonderen Voraussetzungen dieser Klage gewahrt sind. Das wäre hier zu bejahen.

2. Den Kern der Klage bildet die Behauptung, daß der Aufsichtsrat neben den ihm nach § 18 der Satzung zustehenden Bezügen sich in gesegnet-, sitten- und satzungswidriger Weise eine Sondervergütung von 7700 M zugebilligt, diesen Anspruch „verschleiert“ in die Bilanz eingestellt und letztere durch die mit ihm im wesentlichen wirtschaftlich identische Mehrheit der GenVers. im Widerspruch zu Gesetz, guten Sitten und Satzung habe genehmigen lassen.

Der Vorderrichter ist auf dieses Klagevorbringen eingegangen, hält es aber für unbegründet.

Demgegenüber rügt die Rev. Verletzung des § 271 HGB., des § 133 BGB. und des § 286 ZPO. Sie mußte im Ergebnis Erfolg haben. Zunächst ist außer Zweifel, daß der Kl. als Aktionär die Anfechtung des Bilanzgenehmigungsbeschlusses an und für sich auch auf kaufmännisch nicht gerechtfertigte Einsetzung von Schuldposten in die Bilanz stützen kann. Gewiß würde der Anfechtungsklage hinsichtlich des Bilanzgenehmigungsbeschlusses der bloße Nachweis, daß die Ansprüche des Aufsichtsrats sachlich nicht begründet sind, noch keineswegs zum Zug verhelfen. Die Ansprüche sind nun einmal von den Aufsichtsratsmitgliedern erhoben und von Vorstand und Aufsichtsrat in die Bilanz eingestellt, und wenn die Mehrheit der GenVers. aus vertretbaren Gründen unter Beachtung von Gesetz, Satzung und guten Sitten es trotz des Widerspruchs des Kl. auch zu diesem Teil bei dem ihr vorgelegten Bilanzentwurf beließ, so könnte daraus allein, daß

die Ansprüche tatsächlich nicht zu Recht bestanden, weder die Gesetz- noch die Sitten- oder Satzungswidrigkeit des Bilanzgenehmigungsbeschlusses hergeleitet werden. Daran würde auch der Umstand nichts ändern, daß durch die Belassung des Schuldpostens von 7700 M in der Bilanz allerdings das satzungsmäßig anerkannte Gewinnbezugsrecht des Kl. im Ergebnis verkürzt wurde, falls nur die Belassung des Postens in der Bilanz sich überhaupt noch sachlich rechtfertigen läßt. Es muß vielmehr noch weiteres hinzukommen. Die Urteilsgründe lassen nicht, jedenfalls nicht deutlich, erkennen, ob der Vorderrichter sich über diese Rechtslage voll und ganz klar gewesen ist. Er hat im übrigen der Anfechtungsklage um deswillen den Erfolg verweigert, weil er dafür hält, daß die Sondervergütungsansprüche des Aufsichtsrats an und für sich begründet und, soweit sie der Höhe nach unangemessen seien, von dem Kl. auf dem Weg des § 268 HGB. hätten bemängelt werden müssen. Letzteres ist in dieser Allgemeinheit zweifellos rechtlich fehlerhaft. Ebenso wie die Einstellung nicht bestehender Ansprüche in die Bilanz überhaupt unter den schon hervorgehobenen weiteren Voraussetzungen einen Anfechtungsgrund abgeben kann, gilt gleiches, wenn jene Voraussetzungen zwar nicht hinsichtlich des Grundes, wohl aber bezüglich der Höhe des Anspruchs und deren bilanzmäßige Bewertung vorliegen.

Anlangend die sachliche Berechtigung des Sondervergütungsanspruchs, so bestimmt § 18 der Satzung, daß der Aufsichtsrat für seine Tätigkeit eine über Kostenkonto zu verbuchende jährliche Vergütung und einen nach § 245 HGB. zu berechnenden Gewinnanteil von 16% des jährlichen Reingewinns, ferner Ersatz der baren Auslagen zu beanspruchen habe. Laut § 17 Abs. 1 ist der Aufsichtsrat berechtigt, die Wahrnehmung bestimmter Geschäfte einem oder mehreren seiner Mitglieder dauernd oder vorübergehend zu übertragen und ihnen dafür besondere Vergütungen zu gewähren. Solche Vertrauung einzelner Aufsichtsratsmitglieder mit bestimmten Geschäften ist aber weder auf Dauer noch für das Geschäftsjahr 1928 erfolgt. Der Vorderrichter meint nun aber, der Sondervergütungsanspruch bestehe aus einem anderen Grund zu Recht. Er führt nämlich weiter aus, daß nach § 10 der Satzung der Vorstand allein berechtigt sei, die Gesellschaft zu vertreten, eine Bestimmung, die übrigens nur den Inhalt des § 231 HGB. wiedergibt. Demgemäß sei das alleinige Vorstandsmitglied K. der Bekl. zur Bewilligung der Forderungen der Aufsichtsratsmitglieder befugt gewesen; deshalb sei die Behauptung der Bekl. erheblich, K. habe als Vorstand die Ansprüche der Aufsichtsratsmitglieder bewilligt.

Diese Ausführungen werden von der Rev. mit Grund als rechtsirrtümlich angegriffen. Durch die Satzung ist der Kreis der gesetzlichen Obliegenheiten des Aufsichtsrats gegenüber den sich aus § 246 HGB. ergebenden Aufgaben sehr wesentlich erweitert worden. Daß aber durch die in der Satzung für die Aufsichtsratsmitglieder ausgeworfene Vergütung auch die in den weiteren Rahmen der Satzung fallende Tätigkeit mit abgegolten sein sollte, kann füglich einem Zweifel nicht unterliegen. Darüber konnten sich angesichts des klaren, eindeutigen Wortlauts der in Betracht kommenden Satzungsbestimmungen weder Aufsichtsrat noch Vorstand im unklaren sein und waren sich dies auch nicht, da sie sich mit den Satzungsvorschriften, wie ohne weiteres angenommen werden muß, pflichtmäßig vertraut gemacht hatten. — Schon aus dem bisher Dargelegten folgt, daß die Aufsichtsratsmitglieder der Bekl. als solche für ihre angeblich über den „allgemein üblichen Rahmen hinausgehende Tätigkeit“ Entlohnungsansprüche nur im Umfang des § 18 der Satzung hatten. Rechtlich verfehlt ist nun aber weiter, wenn der Vorderrichter meint, der Vorstand der Bekl. sei als solcher zur Bewilligung der Sondervergütungsansprüche befugt gewesen. Er konnte dies vielmehr nur dann und insoweit rechtswirksam tun, als er durch die Satzung oder einen GenVerschl. hierzu ermächtigt war. Demgegenüber schlägt auch der Hinweis auf die gesetzliche Vertretungsmacht des Vorstands nicht durch; sie bezieht sich auf das Verhältnis der Gesellschaft nach außen und Dritten gegenüber, erstreckt sich aber nicht auf die Rechtsbeziehungen der Bekl. zu ihren Organen. Nach den Feststellungen des Vorderrichters würde es sich aber hier sachlich jedenfalls um gar nichts anderes als eben um die Zubilligung einer Sondervergütung an die Auf-

sichtsratsmitglieder als solche handeln. Dabei ist es völlig gleichgültig, ob diese Sondervergütung etwa aus Billigkeitsgründen gerechtfertigt wäre (s. hierzu auch Brodmann, Anm. 1b zu § 245 HGB.). Daß die Satzung dem Vorstand der Bekl. eine solche Vergütung eingeräumt hätte, behauptet die Bekl. selbst nicht und kann angesichts der satzungsmäßigen Regelung der Aufsichtsratsvergütung füglich auch nicht behauptet werden. Diese Rechtslage verkennt der Vorderrichter. Damit entfällt aber ohne weiteres hierher der die Entscheidung über die Anfechtung des Bilanzgenehmigungsbeschlusses tragende Grund.

Nun hätte allerdings die GenVers. hinterher entweder selbst einen entsprechenden Beschluß über die Bewilligung einer Sondervergütung an die Aufsichtsratsmitglieder fassen oder den Vorstand ermächtigen bzw. anweisen können, seinerseits den Aufsichtsratsmitgliedern eine Sondervergütung zuzusagen. In dem Bilanzgenehmigungsbeschuß selbst kann aber ein rechtswirksamer Beschluß dieses Inhalts keinesfalls gefunden werden. Denn einmal hätte die Frage einer Sondervergütung alsdann ordnungsmäßig als Beratungs- bzw. Beschlußgegenstand angekündigt werden müssen, weiter hätte angesichts der satzungsmäßigen Normierung der Aufsichtsratsvergütung einerseits, der Gewinnverteilungsbestimmungen andererseits ein solcher Beschluß nur einstimmig gefaßt werden können. In beiderlei Richtung fehlt es aber hier, und diese Mängel sind auch hinreichend deutlich schon in der Klage als Anfechtungsgründe geltend gemacht, der erstere in der Form, daß die Anfechtung gerade mit darauf gestützt ist, daß diese Aufsichtsratssondervergütung in die Bilanz verschleiert eingestellt worden ist. Es muß deshalb zunächst dabei verbleiben, daß die Aufsichtsratsmitglieder einen Rechtsanspruch auf die Vergütung nicht hatten. — Dies reicht jedoch noch nicht aus, um die Anfechtung des Bilanzgenehmigungsbeschlusses zu rechtfertigen. Jedoch die Feststellungen des Vorderrichters in Verbindung mit dem unstreitigen Sachverhalt führen weiter. Zunächst steht hiernach fest, daß inmitten des Aufsichtsrats der Gedanke an eine Sondervergütung erst nach Abschluß des Geschäftsjahres aufgetaucht ist, als sich nach dem Bilanzentwurf ein Reingewinn ergab. Darüber, daß der Fall des § 17 Abs. 1 der Satzung nicht vorliege, war sich der Aufsichtsrat nicht im unklaren. Zum mindesten haben die Aufsichtsratsmitglieder damit gerechnet, daß sich aus dieser Bestimmung ihre weit über den Rahmen des § 18 der Satzung hinausgehenden Ansprüche nicht rechtfertigen lassen würden. Wie sie nicht verkennen konnten und nicht verkannt haben, sollte sodann der vorgeschlagene Ausweg jenen rechtlich zum mindesten höchst zweifelhaften Ansprüchen nun den äußeren Anschein einer gewissen Berechtigung verleihen. Die Aufsichtsratsmitglieder haben durch diese rücksichtslose Verfolgung ihrer eigenen Interessen in offenem Widerspruch zu den ihnen anvertrauten Interessen der Gesellschaft im ganzen und der Aktionäre in ihrer Gesamtheit offensichtlich die ihnen obliegende Amtspflicht, auf eine satzungsmäßige Verwendung des Reingewinns der Bekl. besonders bedacht zu sein, völlig außer acht gelassen. Die beteiligten Mitglieder des Aufsichtsrats der Bekl. bildeten aber zusammen mit der Ehefrau des Aufsichtsratsvorsitzenden die Mehrheit in der GenVers., waren sonach mit dieser Mehrheit wirtschaftlich identisch. Dann aber stellt sich die Sachlage so dar, daß die Mehrheit der GenVers. in ihren ausschlaggebenden Teilen sich bei der Frage der Befassung der von dem Kl. angegriffenen, in die Bilanz miteingestellten angeblichen Sondervergütung des Aufsichtsrats nicht mehr von sachlicher Erwägung, sondern von dem Gedanken an den eigenen Nutzen leiten und darüber geüffentlich das Gesellschafts- und Minderheitsinteresse ganz in den Hintergrund treten ließen. Ein solches Vorgehen kann aber vor dem Recht und den guten Sitten im gesellschaftsrechtlichen Verkehr keinen Bestand haben. Erwägt man, daß das Grundkapital der Gesellschaft nur 60 000 M beträgt, daß die ganzen Handelsunkosten, abgesehen von der Sondervergütung des Aufsichtsrats, sich nur auf 10 025 M belaufen, die Bezüge des Aufsichtsrats demgemäß mit der Sondervergütung und dem satzungsmäßigen Pauschale diesen letzteren Kosten sogar überstiegen (7 700 M + 2 750 M = 10 450 M), so erscheint diese Annahme um so unbedenklicher, zumal in dem Geschäftsbericht der Verwaltung zu den Vorlagen an die GenVers.

v. 10. Okt. 1929 noch ausdrücklich hervorgehoben ist, daß die Bekl. wie schon im Vorjahr unter dem Mangel an flüssigen Mitteln zu leiden gehabt hatte.

(U. v. 8. Jan. 1932; 128/31 II. — Celle.)

[Ru.]

2. Kommanditgesellschaft.

4. §§ 21, 249, 254 HGB.

1. Eine KommGes. haftet nicht aus § 31 HGB. für unerlaubte Handlungen ihres Prokuristen.

2. Für die Frage, ob durch das Verhalten einer Person ein Schaden entstanden ist, ist stets lediglich davon auszugehen, wie die Lage sich gestaltet haben würde, wenn dieses schadenstiftende Verhalten nicht stattgefunden hätte.

3. Wenn die Anwendung des § 254 HGB. auch nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, wenn der Täter vorsätzlich den Schaden herbeigeführt und der Geschädigte seinerseits bei der Entstehung des Schadens nur fahrlässig mitgewirkt hat, so wird doch regelmäßig in derartigen Fällen von einer Minderung der Haftung abgesehen; jedenfalls kann sich grundsätzlich der Arglistige nicht auf ein Verschulden des Geschädigten berufen, das nur in zu großem Vertrauen auf die Worte des Schädigers selbst besteht.

Der Kriegsbeschädigte P. beabsichtigte das Gastwirtschaftsgrundstück des K. mit Hilfe eines Darlehens der Bekl. und einer Kapitalabfindung für seine Versorgungsgebühren zu kaufen. Das Hauptversorgungsamt bewilligte ihm mit Bescheid v. 28. April 1927 zum Erwerb dieses Grundbesitzes eine Kapitalabfindung unter der Bedingung, daß die Summe zur teilweisen Deckung des Kaufpreises zu verwenden und auf Erfordern des HVersA. zurückzuzahlen sei, wenn sie nicht bis 27. Juli 1927 bestimmungsgemäß verwendet sei oder wenn der Zweck der Kapitalabfindung vereitelt werde; dem P. wurde aufgegeben, zu veranlassen, daß zur Sicherung der Rückzahlung zugleich mit seiner Eintragung als Eigentümer eine Sicherungshypothek in Höhe der Abfindungssumme gem. § 79 HVersorgG. für den Reichsfiiskus, vertreten durch das HVersA. M., hinter höchstens 21 000 M Vorhypotheken eingetragen würde.

In dieser Vereinbarung war aber darauf hingewiesen, daß für die Brauerei K. im Grundbuch noch eine Sicherungshypothek zu 6500 M eingetragen sei; es wurde vereinbart, daß der Betrag, der auf diese von dem Käufer nicht zu übernehmende Hypothek entfalle, an den Verkäufer nur gegen Löschungsfähige Quittung bezahlt werden solle; P. beauftragte gleichzeitig die Bekl., „die Regelung unmittelbar mit K. vorzunehmen“.

Am nächsten Tage schloß P. mit K. einen notariellen „Ergänzungsvertrag“. Der Käufer erklärte dem Verkäufer u. a., er lasse sich die Eintragung der Brauerei „einstweilen gefallen“.

P. hatte mit einer privatschriftlichen Urkunde v. 5. Mai 1927 „die ihm zustehende Kapitalabfindung“ an die Bekl. „abgetreten“ und verfügt, daß die Auszahlung dieser Summe nicht an ihn, sondern vom Versorgungsamt an die Bekl., der nunmehr das Verfügungsrecht über die Abfindungssumme zustehe, erfolgen solle.

Noch am 6. Mai 1927 hatte die Bekl. ein Schreiben an den Kl. gerichtet, worin sie erklärte, die Eintragung der von dem HVersA. verlangten Sicherungshypothek sei nach vorgehenden 21 000 GM. beantragt und mitteilte, wie die Rangfolge im Grundbuch nach Vornahme der beantragten Eintragungen sein werde.

Der mit der Bearbeitung der Sache beauftragte Beamte des Kl. veranlaßte daraufhin die Auszahlung der Abfindung an die Bekl.

Es war unerwähnt und dem Kl. wie dem HVersA. unbekannt geblieben, daß nach den zwischen P. und K. getroffenen Vereinbarungen die Hypothek der Brauerei vor der Sicherungshypothek des HVersA. stehen blieb, so daß letztere nicht den bedingungsgemäßen Rang hinter höchstens 21 000 GM. bekommen hatte. Die Firma K. willigte in der

Folge nicht in die Löschung ihrer Hypothek. B. konnte die Wertzuwachssteuer nicht bezahlen; das Grundstück wurde nicht auf ihn umgeschrieben und später versteigert.

Dem Kl. haben das HVerfA. und B. alle Ansprüche aus der Abfindung des B., vertragliche wie gesetzliche, abgetreten.

Der Kl. nimmt die Befl. auf Rückzahlung der Abfindung in Anspruch.

LG. und OLG. haben verurteilt, die Rev. führte zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung.

Das BG. kommt zur Zurückweisung der Berufung der Befl. ausschließlich aus dem Rechtsgrunde des § 826 BGB. Die Befl. habe gemußt, daß die Herbeiführung der Löschung der Hypothek der R.-Brauerei erst von ihr mit Mitteln, die sie zur Verfügung stellen sollte, bewirkt werden sollte, daß die Hypothek also vorläufig habe stehenbleiben müssen.

Für den Rechtsstreit entscheidend sei der Umstand, daß der Prokurist H. in seinem Schreiben an den Kl. vom 6. Mai 1927, in welchem er um die Auszahlung der Abfindung ersucht habe, es unterlassen habe, die ihm bekannte Hypothek der R.-Brauerei zu erwähnen; er habe dem Kl. die Tatsache verheimlicht, daß diese Hypothek zur Zeit auf dem Grundbesitz ruhte und vorläufig stehenbleiben mußte, und daß die Abfindungshypothek deshalb nicht den Rang hinter 21000 G.M. erhalten würde. Es liege auf der Hand, daß diese besondere Vereinbarung nicht erst getroffen worden wäre, wenn die R.-Brauerei nicht bereits die Löschung der Hypothek abgelehnt gehabt hätte oder wenigstens Schwierigkeiten bei der Herbeiführung der Löschung zu erwarten gewesen wären. Da dem H. unbestrittenmaßen der Inhalt des Kapitalabfindungsbescheides bekannt gewesen sei, habe er durch sein Schreiben v. 6. Mai 1927 eine mit den Bedingungen des Bescheides in Widerspruch stehende Auszahlung erstrebt, und zwar in der Hoffnung, der Kl. werde seinen Angaben, die Rangordnung sei gesichert und alles in Ordnung, Glauben schenken. Die Handlungsweise H.s, „für dessen Verhalten als Prokurist die Befl. einzustehen habe“, stelle sich als eine vorsätzliche Schädigung des Fiskus und u. U. auch des Kl. dar.

Die Ausführungen des BG. beruhen offensichtlich auf der Annahme, die Befl. — eine KommGes. — habe für das sittenwidrige Verhalten ihres Prokuristen H., durch welches er vorsätzlich dem Fiskus oder dem Kl. Schaden zugefügt habe, also für eine unerlaubte Handlung dieses Prokuristen, einzustehen.

Diese Rechtsauffassung ist aber irrig.

Abgesehen von vertraglichen Beziehungen und abgesehen von dem Falle des § 831 BGB. besteht eine Haftpflicht des Vertretenen, dem kein eigenes, seine Haftung aus §§ 823 oder 826 begründendes Verschulden zur Last fällt, für unerlaubte Handlungen des Vertreters nur in den Fällen und im Rahmen der §§ 30, 31, 89 BGB.

Wenn auch die Rfpr. (vgl. RG. 78, 48¹) und teilweise dort zit. frühere Entsch.: RG. 15, 128; 17, 95; 20, 192; 32, 35; 46, 20; 76, 48²); Rep. VI 16/05; VI 256/05; VI 393/05; VI 62/07) die Grundsätze des § 31 BGB. auf die Haftung einer OHG. für unerlaubte Handlungen eines Vertretungsberechtigten Gesellschafters in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen für anwendbar erklärt hat, so unterscheidet sich doch die Haftung einer KommGes. für unerlaubte Handlungen ihres Prokuristen wesentlich in ihren Voraussetzungen und in ihrem Umfange von jener.

Der Prokurist einer KommGes. ist nicht ihr Organ, sondern ihr, mit einer besonderen rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht ausgestatteter Handlungsbevollmächtigter, ihr Angestellter; seine rechtliche Stellung gegenüber der OHG. oder KommGes. ist keine andere, als diejenige eines Prokuristen zu einem Einzelkaufmann; so wenig dieser für unerlaubte Handlungen des Prokuristen allgemein haftet, ebensowenig haftet die KommGes.

Von diesem Rechtsirrtum sind die Ausführungen des BG. in ihrer Gesamtheit beeinflusst. Denn sie unterscheiden nicht zwischen dem Verhalten des H. und demjenigen „der Befl.“, deren persönlich haftende Gesellschafter vom BG. überhaupt nicht genannt werden. Das Wissen und Wollen des H. wird demjenigen „der Befl.“ gleichgestellt. Die Fest-

stellungen des BG. ermöglichen keinen Schluß darüber, ob auch Gesellschafter der Befl., und zwar persönlich haftende, die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung erfüllt haben.

III. Das BG. erblickt in der Kapitalabfindung einerseits eine erhebliche Vergünstigung des Rentenempfängers, andererseits ein „Opfer“ des Fiskus; aus letzterem erkläre sich, daß gem. § 79 Abs. 2 RVerfOrgG. zur Sicherung der Rückzahlung der Abfindungssumme die Behörde die Eintragung einer Sicherungshypothek verlangen kann. Es mag dahingestellt bleiben, ob dieser Hinweis des BG. für den Begriff des „Opfers“ beweiskräftig ist, da die Rückforderung des Kapitals auch in den Fällen, in welchen sie erfolgen kann, im Ermessen der Behörde nach § 79 Abs. II RVerfOrgG. steht und da die Sicherungshypothek weniger dem Rückzahlungsanspruch des durch § 80 RVerfOrgG. ohnehin in einem gewissen Umfange gesicherten Fiskus dienen, als vielmehr den Abgefundenen vor dem Verlust der Abfindungssumme schützen soll (so Arendts, RVerfOrgG., Berlin 1926, § 79 RVerfOrgG. Bem. 4; Gertl, RVerfOrgG., 1931 S. 187 Ziff. 6). Immerhin war im vorl. Falle die Kapitalabfindung von einer ganz bestimmten Sicherung abhängig gemacht worden, und es würde insoweit an sich nichts im Wege stehen, eine nur durch Täuschung bewirkte ungesicherte Hingabe der Abfindungssumme als Schaden zu betrachten; insbes. wird auch berücksichtigt werden müssen, daß die Möglichkeit des Wegfalls der Rente und der Ersparnis von Leistungen (aus §§ 34 ff. RVerfOrgG.) durch Tod oder durch Besserung des Versorgungsleidens (vgl. §§ 73 Abs. 1 Nr. 3, 55 Abs. 3, 57 RVerfOrgG.) des nicht abgefundenen Versorgungsberechtigten infolge der Gewährung der Abfindung wegfiel, daß aber die Abfindung ohne die Täuschung mangels der erforderlichen Sicherheit unterblieben wäre.

Es wird dann davon auszugehen sein, daß durch die ungesicherte Hingabe der Abfindungssumme zunächst irgendein Schaden für den Reichsfiskus entstanden sein kann; es wird dann weiter zu prüfen sein, ob dieser Schaden nicht aufgewogen wird dadurch, daß der Fiskus von seinen Versicherungsverbindlichkeiten freigestellt worden ist (§§ 75 Abs. 2, 80 RVerfOrgG.).

Für die Frage, ob durch das Verhalten der Befl. ein Schaden entstanden sein kann, ist wie stets lediglich davon auszugehen, wie die Lage sich gestaltet haben würde, wenn das schadenstiftende Verhalten der Befl. nicht stattgefunden hätte, nicht etwa, wie sie sich gestaltet hätte, wenn die Rechtslage wirklich so gewesen wäre, wie der Fiskus nach dem Verhalten der Befl. angenommen hat. Von dieser Grundlage ausgehend ergibt sich, daß dann die Abfindung nicht gewährt worden wäre. Der Schaden kann dann aber nur in der Verschlechterung der Vermögenslage des Fiskus nach gewährter Abfindung gegenüber derjenigen bei Fortdauer der Versorgungsverpflichtung nach Maßgabe des RVerfOrgG. bestehen.

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß bei Fortdauer der Versorgungsverpflichtung ohne Abfindung nach Maßgabe des Ges. für den Versorgungspflichtigen gewisse Möglichkeiten des Wegfalls oder der Einschränkung der Leistungspflicht (z. B. aus §§ 34 ff., 73 Abs. 1 Nr. 3 mit 55 Abs. 3, 57, 59 RVerfOrgG.) bestanden, die, wenn einmal eine Abfindung gewährt wird, gegenstandslos werden. Ob und inwieweit in der Berechnung der Abfindungssumme (§§ 75, 76 RVerfOrgG.) auch diese Möglichkeiten des Wegfalls künftiger Leistungen des Versorgungsverpflichteten eingerechnet sind, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls kann hier ein Schaden entstanden sein. Die Annahme des BG., der durch das Verhalten der Befl. entstandene Schaden decke sich mit dem wertlos gewordenen Rückgewähranspruch des Fiskus, ist sonach nicht haltbar. Aus demselben Grunde können aber auch die Ausführungen der Rev. nicht als zutreffend erachtet werden; sie führt aus, ein Schaden sei unbeschwillen nicht feststellbar, weil das Grundstück bei der Versteigerung für nur 18000 M. zugeschlagen worden sei, so daß also, auch wenn die Abfindungssumme an der vom HVerfA. geforderten Stelle — also nach Vorgang von 21000 M. — hypothekarisch gesichert worden wäre, der Fiskus damit doch ausgefallen wäre; übrigens wäre die Eintragung des B. als Eigentümer des Grundstücks auch dann aus denselben Gründen (wegen Nichtzahlung der Wertzuwachssteuer) unterblieben, wenn der Rang der Sicherungshypothek für das Abfindungskapital an

¹) JW. 1912, 189.

²) JW. 1911, 451.

der vorgesehenen Stelle nicht durch das Bestehenbleiben der R.-Hypothek verhindert worden wäre. Auch diese Erwägungen gehen von der unzutreffenden Voraussetzung aus, als ob die Herstellung des Zustandes, der ohne die schadenstiftende Handlung bestände, im vorl. Falle mit der Herstellung desjenigen Zustandes gleichbedeutend wäre, an dessen Bestehen der Kl. geglaubt hat. Sie verlieren ihre Bedeutung mit der Klarstellung, worin der Schaden, um dessen Ertrag es sich hier handeln kann, zu erblicken ist. Für diesen aber ist es völlig belanglos, ob es auch ohne die Täuschungshandlung des H. zu einer Versteigerung des Grundstücks gekommen wäre und mit welchem Ergebnis.

Hiernach ist auch die Frage zu beantworten, auf welchen Schaden sich der Vorfall desjenigen gerichtet haben muß, dem eine nach § 826 BGB. zum Schadenersatz verpflichtende Handlung zur Last liegt. Es wäre zu prüfen, ob die schädigende Person in irgendeiner Weise der Möglichkeit der Entstehung eines Schadens der nach dem Ausgeführten allein in Betracht kommenden Art als Folge seiner Handlungsweise betrauscht geworden ist.

Aus diesen Erwägungen beantwortet sich auch die Frage nach dem Inhalt und Umfang des Schadenersatzanspruches. Um den Zustand herzustellen, der ohne die schädigende Handlung bestehen würde, muß der Fiskus so gestellt werden, als hätte er die Abfindung nicht gewährt. Die Abfindungssumme muß ihm also zurückerstattet werden von dem Schädiger; denn leben die Versorgungsansprüche des Berechtigten wieder auf (§ 81 VerföG.) und dementsprechend gestalten sich auch die Beziehungen zwischen der Bekl. und B.

IV. Die Rev. meint, es sei aus der vom Kl. gestellten Bedingung des Ranges der Abfindungshypothek hinter 21000 M ersichtlich gewesen, daß dem Kl. der Inhalt des Grundbuchs, insbes. das Bestehen und der Rang der R.-Hypothek, bekannt gewesen sei; jedenfalls habe H. annehmen können, daß ihr Bestehen dem Kl. bekannt sei. Demgegenüber hätte festgestellt werden müssen, daß H. gewußt habe, daß der Kl. keine Kenntnis von der Eintragung der R.-Hypothek gehabt habe; denn sonst könne von einer Verheimlichung nicht gesprochen werden. Auch das hätte, so meint die Rev., vom BG. bei der Feststellung des sittenwidrigen Verhaltens des H. sowohl wie bei der Frage nach dem entstandenen Schaden beachtet werden müssen, daß 6500 M ja dem Kl. nur gegen löschungsfähige Quittung hinsichtlich der R.-Hypothek ausbezahlt werden sollten, daß diese 6500 M also, falls diese Quittung nicht erteilt wurde, noch vorhanden gewesen seien und dem Kl. zur Verfügung gestellt werden könnten; auch wenn H. also hinsichtlich der Möglichkeit der Beseitigung der R.-Hypothek nicht in gutem Glauben dem Kl. gegenüber gewesen wäre, so habe er doch jedenfalls mit dem Vorhandensein dieser 6500 M als Sicherung rechnen können.

In wessen Handeln und in welcher Art solchen Handelns ein die Bekl. zum Schadenersatz verpflichtendes Verhalten gefunden werden wird, das kann nach dem zu II Ausgeführten erst auf Grund der erneuten mündlichen Verhandlung vom Tatrichter festgestellt werden. Immerhin mag auf die hier von der Rev. vorgetragene Gesichtspunkte im Hinblick auf die weiter erforderliche Verhandlung soweit als nötig eingegangen werden. Sie sind nicht geeignet, der Feststellung der Arglist oder des Schädigungsvorsatzes den Boden zu entziehen. Denn keinesfalls war, nach den Feststellungen des BG., dem Kl. bekannt, daß die Freistellung von der R.-Hypothek zur Zeit der Hingabe des Kapitals überhaupt nicht oder jedenfalls erst mit dem von ihm vorher gegebenen Gelde möglich werden würde. Diese Feststellungen ergeben vielmehr, daß der Kl. gerade annahm, das Kapital sei bereits in dem Augenblick in der von ihm verlangten Weise gesichert, in welchem es zur Auszahlung kam, und daß er es nur aus dieser Annahme heraus an die Bekl. auszahlte. Im übrigen hat die Bekl. nicht behauptet, daß sie die 6500 M dem Kl. zur Verfügung gestellt habe. Abgesehen hiervon, würde ja auch nach diesem Gedankengang der Rev. noch ein Schaden von mehr als 2000 M dem Fiskus entstanden sein.

Die Rev. meint weiter, schon weil der Rückzahlungsanspruch eines besonderen Erfordernis der Behörde

nach §§ 78, 79 VerföG. bedürfe, könne durch die Auszahlung noch kein Schaden entstanden sein. Dies ist irrig; denn die Auszahlung wäre unterblieben, wenn nicht der dem Fiskus in gewissen Fällen offenstehende Rückforderungsanspruch, der nur von dem „Erfordern“, also eben der Willenserklärung des Fiskus selbst, abhängt, durch die Hypothek gesichert wurde; einer dieser Fälle aber ist eingetreten.

Endlich meint die Rev., grundsätzlich sei „auch gegenüber einer unerlaubten Handlung“ § 254 BGB. anwendbar; hier liege eine so große Fahrlässigkeit des Kl. vor, daß sie auch gegenüber der angenommenen Arglist zu berücksichtigen sei.

Der Rev. ist zuzugeben, daß grundsätzlich die Anwendung des § 254 BGB. auch dann nicht unbedingt ausgeschlossen ist, wenn der Täter vorsätzlich den Schaden herbeigeführt und der Geschädigte seinerseits bei der Entstehung des Schadens nur fahrlässig mitgewirkt hat. Aber abgesehen davon, daß regelmäßig in derartigen Fällen von einer Minderung der Haftung des vorsätzlich Schädigenden abgesehen wird, kann sich grundsätzlich der Arglistige nicht auf ein Verschulden des Geschädigten berufen, das nur in zu großem Vertrauen auf die Worte des Schädigers selbst besteht.

(U. v. 28. Nov. 1931; 341/31 IX. — Naumburg.) [S.]

3. GmbH.

**5. § 11 GmbHG.; §§ 184 Abs. 2, 419 BGB.

1. Die von der vor Entstehung der GmbH. bestehenden bürgerlich-rechtlichen Gründungs-gesellschaft vorgenommenen Geschäfte berechtigen und verpflichten die GmbH. nur insoweit, als sie zur Entstehung der GmbH. erforderlich gewesen sind. Andere Verträge bedürfen zu ihrer Wirksamkeit für und gegen die GmbH. der nachträglichen Genehmigung.

2. Wie weit wirkt die Rückwirkung der Genehmigung nach § 184 Abs. 2 BGB.?

3. Vermögensbegriff i. S. des § 419 BGB. Zum Tatbestand des § 419 gehört, daß der Erwerber die Verhältnisse des Veräußerers kennt und daß nach diesen ihm bekannten Verhältnissen das ganze oder so gut wie das ganze Vermögen mit dem überlassenen Gegenstand auf ihn übergeht.

Der Bekl. ließ auf Grund zweier Urteile am 6. Nov. 1928 auf dem dem Schuldner gehörigen Grundstück sich Sicherungshypotheken eintragen. Die Kl., die durch die Auflassung vom 14. Mai und die Eintragung v. 21. Juli 1929 das Eigentum an dem Grundstück erworben hat, verlangt vom Bekl. die Löschung der Hypotheken, weil schon vor deren Eintragung ihr Anspruch auf Übereignung auf Grund Kaufvertrag vom 14. Juni 1928 vorgemerkt worden war.

1. Die drei Gesellschafter der Kl., welche sie gründeten und ihre ersten Geschäftsführer wurden, haben den Kaufvertr. mit dem Schuldner für die Kl. am Tage der Gesellschaftsgründung abgeschlossen. Am selben Tage wurde die Vorm. bewilligt und bald darauf im Grundbuch vermerkt. Die Eintragung der Kl. im Handelsregister ist erst am 16. Sept. 1928 nachgefolgt. Das BG. hält das für unerheblich, weil die bürgerlich-rechtliche GründerGes. für welche die Wirkungen des Kaufs und der Vorm. zunächst eingetreten seien, sich mit der Eintragung der Kl. ins Handelsregister in deren jetzige Rechtsform verwandelt habe. Daraus folgt nicht, daß die von den Geschäftsführern der GründungsGes. abgeschlossenen Geschäfte unterschiedslos die GmbH. berechtigen und verpflichten. Der Zweck der mit der Gründung zwischen den Gründern entstehenden Ges. erschöpft sich darin, die GmbH. zur Entstehung zu bringen. Dieser Zweck begrenzt den Umfang der Befugnis des Geschäftsführers der bürgerlichen Ges., Rechtsgeschäfte für die künftige GmbH. vorzunehmen. Bei deren Entstehung gehen auf sie Rechte und Pflichten nur aus Geschäften über, die zur Entstehung der GmbH. erforderlich gewesen sind. Andere Vertr., die die Geschäftsführer bis zur Eintragung der GmbH. in deren Namen abgeschlossen haben, brauchen zwar nicht erneuert zu werden, um gegenüber der GmbH. wirksam zu sein. Ihre Wirksamkeit ist aber davon

abhängig, daß der Geschäftsführer sie nach der Eintragung der GmbH. ins Handelsregister gem. §§ 177 ff. BGB. genehmigt (RG. 83, 373¹); 105, 229²). Bei der Kl. handelt es sich um eine GrundstücksGef., die auch auf den Erwerb und die Verwertung des fraglichen Grundstücks gerichtet war. Daraus folgt aber nicht, daß es bereits zur Entstehung der Gef. notwendig war, in ihrem Namen das Grundstück zu kaufen.

2. Die Kl. hat in notarieller Verhandlung v. 14. Mai 1929 mit dem Schuldner eine Änderung der im Kaufvertr. v. 14. Juni 1928 vorgesehenen Zahlungsbedingungen vereinbart und die Auflassung entgegengenommen. Hiermit will sie den Vertr. genehmigt haben. Die Rev. meint, damals sei eine wirksame Genehmigung nicht mehr möglich gewesen. Der Veff. habe inzwischen die Sicherungshypotheken am Grundstück erworben; die Rückwirkung der Genehmigung zum Nachteil dieser Verfügungen sei unvereinbar mit § 184 Abs. 2 BGB. Aber diese Vorschr. soll (vgl. Motive I S. 247) nur verhindern, daß jemand eine von ihm oder mit Wirkung gegen ihn vorgenommene Verfügung außer Kraft setzt, indem er später eine ältere unwirksam gebliebene Verfügung genehmigt. Der erste Halbsatz sagt unzweideutig, daß die Rückwirkung nicht die Verfügungen unwirksam mache, die der Genehmigende vor der Genehmigung getroffen habe. Der zweite Halbsatz stellt nur die zwangsweise mit Wirkung gegen den Genehmigenden getroffenen Verfügungen seinen eigenen gleich. Seine Anwendung beschränkt sich also auf den Fall, daß der Genehmigende der Vollstreckungs-, Arrest- oder Gemeinschuldner ist, dessen Rechte zugunsten von Gläubigern veräußert oder belastet waren und zufolge der Genehmigung auf einen anderen übergehen sollen. RG. 64, 217, wo zwei Pfändungsankündigungen gegen denselben Schuldner vorlagen und die erste mangels Vollmacht des Vertreters des Pfänders zunächst schwebend unwirksam geblieben war, hat die nach der zweiten Ankündigung erklärte Genehmigung des ersten Pfändergläubigers unter Ablehnung der Anwendung des § 184 Abs. 2 BGB. für geeignet erklärt, den Vorrang der ersten Pfändung zu begründen (ebenso OLG. Königsberg: SeuffArch. 60 Nr. 1; von Tuhr: Allg. L. IIa S. 245; Staudinger, A. 5 zu § 184). Eine Ausdehnung des § 184 Abs. 2, auch seines ersten Halbsatzes, auf alle wohl-erworbenen Rechte, gleichgültig, ob sie auf Verfügungen des Genehmigenden beruhen, befürworten Enneccerus-Rip-Perdey (13) I S. 631 A. 15 u. Blanck-Flad A. 1b zu § 184. Sie würde über den Wortlaut des Gef. hinausgehen und ferner auch Fälle einschließen, die einen anderen Charakter haben als die unmittelbar gesetzlich geordneten. Der Genehmigende handelt arglistig, wenn er seine oder aus seinem Recht von seinen Gläubigern getroffene Verfügungen durch die Genehmigung eines älteren Geschäfts zu Fall bringt. Für seinen Gegner beim älteren Vertr. gilt das nicht ohne weiteres und nicht einmal regelmäßig. Im vorl. Falle handelt es sich nicht um Rechte der Kl., die von den Verfügungen betroffen wurden, sondern um solche des Verkäufers. Er hat durch die Veräußerung des Grundstücks an die Kl. und schon durch die Bewilligung der Vorm. (RG. 118, 234³) verfügt. Gegen ihn hat der Veff. nach der Eintragung der Vorm. die Zwangsvollstreckung ins Grundstück vorgenommen. Die Genehmigung, deren die erste Verfügung zu ihrer Wirksamkeit bedurfte, war aber nicht von seiner Seite erforderlich, sondern auf Seiten seines Vertragsgegners, der Kl. und soll von ihr erteilt worden sein. Deren Rückwirkung in die Zeit vor der Entstehung der Sicherungshypotheken des Veff. ist unbedenklich.

3. Das übernommene Vermögen i. S. des § 419 BGB. braucht nicht in einer Sachgesamtheit (universitas facti) oder überhaupt aus Sachen zu bestehen. Als Vermögensbegriff (universitas juris) müssen (RG. 123, 54⁴) die einzelnen veräußerten Gegenstände anzusehen sein, damit bei ihrer Übertragung § 419 BGB. anwendbar ist. Es braucht auch nicht eine Mehrheit von Gegenständen vorhanden oder übertragen zu sein, um ein Vermögen i. S. des § 419 BGB. zu bilden, wiewohl das die Regel sein wird. Nicht jeder Gegenstand ist allerdings, weil er das einzige Gut des Veräußerers ist, als Vermögen anzusprechen, etwa ein Kleidungs-

oder Möbelstück, ein Haustier oder dgl.; denn der Begriff ist im Einklang mit der Verkehrsauffassung zu bestimmen (Bibergeil, Schuldübernahme, Bd. 44 der Rechtsfragen d. Praxis S. 14). Bez. eines Hausgrundstücks hat der Sen. V 545/27 v. 15. Dez. 1928 (SeuffArch. 83 Nr. 108) dargelegt, daß seine Veräußerung eine Vermögensübernahme i. S. des § 419 sein könne; daran ist festzuhalten. Indessen genügt es nicht, daß das Hausgrundstück tatsächlich das Vermögen des Veräußerers gewesen ist. Das wäre eine unerträgliche Belastung des Verkehrs i. allg. und insbes. des Grundstücksverkehrs, der danach ohne weitgehende Nachforschungen nach den persönlichen Verhältnissen des Verkäufers gefährlich sein würde. Zum Tatbestand des § 419 BGB. gehört vielmehr, mindestens bei der Übertragung einzelner Gegenstände, daß der Erwerber die Verhältnisse des Veräußerers kennt und daß nach diesen ihm bekannten Verhältnissen das ganze oder so gut wie das ganze Vermögen mit dem überlassenen Gegenstand auf ihn übergeht. Die Rspr. des RG. steht, soweit ersichtlich, dieser Beurteilung nicht entgegen. RG. 85, 169, vielfach auch von der Rev. dafür angeführt, daß das Gef. keine subjektiven Voraussetzungen aufstelle, hat nicht diesen Inhalt, abgesehen davon, daß sie nicht die Übernahme eines einzelnen Gegenstands behandelt. Damals wurde entschieden, daß es nicht darauf ankomme, daß die Parteien in unrichtiger Schätzung der dem Veräußerer verbliebenen Gegenstände sich nicht bewußt gewesen sind, ein Vermögen zu übergeben und zu empfangen, mit der Begründung, ein solches Erfordernis würde dem § 419 BGB. ebenso die praktische Bedeutung nehmen, wie wenn man auf den Schuldübernahmewillen abstelle. Damit wurde es nur für ausreichend erklärt, daß die tatsächlichen dem Erwerber bekannten Vermögensverhältnisse bei richtiger Würdigung die Übernahme des Vermögens des Veräußerers ergaben (RG.: LZ. 1930, 1396). Eine weitergehende Abweichung von der früheren Rspr. des RG. wäre nicht ohne Anrufung der VerZivSen. möglich gewesen. Denn RG. 76, 4 hatte dargelegt, die Veräußerung einzelner Vermögensgegenstände durch Vertr. begründe die Haftung des § 419 BGB. nur dann, wenn die Parteien sich bewußt seien, daß sie das ganze Vermögen des Veräußerers ausmachten. Daß der 3. ZivSen. trotz der Fassung des Art. v. 12. Mai 1914 davon nicht grundsätzlich abweichen wollte, zeigt das Art. v. 30. Juni 1914: RGWarn. Rspr. Nr. 282 y, worin er unter Bezugnahme auf das Art. v. 12. Mai ausführt: es genüge nach § 419, daß die übertragenen Gegenstände tatsächlich das Vermögen des Veräußerers ausmachten, von einigen im Verhältnis zum Ganzen unbedeutenden Vermögensstücken abgesehen, und daß sich die Beteiligten dessen bewußt seien. Auch RG.: RGWarn. 1929 Nr. 174 S. 322 will unter Bezugnahme auf RG. 85, 169 nur der Ansicht entgegenstehen, daß die Haftung gesetzlich den Willen oder das Bewußtsein der Vermögensübernahme voraussetze. Sollte der Satz, die objektive Tatsache der Übertragung müsse genügen, wörtlich zu nehmen sein, so würde er auch nicht die abweichende Entsch. des vorl. Falles hindern, weil es sich dort nicht um die Übertragung einzelner Gegenstände gehandelt hat, und dabei jedenfalls aus den dargelegten Gründen die Vorstellung der Parteien von den Verhältnissen des Veräußerers zur Vermeidung untragbarer Ergebnisse für wesentlich erachtet werden muß (vgl. auch OLG. Darmstadt: DZG. 1904, 414; OLG. Celle: DZG. 1912 Nr. 2023; OLG. Stuttgart: DZG. 1912 Nr. 2023; OLG. München: DZG. 1912 Nr. 33, 251; RG.: LZ. 1930, 1396). Die Auffassung des BG. ist hiernach nur insofern zu berichtigen, als es die Kenntnis zur Zeit des Abschlusses der Kaufverträge für maßgeblich hält und nicht berücksichtigt, daß der Abschluß erst mit der Genehmigung der klagenden Gef. zustande gekommen ist.

(U. v. 4. Nov. 1931; 62/31 V. — Berlin.)

[Sch.]

6. §§ 30, 31 GmbHG. Auszahlung von Stammkapital an die Gesellschafter einer GmbH.

a) Die Unzulässigkeit ist nach dem Zeitpunkt der Zahlung (nicht der Begründung der Zahlungsverpflichtung) zu beurteilen.

b) Bei Gewährung einer gleichwertigen Gegenleistung ist die Auszahlung zulässig.

Die gemeinschuldnerische GmbH. ist lt. Gesellschaftsver-

¹) ZB. 1914, 307.

²) ZB. 1923, 120.

³) ZB. 1927, 2846.

⁴) ZB. 1929, 734.

trags v. 26. Jan. 1922 von dem früheren Mitbekt. W. S. und der Continentalen Produktengesellschaft m. b. H. (= CPG.) in Hamburg, einer Gründung des Kl., errichtet worden, und zwar mit einem Stammkapital von 1 000 000 RM. Davon entfielen auf die CPG. 510 000 RM., die bar zu leisten waren, auf W. S. 490 000 RM., wofür er das bisher von der DSG. H. S. Zigarrenfabriken in L. betriebene Geschäft mit Firma, Aktiven und Passiven sowie das Grundstück Nr. 236 einbrachte. Der Geschäftsanteil der CPG. ist in der Folge auf den Kl. übergegangen. Bei der Goldmarkumstellung ist das Stammkapital der Gemeinschaftsdnerin auf 70 000 GM., der Geschäftsanteil des Kl. auf 35 700 GM., der von W. S. auf 34 300 GM. umgestellt worden. Durch notariellen Vertrag v. 2. Dez. 1924 hat der Kl. seinen Geschäftsanteil um 27 000 RM. an W. S. abgetreten. Letzterer wurde damit alleiniger Gesellschafter der Gemeinschaftsdnerin; er war auch deren einziger Geschäftsführer. In notariell beglaubigter Urkunde v. 2. Dez. 1924 hat nun W. S. handelnd in eigenem Namen und als Geschäftsführer der nachmaligen Gemeinschaftsdnerin dem Kl. gegenüber sich als Schuldner der eben bezeichneten Kaufpreisforderung von 27 000 GM. für dessen Geschäftsanteil und die GmbH. selbst als Schuldnerin einer Darlehensforderung von 23 000 GM. bekannt und ihm zur Sicherung dieser Forderungen nebst Zinsen auf dem Grundstück Nr. 236 je eine gewöhnliche Sicherungshypothek in gleicher Höhe bewilligt. Die Hypotheken sind demnach auch im Grundbuch eingetragen worden, und zwar die Sicherungshypothek über die 27 000 GM. an erster, die über 23 000 GM. an zweiter Stelle; an letzterer sind 15 000 GM. abbezahlt worden, so daß insoweit nur noch 8000 RM. nebst Zinsen offenstehen.

Kl. hat im Februar 1929 Klage erhoben, und zwar gegen die GmbH. auf Zahlung der restlichen 8000 RM. und Zulassung der Zwangsvollstreckung wegen der Hypotheken von 27 000 GM. und restlichen 8000 GM. nebst Zinsen in das Grundstück Nr. 236, gegen W. S. auf Zahlung der 27 000 GM. Kaufpreis für den Geschäftsanteil.

Kurz nach der Klagerhebung ist die GmbH. in Konkurs geraten und dadurch das Verfahren gegen sie zunächst unterbrochen worden. Der Bekf. W. S. ist durch Urf. des LG. vom 9. April 1929 zur Zahlung von 27 000 GM. nebst 6% Zinsen hieraus seit 1. Jan. 1929 und Kostentragung verurteilt worden. Er hat gegen dieses Urf. Berufung eingelegt; das Verfahren über diese Berufung ist aber ausgesetzt worden.

Für die Gemeinschaftsdnerin hat der Konkursverwalter hinsichtlich der dinglichen Ansprüche des Kl. den Rechtsstreit aufgenommen und zur Vorklage Abweisung der dinglichen Ansprüche aus der Sicherungshypothek von 27 000 GM. nebst Zinsen sowie widerklageweise Verurteilung des Kl. zur Einwilligung in die Löschung dieser Hypothek beantragt. Der Bekf. Konkursverwalter hat die Rechtsbeständigkeit der Hypothek von 27 000 GM. im besonderen mit dem Hinweis auf §§ 30, 31 GmbHG. bestritten. LG. und BG. haben die Klage abgewiesen und auf die Widerklage verurteilt. RG. hat aufgehoben.

Nach § 30 GmbHG. darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter nicht ausbezahlt werden. Der Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist der, daß eine nicht durch eine entsprechende Gegenleistung ausgeglichene Leistung der Gesellschaft dann nicht bewirkt werden darf, wenn sie auf Kosten des Stammkapitals gehen würde und der Leistungsempfänger bei Begründung der Verpflichtung der Gesellschaft zu ihren Gesellschaftern gehörte. Das Leistungsversprechen der Gesellschaft ist alsdann rechtswirksam nur unter dem Vorbehalt, daß im Zeitpunkt seiner Erfüllung das Stammkapital hierdurch nicht verkürzt wird, gleichviel, ob dabei der Versprechensempfänger noch Gesellschafter ist oder nicht; für die Anwendung des § 30 GmbHG. ist aber dann und insoweit kein Raum, als der GmbH. sei es vor, bei oder nach Eingehung der Leistungspflicht eine vollwertige Gegenleistung zugeflossen ist. Es ist deshalb rechtlich verfehlt, wenn die Rev. meint, es komme allein darauf an, ob schon bei Übernahme der Verpflichtung zur Bestellung der Hypothek und bei deren Bestellung selbst das Stammkapital angegriffen worden sei. Soweit es sich um das Tatbestandsmerkmal der Unversehrhaltung des Stammkapitals dreht, ist im Gegenteil entscheidend einzig und allein der Zeitpunkt der Erfüllung des Leistungsver-

sprechens. Der Zeitpunkt der Begründung der Schuld ist deshalb nicht belanglos. Auf ihn kommt es im Rahmen des § 30 GmbHG. insofern an, als der Versprechensempfänger damals noch Gesellschafter gewesen sein muß. Dies stellt das BG. aber hier rechtlich einwandfrei fest. Insoweit ist auch ein Revisionsangriff nicht erhoben.

Die Hypothek sollte von der GmbH. auf ihrem Grundbesitz bestellt werden und ist bestellt worden für die Kaufpreisforderung des Kl. gegen W. S. aus dem Geschäftsanteilsverkauf. So lauten die Hypothekenbewilligung und der Hypothekeneintrag. Die Hypothek ist demnach nicht für eine Schuld der GmbH., sondern für eine solche von W. S. an den Kl. begründet worden. Von einer Gegenleistung dafür an die GmbH. ist in den Urkunden nirgends die Rede. Ist eine solche auch sonstwie, sei es vor, sei es hinterher, nicht erfolgt, dann greift allerdings hier der § 30 GmbHG. ohne weiteres durch.

Die Rev. wendet ein, eine Verkürzung des Stammkapitals, wie sie § 30 GmbHG. voraussetze, liege sicherlich dann nicht vor, wenn der Käufer des GmbH. Anteils eine den Kaufpreis übersteigende Forderung an die GmbH. habe, diese letztere Forderung auf den Verkäufer übertrage und sie vor, bei oder nach der Übertragung auf Gesellschaftsgrundstücken hypothekarisch sicherstellen lasse. Sei dem, wie ihm wolle. Im vorliegenden Fall ist eine gewöhnliche Sicherungshypothek zugunsten des Kl. eingetragen und als gesicherte Forderung klar und unmißverständlich in der Eintragungsbewilligung sowohl wie im Grundbucheintrag selbst bezeichnet, die Forderung des Kl. von 27 000 RM. an W. S., herrührend aus Abtretung eines Geschäftsanteils bei der jetzigen Gemeinschaftsdnerin. Nun sind nur zwei Möglichkeiten denkbar. Entweder bestand die fragliche Kaufpreisforderung für den Geschäftsanteil zu Recht und sollte so, wie eingetragen, auch durch die Hypothek gesichert werden; dann schlägt § 30 GmbHG. durch, wenn nicht der GmbH. für die Hypothekbestellung anderweit ein vollwertiges Entgelt zugeflossen ist. Oder die Kaufpreisforderung für den Geschäftsanteil bestand nicht oder nicht sie, sondern eine andere Forderung des Kl. sollte gesichert werden; dann ist die Hypothek als solche nicht zur Entstehung gelangt, sondern bestenfalls eine Eigentümergrundschuld zugunsten der GmbH. Weil eine gewöhnliche Sicherungshypothek vorliegt, für welche nach § 1184 BGB. hinsichtlich der zu sichernden Forderung die §§ 1113, 1115 BGB. gelten, insbef. also der Grundsatz der sog. „Spezialität“ Anwendung findet, wäre gesichert immer nur die grundbuchmäßig als Gegenstand der Sicherung namhaft gemachte Forderung.

Dagegen schlägt allerdings ein weiterer sachlich-rechtlicher mit Prozeßrügen aus §§ 139, 286 ZPO. verbundener Angriff der Rev. durch. Der Kl. hatte behauptet, daß W. S. seinerseits an die GmbH. größere Forderungen gehabt und sich um dieselben gegen Übernahme der dinglichen und später auch der persönlichen Haftung für die Anteilskaufpreisforderung des Kl. durch die GmbH. im Wege der Verrechnung für befriedigt erklärt habe. Damit war die Behauptung aufgestellt, daß der GmbH. auf diesem Wege in der Tat ein vollwertiges Entgelt für die Haftungsübernahme zugeflossen sei. An der sachlich-rechtlichen Erheblichkeit dieser Behauptung ist nicht zu zweifeln. Wäre sie richtig, dann würde die Inanspruchnahme der GmbH. aus der Hypothek allerdings sich nicht mehr als ein durch § 30 GmbHG. verbotener Eingriff in das Stammkapital darstellen. Aus dem angefochtenen Urf. ist nun nicht, jedenfalls nicht mit Sicherheit zu entnehmen, daß es dieses Vorbringen des Kl. beachtet hat. Ausdrücklich ist es nicht erwähnt. Ob es tatsächlich zutrifft, wäre zunächst von dem Vorberichter zu prüfen gewesen; hielt er daselbe auch in Verbindung mit dem sonstigen Vorbringen des Kl. nicht für genügend substantiiert, so hätte dem Kl. durch Ausübung der Fragepflicht Gelegenheit gegeben werden müssen, daselbe in tatsächlicher Richtung zu ergänzen und unter Beweis zu stellen.

(U. v. 23. Okt. 1931; 67/31 II. — Karlsruhe.) [Ru.]

**7. §§ 45, 47 GmbHG.; § 1041 Ziff. 2 ZPO. a. F. Die Vereinbarung der beiden Gesellschafter einer GmbH., daß sie für die Bestellung einer bestimmten Person als Geschäftsführer stimmen müßten, ist unwirksam. Ein dazu ver-

**8. § 22 Abs. 1 AufwG.

1. Im Bereiche der Vorschriften des § 22 Abs. 1 steht eine GmbH. als Grundstückseigentümerin den sie bildenden natürlichen Personen bei der Prüfung, ob die verdächtige Rechtserwerb nicht durch einen der Gesellschafter selbst, sondern seitens einer Person stattgefunden hat, die zu sämtlichen Gesellschaftern in einer der im § 22 Abs. 1 Halbsatz 1 gekennzeichneten Beziehungen steht.

2. Findet diese Ausschaltung des öffent-

diese Entsch. behandelt die Verpflichtung eines Gesellschafters, eine auf ihn fallende Wahl der Gesellschafterversammlung nicht anzunehmen, und erklärt sie für unzulässig. Es ist dies aber ein ganz anderer Fall, als derjenige, der hier zur Beurteilung steht.

Im vorl. Falle haben die Vertragsschließenden der Möglichkeit, die maßgebenden Umstände zu berücksichtigen, im Abkommen von 1915 schon Rechnung getragen durch Befügung der Eignung als Voraussetzung und durch Zulassung des SchiedsBer., und auch letzteres hat sich in gleicher Richtung gehalten durch Beschränkung auf eine vorläufige, beschränkte Bestellung und Zulassung eines nochmaligen Schiedspruchs. Aber es wird sich fragen, ob nicht jede solche Verpflichtung doch — im Hinblick auf das eigene Interesse, wie das der Gesellschaft — weitergehend als mit der *clausula rebus sic stantibus* geschlossen zu betrachten ist. Es ist ein wesentl. Unterschied, ob die Verabredung getroffen ist für eine einzelne nahe bevorstehende Generalversammlung (oder auch mehrere solcher nicht allzu ferne) oder auf sie auf eine bestimmte, vielleicht gar nicht begrenzte Zeit gelten soll. Zu dieser Frage regt gerade der vorl. Fall an, in dem die Verpflichtung aus der Abmachung von 1915 nach neun Jahren der allergrößten und schwersten Umwälzungen (der Fall spielt zudem im besetzten Rheinlande) erfüllt werden sollte.

V. Streitig ist auch, welches die Folgen der Anerkennung der Rechtswirklichkeit einer solchen Verpflichtung sind. Nach Sachenburg a. a. D. soll das Ur. auf Abgabe der Stimme gemäß der Verpflichtung zu lauten haben, und es soll sein Vollzug gem. § 794 ZPO. zulässig sein. Brodmann a. a. D., ebenso RG. (2. Zivilsen.) v. 11. Juni 1931 und die Ann. von Pinner halten dagegen die Verurteilung zur Stimmabgabe nicht für möglich, sondern nur den Anspruch auf Schadensersatz und eventuell auf Vertragsstrafe für gegeben (ZW. 1931, 2960). Auch bei Anerkennung der Rechtswirklichkeit der Verpflichtung kann eine Stimmabgabe, die nicht oder nicht i. S. der Verpflichtung erfolgte, nicht auf Grund einer einem Mitgesellschafter gegenüber eingegangenen Verpflichtung als doch bzw. in dem den wirkl. Stimmen entgegen gesetzten Sinne geschehen fingiert werden. Die Stimmabgabe ist wohl überhaupt keine Willenserklärung, und jedenfalls eine der Gesellschaft gegenüber vorzunehmende Handlung, die der Verpflichtete als Gesellschafter, nicht als Gegenkontrahent seines Vertragsgegners vornimmt. Für die Anwendung des § 794 ZPO. ist also kein Raum. Die Stimmabgabe des Vertragsbrüchigen ist daher bei der Bildung des Gesellschafterswillens so mitzurechnen, wie sie tatsächlich erfolgt ist. Allein zwei weitere Folgen treten neben der häufig wirkungslosen Schadensersatzpflicht ein. Einmal kann der vertragsbrüchige Gesellschafter im Verhältnis zu seinem Gegenkontrahenten aus seinem Vertragsbruche und dem durch denselben zustande gekommenen Abstimmungsresultate keine Rechte herleiten; dies hätte vielleicht in dem hier entschiedenen Falle von Bedeutung sein können, wenn die Gültigkeit der Vertragsbestimmung anerkannt worden wäre. Zum andern kann unter Umständen die Anfechtungsklage auf Aufhebung und Abänderung des durch Vertragsbruch erzielten Ergebnisses gegeben sein. So bei der Zweimanngesellschaft, wenn der Mehrheitsbesitzer einen Beschluß unter Bruch eines zulässigen Abstimmungsversprechens zustande brachte oder wenn bei gleichem Besitze der eine Teil in solcher Weise einen Beschluß oder eine Wahl vertragswidrig verhinderte. Im ersteren Falle wäre der Beschluß auf Klage — bei der Abw. nach §§ 271 ff. HGB. — zu vernichten, im letzteren Falle das zu Unrecht verhinderte Abstimmungsresultat als Entschließung der Gesellschaft zu erklären (dieser Fall beweist auch gerade, daß mit Recht das RG. bei solchen Anfechtungsklagen die Gerichte für befugt erklärt, das fehlerhafte Abstimmungsresultat durch das richtige zu ersetzen [RG. 64, 258; ZW. 1929, 365 und die Ann. S. 1368, 2141]). Gleiches kann aber unter Umständen auch bei Gesellschaften mit einer Mehrzahl von Gesellschaftern dann angenommen werden, wenn die Mehrheit sich in unangängiger Weise den Vertragsbruch zu eigen machte, z. B. in Kenntnis der Vertragsverpflichtung den Verpflichteten ohne genügend rechtfertigende Gründe zum Vertragsbruche veranlaßte. Es darf hierbei nicht die Stimme des vertragsbrüchigen Gesellschafters der Seite, für die er tatsächlich stimmte, abgezogen oder gar der Gegenseite zugerechnet werden; dies käme mehr oder minder auf die abgelehnte Anwendung des § 794 ZPO. hinaus. Vielmehr muß der Fall so ge-

lichen Glaubens und der Vorschrift des § 21 Abs. 2 auch Anwendung auf einen Hypothekengläubiger, der sein Recht vom ersten Gläubiger erworben hat? Und ihm gegenüber auch, wenn vor seinem Rechtserwerb die Aufwertungshypothek zur Eintragung gelangt war.

3. Die Aufwertung einer gelöschten Papiermarkhypothek wird durch § 22 Abs. 2 gegen den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht nur bis zu einer Wiedereintragung im Grundbuch überhaupt, sondern bis zur sachlich richtigen Wiedereintragung, namentlich auch mit richtigem Rang, gesichert. — Insofern wird der in

lagert sein, daß zu dem Bruch der schuldrechtl. Verpflichtung durch den Vertragsgegner eine Verletzung der Gesellschaftspflichten durch die Mehrheit hinzutritt. Daß man die Klage formell gegen die Gesellschaft zu richten hat, ist dabei unerheblich. Denn tatsächlich handelt es sich doch bei diesen Klagen immer um einen Kampf des bei der Abstimmung unterlegenen Teils der Gesellschafter gegen die siegende Mehrheit bzw. qualifizierte Minderheit oder die Partei, die bei Stimmengleichheit den Beschluß vereitelte.

VI. Es drängt sich ohne weiteres die fernere Frage auf, welche Folgerungen sich aus der Erlassung des endgültigen Ur. über die Streitfragen ergeben. Wäre die Kl. unterlegen, so wäre sie für die Folgen ihrer Haltung, die dann als vertragswidrig erklärt wäre, schadensersatzpflichtig gewesen, also z. B. für die Kosten der Verbehaltenung des Geschäftsführers B., wenn dieser — die anderweitige Entsch. vorausgesetzt — entbehrlich gewesen wäre, aber wegen des Widerspruchs der Kl. während der langer Streiddauer beibehalten werden mußte; die Gegenseite konnte Zahlung ihres Anteils an den Schadensverträgen verlangen oder aber Zahlung des vollen Schadenteils an die Gesellschaft, was ja sachlich zum gleichen Ergebnis führte. Welches aber sind bei der jetzt getroffenen Entsch. die Folgen? Anscheinend war auf Grund des Schiedspruchs von 1924 E. M. zum Geschäftsführer bestellt und eingetragen worden; es kann dies wohl aus der Anrufung des SchiedsBer. Ende 1925 geschlossen werden. Er hat wohl auch weiter die Tätigkeit als Geschäftsführer ausgeübt; ob als allein berechtigt oder nur zur Kollektivvertretung befugt, ist nicht zu ersehen. Man könnte die Frage aufwerfen, wie es nimmher mit den von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen steht, namentlich, wenn er etwa auf Grund des Schiedspruchs von 1928 allein handelte? Daß sie Dritten gegenüber gültig sind, steht außer Frage. Aber fraglich kann sein, ob sich die Kl. dieselbe gefallen lassen muß, ob gleiches bezüglich der Unterlassungen gilt, die wegen Widerspruchs des E. M. gegen den Willen seines Mitgeschäftsführers erfolgten; des weiteren ob sie — in allen diesen Fällen — Rückgängigmachungen verlangen oder nur Schadensersatz begehren kann, gegen wenn etwaige Ansprüche bestehen, gegen die Bevl., gegen die Gesellschaft, gegen E. M.; ob, außer der Entstehung eines Schadens, die Tatsache genügt, daß E. M. zu Unrecht die Geschäfte führte, obwohl er nicht rechtmäßig bestellt war, oder ob ein Verschulden des E. M. im Einzelfalle (bzw. bei Beschläßen der Gesellschafterversammlung, des Bevl.) erforderlich wäre, um Ansprüche auf Rückgängigmachung oder Schadensersatz zu begründen. Den interessantesten Fragen im einzelnen nachzugehen, würde zu weit führen; nur ein kurzes Streifen ist hier möglich. M. E. wird allerdings die Kl. verlangen können, daß Rechtshandlungen des E. M., zu denen ihre Zustimmung nicht gegeben wurde, von der Gesellschaft rückgängig gemacht werden sollen, soweit die Rückgängigmachung möglich ist und soweit nicht anzunehmen ist, daß sie auch ohne die Bestellung des E. M. zum Geschäftsführer vorgenommen worden wären; denn sie kann, nach Klarstellung der Rechtsbeziehungen, verlangen, daß diese möglichst so geordnet werden, als ob E. M. nie zum Geschäftsführer bestellt worden wäre. Dagegen dürfte für die Frage des Schadensersatzes ausschlaggebend in Betracht kommen, daß, nachdem die Abmachung von 1915 für unwirksam erklärt ist, zwischen den Parteien keine schuldrechtl. Beziehungen mehr bestehen, sondern nur gesellschaftsrechtl., die für eine Schadensersatzpflicht keinen Raum lassen. Daß die Bevl. Einhaltung der Abmachung von 1915 verlangte, geschah in gutem Glauben; nicht minder auch, daß sie Vollzug des Schiedspruchs von 1924 (eventuell auch von 1928) verlangte. Eine rechtsähnlich. Ausbehnung der Vorschr. der §§ 717 Abs. 2, 945 ZPO., in welchen Schadensersatz auch ohne Verschulden schon wegen Vollzugs der nicht endgültigen Entsch. geleistet werden muß, auf unseren Fall ist nicht zulässig (so wenig wie etwa auf den Fall der Wiederaufnahme des Verfahrens); zudem hätte Kl. ja unterlassen, gegen den Schiedspruch von 1924 alsbald die Aufhebungsklage zu erheben. Schließlich hat die Kl. zu den etwaigen Nachteilen selbst dadurch die Ursache gesetzt bzw. mitgefest, daß sie die — nach ihrer späteren Auffassung — unzulässige Abmachung von 1915 vereinbarte. Sie kann also die für sie hieraus entstandenen Folgen nicht wohl von sich auf die Gegenseite abwälzen.

Dr. Rudolf Fürst, Heidelberg.

ZB. 1930, 2399 vertretene andere Rechtsstandpunkt aufgegeben.†)

Für die Kl. als frühere Gläubigerin einer Vorkriegshypothek von 150 000 M ist ein Aufw. Betrag von 37 471 G.M. am 12. Okt. 1926 unter Abt. III Nr. 38 des G.B. wieder eingetragen worden. Für diese Aufw. Hyp. nimmt sie den Vorrang in Anspruch vor den in Abt. III Nr. 36 seit 20. März 1925 für Frau Weng. eingetragenen 26 000 G.M. und den ebendort unter Nr. 37 seit 16. April 1925 für Jakob Wein. eingetragenen, am 20. Dez. 1927 auf dessen Ehefrau umgeschriebenen 24 000 G.M. Der Ehemann der Gläubigerin Weng. und der Gläubiger Wein. waren, jener mit einem Anteil von 13 000, dieser mit einem solchen von 12 000 G.M., die alleinigen Gesellschafter der GrundstücksGmbH. B., die als Grundstückseigentümerin die Eintragung der beiden Hypotheken am 11. März 1925 bewilligt hatte, nachdem am 17. Febr. 1925 eingetragen worden war, daß die Firma der seit 1912 als Eigentümerin eingetragenen „Grundstücksgesellschaft am Bahnhof W. m. b. H.“ in „Grundstücksgesellschaft B. Straße 16 m. b. H.“ geändert sei. Alleiniger Geschäftsführer der Grundstückseigentümerin war der Weng. Anfang Nov. 1929, kurz bevor Termin zur Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks anstand, hat die beiden Hypotheken der Kl. erworben, der mit Grundstücken und Hypotheken handelt.

Die Kl. begehrt die Feststellung des Vorrangs ihrer Hypothek Nr. 38 vor den beiden Hypotheken Nr. 36 und 37. Alle Instanzen haben die Klage zugesprochen.

Der erf. Sen. hat bereits in RG. 130, 340¹⁾ ausgesprochen, daß § 22 Abs. 1 Aufw.G. auch dann Anwendung findet, wenn eine GmbH. an ihrem Grundstück eine Hypothek für einen ihrer Gesellschafter bestellt, der zugleich zu allen anderen Gesellschaftern in einer der dort bezeichneten ver-

Zu 8. Soweit die Entsch. den in dem Ur. RG. 130, 340 ausgesprochenen Grundsatz, wonach i. S. des § 22 Abs. 1 Aufw.G. Rechtsgeschäfte einer GmbH. den Rechtsgeschäften der die GmbH. bildenden Gesellschafter gleichsetzen, auch auf den Fall anwenden, daß nicht einer der Gesellschafter, sondern eine Person, die zu den Gesellschaftern in dem in § 22 Abs. 1 bezeichneten Verhältnissen steht, das Rechtsgeschäft vorgenommen hat, enthält er nur eine folgerichtige Ausdehnung des früher ausgesprochenen Grundsatzes. Die hauptsächlichste Bedeutung des Urteils liegt in der Entsch. der Frage, unter welchen Voraussetzungen die sich aus § 22 Abs. 1 ergebende Unwirksamkeit von Rechtsänderungen auch gegenüber Personen geltend gemacht werden kann, die nicht zum Kreise der in § 22 Abs. 1 bezeichneten Personen gehören. Unbedenklich zuzustimmen ist m. E. den Ausführungen über die Bedeutung der Bestimmung am Schlusse des Abs. 1 „oder wenn das Recht vor dem 1. Juli 1925 auf einen nicht zum Kreise dieser Personen gehörenden Dritten übergegangen ist“. Diese Vorschrift hat nicht die Bedeutung, daß die nach den Vorschriften des Abs. 1 begründete Unwirksamkeit einer Rechtsänderung gegenüber dem Rechte des Aufwertungsberechtigten stets gegenüber Dritten geltend gemacht werden kann, deren Rechtsenerwerb nach dem 31. Mai 1925 liegt, was einer Erweiterung des sich aus allg. Vorschriften insbes. aus den Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ergebenden Wirkungskreises der Vorschrift des Abs. 1 in sich schließen würde. Vielmehr soll sie nur eine Einschränkung gegenüber den Vorschriften des Abs. 1 darstellen. Sie läßt aber unabhängig hiervon Rechtserwerber Glauben unberührt, schließt aber unabhängig hiervon Rechtserwerber gegen eine Berufung auf Abs. 1, deren Erwerb vor dem 1. Juni 1925 liegt. Dies ist von geringer Bedeutung, wenn der Erwerb sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen kann, da sich gegen von Wichtigkeit für den Fall, daß die Rechtsübertragung nicht durch Rechtsgeschäft, sondern durch Erbschaft, Zwangsvollstreckung usw. erfolgt ist (vgl. hierzu meine Ann. 2 zu § 22 S. 779). Es gibt also zwei Einwendungen gegen die Geltendmachung der Rechte aus Abs. 1, einmal die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, zweitens die Berufung darauf, daß der Erwerb nicht zu dem Kreise der in Abs. 1 bezeichneten Personen gehöre und sein Recht vor dem 1. Juni 1925 erworben habe. Sobald der Rechtserwerb in eine spätere Zeit fällt, kommt nur die erste Einwendung in Frage. Inwieweit die Berufung auf den öffentlichen Glauben zulässig ist, wird nicht in Abs. 1, sondern in Abs. 2 geregelt.

Die Entsch. des Rechtsstreits wird daher von dem RG. zutreffend lediglich auf die Auslegung des Abs. 2 gestützt. Es war bisher h. M., daß die Vorschr. des § 22 Abs. 2 nicht anwendbar sei, wenn z. B. des Erwerbs des Dritten die Aufw. Hypothek zwar eingetragen war, aber unrichtig, insbes. mit einem unrichtigen Range (vgl. insbes. RG. v. 3. Juni 1926: ZB. 1926, 2380). Diese An-

wandtschaftlichen oder schwägerchaftlichen Beziehungen steht. An dieser Entsch. und ihrer Begründung, die sich mit dem hierher gehörigen Teile der Gründe des U. zur vorliegenden Sache im wesentlichen deckt, wird festgehalten. Dann ergibt sich die Anwendbarkeit des § 22 Abs. 1 Halbs. 1 Aufw.G. auf den hier gegebenen Fall zunächst unmittelbar insoweit, als die ursprünglich für Wein. bestellte Hypothek von 24 000 G.M. in Betracht kommt. Denn Wein. war Gesellschafter der Grundstückseigentümerin; er stand aber auch zu dem einzigen weiteren Gesellschafter Weng. in einer der in § 22 Abs. 1 bezeichneten verwandtschaftlichen oder schwägerchaftlichen Beziehungen, indem er Ehemann einer Schwester der Ehefrau dieses Gesellschafters war. Ist nun aber im Bereiche des § 22 Abs. 1 Aufw.G. eine GmbH. als Grundstückseigentümerin den sie bildenden natürlichen Personen bei der Prüfung, ob die verdächtig machenden Beziehungen vorliegen, gleichzustellen, so kann es weiter keinen Unterschied machen, wenn der verdächtige Rechtserwerb nicht durch einen der Gesellschafter selbst, sondern seitens einer Person stattgefunden hat, die zu sämtlichen Gesellschaftern in einer der im § 22 Abs. 1 Halbs. 1 gekennzeichneten Beziehungen steht. Das trifft aber bei der zweiten hier in Betracht kommenden Hypothek zu. Denn ihre Erwerberin, Frau Weng., war die Ehefrau des einen und die Schwester der Ehefrau des anderen Gesellschafters der Grundstückseigentümerin. Da auch sowohl Wein. wie Frau Weng. ihre Rechte erst nach dem 1. Jan. 1925 erworben hatten, so hätten der Eintragung des Aufw. Betrags aus der Hypothek der Kl. an der bisherigen Rangstelle weder der öff. Glaube des G.B. noch die Vorschrift des § 21 Abs. 2 Aufw.G. entgegen gesetzt werden können, wenn der Fall so läge, daß der durch §§ 17, 22 Abs. 1 daselbst begründete Vorrang der Zedentenaufw. gegenüber den noch eingetragenen ursprünglichigen Gläubigern der Zwischenhypotheken geltend gemacht würde.

sicht liegt auch der Entsch. des RG. v. 14. Juni 1930 (vgl. auch v. 13. Dez. 1930: Aufw. Kart. § 22 Nr. 19a; Zeiler Nr. 2216) zugrunde, sie wird aber jetzt vom RG. aufgegeben. § 22 Abs. 2 sichert die „Eintragung des Aufw. Betrags an der bisherigen Rangstelle“ gegen die Wirkungen des öffentlichen Glaubens. Nach der jetzigen Auffassung des RG. ist dies dahin zu verstehen, daß die Eintragung des richtigen Aufw. Betrags mit dem richtigen Range gesichert wird. Erst wenn diese Eintragung erfolgt ist, treten die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs in Kraft. Berichtigungen unrichtiger Eintragungen sind daher nach § 22 Abs. 2 zulässig, ohne daß dem ein Erwerb im guten Glauben entgegensteht. Es bedeutet dies eine wesentliche Erweiterung der Rechte des Aufw. Gläubigers. Sie ist mit dem Wortlaut des § 22 Abs. 2 vereinbar, wenn man unter der Eintragung „des“ Aufw. Betrags die Eintragung des sich nach den Best. des Aufw.G. ergebenden Aufw. Betrags versteht und neben der Eintragung des Aufw. Betrags der Eintragung „an der bisherigen Rangstelle“ selbständige Bedeutung beimißt. Es ist dann § 22 Abs. 2 dahin aufzufassen, daß die bevorzugte Stellung des Aufw. Gläubigers gegenüber den Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs erst dann erledigt ist, wenn er die Eintragung des richtigen Aufw. Betrags an der richtigen Rangstelle erreicht hat. Die Einräumung einer solchen Sonderstellung erscheint deshalb tragbar, weil sie von vornherein nur für eine begrenzte Zeit bestimmt war; seit dem 31. Dez. 1931 hat nach § 19 G.B. VereinG. diese Sonderstellung aufgehört.

Wie das RG. ausdrücklich hervorhebt, wird durch die jetzige Entsch. nichts daran geändert, daß § 22 Abs. 2 nicht überhaupt die Grundsätze über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gegenüber dem Aufw. Rechte vorübergehend außer Kraft setzt. Es gelten daher nach wie vor folgende Grundsätze:

1. Ist einmal die Wiedereintragung in der richtigen Weise erfolgt, also der richtige Betrag an der richtigen Rangstelle eingetragen, es sind aber nachher Änderungen eingetragen, die das Grundbuch unrichtig machen, z. B. eine Löschung auf Grund einer fehlerhaften Lösungsberwilligung, so finden auf spätere Rechtserwerbe die Grundsätze über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs Anwendung. Diese Grundsätze werden auch dann anzuwenden sein, wenn der richtige Betrag und der richtige Rang eingetragen sind, aber die Person des Gläubigers unrichtig bezeichnet ist.

2. Die Vorschriften des Aufw.G. über Wiedereintragung beziehen sich nur auf den Fall, daß zur Zeit des Inkrafttretens des Aufw.G. die Hypothek gelöscht war. War zu dieser Zeit die Papiermarkhypothek noch eingetragen, und ist sie erst später gelöscht worden, so liegt eine „Wiedereintragung“ i. S. des § 22 Abs. 2 nicht vor. Es finden daher die allg. Grundsätze über den Erwerb in gutem Glauben Anwendung (RG. v. 24. März 1927: Aufw. Rpr. 1927, 297; RG. v. 19. Dez. 1928: RG. 123, 79 = ZB. 1929, 757). Staatssek. a. D. Wirkl. Geh. Rat Dr. Mügel, Berlin.

1) ZB. 1931, 582.

Der Bekl. ist aber ein Hypothekengläubiger, der seine Rechte erst von den ersten Gläubigern, und zwar die Hypothek des Wein. erst nach einem Zwischenerwerbe durch dessen Ehefrau erworben hat, und es fragt sich, ob auch einem solchen Erwerber gegenüber die Ausschaltung der Vorschriften über den öff. Glauben des GB. und der Vorschrift des § 21 Abs. 2 AufwG. Platz greift. Dies kann nicht schon vermöge Umkehrschlusses aus der Schlußbestimmung des § 22 Abs. 1 Halbs. 2 AufwG. bejaht werden, weil der Erwerb der Ehefrau Wein. und des Bekl. erst nach dem 1. Juni 1925 liege, während am angegebenen Ort eine Ausnahme von der Vorschrift des Halbsatzes 1 nur für den Fall zugelassen werde, wenn das Recht vor dem 1. Juni 1925 auf einen nicht zum Kreise der verdächtigen Personen gehörigen Dritten übergegangen sei. Aus dieser Bestimmung, die sich gegenüber der Ausnahmeharakter tragenden Vorschrift des Halbsatzes 1 als eine Wiederherstellung der Regel (des öff. Glaubens des GB. und der Vorschrift des § 21 Abs. 2) für besondere Unterfälle darstellt, schrift des § 21 Abs. 2) für besondere Unterfälle darstellt, darf nicht die viel weiter greifende Umkehrung gefolgert werden, daß nun in allen Fällen eines erst nach dem 1. Juni 1925 erfolgenden Rechtsübergangs an einen Dritterwerber der öff. Glaube des GB. außer Wirksamkeit gesetzt bleibe. Im Wege des bloßen Umkehrschlusses würde ein Rechtsatz von solcher Tragweite, der alle nach dem 1. Jan. 1925 unter den Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 Halbs. 1 AufwG. erworbenen Rechte dauernd verdächtig machen und folglich entwerten, damit aber den Realkredit empfindlich beeinträchtigen würde, nur aufgestellt werden dürfen, wenn sich eine ihn billigende Absicht des Gesetzgebers klar erweisen ließe. Das ist aber nicht der Fall. Auf das Gegenteil weist die Erwägung hin, daß sich aus solcher Auslegung der Schlußworte des § 22 Abs. 1 AufwG. eine zeitlich unbegrenzte Einschränkung des öff. Glaubens des GB. ergäbe, die auch mit der Außerkraftsetzung der allg. Vorschrift des § 22 Abs. 2 — vgl. § 19 GBVereinG. v. 18. Juli 1930 — nicht ihr Ende erreichte. Wenn aber für Fälle des § 22 Abs. 1 AufwG. eine dem § 19 Ges. v. 18. Juli 1930 entsprechende Vorschrift nicht erlassen worden ist, so liegt darin ein Fingerzeig dafür, daß jedenfalls der Gesetzgeber von 1930 den Schlußsatz des § 22 Abs. 1 nicht dahin verstanden hat, daß nach ihm in Fällen verdächtigen Rechtserwerbs i. S. des Halbs. 1 eine Einschränkung des öff. Glaubens des GB. über Ende 1931 hinaus in Betracht komme.

Der Rechtserwerb des Bekl. fällt jedoch, ebenso wie der der Ehefrau Wein., in die Zeit, für welche die Vorschrift des § 22 Abs. 2 AufwG. gilt, daß der Eintragung des AufwBetrags an der bisherigen Rangstelle der öff. Glaube des GB. und die Vorschrift des § 21 Abs. 2 das. nicht entgegenstehe, und diese ihrem Wortlaute nach den Anspruch der Kl. auch dem Bekl. gegenüber rechtfertigende Vorschrift mit den Vorinstanzen auf den Streitfall anzuwenden, könnte nur insofern einem Bedenken begegnen, als hier die Hypothek der Kl. schon vor dem Rechtserwerb der Ehefrau Wein. und des Bekl. mit ihrem AufwBetrags, aber freilich nach § 22 Abs. 1 AufwG. mit unrichtigem Range wieder zur Eintragung gelangt war. Es entsteht also die Frage, ob durch die Vorschrift des § 22 Abs. 2 AufwG. die Aufw. einer gelöschten Papiermarkhypothek gegen den öff. Glauben des GB. und die Rangbestimmung des § 21 Abs. 2 nicht nur bis zu einer Wiedereintragung im Grundbuche überhaupt, sondern bis zur sachlich richtigen Wiedereintragung namentlich auch mit richtigem Range gesichert wird. In dem Ur. d. Sen. v. 14. Juni 1930, V 4/30: AufwRspr. 1930, 488, 490 = JW. 1930, 2399 ist ausgeführt, daß die Vorschrift des § 22 Abs. 2 AufwGes. nur AufwGläubiger, die nicht mehr in Grundbuche stehen, deren Rechte aber auf Grund des AufwG. wieder einzutragen seien, vor einer Benachteiligung durch den öffentl. Glauben des GB. schützen wolle; daß dagegen, wenn das gelöschte gewesene Recht wieder eingetragen sei, dieser Eintrag den Schutz des öffentlichen Glaubens nach den allg. Grundsätzen genieße (vgl. RG.: JW. 1926, 2380; AufwRspr. 1927, 297, 302). Eine Nachprüfung ergibt jedoch, daß sich der hier ausgesprochene Satz in dieser Allgemeinheit nicht aufrecht erhalten läßt. Er trifft zwar zu und ist zu bestätigen für solche Änderungen der ersten Wiedereintragung, die nach Vorschriften des allg. bürgerlichen Rechts erfolgen; ihnen gegen-

über tritt von der ersten Wiedereintragung der AufwHyp. ab der Schutz des öff. Glaubens des GB. wieder voll in Kraft. Nicht dagegen kann dies auch gelten gegenüber der Richtigstellung von aufwertungsrechtlichen Unrichtigkeiten der ersten Wiedereintragung. Wenn die Vorschrift des § 22 Abs. 2 AufwG. dem AufwGläubiger Schutz gegen zwischenzeitliche Eintragungen gewähren will, so muß davon ausgegangen werden, daß sie nach dieser Richtung vollen Schutz bezweckt und die gesetzliche Aufw. in ihrem ganzen Umfange gegen Rechtserwerbe aus der Zeit nach dem 30. Juni 1925 zur Durchführung bringen will. Die Vorschrift des § 22 Abs. 2 soll die sachlich richtige AufwEintragung sichern. Dafür spricht namentlich auch der Wortlaut des Gesetzes, der, wenn er von der Eintragung „des“ AufwBetrags spricht, offensichtlich den richtigen AufwBetrags im Auge hat, und wenn er die Eintragung „an der bisherigen Rangstelle“ sichern will, die nachträgliche Berichtigung einer ersten unrichtigen Rang-eintragung im Grundbuche von seinem Geltungsbereich nicht ausschließt. Eine Beschränkung der Schutzbestimmung auf die erste, sei es auch unrichtige Eintragung der Aufw., läßt sich dem Gesetz nicht entnehmen (vgl. auch v. d. Trend: JW. 1931, 2682). Hiergegen läßt sich im Hinblick auf die beschränkte Geltungsdauer der Vorschrift des § 22 Abs. 2 auch nicht einwenden, daß mit der Erstreckung ihrer Anwendbarkeit auf nachträgliche aufrechtliche Grundbuchberichtigungen der Schutz des öff. Glaubens des GB. ungebührlich eingeschränkt werde.

(U. v. 30. Okt. 1931; 185/30 V. — Berlin.) [Sch.]

9. §§ 17, 37 Abs. 2 HGB.; §§ 1, 3, 13 UmlWG.

1. Den falschen Gebrauch der Firma zu rügen, ist nur derjenige Dritte berechtigt, in dessen Recht damit eingegriffen wird. Dies geschieht nicht schon durch die bloße Tatsache der Konkurrenz.

2. Kein Zwang nach HGB. und GmbHG. für eine Gesellschaft (GmbH.), sich im Geschäftsverkehr, außer bei der Abgabe von verbindlichen Willenserklärungen, der Gesellschaftsbezeichnung (GmbH.) zu bedienen.

3. Werbematerial gilt im Handelsverkehr nicht als Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärung, sondern nur als allgemeine Aufforderung zur Abgabe von Angeboten.

4. Gebrauch und Abkürzung der Firma (Weglassung von GmbH.) ist nur dann unlauterer Wettbewerb, wenn damit ein falscher Anschein erweckt werden soll.

5. Die Bezeichnung von Bezugsberechtigten als „Mitglieder“ berechtigt sich durch den allgemeinen von dem streng juristisch abweichenden Sprachgebrauch und ist nur dann unberechtigt, wenn sich die Rechtsbeziehung zwischen Firma und Bezieher als nackter Kauf darstellt.

Das BG. sieht die beiden Widerklageansprüche, um die es sich in der RevInst. auch als maßgebend für die Entscheidung auf die Anschließrevision der Bekl. nur noch handelt — ebenso wie das bereits in der RevInst. der Fall gewesen ist — und die dahin gehen, daß die Kl. zu unterlassen habe: 1. sich in ihrer Firma und in ihren Veröffentlichungen als „Deutsche Buchgemeinde“ ohne den Zusatz „GmbH.“ zu bezeichnen, 2. in ihren Veröffentlichungen ihre Kunden als ihre „Mitglieder“ zu bezeichnen, aus § 4 GmbHG., § 2 HGB. und aus §§ 1, 3 UmlWG. als gegeben an.

§u 1: Hier handelt es sich um den Fall, daß die Kl., wenn sie den zur Firma gehörenden Zusatz des Gesellschaftsverhältnisses (§ 4 GmbHG.) wegläßt, angeblich sich ihrer Firma in einer gegen das Firmenrecht verstoßenden Weise bedienen und damit den nach § 18 HGB. für neue Firmen maßgebenden Grundsatz der Firmenwahrheit, der für alle Firmen, auch für die einer GmbH. gilt (vgl. Beschl. des erf. Sen. v. 10. Jan. 30, II B 16/29: RG. 127, 77 ff.), verletzen würde. Denn nach § 18 Abs. 2 HGB. sind wahrheitswidrige oder irreführende Zusätze verboten, andererseits aber

auch Weglassungen von Zusätzen, die zur Firma gehören wie z. B. die gebotene Angabe des Gesellschaftsverhältnisses, deren Fortlassung die Firma unrichtig, unwahr machen würde. Der Bekl. würde aber ein Anspruch auf Unterlassung des Gebrauchs einer solchen unrichtigen Firma — die Unrichtigkeit hier unterstellt — nach § 37 Abs. 2 HGB. gegen die Kl. nur dann zustehen, wenn sie durch diesen Gebrauch der Firma seitens der letzteren „in ihren Rechten verletzt würde“. Die Klage aus § 37 Abs. 2 HGB. ist somit keine Popularklage. Erforderlich ist die Verletzung eines bestimmten Rechtes. Es genügt zur Klagebefugnis auch nicht die Verletzung nur von Interessen, falls diese nicht wie im Falle des § 12 HGB. rechtlich geschützt sind. Das BG., das den § 37 Abs. 2 HGB. gegeben ansieht, läßt sich nicht darüber aus, welches bestimmte Recht der Bekl. durch den Gebrauch der unrichtigen Firma seitens der Kl. verletzt sein sollte. Das BG. nimmt eine solche Verletzung zu Unrecht anscheinend schon deshalb an, weil die Bekl. demselben Gemerbetrieb des Bücherantriebs angehört, und der unbefugte Firmengebrauch seitens der Kl. geeignet sei, ihren Absatz auf dem Büchermarkt zu heben. Darin liegt aber noch nicht ein Eingriff in den als Rechtsgut anerkannten Bestand des eingerichteten und ausgeübten Gemerbetriebs. Denn die Kl. beeinträchtigt die Bekl. lediglich dadurch, daß sie ihr Konkurrenz macht; das ist aber noch nicht ein Eingriff in jenes Rechtsgut (Art. des erf. Sen. in JW. 1913, 435¹²). Es würde sich nicht einmal um eine Beeinträchtigung der freien gewerblichen Betätigung der Bekl. — was der erf. Sen. auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes in neuerer ständiger Rspr. als ausreichende Voraussetzung anerkannt hat — durch jenen angebotlich unbefugten Gebrauch handeln.

Danach steht jedenfalls auf Grund des § 37 Abs. 2 HGB. der Bekl. entgegen der Ansicht des BG. der Unterlassungsanspruch zu Ziff. 1 der Widerklage nicht zu.

In Betracht käme für ihre Klagebefugnis nur die Vorschrift des § 13 UnlWG. und materiellrechtlich die des § 1 und des § 3 daselbst, deren Voraussetzungen das BG. ebenfalls als gegeben ansieht. Nach § 13 a. a. O. ist die besondere Klageberechtigung für Klagen aus §§ 1 und 3 UnlWG. auch ohne eigene Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung durch das Verhalten des anderen für jeden im öffentlichen Interesse gegeben, der Waren oder Leistungen verwandter Art herstellt oder in den Verkehr bringt. Diese Legitimation ist auf Seiten der Widerklägerin gegeben. In der Sache selbst gilt folgendes: Nach § 17 HGB., der auch für die GmbH. gilt, besteht eine Verpflichtung zur Führung der Firma, d. h. der unveränderten Firma, nur im Handel; die Firma ist der Name, unter der die GmbH. im Handel ihre Geschäfte betreibt und ihre Unterschriften abgibt. Diese Bestimmung schließt selbst auf diesem Gebiet schon nicht die Verwendung von Abkürzungen schlechthin aus, sogar bei Formakten wie bei der Wechselunterschrift. Die Abkürzungen müssen nur allgemein verständlich sein. Das gilt nicht nur von den durch Zusammenstellung der Anfangsbuchstaben der einzelnen Firmenworte schlagwortartig gebildeten Abkürzungen, z. B. Mitropa, UGB, Abca, Hapaq usw., die heute sehr gebräuchlich sind, sondern auch von anderen allgemein verständlichen Abkürzungen. Die Annahme liegt nahe, zu diesen auch die nur unter Weglassung der Gesellschaftsform im übrigen richtig wiedergegebene Firma zu zählen. Selbst wenn also die Kl. unter dieser Bezeichnung „im Handel ihre Geschäfte betreiben und ihre Unterschrift abgeben“ würde, wäre es zum mindesten sehr zweifelhaft, ob es nicht überhaupt an dem Erfordernis der Unrichtigkeit der Angabe über ihre geschäftlichen Verhältnisse (§ 3 UnlWG.) fehlen würde und damit dann ohne weiteres auch an einer in Täuschungsabsicht gemachten unwahren Angabe, wie sie für Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 1 UnlWG.) erforderlich wäre. Aber auch ganz abgesehen hiervon fehlt es überhaupt an dem Erfordernis, daß die Kl. ihre Firma unter Weglassung des Zusatzes über die Gesellschaftsform, also unrichtig — wenn man sich auf den Standpunkt der Bekl. und des BG. stellen wollte, abweichend von der vorstehenden Erwägung — beim Betriebe ihrer Geschäfte im Handel und bei Abgabe ihrer Unterschrift verwendet hat. Das BG. stellt lediglich fest, daß das geschehen sei in dem von ihr verbreiteten Werbematerial und in Beitrittserklärungen. Nun liegt

aber doch im Gegensatz zur Auffassung des BG. weder in dem einen noch in dem anderen Falle Zwang zum firmenmäßigen Gebrauch der Firma vor. Es handelt sich bei der öffentlichen Ankündigung seiner Waren durch ein Geschäftsunternehmen im Wege der Reklame, sei es in Zeitungen, sei es in besonderen verteilten oder übersandten Prospekten oder bei Begleitschreiben neben übersandtem Werbematerial nicht um eine rechtlich erhebliche Handlung, etwa um eine rechtsgeschäftliche Erklärung, sondern nur um eine ohne jede rechtsgeschäftliche Bindung geschehene Aufforderung zur Abgabe von Vertragsangeboten durch den Empfänger bzw. Leser der betr. Ankündigungen. Daß dies auch die allgemeine Auffassung der Handelskreise und überhaupt des Verkehrs ist und deshalb die genaue Firmenbezeichnung seitens der die geschäftlichen Ankündigungen veranlassenden Geschäftsunternehmen sehr häufig nicht verwendet wird, lehrt die Erfahrung auf Grund der täglich sich wiederholenden Bestätigung dieser Tatsache. Auch die in Betracht kommenden Verkehrskreise nehmen daran nicht den geringsten Anstoß; sie wissen genau, um was es sich handelt.

Auch davon, daß in dem ohne Zusatz der Gesellschaftsform gebrauchten Wort „Deutsche Buch-Gemeinschaft“ etwa eine auf Kundenzug berechnete Handlungsweise zu erblicken wäre, insofern als in den Lesern durch das Wort „Buch-Gemeinschaft“ ohne den Gesellschaftszusatz die irrige Vorstellung erweckt werden sollte, sie würden durch ihren „Beitritt“ Anteil erhalten am Vermögen des Unternehmens, ein Gedanke, der anscheinend die Einstellung des BG. stark beeinflusst hat, kann keine Rede sein. Sene beiden Worte sind die Firmenworte, die den eigentlichen Kern der Firma der Kl. bilden, und zu denen nur noch der gesetzlich vorgeschriebene Zusatz der Gesellschaftsform hinzukommt. Bedarf es im Werbematerial, wie dargelegt, der Verwendung der genauen Firmenbezeichnung nicht, kann also der Zusatz der Gesellschaftsform weggelassen werden, so kann dem — möglicherweise abgesehen von ganz besonderen Umständen, die für eine irreführende Absicht sprechen könnten, hier aber nicht vorliegen — nicht mit dem Bemerkten entgegengetreten werden, die Firma ohne den Gesellschaftszusatz wirke irreführend oder gar täuschend, ganz abgesehen von der Tatsache, daß das Wort „Buch-Gemeinschaft“ für die Kl. auf ihre Anmeldung vom 18. März 1927 vom RPatA. anstandslos als Warenzeichen eingetragen ist und sie bereits seit 1924 unter dieser Firma besteht und unstrittig Hunderttausende von „festen Beziehern“ hat, und daß der Vermerk über die Gesellschaftsform in einer Firma erfahrungsgemäß vom Publikum nicht besonders stark beachtet wird.

Für die vom BG. weiter festgestellte Weglassung des Gesellschaftsvermerks ihrer Firma durch die Kl. in den sog. Beitrittserklärungen gilt im Ergebnis das gleiche wie für die Weglassung desselben im Werbematerial. Dabei ist gegenüber der Annahme des BG. zunächst richtig zu stellen, daß die Kl. keineswegs in sämtlichen bei den Akten befindlichen Vordrucken für „Beitrittserklärungen“ die Angabe der Gesellschaftsform weggelassen hat, sondern daß sich dieser Zusatz auch in einer ganzen Anzahl von Druckauflagen befindet, wobei der gewaltige Geschäftsbetrieb der Kl. bei einer Bezieherzahl von jetzt etwa 450 000 Personen zu berücksichtigen ist, der etwaige Unrichtigkeiten in gewissem Umfang erklären und entschuldigen würde. Aber ganz abgesehen davon liegen in den Fällen der Weglassung der Zusage über die Gesellschaftsform Verstöße gegen §§ 3 und 1 UnlWG. nicht vor. In dieser Beziehung gilt folgendes. Bei den sog. „Beitrittserklärungen“ handelt es sich nur um Vordrucke von solchen, von denen sich vielfach je einer in einem Prospekt abgedruckt befindet, der von dem Interessenten ausgefüllt und nach Ausschneiden an die Kl. übersandt werden kann. Die Kl. verwendet auch selbständige Vordrucke, die sie auf Anfrage den Interessenten übersendet, wie ein solcher mit der Klagebeantwortung und Widerklagebegründung von der Bekl. überreicht ist. Auch bei diesen Vordrucken handelt es sich nicht um rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, sondern nur um die Aufforderung zur Abgabe einer solchen seitens eines anderen. Daß bei irgendeiner rechtlich erheblichen Erklärung die Kl. ihre Firma ohne Angabe der Gesellschaftsform verwendet habe, hat das BG. selbst nicht festgestellt. Die Weglassung dieser Angabe im schriftlichen Verkehr zwischen der Kl. und ihren

Kunden beanstandet das BG. selbst nicht; denn es nimmt bei der Beurteilung der Kl. zur Unterlassung ausdrücklich diesen Verkehr aus, weil es annimmt, daß die Kunden bei Abschluß des Vertrages über die Organisation der Kl. als GmbH. aufgeklärt sind. Eines Eingehens auf die weitere Frage, ob die Weglassung dieser Angabe in der Firma der Kl. überhaupt geeignet wäre, den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken (§ 3 UnlWG.) in der oben gedachten Richtung oder ob sie sogar bewußt zu Täuschungszwecken in dieser Beziehung (§ 1 UnlWG.) geschah, bedurfte es hiernach nicht mehr.

Der Widerklageanspruch zu Ziff. 1 war daher unbegründet, die Rev. der Kl. zu diesem Punkte somit begründet und die Anschlußrevision der Bekl. ohne weiteres unbegründet.

Zu 2 (oben): Vorauszuschicken ist, daß hier in rechtlicher Beziehung betreffs der Vorschriften des § 37 Abs. 2 HGB. und des § 13 UnlWG. ebenfalls alles gilt, was hierzu oben zu Ziff. 1 ausgeführt ist.

Das BG. geht bei seiner Ansicht, daß die Bezeichnung ihrer Kunden als ihre „Mitglieder“ durch die Kl. in ihren Veröffentlichungen gegen §§ 1 und 3 UnlWG. verstoße — die Anwendbarkeit des § 37 Abs. 2 HGB. scheidet nach der obigen Bezugnahme ohne weiteres aus — von einer zu engen Begriffsbestimmung für das Wort „Mitglied“ aus. Wie die Kl. an Hand des von ihr überreichten Privatgutachtens mit Recht darlegt, entspricht die Ansicht des BG., daß unter „Mitglied“ die deutsche Sprache noch immer ein Glied eines Ganzen, bei Menschen eine Person, verstehe, die durch eine Sache, einen gemeinsamen Zweck, unter Ausschluß anderer mit anderen Personen zu einem Ganzen: der Gemeinschaft, dem Verein, der Gesellschaft usw. verbunden sei, nicht dem allgemeinen Sprachgebrauch. Nach diesem ist „Mitglied“ vielmehr jeder Angehörige eines irgendwie begrenzten Personenkreises, ohne daß sich die einzelnen untereinander zu diesem Kreise verbunden zu haben brauchen, der deshalb durchaus nicht vereins- oder gesellschaftsartigen Charakter zu tragen braucht, vielmehr z. B. durch Wahl, behördliche Anordnung usw. geschaffen sein kann. Man denke nur an die zahlreichen Fälle, wo auch nach der sich mit dem allgemeinen Sprachgebrauch durchaus deckenden Sprache unserer Gesetze von „Mitgliedern“ solcher Personenkreise gesprochen wird, die nicht Gemeinschaften, Vereine oder Gesellschaften sind, z. B. RWerf. Art. 36 ff., „Mitglieder des RT. oder eines LT.“, PrVerf. Art. 12 ff., „Mitglieder des LT., des DBG.“, Art. 32 „Mitglieder des Staatsrechts“, HGB.: „Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats“, GVG.: „Mitglieder einer Kammer“, „eines Senats“. Nach dem Sprachgebrauch ist es durchaus geläufig, von den „Mitgliedern einer politischen Partei, eines Orchesters, einer Reisegesellschaft“ usw. zu sprechen. Dem Sprachgebrauch genügt dabei der loseste äußere Zusammenhang, ohne daß es einer inneren Verbundenheit bedürfte.

Aber auch bei einer dem Sprachgebrauch entsprechenden weiten Ausdehnung des Begriffs „Mitglieder“ könnte man nicht von solchen sprechen, wenn es sich tatsächlich, wie das BG. meint, nur um Käufer der von der Kl. vertriebenen Bücher handeln würde und die ihnen gewährten besonderen Vorteile nichts weiter wären als im geschäftlichen Verkehr übliche Zugaben.

Diese Auffassung des BG. wird jedoch den Tatsachen nicht gerecht. (Wird näher ausgeführt.)

Daß diese vorstehend aufgeführten zahlreichen organisatorischen Maßnahmen der Kl. ihre Dauerbezieher in ein viel engeres Verhältnis zu ihr gebracht haben und ständig bringen, als sie beim einfachen Ankauf eines Buches zwischen Käufer und Verkäufer entstehen können, und daß alle die genannten bedeutenden Vorteile, die die Kl. ihren Dauerbeziehern einräumt, nicht einfach als „Zugaben“ bezeichnet werden können, wie das BG. es tut, steht außer jedem Zweifel.

Bezeichnet die Kl. bei dieser Sachlage ihre Dauerbezieher als ihre „Mitglieder“, so kann in dieser Bezeichnung ein unlauterer Wettbewerb nach § 3 oder § 1 UnlWG. nicht erblickt werden, und zwar schon deshalb nicht, weil es dazu der Zurechnung bedürfen würde, die in Beziehung zum Bücherkauf stehen müßte. Eine solche ist hier jedoch ausgeschlossen, weil die Werbeschriften der Kl. eine erschöpfende Aufklärung über alle Rechte und Pflichten derjenigen enthalten, die sich

entschließen, Dauerbezieher der Kl. zu werden oder wie sie es nennt: ihr beizutreten, ihre Mitglieder zu werden. Der Fall der Anlockung von Kunden durch unrichtige Angaben muß hier ausscheiden. Denn niemand erhält bei der Kl. ein Buch, ohne „Mitglied“ zu sein. „Mitglied“ aber wird man nur, nachdem man Gelegenheit gehabt hat, sich durch den klar verständlichen Inhalt des Werbematerials, insbes. des Vorbruchs der Beitrittserklärung über seine durch den „Beitritt“ zu erwerbenden Rechte und Pflichten zu unterrichten.

Es fehlt aber auch an der für die Annahme eines unlauteren Wettbewerbs erforderlichen Voraussetzung, daß die Bezeichnung ihrer Dauerbezieher als ihre „Mitglieder“ durch die Kl. überhaupt unwahr ist nach der hierfür maßgebenden Auffassung der in Betracht kommenden Verkehrskreise. Die gegenteilige Ansicht des BG. wird ausschlaggebend von der im Widerspruch mit dem Sprachgebrauch stehenden, wie oben dargelegt, viel zu engen Auffassung von der Bedeutung des Wortes „Mitglied“ beeinflusst. Dieses Wort hat nach den obigen Ausführungen keineswegs einen Verein, eine Gesellschaft oder eine Gemeinschaft im Rechtsinne zur Voraussetzung. Es genügt für seine Anwendung vielmehr vollständig, daß man Glied eines Personenkreises mit gemeinsamen Interessen oder mit gleichen Rechten und Pflichten oder Aufgaben, in diesem Sinne Glied einer Gemeinschaft ist. Eine solche Gemeinschaft, die sich gründet auf die Gemeinsamkeit ihrer geistigen Interessen und ihrer Rechte und Pflichten gegenüber der Kl., ist in der Gesamtheit ihrer Dauerbezieher zu erblicken. Das Glied einer solchen Gemeinschaft kann nach dem Sprachgebrauch ohne Bedenken als „Mitglied“ bezeichnet werden. Nun hätte die Kl. in ihren Werbeschriften bei genauer Ausdrucksweise vom „Beitritt zu ihrer Bezieher-Gemeinschaft“ sprechen können. Daß sie das nicht tut, sondern von der Mitgliedschaft bei ihr (Kl.) spricht, obgleich selbstverständlich der Beitritt zu ihrer Bezieher-Gemeinschaft in Betracht kommt und von ihr auch nur gemeint ist, erklärt sich daraus, daß sie das Wort „Buch-Gemeinschaft“ als ihre Firmenbezeichnung führt. Damit hat sie, wie sie in der RevInst. unter Bezugnahme auf das Privatgutachten mit Recht betont, nicht auf die Gesellschaftsnatur des Unternehmens, auf die GmbH., hindeuten wollen, sondern darauf, daß dieses Bücher an eine Zahl von Personen verkauft, die eine tatsächliche Gemeinschaft bilden, und deren einzelne Glieder sie nach den besonderen Beziehungen zwischen ihr und diesen, die völlig aus dem Rahmen des Verhältnisses zwischen Käufer und Verkäufer herausfallen, ihre „Mitglieder“ nennt. Berücksichtigt man weiter, daß sie an keinen anderen Bücher verkauft als an Personen, die durch ihre Beitrittserklärung und deren Annahme seitens der Kl. in den Kreis ihrer Dauerbezieher eingetreten sind, so kann die Bezeichnung der Leser als ihre „Mitglieder“ nach der maßgebenden Auffassung der in Betracht kommenden Verkehrskreise, die in weitestem Umfange mit den Verhältnissen bei den Deutschen Bücherverkaufs-Organisationen u. a. der Kl. vertraut sind (vgl. unten) und in Anbetracht der oben dargelegten weitgehenden Bedeutung jenes Wortes im Sprachgebrauch nicht als unrichtig angesehen werden. Das BG. meint, die Bezeichnung als „Mitglied“ in Verb. mit dem Gebrauch des Wortes „Gemeinschaft“ ohne Gesellschaftszugang erwecke die Auffassung, daß es sich bei der Kl. um ein gemeinnütziges Unternehmen handle. Für eine solche Annahme des BG. fehlt es an ausreichender prozeßgerechter Grundlage. Ein gemeinnütziges Unternehmen wäre ein solches, das ohne den Zweck, eigenen Gewinn zu erzielen, arbeitet, mithin seinen Überschuß an die Allgemeinheit oder an seine Kunden abführt. Etwas derartiges verspricht aber die Kl. nirgends in ihrem Werbematerial, dessen Inhalt bei der Ermittlung der Auffassung der Leser nicht einfach beiseitegeschoben werden kann, wie das BG. es tut, zumal wenn es sich um einen so wesentlichen Punkt handelt, wie es die Beteiligung am Gewinn des Unternehmens ist. Ist aber an keiner Stelle des gesamten Werbematerials von der Kl. eine Bemerkung gemacht, die in diesem Sinne verstanden werden könnte, so kann eine sich nur auf das Wort „Mitgliedschaft“ in Verb. mit dem Firmenwort der Kl. „Buch-Gemeinschaft“ stützende Auffassung vielleicht einiger ganz weniger Leser nicht als Maßstab für die Beurteilung der Erklärungen der Kl. über die von ihren Dauerbeziehern durch ihren Beitritt zu er-

werbenden Rechte und Pflichten gegen sie zugrunde gelegt werden. Dabei mag noch zum Nachweise dafür, wie wenig aus dem Worte „Mitgliedschaft“ ein Schluß auf die gemeinnützige Natur des Unternehmens der Kl. gerechtfertigt wäre, auf die Bestimmung des § 15 GenG. hingewiesen werden, wo das Gesetz von einer Mitgliedschaft an einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft spricht. Zur Unterstützung der Tatsache, daß dem in Betracht kommenden Publikum der Sachverhalt in weitestem Umfange bekannt ist, soll noch auf das von der Kl. überreichte Werbematerial von elf anderen dem Unternehmen der Kl. ähnlichen Buchverkaufs-Organisationen zu mit zusammen etwa 1 Million Bezieher verwiesen werden, zu denen noch die von der Kl. angegebene, nicht bestrittene Zahl von rund 450 000 eigenen Beziehern hinzutritt. Alle diese Unternehmen nennen die Personen, die durch „Beitritt“ und „Beitragszahlung“ das Recht auf Bücherbezug erworben haben, ebenfalls „Mitglieder“; das tut u. a. auch die Bekl. selbst. Aus der gerichtsbekanntem, sich auch aus dem vorstehend angegebenen Material ergebenden außerordentlich weitestehenden Verbreitung der Buchverkaufs-Organisationen — zu der eingeschriebenen Zahl der Bezieher treten noch die Familienangehörigen — ergibt sich auch, daß man in den weitesten Kreisen des deutschen Volkes mit den Verhältnissen genau vertraut ist und daher weiß, daß man durch den Beitritt zu diesen Bücherorganisationen, d. h. durch den Erwerb der sog. Mitgliedschaft in ihnen, nur das Recht auf Bücherbezug zu ermäßigten Preisen und auf etwaige sonstige genau angegebene Vergünstigungen erworben hat. Sachlich richtig weist die Kl. darauf hin, daß die Bekl. genau das selbe tut, was sie bei der Kl. als Verletzung der §§ 3 und 1 UnfWG. rügt und aus diesem Grunde verboten wissen will. Sie nennt sich, wie die zu den Akten überreichten Drucksachen der Bekl., z. B. der schon mit der Klageschrift vorgelegte Prospekt, ergeben, selbst außerhalb des Verkehrs mit ihren Kunden „Buchgemein-schaft“; sie bezeichnet, wie ihre Satzungen und das übrige sie betreffende Werbematerial in der Mappe ergeben, ihre Kunden als Mitglieder, sie spricht von Beiträgen, Ein- und Aus-tritt usw. Das BG. hat den unter Hinweis auf diese Tatsachen von der Kl. erhobenen Einwand der Arglist zurückgewiesen, weil es unerheblich sei, ob die Bekl. selbst unlauteren Wettbewerb treibe. Die Rev. beanstandet das; aber mit Unrecht. Der Bekl., die von der besonderen im öffentlichen Interesse gewährten Klagebefugnis aus § 13 UnfWG. i. Verb. mit §§ 1 und 3 UnfWG. Gebrauch macht (vgl. oben zu Ziff. 1), können Einwendungen aus ihrer Person nicht entgegengehalten werden entsprechend der Popularklage aus § 9 Nr. 2 und 3 WbzG. (RG. 120, 404²⁾), auch wenn an sich die exceptio doli gegeben sein sollte. Doch kommt es auf diesen Einwand bei der dargelegten Rechtslage nicht mehr an.

Der Widerklageanspruch zu Ziff. 2 war daher unbegründet. (U. v. 12. Juni 1931; 392/30 II. — Berlin.) [Ru.]

4. Genossenschaftsrecht.

10. §§ 398, 399 BGB.; §§ 7, 19, 22, 60, 105 GenG. Ansprüche der Genossenschaft gegen ihre Mitglieder auf Einzahlung auf ihren Geschäftsanteil sind nicht abtretbar.

Da die Gen. zur Aufnahme von Mitgliedern nicht verpflichtet ist, soweit sie sich nicht selbst eine solche Verpflichtung auferlegt, kann sie im allg. Rahmen der Ges. die Ausnahme von beliebigen Bedingungen abhängig machen und deshalb ein Beitritts-geld einführen, das der Eintretende beim Erwerb der Mitgliedschaft zu zahlen verpflichtet wird (s. a. RG. 62, 303 ff. [308]). Insofern handelt es sich aber um eine gewöhnliche Geldforderung, die mit dem Beitritt zur Entstehung gelangt und im übrigen in ihrem Bestand und Fortbestand von den genossenschaftlichen Beziehungen nicht weiter beeinflusst wird. Das GenG. insbes. läßt der Gen. bez. der Verwendung und Verwertung der Beitritts-gelder und der Forderungen auf sie völlig freie Hand. Gegen ihre freie Abtretbarkeit durch die Gen. lassen sich deshalb rechtliche Bedenken nicht erheben, vielmehr muß es insoweit bei der Regel des § 398 BGB. sein Bewenden haben.

Anders verhält es sich allerdings mit den Einzahlungsansprüchen auf Geschäftsanteil. Die rechtliche Möglichkeit ihrer Abtretung ist, gleichviel ob Fälligkeit schon eingetreten ist oder nicht, grundsätzlich zu verneinen, und zwar für alle drei Arten von Gen. Das GenG. enthält zwar darüber keine ausdrückliche Bestimmung. Daraus folgt aber noch nicht, daß Abtretung und Pfändung solcher Ansprüche nun schlechthin zulässig sein müßten. Im Schrifttum ist diese Frage bestritten. Dafür haben sich ausgesprochen z. B. Waldecker: ZfR. 1915 (77), 414; Kieß: Ehrenbergs Handb. d. gef. R. III, 2 S. 224; dagegen u. a. Krüger=Crecelius, § 7 GenG., Anm. 16, u. § 22 Anm. 11; Deumer, GenR. S. 207. Das RG. hat die Abtretbarkeit usw. bejaht (s. z. B. ZfR. 1929, 1403³⁾). Das RG. hat hierzu, soweit ersichtlich, bisher noch nicht Stellung genommen. Wohl ist in RG. 59, 67 ff. die Zulässigkeit der Abtretung von Nachschußansprüchen durch den Konkursverwalter im Konkurs einer eGmbH. verneint worden. Dieses Ur. beruht aber im wesentlichen auf der eigenartigen Ausgestaltung der Nachschußpflicht der Genossen im Konkurs der Gen. (§§ 105 ff., 141 GenG.) und kann deshalb hierher nicht maßgeblich sein.

Die Kl. und das BG. berufen sich namentlich auch auf die Rspr. zur Frage der Abtretbarkeit und Pfändbarkeit von Einzahlungsansprüchen auf Aktien der AktG. und auf Stammeinlagen einer GmbH. Gemiß hat das BG. die Möglichkeit der Abtretung und Pfändung solcher Forderungen bejaht (RG. 85, 351¹⁾; 102, 385²⁾), allerdings nur unter der weiteren Voraussetzung, daß der Gesellschaft dafür im Einzelfall ein vollwertiges Entgelt zufließt (s. z. B. RG. 124, 380³⁾; 133, 81⁴⁾). Auch muß bei der Abtretung und Pfändung der Grundfah der Gleichbehandlung der Aktionäre und Gesellschafter gewahrt werden. Daraus folgt, daß die Gesellschaft z. B. bei der Abtretung nicht die Ansprüche gegen einzelne bestimmte Gesellschafter herausgreifen kann, vielmehr auch insoweit gegenüber allen Gesellschaftern in gleicher Weise verfahren muß. Es liegt auf der Hand, daß wegen dieser weiteren Voraussetzungen die Möglichkeit einer rechtswirksamen Abtretung und Pfändung solcher Einlageforderungen tatsächlich vielfach entfallen wird. Es ist also durchaus nicht so, daß derlei Forderungen schlechthin für abtretbar und pfändbar erklärt sind, vielmehr ergibt sich aus dem weiteren Erfordernis der Vollwertigkeit des Entgelts und der Gleichbehandlung der Gesellschafter praktisch eine ganz wesentliche Einschränkung. Diese letztere Rspr. stützt sich auf die Eigenart des finanziellen Aufbaues der AktG. und der GmbH., insbes. auf die Funktion des Grund- bzw. Stammkapitals als Garantiekapital für die Gläubiger, sowie den Grundfah der Gleichbehandlung der Gesellschafter. Dieser letztere Grundfah beherrscht auch das Recht der eingetragenen Gen. Dagegen ist ihr finanzieller Aufbau rechtlich wesentlich anders gestaltet als derjenige der AktG. und GmbH. Ein Grund- oder Stammkapital, das für die Gläubiger schlechthin gebunden wäre, gibt es bei den Gen. nicht. Dessen Stelle vertritt vielmehr im wesentlichen die Haftpflicht der Genossen in ihrer verschiedenen Form, nämlich als beschränkte und unbeschränkte Haftpflicht und unbeschränkte Nachschußpflicht. Immerhin haben aber auch die Einzahlungsansprüche auf Geschäftsanteil und die darauf geleisteten Einzahlungen eine gewisse Garantiefunktion für die Gläubiger. Dies folgt ohne weiteres aus § 22 GenG. (s. a. RG. 45, 108 ff.). Angesichts dieser Best. müßte demnach, wenn je die Abtretung und Pfändung der Einzahlungsansprüche auf Geschäftsanteil für zulässig zu erachten wäre, neben dem Erfordernis der Gleichbehandlung der Genossen als weitere Voraussetzung der Rechtswirksamkeit dieser Rechtsakte die der Vollwertigkeit des Entgelts aufgestellt werden. Andernfalls wäre auch einer Umgehung des Verbots des Verzichts, wie der einseitigen Aufrechnung Tor und Tür geöffnet. Darauf, ob dem Erfordernis der Vollwertigkeit des Entgelts hier genügt wäre, braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden, denn die Eigenart des genossenschaftlichen Verhältnisses, aus dem auch die Einzahlungspflicht auf Geschäftsanteil abfließt, schließt die Abtretung und Pfändung der entspr. Einzahlungsansprüche überhaupt aus. Gemiß handelt es sich hierbei um Geldforderungen; daran würde auch durch Abtretung und Pfändung

¹⁾ ZfR. 1914, 1083.

²⁾ ZfR. 1929, 3006.

³⁾ ZfR. 1921, 1456.

⁴⁾ ZfR. 1931, 2096.

⁵⁾ ZfR. 1928, 2075.

nichts geändert. Aber nicht jede Geldforderung ist abtretbar und pfändbar.

Die eingetragenen Gen. sind bestimmungsgemäß Hilfsorganisationen ihrer Mitglieder; ihr gesetzlich festgelegter Zweck ist die Förderung des Erwerbs und der Wirtschaft der Genossen mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs (§ 1 GenG.). Sie sind in ihrem rechtlichen Aufbau im besonderen zugeschnitten auf die Verhältnisse der minderbemittelten Bevölkerungskreise und sollen auch den wirtschaftlich schwachen und schwächsten Volksteilen zugänglich sein. Dem ist ersichtlich von dem Ges. gerade bei der Ausgestaltung der Einzahlungspflicht auf Geschäftsanteile weitgehendst Rechnung getragen worden. So ist davon abgesehen worden, einen Mindestbetrag für den Geschäftsanteil festzusetzen. Theoretisch wären Geschäftsanteile von 10 Pfg. möglich. Tatsächlich sind solche von 1 M keine Seltenheit, und solche bis zu 20 M sehr häufig. Geschäftsanteile von 1000 M, wie hier, bilden eine Ausnahme. Jedenfalls ist bez. der Höhe des Geschäftsanteils von dem Ges. der Satz und damit der Gesamtheit der Genossen freier Spielraum gelassen. Das ist bei der AktG. und GmbH. ganz anders. Hinzu kommt weiter, daß § 7 Biff. 2 GenG. eine Einzahlungspflicht nur in Höhe von einem Zehntel des Geschäftsanteils vorschreibt; aber auch bez. dieses gesetzlichen Pflichtzehntels hat die Satzung über Zeit und Betrag der Zahlungen zu bestimmen; es ist m. a. W. insofern wiederum alles weitere der Beschlussfassung der GenVers. der Genossen anheimgegeben. Ebenso verhält es sich hinsichtlich der Einführung weiterer Pflichteinzahlungen, deren Höhe und Zeit. Der Gegensatz zu der gesetzlichen Regelung der Einzahlungspflicht bei der AktG. und GmbH. tritt offen zutage. Bei den eingetragenen Gen. ist anders, als bei diesen Kapitalgesellschaften von vornherein die Einzahlungspflicht auf Geschäftsanteil in den denkbar weitesten Umfang der genossenschaftlichen Autonomie überlassen, offensichtlich damit diese Pflicht jeweils der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Genossen angepaßt werden kann. Tatsächlich sind denn auch kleine und kleinste Pflichteinzahlungen nichts Ungewöhnliches. Es handelt sich demnach häufig um Zwergforderungen, die sich als solche schon wirtschaftlich weder zum Umsatz, noch zur Verpfändung eignen, auch nicht in ihrer Massenhaftigkeit, wie z. B. bei Konsumvereinen. Bergegenwärtig man sich diese Verhältnisse und hält sich gleichzeitig vor Augen, daß das GenG. gerade mit solchen rechnet und auf sie besonders zugeschnitten ist, so ergeben sich allein schon deshalb ernsthafte Zweifel, ob der Gesetzgeber die Loslösung von derlei Einzahlungsansprüchen aus dem genossenschaftlichen Band gewollt hat und gewollt haben kann. Der Umstand sodann, daß das Ges. die Einführung und Ausgestaltung der Einzahlungspflicht in den denkbar weitestem Ausmaß der genossenschaftlichen Selbstverwaltung überlassen hat, spricht weiter dafür, daß auch die Handhabung der bestehenden Einzahlungspflichten letzten Endes stets unter der Kontrolle des obersten GenOrgans, d. h. der GenVers. der Genossen verbleiben soll. Für letztere ist es keineswegs gleichgültig, ob sie mit ihren Pflichteinzahlungen Schuldner der Gen. selbst oder beliebiger Dritter zufolge Abtretung sind. Wiederum ist dabei auf den Zweck der Gen., „Förderung des Erwerbs und der Wirtschaft ihrer Mitglieder“ und den Umstand hinzuweisen, daß sie als Hilfsorganisationen gerade auch für wirtschaftlich schwächere Volksteile gedacht sind. Gewiß gestattet § 22 GenG. eine Herabsetzung des Geschäftsanteils oder der Pflichteinzahlungen und der Einzahlungsfristen nur unter Beachtung der Bestimmungen, welche für die Verteilung des GenVermögens im Fall der Auflösung gelten. Allein es ist immerhin nicht ohne Belang, daß das GenG. ein Stundungsverbot hinsichtlich der einzelnen Pflichteinzahlungen eines Genossen nicht enthält, wie es § 19 Abs. 2 GmbHG. aufstellt. Auch § 60 GenG. steht der Stundung einer einzelnen Einzahlungsschuld durch den Vorstand nicht entgegen, der seinerseits hinsichtlich seiner Beitreibungsmaßnahmen der Kontrolle der GenVers. und damit der Gesamtheit der Einzahlungsschuldner unterworfen ist und sich ihr gegenüber auch insoweit zu verantworten hat. Insofern ist die Lage des einzelnen Genossen, wenn er sich zufolge der Abtretung einem beliebigen Dritten gegenüber sieht, tatsächlich ohne Zweifel eine ungünstigere, dies namentlich dann, wenn Streit darüber entsteht, ob und inwieweit der einzelne Genosse etwa schon seiner Einzahlungspflicht genügt

hat, z. B. deshalb, weil die Ansichten darüber auseinandergehen, wie gewisse von ihm geleistete Zahlungen zu verrechnen sind.

Wie eng die Einzahlungspflicht nicht nur hinsichtlich ihres Entstehens, sondern auch ihres Fortbestandes mit dem Genossenverhältnis verknüpft ist, zeigt sich sodann darin, daß sie bez. der noch nicht fälligen Raten mit der Konkursöffnung gegen die Gen. schlechthin erlischt (RG. 73, 410 ff.⁵⁾). Auch insofern ist die Rechtslage bei der AktG. und GmbH. eine völlig andere. Daran ändert nichts, daß die Einzahlungsansprüche auf zur Zeit der Konkursöffnung bereits fällige Einzahlungen bestehen bleiben. Die Einzahlungspflicht auf Geschäftsanteil kann ferner nach § 19 Abs. 1 GenG. durch Gewinnunterschriften getilgt werden, wenn auch vorbehaltlich ihres Wiederauflebens zufolge späterer Verlustunterschriften. Die Einzahlungen auf Geschäftsanteil (freiwillige und geschuldete) bilden weiter die Grundlage für die Gewinnverteilung (§ 19 GenG. u. § 36 Satzung), sowie teilweise auch für die Vermögensverteilung im Fall der Liquidation (§ 91 Abs. 1 GenG.); mit aus ihnen setzt sich das Geschäftsguthaben der Genossen zusammen; insofern geben sie, soweit nicht durch Verluste aufgezehrt, die Grundlage ab für ein echtes Gläubigerrecht des Genossen im Fall seines Ausscheidens aus der fortbestehenden Gen. (§ 73 GenG.), gleichviel aus welchen Gründen dasselbe erfolgt. Nichterfüllung der Einzahlungspflicht kann ferner gem. § 68 Abs. 2 GenG. satzungsmäßiger Ausschließungsgrund sein. Faßt man all dies ins Auge und berücksichtigt man weiter, daß eine Abtretung oder Pfändung der Einzahlungsansprüche auf Geschäftsanteil, wenn überhaupt, so doch nur gegen vollwertiges Entgelt und unter Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Genossen für rechtswirksam erachtet werden könnte, so rechtfertigt sich der Schluß, daß der Gesetzgeber, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend von der Unabtretbarkeit und Unpfändbarkeit der Einzahlungsansprüche, auch schon fällig gewordenen, ausgegangen ist und jedenfalls die Streitfrage, wenn er ausdrücklich zu ihr Stellung genommen hätte, in dem hier vertretenen Sinn entschieden haben würde. Diese Annahme erscheint im Hinblick auf die bes. Regelung des GenKonkurses um so unbedenklicher.

Die Unzulässigkeit einer Abtretung und Pfändung der Einzahlungsansprüche auf Geschäftsanteil ist aus der Eigenart der genossenschaftlichen Rechtsbeziehungen hergeleitet, aus denen sie abfließen und von denen sie nur einen Teilausschnitt bilden. Die rechtliche und wirtschaftliche Sondergestaltung des genossenschaftlichen Verhältnisses läßt es als unmöglich erscheinen, daß ein so wesentliches Stück desselben, wie es die Einzahlungsforderung und die Einzahlungsschuld auf Geschäftsanteil darstellen, sei es durch Abtretung, sei es durch Pfändung und Überweisung, in die Hände Dritter gelangt. Dritter in diesem Sinne ist aber der Konkursverwalter nicht. Er tritt vielmehr im Gegenteil durchaus an die Stelle der Gen. und ist befugt, alle ihr zustehenden Rechte, soweit sie nicht mit der Konkursöffnung erlöschen, geltend zu machen und darüber hinaus die Haftpflicht der Genossen zu verwirklichen (§§ 105 ff. GenG.). Deshalb lassen sich allerdings aus § 1 RD. durchschlagende Bedenken gegen Einziehung von Einzahlungsrückständen auf Geschäftsanteil durch den Konkursverwalter nicht herleiten; er kann und muß solche vielmehr zur Masse ziehen und sie für diese betreiben.

(U. v. 15. Jan. 1932; 245/31 II. — LG. I Berlin.) [Ru.]

5. Bank- und Börsenwesen.

** 11. § 66 AufwG.; § 184 BGB. § 66 gilt nur zugunsten des Bankgewerbes, versagt daher, wenn vor Inkrafttreten des AufwG. infolge Schuldübernahme an die Stelle der Bank ein nicht privilegierter Schuldner getreten ist. Auf die für die Schuldübernahme erforderliche Genehmigung des Gläubigers findet die Rückwirkung aus § 184 BGB. Anwendung.)

Ohne Rechtsirrtum nimmt der VerR. an, daß die Mittel-

⁵⁾ JW. 1926, 763.

Zu 11. Der Auffassung des RG., daß der Ausschluß der Aufw.

standsbank sich gegenüber einem Aufw. Verlangen der Bekl. auf § 66 Aufw. G. berufen könnte. Da es sich jedoch um eine Ausnahmevorschrift handelt, die nur zugunsten des Bankgewerbes erlassen ist, so verlagert der Schutz des § 66 Aufw. G. wenn vor Inkrafttreten dieses Gesetzes infolge Schuldübernahme an die Stelle der Bank ein anderer Schuldner getreten ist, auf den die Voraussetzungen der genannten Bestimmung nicht zutreffen. Mit Recht hat daher der VerK. die Entsch. des Rechtsstreits von der Frage abhängig gemacht, in welchem Zeitpunkte die in dem Kaufvertrag v. 15. Febr. 1918 zwischen der Mittelstandsbank und dem Kl. vereinbarte Schuldübernahme wirksam geworden ist. Nach § 415 Abs. 1 BGB. hängt die Wirksamkeit einer von einem Dritten mit dem Schuldner vereinbarten Schuldübernahme von der Genehmigung des Gläubigers ab, die erst erfolgen kann, wenn der Schuldner oder der Übernehmer dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgeteilt hat. Nach § 416 BGB. wird bei der Übernahme einer Hypothekenschuld durch den Erwerber eines Grundstücks die Genehmigung des Gläubigers unter den dort näher bestimmten Voraussetzungen fingiert. Der VerK. wendet auf die Genehmigung die Vorschr. des § 184 BGB. an und schließt hieraus, daß infolge der Rückwirkung der Genehmigung die Schuldübernahme im vorl. Falle als bereits zur Zeit des Abschlusses des Vertrags v. 15. Febr. 1918 wirksam geworden anzusehen sei.

Nach der herrschenden und in der Rspr. des RG. anerkannten Ansicht stellt der Schuldübernahmevertrag des § 415 BGB. eine Vfg. des Schuldners über das Recht des Gläubigers dar, so daß es sich bei der im § 415 BGB. vorgesehenen Genehmigung des Gläubigers um eine solche i. S. des § 185 Abs. 2 daselbst handelt. So ist denn auch die Genehmigung nach der Rspr. des RG. nicht erforderlich, wenn der Gläubiger bereits vor der Schuldübernahme seine Zustimmung zu dieser erklärt hat (RGW. 1911 Nr. 262). Demgemäß muß § 184 BGB. auf die Genehmigung Anwendung finden (RG. 120, 153¹).

Wenn die Rev. ausführt, die Genehmigung könne eine Rückwirkung höchstens auf den Zeitpunkt der Mitteilung der Schuldübernahme an den Gläubiger äußern, so kann auch dem nicht beigetreten werden. Es ist zwar richtig, daß die Rückwirkung nur auf einen Zeitpunkt zurückgehen kann, in dem das genehmigte Rechtsgeschäft abgeschlossen vorlag (Urt. v. 15. Juni 1929, V 117/28: Aufw. Rspr. 1929, 882). Allein die Mitteilung an den Gläubiger ist nicht ein rechtsgeschäftlicher Bestandteil der Schuldübernahme, sondern sie ist lediglich eine gesetzliche Voraussetzung für die Zulässigkeit der Genehmigung des Gläubigers. Wird diese Genehmigung in zulässiger Weise erteilt, so wirkt sie auf den Zeitpunkt zurück,

von Bankguthaben nur zugunsten von Bankunternehmungen gilt, nicht aber zugunsten eines Dritten, der die Schuld von der Bank übernommen hat, ist zuzustimmen. Die Auffassung ist auch bisher vertreten worden (O. W. Stettin: Aufw. Rspr. 2. Edh. S. 57; Schlegelberger-Harmering, Anm. 4 zu § 66; Quassowski, I B 1 zu § 66). Der Grund für den Ausschluß der Aufw. nach § 66 Aufw. G. ist darin zu finden, daß sich das Bankgeschäft, nämlich die Anschaffung und die Darlehnung von Geld, ganz auf der Grundlage Mark gleich Mark vollzogen hat, so daß nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte für eine Aufw. kein Raum ist. Für Schuldner, die das Hereinnehmen und Weitergeben von Geld nicht gewerbsmäßig betreiben, trifft dieser Grund nicht zu und gilt daher das Vorrecht des § 66 Aufw. G. nicht. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Schuld ursprünglich in der Person eines solchen Schuldners begründet worden ist oder ob sie zunächst eine Bank solchen Schuldners begründet worden ist oder ob sie zunächst eine Bank solchen Schuldners begründet worden ist oder ob sie zunächst eine Bank solchen Schuldners begründet worden ist. Der Fall und später von einem Dritten übernommen worden ist. Der Schuldner, der nicht Inhaber eines Bankunternehmens ist, trifft in jedem der beiden Fälle eine Aufw. Pflicht. Nur dann kann der Übernehmer der Schuld auf Aufw. nicht in Anspruch genommen werden, wenn die Schuldübernahme nach dem Inkrafttreten des Aufw. G. erfolgt ist. Denn mit dem Inkrafttreten des Aufw. G. ist die Schuld mit diesem durch das Gesetz bestimmten Inhalt festgelegt und bleibt mit diesem Inhalt bestehen, mag der Schuldner wechseln oder nicht. Das ist bisher schon angenommen worden (vgl. die oben angeführten Stellen aus Rspr. und Schrifttum), und diese Auffassung liegt auch der Entsch. des RG. zugrunde. Denn das RG. stellt seine Entsch. darauf ab, ob die Schuldübernahme vor oder nach dem Inkrafttreten des Aufw. G. wirksam erfolgt ist.

In der Beurteilung der Frage, in welchem Zeitpunkt eine

in welchem der Schuldübernahmevertrag zwischen dem ursprünglichen Schuldner und dem Übernehmer abgeschlossen worden ist. Daß dies der Standpunkt des Gesetzes ist, folgt aus der Fassung des § 415 Abs. 2 Satz 1: „Wird die Genehmigung verweigert, so gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt.“ Ob die Genehmigung ausdrückliche oder stillschweigend erklärt wird, ist für die Frage der Rückwirkung belanglos. Es kann daher auch für eine gemäß § 416 BGB. fingierte stillschweigende Genehmigung nichts anderes gelten. Eine Genehmigungserklärung der Bekl. liegt schon darin, daß sie in diesem Rechtsstreit den Kl. aus der Schuldübernahme in Anspruch nimmt, so daß es auf die Sonderbestimmung des § 416 gar nicht ankommt (RG. 63, 42; 107, 216).

(U. v. 21. Nov. 1931; 185/31 V. — Berlin.)

[Sch.]

(= RG. 134, 185.)

12. §§ 133, 157, 272, 812 BGB.

1. Die Beurteilung einer Willenserklärung darf nicht aus einem späteren Zeitpunkt als dem ihres Eingangs heraus erfolgen, es sei denn, daß die Verkehrssitte ein Abwarten erfordert.

2. Wenn eine Bank nach dem Eingang von Geldern seitens einer Person in der irrigen Annahme eines dahingehenden Auftrags dieser Person einer dritten Person Kredit im Betrage dieser Gelder gewährt, so entsteht der Anspruch aus ungeredertigter Bereicherung gegen den Dritten in der Person der Bank, nicht in der Person desjenigen, von dem die Gelder gekommen sind.

3. Wenn ein Vertrag wegen sog. versteckten Dissens nicht zustande gekommen, der Dissens aber von Beteiligten schuldhaft herbeigeführt worden ist, kann eine Schadensersatzpflicht begründet sein.†)

Am 2. Okt. 1924 bepfänderte der in Neuyork wohnhafte Kl. an die bekl. Bank: „Rabelten Euch 5000 \$ als Kredit für W.s Firma.“

Mit W.s Firma war die Leipziger C.- und J.-AktG. in Leipzig gemeint. Diese war i. J. 1920 von dem Kaufmann Dstar W., einem Schulfreund des Kl., gegründet worden. W. war auch Vorstand der AktG., die mit der Bekl. in Bankverkehr stand und bei ihr ein Pfund- und ein Markkonto in laufender Rechnung unterhielt. Im Sommer 1924 hatte die Bekl. gegen die AktG. ein erhebl. Guthaben. W. wandte sich an den Kl. um gelbl. Hilfe. Der Kl. entschloß sich zur Unterstützung der AktG. und sandte infolgedessen der Bekl. das ein-

zwischen dem Schuldner und einem Dritten vereinbarte und vom Gläubiger genehmigte Schuldübernahme wirksam wird, schließt sich das RG. der herrschenden und in seiner bisherigen Rspr. von ihm anerkannten Ansicht an. Danach ist eine zwischen dem Schuldner und dem Dritten vereinbarte Schuldübernahme eine Verfügung des Schuldners über das Recht des Gläubigers, die, da sie von einem Unberechtigten vorgenommen wird, der Genehmigung des Berechtigten, nämlich des Gläubigers, bedarf. Die Genehmigung wirkt auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück (§ 184 Abs. 1 BGB.). Die Mitteilung von der Schuldübernahme gehört nicht zur Vornahme des Rechtsgeschäfts, sondern ist eine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Genehmigung. Das Rechtsgeschäft ist vielmehr mit dem Abschluß der Vereinbarung vorgenommen, und auf diesen Zeitpunkt wirkt die Genehmigung des Gläubigers zurück. Eine gleiche Rückwirkung wie für eine vom Gläubiger erklärte Genehmigung wird vom RG. mit Recht für eine nach § 416 BGB. fingierte Genehmigung angenommen. Im übrigen sieht das RG. eine Genehmigung schon in der Erhebung der Klage, mit der der Gläubiger den Dritten aus der Schuldübernahme in Anspruch nimmt.

Es ist zu begrüßen, daß sich für das RG. die Gelegenheit bot, seine Auffassung von der Bedeutung der Schuldübernahme und der Wirkung ihrer Genehmigung durch den Gläubiger so klar und eindeutig, wie es in der Entsch. geschieht, darzulegen.

MinR. Quassowski, Berlin.

Zu 12. Die Entsch. führt die herrschenden Anschauungen an einem interessanten Falle mit derartiger Sorgfalt durch, daß sie ein vorzügliches Lehrbeispiel für den Rechtsunterricht darstellt. Wollte man dazu etwas bemerken, so müßte man allzu weit ausgreifen. Geh. FR. Prof. Dr. E. Rabel, Berlin.

gangs erwähnte Telegramm. Gleichzeitig beauftragte er seine Bank in New York, der Bess. telegraphisch für seine Rechnung 5000 \$ zu überweisen. Die Bank des Kl. in New York führte diesen Auftrag aus. Die Bess. kassierte den ihr von der Dresdener Bank ausgestellten Scheck von 5000 \$ bei der Reichsbank und schrieb der AktG. den Erlös mit 20 857,43 Rentenmark auf deren Markkonto in laufender Rechnung am 8. Okt. 1924 gut. Unter dem gleichen Tage gab sie der AktG. Gutschriftsanzeige. Am 16. Okt. 1924 ging bei der Bess. ein Schreiben des Kl. v. 2. Okt. 1924 ein, in welchem derselbe mitteilte, er habe sich entschlossen, seinem alten Schulfreunde W. von der Leipziger G.-F.-AktG. zu helfen, das Geschäft fortzuführen und wolle dem Geschäft einen Bankkredit von 5000 \$ eröffnen. In dem Schreiben heißt es in deutscher Übersetzung weiter:

„Dieser Bankkredit soll zur Finanzierung solcher Geschäfte dienen, welche vormalig durch Sie finanziert wurden. Zinsen sind in Höhe von 6% zu berechnen, und diese Zinsen sind meinem Konto bei Ihnen gutzuschreiben oder mir einzusenden, je nachdem ich von Zeit zu Zeit entscheide. Zur Zeit sind die Zinsen meinem Konto gutzuschreiben.“

Indem ich Ihre Firma zum Verweiser dieses Kredites mache, erwarte ich natürlich, daß Sie die Geschäfte so sorgfältig unterfuchen und betreiben, als wenn Sie dieselben für sich betätigten. Weil Ihre Firma mit den Geschäften bekannt ist, welche Herr W. bisher getätigt hat und auch die Firmen kennt, mit welchen die Geschäfte abgeschlossen wurden, so werden Sie vollständig mit den Geschäften vertraut sein, wie sie sich von Zeit zu Zeit ergeben, und deshalb ist es für mich kaum nötig, über die Sache mehr zu sagen. Ich würde es als selbstverständlich betrachten, daß Sie ihm eine mäßige Kommission für alle diesen Kredit betreffenden Geschäfte berechnen, deren Höhe Sie unter sich auszumachen hätten.

Unter der Voraussetzung, daß Sie obige Bedingungen gebührend beachten, habe ich Ihnen heute durch Kabel durch die Guaranty Trust Co. die Summe von 5000 \$ überwiesen, für welchen Betrag Sie mir auf meinen Namen ein Rentenkonto eröffnen wollen, was ich fortzuführen gedenke, wenn das Geschäft sich selbst erhält, selbst wenn während dem ersten Jahr wenig oder gar kein Nutzen möglich sein sollte. Ich muß mir indessen das Recht vorbehalten, das Kreditabkommen zu jeder Zeit zu kündigen, sobald ich merken sollte, daß das Geschäft unbesriedigend erscheint, indem es Verluste bringt an Stelle von Gewinn...“

Die Bess. erwiderte am 16. Okt. 1924 dem Kl., sie habe den Gegenwert der per Kabel überwiesenen 5000 \$ = 20 857,43 Rentenmark val. p. 8. d. M. der AktG. „zur Verfügung gestellt“. Herr W. finanziere damit seine Exporte nach Indien und reiche ihr dagegen die Tratten mit Dokumenten auf seine indischen Kunden ein. Die Bess. fährt dann wörtlich fort:

„Ich übe dadurch wie bisher eine gewisse Kontrolle über die Verwendung der Gelder, doch bin ich nicht in der Lage, Bürgschaft für richtige Zinszahlung und etwaige Rückzahlung des Kapitals zu leisten, da Herr W. Freiheit über seine Geschäfte haben muß und Ihnen persönlich genügend Sicherheit bieten dürfte.“

Die Verrechnung der Beträge mußte am einfachsten mit Herrn W. erfolgen, der sich, wie er sagte, inzwischen bereits mit Ihnen in Verbindung gesetzt hat.“

Am 30. Okt. 1924 bestätigte der Kl. den Eingang des Schreibens v. 16. Okt. 1924. Sein Schreiben v. 30. Okt. lautet in deutscher Übersetzung:

„Ich bekenne mich zum Empfang Ihres Gechretes vom 16. d. M. und nahm zur Kenntnis, daß meine Kabelüberweisung von 5000 \$ — 20 857,43 Rentenmark Wert 8. Okt. — eingegangen ist und von Ihnen verwendet wird, um Exportverladungen nach Indien der Leipziger G.-F.-AktG., vertreten durch Herrn Oskar H. W., zu finanzieren. Ich bitte Sie höflich, über diese Verladungen dieselbe sorgfältige Kontrolle walten zu lassen, die Sie während der Zeit anwendeten, wo solche durch Sie finanziert wurden, und ich will Ihnen danken, wenn Sie Herrn W. dabei mit Ihrem Rat zur Seite stehen. Wie schon Herrn W. dargelegt, als er mich veranlaßte, das Geschäft aufzunehmen, würde ich später geneigt sein, etwas reichlicher zu finanzieren, aber zunächst muß ich sicher sein, daß das Geschäft sich selbst erhält, selbst wenn im ersten Jahr kein Verdienst da ist.“

Am 13. Nov. 1924 teilte der Kl. der Bess. mit, er habe sich entschlossen, das Kapital der AktG. zu erhöhen und bäte die Bess., zur Verfügung der AktG. 1857,43 G.M. zu halten, so daß ein Depot von 20 000 G.M. bei der Bess. bleibe. Die Bess. erwiderte unter dem 5. Dez. 1924, daß sie der AktG. 1857,43 G.M. zur Verfügung gestellt habe, wodurch sich das Konto des Kl. auf 19 000 G.M. ermäßige. Die Bess. fährt dann wörtlich fort:

„Auf diesem Konto werden Ihnen 6% Zinsen p. a. gutgeschrieben. Das Geld wird benutzt, um Exportaufträge der AktG. zu finanzieren und ist zur Zeit restlos in Anspruch genommen.“

Um Unklarheiten vorzubeugen, möchte ich im Anschluß an mein Schreiben v. 16. Okt. d. J. nochmals betonen, daß Ihr Depositum keine Forderung gegen mich darstellt, sondern daß nur die AktG. Ihr Schuldner ist, und daß allein wegen der Zinsberechnung ich ein Konto für Sie führe. Wie ich Ihnen bereits zugesagt habe, stehe ich Herrn W. gern mit Rat und Tat zur Seite und hoffe, daß seine Firma nach und nach Gewinne zeitigt, doch kann ich für etwaige Verluste weder verantwortlich noch haftbar gemacht werden.“

Das Antwortschreiben des Kl. v. 18. Dez. 1924 hat in deutscher Übersetzung folgenden Wortlaut:

„Ihr Gechretes v. 5. d. M. habe ich soeben erhalten und von dessen Inhalt Kenntnis genommen, mit dem ich mich völlig einverstanden erkläre. Ich wünsche nur, daß Sie so freundlich sind, den Finanzierungen und Geschäften, welche unser gemeinschaftl. Freund Herr W. für die AktG. vorzuschlagen wird, Ihre gleiche schätzbare Aufmerksamkeit zu widmen, als wenn das Geschäft durch Sie selbst finanziert würde. Ich habe die Empfindung, daß Ihre lange Erfahrung und Verbindung mit den Geschäften Herrn W.s Sie in den Stand setzt zu beurteilen, welche Geschäfte akzeptiert und welche abgelehnt werden müssen.“

Um mein Depot auf 20 000 R.M. zu erhöhen, habe ich heute die Süddeutsche Disconto-Gesellschaft in Heidelberg beauftragt, Ihnen den Betrag von 1000 G.M. zu überweisen.“

Die in diesem Schreiben angekündigte Überweisung von 1000 Rentenmark ist auch erfolgt.

Die Bess. setzte ihre Geschäftsverbindung mit der AktG. fort. Am 5. Okt. 1925 wurde über das Vermögen der AktG. der Konkurs eröffnet. Damals hatte die AktG. bei der Bess. ein Guthaben von mehr als 7000 R.M. Davon zahlte die Bess. an den Kl. am 15. März 1926 im Einverständnis mit dem Konkursverwalter der AktG. 1127,72 R.M. aus. Dieser Betrag wird von der Bess. in folgender Weise errechnet. Bei Eintreffen des Briefes des Kl. v. 2. Okt. 1924 habe die AktG. nach Gutschrift der 20 857,43 Rentenmark auf dem Markkonto einen Aktivsaldo von 15 838 Rentenmark gehabt. Dagegen habe ihr Pfundkonto damals einen Passivsaldo von 731,12 £ aufgewiesen. Nach dem damaligen Kurse seien dies 13 852,85 Rentenmark gewesen. Unter Berücksichtigung der im Schreiben des Kl. v. 13. Nov. 1924 aufgegebenen Anzahlung von 1857,43 G.M. und der späteren Einzahlung des Kl. von 1000 Rentenmark, ergäbe sich der Betrag von 1127,72 Rentenmark, der an den Kl. lediglich, um einen Prozeß zu vermeiden, gezahlt worden sei. Der Kl. hat sich indessen hiermit nicht für befriedigt erklärt, sondern auf Zahlung weiterer 18 872,38 R.M. nebst 4% Zinsen geklagt. Er behauptet, er habe die Bess. angewiesen, für ihn selbst ein Konto einzurichten, es als seine Treuhänderin zu verwalten und dessen Beträge der AktG. für ihre Exportgeschäfte in der bisherigen Weise zu kreditieren, wofür sie sich eine Kommission berechnen sollte. Diesen Auftrag habe die Bess. auch angenommen, sie habe ihm jedoch zuwidergehandelt, sofern sie den Gegenwert der überlieferten 5000 \$ einfach dem Konto der AktG. gutgeschrieben habe. Da bei den Geschäften, die die Bess. für den Kl. bevorzugen sollte, keine Verluste entstanden seien, so habe er Anspruch auf die vollen 20 000 R.M. Zum mindesten aber müsse ihm die Bess. den Betrag herausgeben, den die AktG. bei der Konkursöffnung bei ihr gutgehört habe. Die Bess. erwidert, das Telegramm des Kl. v. 2. Okt. 1924 habe nichts weiter besagt, als daß sie der AktG. den überwiesenen Betrag gutbringen solle. Das habe sie getan. Auch aus dem folgenden Briefwechsel habe sie keine andere Anweisung entnehmen können.

Der Konkursverwalter der AktG. hat sich der Befl. als Streitgehilfe angeschlossen und Abweisung der Klage beantragt.

Das LG. hat die Klage abgewiesen; es legt den Auftrag des Kl. dahin aus, daß die Befl. die erhaltenen 5000 \$ in das Vermögen der AktG. habe überführen sollen, zwar nicht auf einmal, aber je nach Bedarf der Exportgeschäfte. Das habe die Befl. getan, denn sie habe der AktG. ausweislich der Sollseiten beider Konten in der Zeit vom 3. Okt. bis 31. Dez. 1924 mehr als 20000 *R.M.* zugeführt. Seitdem bestche hinsichtlich der vom Kl. geschickten Beträge nur noch zwischen dem Kl. und der AktG. ein Darlehnsverhältnis.

Das OLG. hat teilweise abgeändert und die Befl. verurteilt, an den Kl. 10300 *R.M.* zu zahlen. Im übrigen hat es die Abweisung der Klage bestätigt. Gegen dieses Ur. haben beide Parteien und der Nebenintervenient Revision eingelegt. Auf beide Rev. hin wurde aufgehoben und zurückverwiesen.

Das BG. führt aus: In der Depesche des Kl. v. 2. Okt. 1924 und in dem sich dieser Depesche anschließenden Briefwechsel trete als Wille des Kl. zutage, die Befl. solle die überwiesenen 5000 \$ nicht einfach der AktG. gutschreiben, sie solle sie vielmehr dem Kl. gutbringen, als ein Vermögen des Kl. verwalten und aus diesem Vermögen an die AktG., als sei der Kl. der Bankmann, Vorschüsse geben. Für die 5000 \$ hätte also auf den Namen des Kl. ein Konto angelegt werden sollen. Der Kl. habe auch nicht beabsichtigt, der AktG. sein Depositum für alle möglichen Zwecke, sondern nur zur Finanzierung von Exportgeschäften zur Verfügung zu stellen. Diesem Willen des Kl. hätte die Befl. nicht, wie das LG. meine, schon dann genügt, wenn sie zwar zunächst ein Konto auf seinen Namen angelegt und das Guthaben des Kl. allmählich in das Vermögen der AktG. übergeführt hätte, sondern sie hätte in entsprechender Anwendung ihrer bisherigen Übung die von der AktG. eingereichten Dokumente zu 75% des Rechnungsbetrages aus dem Konto des Kl. bevorschussen, die Dokumente für den Kl. vereinnahmen und einziehen und den eingehenden Vollbetrag dem Konto des Kl. zuführen sollen. Das BG. ist der Auffassung, daß, wäre so verfahren, und wären bei dem Einzug der Tratten usw. keine Verluste eingetreten, das Depositum des Kl. sich nicht hätte verringern können. Auf Seiten der Befl. stellt es fest, diese habe nicht völlig verstanden, was der Kl. wollte. Sie habe gemeint, sie dürfe die 5000 \$ bzw. deren Erlös einfach der AktG. als ein Darlehen des Kl. zuführen, und es werde ihr lediglich ans Herz gelegt, den Geschäftsgang der AktG. vermöge ihrer bankmäßigen Einblicke allgemein zu beaufsichtigen. Diese Auffassung habe die Befl. auch dem Kl. gegenüber durch ihr Verhalten und ihre Briefe zum Ausdruck gebracht.

Das BG. kommt deshalb zu dem Schluß, jede der beiden Parteien habe etwas anderes gewollt und dies auch zu erkennen gegeben, beide hätten aneinander vorbeigeredet. Auch der Briefwechsel v. 5. und 18. Dez. habe keine Übereinstimmung gebracht. Das Einverständnis der Parteien sei hiernach nur scheinbar gewesen. Der Kl. habe einen anderen viel umfangreicheren Geschäftsbesorgungsvertrag als wie die Befl. gewünscht, und beide Teile hätten auch ihre Absicht, einander aber nicht verstehend, zum Ausdruck gebracht. Es läge also nur ein Putativ-Konfens vor.

Von diesem Standpunkt aus prüft das BG. die Rechtsbeziehungen der Parteien zunächst nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung. Es meint, die Befl., die die Gutschrift der 20857,43 *R.M.* auf dem Konto der AktG. mit deren Einverständnis vorgenommen habe, um einen vermeintlichen Auftrag des Kl. zu erfüllen, habe einen Anspruch gegen die AktG. auf Rückgängigmachung der Gutschrift in Höhe von 20000 Rentenmark gehabt, woran auch eine etwaige Saldofeststellung nichts geändert habe, und gelangt zu dem Ergebnis, dem Kl. ständen nicht nur die 1127,72 *R.M.*, die an ihn gezahlt seien, sondern auch der ganze bei der Konkursöffnung am 5. Okt. 1925 vorhanden gewesene Aktivasaldo der AktG. zu, und zwar sowohl die 4310,81 *R.M.*, die die Befl. an den Konkursverwalter gezahlt habe, wie auch die 250,35 *R.M.*, die noch auf dem Konto ständen. Die Klage sei aber nicht nur in Höhe dieser Beträge von 4310,81 *R.M.* und 250,35 *R.M.* begründet, sondern aus den Vorschriften über das Verschulden beim Vertragsschluß, die auch bei Dissens anwendbar seien, ergebe sich eine weitergehende Haftung der Befl. Allerdings hätte die Befl. zunächst den Gegenwert der 5000 \$ der AktG.

gutschreiben können, ohne gegen diese Grundätze zu verstoßen, denn die Depesche des Kl. v. 2. Okt. 1924 habe eine solche Deutung zugelassen. Aus dem später eingegangenen Brief des Kl. v. 2. Okt. 1924 sowie aus den weiteren Briefen des Kl. hätte die Befl. aber bei gehöriger Sorgfalt den Willen des Kl. erkennen können. Hätte sie dann den Auftrag des Kl. richtig aufgefaßt, so hätte sie dem Kl. klar und unzweideutig schreiben müssen, was sie getan hatte. Das hätte sie auch tun müssen, wenn ihr der Auftrag nicht hinreichend klar erschienen wäre. Ausführliche Klarheit sei für die Befl. um so mehr geboten gewesen, als ihr Vertragspartner in einem fremdsprachigen Lande lebe und, möge er auch die deutsche Sprache beherrschen, an die Begriffe der fremden Sprache und die Geschäftsgepflogenheiten des fremden Landes gewohnt sei. Die erforderliche Aufklärung habe die Befl. nicht unmißverständlich gegeben. Sie habe dem Kl. am 16. Okt. nicht geschrieben, daß sie den Antrag so wie er wirklich gemeint gewesen sei, ablehne, und anders handle, sondern bloß mitgeteilt, daß sie den Betrag der AktG. „zur Verfügung gestellt“ habe. Sie habe ihm am 5. Dez. irreführend geschrieben, sein Konto ermäßige sich auf 19000 *R.M.*, was ihn in seinem Glauben, für ihn selbst sei ein Konto gemäß seinem Auftrag angelegt, nur hätte bestärken müssen, ferner daß das Konto zur Zeit restlos in Anspruch genommen sei, woraus der Kl. hätte folgern können, daß bei Nichtanspruchnahme das Konto wieder für ihn frei werde, was bei der von der Befl. vorgenommenen Gutschrift zugunsten der AktG. nicht möglich gewesen sei.

Das BG. gelangt infolgedessen zu dem Schluß, daß durch das Verschulden der Befl. dem Kl. ein über die Bereicherung hinausgehender Schaden entstanden sei, bei dessen Entstehung aber ein noch größeres Verschulden des Kl. mitgewirkt habe. Denn der Kl. habe die Geschäftsverbindung eingeleitet und sei infolgedessen in erster Linie zur Vorsicht verbunden gewesen. Er hätte von vornherein in seinem Kabel ankündigen sollen, daß eine nähere briefliche Anweisung nachfolge. Er hätte weiter den Inhalt der Briefe der Befl. v. 16. Okt. und 5. Dez. beachten und in seinem Schreiben v. 18. Dez. 1924 nicht schreiben sollen, daß der Brief der Befl. v. 5. Dez. 1924 ganz in seinem Sinne sei. Hiermit habe er den Irrtum der Befl. verstärkt.

Bei der Ermittlung des über die Bereicherung hinausgehenden Schadens stellt das BG. folgende Ermägungen an: Die Befl. würde den Auftrag des Kl. auch angenommen haben, wenn sie ihn richtig verstanden hätte. Sie hätte dann die Gutschrift für 20000 *R.M.* auf dem Konto der AktG. rückgängig gemacht, ein Konto auf den Namen des Kl. angelegt und daselbe als sein Treuhänder verwaltet. Jene Gutschrift auf dem Konto der AktG. rückgängig zu machen, sei die Befl. verpflichtet gewesen. Sie hätte das ohne eigene Gefahr tun können, weil sie durch spätere Eingänge auf dem Konto der AktG. gedeckt gewesen sei. Die AktG. hätte, sofern sie überhaupt zuzustimmen brauchte, ihre Zustimmung nicht versagen können, weil sie durch die Gutschrift ungerechtfertigt bereichert gewesen sei. Sie hätte aber auch ohne diese rechtliche Notwendigkeit zugestimmt, einmal weil sie auf die Unterstützung des Kl. angewiesen gewesen sei, sodann auch wegen der persönlichen Beziehungen W. zum Kl. Hätte die Befl. das so auf den Namen des Kl. hergestellte Konto anweisungsgemäß verwaltet, so hätte sich die Einlage der Befl. bis zur Konkursöffnung nicht vermindert, jedenfalls nicht wesentlich, und bei der Konkursöffnung hätte der Kl. seine Treuhänderinlage im wesentlichen in voller Höhe noch gehabt. Der über die Bereicherung hinausgehende Schaden des Kl. belaufe sich danach auf noch 14300 *R.M.*, und sei im Hinblick darauf, daß das Verschulden der Befl. geringer sei als das Verschulden des Kl., unter den Parteien so zu verteilen, daß davon die Befl. $\frac{2}{5}$ (5720 *R.M.*) und der Kl. $\frac{3}{5}$ (8580 *R.M.*) zu tragen habe. Die Befl., der die Ansprüche gegen den Konkursverwalter und der Rest des Marktkontos verleihe, habe danach unter Hinzurechnung des Wertes dieser Rechte an den Kl. insgesamt 10300 *R.M.* zu zahlen.

Die Rev. der Befl. und des Nebenintervenienten, die Verletzung der §§ 155, 133, 157, 812 BGB., § 346 HGB., § 286 ZPO., sowie der Grundätze über culpa in contrahendo und den Ursachenzusammenhang rügt, wendet sich in erster Linie gegen die Auffassung des BG., das Telegramm des Kl. v. 2. Okt. 1924 und dessen Ausführung durch die Befl. seien

kein selbständiger Vertragschluß gewesen, das Telegramm ließe sich nur als Bestandteil der gesamten Verhandlungen der Parteien im letzten Viertel des Jahres 1924 betrachten, und so sei es auch von der Befl., die sich andernfalls auf den weiteren Briefwechsel nicht hätte einzulassen brauchen, verstanden worden. Diese Ausführungen des BG. reichen in der Tat nicht hin, dem Telegramm des Kl. v. 2. Okt. 1924 die rechtliche Bedeutung eines Vertragsantrages zu nehmen. Auszugehen ist dabei von dem Zeitpunkt des Eingangs des Telegramms und nicht, wie das BG. annimmt, von dem späteren Briefwechsel im letzten Viertel des Jahres 1924. Feststehender Grundsatz und durch die Sicherheit des Verkehrsverkehrs gefordert ist es, daß jeder Erklärende sich im Rahmen von Treu und Glauben beim Worte nehmen lassen und sich gefallen lassen muß, daß seine Erklärung so verstanden werde, wie sie von der anderen Partei nach Treu und Glauben und nach der allgemeinen Auffassung des Verkehrs verstanden werden konnte. Dieser Grundsatz würde eine nicht tragbare Erschütterung erfahren, wollte man sich für die Beurteilung einer Willenserklärung mit dem BG. auf einen späteren Zeitpunkt als den ihres Einganges stellen, es sei denn, daß die Verkehrsform ein Abwarten erfordert. Das BG., das selbst den Standpunkt einnimmt, die Befl. habe im Zeitpunkt des Eingangs des Telegramms mit nachfolgenden brieflichen Weisungen nicht zu rechnen brauchen, hätte daher den objektiven Erklärungswert des Telegramms — gegebenenfalls nach Anhörung weiterer Sachverständiger — feststellen müssen. Ergab sich dabei, daß die Auslegung der Befl. der Auslegung des Verkehrs unter Würdigung der besonderen Sachlage entsprach, so hätte es weiter prüfen müssen, ob die Befl. den Vertragsantrag, den das Telegramm enthielt, ohne daß es einer Erklärung der Annahme gegenüber dem Antragenden bedurfte, durch schlüssige Handlungen angenommen hat, und ob diese Annahme nicht schon rechtswirksam war, bevor der Brief des Kl. v. 2. Okt. 1924 bei der Befl. einging. Weiter hätte das BG. prüfen müssen, welche Rechtsfolgen sich hieraus für das Verhältnis der Parteien ergaben.

Nun hat das BG. allerdings im Anschluß an das Gutachten des Sachverständigen K. ausgeführt, die Befl. habe das Telegramm dahin verstehen dürfen, daß sie das Geld der AktG. zur Verfügung zu stellen oder für den Kredit der laufenden Rechnung der AktG. zu verwenden habe. Diese Auslegung befindet sich jedoch bei der Erörterung, ob die Parteien ein Verschulden beim Vertragschluß — culpa in contrahendo — trifft. Es ist daher aus dem Ur. nicht mit Sicherheit zu entnehmen, ob das BG. hiermit nur einen persönlichen Entschuldigungsgrund für die Handlungsweise der Befl., oder den objektiven Erklärungswert des Telegramms feststellen wollte. In beiden Fällen muß die Stellungnahme des BG. rechtlichen Bedenken begegnen. Denn wenn das Telegramm nicht den objektiven Erklärungswert hatte, den die Befl. ihm beilegte, so trifft der RevAngriff des Kl. wenigstens für den Regelfall zu, daß die Befl. als Bank die Verkehrsgebräuche kennen und im Zweifelsfalle Rückfrage halten mußte, ehe sie der Betrag von 20857,43 Rentenmark dem Konto der AktG. gutbrachte. Entsprach aber die Auslegung des Telegramms durch die Befl. der Auslegung des Verkehrs, und war auch mit nachfolgenden brieflichen Weisungen, wie das BG. annimmt, nicht zu rechnen, so konnte das BG. nur unter Verletzung der §§ 133, 157 BGB. zur Annahme eines Dissenses gelangen, indem es an Stelle des in diesen Bestimmungen enthaltenen Erklärungsgrundsatzes den Willensgrundsatz, also den nicht erklärten und nicht erkannten inneren Willen des Kl., für maßgebend erachtete.

Der hierin liegende Rechtsirrtum beschwert die Befl., denn er führt zum Zusammenbruch ihrer Verteidigung, die in erster Linie auf einem durch das Telegramm v. 2. Okt. 1924 und dessen Ausführung zustande gekommenen Vertrag aufgebaut ist. Er beschwert aber auch den Kl., denn einerseits hat das BG. ihm bei Prüfung der Verschuldungsfrage zur Last gelegt, daß er sich bei dem Telegramm nicht deutlicher ausgedrückt habe. Enthielt aber das Telegramm, wie für die RevJust. zu unterstellen ist, einen selbständigen Vertragsantrag, so findet diese Frage damit ihre Erledigung, daß der Kl. zu seinem Worte stehen muß. Sie kann daher im Rahmen des § 254 BGB. nicht nochmals aufgeworfen werden, um das Verschulden des Kl. als überwiegend hinzustellen. Anderer-

seits erwachsen der Befl. aus dem zu unterstellenden Vertrage nicht bloß Rechte, sondern nach der besonderen Sachlage auch Pflichten, so die Pflicht, dem Kl. über das, was sie in Ausführung des Auftrags getan hatte, die erforderlichen Nachrichten zu geben (§§ 666, 677 BGB.). Erfüllte sie die Auskunftspflicht schuldhaft nicht oder nicht gehörig, so machte sie sich dem Kl. unter dem Gesichtspunkt der Vertragsverletzung schadensersatzpflichtig. Diesen Gesichtspunkt hat das BG. bisher nicht geprüft. Er kann aber im Rahmen des § 254 BGB. bei der Abwägung des beiderseitigen Verschuldens möglicherweise zu einer schärferen Beurteilung der Haftung der Befl. führen, als die ihr vom BG. bisher allein zur Last gelegte culpa in contrahendo. Hierbei wird freilich, worauf die Rev. der Befl. und des Nebenintervenienten hinweist, auch der Prüfung bedürfen, ob der Kl. nicht etwa von anderer Seite, nämlich durch W., über das, was die Befl. getan hatte, in ausreichender Weise unterrichtet gewesen ist, denn in diesem Falle wird er sich nicht darauf berufen können, daß die erforderliche Unterrichtung ihm nicht durch die Befl. zuteil geworden sei, und daß er insolgedessen seine Rechte nicht rechtzeitig wahrnehmen können.

Aus dem Vorgeführten ergibt sich, daß das BG. auf beide Rev. aufzuheben ist. Das BG. wird den ihm unterbreiteten Sachverhalt von neuem unter vorstehenden rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen haben. Sollte es dabei wiederum zu der Annahme eines Dissenses gelangen, so begegnen die weiteren Ausführungen des BG., die Parteien hätten bei dem Briefwechsel im letzten Viertel des Jahres 1924 aneinander vorbeigeredet, keinen rechtlichen Bedenken. Die Rüge der Rev. des Kl., das BG. hätte mindestens v. 16. Okt. 1924, dem Tage des Eingangs des Briefes des Kl. v. 2. Okt. 1924, das Zustandekommen eines Vertragsverhältnisses, wie es der Kl. behauptet, mit rückwirkender Kraft, jedenfalls aber v. 16. Okt. 1924 ab, feststellen müssen, ist ebenso unbegründet, wie die gegnerische Rüge, die aus dem Schreiben v. 18. Dez. 1924 herleiten will, der Kl. hätte den Standpunkt der Befl. mindestens nachträglich gebilligt, und hierdurch sei ein Vertrag, wie ihn die Befl. behauptet, zustande gekommen. Denn das BG. legt den Briefwechsel, ohne gegen Auslegungsvorschriften oder sonstige gesetzliche Bestimmungen zu verstoßen, anders aus. Es kommt zu dem Schluß, daß sich die in dem Briefwechsel abgegebenen beiderseitigen Erklärungen nach ihrem objektiven Erklärungswert nicht decken. Der Kl. meint nun zwar, bei der Prüfung des Sachverhalts habe das BG. die Behauptung übergangen, die Befl. habe in Verfolg des Briefwechsels für ihn ein Rentenmarkkonto angelegt; damit habe sie gezeigt, daß sie den Auftrag richtig verstanden habe. Der RevAngriff ist unbegründet. Denn in dem von dem BG. gewürdigten Briefwechsel der Parteien teilt die Befl. dem Kl. ausdrücklich mit, sein Rentenmarkkonto sei lediglich wegen der Zinsberechnung angelegt. § 286 ZPO. ist also nicht verletzt.

Auch die Beurteilung der Bereicherungsfrage durch das BG. stößt bei der gleichen Unterstellung — Dissens — auf keine rechtlichen Bedenken. War die Geschäftsabfertigung der Befl. auftragslos, so wurde sie zunächst auf Kosten des Kl. ungerechtfertigt bereichert. Denn ihr war für Rechnung des Kl. ein Scheck auf die Reichsbank über 5000 \$ ausgestellt, den sie von dieser einzog oder sich gutschreiben ließ. Damit waren ihrem Vermögen Vermögenswerte des Kl. zugeführt. Es liegt hier ein Fall der sog. indirekten Zuwendung vor, bei der die Person des Leistenden und die Person des Zuwendenden auseinanderfallen. Diese Werte hat die Befl. nun nicht an die AktG. weitergegeben, sondern behalten, und es kann sich daher nur fragen, ob ihre Bereicherung dadurch weggefallen ist, daß sie mit Rücksicht auf diese Zuwendung der AktG. einen gleich hohen Betrag gutschrieb und sich so der AktG. durch vertragsmäßiges Schuldversprechen verpflichtete. Diese Frage hängt damit zusammen, ob hierdurch Bereicherungsansprüche gegen die AktG. entstanden sind, und wenn diese zustehen, der Befl. oder dem Kl. hätte die Befl. hierdurch eine Schuld des Kl. bei der AktG. getilgt, so würde allerdings im Regelfalle ein Bereicherungsanspruch gegen die AktG. überhaupt nicht entstanden sein, denn die AktG. hätte dann nur das erhalten, was sie vom Kl. zu fordern hatte. Die Leistung an sie wäre nicht ohne rechtlichen Grund erfolgt. Denn die irrige Annahme einer Bank, sie sei jemandem zur Leistung an einen Dritten verpflichtet, berührt im Regelfalle als bloße Motivvorstellung

den rechtlichen Grund der Leistung nicht. Wohl aber würde in solchem Falle die Befl. gegen den Kl. aus der Schuldbefreiung einen Bereicherungsanspruch haben, der sich mit dem Bereicherungsanspruch des Kl. gegen die Befl. aus der Überweisung ausgleichen würde. So aber liegt der Fall hier nicht, denn das BG. geht nicht davon aus, daß die AktG. gegen den Kl. einen Anspruch auf Kreditgewährung in der Weise gehabt habe, wie ihn die Befl. durch Gutschrift in laufender Rechnung zugunsten der AktG. verwicklichte. Dann aber war die AktG. allerdings ungerichtlich bereichert, jedoch nicht auf Kosten des Kl., sondern auf Kosten der Befl. Bestand zwischen der AktG. und dem Kl. kein Valutaverhältnis, so muß, falls auch das Deckungsverhältnis zwischen dem Kl. und der Befl. nicht in Ordnung ging, der Rückforderungsanspruch aus der Bereicherung in der Person der Befl. entstanden sein. Der Fall liegt nicht anders, als wenn eine Bank auf Anweisung versehentlich zweimal an den Gläubiger des Anweisenden zahlt. In diesem Falle kann sie, wie nicht zweifelhaft sein kann, die zweite Zahlung, auf die der Zahlungsempfänger kein Recht hatte, zurückfordern.

Im vorliegenden Fall ist keine Barzahlung an die AktG. erfolgt. Die 20 587,43 Rentenmark sind ihr in laufender Rechnung gutgeschrieben worden. Mit Rücksicht auf diese Gutschrift sind weitere Geschäfte getätigt worden. Daß das BG. es hierbei auf das Gesamtergebnis dieser Geschäfte abgestellt hat, kann rechtlichen Bedenken nicht begegnen. Die Befl. konnte also dem Konkursverwalter der AktG., der von ihr die Auskehrung des Aktivaaldos dieser Geschäfte im Zeitpunkt der Konkursöffnung verlangte, mit der Einrede der ungerichtfertigten Bereicherung entgegentreten, und sie kann, soweit sie Zahlung geleistet hat, den gezahlten Betrag in diesem Umfang von der Konkursmasse zurückverlangen. In Höhe des Wertes dieser Rechte ist die Bereicherung, die sie auf Kosten des Kl. erlangt hat, nicht fortgefallen. Mit diesen Ausführungen erledigen sich die Angriffe beider Rev., soweit sie darzulegen suchen, die AktG. könne auf Kosten der Befl. überhaupt nicht bereichert sein — Standpunkt der Befl. und des Nebenintervenienten — oder die Befl. sei auf Kosten des Kl. mindestens in Höhe von 17 000 Rentenmark, Passivsaldo der AktG. am 8. Okt. 1924, bereichert — Standpunkt des Kl. Nun würde allerdings eine gesteigerte Haftung der AktG. sowohl wie der Befl. eingreifen, wenn sie den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfang gekannt oder ihn später erfahren hätten. Nach § 819 BGB. ist der Empfänger dann von dem Empfang oder der Erlangung der Kenntnis an zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtsfähig geworden wäre. Die bisherigen Feststellungen des BG. ergeben indessen hierfür keine Anhaltspunkte, denn das BG. geht davon aus, daß der Briefwechsel der Parteien keine Klärung gebracht habe.

Daß das BG. von seinem Standpunkt, es läge Dissens vor, zu der Anwendung der Grundsätze über Verschulden beim Vertragschluß gelangt ist, war nicht rechtsirrig, sondern entspricht der Rspr. des RG. (RG. 104, 265¹⁾). Daß es diese

¹⁾ JW. 1922, 1313.

Zu 13. I. Diese Entsch. des 9. ZivSen. (in einer Besetzung mit zwei Hilfsrichtern) scheint auf den ersten Blick die seit etwa 20 Jahren übliche Praxis¹⁾ des bankmäßigen Überweisungsverkehrs auf den Kopf stellen zu wollen. Aber sie hat, und damit kann man nur äußerst

¹⁾ Die Frage, ob der Überweisungsempfänger einen direkten Anspruch gegen die die Überweisung ausführende Bank erlangt, ist in der Bankpraxis stets verneint worden. Von der Beantwortung der Frage hängt es in erster Linie ab, ob ein Überweisungsauftrag widerrufen werden kann, solange der zu überweisende Betrag weder an den Überweisungsempfänger ausgezahlt noch einem für ihn bei der die Überweisung ausführenden Bank bestehenden Konto gutgebracht ist. Das RG. hat die Berechtigung zum Widerruf im Fall des Konkurses der Lec Bank in seiner Entsch. v. 25. April 1903 (RG. 54, 329) verneint und diese, unmittelbar nur auf den Giroverkehr anwendbaren Ausführungen sind in der Praxis für den Überweisungsverkehr ganz allgemein berücksichtigt worden. In der Zeit bis zu der grundlegenden Entsch. des 7. ZivSen. v. 12. April 1921: RG. 102, 63 ff. (mit Literaturangabe) hatte das RG. in zwei Entsch. (s. Fußnote 2) die Auffassung nicht restlos anerkennen wollen, daß der Überweisungsempfänger auf keinen Fall einen Anspruch an die ausführende Bank erlange (vgl. auch OLG.: JW. 1931, 548 und meine Anm. dazu).

Grundsätze sowie die Grundsätze über den Ursachenzusammenhang — § 249 BGB. — verletzt hätte, ist nicht ersichtlich. Dagegen kann die Abwägung des beiderseitigen Verschuldens, die im Rahmen des § 254 BGB. Sache tatrichterlicher Würdigung ist, von Rechtsirrtum beeinflusst sein. Entsprechend nämlich die Auslegung, die die Befl. dem Telegramm v. 2. Okt. 1924 zuteil werden ließ, nicht der Auffassung des Verkehrs, so mußte die Befl. als Bank dies bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt — § 276 BGB. — regelmäßig erkennen und nötigenfalls Rückfrage halten.

(U. v. 21. Okt. 1931; IX 187/31. — Dresden.) [H.]

** 13. § 106 R.D.; §§ 133, 157, 177, 184 Abs. 2, 328, 329 BGB.

1. Wenn ein Gläubiger von seinem Schuldner verlangt, daß er den Schuldbetrag auf sein Konto bei einer Bank zahle, der Schuldner dann die Zahlung im Wege der Banküberweisung tätigt und dabei der Bank schreibt, er habe ihr durch eine andere Bank den Betrag zugunsten des Kontos jenes Gläubigers überwiesen, so kann in diesem Schreiben unter Umständen ein Vertragsantrag des Inhalts gefunden werden, daß die Bank sich gegen Überweisung des Betrages jenem Schuldner gegenüber verpflichte, den überwiesenen Betrag an jenen Gläubiger oder eine andere von ihm bezeichnete Person auszuzahlen. Dieser Antrag kann durch schlüssige Handlungen, so durch entsprechende Buchung erfolgen.

2. Der aus einem solchen Vertrag zugunsten des Gläubigers sich ergebende Anspruch kann schon vor seiner Entstehung wirksam an einen Dritten abgetreten werden, so daß die Abtretung durch ein nachfolgendes Veräußerungsverbot nicht berührt wird.

3. Ist der Abtretungsvertrag durch einen Vertreter des Zessionars ohne Vertretungsmacht geschlossen, so wirkt die Genehmigung der Geschäftsführung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück.^{†)}

(U. v. 14. Okt. 1931; 241/31 IX. — Kiel.) [H.]

<= RG. 134, 73.>

Abgedr. JW. 1932, 166³.

zufrieden sein, für den regulären Überweisungsverkehr keine grundsätzliche und allgemeine Bedeutung. Der entscheidende 9. ZivSen. hat deshalb, trotz der Entsch. des 7. ZivSen. (vgl. Fußnote 1) nicht die Rev.ZivSen. angerufen; auch der 9. ZivSen. verjagt den Anspruch des Überweisungsempfängers in dem Regel Fall. Die Annahme, daß auf Grund des Überweisungsauftrags ein unmittelbarer Anspruch desjenigen, zu dessen Gunsten die Überweisung erfolgen soll, gegeben sei gegenüber derjenigen Bank, die den Auftrag auszuführen hat, beruht auf der Feststellung besonderer Umstände durch das BG., aus denen für den vorliegenden Fall auf eine Willenseinigung zwischen dem Veranlasser der Überweisung und der ausführenden Bank geschlossen wird. Die Entsch. hat also nur eine spezielle Bedeutung und die Gefahren, welche sich hieraus im Verkehr ergeben können, lassen sich durch entsprechende Maßnahmen der die Überweisung leitenden Endausführenden Bank ohne weiteres vermeiden. Daß hier die besonderen Umstände, welche die Annahme eines Vertrages zugunsten eines Dritten (des Überweisungsempfängers) zwischen dem Veranlasser und der ausführenden Bank ergeben sollen, wirklich diese Bedeutung hatten, erscheint äußerst angreifbar. Es soll aber nicht geleugnet werden, daß solche besonderen Umstände zuweilen vorliegen mögen²⁾. Aber man

²⁾ RG. (6. ZivSen.) 84, 354 erwähnt diese Möglichkeit nur nebenher und gründet seine Entsch. nicht darauf (vgl. RG. 103, 69 = JW. 1922, 164). Die Entsch. des 6. Sen. trifft im übrigen, ebenso wie die weitere deselben Sen. v. 15. Nov. 1917 in derselben Sache (RG. 91, 116 ff.) nur die Frage der Erschleichung eines Girokontos. Wie diese beiden Urte. in der vorliegenden Entsch. zitiert sind, ist etwas mißverständlich. Eine weitere Entsch. des ZivSen. v. 15. April 1920 (IV 542/19), wo gleichfalls die Frage eines Vertrages zugunsten eines Dritten erörtert sein soll, ist nicht veröffentlicht, sondern nur aus dem Zitat in RG. 102, 67 = JW. 1921, 673 bekannt.

6. Wechselrecht.

**** 14.** §§ 117, 166 BGB.

1. Bei einem Blankoakzept wird für die Wirksamkeit der Wechselverpflichtung ein Begehungsvertrag verlangt.

2. Kenntnis, böser Glaube und Arglist eines einzelnen Vertreters steht der Kenntnis usw. des Vertretenen gleich.

3. Wer mit dem Vertreter kolludiert hat, kann sich auf die Scheinnatur des Geschäftes nicht berufen.†)

Die klagende Genossenschaftsbank ist legitimierte Inhaberin eines am 10. Okt. 1928 von ihrem Genossen D. auf seinen Schwager, den Bekl., gezogenen, mit dessen Akzept versehenen und vom Aussteller in blanco girierten Wechsels an eigene Order über den Betrag von 40 000 RM lautend und am 3. Jan. 1929 fällig. Sie nimmt daraus den Bekl. in Höhe von 10 000 RM nebst Zinsen in Anspruch.

Der Bekl. hatte unter anderem eingewandt, daß der Wechsel zur Zeit der Annahme ein Blankett gewesen und von D. statt auf 10 000 auf 40 000 RM ausgefüllt worden sei. Dies ist jedoch durch ein Vorbehaltsurteil des VG. für unerheblich erklärt worden, da nur 10 000 RM eingeklagt worden sind. Außerdem hatte der Bekl. die Einrede erhoben, die Akzeptierung sei ein Scheingeschäft gewesen. Auf diese Einrede hin wies das OVG. ab mit folgenden Feststellungen:

Nach den Statuten der Kl. hatten zwei Vorstandsmit-

glieder zur Vertretung der Kl. mitzuwirken; der Vorstand der Kl. bestand zu der hier fragl. Zeit aus S., M. und dem Rentanten R. Letzterer hatte es verschuldet, daß der dem Genossen D. von der Kl. gewährte Kredit in erhebl. Maße ungeichert geblieben war; den übrigen Vorstandsmitgliedern und dem Aufsichtsrat war dies unbekannt. Um einer Entdeckung bei einer Revision vorzubeugen, vereinbarten R. und D., daß letzterer, wie schon bei einer früheren Gelegenheit geschehen, wieder Scheinakzente beibringen sollte, die zu der Fortführung einer Sicherung seines Kontos dienen und nach Jahresabschluss, d. h. nach Prüfung durch Vorstand und Aufsichtsrat, sofort wieder zurückgegeben werden sollten. Zu den hierauf von D. beschafften Papieren gehört auch der Klagewechsel; zu der Vergabe seines Akzeptes hatte sich der Bekl. durch die Zuficherung des D. bestimmen lassen, daß es sich um einen „Schein- oder Proformawechsel“ handle, aus dem Ansprüche nicht erhoben würden. Über den Zweck der Maßnahme hatte D. dem Bekl. keine Mitteilung gemacht, und der von Wechselgeschäften nichts verstehende Bekl. hatte sich darüber keine Gedanken gemacht. Aus diesem Sachverhalt schließt das OVG., daß die Klage an § 117 Abs. 1 BGB. scheitert, da der Vertreter der Kl. R. beim Erwerb des Wechsels die Scheinnatur des Akzeptes gekannt habe. Die Rev. wurde zurückgewiesen.

I. Aus der Theorie des Wechselrechts läßt sich nicht die Unanwendbarkeit des § 117 Abs. 1 BGB. herleiten. Denn wengleich § 117 Abs. 1 von einer Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, spricht, dagegen nach der reichsgerichtl. Rspr. (RG. 24, 87) das Akzept grundsätzlich eine

zu instruieren, einen etwa in den nächsten Tagen erscheinenden derartigen Posten zurückzuweisen.

Nachdem aber seitens der Gerichte eine solche Auffassung geäußert worden ist, wird die Praxis dem Rechnung tragen müssen. Es ist daher von einer Bank, welche das vollkommen überläßige Avis seitens des Veranlassers der Überweisung (nicht nur der die Überweisung auf dessen Auftrag durchzuführenden Bank) erhält, unverzüglich zu antworten, daß sie von dem übermittelten Avis keine Vorkerkung nehme und die Mitteilung als unerheblich zurückgebe.

Der bankmäßige Überweisungsverkehr soll eine Erleichterung und Beschleunigung des Zahlungsverkehrs ergeben und muß sich daher in typischen Formen entwickeln. Es gehört nicht mehr zum Überweisungsverkehr, sondern stellt ein besonderes Geschäft dar, wenn ein Vertrag zugunsten eines Dritten geschlossen werden soll. Wer einen solchen Vertrag schließen will, muß dies deutlich zu erkennen geben und, wenn sich die Bank im Ausnahmefall zu einem derartigen Vertrage mit einer ihr fremden Stelle bereit finden will, muß sie sich der Tatsache eines solchen besonderen Vertrages bewußt sein. Für die empfangende Bank bedeutet ein solcher Vertrag eine besondere Inanspruchnahme, für die sie auch eine Provision fordern kann.

II. Die Entsch. enthält auch eine bedeutungsvolle Auslegung des § 184 BGB. über die Rückwirkung der Genehmigung: R. hatte als Vertreter ohne Vertretungsmacht namens der Witwe B. den ihr, nach der vorl. Entsch. zustehenden Anspruch vor der Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen abgetreten, die Witwe B. hatte diese Verfügung aber wahrscheinlich erst nach der Konkursöffnung genehmigt. Das RG. betrachtet es in Übereinstimmung mit dem Vorderrichter als unerheblich, ob diese Genehmigung vor oder nach der Konkursöffnung erklärt ist. Es legt Abs. 2 des § 184 BGB. dahin aus, daß vor die Worte „im Wege der Zwangsvollstreckung“ die Worte „gegen ihn“ eingefügt werden müssen. Eine besondere Begründung für diese Auslegung wird nicht gegeben. Die Begründung kann wohl nur aus der Systematik des BGB. hergeleitet werden, wonach den eigenen Verpflichtungen einer Person die Verpflichtungen gleichgestellt werden, die gegen sie im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt sind. Die Ergebnisse, welche hieraus folgen, werden sehr häufig nicht befriedigen, insbes. wird dies der Fall sein, wenn durch das Rechtsgeschäft, das in der Schwebe ist, durch den Vertreter ohne Vertretungsmacht nicht ein Gegenstand veräußert, sondern erworben wird, und der Gegenstand dann vor Erteilung der Genehmigung bei dem veräußernden Dritten gepfändet ist. Aber solche Erwägungen können die logisch notwendige Analogie nicht beeinflussen; die Seltsamkeiten ergeben sich aus der durch das BGB. grundsätzlich vorgesehenen Rückdatierung der Wirksamkeit einer Genehmigung. Die Rückwirkung ist wirtschaftlich und rechtspolitisch äußerst ansehbar, die sich aus der Rückwirkung ergebenden Folgen werden aber keineswegs erträglich dadurch, daß die zwischenzeitlichen Verfügungen des § 184 Abs. 2 einen größeren Umfang erhalten.

RA. C. Hermann Dfse, Berlin.

Zu 14. 1. a) Die Bindung durch Wechselakzept ist mit der Niederschrift vollendet; es ist also im Gegensatz zur Unter-

einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung ist, so steht hier ein Blankoakzept in Frage, bei einem solchen aber hat das RG. stets einen Begebungsvertrag verlangt (vgl. RG. 74, 353¹); RGW. 1918 Nr. 227; Staub-Stranz, Art. 7, Anm. 10 und 14). Es erübrigt sich deshalb zu der Frage Stellung zu nehmen, ob der vom RG. beim Nichtblankoakzept eingenommene Standpunkt gegenüber den im neueren Schrifttum geltend gemachten Gründen, namentlich gegenüber der Rechtscheintheorie (Jacobi: Ehrenberg, Handb. IV 1 S. 318f.; H. Meher, Das Akzept; Ennecerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, §§ 205, 206) beibehalten werden kann.

II. Die Angriffe der Rev. richten sich gegen die Annahme des VerK., daß K. beim Erwerb des Wechsels Vertreter der Kl. gewesen sei und sein Wissen ihr schade.

1. Hauptächlich wirft die Rev. dem VerK. die Übergehung der Behauptung vor, daß sie den Wechsel nicht durch K., sondern durch S. und M. erworben habe; mit der Ausbündigung des Wechsels seitens des K. an S. und M. sei der Begebungsvertrag mit ihr abgeschlossen. Allein das würde zur Voraussetzung haben, daß K. vorher den Wechsel in eigenem Namen erworben hätte. Wäre dies allerdings der Fall, hätte also K. den Wechsel als Blankoindossatar ohne neues Giro weitergegeben, so hätte dies dieselbe Wirkung gehabt, als wenn er an den Nehmer indossiert hätte, d. h. diesem würden die ihm beim Erwerb unbekannt Einreden aus der Person des Vormanns (hier des K.) nicht entgegengehalten werden können (vgl. Staub-Stranz, WD. Art. 13 Anm. 4; Michaelis, ScheckG. § 8 Anm. 29; Breit, ScheckG. § 8 Anm. 8; anders Bernstein, WD. S. 79). Daß K. gleichzeitig dem Vorstände der Kl. angehört hat, wäre für die Gültigkeit der Kl. in diesem Falle bedeutungslos gewesen, da er dann bei der Weiterbegebung des Wechsels an die durch die gutgläubigen S. und M. vertretene Kl. als Nehmerin lediglich als Geber aufgetreten wäre. Allein jene Voraussetzung, daß K. vorher den Wechsel im eigenen Namen erworben hatte, trifft nicht zu; denn wegen des mit dem Geben des Wechsels verfolgten Zwecks, nämlich für den dem D. gewährten Kredit Sicherheit zu geben, kam ein Erwerb des Wechsels durch K. in eigenem Namen überhaupt nicht in Frage; er wollte auch nicht etwa diesen Zweck durch sein eigenes Giro unterstützen. Die Entgegennahme des Wechsels durch K. kann also nur als Handeln im Namen der Kl. beurteilt werden. Es handelt sich bei den Ausführungen der Kl. auch nicht sowohl um die Aufstellung einer vom VerK. übergangenen Behauptung, sondern um eine irrtümliche Würdigung eines an sich unbefristeten Sachverhalts.

2. Die Rev. hält die Auffassung des VerK., der in K.

einen Vertreter der Kl. erblickt, deshalb für widersinnig, weil mit der durch den Begriff der Vertretung geforderten Erklärung, die rechtl. Wirkungen des Geschäfts für die Kl. zur Entstehung zu bringen, sein Einverständnis mit D. über den Scheincharakter der Wechselbegebung nicht in Einklang zu bringen sei. Allein dieser Widerspruch haftet dem Scheingeschäft des § 117 Abs. 1 stets an, indem die Beteiligten sich gegenseitig rechtsgeschäftl. Erklärungen abgeben und sich doch darüber einig sind, daß ihnen Rechtswirkung nicht zukommen soll. Daß das auch beim Vertreter möglich ist, versteht sich von selbst und folgt aus dem in § 166 Abs. 1 BGB. gebrauchten Wort „Willensmängel“, worunter alle in den §§ 116 ff. geregelten Tatbestände auch des fehlenden Willens (geheimer Vorbehalt, Simulation, Nichternstlichkeit) inbegriffen sind.

Übrigens spielt die Simulation des Indossaments keine entscheidende Rolle; maßgebend ist, daß zwischen dem Bekl. und D. die Scheinnatur des Akzepts vereinbart worden ist und daß K. bei Übertragung des Wechsels hiervon Kenntnis hatte. Aus dem Satz aber, daß eine Willenserklärung einem von mehreren Gesamtvertretern gegenüber wirksam abgegeben werden kann, wird allgemein gefolgert, daß Kenntnis, böser Glaube und Arglist eines einzelnen Vertreters der Kenntnis usw. des Vertretenen gleichsteht (vgl. RG. 53, 231; 59, 408; 78, 354²); RG.: JW. 1911, 1012; 1914, 401; 1927, 1675). Damit ist sehr wohl vereinbar, worauf es aber hier nicht entscheidend ankommt, daß die Begebung des Wechsels an die Kl. nach deren Satzung (vgl. auch § 25 Abs. 1 GenG.) nicht schon durch K. allein, sondern erst in dem Augenblick zustande kam, als eines der anderen Vorstandsmitglieder dem Erwerbe zustimmte.

3. Mit Unrecht meint schließlich die Rev., weil § 117 Abs. 1 BGB. ein Einverständnis des Erklärungsempfängers mit dem gewollten Schein verlange, Empfänger der Erklärung aber die Kl., vertreten durch zwei Vorstandsmitglieder, gewesen sei, so sei auch ein Einverständnis des S. oder M. mit der Scheinnatur des Geschäfts erforderlich gewesen. Zunächst trifft das schon insoweit nicht zu, als sich die Einrede des Bekl. auf den arglistigen Erwerb des simulierten Akzepts stützt. Wenn aber die Scheinnatur des Indossaments in Frage steht, würde schon die Kenntnis des K. die Nichtigkeit begründen. Einverständnis i. S. des § 117 BGB. ist keine neben der früher abgegebenen einhergehende selbständige Willenserklärung, sondern bedeutet nur, daß sich beide Teile dessen bewußt sind, daß jener ersten Erklärung kein Wille entsprechen soll. Bewußt aber war sich die Kl. dieser Tatsache schon dann, wenn auch nur einer ihrer Gesamtvertreter dieses Bewußtsein hatte.

III. Der Schwerpunkt in der Entsch. liegt, wie mit allem

schrift des Ausstellers und des Indossanten für das Wechselakzept Begebung zum Verpflichtungsabschluß nicht erforderlich. Trotz unklarer Fassung besteht dies als Wille des Gesetzes aus Art. 21 Abs. 4, wonach „die einmal erfolgte Annahme nicht wieder zurückgenommen werden kann“. Dem entspricht die höchstrichterliche Rspr. (RG. 9, 59; 24, 90; 77, 140 f.; JW. 1909, 167 f.; Warn. 1918, 341, Nr. 227).

b) Es ergibt sich die Verpflichtungskraft der Wechselannahme kraft Niederschrift aber auch aus der geschichtlichen Entwicklung der fraglichen Vorschr. Sie ist eine fast wörtliche Wiederholung aus dem Wechselrecht des Br. u. N. (§ 997 II 8 BR. N.), des Vorbildes der deutschen WD. (Mot. z. Entw. XLVIII). Es sollte damit, wie ich aus dem in preuß. JustMin. aufbewahrten Materialien zum BR. nachgewiesen habe, durchaus nicht die Theorie des einseitigen Skripturaktes, die sog. Kreationsstheorie, bestätigt werden. Das Gesetz huldigte vielmehr durchaus auch für das Wechselakzept der Vertragsstheorie, nur verlegte es im Anschluß an die Meinung des damaligen Handelsrechtlers Büsch zu Hamburg regelwidrig den Abschluß des Akzeptvertrages auf den Zeitpunkt der Niederschrift des Akzeptes (Bernstein, WD. S. 129). Das Wechselrecht der Zukunft wird mit dieser systemwidrigen Vorschr. auszuräumen haben. Das geplante Weltwechselrecht, die Haager WD. Art. 29, läßt denn auch die Streichung des Akzeptes vor der Begebung mit der Wirkung zu, daß die Annahme als verweigert gilt und läßt aus dem gestrichenen Akzept ausnahmsweise nur dann eine Satzung eintreten, wenn der Akzeptant von der Annahme schriftlich Kenntnis gegeben oder die Urkunde aus der Hand gereicht hatte (Magnus, Tabellen zum Internationalen Wechselrecht S. 325).

2. Die Bindung durch Blankoakzept — das in der WD. nicht erwähnt ist, in jedem Falle aber schon kraft Gewohn-

heitsrechts in Deutschland Geltung hat (DSG. 6, 48 ff.; RG. 27, 271 f.; JW. 1925, 786; Nürnberger Prot. KommBericht LVII Nr. 16; Österr. JustMinWD. v. 6. Okt. 1853; RGBl. 200; Bernstein, WD. S. 59) — kann nicht schon mit der Niederschrift vor sich gehen; eine Gleichstellung mit der Annahme des fertigen Wechsels ist nicht angängig. Die Begebung ist erforderlich. Denn der Unterfertiger eines Wechselblanketts überträgt dem jeweiligen rechtmäßigen Inhaber des Papiers die Befugnis der Ausfüllung, die Übertragung der Ausfüllungsbefugnis setzt aber die Begebung voraus. Aus dem nicht begebenen Blankoakzept können demgemäß nach Ausfüllung des Wechsels Wechselrechte nicht hergeleitet werden, eben weil die Übertragung der Ausfüllungsbefugnis mangelt. Die höchstrichterliche Rspr. hat diesen Standpunkt festgehalten (RG. 2, 90; 11, 8; 14, 24; Warn. 1918, 340, Nr. 227); nur in einem Fall hat das DSG. eine rein beiläufige gegenteilige Äußerung getan (DSG. 25, 16).

3. Die Begebung des Wechselblanketts an einen der Kollektivvertreter erfüllt den Begriff der Begebung.

a) Denn Begebung vollzieht sich im Geben und Nehmen des Wechsels behufs einverständlicher Herbeiführung eines Wechselgläubigerrechts und zwar beim Blankettwechsel demnächstige Ausfüllung vorausgesetzt (i. Bernstein: JW. 1927, 2998; vgl. auch RG.: JW. 1927, 2420 und 1928, 231).

Die Wechselgläubigerschaft sollte nicht für das Vorstandsmitglied persönlich, sondern für die Genossenschaft geschaffen werden. Auch bei strikter Zugrundelegung der Vertragsgrundzüge auf die Begebung wäre durch die spätere Verwendung des Wechselblanketts seitens der Mitvorstandsmitglieder und der darin liegenden Genehmigung des Blankettenerbs durch die Genossenschaft ein Be-

¹) JW. 1911, 106.

²) JW. 1912, 525.

Nachdruck hervorgehoben werden muß, in der vom BG. festgestellte Gutgläubigkeit des Bekl. Hätte der Bekl. gewußt, daß K. die Absicht hatte, den beiden anderen Vorstandsmitgliedern und dem Aufsichtsrat eine in Wahrheit nicht bestehende Sicherung des Kontos D. vorzuspiegeln, hätte er als arglistig zum Nachteil der Kl. mit K. kolludiert, so müßte seine Verurteilung erfolgen. Im Ur. v. 23. Juni 1908⁹⁾ (II 2/08: Gruch. 52, 933 = RGWarn. 1908 Nr. 601) hat der erf. Sen. ausgesprochen, daß sich derjenige, der mit dem Vertreter kolludiert hat, auf die Scheinnatur des Geschäfts nicht berufen kann. Dem ist Vertmann (Recht 1923, 74; vgl. auch Komm. z. Allg. Teil des BGB. zu § 166 S. 615 4f. und zu § 117 2cB Abs. 3 Mitte S. 381) beigetreten, indem er die Begründung dahin ergänzt, daß in solchem Falle der Erklärende demjenigen, der im Sinne der Wirkung als sein Geschäftspartner in Betracht komme, das Vorhandensein eines Wirkungswillens ebenso vortäusche, wie wenn er ihm die Erklärung ohne das Zwischenglied eines Vertreters abgäbe; deshalb gehöre die Kollusion dem Gebiete des geheimen Vorbehalts an und müsse nach dessen Vorbild behandelt werden (§ 116 Satz 1 BGB.). An diesem Grundsatz würde der Senat mit der Vertmannschen Ergänzung festhalten, wenn die Bözgläubigkeit des Bekl. in Frage stände. Allein der Bekl. war gutgläubig. Daß er den Zweck des Wechsels gekannt hätte, ist nicht einmal behauptet. Möglicherweise hat er angenommen, der ganze Vorstand wisse Bescheid und das Blankoakzept solle nur dazu dienen, irgendeine Rechtsverschlebung der Kritik unbefugter Dritter zu entziehen. Alsdann ist es nur recht und billig, wenn er sich gegen die Inanspruchnahme durch die Kl. wehrt. Ihm war die Ungefährlichkeit des Akzepts als eines bloßen Scheingeschäfts vom Akzeptempfangen zugesichert worden, und da dies auf Veranlassung eines Mannes

geschehen war, welcher die Kl. beim Erwerbe des Wechsels mitvertrat, muß sie es hinnehmen, wenn ihr Erwerb als arglistiger beurteilt wird.

(U. v. 27. Okt. 1931; II 178/31.— Oldenburg.)

[5.]

**** 15.** Der Wechselschuldner kann dem durch ein Vollindossament legitimierten, aber im Innenverhältnis als Inkassomandatar auftretenden Wechselgläubiger das Erlöschen des Inkassomandates nicht entgegenhalten.†)

In bezug auf die fiduziarische Forderungsabtretung wird allerdings im Schrifttum und in der Rspr. (vgl. z. B. RG. Recht 1917 Nr. 1018; JW. 1903, Beil., 53; Lehmann bei Necccerus, BGB., Schuldverh. II S. 273) die freilich keineswegs unbestrittene (Staudinger, BGB., 9. Aufl., zu § 398 S. 799; Siber bei Planck, BGB. zu § 398 Anm. 1b a; RG. 99, 143) Meinung vertreten, daß dem Schuldner gegenüber dem die Forderung trotz Wegfalls des Einziehungsauftrags weiter verfolgenden Zessionar die Einrede der Arglist zu geben sei; für das Gebiet des wechselrechtlichen Inkassomandates aber ist die bisher noch nicht entschiedene Frage, ob einem auf Grund eines Vollindossaments, nicht eines bloßen Prokuraindossaments Wechselberechtigten von einem früheren Wechselschuldner der Einwand entgegengesetzt werden kann, daß dem Indossament eine fiduziarische Inkassozession seines Vormanns zugrunde liege und diese sich erledigt habe, jedenfalls zu verneinen. Wo der Wechselgläubiger nicht wie ein offener Prokuraindossatar in fremdem Namen, sondern im eigenen Namen handelnd auftritt, würde es mit der Natur des Wechsels als eines im Interesse seiner Verkehrsfähigkeit strengen Anforderungen in bezug auf Einreden zu

gebungsvertrag von vornherein zugunsten der Genossenschaft zustande gebracht.

b) Zuerlich gebracht es indessen an der Begebung.

aa) Das Papier sollte nicht zum Zwecke der Begründung einer Wechselgläubigerschaft aus der Hand gegeben sein. Vielmehr war zwischen dem gebenden Blankoakzeptanten und dem nehmenden Vorstandsmitglied vereinbart, es solle sich nur um „einen Schein- und Pro-Formawechsel“ handeln.

bb) Das Blankoakzept war zudem nach § 117 BGB. als Scheingeschäft nichtig.

4. Der Einwand mangelnder Begebung wie der des Scheingeschäfts konnte nach Ausfüllung des Wechselblanketts gemäß Art. 82 WD. jedenfalls der Genossenschaft als der unmittelbaren Gegenpartei gegenüber geltend gemacht werden (DVG. 4, 392f.; 6, 61; RG. bei Volze 3 Nr. 800; Bernstein, WD. S. 328; Staub-Stranz, WD. Art. 82 Anm. 47). Der Einwand der Bözgläubigkeit insbes. zog auch alsdann, wenn außer dem handelnden Genossenschaftsvorsteher die übrigen Mitglieder des Kollektivvorstandes von der Scheinnatur keine Kenntnis hatten. Die Bözgläubigkeit auch nur des einen Kollektivvertreters einer Körperschaft erwirkt deren Schlechtgläubigkeit. Die Beschränkung der Vertretungsmacht auf kollektives Handeln bezieht sich nur auf Stellvertretung im rechtsgeschäftlichen Verkehr (RG. 57, 94f.; 74, 257 = JW. 1911, 27; 78, 353f. = JW. 1912, 525; 90, 22f. = JW. 1917, 601; 110, 146 = JW. 1925, 1990; Volze 1 Nr. 1186, 4 Nr. 807, 16 Nr. 231; JW. 1911, 1012; 1914, 401; 1927, 1676). Es ist der gleiche Gedanke, der dem § 31 BGB. zugrunde liegt, wonach der Verein für den Schaden verantwortlich ist, den auch nur ein Mitglied des Vorstandes anrichtet. Es wäre unbillig, die Nachteile eines schuldhaften Verhaltens auch nur eines der Vertreter statt dem Machtgeber dem diesem gegenüber stehenden Dritten aufzubürden.

5. Ausschluß des Einwands der Scheinnatur des Akzepts würde zuungunsten des Akzeptanten sich für den Fall ergeben, daß er bei Übergabe seines Blankoakzepts gewußt hätte, dies Akzept sei dazu bestimmt, bei Revision der genossenschaftlichen Geschäftsführung eine sichernde Unterlage für gewährten Geschäftskredit vorzuspiegeln. Hätte der Akzeptant solchergehalt sich einer Kollusion mit dem einen ungetreuen Vorstandsmitglied schuldig gemacht, so würde die Ablehnung seiner Haftung unter Hinweis auf die Scheinnatur des Akzepts im Hinblick auf die bewußte Sittenwidrigkeit des Geschäftszwecks arglistig sein und dementsprechend keinen Rechtsschutz erfahren.

Da indes der Blankoakzeptant nach der tatsächlichen Feststellung von dem sittenwidrigen Zweck seines Scheinakzepts keine Kenntnis gehabt hat, so ist die auf dieses Akzept gestützte Wechselklage zu Recht abgewiesen.

M. Dr. Wilhelm Bernstein, Berlin.

9) JW. 1908, 529.

Zu 15. Der Vorindossant der Kl. hat den Magerwechsel an Kl. mittels Eigentümerindossamentes, jedoch mit der Maßgabe gegeben, daß Kl. nur Inkassomandatarin sein solle. Die Inkassovollmacht ist vom Indossanten widerrufen, jedenfalls aber mit Konkurseröffnung über sein Vermögen gem. § 23 KO. beendet worden.

1. Die Legitimation als Eigentümer des Wechsels ist nach Art. 36 WD. für den gegeben, auf den eine zusammenhängende Reihe von Indossamenten ausläuft.

a) Formell ist danach Kl. zur Geltendmachung des Wechsels berufen.

b) Materieell steht der Wechselanspruch jedoch nicht ihr zu, vielmehr dem Vorindossanten bzw. dessen Konkursmasse.

2. Das RG. versagt dem Wechselbekl. den Einwand: „daß dem Indossament eine nur fiduziarische Inkassozession seines Vormanns zugrunde liege und diese sich erledigt habe“.

3. Einreden sind auf Grund Art. 82 WD. nur alsdann gegeben, wenn sie aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen oder dem Bekl. unmittelbar gegen den jedesmaligen Kl. zustehen. Das RG. verneint diese Voraussetzung, die Einrede sei unzulässigerweise aus dem Recht eines Dritten hergeleitet.

4. Dem kann nicht beigepflichtet werden.

a) Die rein urkundliche Legitimation des Wechselgläubigers durch seine Eigenschaft als Letztindossatar bezweckt den für die Verkehrsfähigkeit des Papiers unerläßlichen Schutz des gutgläubigen Wechselinhabers.

b) Ein solcher Schutz ist für den bözgläubigen Inhaber weder erforderlich, noch auch wünschenswert. Die Einrede der Bözgläubigkeit in Ansehung des Wechselbesitzes geht aus den allgemeinen Grundsätzen des Rechts hervor. Sie ist damit zugleich aus dem Wechselrecht entnommen (Bernstein, WD. S. 311 und 181).

Im vorl. Falle ist der Legitimierte Wechselinhaber bözgläubig. Nach § 266 Abs. 2 StGB. werden Bevollmächtigte bestraft, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachteil desselben verfügen. Aus dem Vollmachtsverhältnis folgt im Falle Erlöschens der Vollmacht die Pflicht zur Rückgabe der dem Bevollmächtigten zum Zwecke der Erfüllung seiner Aufgabe ausgehändigten Werte und Urkunden. Bis zu dieser Rückgabe ist das Vollmachtsverhältnis nicht voll erledigt (RGSt. 36, 134f.; Ebermayer, StGB., Anm. 6 zu § 266). Nach Kündigung der Vollmacht wird mit der Geltendmachung des dem Indossatar nur zum Inkasso gegebenen, widerrechtlich zurückbehaltenen Wechsels absichtlich zum Nachteil des Vollmachtgebers verfügt. Denn eine solche Geltendmachung durch den Indossatar in der Absicht, gegen den ihm kundgegebenen Willen des Vollmachtgebers sich in den Besitz der Wechselsumme zu setzen, schmälert den wirtschaftlichen Machtbereich des Vollmachtgebers, gereicht

unterwerfenden Wertpapiers und mit der gesetzlichen Funktion des Indossaments nicht zu vereinigen sein, wollte man aus dem internen, der Übertragung des Wechsels zugrunde liegenden schuldrechtlichen Verhältnis zwischen Indossanten und Indossatar und insbes. dem Wegfall des vorl. treuhänderischen Auftrags dem Wechselschuldner das Recht geben, dem nach Wechselrecht formell wie materiell als voll berechtigt ausgewiesenen klagenden Inkassodossatar die Leistung zu verweigern. Eine derartige Einrede geht weder aus dem Wechselrecht selbst hervor, noch steht sie sonst dem Wechselschuldner gegen den Genannten unmittelbar zu, vielmehr ist sie dem Recht des Inkassozedenten, also einem die Schuld des Wechselverpflichteten gar nicht berührenden Rechtsverhältnis des Kl. zu einem Dritten, entnommen.

(U. v. 4. Dez. 1931; 328/31 II. — Stettin.) [Ru.]

7. Sonstiges materielles Recht.

16. §§ 513, 559 HGB. Ausbedingung der Haftung des Reeders und Verfrachters durch das Konnossement. Der Kapitän ist kein leitender Angestellter.†)

Die Kl. nimmt nach der im Tatbestande des angefochtenen Urteils gegebenen Zusammenfassung ihrer rechtlichen und tatsächlichen Stellungnahme die Erstbekl. aus dem mit ihr geschlossenen Frachtvertrag, allenfalls als gleich dem Reeder zu behandelnde Ausrüsterin aus abgetretenen Rechten der Ladungsempfängerin als befugter Konnossementsinhaberin, die Zweitbekl. ebenfalls als Verfrachterin und aus dem Konnossement, beide auch aus schuldhafter Verletzung der ihnen gegenüber dem klägerischen Eigentum obliegenden außervertragsmäßigen Obhutspflicht in Anspruch.

Der Verkl. gelangt zur Klageabweisung. Er verfolgt in seinen Darlegungen folgenden Gedankengang: Die Beschädigung der klägerischen Tabaksladung durch Annahme eines wertherabsehenden Geruchs sei zurückzuführen darauf, daß in dem Raum, in welchem sie verladen worden sei, sich Rückstände einer auf der Vorreise beförderten Ladung Steinkohlenteeröl befunden hätten. An der Seetüchtigkeit in engerem Sinne, der Widerstandsfähigkeit des Schiffskörpers gegen die Gefahren der Seefahrt, habe es dem Schiff nicht gefehlt. Ob eine besondere Ladungsuntüchtigkeit vorgelegen habe, die das Schiff zur unversehren Beförderung der Tabaksladung in Hinblick auf andere Gefahren als die Seegefahr ungeeignet hätte erscheinen lassen, und ob danach eine Haftung des Verfrachters aus diesem Gesichtspunkt begründet sei, könne da-

hingestellt bleiben, da die Bekl. den auf dieser Grundlage erhobenen Ansprüchen mit Erfolg durch Berufung auf die sowohl die Seeuntüchtigkeit im engeren Sinne wie die besondere Ladungsuntüchtigkeit erfassende Klausel 8 des Konnossements begegneten, nach welcher sie nicht haftbar seien „für bei Beginn der Reise oder zu irgendeiner anderen Zeit am Dampf, dem Geschirr, an Kesseln, an der Maschinerie, den Ausrüstungen des Schiffs ... entstehende Unfälle oder irgendeinen alsdann vorhandenen verborgenen oder offensichtlichen Fehler an denselben“. Ob diese Klausel bei eigenem Verschulden der Bekl. außer acht zu bleiben habe, bedürfe nicht der Entscheidung, da ein solches zu verneinen sei mit Rücksicht darauf, daß der Kapitän, der bereits an sich auf Grund eigener mehrjähriger Erfahrung über die Empfindlichkeit von Tabaksladungen unterrichtet gewesen sei, überdies von dem Prokuristen der Erstbekl. auf die bei Tabaksladungen wegen ihrer Geruchsempfindlichkeit gebotene besondere Vorsicht und die mit Rücksicht hierauf erforderliche gründliche Reinigung und Lüftung des Schiffs hingewiesen sei, in Rundschreiben an die Kapitäne auch auf die Gefährlichkeit von Kreosotladungen aufmerksam gemacht worden sei. Von der Haftung für die etwaige Verletzung einer Sorgfaltspflicht durch den Kapitän, bestehend darin, daß er den Tabak in dem zur Beförderung von Steinkohlenteeröl benutzten Raum verstaubt oder zum mindesten für dessen ausreichende Reinigung nicht gesorgt habe, seien die Bekl. durch die weiter in Ziff. 8 der Konnossementsklauseln enthaltene Bestimmung befreit, nach welcher der Reeder nicht haftbar sei „für irgendeine Handlung, ein Versehen, ein Verschulden oder eine Unterlassung, gleichviel welcher Art, seitens des Kapitäns oder der Mannschaft ... bei der Leitung, Stauung ... oder Alarmierung des Schiffs oder sonstwie“. Eine Unwirksamkeit dieser Klausel wegen Verstoßes gegen die guten Sitten komme nicht in Betracht, da der Kapitän weder zu den leitenden Angestellten gehöre noch ihm ein grobes Verschulden, wenn ihn überhaupt ein solches treffe, zur Last falle.

Die Rev. verfißt demgegenüber die Auffassung: Es hätte bei richtiger Beurteilung des Vorliegen von Seuntüchtigkeit i. S. der §§ 513, 559 HGB. bejaht werden müssen. Zur Freizeichnung von solcher reichten die vom BG. als befreiend angesehenen Klauseln nicht aus. Eine Freizeichnung von Seuntüchtigkeit sei außerdem zulässig nur beim Fehlen groben Verschuldens der Leute der Bekl. Ob solches nicht in Frage komme, sei nicht ausreichend geprüft. Die Fehlerklausel treffe überdies, ganz abgesehen von ihrer Unanwendbarkeit bei vorliegender Seuntüchtigkeit, den vorliegenden Fall nicht. Zu Unrecht sei ferner ein eigenes Verschulden der Bekl. verneint worden, die, wie von der Kl. behauptet, dem BG. aber über-

diesem also zum Nachteil (RGSt. 38, 266 f.; Ebermayer, StGB., Anm. 19 zu § 266).

Wollte man selbst bei Kündigung der Inkassovollmacht dem trotzdem vorgenommenen Inkasso das Merkmal des Nachteils grundsätzlich nur beilegen, wenn die Zahlungsfähigkeit des Bevollmächtigten geringer zu veranschlagen ist als die des Schuldners, so würde im Sonderfall des Wechselsinkassos dieser Nachteil allein schon darin liegen, daß die Wechselforderung insolge des für sie zulässigen Wechselprozesses eine leichtere Einziehung ermöglicht, als der gemeinbürgerliche Erstattungsanspruch.

5. Der Einwand des Bekl. über die Bösgläubigkeit des klägerischen Wechselbesitzes ist solchergehalt kein bloßer Einwand aus dem Recht eines Dritten. Ja das Gericht würde bei Kenntnis der Sachlage sogar von Amts wegen eine solche Wechselklage abzuweisen haben, genau wie bei Kenntnis der Verpflichtungsunfähigkeit des in Anspruch genommenen Wechselbeklagten.

M. Dr. Wilhelm Bernstein, Berlin.

Zu 16. Den Ansprüchen, die von der Kl. auf Grund von Frachtvertrag, Konnossement und unerlaubter Handlung geltend gemacht werden, haben die Bekl. mit Erfolg die Berufung auf die Freizeichnungsklauseln des Konnossements entgegengesetzt. Mit der Entsch. ist nicht zu bezweifeln, daß diese Klauseln zum Bestandteil auch des Frachtvertrags geworden sind. Ob sie auch dem auf unerlaubte Handlung gegründeten Anspruch gegenüber Platz greifen, ist eine nicht ebenso einfach zu beantwortende Frage. Die Entsch. glaubt sie jedenfalls im vorl. Falle bejahend beantworten zu müssen, „in welchem die mit der Verfrachterin personengleiche Abladerin den Zufall des Konnossements als bindend anerkannt hat“. Mit Recht zwar spricht die Entsch. solchen Art. die Beweiskraft ab, die bei Personenverweigerung von Verfrachter und Ladungseigentümer unter die Frei-

zeichnung im Dienstvertrage nicht auf den Anspruch aus widerrechtl. Verletzung des Eigentums fallen lassen. Aber wenn hier schon insolge der Personenverweigerung mit dem Anspruch des Verfrachters der des Ladungseigentümers nicht verbunden ist, folgt daraus nicht, daß dann, wenn der Verfrachter zugleich Ladungseigentümer ist, die Freizeichnung von dem Anspruch aus dem Frachtvertrage auch Freizeichnung von dem Anspruch aus dem Eigentum sein muß. Dies läßt sich aber auch nicht aus dem Anerkenntnis entnehmen, das der mit dem Verfrachter personengleiche Ablader hinsichtlich des Konnossementsinhalts abgegeben hat. Vermutlich ist dieses Anerkenntnis in Gestalt der bekannten Klausel („in accepting this bill of lading the shipper agrees to its stipulations“) erfolgt. Indessen hat diese Klausel beim Stückgütervertrage, der in aller Regel durch Geben und Nehmen des Konnossements zwischen Reeder und Ablader zustande kommt, keine andere Bedeutung als die einer ausdrücklichen Feststellung des Abschlusses des Inhalts des Vertrags. Über die Rechtsstellung des Ladungseigentümers als solchen, der ja weder mit dem Verfrachter, noch mit dem Ablader identisch zu sein braucht, sagt die Klausel nichts aus. Daher kann aus ihrer Verwendung die Antwort auf die Frage nicht gefunden werden, ob mit der Freizeichnung des Reeders und des Verfrachters von der Haftung aus Konnossement und Frachtvertrag auch ihre Haftung aus unerlaubter Handlung ausgeschlossen ist. Diese keineswegs einfache Frage hätte selbständig untersucht werden müssen (vgl. dazu [Wagner-] Pappenheim, Sbb. b. Eer. III, 449 f. Anm. 5; Wüstenböfer: Erenbergs Sbb. VII, 2 S. 526 f.).

Als Haftung des Verfrachters kommt nach der Entsch. vermöge des zugrunde gelegten Sachverhalts neben der Haftung aus §§ 606, 651 HGB. zunächst diejenige für sog. spezielle Ladungsuntüchtigkeit gem. § 559 HGB. in Frage. Allerdings ziehe das BG. das Vorliegen einer Ladungsuntüchtigkeit für den Fall in Zweifel,

gangen sei, unter Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht unterlassen hätten, den Kapitän anzuweisen, in dem für die Beförderung von Steintohlenteeröl benutzten Raum, auch wenn er gereinigt erscheine, Tabak nicht zu verladen. Es sei auch eine Feststellung unterlassen, welche Anweisungen das für die Verladungszeit maßgebende Kapitänsoverbuch — das vorgelegte stamme aus dem Jahre 1926 — enthalten habe. Auf Rechtsirrtum beruhe endlich die Verneinung dessen, daß die Klausel, soweit sie das Verschulden des Kapitans umfasse, als gegen die guten Sitten verstößend anzunehmen sei. Verkannt sei hierbei insbes. dessen Eigenschaft als leitender Angestellter.

Diesen Angriffen der Rev. kann Erfolg nicht werden.

Die Kl. macht Ansprüche aus dem Frachtvertrag, aus dem Konnossement und aus außervertragsmäßiger Verletzung ihres Eigentums geltend. Das BG. hält demgegenüber die erörterten Konnossementsklauseln für durchschlagend. Es geht also, ohne dies allerdings näher zu erörtern, davon aus, daß diese nicht nur für das Rechtsverhältnis zwischen Reeder und befugter Konnossementsinhaberin, aus deren abgetretenen Rechten die Kl. ihre Ansprüche begründet, maßgebend seien, sondern auch für die Ansprüche aus dem Frachtvertrag. Mit dem Anspruch aus unerlaubter Handlung beschäftigt sich das BU. ausdrücklich überhaupt nicht. Es muß jedoch nach der getroffenen Entscheidung angenommen werden, daß die Klausel auch insoweit als befreiend zugrunde gelegt ist. In Hinblick des Frachtvertrags sind in der erörterten Richtung Bedenken während des Rechtsstreits nicht erhoben worden. Es kann auch keinen Zweifeln begegnen, daß solche in dem vorliegenden Stückgutfrachtvertrag unbegründet wären, in welchem die Erstbefl. auf dem unstrittig von dem gemeinsamen Agenten der Befl. unterzeichneten Konnossementsformular als Reederei mitaufgeführt ist und die auf dem Formular weiter aufgeführte Reederei Korrespondentreederei der Zweitbefl. ist, im Konnossement außerdem ausbedungen ist, daß die (mit der klagenden Befrachterin personengleiche) Abladerin alle darin enthaltenen Bedingungen annehme (RG. 11, 102; 89, 288¹); HansDVG.: HansGZ. Hptbl. 1894 Nr. 12; 1893 Nr. 50 S. 150). Dagegen hatte sich die Kl. auf den Standpunkt gestellt, daß die Haftungsbeschränkungen des Konnossements dem von ihr geltend gemachten Anspruch aus unerlaubter Handlung gegenüber ohne Bedeutung seien. Das ist jedenfalls im vorliegenden Falle nicht anzuerkennen, in welchem die mit der Befrachterin personengleiche Abladerin den Inhalt des Konnossements als bindend anerkannt hat. Die ins Feld geführte Stellungnahme der reichsgerichtlichen Entsch. (HansRGZ. 1928 B Nr. 35 S. 550) hat lediglich Fälle im Auge, bei welchen der Befrachter ein von dem Eigentümer verschiedener Dritter ist.

Nach den Feststellungen des BG. war die „Oder“ infolge der in einem Raum bestehenden Geruchseinwirkung von Überresten früherer Ladung nicht imstande, die Tabaksladung in unversehrtem Zustande zu befördern. Das BG. zieht, anscheinend veranlaßt durch Ausführungen in der Entsch. des HansDVG.: HansGZ. Hptbl. 1912 Nr. 50 S. 111 2. Abs. (vgl. aber HansGZ. Hptbl. 1903 Nr. 39 S. 93) in Zweifel, ob eine Haftung des Verfrachters für Ladungsuntüchtigkeit in Frage kommt, wenn die Reederei ein Schiff gestellt hat, in welchem an sich eine unversehrte Beförderung der betreffenden Ladung möglich gewesen wäre und in welchem die Beschädigung lediglich durch die Unterbringung der Ladung in einem für sie ungeeigneten Raum herbeigeführt würde.

Daß in dem von der Reederei gestellten Schiffe an sich eine unversehrte Beförderung der betreffenden Ladung möglich gewesen wäre, und die Beschädigung lediglich durch die Unterbringung der Ladung in einem für sie ungeeigneten Raum herbeigeführt würde. Demgegenüber hebt das RG. nur hervor, daß das BG. die Behauptung der Kl. unberücksichtigt gelassen hat, auch die nicht in der geruchsbefasteten Raum verbrachte Ladung habe den gleichen Geruch angenommen. Das RG. geht der Frage nicht weiter nach, weil sich in jedem Falle aus den Konnossementsklauseln die Freizeichnung von der Haftung ergebe. Indessen dürfte die Sache doch nicht so einfach liegen. Wenn die Ladung in einem anderen Raum unbeschädigt hätte befördert werden können, würde es sich in der Tat nicht um eine Ladungsuntüchtigkeit des Schiffes handeln, sondern um ein Verschulden des Kapitans, und es käme nur die Freizeichnung durch die Nachlässigkeitsklausel in Betracht. Wenn dagegen die vom BG. nicht berücksichtigte Behauptung der Kl. begründet war, lag allerdings eine spezielle Ladungsuntüchtigkeit des Schiffes vor.

In Frage kommt neben der Haftung aus §§ 606, 651 HGB. nach dem zugrunde gelegten Sachverhalt zunächst eine Haftung des Reeders gemäß §§ 513, 485 HGB. und eine Haftung des Verfrachters nach § 559 HGB., wenn man sich auf den Standpunkt stellt, daß der festgestellte Mangel des Schiffes unter einen von den angeführten Bestimmungen mitumfaßten Begriff der Seeuntüchtigkeit in weiterem Sinne fällt, die auch als relative Seeuntüchtigkeit oder als spezielle Ladungsuntüchtigkeit bezeichnet wird. Gemeint sind damit die Fälle, in welchen das Schiff infolge seines Zustandes nicht geeignet ist, die betreffende Ladung unverfehrt durch andere Gefahren als die gewöhnlichen Seegefahren zu befördern. (So z. B. bei Beschmutzung der Ladung durch Bilgenwasser infolge Verhinderung der Wasserstandsprüfung durch Überbau der Peilrohre, RG. 110, 224²); bei einem dem Schiff von früherer Ladung anhaftenden Petroleumgeruch, HansDVG.: HansGZ. Hptbl. 1912 Nr. 50 S. 110; unbestimmt noch HansDVG.: HansGZ. Hptbl. 1897 Nr. 87 S. 225; bei Annahme des Geruchs von in anderem Raum gestautem Tabak durch Weizen, HansDVG.: HansGZ. 1900 Nr. 133; bei Seewasserschaden infolge Undichtigkeit von Abflußrohren oder Tanks, HansDVG.: HansGZ. Hptbl. 1916 Nr. 44; 1907 Nr. 126 S. 299; bei Verunreinigung durch Kohlenschmutz, HansDVG.: HansGZ. Hptbl. 1906 Nr. 127 S. 266; durch Anilinfarben, HansDVG.: HansGZ. Hptbl. 1903 Nr. 39 S. 93; in Fällen von Reiseuntüchtigkeit [ungenügender Fähigkeit des Schiffes zur Befahrung der Seegefahren, die nicht in der Beschaffenheit des Schiffes selbst, sondern in anderen Ursachen, z. B. fehlerhafter Stauung, nicht ausreichender Lukenabdeckung, Überladung begründet ist], RG. 85, 129; 120, 42³); HansDVG.: HansGZ. 1910 Nr. 53; HansRGZ. 1926 Nr. 137 S. 422 = HansGZ. Hptbl. 1926 Nr. 26.) Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man bei entsprechender Anwendung des § 559 HGB. auf die Fälle der speziellen Ladungsuntüchtigkeit. (So Wüstenbörsler, Studien zur modernen Entwicklung des Seefrachtverkehrs, Bd. 1 S. 476; Pappenheim, Handbuch des Seerechts, Bd. 3 S. 138.) In Betracht kommen können, soweit die Ladungsbeschädigung auf Stauung zurückzuführen ist, hinsichtlich des Reeders auch noch §§ 514, 485 HGB. (So mündet beim Fehlen ausreichenden Garniers RG. 25, 104 Art. 481 AdHGB. = § 514 HGB. an.) Die Verpachtung des Verfrachters zur Stellung eines Schiffes, welches solche Mängel nicht aufweist, ergibt sich endlich bereits nach allgemeinen Grundsätzen aus dem Frachtvertrag als solchem (vgl. auch HansDVG.: HansGZ. 1907 a. a. D.) (So Schaps, § 559 Anm. 10; Bohens, Das deutsche Seerecht, Bd. 20 S. 104.)

Welchen Standpunkt man in dieser Hinsicht einnehmen will, ist hinsichtlich der Haftung aus dem Frachtvertrage im wesentlichen nur von Bedeutung für die Beweislast, jedoch ohne Erheblichkeit, wenn sich aus den Klauseln des Konnossements eine Befreiung von den sämtlichen vorstehend erörterten Haftungsmöglichkeiten ergibt. Da dem BG., wie gleich zu erörtern sein wird, bei der entsprechenden Auslegung des Konnossements ein Rechtsirrtum nicht nachweisbar ist, so erübrigt sich eine abschließende Stellungnahme zu diesen Streitpunkten. Erwähnt sei nur, daß das BG. bei der Hervorhebung seiner Zweifel, ob eine vom Verfrachter zu geleistende Ladungsuntüchtigkeit mit Rücksicht darauf vorliegt, daß nur eine Gefährdung eines Raumes und der

Dann kam in Frage, ob der Fall demjenigen von HansGZ. Hauptbl. Jg. 33 (1912) Nr. 50 gleich gelagert war. Hier war eine Ladung Sesamsaat, die mittels eines früher als Petroleumtankdampfer verwendeten Schiffes befördert wurde, durch Annahme von Petroleumgeruch beschädigt worden, obwohl zur Reinigung des Schiffes alles geschehen war, was nur hatte geschehen können. Das HansDVG. erklärte den Verfrachter für schadensersatzpflichtig, weil er das Schiff in einem mangelhaften Zustande geliefert habe, den er bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentl. Verfrachters hätte entdecken können. Wenn in dem uns beschäftigenden Falle die besondere Ladungsuntüchtigkeit des Schiffes bei Anwendung der gleichen Sorgfalt zu entdecken war, lag in der Abschließung des Frachtvertrages eben über die in Frage kommende Ladung ein eigenes Verschulden des Verfrachters, das nach der herrschenden, auch in der vorl. Entsch. vertretenen Meinung von der Freizeichnung für Fehler am Schiffskörper nicht mitbetroffen wurde.

Gef. R. Prof. Dr. Max Pappenheim, Kiel.

¹) JW. 1917, 292.

²) JW. 1925, 1397.

³) JW. 1928, 1730.

nung bis zu 250 Volt, die oben an einer Hausfassade angebracht ist, bedarf keiner Sicherung nach § 22b jener Vorschriften. Es darf dann davon ausgegangen werden, daß die Gefahr der Berührung ungeschützter Leitungen sachkundigen Handwerkern bekannt ist, auch auf dem Lande.

4. Wer sie beachtet, hat in der Regel die im Verkehr erforderliche Sorgfalt erfüllt.†)

Der Ehemann der Kl. hatte eine Dachrinne anzustreichen. Als er zu diesem Zwecke eine an die Wand des Hauses gelehnte Leiter bestiegen hatte, stürzte er infolge Berührung der von der besagten Überlandzentrale in dieses Haus ungeschützt eingeführten elektrischen Lichtleitung von der Leiter herab und starb kurz darauf.

Die vom BG. zu $\frac{2}{3}$ zugesprochene Klage wurde in der Rev.Jnst. in vollem Umfang abgewiesen.

1. Das OLG. hält ein Verschulden der Befl. für vorliegend, weil sie nicht im vorliegenden Einzelfall durch Vorrichtung irgendwelcher Art — Isolation, Warnungsschild — Sorge getragen habe, daß nicht Menschen aus Unvorsichtigkeit oder aus Unüberlegtheit mit der Leitung in Berührung kämen. Erfahrungsgemäß werde die Gefährlichkeit gewöhnlicher Lichtleitungen mit Stromstärken — (gemeint ist Stromspannungen) — bis zu 250 Volt häufig unterschätzt; die Befl. habe deshalb nicht von vornherein damit rechnen dürfen, daß die Gefahr des Berührens elektrischer Leitungen allgemein bekannt sei und daß deshalb auch jeder Mensch, der in der Nähe der Leitung beschäftigt sei, die nötige Vorsicht walten lassen werde.

Hier sei die Lichtleitung vom Erdboden aus mit einer Leiter leicht zu erreichen gewesen; sie habe in einer Höhe von 6 m über dem Erdboden in unmittelbarer Nähe an der Dachrinne und sogar in einem Abstand von nur 10 cm um das Abfallrohr herumgeführt. Dachrinne und Abfallrohr aber seien Gebäudeteile, die öfter der Reparatur (Anstrich, Reinigung usw.) bedürften; es habe daher von vornherein damit gerechnet werden müssen, daß auch hier in unmittelbarer Nähe der Lichtleitung von Zeit zu Zeit Arbeiten auszuführen seien.

Bei dieser Sachlage habe die Befl. die eingangs erwähnte Verpflichtung gehabt. Es könne dahingestellt bleiben, ob eine allgemeine Übung dahin bestehe, daß die Einführung der Lichtleitung in die Häuser ohne jeden Isolationschutz geschehe. Daß Sicherheitsmaßnahmen, wie sie von dem BG. nach dem eingangs Angeführten verlangt würden, nichts Ungewöhnliches seien, entnimmt das BG. dem § 22b der WDE-Vorschriften; worin bei Niederspannungsleitungen der hier vorliegenden Art „wetterfeste Umhüllung oder besondere Schutzwehren mit Warnungsschild“ vorgesehen seien.

2. Diese Ausführungen lassen eine Verletzung des Rechtsbegriffes der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt insofern erkennen, als sie die Bedeutung der genannten WDE-Vorschriften

Zu 17. Die Entsch. ist von grundsätzlicher Bedeutung; denn sie umschreibt die rechtliche Bedeutung, die den vom Verband Dtsh. Elektrotechniker (WDE.) aufgestellten elektrotechnischen Sicherheitsvorschriften zukommt.

Der WDE. ist ein privatrechtlicher Verein, in dem die Gesamtheit der deutschen Elektrotechniker (Regierungsbehörden, Post, Reichsbahn, Wissenschaft, Elektrizitätswerke, Industrie und Verbraucher) zusammengefaßt ist. Er hat keinerlei öffentlich-rechtliche Befugnisse; die von ihm herausgegebenen Vorschriften haben aber die Bedeutung einer objektiven Formulierung dessen, was in der Elektrotechnik als anerkannte Regeln der Technik anzusehen ist. Da der WDE. diese Aufgabe seit Jahrzehnten in vorbildlicher — auch im Ausland anerkannter — Weise gelöst hat, haben die deutschen Regierungen davon abgesehen, ihrerseits öffentlich-rechtliche Sicherheitsvorschriften zu erlassen, sich vielmehr an den Arbeiten des Verbandes beteiligt. Während also auf allen übrigen Gebieten der Technik die zu beachtenden Regeln entweder vollständig durch staatliche Hoheitsakte festgelegt sind (wie z. B. in den BauD.) oder auf Grund einer öffentlich-rechtlichen RahmenVO. durch die Fachkreise bestimmt werden (siehe z. B. AzeilenVO., AnzugsVO., VO. für brennbare Flüssigkeiten, DampfkesselVO. u. a.), findet sich auf dem Gebiet der Elektrotechnik eine autonome Gestaltung ohne öffentlich-rechtliches Fundament. Allerdings haben in einer Reihe von deutschen Gebieten die WDE-Vorschriften nachträglich durch Gesetz oder Verordnung öffentlich-rechtliche Geltung erlangt, und auch die Berufsvereinigungen haben in ihren Unfallverhütungsvorschriften die Beachtung

nicht ausreichend berücksichtigen und die angezogene Bestimmung in § 22 dieser Vorschriften zudem unzutreffend auslegen. Da diese Vorschriften im ganzen Deutschen Reich zur Anwendung kommen und für eine unbeschränkte Anzahl von Fällen bestimmt sind, ist ihre Auslegung der Rev. zugänglich.

Das BG. hätte davon ausgehen müssen, daß es für die Bemessung der Sorgfalt, die von der Befl. zu verlangen war, genügen mußte, wenn sie sich an diese Vorschriften hielt, die, wie bekannt ist, und auch von der Befl. unbeschränkt vortragen war, in gemeinsamer Zusammenarbeit nicht bloß der Elektrizitätsunternehmungen und der ihr nahestehenden Industrie, sondern auch beteiligter Behörden (Bahn und Post), wissenschaftlicher Institute, Hochschulen u. a. m., abgefaßt und aufgestellt worden sind, so daß sie sehr wohl als Richtlinien für das Maß der zu stellenden Anforderungen verwertet werden können. Denn danach handelt es sich bei diesen Vorschriften nicht etwa bloß um die Niederlegung der Anschauungen beteiligter Kreise, sondern um eine über diese Kreise hinausreichende, eine gewisse überparteiliche Autorität genießende Bearbeitung der im Interesse der Allgemeinheit erforderlichen, aber auch im allgemeinen genügenden Maßnahmen auf diesem Gebiet.

Hiervon ausgehend mußte das BG. untersuchen, ob diese Vorschriften für Fälle der hier vorliegenden Art Sicherungsmaßnahmen vorschrieben; wenn nicht, dann war zu prüfen, ob trotzdem aus besonderen Gründen ein höherer Grad von Vorsicht geboten war, als nach diesen Vorschriften.

Diese Untersuchung hätte ergeben, daß jene Vorschriften für Freileitungen, die an senkrechten Fassaden entlanglaufen oder in sie hineingeführt sind, Sicherungsmaßnahmen nicht vorschreiben.

3. Es könnte sich daher nur noch fragen, ob nicht trotzdem aus besonderen Gründen die Anwendung einer über das Maß der durch jene Vorschriften erforderlichen Sorgfalt hinausgehenden Sorgfalt geboten war.

Es kann nicht anerkannt werden, daß die vom OLG. erwähnten und festgestellten örtlichen Verhältnisse eine besondere Gefährdung begründeten, die eine über das gewöhnliche durch die Einhaltung jener Vorschriften gewährleistete Maß hinausgehende Sorgfaltspflicht für die Befl. mit sich brachte. Die Freileitung war an sich unzugänglich oben an der Fassade angebracht. Begründet dies an sich keine besondere Vorkehrungspflicht, so konnte die Nähe der Dachrinne mit Abfallrohr die Notwendigkeit solcher Vorkehrungen nicht begründen. Reparaturen und sonstige Arbeiten an Dachrinnen und gleich diesen nur von sachkundigen Handwerkern ausgeführt zu werden, von denen die Befl. — wie im Gegensatz zur Anschauung des OLG. anzunehmen ist — voraussetzen durfte, daß ihnen die Gefahr des Berührens ungeschützter Leitungen bekannt sei, und zwar auch auf dem Lande.

4. Der Befl. fällt daher kein Verschulden zur Last, wenn sie eine besondere Vorkehrung zur Sicherung nicht getroffen

der WDE-Vorschriften zur öffentlich-rechtlichen Pflicht gemacht (vgl. Rumpff, Öffentlich-rechtl. Geltung der Vorschriften des WDE.: Elektr. Wirtsch. 1931, 365). Für die Personen, die hiervon nicht erfaßt werden, bedeuten jedoch die WDE-Vorschriften zunächst nur private Veröffentlichungen eines privatrechtlichen Vereins.

Trotzdem haben auch in diesen Fällen die WDE-Vorschriften eine rechtliche Bedeutung, wie das oben veröffentlichte Urteil zutreffend feststellt. Jeder, der sich auf einem technischen Gebiet betätigt, hat die Verpflichtung, die anerkannten Regeln der Technik zu beachten; dies ist Teil der allgemeinen Verkehrssorgfaltspflicht. Für das Gebiet der Elektrotechnik umschreiben die WDE-Vorschriften diese Verpflichtung: wer sie nicht beachtet, handelt fahrlässig; wer sie beachtet, kann dagegen nicht wegen Fahrlässigkeit belangt werden, es sei denn, daß außergewöhnliche Umstände außergewöhnliche Maßnahmen verlangen. Das gilt sowohl für das Zivilrecht als auch für das Strafrecht, und erst diese Sicherheit über das, was beachtet werden muß, ermöglicht überhaupt eine praktische elektrotechnische Betätigung. Wenn es eine allgemein verbindliche Formulierung der anerkannten Regeln der Technik nicht gäbe, würde die Unsicherheit, was in einzelnen Fällen geschehen muß und was nicht, die Betätigung außerordentlich erschweren.

Die Entsch. des RG. ist deshalb von besonderem Interesse, weil sie einen der in Deutschland seltenen Ausnahmefälle betrifft, daß autonom aus der Wirtschaft heraus Normen entstehen, die auch für das Recht beachtlich sind.

hat im Einklang mit den Vorschriften, deren Einhaltung für sie im Regelfalle gleichbedeutend war mit der Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Sie durfte sich darauf verlassen, daß, wenn jene Vorschriften für derartige, an sich häufige Fälle Sicherungsmaßnahmen nicht vorgeschrieben, sie nicht ihrerseits Sicherungsmaßnahmen zu treffen brauchte.

(U. v. 11. Juli 1931; 138/31 IX. — Köln.) [H.]

II. Stempelrecht.

18. TarSt. 15 Abs. 3, 14 Abs. 1 StempStG.; §§ 25, 27, 84 KapVerfStG. Ist eine Inhaberschuldverschreibung außerhalb Preußens errichtet und werden die in ihr enthaltenen Rechte durch eine in Preußen errichtete Urkunde sichergestellt, so ist der Sicherstellungsstempel der TarSt. 15 Abs. 3 StempStG. so zu berechnen, als ob beide Urkunden in Preußen errichtet worden wären. Somit ist auch zu prüfen, ob der Sicherstellungsstempel deshalb entfällt, weil bei einer Ausstellung der Schuldverschreibung in Preußen der Schuldverschreibungsstempel mit Rücksicht auf das KapVerfStG. nicht zur Entstehung gelangt wäre.†)

Die H. St. Corporation, eine Gesellschaft in Maryland USA., nahm im Oktober 1926 eine Anleihe von 12½ Millionen Dollar in auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen von 1000 und 500 Dollar auf. In bezug auf diese Anleihe schlossen die Hamburger K.-AktG. und die Hamburger V.-AktG. als Bürgen einerseits, die C. U. T. Company in New-York und die Kl. als Treuhänder andererseits, ein Garantieabkommen v. 27. Nov. 1926. Für dieses erforderte das FinA. nach TarSt. 15 I PrStempStG. einen Stempel von 52 500 RM. Hierauf hat die Kl. in zwei Teilen zusammen 30 000 RM. gezahlt, die sie im gegenwärtigen Rechtsstreit zurückfordert. Sie ist der Ansicht, daß das sicherzustellende Recht, nämlich die in New-York ausgegebenen Schuldverschreibungen der H. St. Corporation, nach TarSt. 14 I PrStempStG. einem Landesstempel nicht unterliege und deshalb auch die Sicherstellung nach TarSt. 15 III von der Stempelsteuer frei sei. Der Befl. begründet die Stempelpflicht damit, daß nach dem Vertrage, in dem das sicherzustellende Recht beurkundet sei, die Schuldnerin sich verpflichtet habe, die Schuldverschreibungen bei Fälligkeit pünktlich einzulösen, außerdem aber bei Verzinsungen der Gesellschaft das gesamte Kapital auf die Schuldverschreibungen zu zahlen, so daß also die Sicherstellung sich nicht nur auf die pünktliche Einlösung der Schuldverschreibungen, sondern auch auf die Zahlung der Gesamtsumme von 12½ Millionen Dollar erstrecke.

Alle Instanzen haben verurteilt.

Der Stempel, um den es im Rechtsstreit geht, ist erfordern worden auf Grund der TarSt. 15 I als ein Zehntel Prozent von der Summe der gesamten Teilschuldverschrei-

Zu 18. Dem Urteil ist zuzustimmen.

Es handelt sich kurz um folgenden Fall:

In Amerika waren von einer amerik. Gesellschaft für eine von ihr aufgenommene Anleihe Schuldverschreibungen auf den Inhaber ausgestellt. Für diese Anleihe wurden von deutschen Gesellschaften in Preußen (das dürfte sich aus dem Tatbestand ergeben) Bürgschaften übernommen. Das FinA. hatte den vollen Sicherstellungsstempel der TarSt. 15 mit 1/10% erfordern und teilweise bezahlt erhalten. Der Stempelschuldner begehrt Rückzahlung.

TarSt. 15 Abs. 3 StempStG. sagt über Sicherstellungsstempel:

„Der Stempel darf in keinem Falle den für die Beurkundung des sicherzustellenden Rechtes zur Erhebung gelangenden Stempel übersteigen.“

Hierbei kommt es, wie einhellig angenommen wird, nicht darauf an, ob das sicherzustellende Recht bereits beurkundet ist. Vielmehr ist zu prüfen, welchem Stempel das sicherzustellende Recht unterliegen würde, falls es beurkundet wäre (vgl. Callmann, Merkbuch f. d. preuß. Notar, 3. Aufl., S. 175). Ferner besteht kein Streit darüber, daß auch Bürgschaften, selbst einfache, eine Sicherstellung i. S. der TarSt. 15 darstellen. — Die Entsch. hängt deshalb von der Feststellung ab, was als sicherzustellendes Recht anzusehen ist und welchem Stempel es unterläge. Ergibt sich hierbei, daß das sicherzustellende Recht vom Landesstempel frei ist, so ermäßigt sich auch der Sicherstellungsstempel gem. TarSt. 15 Abs. 3 auf Null.

1. Der Stempelschuldner glaubte, die Stempelfreiheit des sicher-

lungen (12½ Millionen Dollar = 52½ Millionen Reichsmark). Um eine Sicherstellung von Rechten handelt es sich auch zweifellos, gleichviel ob die mit dem Garantieabkommen von den „Bürgern“ gewährte Sicherung eine selbstschuldnerische Bürgschaft oder etwa gar eine zusätzliche Schuldübernahme darstellt. Die Parteien haben in den Vorinstanzen erörtert, ob bei dem Garantieabkommen die Sicherstellung der Rechte der Treuhänder bzw. der künftigen Inhaber der Teilschuldverschreibungen („Noten“) aus dem „Hauptvertrage“ v. 1. Okt. 1926 oder der Rechte der Noteninhaber aus den Teilschuldverschreibungen in Betracht kommt, und im Zusammenhange damit, ob sich aus dem Hauptvertrag eine über die Verpflichtung zur Verzinsung und Tilgung der Teilschuldverschreibungen hinausgehende Verpflichtung zur Zahlung des Gesamtkapitalbetrags besonders bei Verzinsungen der Gesellschaft ergebe, oder ob diese Verpflichtung auch schon in den Teilschuldverschreibungen zum Ausdruck gekommen sei. Im übrigen kommt es lediglich darauf an, ob auf Grund der TarSt. 15 III eine Stempelfreiheit des Garantieabkommens anzunehmen ist, weil für die Beurkundung des sicherzustellenden Rechtes (sei dies nun die Gesamtheit der Rechte aus dem Hauptvertrage, sei es die Summe der Berechtigungen aus den Teilschuldverschreibungen) kein Stempel zu erheben wäre.

Das BG. hat in letzterer Beziehung zunächst mit Recht die Ansicht der Kl. zurückgewiesen, daß schon wegen der Auslandszueigenschaft der Rechtsgeschäfte, auf denen die durch das Garantieabkommen sicherzustellenden Rechte beruhten, nach TarSt. 15 III jede Stempelpflicht für das Garantieabkommen entfalle. Allerdings sind der im Ausland abgeschlossene und jedenfalls auch, wenn schon zeitlich erst nach dem Garantieabkommen, beurkundete Hauptvertrag, wie auch die im Ausland ausgestellten und ausgegebenen Teilschuldverschreibungen dem preuß. Landesstempel nicht unterworfen. Aber gemäß der Entsch. RG. 122, 281¹⁾ ist die Frage, ob die bezeichnete Gesetzesbestimmung anwendbar ist, danach zu entscheiden, ob und welcher Stempel für das sicherzustellende Recht zu erheben sein würde, wenn es im Inlande, d. h. für den vorl. Rechtsstreit in Preußen, begründet worden wäre. Hiergegen hat auch die Rev. nichts mehr eingewendet.

Für das sicherzustellende Recht kommt nun aber, wie schon erwähnt, entweder der Hauptvertrag oder die Summe der Teilschuldverschreibungen in Betracht. Auch der Hauptvertrag stellt eine Schuldverschreibung dar, da in ihm zweifellos die H. St. Corporation den Treuhändern als Vertretern der künftigen Inhaber der Teilschuldverschreibungen gegenüber die neue und selbständige Verpflichtung übernommen hat, ihnen und den von ihnen Vertretenen bestimmte Geldsummen zu zahlen. Für den Hauptvertrag sowohl wie für die Teilschuldverschreibungen kann aber der Ausnahmefall laut der TarSt. 14 I in Frage kommen, daß es sich um nach dem KapVerfStG. reichssteuerpflichtige Wertpapiere handelte. Nicht haltbar ist es, wenn sich der Befl. demgegenüber nun doch wieder darauf berufen will, daß das KapVerfStG. auf den Akt des Hauptvertrags wie auf die Ausgabe der Teilschuld-

zustellenden Rechtes, nämlich der Schuldverschreibungen, schon aus dem Umstande herleiten zu können, daß die Schuldverschreibungen in Amerika ausgestellt waren und deshalb ein preuß. Landesstempel für sie nicht in Betracht kam. Mit Recht verweist das BG. auf RG. 122, 280 = JW. 1929, 507. Dort heißt es:

„Das sichergestellte Recht ist beurkundet in dem Schreiben der C. v. 31. Okt. 1925 und seiner Anlage. Der Brief ist im Ausland geschrieben und unterliegt daher dem preuß. Landesstempel überhaupt nicht. Das ist indessen für die zu entscheidende Frage unerheblich, wie auch die Kl. anerkennt. Bei der Berechnung des Stempels nach TarSt. 15 Abs. 3 ist davon auszugehen, daß die Beurkundung des sicherzustellenden Rechtes an sich dem Stempelsteuergesetz unterworfen ist. Nur so kann die Vergleichsrechnung aufgemacht werden, welche TarSt. 15 Abs. 3 vorschreibt.“

Der Grund für die Ermäßigungsvorschr. der TarSt. 15 Abs. 3 liegt offenbar darin, daß es eine Unbilligkeit wäre, die Urkunde über die Sicherstellung eines Rechtes höher zu verstampeln als die Urkunde über die Verbriefung des Rechtes selbst. Es ist deshalb dem BG. darin zuzustimmen, daß der Gesetzgeber hierbei naturgemäß nur an den Normalfall gedacht hat, daß das sicherzustellende Recht innerhalb Preußens beurkundet ist, und daß sich deshalb bei ausländischen Urkunden diese Vergleichsrechnung nur mit der

¹⁾ JW. 1929, 507.

Verfälschungen keine Anwendung finden könne, weil beides sich im Ausland abgespielt habe. Denn wenn einmal für die Anwendung der TarSt. 15 III eine Gestaltung des Sachverhalts unterstellt werden muß, als ob beides inländische Rechtsereignisse wären, so muß das dann ohne weiteres auch für die Prüfung der Anwendbarkeit der TarSt. 14 I und des Vorliegens der dort vorgesehenen Ausnahme gelten. Erst indem die zunächst im Auslande sich abspielenden Rechtsvorgänge in das Inland hinübergreifen, kann überhaupt von einer Versteuerung nach deutschem oder preuß. Rechte die Rede sein. In dem Augenblick, wo danach eine Versteuierung nach dem PrStempStG. möglich sein würde, tritt aber zugleich die Möglichkeit einer Befreiung vom preuß. Stempel mit Rücksicht auf das KapVerkStG. ein.

Bei den Teilschuldverschreibungen würde es sich nun, wenn ihre Ausgabe in Preußen erfolgt wäre, zweifelloß um nach dem KapVerkStG. reichssteuerpflichtige Wertpapiere handeln. Dies gilt namentlich auch unbeschadet der Tatsache, daß die Schuldverschreibungen solche eines ausländischen Schuldners sind (vgl. § 25 Abs. 1 unter a 1, 3, 4, § 27 Abs. 1 Satz 2 KapVerkStG., letzteres i. d. Fass. RWBl. 1925, I, 241; vgl. auch Kessler, KapVerkStG., 2. Aufl., § 27 Anm. 4). Daß es sich im vorl. Falle um reichssteuerpflichtige Wertpapiere handeln würde, ist auch die vom RG. ausgesprochene Ansicht; das Wort „nichtsteuerpflichtig“ in den Urteilsabschriften im Gegenfasse zur Urschrift des Urts. beruht auf einem Versehen.

Aber auch der Hauptvertrag, soweit er die Ausgabe der Teilschuldverschreibungen und die Verpflichtung zu ihrer Verzinsung und etwaiger Zahlung von Prämien darauf, sowie zur Tilgung der ganzen Anleihe betrifft, würde dann, wenn er im Inlande geschlossen und beurkundet worden wäre, mit Rücksicht auf die Reichssteuerpflicht der Teilschuldverschreibungen nach § 84 Abs. 2 KapVerkStG. nicht steuerpflichtig sein. Es kann dafür auf die Ausführungen des Urts. RG. 122, 122²⁾ (bes. S. 128) verwiesen werden, wodurch RG. 25, 64 (67) und 45, 231 (235) sowie das vom Vekl. zu seinen Gunsten angezogene Urts. RG. 68, 161, das auf jenen Urts. fußt, überholt sind. Mindestens gilt dies für den Fall, daß der Inhalt des Hauptvertrags sich mit dem der Teilschuldverschreibungen deckt, in dem dann zwischen dem Gesamtversprechen und der Summe der Einzelversprechungen nicht unterschieden werden kann. Unerheblich ist dabei insbes. auch, daß das Gesamtversprechen den Treuhändern, die Einzelversprechungen aber den einzelnen Noteninhabern abgegeben worden sind, weil die Treuhänder die Gesamtheit der Inhaber der Schuldverschreibungen vertreten. Daß aber der Inhalt des

Unterstellung anwenden läßt, daß das sicherzustellende Recht im Stempellande beurkundet ist.

2. Deshalb kommt es darauf an, wie die Inhaber-Teilschuldverschreibungen stempelrechtlich zu behandeln gewesen wären, wenn sie innerhalb Preußens ausgestellt wären.

Zwischen den Parteien bestand Streit darüber, welche Rechte sichergestellt sind: Ob dies die Rechte der Treuhänder bzw. der künftigen Inhaber der Teilschuldverschreibungen aus dem Hauptvertrage sind (der die Ausgabe der Teilschuldverschreibungen, die Verpflichtung zu ihrer Verzinsung und zur Rückzahlung der Anleihe betrifft) oder ob als sicherzustellende Rechte nur die Rechte der Noteninhaber aus den Teilschuldverschreibungen in Betracht kommen.

Mit Recht weist das RG. darauf hin, daß in beiden Fällen nach ausdrücklicher Vorsch. der TarSt. 14 Abs. 1 ein Schuldverschreibungsstempel nicht zur Entstehung gelangt wäre, weil in beiden Fällen die Vorsch. des KapVerkStG. zur Anwendung kommen. Die Schuldverschreibungen einerseits unterliegen nämlich der Wertpapiersteuer des KapVerkStG. gem. § 25 Abs. 1a zu 1, 3 u. 4 und § 27 Abs. 1 Satz 2. Was andererseits den Hauptvertrag — den Vertrag über die Aufnahme der Anleihe und über die Ausgabe der Teilschuldverschreibungen — betrifft, so hatte das RG. allerdings früher (RG. 45, 231 und 25, 64) zwischen dem Darlehnsvertrag und den Wertpapieren unterschieden. Diese Entsch. sind aber überholt, weil damals das RStempStG. von 1881 anzuwenden war, jetzt dagegen das KapVerkStG. — § 2 FinAusglG. (i. d. Fass. v. 1926) bestimmt: „Die Inanspruchnahme von Steuern für das Reich schließt die Erhebung gleichartiger Steuern durch die Länder aus, wenn nicht reichsgesetzlich ein anderes vorgeschrieben ist.“

Und in Ergänzung dieser Vorsch. bejagt § 84 Abs. 2 KapVerkStG.:

„Soweit das gegenwärtige Gesetz Rechtsvorgänge der Versteuerung unterwirft, ist auch die Versteuerung der über die

Hauptvertrags mit dem der Teilschuldverschreibungen sich deckt, indem auch in letzteren die Verpflichtung zur Zahlung des Gesamtkapitals besonders bei Verschreibungen der Gesellschaft zum Ausdruck gekommen ist, hat das BG. rechtl. einwandfrei angenommen. Wenn dies aber der Fall ist, so kann nach dem Ausgeführten schließlich überhaupt dahingestellt bleiben, ob das Garantieabkommen Rechte aus dem Hauptvertrag oder aus den Teilschuldverschreibungen sicherstellen sollte; denn tatsächlich deckte es dann mit den Rechten aus dem Hauptvertrag zugleich die Rechte aus den Teilschuldverschreibungen und umgekehrt, und für beide Fälle kam keine Stempelspflicht nach dem PrStempStG. mehr in Betracht. Dementsprechend hat wohl auch das BG. angenommen, daß das Garantieabkommen sowohl die Rechte aus dem Hauptvertrag als auch die aus den Teilschuldverschreibungen sicherzustellen bestimmt gewesen sei, obgleich das Urts. dies nicht scharf ausspricht.

Wenn der Vekl. in der RevInst. noch besonders bemerkt hat, daß nach dem Garantieabkommen die Bürgen auch für Unkosten und Auslagen der Treuhänder aufzukommen versprochen hätten, die zwar im Hauptvertrage von der S. St. Corporation übernommen sein würden, die aber jedenfalls in den Teilschuldverschreibungen nicht erwähnt worden seien, so ist dies für die Entsch. nicht erheblich. Denn es handelt sich dabei nur um einen nebensächlichen Punkt, der dem nicht entgegensteht, daß grundsätzlich der Inhalt des Hauptvertrags sich mit dem der Teilschuldverschreibungen deckt und der Anwendung der Grundsätze RG. 122, 122²⁾ nicht ausschließt.

(U. v. 9. Okt. 1931; VII 528/30.)
(= RG. 135, 352.)

b) Strafsachen.

Berichtet von Justizrat Dr. Drucker, Leipzig und
Rechtsanwalt Prof. Dr. Ulsberg, Berlin.

19. § 95 BörsG. Die Bestimmung bezieht sich auf Kommissionäre aller Art, insbes. auch auf den kaufmännischen Gelegenheitskommissionär i. S. von § 406 Abs. 1 Satz 2 HGB. Voraussetzung ist freilich immer, daß es sich um ein Kommissionsgeschäft handelt. Darunter kann vor allem auch ein sog. Konsignationsvertrag fallen.†)

Ohne Grund stellt die Rev. die Anwendbarkeit des § 95 Abs. 1 Nr. 2 BörsG. auf das in dem angef. Urts. festgestellte Verhalten des Angekl. Georg L. in Abrede. Nach der reichs-

Rechtsvorgänge errichteten Urkunden ... abgeschlossen.“ Demgemäß kommt das RG. mit Recht zu dem Ergebnisse, daß sowohl der Hauptvertrag wie auch die Schuldverschreibungen selbst dem Schuldverschreibungsstempel entzogen sind, weil sie der KapVerkSt. unterliegen.

Es blieb deshalb nur noch die Frage offen, ob es für die Anwendung der TarSt. 15 Abs. 3 StempStG. von Einfluß sein kann, daß die Stempelbefreiung des „sicherzustellenden Rechts“ nach Reichsrecht eingetreten war. Das RG. verneint dies nur kurz, gibt aber — ohne dies zu zitieren — bereits in RG. 127, 231 und 131, 294 = JW. 1929, 3230 hierüber eingehende und überzeugende Darlegungen. Wäre mithin die Beurkundung der sicherzustellenden Rechte, falls sie in Preußen vorgenommen wäre, vom Landesstempel befreit gewesen, so war auch das Garantieabkommen, für das das Finl. den Sicherstellungsstempel erforderte hatte, gem. TarSt. 15 Abs. 3 stempelfrei.

RA. Dr. Curt Callmann, Berlin.

*) JW. 1930, 318.

Zu 19. Entgegen der bisher in den Komm. zum BörsG. vertretenen Auffassung (vgl. Stenglein, Komm. zu den Strafrecht. Nebengesetzen, Bd. 2, Anm. 2 zu § 95 BörsG. und dort Zitierte), hält das RG. an der RSt. 61, 345 eingehender begründeten Auffassung fest, daß ein Kaufmann, der nur gelegentlich ein Geschäft in der Weise des Kommissionärs schließt (§ 406 Abs. 1 Satz 2 HGB.), auch als Kommissionär i. S. des § 95 BörsG. anzusehen ist. Nach dem Wortlaute des § 406 HGB. ist aber ein solcher Kaufmann nicht als Kommissionär anzusehen, vielmehr sind nur die zivilrechtlichen Vorschriften des HGB. über das Kommissionsgeschäft auf das in Frage kommende Geschäft anzuwenden. Die Berufung in der oben zit. Entsch. auf die Begründung zum Entw. eines BörsG. § 74 (Rt. 9. LegVer., IV. Session Nr. 14 S. 58), wo zur Erläuterung des Wortes „Kommissionär“ auf Art. 360, 378 ADOGB. verwiesen wird, ist nicht recht

2) JW. 1930, 318.

gerichtlichen Rspr. (vgl. RSt. 61, 341, 345; 62, 31, 33) gilt diese Strafbestimmung für Kommissionäre aller Art, und insbes. untersteht ihr auch der kaufmännische Gelegenheitskommissionär (§ 406 Abs. 1 Satz 2 HGB.), während die Vorschrift allerdings dann nicht Platz greift, wenn es sich nicht um ein Kommissionsgeschäft, sondern um ein rechtlich anders zu beurteilendes Geschäft handelt (RSt. 63, 389). Nach den Urteilsfeststellungen stand der Angekl. Georg L., Inhaber einer Mehl- und Futtermittelgroßhandlung, den die Strk. unbedenklich als Kaufmann ansieht, mit der Firma L. & L. in laufender Geschäftsverbindung, deren Grundlage ein sog. Konsignationsvertrag v. 15. April 1926 bildete. In diesem Vertrage war die Errichtung eines Mehlsignationslagers bei dem Angekl. vereinbart. Die Konsignationswaren sollten nach den getroffenen Abmachungen von anderen Waren getrennt gelagert und als solche kenntlich gemacht werden; sie blieben bis zur endgültigen Bezahlung Eigentum der Firma L. & L. Die Abwicklung der Geschäfte sollte sich folgendermaßen vollziehen: Die Firma L. & L. gab täglich vormittags die Preise auf, die der Angekl. im Falle des Verkaufs der Waren an sie zu entrichten hatte. Falls das nicht geschah, sollten die vortägigen Preise gelten. Auf Grund dieser Preise sollte der Angekl. die Verkäufe des Mehls an die Bäcker vornehmen. In den Verkaufspreisen, die sich der Angekl. von den Bäckern zahlen ließ, waren die Kosten für Lieferung, An- und Abfuhr, Inkasso, Verkaufs- und Bürospesen und Umsatzsteuer enthalten. Die Berechnung erfolgte durch den Angekl. Dieser hatte an jedem Abend die verkauften Mengen spezifiziert aufzugeben. Auf Grund dieser Angaben stellten L. & L. Verkaufsbestätigung und Rechnung auf den Angekl. aus. Die Rechnungen waren spätestens drei Wochen „nach Faktura“ zu begleichen. Die aus dem Verkauf entstehenden Forderungen sollten einzeln in ein besonderes Buch eingetragen, die eingehenden Beträge gesondert gehalten und in der vereinbarten Frist an L. & L. abgeführt werden. Alle Forderungen aus dem Verkauf der Konsignationswaren bis zur Deckung der Höhe des Kaufpreises wurden an L. & L. abgetreten, die außerdem als Sicherheit einen Grundschuldbrief über 15 000 GM. erhielten.

Ein so gearteter Vertrag stellt nicht nur, was nach dem oben Gesagten zur Anwendung des § 95 BrrG. nicht ausreichen würde, einen „seiner Rechtsnatur nach kommissionsähnlichen“ Vertrag dar. Vielmehr ist er bei Zugrundelegung der einschlägigen Rspr. des RG. in Zivilsachen als wirklicher Kommissionsvertrag zu beurteilen, wie bereits in dem früheren in dieser Sache ergangenen Ur. des Sen. v. 26. Sept. 1930, I 716/30 angedeutet ist. Schon der Umstand, daß die Parteien — L. & L. auf der einen, der Angekl. Georg L. auf der anderen Seite — den Vertrag als Konsignationsvertrag und nicht als Kaufvertrag bezeichnet haben, als den die Rev. ihn gewürdigt wissen will, spricht dafür, daß nicht ein Kaufvertrag, sondern ein Kommissionsvertrag von den Parteien gewollt war. Zwar würde der für den Vertrag gewählten Bezeichnung für sich allein kein ausschlaggebendes Gewicht beigemessen werden können. Wohl aber kommt ihr eine wesentliche Bedeutung zu, neben der Tatsache, daß keine einzige der in dem angekl. Ur. festgestellten Vertragsbestimmungen mit der Annahme eines Kommissionsvertrages un-

vereinbar ist. Das gilt von der bei einem Kommissionsvertrage allerdings selbstverständlichen Bestimmung, daß L. & L. sich das Eigentum an den Konsignationswaren vorbehalten haben. Das gilt auch von der weiteren Abmachung, daß der Angekl. nach Verkauf der Konsignationsware den Erlös, soweit er L. & L. gebührte, binnen einer bestimmten Frist an diese abzuführen hatte, einer Abmachung, durch die er ein gewisses Unternehmerrisiko auf sich nahm. Mit dieser rechtlichen Würdigung steht der Senat durchaus auf dem Boden der Entsch. RG. 110, 119, auf deren Ausführungen im einzelnen verwiesen wird, da sie einen ganz ähnlich liegenden Fall betreffen. So greift hier namentlich auch der auf S. 122 dieser Entsch. gegen die Annahme eines Kauf- und für die Annahme eines Kommissionsvertrages verwertete wirtschaftliche Gesichtspunkt Platz: Es muß als ausgeschlossen gelten, daß L. & L. dem Angekl. Georg L. die Ware auf lange Dauer fest an die Hand hätten geben wollen dergestalt, daß es im Belieben des Angekl. gelegen hätte, ob und was er davon kaufen wollte. Die Behauptung der Rev., es sei durch den Vertrag das gesamte Risiko auf den Angekl. abgewälzt worden, so daß bei ihm von einem Handeln für fremde Rechnung nicht gesprochen werden könne, findet in dem von der Strk. festgestellten Sachverhalt keine Stütze. Wohl aber ergibt sich aus ihm, daß auch das weitere dem Kommissionsvertrage wesentliche Erfordernis, das Wahrnehmen des Interesses des Kommittenten durch den Kommissionär, hier vereinbart war.

(1. Sen. v. 13. März 1931; 1 D 188/31.) [A.]

20. § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

1. Derjenige, welcher beauftragt ist, die ihm von einem anderen zu treuen Händen übergebenen Wechsel für diesen im eigenen Namen zu diskontieren, die aus der Diskontierung zu erlösenden Gelder für den anderen in Empfang zu nehmen und zu verwahren und zu einem Teil noch an dem Tag der Wechselübergabe, zum anderen Teil am nächstfolgenden Tage auszuhändigen, macht sich durch Verbrauch des Diskont-erlöses der Untreue schuldig.

2. Die Duldung der vom Erwerber der Wechsel in Beziehung auf einen Teil seiner Kaufpreisschuld erklärten einseitigen Aufrechnung gemäß § 388 BGB. stellt keine Verfügung über die Kaufpreisforderung des Auftraggebers dar. Wohl aber kommt in diesem Falle Untreue an den Wechseln selbst dann in Betracht, wenn der Beauftragte die Wechsel an jemand verkauft, dem er selbst Gelder schuldet, wonach er die Aufrechnung und als deren Folge zu erwarten hatte, daß zwar er von einer Schuld befreit werde, der Auftraggeber jedoch einen erheblichen Teil der aus dem Verkauf der Wechsel zu erlösenden Gelder einbüßte. †)

Der Angekl. war beauftragt, die dem D. gehörigen Wechsel, deren Empfang zu treuen Händen er schriftlich bescheinigt hatte, für diesen zu verkaufen. Er sollte jedoch den Willen, in fremdem Namen zu handeln, hierbei nicht erkennen-

beweiskräftig. Art. 378 sprach nur von einem Kaufmann, dessen gewöhnlicher Handelsbetrieb nicht in Kommissionsgeschäften besteht, während § 406 Abs. 1 Satz 2 HGB. von einem Kaufmann spricht, der nicht Kommissionär ist. Nach der früheren Gesetzeslage durfte man gewerbsmäßige Kommissionäre (Art. 360) und Gelegenheitskommissionäre (Art. 378) unterscheiden; beide waren Kommissionär. Nach der heutigen Fassung ist der Ausdruck Gelegenheitskommissionär nicht mehr korrekt. Wer aber i. S. des § 95 BrrG. als Kommissionär anzusehen ist, darüber entscheidet das jeweils geltende Handelsrecht. Die auf das alte Handelsrecht bezügliche Bemerkung der Begründung ist also heute nicht mehr zu verwerten. Es zeigt sich wieder, wie mißlich es ist, daß bei der Übernahme der Vorschr. des BrrG. über das Kommissionsgeschäft in das HGB. die nicht nur auf Börsengeschäfte, sondern auf Kommissionsgeschäfte schlechthin bezüglichen Strafvorschriften im BrrG. belassen worden sind. Sonst würde wohl die Fassung oder der Zusammenhang jeden Zweifel ausschließen, daß die Strafvorschrift auch den Fall des § 406 Abs. 1 Satz 2 HGB. betreffen soll. Es spricht jedenfalls für die Aufassung des RG., daß nach ihr der § 95 BrrG. die Tragweite behält, die er nach dem ADHGB. hatte. Für sie spricht auch, daß der be-

sondere Vertrauenscharakter des Geschäfts, dem die Strafvorschrift Rechnung trägt, der gleiche ist, mag es sich um das Kommissionsgeschäft eines Kommissionärs oder um ein nur gelegentliches Kommissionsgeschäft handeln. Für eine Unterscheidung fehlt jeder innere Grund.

Daß es sich hier in der Tat um ein Kommissionsgeschäft handelt, scheint mir unbestreitbar zu sein.

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

Zu 20. I. Die Ausf. im 2. Teil des Urteils über die Duldung der Aufrechnung durch den Angekl. geben keinen Anlaß zu Bedenken, sowohl positiv als negativ. Es ist negativ zweifellos richtig, daß der Angekl. gegen eine Aufrechnung seitens des Drittkontrahenten nichts tun kann und insfolgedessen auch nicht für ihre „Duldung“ strafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann. Wer im Wege indirekter Stellvertretung einen anderen seine Geschäfte besorgen läßt, muß es eben gelegentlich hinnehmen, daß seine Ansprüche durch Rechte von Drittkontrahenten gegen seinen Beauftragten geschnitten werden. Ebenso ist es positiv unbedenklich, Untreue anzunehmen, wenn der indirekte Stellvertreter im Einzelfall, was ja

bar machen. Die Annahme der Strk., daß der Angekl. in diesem Verhältnis die Stellung eines Bevollmächtigten nach § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. bekleidet habe, ist frei von Rechtsirrtum; sie steht im Einklang mit der ständigen Rspr. des RG. (RGSt. 61, 228, 230; 62, 15, 20; 63, 406, 407; 64, 86, 87; RGUrt. I 432/29 v. 28. Mai 1929 S. 4).

D. und der Angekl. hatten vereinbart, daß dieser die aus dem Verkauf der Wechsel zu erlösenden Gelder für D. als dessen Treuhänder in Empfang nehmen und verwahren und zu einem Teil noch an dem Tag, an dem ihm die Wechsel übergeben worden waren, zum anderen Teil an einem der nächstfolgenden Tage an D. auszuhändigen solle. Die Strk. hat aus dieser Vereinbarung gefolgert, daß die Gelder, die der Erwerber der Wechsel an den Angekl. zahlte, Vermögensstücke des Auftraggebers im Sinn der genannten Vorschrift auch dann geworden seien, wenn sie nicht kraft der vorausgreifen-

möglich ist, die Aufrechnung vereinbart, oder dolo die Aufrechnungssituation herbeiführt. Denn dies ist nur eine besondere Ausgestaltung des längst als Untreue anerkannten Falles, daß der Bevollmächtigte die Gelder des Auftraggebers dolo einzieht mit der Absicht, sie in den eigenen Nutzen zu verwenden (vgl. hierzu mein Buch Untreue S. 282 bei N. 74).

II. Ebenso entspricht der 2. Absatz der Begründung einer längst gesicherten Rspr., die auch theoretisch wohl fundiert ist. Es ist hier nicht der gegebene Ort, sich mit der grundsätzlichen Polemik von Bendig gegen diese Rspr. und meine Darlegungen auseinanderzusetzen (vgl. Bendig: JW. 1931, 176 ff.). Ich möchte hier nur betonen, daß irrationale Hintergründe hinter dieser Rspr. sicherlich nicht zu finden sind, sondern nur der höchst rationale Gedanke, daß das Strafrecht seine eigenen Begriffe zu eigenen Zwecken bildet und sich durchaus nicht immer an das Zivilrecht anlehnt. Wenn Bendig gar hinter der von ihm bekämpften Auffassung soziale oder richtiger antisoziale Hintergründe vermutet, so vermag ich ihm hierin nicht zu folgen. Denn ich vermag es nicht für sozial zu halten, ungetreue Angestellte oder Agenten straffrei zu lassen. Nicht der „Kapitalist“ Auftraggeber, sondern die soziale Stellung der Arbeitnehmererschaft leidet in erster Linie unter Unrechlichkeiten einzelner Angestellter. Übrigens könnte Bendig seine verfehlte Argumentation gegen das gesamte Vermögensstrafrecht anwenden, denn die meisten Bestimmungen werden überwiegend von solchen Personen übertreten, die keine Kapitalisten sind. Gerade die Untreuebestimmung faßt noch am ehesten „Kapitalisten“.

III. Am bedeutsamsten sind die Abs. 2 und 3 der Entsch. Der hier ausgesprochene Grundsatz bildet ein neues Glied in der Kette einer Rspr., deren Anfänge ich JW. 1929, 2731 ff. besprochen habe. Zum tieferen Verständnis des Nachfolgenden wäre denn auch das dort Gesagte nachzulesen.

1. Eine Beurteilung wegen Untreue stößt auf Schwierigkeiten in vielen Fällen, in denen ein Beauftragter von dritter Seite etwas empfängt, was er seinem Auftraggeber abzuliefern hat. Diese Schwierigkeiten treten gewöhnlich ein, wenn der Beauftragte als indirekter Stellvertreter handelt und der Drittkontrahent daher die abzuliefernden Gegenstände an den Beauftragten selbst übereignet und nicht an seinen Auftraggeber. Die Schwierigkeiten treten aber auch meist bei Geld als solchem ein, sei es nun, daß der Beauftragte in offener oder verdeckter Stellvertretung handelt. Im letzteren Fall — bei Geld — dürfte dieses immer dann Eigentum des Beauftragten und nicht des Auftraggebers werden, wenn der Beauftragte nicht gehalten ist, das Geld individuell erkennbar gesondert aufzubewahren, so daß es auch tatsächlich für die dinglichen Klagen erreichbar bleibt (vgl. meine Ausf. JW. 1931, 1703 ff. und meine Untreue S. 295). Es wird also sehr häufig einerseits bei Geld und andererseits bei Nichtfungibilien im Fall indirekter Stellvertretung der Beauftragte nach zivilistischen Grundsätzen Eigentümer dessen, was er aus dem Auftragsverhältnis heraus an den Auftraggeber abzuliefern hat. Kann nun der Bevollmächtigte i. S. des § 266 Nr. 2 hinsichtlich dieser Güter Untreue begehen? Geschichtlich steht auf diese Frage jedenfalls eine Antwort fest, nämlich daß man gerade solche Fälle unter Strafe ziehen wollte, als man die Untreuebestimmung durch Nr. 2 ergänzte (Untreue S. 51 ff., 287 ff.). So ist jedenfalls nichts dagegen zu erinnern, wenn die Rspr. trotz dieser zivilistischen Bedenken der geschehenen Absicht zu ihrem Recht verhelfen will.

2. Der erste Ausweg, den die Rspr. suchte, führte m. E. zu einer Fiktion zivilistischen Eigentums, das im Zivilrechtsstreit etwa in einem Konkursverfahren niemals angenommen worden wäre, d. h. man wollte die zivilistischen Bedenken gegen die Anwendung des § 266 einfach leugnen (vgl. vor allem Untreue S. 296 ff., später JW. 1929, 2731; 1930, 1973; auch 1931, 1702).

3. Neuerdings sucht indes das RG. sich von dieser zivilistisch anfechtbaren Rspr. freizumachen, und zwar in der Weise,

den Festlegung eines Besitzvermittlungsverhältnisses mit der Empfangnahme seitens des Angekl. in das Eigentum des Auftraggebers übergegangen sein sollten. Auch diese Folgerung, für die mehrere Entsch. des RG. angeführt werden können (RGSt. 62, 58; 63, 406, 408; RGUrt. I 932/29 vom 22. Okt. 1929 S. 4), ist rechtlich zutreffend. Der Umstand, daß der Angekl. die Gelder in zwei Teilen abzuliefern und etwa eine Vergütung für den herbeigeführten Erfolg zu fordern hatte, ändert hieran nichts.

Der Angekl. verbrauchte mehr als den dritten Teil der Gelder, die er von dem Erwerber der Wechsel als Kaufpreis empfangen hatte, in rechtswidriger Weise für eigene Zwecke. Daß er hiermit über die Vermögensstücke des Auftraggebers zu dessen Nachteil verfügt hat, kann nicht zweifelhaft sein. Auch sind die Erfordernisse, die bei der Anwendung des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. für die innere Stellungnahme des Täters

daß sie nun diejenigen Gegenstände, welche der Täter infolge des Auftrags vom Drittkontrahenten bekommen hat, für Vermögensstücke des Auftraggebers erklärt, obgleich sie sich im Eigentum des Täters befinden. Das würde im Ergebnis auf eine spezifisch strafrechtliche, von der zivilistischen Rechtslage weitgehend unabhängigen Auffassung des Begriffes Vermögensstück führen. Ist nun dieser neuere Weg gangbar?

Über die erste Phase dieser Rspr. habe ich in der oben angegebenen Stelle JW. 1929, 2731 berichtet. Die vorliegende Entsch. gibt Veranlassung, die weitere seitherige Entwicklung festzustellen.

4. Der 3. Senat hat in dem Urt. v. 23. Jan. 1930 (JW. 1930, 1973, insbes. S. 1974 Sp. 2 = RGSt. 63, 406 ff.) seine Meinung wiederholt, daß die fraglichen Gegenstände insoweit Vermögensstücke des Auftraggebers seien, als dieser einen obligatorischen Individualanspruch auf Ausantwortung gerade dieser Sache habe. Und einen solchen Individualanspruch will das erwähnte Urteil grundsätzlich aus §§ 667, 675 BGB. gefolgert ableiten. Es ist vielleicht doch schon ein Fingerzeig in die Richtung, wohin es eigentlich gehen soll, daß das RG. statt des zivilistisch gebräuchlichen Wortes „Speziesschuld“ von „Individualschulden“ spricht. Nun kann freilich der Kommittent möglicherweise (nicht notwenigerweise) einen Speziesanspruch auf die kommissionsweise eingekaufte Ware haben. Einen Speziesanspruch auf Herausgabe des Geldes hat aber der Auftraggeber nicht. Er kann selbst bei offener Stellvertretung nur unter ganz bestimmten engen Voraussetzungen Eigentümer des Geldes werden, dann hat er natürlich auch einen obligatorischen Speziesanspruch hinsichtlich der ihm zu Eigentum gehörenden Stücke. Aber soweit dies nicht der Fall ist, und das wird insbes. bei verdeckter Stellvertretung in der Regel nicht der Fall sein, schließt doch § 682 BGB. die Annahme eines Speziesanspruchs grundsätzlich aus, denn aus dieser Bestimmung geht hervor, daß der Beauftragte zunächst das Geld für sich verwenden darf. Es kann also einen Speziesanspruch auf die Herausgabe von Geld eben nur dann geben, wenn die betreffenden Stücke individuell gesondert und für eine Herausgabeklage erkennbar und erreichbar aufzubewahren sind. Dann aber würde natürlich auch die Annahme des Eigentums meist keine Schwierigkeiten machen.

Man kommt also durch den Begriff eines Speziesanspruchs nicht viel weiter als durch die Frage nach dem zivilistischen Eigentum. Nur der Fall, daß eine Ware als Spezies geschuldet wird oder die wohl sehr seltenen Fälle einer Geldspeziesschuld, in denen Eigentum des Auftraggebers am Geld nicht festgestellt werden kann, lassen sich mit dieser Rspr. lösen. Man will aber doch gerade die große Masse der Fälle erfassen, in denen der Beauftragte das empfangene Geld ununterscheidbar zu den feintigen oder dem anderen Auftraggeber in die Tasche stecken darf und nur nachher darüber abrechnen muß. Wenn also das RG. den Ausdruck Individualanspruch wählt, so will es eben mit diesem Begriff weiter gelangen, als man mit dem Begriff einer Speziesforderung gelangen könnte.

Inzwischen hat sich diese Vermutung durch die Rspr. des 1. Senates auch bestätigt. Der 1. Senat, der früher die Frage einfach mit dem Schlagwort der wirtschaftlichen Zugehörigkeit des Vermögensstückes lösen wollte, hat sich nämlich neuerdings der Begründung des 3. Senates angeschlossen und sie nun in ganz eigenartiger Weise verwertet (RGSt. 64, 86). In dem zur Entsch. stehenden Fall hatte ein Kommissionsagent die Befugnis, die eingehenden Gelder über sein Konto laufen zu lassen, mußte dann aber in gewissen Zeitabständen die eingehenden Beträge in runden Summen abführen und abrechnen. Der Agent hatte nun die Beträge veruntrent, indem er sein Konto ausschöpfte. Auch in diesem Fall nimmt der 1. Senat einen Individualanspruch des Auftraggebers auf das Konto an. Diese Annahme wäre aber nur zulässig, wenn der Agent über das Konto überhaupt nur nach bestimmten Grundsätzen oder Einzelanweisungen hätte verfügen

erhoben werden müssen, in den tatsächlichen Feststellungen insoweit nachgewiesen, als der Verbrauch der Gelder ins Auge zu fassen ist.

Dagegen walten durchgreifende Bedenken gegen die Rechtsansicht ob, die das angefochtene Urteil zu erkennen gibt, indem es noch ein anderes Verhalten des Angekl., nämlich die widerspruchslöse Duldung der Aufrechnung, die der Erwerber der Wechsel in Beziehung auf wenig mehr als den neunten Teil seiner Kaufpreisschuld erklärte, mit der zuvor besprochenen Handlung zu einer Einheit zusammenfaßt, so, als ob die Duldung eine die Kaufpreisforderung des Auftraggebers betreffende Verfügung darstellte würde. Dies trifft — obwohl die durch den Abschluß des Kaufs begründete Forderung aus den zuvor dargelegten Erwägungen für das zwischen dem Angekl. und seinem Auftraggeber bestehende Verhältnis als

können, wenn er also nur formell Kontoinhaber gewesen wäre. Ob wirklich der bestehende Vertrag so ausgelegt werden konnte, erscheint mir nicht hinreichend in der Begründung dargelegt. Nun ist freilich in der Entsch. auch von einem Treuhandverhältnis die Rede. Läge ein solches wirklich vor, d. h. wäre wirklich, wie gesagt, der Agent nur formell Inhaber seines Kontos, dann entfällt ja gar kein Problem, denn dann wäre ja wohl überhaupt eine dingliche Beziehung des Auftraggebers zu der Kontoforderung anzunehmen, denn die Rechte des Fuzidianten sind ja in Wahrheit, wie der Konkurs zeigt, dingliche Rechte. Aber man kann sich des Verdachtes nicht erwehren, daß sowohl das BG., wie das RG. sich mit der Feststellung des oben wiedergegebenen Sachverhalts begnügen. Dieser Sachverhalt reicht aber zur Begründung eines Treuhandverhältnisses nicht aus.

4. Damit ist aber ein neuer Gedanke aufgetaucht. Die Rspr. versucht neuerdings Eigentum des Bevollmächtigten zum Vermögensstück des Auftraggebers zu stempeln mit der Begründung, daß es sich um fiduziarische Verhältnisse handle.

Damit hat ebenfalls der 3. StrSen. (RGSt. 64, 45) den Anfang gemacht. In diesem Fall hatte ein Kommunalbeamter einen übermäßig hohen Reisekostenvorschuß noch redlich empfangen, aber dann ihn in der Absicht verbraucht, nichts mehr von dem über sich zurückzuzahlen. Das RG. behauptet nun, der Betreffende sei nur fiduziarischer Eigentümer des Geldes gewesen. Es ist aber die tatsächliche Übung doch so, daß sehr häufig ein Beamter Reisekosten zunächst selbst verauslagt und dann abrechnet, oder auch er erhebt einen Vorschuß und verrechnet dann. In jedem Fall zahlt er aber die Reise aus eigener Tasche, denn man setzt doch niemals voraus, daß er die Reise ohne den Vorschuß nicht ausführen könne. Den Vorschuß erhebt er vielmehr nur deshalb, weil es ja unbillig wäre, stets vom Beamten zu verlangen, daß er aus eigener Kasse die Kosten vorschießt. Aber ein Reisekostenvorschuß ist als Gehaltsvorschuß anzusehen, insoweit er die Reisekosten übersteigt. Das ist sicherlich die durchschnittliche Übung. Ich halte es für gänzlich ausgeschlossen, daß im zivilistischen Streitfall etwa das Geld als nur formelles Eigentum des Beamten und als Eigentum der Stadt angesehen würde. Der Begriff des Treugutes ist hier ganz offenbar ohne Rücksicht auf die zivilrechtlichen Konsequenzen gebraucht und daher auch nicht zivilistisch gemeint. Es handelt sich bei diesem angeblichen Treugut in Wahrheit um einen rein strafrechtlichen Begriff, der unter der falschen zivilistischen Fälschung „Treugut“ handelt. Aber dieser strafrechtliche Begriff hätte doch nur dann Substanz, wenn der Angekl. verpflichtet gewesen wäre, wenn nicht die Stücke selbst, so doch wenigstens die Summe in bar greifbar zu halten. Davon kann aber doch gerade beim Fall eines Reisekostenvorschusses keine Rede sein.

Und ganz ähnlich scheint mir nun unser Fall zu liegen.

Ein Eigentum des Auftraggebers an dem vom Bevollmächtigten einkassierten Geld läßt sich nicht feststellen, und deshalb soll nun der Angekl. das Geld nur als Treuhänder in Empfang genommen haben. In der Zivilistik dürfte ein solches Treuhandverhältnis wohl unbekannt sein, und es wird auch in keiner Weise vorgelegt, worin ein solches Treuhandverhältnis besteht. Ja, wir bekommen nicht einmal eine Andeutung über die Voraussetzungen eines solchen Treuhandverhältnisses. Auch hier will man eben in Wahrheit auf einen rein strafrechtlichen Begriff „Vermögensstück“ hinaus, da man das zivilistische Eigentum des Bevollmächtigten nicht leugnen kann, und diesen erstrebten rein strafrechtlichen Begriff läßt man unter zivilistischer Fälschung segeln, indem man den Namen, nicht den Begriff Treugut verwendet.

5. Es ist unsere Kritik noch kurz abschließend zusammenzufassen. Im Grunde weisen alle drei Versuche, der einer Annahme einer bloß wirtschaftlichen Vermögenszugehörigkeit, der eines Individualanspruchs, und zuletzt eines Treugutes in die gleiche Linie. Man will einen strafrechtlichen Begriff der Vermögenszugehörigkeit i. S. des § 266 Nr. 2 aufstellen, insoweit es sich dabei um das „Vermögensstück“ handelt. Gegen einen solchen Versuch wäre

ein Vermögensstück des letzteren anzusehen ist (RGUrt. I 377/28 v. 22. Mai 1928 S. 4) und obwohl der Begriff der Verfügung auch auf eine Unterlassung erstreckt werden kann (RGSt. 61, 228, 231) — dann nicht zu, wenn die Aufrechnung durch eine einseitige Erklärung des Käufers gegenüber dem Angekl. als dem Verkäufer gemäß § 388 BGB. erfolgte. Denn in dem Verhältnis zu dem Käufer trafen die Wirkungen des Geschäfts nur den Angekl. Hätte der Angekl. der Aufrechnungserklärung des Käufers mit dem Hinweis darauf widersprochen, daß er das Geschäft zwar in eigenem Namen aber für die Rechnung eines anderen abgeschlossen habe, so hätte ein solcher Widerspruch doch die Wirkung nicht hindern oder wieder aufheben können, die § 389 BGB. der Aufrechnung beilegt. Die Zustimmung zu der Aufrechnung könnte demnach nur dann als Verfügung gelten, wenn nicht eine

an sich methodisch nichts zu erinnern, denn es ist grundsätzlich daran festzuhalten, daß das Strafrecht nicht einfach subsidiär hinter dem Zivilrecht steht und in der Ausprägung seiner Begriffe einfach dem Zivilrecht folgt. Bei der ganz verschiedenen Aufgabe wäre ein solches Verfahren höchst unzuverlässig. Das Strafrecht hat unter anderem auch die Aufgabe, die Zivilrechtsordnung zu schützen — teilweise ist es ja die primäre und das Zivilrecht die sekundäre Rechtsordnung so beim Schutz der sog. Lebensgüter, Leben, Freiheit usw. Aber es schützt die Zivilrechtsordnung als Ganzes und nicht gerade die einzelnen Zivilrechtsinstitute. In unserem Fall ist jedoch die Aufstellung eines eigenen strafrechtlichen Begriffes der Vermögenszugehörigkeit irgendeines bestimmten Gegenstandes unmöglich. Das verbietet schon die Exemplifizierung der Vermögensstücke durch das Beispiel der Forderung, denn diese muß offensichtlich echtes, subjektives, zivilistisches Recht des Auftraggebers sein. Und da sonst eine Beschreibung nicht vorhanden ist, würde die Annahme eines rein strafrechtlichen Begriffes der Vermögenszugehörigkeit ins uferlose führen. Das bezeugen doch zum Teil gerade die angeführten Entsch. Wenn ein Beamter einen zu hoch berechneten Vorschuß verbraucht und sich dabei denkt, er wolle ihn nicht zurückzahlen, so ist das nur ein böser Gedanke. Strafrechtlich relevant wird die ganze Sache doch erst dann, wenn er falsch abrechnet oder ohne Abrechnung seinen nächsten Gehalt voll erhebt. Auf andere Konsequenzen habe ich JW. 1929, 2731 ff. hingewiesen. Es läßt sich eben einfach nicht vorstellen, worin denn diese strafrechtliche Vermögenszugehörigkeit bestehen soll. Ein solcher Begriff wäre nur dann faßbar, wenn der Bevollmächtigte gehalten wäre, die Summe als solche stets in bar bzw. auf einem Sonderkonto greifbar zu halten. Dann könnte man sagen, daß es sich um einen irgendwie fremden Gegenstand handle. Damit würde aber der Anwendungsbereich von § 266 Ziff. 2 über Gebühr eingeschränkt, da sich eine solche Verpflichtung in den allerersten Fällen nachweisen läßt. Etwas Kreditbeziehung ist bei jeder Auftragsbeziehung vorhanden. Und selbst wenn strenge Anfangsverträge jede Kreditbeziehung zwischen Auftraggeber und Bevollmächtigten leugnen wollen, in der tatsächlichen Übung, bekommt der Vertreter, Agent, Kommissionär, Verleger oder Reisender, oder wie er sonst heißen mag, doch immer wieder Kredit eingeräumt. Und es ist sehr beachtlich, daß, was Cahy: JW. 1931, 2772 hervorhebt, daß der Auftraggeber immer erst hinterher jede Kreditbeziehung in Abrede stellen will. Das Problem läßt sich eben nur so lösen, wie der Gesetzgeber selbst die Sache angesehen hat: Wer durch Verbrauch oder sonstige Verwendung des aus dem Auftrag erlangten Gutes sich die Erfüllung der aus dem Auftragsverhältnis gegenüber dem Auftraggeber bestehenden Schuld unmöglich macht, der verfügt im Sinne der damaligen Ausdrucksweise des Gesetzgebers über die Forderung des Auftraggebers, die dieser zunächst nach außen, dann aber nach innen gegen den Bevollmächtigten hatte. Zugegeben sein mag, daß selbst 1867 die Ausdrucksweise des Gesetzes nicht eben vorbildlich war, wenn man den bezeichneten Gedanken ausdrücken wollte. Immerhin war sie sprachlich möglich, und unmöglich ist sie erst in der heutigen Rechtsprache infolge der neueren technischen Bedeutung des Wortes „verfügen“. Aber das Strafgesetzbuch nach der heutigen zivilistischen Rechtsprache auslegen wollen, kann nur der, der den Zufall einer späteren Sprachänderung entscheiden lassen will über den Sinn des Gesetzes. Gemeint war die Sache so, wie ich oben sagte, und darauf kann es allein ankommen. Die dolose Erfüllungsvorleistung ist außerdem ein klarer, festumrissener Begriff. Es soll eben ein obligatorisches Verhältnis unter bestimmten Voraussetzungen geschätzt werden. Wer sich die Erfüllung der actio mandati unmöglich macht, indem er dolos das aus dem Auftrag Erlangte für sich verwendet, ist strafbar. Das ist ein klarer und einfacher Tatbestand. Dann fallen alle in Wahrheit unausführbaren Unterscheidungen weg, ob die fraglichen Gegenstände selbst irgendwie schon zum Vermögensbereich des Auftraggebers gehörten.

einseitige Aufrechnungserklärung, sondern ein Aufrechnungsvertrag Platz gegriffen hätte, sei es, weil der Käufer von dem Recht der einseitigen Aufrechnung keinen Gebrauch machte, sei es, weil die einseitige Aufrechnung vertraglich abgeschlossen war (R.Urt. I 377/28 v. 22. Mai 1928 S. 5, 6), wie dies bei der Wechseldiskontierung aus dem Zweck des Geschäfts ohne weiteres folgen kann (OLG. Stuttgart: Recht 1910 Nr. 669).

Sollte aber, worauf die bisherigen Ausführungen über den tatsächlichen Hergang hindeuten, lediglich eine von dem Käufer erklärte einseitige Aufrechnung festzustellen sein, so würde unter Prüfung sowohl des äußeren Ereignisses als auch der Vorstellung und des Willens des Angekl. zu erwägen sein, ob denn nicht der Angekl. über die Wechsel als über Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zu dessen Nachteil verfügt habe, indem er sie an jemand verkaufte, dem er selbst Gelder schuldet, wonach er den Eintritt der in § 387 BGB. bestimmten Voraussetzungen der Aufrechnung und als deren Folge zu erwarten hatte, daß zwar er von einer Schuld befreit werde, der Auftraggeber jedoch einen erheblichen Teil der Gelder einbüße, die aus dem Verkauf der Wechsel erlöst werden sollten.

Die rechtlichen Bedenken, die sich hiernach gegen den Schuldspruch erheben, nötigen zur Aufhebung des Urteils ungeachtet dessen, daß die Tatbestandsmerkmale der Untreue sich aus den Tatsachen ergeben, die hinsichtlich des Verbrauchs der Gelder nachgewiesen sind (RG. I 932/29 v. 22. Okt. 1929).

(2. Sen. v. 12. März 1931; 2 D 185/31.)

[A.]

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. §§ 39, 78 GmbHG. Der ausgeschiedene Geschäftsführer einer GmbH. ist nicht berechtigt, beim Registergericht zu beantragen, die Gesellschaft zur Bestellung eines anderen Geschäftsführers von Amts wegen anzuhalten, eventuell von Amts wegen einen neuen Geschäftsführer zu bestellen.†)

Der Beschw. ist als einziger Geschäftsführer der bezeichneten GmbH. im Handelsregister eingetragen. Er hat dem RegGer. angezeigt, daß er die Geschäftsführung durch Erklärung gegenüber drei Gesellschaftern zulässigerweise niedergelegt habe, und hat, um die Eintragung der Beendigung seines Amtes zu erreichen, beantragt, „die Gesellschafter zur Bestellung eines anderen Geschäftsführers von Amts wegen anzuhalten, eventuell von Amts wegen einen neuen Geschäftsführer zu bestellen“. Das RegGer. hat es abgelehnt, zu dem bezeichneten Zwecke von Amts wegen tätig zu werden. Eine dagegen eingelegte Beschwerde des bisherigen Geschäftsführers ist vom LG. zurückgewiesen. Seine weitere Beschwerde hat ebenfalls keinen Erfolg.

Für die Ausübung eines Zwanges gegen die Gesellschafter zur Bestellung eines neuen Geschäftsführers fehlt, wie die Vorinstanzen zutreffend hervorgehoben haben, jede gesetzl. Grundlage. Zwar ist nach § 39 GmbHG. die Eintragung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers in die Eintragung in das Handelsregister anzumelden, was nach § 78 dem jeweiligen Geschäftsführer obliegt. Auch kann die Erfüllung dieser Verpflichtung nach § 14 HGB. durch Ordnungsstrafen erzwungen werden. Die Einleitung eines solchen Verfahrens hat aber zur Voraussetzung, daß eine zur Anmeldung verpflichtete

Zu 1. Anscheinend ist die Schwierigkeit im vorl. Falle dadurch hervorgerufen, daß auch die Gesellschafter nichts mehr von der GmbH. wissen wollen. Andernfalls würden sie einen Geschäftsführer bestellen. Es scheint das Geld für einen solchen nicht mehr vorhanden zu sein. Das RG. gibt den einzig mögl. Weg an. Das RegGer. muß selbst auf Antrag eines Interessenten einen Geschäftsführer bestellen. Da dieser nichts anderes zu tun hat, als den ausgeschiedenen Geschäftsführer abzumelden, wird seine Aufgabe auf diesen einen Vorgang zu begrenzen sein. Denn andernfalls wäre er wieder Geschäftsführer, der ausscheidet. Dann müßte dies wieder ein neubestellter Geschäftsführer anmelden und das ginge immer so weiter. Dem kann nur dadurch abgeholfen werden, daß das Amt des bestellten Geschäftsführers sofort mit der Abmeldung seines Vorgängers erlischt. Das RG. gewährt dem ausgeschiedenen Geschäftsführer noch als weiteren Weg einen klagbaren Anspruch gegen die Gesellschaft auf Anmeldung seines Ausscheidens im Prozeßwege. Auch wenn man einen solchen als gegeben annimmt, scheitert er daran, daß die Klage nicht zugestellt werden kann. Die Gesellschaft hat ja keinen Geschäftsführer. Wollte man zum Zwecke der Prozeßführung einen Geschäftsführer gem. § 29 BGB. bestellen, dann wäre dies zwecklos. Denn der so bestellte Geschäftsführer kann ja unmittelbar die Anmeldung des Ausscheidens vornehmen.

Al. Dr. Dr. M a g s a c h e n b u r g, Mannheim.

Person vorhanden ist. Die bezeichneten Vorschriften geben dem RegGer. nicht die Befugnis, bei dem Fehlen einer solchen Person zunächst deren Bestellung zu erzwingen oder gar selbst von Amts wegen die Bestellung vorzunehmen. Die Befugnis läßt sich auch nicht aus § 31 Abs. 2 Satz 2 HGB. herleiten. Dort ist lediglich vorgesehen, daß in dem besonderen Falle des Erlöschens einer Firma die zur Berichtigung des Handelsregisters notwendige Eintragung mangels Durchführbarkeit eines Ordnungsstrafverfahrens von Amts wegen ohne eine Anmeldung bewirkt werden kann. Diese Sondervorschrift gilt jedoch für andere Fälle nicht und würde überdies gerade, wenn sie hier entsprechend anwendbar wäre, die allein in Frage stehende Bestellung eines Geschäftsführers von Amts wegen nicht rechtfertigen, sondern vom Standpunkte des Beschw. aus im Gegenteil entbehrlich machen.

In einem Falle der vorl. Art kann der ausgeschiedene Geschäftsführer, der selbst nicht mehr befugt ist, sein Ausscheiden zum Handelsregister anzumelden, die Eintragung dieser Tatsache nur dadurch erreichen, daß er bei dem RegGer. die Bestellung eines neuen Geschäftsführers gem. § 29 BGB. erwirkt und daß er nötigenfalls weiterhin entweder seinen Anspruch gegen die Gesellschaft auf Anmeldung seines Ausscheidens im Prozeßwege geltend macht oder den Erfolg eines vom RegGer. einzuleitenden Ordnungsstrafverfahrens abwartet. Daß der bisherige Geschäftsführer als Beteiligter zur Stellung des Antrages aus § 29 BGB. berechtigt ist, muß schon mit Rücksicht auf den vorbezeichneten, ihm gegen die Gesellschaft zustehenden Anspruch anerkannt werden, der ihm die Eigenschaft eines Gläubigers verschafft (vgl. R.Z.N. 12, 233; RG.: J.W. 1927, 1703; Staub-Hachenburg, GmbHG. zu § 35 Anm. 43; Brodman, GmbHG. zu § 39 Anm. 1).

§ 29 BGB. gibt dem RegGer. die Möglichkeit, die erforderl. Vertreter einer juristischen Person, soweit sie fehlen, in dringenden Fällen selbst zu bestellen, nur dann, wenn ein entsprechender Antrag eines Beteiligten vorliegt. Eine bloße Anregung zum Einschreiten von Amts wegen genügt also nicht. Dem LG. ist auch darin beizutreten, daß die Eingaben des Beschw. nichts weiter als eine solche Anregung enthalten. Der Beschw. hat ausdrücklich verlangt, daß der neue Geschäftsführer „von Amts wegen“ bestellt werde. Er ist dann schon vom RegGer. darüber belehrt worden, daß dies gesetzlich nicht zulässig sei, und ist gleichzeitig befragt worden, ob er statt dessen einen mit Kosten verbundenen Antrag stellen wolle. Er hat aber daraufhin nur sein ursprüngl. Verlangen aufrechterhalten. Da diesem nicht entsprochen werden konnte, ist seine Beschwerde mit Recht zurückgewiesen.

Sollte der Beschw. nunmehr den förmll. Antrag aus § 29 BGB. stellen, so wird die Entsch. nicht ohne weiteres davon abhängig zu machen sein, ob er die ihm für diesen Fall vom RegGer. angekündigte Auflage zur Benennung einer Person, die ohne Vergütung zur Übernahme der Geschäftsführung bereit ist, erfüllt. Das Gesetz legt dem Antragsteller im § 29 BGB. eine derartige Verpflichtung nicht auf. Vielmehr wird das Gericht, das ohne Bindung an etwaige Vorschläge des Antragstellers den zu bestellenden Geschäftsführer auszuwählen hat, zur Ermittlung einer geeigneten Person von Amts wegen tätig werden müssen, hier etwa durch Anfrage bei der Industrie- und Handelskammer oder bei den Gesellschaftern. Andererseits ist zu beachten, daß niemand gesetzlich verpflichtet ist, das Amt eines Geschäftsführers einer GmbH. zu übernehmen und daß eine Vergütung aus staatl. Mitteln für die Führung des Amtes nicht bewilligt werden darf. Es besteht deshalb die Möglichkeit, daß das Gericht in einem Falle der vorl. Art, wo auch Gesellschaftsmittel zur Entschädigung des zu bestellenden Geschäftsführers wahrscheinlich nicht zur Verfügung stehen, keine geeignete Person ausfindig macht, die zur Übernahme der Geschäftsführung bereit wäre. Damit würde die gerichtl. Bestellung eines Geschäftsführers unausführbar werden. Mit Rücksicht hierauf liegt es allerdings im Interesse des Antragstellers, durch eigene Vorschläge das Gericht bei seiner Ermittlungstätigkeit zu unterstützen.

(RG., 1b ZivSen., Beschl. v. 28. Mai 1931, 1b X 322/31.)

Mitgeteilt von JH. Julius Guttmann, Berlin.

2. §§ 1 u. 2 HGB. Häuserverwaltung ist kein Handels-gewerbe.†)

Der Beschw. verwaltet eine Anzahl von Berliner Häusern, die verschiedenen Eigentümern gehören. Eine andere Tätigkeit übt er nicht aus. Für die Verwaltung erhält er von den Hauseigentümern festes Gehalt, einer der Eigentümer stellt ihm auch zwei Büroräume unentgeltlich zur Verfügung. Der Beschw. beschäftigt zwei kaufmännische Angestellte, mit deren Hilfe er die Verwaltung

Zu 2. Mit Recht stellt die Entsch. den Begriff der Selbständigkeit in den Mittelpunkt. Daß diese zum Kaufmannsbegriff notwendig sei, wird niemand bestreiten. Aber es fragt sich eben, ob das Tatbestandsmerkmal im vorl. Fall vorhanden ist.

Nicht unmissverständlich sind die Ausführungen des RG., wonach der Kaufmann im eigenen Namen handeln müsse, im vorl. Fall aber der Beschw. die einzelnen Geschäfte im fremden Namen ab-

der Häuser führt. Seine Tätigkeit besteht im wesentlichen darin, daß er die Mieten einzieht, Mietverträge abschließt, in Hausangelegenheiten mit Behörden verhandelt, die Zahlung der Steuern und Abgaben erledigt, für die Instandhaltung der Häuser sorgt und mit Mietern, Lieferanten und Handwerkern verhandelt. Kleinere Instandsetzungsarbeiten läßt er selbst vornehmen, zu größeren holt er die Zustimmung der Eigentümer ein. Von seinem Gehalt von etwa 1500 RM monatlich bestreitet der Beschw. sämtliche Unkosten selbst. Wechselverkehre hat er nicht, Kredit nimmt er nicht in Anspruch. Die von ihm ausgehenden Schriftstücke unterzeichnet er ausdrücklich in Vertretung der Hauseigentümer...

Der von der Industrie- und Handelskammer bekämpften Auffassung des RegGer., daß der Beschw. als Häuserverwalter nicht verpflichtet ist, seine Firma zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, ist beizutreten. Auf § 1 HGB. läßt sich diese Pflicht nicht gründen, da die Verwaltung fremder Häuser kein Handelsgewerbe i. S. des Abs. 2 dieser Vorschrift ist. Man kann die Eintragungspflicht aber auch nicht mit dem UG. aus § 2 HGB. herleiten, wonach ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HGB. nicht vorliegen, als Handelsgewerbe i. S. des HGB. gilt, sofern die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen ist. Das UG. hat seine Auffassung, daß es sich bei dem Geschäftsbetrieb des Beschw. um einen solchen i. S. des § 2 HGB. handle, nicht zureichend begründet. Denn es hat nicht hinreichend geprüft, ob der Geschäftsbetrieb ein selbständiges gewerbliches Unternehmen darstellt, welches Voraussetzung für die Eintragung der Firma des Inhabers ist. Das UG. bejaht die Frage, ob der Betrieb ein selbständiges Gewerbe darstelle, im wesentlichen mit der Erwägung, der Beschw. betreibe die Hausverwaltung im Hauptberuf, habe die Absicht, aus dieser Tätigkeit als einer zusammenhängenden Gesamtheit von Geschäften Gewinn zu erzielen, und übe die Tätigkeit auch mittels kaufmännischer Kenntnisse aus. Daß der Beschw. nach außen nur als Vertreter der Hauseigentümer auftrete, schließe nicht aus, daß seine Tätigkeit ein selbständiges Gewerbe darstelle.

Mit Recht macht die weitere Beschwerde hiergegen geltend, das UG. habe den Begriff des selbständigen Gewerbes verkannt. Nur ein selbständiger Unternehmer kann Kaufmann i. S. des HGB. sein und seine Firma in das Handelsregister eintragen lassen. Selbständiger Unternehmer ist aber nur derjenige, der seine gewerbliche Tätigkeit im eigenen Namen ausübt, so daß er Träger der durch den Betrieb entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten wird (RGZ. 26, A 212; Staub, Ann. 15, 16 zu § 1 HGB.; Trünger-Hachenburg, Ann. 6 zu § 1 HGB.; vgl. auch RGZ. 13, 146). Daraus folgt, daß ein Verwalter fremder Häuser kein selbständiges Gewerbe ausübt; denn er schließt, wie es in aller Regel sein wird und auch im vorl. Falle ist, alle auf die Verwaltung bezüglichen Geschäfte nicht im eigenen Namen, sondern im Namen der Eigentümer ab. Wer aber nur als Bevollmächtigter eines andern abschließt, ist nicht selbständig und daher nicht Kaufmann (Trünger-Hachenburg a. a. D.). Wenn das UG. die Selbständigkeit des Unternehmens des Beschw. auch damit begründet, daß er im Gegensatz zu einem Angestellten verschiedener Geschäfte

geschlossen habe. Kennt doch das HGB. in der Gestalt des Handlungsagenten einen Kaufmannstypus, der die einzelnen Geschäfte im fremden Namen abschließt. Die Tatsache also, daß der Beschw. diese im Namen der Hauseigentümer als direkter Vertreter getätigt habe, erscheint weder ausreichend noch genügend, um zur Frage der Selbständigkeit abschließend Stellung zu nehmen. Vielmehr kommt es darauf an, auf wessen Namen der gesamte Gewerbebetrieb geführt wird.

Auch der feste Gehalt des Beschw. bildet kein geeignetes Indiz zur Beurteilung des Falles (vgl. Schmidt-Rimpler, Handlungsagent, Ehrenb. Handbuch V, 1, 1 S. 27).

Trotzdem kann die Entsch. im Ergebnis gebilligt werden. Schmidt-Rimpler stellt a. a. D. S. 24f. zur Untercheidung des Angestellten vom Agenten zwei Merkmale auf, von denen das eine auch zur Feststellung der Selbständigkeit schlechthin verwandt werden kann: trotz größter tatsächlicher Freiheit hat der abhängige Angestellte „im Rahmen der Tätigkeitsart, zu der er sich verbünden hat“, „rechtlich schlechthin zu tun, was der Anstellende ... bestimmt“. Dieser Fall liegt hier vor. Der Beschw. leitet nicht seinen eigenen Betrieb. Deshalb bedarf dieser auch nicht der Eintragung. Die Frage, ob bei dem einen oder anderen der anstellenden Hauseigentümer eine Eintragung notwendig erscheint, steht hier nicht zur Debatte. Das ganze Problem ist ja nur entstanden, weil durch die Vereinigung der Verwaltung einzelner Häuser in einer Hand eine geschäftsähnliche Organisation entstanden war.

Was endlich die Bedürfnisfrage anlangt, so dürfte angesichts der engbegrenzten Tätigkeit, die dem Beschw. obliegt, kaum jemand ein Interesse an der Eintragung haben; und auch er selbst bedarf in keiner Weise dieses Schutzes.

PrivDoz. Dr. Otto Prausnitz, Breslau.

seine Tätigkeit für die Eigentümer der von ihm verwalteten Häuser in einem Betriebe mit eigenem Büro, Angestellten, Korrespondenz und Buchführung zusammengefaßt habe, so ist diese Erwägung nur äußerlicher Art. Sie läßt sich vielleicht für die Annahme verwenden, daß es einen selbständigen Beruf des Häuserverwalters gibt und daß der Beschw. diesen Beruf ausübt. Eine ganz andere Frage ist aber, ob die Ausübung dieses Berufs ein selbständiges gewerbliches Unternehmen darstellt. Diese Frage ist aber, wie dargelegt, zu verneinen, weil der Häuserverwalter seine Tätigkeit nicht im eigenen Namen, sondern nur als Vertreter anderer Personen ausübt.

(RG., ZivSen. 1b, Beschl. v. 15. Jan. 1931, 1b X 882/30.)

Mitgeteilt von OGH. Dr. Heymann, Berlin.

*

3. § 126 FGG. Bezirksstellen von Industrie- und Handelskammern sind nicht Organe des Handelsstandes i. S. § 126 FGG. +)

Die Indu.HK. für den Kreis W. ist durch Anordnung des PrMinHandwGew. auf Grund des § 2 Abs. 3 HGB. v. 24. Febr. 1870, 19. Aug. 1897 und 1. April 1924 mit der Indu.HK. F.-H. zusammengelegt worden. In der Vollversammlung der Indu.HK. F.-H. v. 10. Sept. 1930 und in der Vollversammlung der Indu.HK. für den Kreis W. v. 3. Nov. 1930 ist u. a. die Errichtung einer Bezirksstelle W. der Indu.HK. F.-H. mit eigener Rechtspersönlichkeit beschlossen worden. Diese Beschlüsse haben die Genehmigung des PrMinHandwGew. gefunden.

Die Bezirksstelle W. der Indu.HK. F.-H. in W. hat mit einem von ihrem Vorsitzenden und ihrem Syndikus gemeinsam unterzeichneten Schreiben gegen einen in einer Handelsregisterache ergangenen Beschl. des UG. W. Beschwerde erhoben, die vom UG. L. als sachlich unbegründet zurückgewiesen wurde. Die weitere Beschwerde der Bezirksstelle, die in der gleichen Form erhoben worden ist, war ohne Erfolg.

Nach § 126 Abs. 1 FGG. sind die Organe des Handelsstandes verpflichtet, die RegGer. behufs der Verhütung unrichtiger Eintragungen sowie behufs der Berichtigung und Vervollständigung des HandReg. zu unterstützen. Sie sind berechtigt, zu diesem Zwecke Anträge zu stellen und gegen Verfügungen, durch die über solche Anträge entschieden wird, das Rechtsmittel der Beschwerde zu ergreifen. Auch das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde steht ihnen zu. Welche Gebilde als Organe des Handelsstandes anzusehen sind, bestimmt sich nach Landesrecht, da eine reichsrechtliche Regelung dieser Verhältnisse nicht stattgefunden hat. In Preußen sind nach dem HGB. v. 24. Febr. 1870 u. 19. Aug. 1897 (GS. 1897, 355), abg. durch Gef. v. 2. Juni 1902 (GS. 161), 14. Jan. 1921 (GS. 223) u. WD. v. 1. April 1924 (GS. 194) Organe des Handelsstandes die „Industrie- und Handelskammern“ (§ 1). Diese werden vertreten durch ihre Vorsitzenden oder deren Stellvertreter (§ 35 Abs. 2). Der Vorsitzende und ein oder zwei Stellvertreter werden zu Anfang jedes Jahres von der Indu.HK. aus ihrer Mitte gewählt. Im Falle des Ausscheidens des Vorsitzenden oder seiner Stellvertreter vor der gesetzlichen Zeit erfolgt eine Neuwahl für den Rest dieser Zeit (§ 32). Die preuß. Handelskammern oder, genauer gesprochen, ihre gesetzlichen Vertreter haben als in den allg. Organismus der

Zu 3. Die Entsch. gibt zu Bedenken Anlaß:

Die preuß. Handelskammern sind — wie das RG. unter Bezugnahme auf die ausführliche Entsch. RGZ. 40, 217 ausführt — Organe, die zur Wahrnehmung von Staatszwecken berufen sind und die mindestens insoweit die Eigenschaft öffentlicher Behörden besitzen. Das RG. stellt des weiteren nicht in Zweifel, daß die Bezirksstelle W. der Indu.HK. F.-H. eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, und zwar auf Grund eines Beschlusses der Indu.HK. F.-H., der die Genehmigung des preuß. HandMin. gefunden hat. In dieser Vereinbarung heißt es: „Alle örtlichen Angelegenheiten werden von der Geschäftsstelle W. selbständig bearbeitet.“ An der Übertragung behördlicher Funktionen scheint mir danach kein Zweifel zu bestehen. Insoweit liegt zweifellos eine Delegation bestimmter Befugnisse vor, die, auch wenn die Indu.HK. F.-H. sich nicht ausdrücklich darauf berufen haben sollte, von Amts wegen zu berücksichtigen war.

Wenn die Bezirksstelle W. als juristische Person anerkannt worden ist, so kann danach wohl nur, da keine der Formen des Privatrechts gewählt worden ist, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts in Frage kommen. Die Bezirksstelle W. entspricht durchaus der Indu.HK. F.-H. selbst. Damit treffen auf sie alle die Ausführungen zu, die RG.: RGZ. 40, 217 in bezug auf die Handelskammern gemacht hat. Sie sind berufen, unter öffentlicher Autorität nach eigenem Ermessen für die Zwecke des Staates oder diejenigen Zwecke, deren Förderung zu den Aufgaben des Staates gehört, selbständig tätig zu sein. Eine privatrechtliche Vereinigung zum Zwecke der Vertretung der Interessen, die möglich wäre, scheidet nach den Ausführungen des RG. von der Zeit an aus, wo der Staat im Wege der Gesetzgebung ein besonderes Organ zur Wahrung dieser Interessen schafft.

Es bleibt sonach die Hauptfrage die, ob das preuß. HGB. — wie

Behörden eingefügte Organe, die zur Wahrnehmung von Staatszwecken berufen sind, die Eigenschaft öffentlicher Behörden (RGZ. 40, 217). Sie sind deshalb auch nach § 29 ZGB. in der Lage, die weitere Beschwerde schriftlich einzulegen, ohne daß die Beschwerdeschrift von einem RM. unterzeichnet sein mußte. Dagegen sind Bezirksstellen der Handelskammern im preuß. Recht als Organe des Handelsstandes nicht vorgesehen und auch nicht mit der Eigenschaft öffentlicher Behörden bekleidet. Die Errichtung von Bezirksstellen mit eigenem Aufgabenkreise im Bezirke einer Indu.H.K. ist gesetzlich nicht vorgesehen. Ein Tätigwerden solcher Bezirksstellen ist nach dem jetzigen Stande der Gesetzgebung jedenfalls insoweit nicht zulässig, als durch sie die Aufgaben und Pflichten zu erfüllen sind, welche § 126 ZGB. den Organen des Handelsstandes auferlegt. Jede Indu.H.K. hat vielmehr diese Aufgaben und Pflichten selbst durch ihre gesetzmäßigen Organe wahrzunehmen, sie kann diese nicht auf andere Personen, Korporationen oder Dienststellen übertragen. Eine solche Delegation, auf die sich die Beschw. übrigens nicht beruft, bedürfte einer Gestattung durch das Gesetz.

Die beschwerdeführende Bezirksstelle ist somit nicht zur Stelle von Anträgen und Einlegung von Beschwerden auf Grund des § 126 ZGB. befugt. Dieses Recht steht vielmehr für den Kreis W. ausschließlich der Indu.H.K. F.-H. zu, welche es durch ihren Vorsitzenden oder dessen Stellvertreter ausüben hat. Die Beschw. ist auch nicht dadurch, daß sie in der vom HandMin. genehmigten WahlD. der Indu.H.K. F.-H. für den Kreis W. als Bezirksstelle mit eigener Rechtspersönlichkeit eingerichtet worden ist, zu einer öffentlichen Behörde geworden. Weder erhellt, daß dies beachtlich wäre, noch könnte es für statthaft gehalten werden, nachdem gesetzlich als Organ des Handelsstandes durch das HGB. nur die Handelskammern anerkannt und nur ihnen die Eigenschaft einer öffentlichen Behörde verliehen worden ist, was eine Änderung in § 2 Abs. 4 i. d. Fass. der WD. v. 1. April 1924 nur bez. der aus benachbarten Handelskammern zu bildenden Zweckverbände erfahren hat.

(RG., 1b ZivSen., Beschl. v. 24. Sept. 1931, 1b X 176/31.)

Mitgeteilt von OHR. Dr. Heymann, Berlin.

Oberlandesgerichte.

a) Zivilsachen.

Berlin.

I. Materielles Recht.

1. PolnWD. über das Wechselrecht v. 14. Nov. 1924. Erfordernisse eines Wechsels nach polnischem Recht.

Die Wechselurkunde, auf die sich die Klage stützt, ist in poln. Sprache geschrieben. Sie wird im Kontext als Primärwechsel bezeichnet.

Das RG. meint — als Organe des Handelsstandes nur die Handelskammern selbst anerkannt hat. Die schon erwähnte Entsch. des RG. weist hin auf die Genehmigung des MinHanduGew. für die Einrichtung einer Handelskammer nach § 2 HGB. und für ihre Unterstellung unter die Aufsicht des HandMin. gem. § 43. Beides trifft für die Bezirksstelle W. in gleicher Weise zu.

Es erscheint mir nicht richtig, daß das HGB. zwingend nur die Handelskammern als Organe des Handelsstandes anerkannt hätte, so daß die in diesem Falle unzweifelhaft vorliegende Genehmigung des preuß. HandMin., da sie gesetzwidrig wäre, die Bezirksstelle W. nicht zu einem Organ des Handelsstandes machen könnte. Nur darum handelt es sich. Die Eigenschaft einer öffentlichen Behörde ist, wie man nach den Schlusausführungen der Entsch. annehmen könnte, im preuß. HGB. den Handelskammern nicht ausdrücklich verliehen worden, sonst hätte es der Entsch. RGZ. 40, 217 ja nicht bedurft.

Das RG. stützt seine Ausführungen im besonderen auf die WD. v. 1. April 1924 (WBl. 1924, 194) und darauf, daß in dem neuen Abs. 4 des § 2 die Bildung eines Zweckverbandes ermöglicht und diesem ausdrücklich die Eigenschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts zuerkannt worden ist. M. E. kann dieser Hinweis die Ansicht des RG. nicht stützen, da, wenn sich überhaupt analoge Anwendungsbest. im Ges. finden das nur Abs. 3 von § 2 sein kann.

Ein Zweckverband ist, wie der Text des Ges. sagt, ein Verband zur gemeinsamen und ausschließlichen Erfüllung bestimmter Aufgaben, seine Zuständigkeit ist also mit der Allgemeinheit der Aufgaben, die den Handelskammern übertragen worden sind, nicht zu vergleichen. Der Zweckverband besteht, wie der Abs. 4 ausdrücklich hervorhebt, neben der Indu.H.K. Ganz anders liegt es mit der Bezirksstelle. Der Bezirksstelle W. sind, wie schon hervorgehoben, nach den Fusionsvereinbarungen alle örtlichen Aufgaben einer Handelskammer übertragen worden. Es handelt sich um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die in ihrem Wesen nichts anderes ist als eine Handelskammer, auf die deswegen m. E. auch die Aufgaben der Indu.H.K. F.-H. mit Genehmigung des HandMin. übertragen worden sind.

Die Richtigkeit der Entsch. des RG. erscheint nach alledem zweifelhaft, jedenfalls gerade beim RG. ungewöhnlich formalistisch.

RM. Dr. Etab, Leipzig.

net und gibt als Ort der Ausstellung die früher deutsche, jetzt poln. Stadt Bromberg an, als Ausstellungstag den 16. Aug. 1930, als Verfalltag den 15. Okt. 1930 und als Wechselsumme einen Betrag in engl. Pfund. Bezogene und Akzeptantin ist die D. F. in Bromberg. Der in Berlin ansässige Bekl. hat die Urkunde als Aussteller unterschrieben und auf der Rückseite an erster Stelle, aber in einigen Abstand vom oberen Rande mit seinem Blankogiro gezeichnet. An der in dem poln. Formular für die Bezeichnung des Zahlungsempfängers vorgesehenen Stelle (also hinter den in poln. Sprache ausgedrückten Worten „an die Order“) fehlte bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung in erster Instanz eine Angabe. Danach hat die Bezogene — auf Ersuchen der Kl. — an dieser Stelle in poln. Sprache die Worte „meiner selbst“ eingefügt. Auf der Rückseite folgt auf das Blankogiro des Bekl. das Blankoindossament der Firma F. und dahinter — nach einem ausgeföhrten Vollgiro der Kl. — ein Vollgiro der Kl. auf die Bank in Bromberg, für die die Urkunde am 17. Okt. 1930 mangels Zahlung gegen die Bezogene protestiert worden ist.

Der Bekl. rügt Klageänderung. Beide Instanzen haben die Wechselklage abgewiesen.

Nach Art. 85 Satz 1 DtschWD. sollen die wesentlichen Erfordernisse eines im Ausland ausgestellten Wechsels sowie jeder anderen im Ausland ausgestellten Wechselklärung nach dem Gesetze des Ortes beurteilt werden, wo die Erklärung erfolgt ist. Dabei hat jedoch das einer Wechselklärung beigefügte Ortsdatum allein darüber zu entscheiden, wo die Erklärung i. S. des Art. 85 WD. als erfolgt anzusehen ist. Da in der Urkunde, aus der die Kl. den Bekl. in Anspruch nimmt, Bromberg als Ort der Ausstellung angegeben ist, so entscheidet sich die Frage, ob es sich bei ihr um einen gültigen Wechsel handelt, nach dem Wechselrecht der Republik Polen, gleichviel, ob der in Berlin ansässige Bekl. die Urkunde hier vollzogen hat oder an einem anderen Ort.

In den früher deutschen Teilen Polens ist an die Stelle der DtschWD. seit dem 1. Jan. 1925 die WD. des Präf. der Republik Polen v. 14. Nov. 1924 über das Wechselrecht getreten (Dziennik Ustaw — poln. GS. — 1924 Nr. 100 Art. 926. — Dazu eine deutsche Übersetzung von Freund im Auslandsrecht 1924, 385 ff.). Auf Grund dieser WD. ist demnach die Frage zu entscheiden, ob die Urkunde, aus der die wechselfähige Haftung des Bekl. hergeleitet wird, als gültiger Wechsel anzusehen ist.

Welchen Inhalt der Grundwechsel beim gezogenen Wechsel aufzuweisen hat, wird in Art. 1 WD. durch Aufzählung der wesentlichen Erfordernisse (Nr. 1 bis 8) bestimmt. Lücken dieses notwendigen Inhalts haben nach Art. 2 Abs. 1 grundsätzlich zur Folge, daß die Urkunde nicht als gezogener Wechsel behandelt werden darf. Die WD. läßt jedoch Wechselblankette zu. Unterschrift oder Akzept genügt, wenn die Ausfüllung dem Nehmer übertragen wird, und daraufhin erfolgt. Mit der Ausfüllung des vorläufig unvollständigen Wechsels entfällt die wechselfähige Haftung der Aussteller, Akzeptanten und Indossanten. Dabei geht gegenüber dem nachträglich ergänzten Papier der Beweis zu ihren Lasten, wenn sie einwenden, daß das Papier nicht als Blankett, sondern als fertiger Wechsel begeben, oder daß es der Abrede zuwider ausgefüllt ist (Art. 2 Abs. 5). Bei Urkunden, die als fertige Wechsel begeben sind, aber Lücken aufweisen, stützt die WD. in gewissen Fällen die Lücken selbst aus. Fehlt der Verfalltag (Art. 1 Nr. 4), so wird die Erklärung dahin ergänzt, daß der Wechsel bei Sicht zahlbar sein soll (Art. 2 Abs. 2). Ist der Zahlungsort nicht angegeben (Art. 1 Nr. 5), so soll der neben dem Namen des Bezogenen angegebene Ort als Zahlungsort und zugleich als Wohnort des Bezogenen gelten (Art. 2 Abs. 5; vgl. dazu Art. 4 Nr. 9 DtschWD.). Und wenn der Wechsel nicht den Ort der Ausstellung bezeichnet (Art. 1 Nr. 7), so hat der Ort, der neben dem Namen des Ausstellers angegeben ist, als Ausstellungsort zu gelten (Art. 2 Abs. 4). Weitere Ergänzungen werden nicht zugelassen. Fehlt also der Remittent, so bleibt es bei der Regel. Solange die Lücke offen ist, besteht keine wechselfähige Haftung aus dem Papier. Wird sie ergänzt, so entstehen die wechselfähigen Rechte, es sei denn, daß es sich nicht um ein Wechselblankett handelt, sondern um eine als fertiger Wechsel gegebene Urkunde. Eine Ergänzung im Wege der Auslegung aus Umständen, die außerhalb der Grundwechselklärung liegt, darf nicht stattfinden. Bei Formalgeschäften müssen die Wesenserfordernisse irgendetwie, wenn auch nur unvollkommen, aus der Formalerklärung hervorgehen. Es geht daher nicht an, eine Wechselklärung, die keinen Hinweis auf die Person des Zahlungsempfängers enthält, aus dem Grunde in einen Wechsel an eigene Ordre umzudeuten, weil der Aussteller das Papier auf der Rückseite an erster Stelle giriert hat. Für das deutsche Wechselrecht hat der Senat diese Auffassung in Anlehnung an die Abspr. des ROHG. (ROHG. 24, 276) und des RG. (vgl. RG. 130, 82¹) zitierte und dort noch nicht aufgegebenen Urteil des 1. ZivSen. v. 10. Dez. 1902 in ständiger Übung festgehalten. Für das poln. Recht hiervon abzuweichen, besteht aber nach dem Inhalt der WD. v. 14. Nov. 1924 kein Anlaß. Anders läge die Sache, wenn die höchstgerichtliche Judikatur Polens in ständiger Übung eine Ergänzung von Lücken in der Grundwechselklärung aus Umständen, die außerhalb dieser

1) ZB. 1930, 3761.

Erklärung liegen, zugelassen hätte und demgemäß die Bildung eines Wohnheitsrechts in Frage käme. Zu dieser Frage hat die Kl. die tatsächliche Äußerung des poln. Kl. Edelmann beigebracht. Aus dieser Äußerung ist aber zu entnehmen, daß die HöchstRspr. zu der erst am 1. Jan. 1925 in Kraft getretenen poln. W.D. noch gering ist, so daß eine gewohnheitsrechtliche Bildung nicht in Frage kommt. Jedenfalls wäre aber bei dem Klagewechsel für eine ergänzende Auslegung dahin, daß es sich um einen Wechsel an eigene Order handelt, aus dem Grunde kein Raum, weil über dem Giro des Bekl. noch Raum für andere Indossamente frei geblieben ist. Unter diesen Umständen muß mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß der Wechsel an fremde Order lauten sollte und der freie Raum für das Giro des Remittenten bestimmt war (vgl. RG. 130, 82²).

Als der Bekl. den Wechsel ausstellte, girierte und begab, lag somit ein gezogener Wechsel, aus dem er in Anspruch genommen werden konnte, noch nicht vor. Es kann sich nur fragen, ob der Wechsel als fertiger Wechsel begeben wurde und daher nach Art. 2 Abs. 1 PolnW.D. trotz der nachträglichen Ausfüllung nicht als gezogener Wechsel anzusehen ist, oder ob er als Remittentenblankett in Verkehr kam und der Bezogene, der nachträglich den Remittenten eingefügt hat, das Ausfüllungsrecht in dieser Beziehung besaß. Der Bekl. meint, daß diese Frage keine Rolle spielen dürfe, weil die Kl. in dieser Instanz die Klage ändere, indem sie sich auf den nachträglich ergänzten Wechsel stützt. Dem ist nicht beizutreten, da nach wie vor der Grundwechsel v. 16. Aug. 1930 den Klagegrund bildet (vgl. auch RG. 108, 389³). Es kann indes als richtig unterstellt werden, daß es sich bei dem Klagewechsel um ein Remittentenblankett handelte und der Bezogene die Ausfüllungsbefugnis besaß, der Wechsel also nicht von Anfang an nichtig, sondern nur unvollständig war und durch Ausfüllung gültig geworden ist. Durch die Ausfüllung würde in diesem Falle zwar die wechselseitige Haftung für den Bezogenen aus dem Akzept eingetreten sein, aber nicht für den Bekl. aus der Ausstellerschrift und dem Giro. Denn zur Ausübung des Regresses mangels Zahlung gegen Aussteller und Indossanten ist nach Art. 41 DtschW.D. erforderlich, daß der fertige Wechsel vergeblich zur Zahlung präsentiert und darüber der Protest aufgenommen wird. Die Präsentation des unausgefüllten Blanketts stellt keine zu reichende wechselseitige Mahnung dar und vermag daher den Regress nicht auszulösen. Die Entsch. ergeht insoweit auf Grund des deutschen Rechts, denn Wirkung und Inhalt der wechselseitlichen Erklärung und damit auch die Frage nach der Notwendigkeit der Präsentation und des Protestes richten sich nach den Grundsätzen des internationalen Wechselrechts gegenüber den Regressschuldnern nach dem Erfüllungsort ihrer Regressverbindlichkeit, und da der Bekl. in Berlin ansässig ist und hier — wie in Ermangelung abweichender Angaben anzunehmen — auch schon zu der Zeit seinen Wohnsitz hatte, wo er die Wechselklärung abgab, so kommt die DtschW.D. bei der Entsch. der Frage zur Anwendung, ob die Präsentation des unausgefüllten Blanketts genügt oder nicht. Überdies würde die Entscheidung nicht anders ausfallen, wenn sie nach der PolnW.D. ergehen müßte (vgl. Art. 42 u. 43 der W.D. v. 14. Nov. 1924).

(RG., 13. ZivSen., Urt. v. 22. Juni 1931, 13 U 3324/31.)

Mitgeteilt von H. H. Sonnen, Berlin.

Hamburg.

2. 1. Schiffsgläubigerforderungen nach § 754 Ziff. 6 HGB. entfallen nicht durch Lieferungen, die der Schiffer eines Fischereifahrzeugs in der Nähe seines Heimathafens bestellt, um zu neuen Fangfahrten ausfahren zu können, anstatt seinen Heimathafen aufzusuchen, da in solchen Fällen die Lieferungen nicht „zur Ausführung der Reise“ erfolgt sind.

2. Ein Kreditgeschäft außerhalb des Heimathafens liegt dann nicht vor, wenn das Schiff zwar nicht im Heimathafen sondern in einem benachbarten Hafen liegt, der Schiffer aber seinen persönlichen Kredit im Heimathafen in Anspruch nimmt, um Lieferungen für das Schiff zu erwirken. †

Der Schiffer ist zum Abschluß von Kreditgeschäften, die das Schiff dinglich verpfänden, nur in Notfällen, d. h. nur dann be-

²) ZW. 1930, 3761.

³) ZW. 1925, 786.

Zu 2. Der Entsch. ist durchweg zuzustimmen. Kl. war das Reich als Inhaber eines erstellbaren Registerpfandrechts an dem zur Zw. Verst. gelangten Fischkutter. Das Reich hatte gegen die Aufnahme eines Schiffsgläubigerrechts in den Verteilungsplan Widerspruch erhoben, welches der Bekl. wegen einer Darlehnsforderung auf Grund von § 754 Nr. 6 HGB. in Anspruch nahm (vgl. HansRGG. 1931 B Nr. 192). Die Gründe, aus denen die Entsch. ein solches Schiffsgläubigerrecht für nicht gegeben erachtet, sind durchschlagend. Mit Recht will sie die beiden maßgebenden Begriffe der Reise und des Heimathafens in den §§ 754 Nr. 6 u. 528 nicht lediglich nach dem Wortinn, sondern nach dem der GesVorschr. imwohnenden Zweck verstanden wissen. Namentlich ist unzweifelhaft ein

fügt, wenn es zur Erhaltung des Schiffes oder Ausführung der Reise notwendig ist, und nur insoweit, als es zur Befriedigung des Bedürfnisses erforderlich ist. Der Ansicht des Kl., es handele sich bei den im vorliegenden Falle vorgenommenen Geschäften nicht um Anschaffungen „zur Ausführung der Reise“, weil nach Abschluß der einzelnen von Cuxhaven aus unternommenen Fangfahrten und Wiedereinlaufen in Cuxhaven die Reise beendet sei, ist der Bekl. zwar unter Bezugnahme auf die Bemerkungen von Schaps zu § 527 HGB. Anm. 1 a β entgegengetreten. Schaps sagt, daß unter Reise die ganze Expedition, auf Grund deren das Schiff vom Heimathafen fern ist, bis zur Rückkehr in den Heimathafen verstanden werden müsse. Es kann zweifelhaft sein, ob diese Auffassung für alle Fälle zutrifft. Das RG. hat in einem Falle, wo ein nicht von seinem Heimathafen, sondern von Kiel aus zu Vergnügungsfahrten benutzter Dampfer von einer Fahrt in beschädigtem Zustand nach Kiel zurückgebracht und dort repariert wurde, den Standpunkt eingenommen, daß der Dampfer nicht mehr auf einer Reise begriffen sei (RG. 83, 131). Selbst wenn aber insoweit der Auffassung des Bekl. beizutreten wäre, entsteht die Frage, was in einem Falle, wie dem vorliegenden, noch als zur Ausführung der Reise erforderlich zu rechnen ist; ob hierunter die Anschaffungen zu begreifen sind, die erforderlich werden, um unter allen Umständen die völlige Durchführung der ursprünglichen Absicht, von Cuxhaven aus mehrere Fangreisen zu unternehmen, zu ermöglichen, oder ob lediglich das Wiedererreichen des Heimathafens mit Hilfe solcher Anschaffungen gewährleistet werden muß. Der Senat nimmt unter Berücksichtigung der besonderen Umstände für den vorliegenden Fall das letztere an. In der oben angeführten Entsch. des RG. ist — allerdings bei Erörterung der Frage, was i. S. von § 528 HGB. unter „zur Erhaltung des Schiffes notwendig“ zu verstehen ist — ausgeführt, daß eine Belastung des Schiffes mit gesetzlichen Pfandrechten, die den Hypotheken vorgehen, nur in besonders schwierigen Verhältnissen und nicht ohne zwingenden Grund zu Lasten der Hypothekarier einfach auf die Weise erfolgen dürfe, daß man das Schiff dem Heimathafen fernhalte. Nun liegt es in den besonderen Verhältnissen der Fischerei begründet, daß häufig Fanggeräte verlorengehen oder daß das Schiff beim Fischen Beschädigungen erleidet, und daß daher eine Reise in dem ursprünglich beabsichtigten Umfange nicht durchgeführt werden kann. Mit solchen Möglichkeiten rechnet der Schiffer, und sie zwingen ihn oft, früher als geplant in den Heimathafen zurückzukehren, um dort die notwendigen Ergänzungen und Reparaturen vorzunehmen. Wenn daher, wie im vorliegenden Falle, ein Schiff seinem Heimathafen schon ganz nahe ist und ihn ohne besondere Schwierigkeiten vollends erreichen könnte, und damit seine Reise zu beenden, würde es dem Sinn und Zweck der fraglichen Gesetzesvorschrift widersprechen, wollte man Aufwendungen, die nicht zur Erreichung des Heimathafens, sondern zur Fortsetzung der Fischerei erforderlich werden, unter dem Gesichtspunkt, daß sie zur Ausführung der Reise notwendig seien, des Privilegs aus § 754 Ziff. 6 HGB. teilhaftig werden lassen.

Aber auch aus einem anderen Grunde mußte der Klage entsprochen werden. Der Zweck des § 754 Ziff. 6 HGB. ist der, in allen Fällen, wo fern vom Heimathafen der Personalkredit des Schiffers oder Eigentümers zur Erlangung von notwendigen Lieferungen oder zum Erhalt von baren Darlehen nicht ausreicht, durch Verhaftung des Schiffes die Behebung einer Notlage zu ermöglichen. Nur in diesem Sinne ist hier ebenso wie in §§ 527, 528 HGB. von Kreditgeschäften die Rede, die der Schiffer während des Aufenthalts des Schiffes außerhalb des Heimathafens geschlossen hat. Wenn jedoch der Aufenthaltshafen dem Heimathafen so nahe liegt, daß der Schiffer seinen persönlichen Kredit im Heimathafen ohne jede Schwierigkeit auszunutzen kann, und wenn er auch mit Erfolg von ihm Gebrauch macht, vermag allein der Umstand, daß das Schiff nicht ebendort liegt, dem Kreditgeber die Rechte eines Schiffsgläubigers nicht zu verleihen. So aber liegt es hier, wo der in Hamburg beheimatete Schiffer den eben dort ansässigen Bekl. auf Grund seiner alten Beziehungen anging und von diesem ein Darlehen zur Beschaffung notwendiger Ausfüllungsgegenstände erhielt. Dabei ist es unwesentlich, ob C. von Cuxhaven nach Hamburg gefahren ist oder der Bekl. ihn dort auf seine Ver-

Kreditgeschäft für das außerhalb des Heimathafens liegende Schiff unter Voraussetzungen, wie den von der Entsch. bezeichneten, so zu behandeln, wie wenn zur Zeit seines Abschlusses das Schiff sich im Heimathafen befunden hätte. Diese Anschauung ist schon vor dem RGG. in der hamb. Rspr. und mit ihr von Cropp (Heise und Cropp, Jur. Abhandl. I, 463 ff.) vertreten worden (irrig in dieser Beziehung Schaps², Anm. 7 zu § 526). Sie hat dann auch in den Verhandlungen der RGG.-Konferenz wiederholt Bestätigung gefunden (Prot. IV 1584, VIII 3766 f.), ist aber in dem Vorbehalt des Art. 448 § 480 Abs. 2 HGB.) und den auf ihm beruhenden Landesgeset. Best. zu einem nicht genügend elastischen Ausdruck gelangt.

Ges. J. R. Prof. Dr. Max Pappenheim, Kiel.

anlassung aufgeführt hat, da in jedem Falle Hamburg wirtschaftlich und rechtlich Erfüllungsort für die Darlehnsforderung geworden ist. Die Forderung ist also keine Schiffsgläubigerforderung.

(Ost. Hamburg, 6. Zivilsen., Ur. v. 19. Mai 1931, Bf VI 186/31.)

Mitgeteilt von OStR. Dr. Hirsch, Hamburg.

*

München.

3. Art. 7, 9, 82 W.D.

1. Die Übergabe eines Wechselblanketts, das nur das Akzept, nicht die Ausstellerunterschrift trägt, ohne Giro, hat materiellrechtlich die gleiche Wirkung wie ein wechselrechtlicher Übertragungsakt.

2. Die Arglisteinrede ist gegenüber dem Wechselerwerber nur bei positiver Kenntnis von der Berechtigung eines persönlichen Einwandes gegen den Vormann begründet. Der Erwerber eines Blanketts darf den Einwand weder beim Erwerb noch bei der Ausfüllung des Wechsels kennen.

Die Weitergabe eines Wechselblanketts mit Akzept, aber ohne Ausstellerunterschrift und ohne das Giro des Inhabers des Blanketts ist formell kein wechselrechtl. Übertragungsakt. Der Blankettnehmer ist daher formalwechselrechtlich dem Indossatar nicht gleichzustellen. Jedoch ist mit RG.: JW. 1908, 432 anzunehmen, daß seine Rechtsstellung materiell als die eines Indossatars zu charakterisieren ist (Staub-Stranz Art. 7 Anm. 12). Die Übergabe des Wechselblanketts von E. an die K., das hier ohne die materielle Forderung, für die das Akzept gegeben wurde, Gegenstand der Übertragung war, hat hiernach nicht lediglich die Wirkungen einer Zession (Staub-Stranz Art. 9 Anm. 9), sondern materiellrechtlich die gleiche Wirkung wie ein wechselrechtl. Übertragungsakt. Die K. ist daher als Ausstellerin zur Geltendmachung des Anspruchs aus dem von ihr ausgefüllten Blankettwechsel legitimiert (Staub-Stranz Art. 7 Anm. 13), und braucht sich in entspr. Anwendung des Art. 82 W.D. nur solche Einreden entgegenhalten zu lassen, welche dem Bekl. unmittelbar gegen sie zustehen oder aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen.

Der Bekl. hat das Blankoakzept dem E. nur zur Kapitalbeschaffung gegeben mit der Verpflichtung, den Wechsel nicht weiterzugeben, d. h. nach Sinn und Zweck der Wechselausstellung mit der

Verpflichtung, den Wechsel nur gegen Empfang des mit ihm zu beschaffenden Darlehnsbetrages zu geben und den erhaltenen Betrag an den Bekl. abzuführen. Er erhebt den nur in personam wirkenden Einwand aus dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft, daß E. trotz der Vereinbarung keine Valuta gezahlt habe (Staub-Stranz Art. 82 Anm. 62, 34). Gegen die K. dringt daher der Valutaeinwand nur durch, wenn sie als normale Rechtsnachfolgerin des E. insoweit zu erachten wäre, als sie — entspr. ihrer materiellen Rechtsstellung — einem dolosen vorprotetlichen Indossatar gleichzustellen ist. Dies ist der Fall, wenn die K. beim Erwerb des Wechsels von E. davon Kenntnis hatte, daß der Wechsel dem E. nur zur Darlehnsaufnahme gegeben, der Wechsel aber von E. abredewidrig zur Deckung einer eigenen Schuld verwendet wurde.

Bei dieser Arglisteinrede steht anders als im Falle des Art. 74 grobe Fahrlässigkeit dem Dolus nicht gleich. Erforderlich ist bestimmte Kenntnis des Erwerbers, daß ein begründeter Einwand vorliegt. Dolus superveniens schadet nicht (Staub-Stranz Art. 82 Anm. 16, 17, 18; Bernstein: JW. 1926, 1818 und Staub-Stranz Art. 74 Einl.). Da es sich um ein Wechselblankett handelt, bei dem der Wechselanspruch erst mit der Ausfüllung entsteht, muß der gute Glaube nicht nur beim Erwerb des Blanketts, sondern noch z. B. der Wechselausfüllung vorliegen (RG. 119, 336).

Ob der Ausstellungsvermerk an dem angegebenen Tage erfolgt, ist hier nie überhaupt für die Gültigkeit des Wechsels ohne Belang (Staub-Stranz Art. 4 Anm. 38).

(Ost. München, Ur. v. 28. Juli 1931, L 716/31.)

Mitgeteilt von J.R. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

*

Stuttgart.

4. § 369 BGB.; § 1294 BGB. Behält der Gläubiger angebotene Akzente, so liegt darin im Zweifel keine Annahme als Erfüllung, sondern die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts mit der Verpflichtung, über die Verwendung Rechenschaft zu geben. †)

(Ost. Stuttgart, Ur. v. 2. Juli 1931, U 341/31.)

Abgedr. JW. 1931, 3143¹³.

Zu 4. A. Anm. Hirsch, ebenda.

B. Der Widerspruch Hirschs ist m. E. bedenklich.

Zu I: Die Kaufpreisforderung der K. war fällig. In solchen Fällen übersendet der Kaufpreisschuldner die Wechsel (eigene oder Kundenakzente) meist, nachdem er gemahnt („um Anschaffung erwicht“) ist, um den Gläubiger durch die Wechselhingabe zur Stundung der Kaufpreisforderung zu bewegen. Wenn der Lieferant sich außerstande erklärt, die Wechsel „als Anschaffung zu verwenden“, so bedeutet dies, er sei nicht zufriedengestellt; eine Gutsschrift für den Schuldner könne nicht stattfinden.

Daß der Gläubiger die Offerte seines Schuldners als auf Leistung an Erfüllungsort gerichtet aufgefaßt habe, ist nicht wahrscheinlich. Mit solcher Zumutung seines säumigen Schuldners rechnet kein Kaufmann; mit der von Hirsch erwogenen Auffassung des Gläubigers darf kein Schuldner rechnen; § 157 BGB. (Anders wenn Waren auf die Kaufpreisforderung angeboten werden, vgl. OGH. Wien: JW. 1929, 3521³.)

Hirsch setzt das Wort Anschaffung = Geldleistung. Indessen ist Anschaffung das, was der Kaufpreisschuldner zu leisten hat bzw. leisten darf. War wahlweise „sofortiges Dreimonatsakzept dato Faktura oder Barzahlung binnen 30 Tagen“ vereinbart, so ist ein sofortiges Dreimonatsakzept „Anschaffung“ und wird nicht selten (evtl. auf vorgegedrucktem Formular) als Anschaffung bestätigt, obwohl hier Leistung an Erfüllungsort nicht in Betracht kommt. Bei der Klausel „3 Monate offen, alsdann Dreimonatsakzept“ hat der Schuldner nach Ablauf des offenen Zieles sein Dreimonatsakzept „anzuschaffen“.

Die Erkl. des Gläubigers, er müsse (!) die als Anschaffung nicht verwendbaren Wechsel „hier liegen lassen“, ist die auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (= k.Z.R.) gestützte Weigerungserkl., vor ordnungsmäßiger Anschaffung (hier = Barzahlung) die Wechsel herauszugeben. Zu der als „unhöflich“ empfundenen Äußerung, daß das k.Z.R. geltend gemacht werde, wird sich ein Kaufmann alter Schule nicht leicht verstehen.

Zu II 1a): Angebot der Wechsel als Leistung an Erfüllungsort ist praktisch so unwahrscheinlich, daß die Erörterung der Konsequenzen nicht interessiert (vgl. immerhin zu II 1b a. E.). Bei Angebot der Wechsel erfüllungshalber wird die Interessenlage nicht durch die Diligenzpflichten begründet und charakterisiert, sondern: Bei Hereinnahme erfüllungshalber erfolgt konkludent Stundung der Kaufpreisforderung bis zum Verfall der Wechsel; falls retiniert wird, ist die erbetene Stundung abgelehnt. Durch die Ablehnung entsteht die Pflicht des Gläubigers zur Rückgabe der übergebenen Papiere. Indessen braucht der Gläubiger schon nach BGB. diese Forderung nur Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises zu erfüllen; Konnerität

liegt in den erörterten Fällen wohl immer vor. Gegen das k.Z.R. kann das Interesse des Schuldners an einer anderweitigen Verwertung etwa überfandter Kundenakzente daher nur angeführt werden (was Hirsch übrigens nicht tut), wenn das bürgerl.-rechtl. Z.R. ausgeräumt würde, was m. E. nicht möglich ist. Im übrigen kann der Schuldner das Sicherungsinteresse seines Gläubigers, das er bei Stundung der Kaufpreisforderung durch Überblendung der Wechsel anerkannt hatte, bis zur Barzahlung nicht bestreiten, sofern der Gläubiger die Stundung verweigert. (Im Ergebnis übereinstimmend Hirsch.) Auf das Sicherungsinteresse des Gläubigers kommt es schon seit längerer Zeit im Falle der Hingabe von Wechseln (auf bereits verfallene Forderungen) zu Stundungszwecken mehr an als auf das Interesse des Gläubigers, sich aus den Wechseln zu befriedigen; solche Wechsel, auch eigene Akzente des Schuldners, werden mehr sicherungshalber denn zahlungshalber gegeben.

Der Gläubiger kann, muß aber sein k.Z.R. nicht ausüben; er braucht daher nicht zu warten, bis die retinierten Kundenakzente seines Schuldners fällig sind, um sich aus diesen zu befriedigen. Er kann schon früher aus der Kaufpreisforderung vorgehen, evtl. um dann die retinierten Gegenstände zu pfänden. Hält aber der Gläubiger Kundenwechsel des Schuldners zurück, so ist es eine „rechtspolitisch unerlässliche Pflicht“ (vgl. zu § 364 BGB. Vertmann, Anm. 3a), daß er den ihn legitimierenden Wechsel zur Verfallszeit vorlegt und evtl. protestieren läßt. Wie diese Pflicht de lege lata zu begründen ist, kann dahinstehen. Mindestens besteht sie nach § 242 BGB. Der Gläubiger darf dadurch, daß er sich aus dem retinierten Gegenstände nicht befriedigt, den Schuldner nicht schädigen; vgl. auch § 777 ZPO., der zwar den Besitz eines Wechsels nicht genügen läßt, aber einen generell anwendbaren Willkürscheck enthält. (Dort dürfte sich ein retinierender Gläubiger kaum darauf berufen, daß infolge eigenen Verschuldens die Sache seine Forderung nicht mehr deckt.) Ich halte daher die Argumentation Hirschs, die die Diligenzpflicht in den Vordergrund stellt, sowohl für unbegründet, weil dieses Moment für die Interessenlage unerheblich ist, als auch weil den wechselretinierenden Gläubiger Diligenzpflichten treffen (best.; vgl. Wolff: Ehrenberg's Hdb. IV 1 S. 99 mit Hinweisen). Die Behauptung des Gläubigers, daß er trotz Wahrung der Diligenzpflicht Befriedigung aus den Wechseln nicht erlangt habe, ist schon deshalb nur ausnahmsweise nötig, weil der Gläubiger nicht bis zum Verfalltage der Wechsel mit der prozessualen Geltendmachung seiner Kaufpreisforderung zu warten braucht.

Zu II 1b): Zugugeben ist, daß der Besitzwerb als solcher ein Handelsgeschäft sein muß. Hirsch scheint aber in den von Wolff über einige Grundbegriffe des Handelsrechts 1910 S. 34 bekanntesten Fehler verfallen zu sein, wonach für das Handelsgeschäft ein Rechtsgeschäft im bürgerl.-rechtl. Sinne erforderlich sein soll (so z. B. Gold-

Berlin.

II. Verfahren.

5. § 857 ZPO. Die Pfändung eines Geschäftsanteils einer GmbH. umfaßt nicht die Ausübung der Verwaltungsrechte, insbes. des Stimmrechts des Gesellschafters. Auch für sich allein können diese Rechte nicht gepfändet werden. Auch die Anordnung einer Verwaltung dieser Rechte ist nicht zulässig. †)

Die Gläubiger haben auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels beim AG. den Antrag auf Pfändung der Geschäftsanteile der Schuldner an der R.-GmbH., und zwar einschl. der mit den Geschäftsanteilen verbundenen Verwaltungsrechte, insbes. des Stimmrechts, gestellt und gebeten, die Ausübung der Verwaltungsrechte gem. § 857 Abs. 3, 4 ZPO. dem N. Sch. zu übertragen.

Eine geordnete Pfändung der Verwaltungsrechte, insbes. des Stimmrechts, bzw. der Ausübung dieser Rechte ist deshalb nicht zulässig, weil es sich um kein Vermögensrecht handelt. Nur Vermögensrechte sind pfändbar. Ein solches Vermögensrecht stellt z. B. der von den Gläubigern zum Vergleich herangezogene Anspruch des im Grundbuch nicht eingetragenen Berechtigten gegen den fälschlich dort vermerkten Nichtberechtigten aus § 894 BGB. dar, auch wenn er nur von dem wirklich Berechtigten geltend gemacht werden kann. Es ist aber auch nicht richtig, daß die Verwaltungsbefugnisse und hierunter das Stimmrecht schon durch die Pfändung des Geschäftsanteils auf den Pfändungsgläubiger übergingen. Diese Verwaltungsbefugnisse sind mit der Inhaberschaft am Geschäftsanteil unlöslich verbunden. Der bisherige Anteilinhaber bleibt es trotz der Pfän-

sch mit, § 343 Anm. 2 HGB. im Widerspruch zu Anm. 9 bei § 369). Auch die Willenserklärung, obwohl möglicherweise nur ein Element des Rechtsgeschäfts, und jede Rechtsänderung i. e. S. kann Handelsgeschäft sein. Nichts ist dafür dargetan, daß das besitzverschaffende Handelsgeschäft Rechtsgeschäft (Vertrag) sein müsse. Die hier erfolgte Offerte aber dürfte beiderseitiges Handelsgeschäft gewesen sein, denn „wenn das Zugehen der Willenserklärung in die Handelsgewerbephäre des Adressaten fällt, so ist es auch auf dessen Seite ein Handelsgeschäft“ (vgl. Wolff, Grundbegriffe S. 34).

M. Wolff erklärt (worauf Hirsch hinweist) Hdb. S. 95 (entgegen Geßwortlaut und weiterbreiteter Meinung) für unzureichend, daß die Besitzverschaffung Handelsgeschäft des Schuldners ist; es soll der Gläubiger nicht wegen handelsgewerblicher Forderungen Sachen retinieren dürfen, die seinem privaten Wirtschaftskreise, nicht seiner Handelsgewerbephäre zugeflossen sind. Ist dagegen der Besitzwerb (auch „auf Seiten“ des Gläubigers Handelsgeschäft, so besteht gegen das k. ZR. kein Bedenken, gleichgültig, ob das Handelsgeschäft nur Willenserklärung (Offerte) ist oder ein vollständiges Rechtsgeschäft. M. Wolff bejaht sowohl Grundbegriffe S. 32 Anm. 5, wie Hdb. S. 89 Anm. 39 für die fraglichen Fälle das k. ZR.

M. E. befindet sich Hirsch in einem weiteren, durch die von ihm zit. Wiener Entsch. nahegelegten Irrtum. Die retinierten Gegenstände müssen nur auf Grund eines Handelsgeschäftes in den Gläubigerbesitz gelangt sein. Dagegen braucht kein Handelsgeschäft quasi „auch weiterhin“ den Besitz des Gläubigers zu rechtfertigen. Dies tut das k. ZR.

(Ost. Wien sagt mißverständlich, daß die Offerte durch die Ablehnung seitens des Gläubigers „wirkunglos“ geworden sei. Sie ist ersuchen, nicht mehr annahmefähig, aber sie hat als „juristische Tatsache“ bestanden; sie ist nicht rückwirkend unwirksam geworden. — Die Sachbemerkung von Reichel in der Anm. zu Ost. Wien über das bürgerliche ZR. ist nicht o. w. einleuchtend. Konnegität bestand gewiß. Wenn aber bürgerliches ZR., so entfällt m. E. für die Untercheidung — erfüllungshalber oder an Erfüllungstatt — jede Begründung.)

Zu II 2: Hier ist kurz auf die (bestrittene) Pflicht des Gläubigers, retinierte fällige Wechsel vorzulegen usw., und auf folgendes hinzuweisen: Selbst bei nicht rechtmäßiger Befriedigung kommt es zu keinem Retentionsrecht am Wechselbetrage. Denn in der Erlk., eine Selbstschuld als Deckung für eine Geldforderung zurückzubehalten, liegt eine Aufrechnungserkl. (vgl. Wolff, Hdb. S. 88 Anm. 33). Ohnehin würde dem Schuldner die dauernde (!) Einrede seiner Leistungspflicht entgegenstehen. Der Gläubiger kann also den Wechselbetrag in Höhe seiner Forderung behalten.

Zu III (Zusammenfassung): 1. Bei Angebot der Leistung an Erfüllungstatt ist die Rechtslage ebenso wie bei antragener Leistung erfüllungshalber (vgl. zu II 1 b a. E.).

2. Bei angebotener Hingabe erfüllungshalber kann zurückbehalten werden. Diligenzpflichten brauchen nicht rechtsgeschäftlich übernommen zu werden, (wenn und) weil sie ohnehin bestehen.

3. Wenn und da die Diligenzpflicht besteht, ist die Ansicht Hirschs m. E. abzulehnen, da der Gläubiger mit der Ausübung seines Verwertungsrechts auch seine Diligenzpflicht erfüllt. Immerhin bedarf die Frage weiterer Prüfung.

4. Stimme ich zu.

5. Ich verweise auf II 2.

6. Ich stimme dem Räte Hirschs nicht zu. Es kommt auf den Einzelfall an. Will und kann der Gläubiger die Laufzeit der

ding. Für die Verpfändung des Geschäftsanteils ist das gleiche anzunehmen. Es kann auch nicht anerkannt werden, daß wenigstens ein teilweiser Übergang des Stimmrechts auf den Pfänd- bzw. Pfändungsgläubiger zur prakt. Ausübung des Pfandrechts unbedingt erforderlich sei, wie dies in RG.: OLGPr. 37, 8 angenommen wird. Das Ziel des Pfandrechts ist die Verwertung des Pfandobjekts. Hierzu aber ist irgendwelche Verwaltung, insbes. die Wahrnehmung des Stimmrechts nicht erforderlich. Dagegen, daß der Pfänd- bzw. VollstrSchuldner seine Verwaltungsbefugnisse in einer Weise ausübt, die den Interessen der Gläubiger abträglich ist, kann sich dieser bei entspr. Glaubhaftmachung durch eine EinstwVerf. sichern. Sein Anspruch auf Unterlassung eines solchen Verhaltens des Schuldners ergibt sich aus §§ 1227, 1004 BGB. Im übrigen würde die in dem angeführten RG-Beschl. angenommene Teilung des Stimmrechts nach Angelegenheiten, die mit den Pfändungsgläubiger, und solchen, die nur den Anteilinhaber interessieren, wegen der Flüssigkeit der Grenze zu außerordentlichen praktischen Schwierigkeiten führen.

Schließlich kann auch den übrigen etwa vorhandenen Gesellschaftern nicht zugemutet werden, sich ohne weiteres mit dem Eintritt eines neuen Stimmberechtigten abzufinden. Gegen das Eindringen unerwünschter Personen in die Gesellschaft können sie sich auch für den Fall der Veräußerung und damit der Verpfändung durch eine Genehmigungsanordnung im Statut gem. § 15 Abs. 5 GmbHG. und für den Fall einer Versteigerung im Wege der Zwangsvollstreckung, der gegenüber die erwähnte Genehmigungsanordnung nach richtiger Ansicht kraftlos sein würde, durch Mitbieten bei der Versteigerung bzw. durch Vereinbarung der Einziehung gem. § 34 GmbHG. für den

überreichten Wechsel nicht abwarten, zweifelt er an der Bonität des Schuldners, so ist ihm zur Ablehnung der Offerte zu raten. Tatsächlich wird der Gläubiger meist dadurch süchtig, daß der Schuldner nach Ablauf des offenen Ziels durch die Wechselüberendung konkludent nochmals um ein weiteres Ziel von längerer Zeit nachsucht. Werden Wechsel erfüllungshalber hereingenommen, so kann der Gläubiger für die Dauer der Stundung nicht auf die ursprüngliche Kaufpreisforderung zurückgreifen. Hierin liegt das Hauptbedenken gegen Hirsch, das auch durch den wahrscheinlich möglichen Rücktritt vom Stundungsvertrag bei Vermögensverschlechterung nicht beseitigt wird.

Die oben vertretenen Ergebnisse sind m. E. rechtspolitisch begrüßenswert. Hirsch dürfte dem praktischen Bedürfnis des rechtsgeschäftlichen Alttags und dem Gesetz nicht gerecht werden. Wer die praktischen Schwierigkeiten bei Durchsetzung des k. ZR. kennt, wird Hirsch für die gründliche Aufrollung der Fragen danken. Eine neuerliche Stellungnahme des RG. wäre erwünscht.

N. Werner Schoenemann, Heidelberg.

Zu 5. Bei der GmbH. wie bei der AktG. äußert sich die Mitgliedschaft des Gesellschafters in zwei Richtungen. Die eine geht in erster Linie vom Gesellschafter zur Gesellschaft. Sie enthält die Herrschaftsrechte. Die andere hat hauptsächlich die gegenteilige Richtung. Sie enthält die Vermögensrechte. Mit seinen Herrschaftsrechten wirkt der Gesellschafter auf die Gesellschaft. Mit seinen Vermögensrechten ist er an der wirtschaftl. Betätigung der Gesellschaft beteiligt.

Wird ein Pfandrecht im Wege des Vertrages vom Gesellschafter einem Dritten eingeräumt, so erstreckt es sich zunächst nur auf die Vermögensrechte. Es kann der Vertrag aber auch auf die Herrschaftsrechte ausgebehrt werden (Hachenburg, Erk. I zu § 15 Anm. 4). Insofern ist der Satz des RG-Beschl., daß die Verwaltungsbefugnisse mit der Inhaberschaft am Geschäftsanteil unlöslich verbunden bleibt, nicht ganz zutreffend. Beim Pfändungsvertrag bleibt die Inhaberschaft beim Pfändungsschuldner. Die Verwaltungsbefugnisse können beim Pfändungsgläubiger sein. Unbedingt zutreffend dagegen ist die Auffassung des RG. für die Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung. Sie kann sich immer nur auf die Vermögensrechte der Mitgliedschaft erstrecken. Nicht eigentlich aus der Struktur des Stammanteils heraus. Wohl aber, weil nach § 857 ZPO., wie ganz richtig ausgeführt, die Zwangsvollstreckung sich nur auf Vermögensrechte beziehen kann. Die Tatsache, daß die Gestaltung der Vermögensrechte durch die Ausübung der Herrschaftsrechte mit beeinflusst wird, macht die Herrschaftsrechte, wie Stimmrecht usw., noch nicht zu Vermögensrechten i. S. des § 857 ZPO. Das ist das Ausschlaggebende. Nicht die Tatsache, daß man den Gesellschaftern einer GmbH. nicht zumuten könne, sich im Wege der Zwangsvollstreckung einen neuen Stimmberechtigten aufdrängen zu lassen. Wichtig ist auch hier, daß die Pfändung des Stammanteils durch die Gesellschaft nicht verhindert werden kann. Auch wenn die Veräußerung des Geschäftsanteils an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist, wird die Zwangsvollstreckung in ihn auch ohne Genehmigung der Gesellschaft nicht gehindert. So mit Hachenburg (Erk. I zu § 15 Anm. 17) die gesamte Judikatur im Gegensatz zu der ziemlich einseitigen übrigen Literatur. Mit seinen Ausführungen über diese Dinge weist das RG. darauf hin, daß das rechtl. Ergebnis mit dem praktisch Wünschenswerten zusammentrifft. Das rechtlich Maßgebende aber bleibt, daß die Zwangsvollstreckung nur an Vermögensrechten möglich ist, und daß Herrschaftsrechte keine Vermögensrechte sind.

Dr. Fritz Ding, Mannheim.

Fall der Pfändung, sichern. Gegen die Pfändung selbst aber sind sie machtlos. Der Umstand, daß sich die Geschäftsanteile in der Hand nur eines oder weniger Gesellschafter befinden, rechtfertigt keine Abweichung von dem vorstehend entwickelten Grundsatz.

Im übrigen wäre auch für den Fall, daß schon die Pfändung des Geschäftsanteils die von den Gläubigern behauptete weitgehende Wirkung hätte, eine Verwaltungsanordnung gem. § 857 Abs. 4 nicht möglich. Diese Zwangsverwaltung, die in der Regel nur bei der Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen vorgesehen ist, darf ausnahmsweise wohl auch bei Rechten, aber nur bei unveräußerlichen Rechten erfolgen; der gepfändete Geschäftsanteil aber ist nicht unveräußerlich.

(RG., 5. FerZivSen., Beschl. v. 24. Juli 1931, 8 W 7693/31.)

Mitgeteilt von SenPräs. Leonhard, Berlin.

*

6. § 829 ZPO. Die Pfändung von künftigen Provisionsansprüchen der Agenten, d. h. der Ansprüche auf Provision aus solchen Geschäften, die zur Zeit der Pfändung noch nicht geschlossen und noch nicht ausgeführt sind, ist nicht zulässig. †)

(RG., 8. ZivSen., Beschl. v. 11. Nov. 1930, 8 W 11246/30.)

Abgedr. JW. 1931, 2142^o.

*

Zu 6. Der Beschluß ist von den Beteiligten, namentlich auch den Geschäftsinhabern als Drittschuldnern, viel beachtet worden. Das RG. verneint in diesem Beschluß sowohl nach § 829 wie nach § 832 ZPO.

1. Auffällig ist, daß die Entsch. nicht zum Ausdruck bringt, daß es sich um eine sehr strittige Frage handelt, die meist entgegengesetzt beantwortet wird. Dabei verteilen sich die Ansichten wie folgt: Gegen die Zulässigkeit einer Pfändung der künftigen Agentenprovisionen sprechen sich Staub-Bondi § 88 Anm. 22; Cohn: JW. 1908, 1218; Stein-Jonas § 832 Anm. 11 und scheinbar das OLG. Hamburg: OLG-Npr. 31, 118. Dagegen bejahen die Statthastigkeit einer solchen Pfändung schlechthin Bindels, ArbKart. „Provision“; Düringer-Hachenburg-Hoeniger § 88 Anm. 18; Gerstel: BenschSamml. 10, 599; Reichel: JW. 1927, 726; Rosenbergs, Lehrb., § 199 II 4 a; Schmidt-Rimpler, Handelsagenten S. 166 und JW. 1930, 1433. Aus der Rpr. steht auf diesem Standpunkt das OLG. Bielefeld: JW. 1930, 1433 und, wenn auch recht unbestimmt, das R ArbG.: BenschSamml. 10, 596, dem das R ArbG. Breslau neuestens, freilich zögernd, aber unter Ablehnung der Ansicht des RG., gefolgt ist (15 a S 250/31). Eine Reihe oberer Gerichte wollen nach dem Grade der Selbständigkeit des Agenten unterscheiden, namentlich danach, ob er nur für ein Handelshaus oder für mehrere tätig ist. So OLG. Frankfurt: JW. 1927, 726; OLG. Hamburg: JW. 1928, 1166 (nicht ganz klar); OLG. Stuttgart v. 26. Nov. 1929, ArbKart. Nr. 311 und OLG. Karlsruhe (zitiert bei Fuchs: JW. 1916, 1229). Im Schrifttum vertreten diese Ansicht Waumbach § 832 Anm. 2; Fuchs a. a. O. und Kann § 832 Anm. 2, freilich nicht eindeutig.

2. Die Bedeutung der Entsch. darf man bei dem Einfluß des RG. nicht zu gering veranschlagen. Bei der entgegengesetzten Stellungnahme des R ArbG. droht so ein Zwiespalt zwischen der Rpr. der ordentlichen Gerichte und der ArbG. Da nun wegen § 5 ArbG. die Streitigkeiten der sog. „unselbständigen“ Agenten vor die ArbG. gehören, die der selbständigen aber nicht, werden die an der Pfändbarkeit Interessierten versuchen, bei Rechtsstreitigkeiten vor die ArbG. zu kommen, um die ihnen günstige Rpr. zu erlangen. Dieses Ziel können sie auch erreichen. Es genügt die substantiierte Behauptung, daß es sich um einen unselbständigen Agenten handelt. Denn hierdurch wird auch bei tatsächlicher Unrichtigkeit die Zuständigkeit der ArbG. begründet! (vgl. R ArbG. 2, 121; 4, 125). Immerhin ein unersfreulicher Zustand.

3. Der Angelpunkt des Streites um die Pfändbarkeit der Agentenprovisionen liegt in den Worten des § 832 „einer ähnlichen in fortlaufenden Bezügen bestehenden Forderung“. Welche Erfordernisse sind dadurch aufgestellt? Nach dem R ArbG. a. a. O. und Schmidt-Rimpler: JW. 1930, 1433, der sich auf die allerdings recht dürftigen Materialien stützt, ist nur erforderlich, daß es sich um aus einem Rechtsverhältnis entspringende Forderungen handelt. Das seien aber auch die Provisionsansprüche der Agenten. Das RG. stimmt zwar dem Vordersatz zu. „Es muß sich um Forderungen handeln, von denen auf Grund eines einheitlichen Rechtsverhältnisses bei dessen Fortdauer fortlaufend neue Raten fällig werden.“ Aber die Provisionsansprüche „eines selbständigen (?) Agenten“ gehören nach ihm nicht dazu, „und zwar auch dann nicht, wenn er mit einer Firma in einem festen Vertragsverhältnis steht und für diese tätig zu werden verpflichtet ist“. Der Grund liegt nach dem RG., in Anlehnung an Stein-Jonas, darin, daß „die Provisionsforderungen, wenn auch häufig wiederkehrend, in jedem Fall durch einen neuen, völlig selbständigen Tatbestand begründet werden“. Daß dieser Grund nicht durchschlägt, hat aber schon Schmidt-Rimpler a. a. O. gezeigt. Denn wenn auch die Provisionsforderungen erst durch Abschluß und Zustandekommen

Köln.

7. § 771 ZPO. Zur Frage des Widerspruchsrechts i. S. des § 771 ZPO. des Treuhänders, dem die Aktiva des Schuldners übereignet sind. †)

Der Schuldner hat seine im Vergleich übernommenen Verpflichtungen nicht erfüllt; erst daraufhin ist der Vekl. im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner vorgegangen. Gegen die Zulässigkeit dieser Vollstreckungsmaßnahme richtet sich die Klage. Hierbei kann es zunächst dahingestellt bleiben, ob, wie der Kl. meint, eine Vollstreckung, wenn überhaupt, so gem. § 75 ZPO. nur aus dem bestätigten Vergleich i. Verb. m. einem Auszug aus dem bestätigten Gläubigerverzeichnis wegen der darin als anerkannt bemerkten Forderungen erfolgen durfte und weiter, ob infolge des Verzuges des Schuldners gem. § 7 ZPO. nur ein Erlaß, nicht aber auch die dem Schuldner S. nach dem gerichtlichen bestätigten Vergleich gewährte Stundung hinfällig geworden ist. Denn in jedem Fall würde sich eine derartige Einwendung als eine solche gem. § 767 ZPO. darstellen und müßte daher von dem Schuldner selbst vor dem ProZer. erster Instanz geltend gemacht werden (so mit Recht RG. 112, 301¹); 132, 113²). Selbst wenn man aber der Meinung des Kl. folgen wollte, daß derartige Einwendungen auch in anderen Prozessen einredeweise geltend gemacht werden könnten, so kann doch in keinem Fall der Kl. als im gerichtlichen Vergleichsverfahren bestellte Vertrauensperson an

der Geschäfte entstehen, so werden sie durch diese Tatbestände doch nur im Zusammenhange mit dem als Organismus zu denkenden Grundlageverhältnis aus dem Agenturvertrage erzeugt. Selbständige Entstehungstatbestände liegen also gerade nicht vor. Damit soll nach dem Genannten wie dem R ArbG. der dogmatische Beweis für die Pfändbarkeit geführt sein. Es liege nicht anders als bei den Provisionsforderungen eines Reisenden. Und doch besteht, glaube ich, eine Ungleichheit. Die Provisionsansprüche des ausgestellten Reisenden entstehen m. E. in anderer Weise, nämlich mit dem Vertragschluß bzw. der Abrechnungsperiode. Abschluß und Ausführung der Geschäfte sind nur für Umfang und Fälligkeit, nicht aber für die Anspruchsentstehung von Bedeutung. Sicher liegt es so beim „gewöhnlichen“ Gehalt. Dagegen liegt beim Provisionsanspruch des Agenten der Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs erst bei Abschluß oder gar erst bei Ausführung des Geschäfts. Diese Lehre hat Schmidt-Rimpler m. E. überzeugend fundiert (Handlungsagent S. 154 f.). Dann besteht also doch ein Entstehungstatbestandsmäßiger, ein dogmatischer Unterschied! Die Ansprüche entstehen hier nicht lediglich auf Grund des einheitlichen Grundrechtsverhältnisses i. Verb. m. dem Zeitablauf. Fraglich bleibt allerdings, ob dieser Unterschied für § 832 erheblich ist. Dabei muß auf das Wort „ähnliche“ hingewiesen werden, das sonst so ganz unter den Tisch fallen würde. Mir möchte scheinen, daß in § 832 zwei Gesichtspunkte zusammentreffen. Es muß entweder ein einheitliches Rechtsverhältnis vorliegen, daß nur auf Grund des Zeitablaufes Ansprüche erzeugt. (Ähnlichkeit in dogmatischer Hinsicht, z. B. auch bei Mietverhältnissen.) Oder es genügt, daß das Rechtsverhältnis erst i. Verb. m. anderen Tatsachen Ansprüche hervorbringt, sofern diese wirtschaftlich gehaltsähnlich, Entgelt für unselbständige Arbeit sind. (Insoweit würde also eine Billigkeitserwägung des Gesetzgebers die dogmatische Verschiedenheit ausgleichen.)

Auch von der Seite der Billigkeitserwägung her scheint mir diese Auffassung haltbar zu sein. Bei dem unselbständigen Agenten, namentlich wenn man mit dem RG. dabei die wirtschaftliche Seite betont (vgl. BenschSamml. 7, II, 32), hat der Gläubiger ein verstärktes Interesse daran, die Provisionsansprüche mit einem Erlaß in die Hand zu bekommen. Dem kommt der Gesetzgeber entgegen. Freilich scheint das eine Benachteiligung der unselbständigen Agenten zu sein, wie auch Reichel a. a. O. einwendet. Aber das trifft nur dann zu, wenn man auf diese Bezüge § 850 ZPO., § 1 LohnbestG. nicht anwendet. Hierin liegt m. E. ein Fehler der arbeitsgerichtlichen Rpr. §§ 832 u. 850 ZPO. müssen den gleichen Anwendungsbereich haben, soweit bei § 832 der wirtschaftliche, nicht der rein dogmatische Gesichtspunkt zur Anwendung gelangt. Dann ist aber dieser Billigkeitserwägung der Vorwurf der einseitigen Gläubigerbegünstigung nicht zu machen, da sie ja auch zu einem entsprechenden Ausgleich — einer Pfändbarkeitsgrenze — führt.

Fakultätsassistent Ref. Stefan-Albrecht Riesefeld, Breslau.

Zu 7. 1. Zunächst sei der Tatbestand, soweit ersichtlich, dargestellt: Der Schuldner S. hat ein Vergleichsverfahren beantragt. Der Vergleich ist zustande gekommen und rechtskräftig bestätigt. Inhaltlich ist er ein Katenvergleich. Nach Abschluß des Vergleichs ist die Vertrauensperson auf Grund des Beschlusses einer Gläubigerversammlung zum Treuhänder bestellt worden. Der Schuldner hat ihr seine Warenbestände zur Sicherung der Gläubiger übereignet. Der Schuldner ist dann seinen Verpflichtungen zur Ratenzahlung nicht nachgekommen. Ein Gläubiger hat aus seinem alten Vollstreckungs-

¹) JW. 1926, 1818.

²) JW. 1931, 2118.

Stelle des Schuldners derartige Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung erheben, sondern nur dieser selbst; denn die Vertrauensperson kann niemals an Stelle des Schuldners tätig werden, insbes. keine Prozesse führen oder Rechtsgeschäfte abschließen (Kiesow, 3. Aufl., Anm. II, 1 zu § 40 ZD.). Sie ist nicht einfach Bevollmächtigter des Schuldners.

Die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung kann demnach nur davon abhängig sein, ob der Schuldner im Zeitpunkt der Pfändung Eigentümer der Vollstreckungsgegenstände war oder nicht bzw. davon, ob dem Kl. an diesen ein die Veräußerung hinderndes Recht (§ 771 ZPO.) zusteht. Zwar ist als erwiesen anzuhellen, daß die gepfändeten bzw. versteigerten Gegenstände im Zeitpunkt der Pfändung rechtswirksam auf den Kl. übereignet waren. Die Übertragung an den Kl. ist jedoch nur zu treuen Händen erfolgt. Dies ergibt sich zweifelsfrei aus der Abmachung zwischen dem Schuldner und dem Kl., wie sie im Protokoll v. 27. Dez. 1929 niedergelegt ist, wonach der Kl. die übereigneten Gegenstände nicht zu seinem eigenen Nutzen verwenden durfte, sondern gehalten war, die Gegenstände bestenfalls im Interesse der Gläubiger des Schuldners zu verwerten und den Erlös anteilmäßig an alle Gläubiger auszuschütten. Der Kl. war somit an bestimmte Weisungen des Schuldners gebunden, er übte lediglich eine Verwaltung zu treuen Händen für den Schuldner und dessen Gläubiger aus. Der wirtschaftliche Wert der übereigneten Gegenstände, blieb, solange sie nicht verwertet und mit dem Erlös die Schulden des Treugebers (Schuldners) beglichen waren, bei diesem, während der Kl. nur formell Eigentümer geworden war.

titel vollstreckt. Gegen die Pfändung hat die Vertrauensperson Klage erhoben. Das OLG. hat die Klage abgewiesen.

2. Das OLG. erörtert zunächst, die Klage könne nur als Interventionsklage, nicht als Vollstreckungsgegenklage geprüft werden. Die dazu angestellte Erwägung, die Vertrauensperson sei nicht Bevollmächtigter des Schuldners, liegt m. E. neben der Sache. Der Kl. ist ja zur Zeit seiner Bestellung als Treuhänder gar nicht mehr Vertrauensperson gewesen. Mit dem Abschluß des Vergleichsverfahrens hörte diese Stellung auf (§ 69 Abs. 3 VerglD.). Der Kl. ist freigelegter Treuhänder wie jeder Dritte, und es ist unerheblich, daß er früher Vertrauensperson gewesen ist. — Im übrigen ist der Standpunkt des OLG. zutreffend. Die Vollstreckungsgegenklage kann nur der Schuldner erheben. Der Treuhänder ist aber im eigenen Namen vorgegangen, nicht als Bevollmächtigter des Schuldners in dessen Namen. § 767 ZPO. greift also nicht ein.

3. Die Sicherung der Gläubiger ist im Vergleich nicht vorgesehen. Die Rechtskraft des Vergleichs spielt also für die Berechtigung der Intervention nur eine beschränkte Rolle. Solange der Schuldner seinen Verpflichtungen aus dem Vergleich nachkommt, dient die Sicherung zum Schutz der Vergleichsgläubiger gegenüber Dritten (am Vergleich nichtbeteiligten und neuen Gläubigern). Verdrängt der Schuldner mit der Erfüllung der Vergleichsverpflichtungen in Verbindung und gehen nur einzelne Vergleichsgläubiger vor, so entsteht die Frage, ob die Sicherung auch ihnen gegenüber rechtsbeständig ist.

4. Das OLG. Köln stellt diese Unterscheidung zwischen der Intervention gegen Dritte während der Vergleichserfüllung und der Intervention gegen Vergleichsgläubiger bei Verzug des Schuldners nicht an (s. zu dieser Frage genauer Kiesow, VerglD., Vorbem. vor §§ 5—7; Emmerich, Die Sanierung, S. 116 N. 3 und die dort angeführte Rpr. und Literatur). Der Einteilung der Gründe nach betrifft jedoch ihr erster Teil eher den ersten Fall, ihr zweiter Teil den zweiten Fall.

5. Das OLG. spricht dem Treuhänder das Interventionsrecht aus allgemeinen Erwägungen ab. Der Treuhänder habe nur ein „formelles Eigentum“; in seinem Konkurs habe der Schuldner ein „Aussonderungsrecht“; der Schuldner sei wirtschaftlich Eigentümer geblieben; der Treuhänder habe kein eigenes Interesse; er verwalte nur Interessen Dritter; der Schuldner könne nicht seinen Gläubigern gleichsam einen Privatkonkurs aufzwingen. Diesen Erwägungen möchte ich durchweg nicht beitreten.

Die Unterscheidungen zwischen formellem und materiellem Eigentum, wirtschaftlichem und rechtlichem Eigentum sind verschwommen, die Begriffe für die Rpr. nicht geeignet. Sie sind auch in der neueren Erörterung regelmäßig ausgehen (s. auch Jessen: JW. 1930, 3363 zu N. 3; Emmerich a. a. O. S. 164, 167 N. 3 und die dort näher angeführte Literatur). Eine maßgebliche Formulierung dieser Ablehnung enthält die Entsch. des RG. (RG. 124, 76 = JW. 1929, 1878), die gegenüber dem bekannten Gutachten des RFD. das Sicherungseigentum als ein die Veräußerung hinderndes Recht anerkennt. Das RG. führt aus, „das Sicherungseigentum sei nicht nur ein Eigentum minderen Rechts und wirtschaftlich einem Pfandrecht gleichstehend; die rechtlichen Gesichtspunkte könnten nicht hinter den wirtschaftlichen zurückstehen; eine rechtswirksame Sicherungsvereinbarung sei ein die Veräußerung hinderndes Recht, auch wenn sie wirtschaftlich eine bloße Pfandbestellung bedeute.“

Diese Rechtsauffassung hat bis zum Streit mit dem RFD. so gut wie unbestritten geblieben. Die ZivilRpr. hat an ihr festgehalten. Die Sicherungsvereinbarung verleiht das Interventionsrecht.

Auch dann, wenn der Sicherungsgegenstand nicht den Gläu-

Ein solches nur formelles Eigentum gibt aber dem Kl. kein Recht, der Pfändung zu widersprechen. Von diesem in Rpr. und Rechtslehre anerkannten Rechtsgrundlag (vgl. u. a. Stein-Jonas, Anm. II, 1a zu § 771; Foerster-Kann, 1926 Anm. 3b zu § 771; Sydow-Busch, 20. Aufl., Anm. 3 zu § 771; RG: JW. 1921, 1246; 1928, 244) abzuweichen, besteht keine Veranlassung, da nur auf diesem Wege der auch sonst im bürgerlichen Recht zum Ausdruck gebrachte Rechtsgedanke, daß der Gläubiger überall dort seine Befriedigung suchen soll und darf, wo sich das Vermögen des Schuldners befindet (z. B. § 419 BGB.), praktisch zur Anwendung gebracht werden kann. Auch daraus, daß im Falle des Konkurses des Treuhänders (Kl.) dem Schuldner ein Aussonderungsrecht zuzubilligen wäre, ergibt sich, daß der Schuldner wirtschaftlich Eigentümer geblieben ist (vgl. Jaeger, RD., 6. und 7. Aufl., 1931, Anm. 38 zu § 43). Da aber nur einer Eigentümer sein kann, ist es der Treugeber, auch bei der Pfändung seiner Gläubiger. Der Treuhänder hat daher kein die Veräußerung hinderndes Recht (so auch Handl, Ur. v. 26. Febr. 1930, abgedruckt im Nebenblatt der Frankfurter Btg. v. 6. Febr. 1931; LG. Münster: JW. 1930, 3363; LG. Ludwigshafen: JW. 1931, 2183; Carstens, Anm. zu JW. 1931, 2183).

Auch der vorliegende Sonderfall gibt zu einer abweichenden Beurteilung keine Veranlassung. Daß der Kl. persönlich kein irgendwie geartetes rechtlich zu schätzendes Interesse hat, ergibt sich schon aus der Feststellung, daß er das Treugut lediglich im Interesse dritter Personen verwalte. Aber auch die Gläubiger des Schuldners, denen der Erlös aus dem Treugut anteilmäßig zu-

bigern unmittelbar, sondern einem Treuhänder übereignet wird, wird das Interventionsrecht durchweg anerkannt. Das OLG. Köln erhebt den Einwand, der Treuhänder habe kein persönliches Rechtsinteresse, er sei lediglich im Interesse dritter Personen tätig. An dem für das Interventionsrecht wesentlichen Tatbestand ändert sich aber nichts, wenn das Treugut nicht dem Gläubiger unmittelbar, sondern einem Treuhänder übereignet wird. Die unmittelbare Sicherungsvereinbarung an den Gläubiger ruft regelmäßig ein Treuhänderverhältnis hervor. Die Betonung dieses Treuhänderverhältnisses durch Einschaltung eines besonderen Treuhänders ändert an den maßgebenden Punkten nichts. Das gleiche gilt ferner, wenn das Treugut nicht nur im Interesse eines Gläubigers, sondern im Interesse vieler oder aller Gläubiger eines bestimmten Rechtskreises übertragen wird. Auch hier bleibt der Treuhänder interventionsberechtigt.

Die Erwägung des OLG., daß im Falle des Konkurses des Treuhänders der Schuldner das Aussonderungsrecht hätte, gilt ebenfalls für jede Sicherungsvereinbarung. Wie RG. 124, 75 ausführt, ist die Frage des Aussonderungsrechts im Konkurs der Frage der Intervention bei der Einzelvollstreckung nicht gleichzusetzen; der Grund für die Änderung der Rechtslage im Konkurs besteht nicht darin, daß das Sicherungseigentum ein Eigentum minderen Rechts sei, sondern darin, daß der Konkurs zu einer Lösung nicht nur des sachrechtlichen Verhältnisses, sondern auch des der Sicherungsvereinbarung zugrunde liegenden persönlichen Verhältnisses nötig. Trotz des Aussonderungsrechts des Schuldners im Konkurs des Treuhänders besteht außerhalb des Konkurses das Interventionsrecht des Treuhänders gegen Drittgläubiger.

Überträgt der Schuldner einem Einzelgläubiger Sicherungseigentum, so kann ein Vollstreckungsgläubiger der Intervention regelmäßig nur mit Anfechtung begegnen. Das gleiche gilt bei Übereignung an den Treuhänder zur Sicherung mehrerer oder hier aller am Vergleichsverfahren beteiligten Gläubiger. Die Anfechtung ist aber unbegründet, falls die Sicherungsvereinbarung an den Treuhänder eine wirtschaftlich und rechtlich billigenwertige Maßnahme darstellt. Nur ausnahmsweise wird die Sicherung mißbilligenwert und anfechtbar, z. B. dann, wenn die Schädigung nichtbeteiligter Gläubiger beabsichtigt wird oder wenn die Sicherung längere Zeit nach Abschluß des Vergleichsverfahrens erfolgt, nachdem der Schuldner faul geworden ist, um Neugläubiger zu benachteiligen. Über diese Fragen ist nach allgemeinem Recht zu entscheiden. Grundsätzlich ist das Interventionsrecht gegeben.

6. Die vorstehenden Erörterungen betreffen den Fall der Intervention gegen dritte, am Vergleichsverfahren nichtbeteiligte Gläubiger. Solange der Schuldner seinen Verpflichtungen aus dem Vergleichsverfahren nachkommt, kann sich die Intervention nur gegen solche Gläubiger richten. Erfüllt dagegen der Schuldner seine Verpflichtungen aus dem Vergleich nicht und gehen Gläubiger auf Grund des alten Vollstreckungstitels oder des vollstreckbaren Vergleichs mit Pfändung vor, so steht das Recht zur Intervention gegen sie zur Erörterung.

Die maßgebenden Erwägungen sind hier m. E. folgende: Treuhänderverhältnis verleiht zwar nicht stets das Interventionsrecht. M. E. ist dafür die „Interessenlage“ maßgebend, der vertragsmäßige Inhalt der „Treuhand“. Die formelle Veränderung der Rechtsposition kann echte Treuhand sein, ohne daß sie ein die Veräußerung hinderndes Recht gewährt. Der Schuldner kann aber nicht durch formelle Änderung der Rechtsposition, durch nur in seinem Interesse geschaffene Treuhand, Schutz gegen Vollstreckungen erreichen. Die genauere Erörterung würde hier zu weit führen.

fließen sollte, haben auf diese Art der Befriedigung keinen Anspruch auf Rechtschutz. Denn außerhalb eines Konkurs- oder Vergleichsverfahrens besteht kein gesetzlich anerkannter Anspruch auf Gleichstellung aller Gläubiger. Wollte sie diese herbeiführen, so hätten sie, wenn sie sich davon Erfolg versprachen, die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragen müssen. Andernfalls braucht sich ein Gläubiger die Beschränkung auf eine Quote nicht aufzwingen zu lassen. So lange ein Konkurs- oder Vergleichsverfahren den Gläubiger nicht beschränkt, kann er nicht durch den Willen dritter Personen gehindert werden, im Wege der Einzelvollstreckung seine Befriedigung zu suchen. Wollte man das im vorl. Fall vom Schuldner und einem Teil seiner Gläubiger angewandte Verfahren schützen, so würde dies darauf hinauslaufen, daß jeder Schuldner seinen Gläubigern gleichsam einen Privatkonkurs aufzwingen könnte, ohne ihnen die Sicherung vor Übervorteilung zu bieten, die durch das Tätigwerden des Gerichts bei den gesetzlich festgelegten Verfahren gewährleistet sind. Eine solche Berechtigung kann aber so lange nicht anerkannt werden, als das geltende Recht ein anderes Schuldaufwicklungsverfahren als das Vergleichs- und Konkursverfahren nicht kennt (SantDB. a. a. D.; RG., Art. i. S. 15 U 3093/30; Frankfurter Ztg. Abendblatt v. 6. Febr. 1931; Art. v. 12. Jan. 1926; Berliner Tageblatt v. 27. Mai 1926; LG. München, Art. v. 27. April 1929; Münchener Telegramm-Ztg. v. 5. Juni 1929).

Eine andere Beurteilung der Sach- und Rechtslage käme nur dann in Frage, wenn der Kl. sich an dem Vergleich, der die treuhänderische Übereignung vorsah, persönlich beteiligt hätte; denn in diesem Falle wäre er obligatorisch gehalten, das Treuhandverhältnis gegen sich gelten zu lassen und könnte, ohne arglistig zu handeln, nicht dem Interventionsrecht des Treuhänders widersprechen (so mit Recht Carstens, Anm. zu JW. 1931, 2183). Eine solche Bindung besteht in dem zur Entsch. stehenden Fall jedoch nicht.

(OLG. Köln, 1. ZivSen., Art. v. 7. Dez. 1931, 1 U 111/31.)

Mitgeteilt von R. Plum, Köln.

Dresden.

b) Straffachen.

S. § 35 GewD. Als Vermittlung gilt auch die Tätigkeit, die den Abschluß eines Vertrags nur vorbereitet.

Vermittlung ist jede Tätigkeit, die den Abschluß eines Vertr. herbeiführt oder wenigstens vorbereitet (RegerEntsch. 36, 20). Die Regel wird allerdings sein, daß derjenige, der ein Darlehen vermittelt, dies unmittelbar tut, indem er ausdrücklich im Namen und im Auftrag eines

Näheres siehe bei Emmerich a. a. D. S. 152 f., 156 f., 178 Nr. 1 mit Zitaten. Siehe auch z. B. die der Sache nach gleichbedeutende (wenn auch etwas anders formulierte) Darlegung bei Stein-Jonas zu § 771 N. 34—37 b. Siehe dagegen insbes. Friedmann, Gutachten z. 36. Deutschen Juristentag S. 880 f., 886 f., 897.

Bei der Sanierungstreuhand bleibt der Treuhänder auch dann Eigentümer, wenn die Gläubiger nicht befriedigt werden. Sein Eigentum ist ja nicht resolutiv bedingt. Dagegen wird die Interessenlage hier zweifelhaft. Ihre Änderung bietet zu grundsätzlichen Erwägungen über das Verhältnis des Treuhänders zu den dissentierenden Gläubigern und den Umfang der „Treu macht“ Anlaß.

Das OLG. Frankfurt a. M. führt in dem Art. v. 7. Dez. 1931 (3 U 232/31) aus, „das Verwaltungsver- und Verwertungsrecht des Treuhänders sei zweckgebunden. Bei einem Vertrag zur Ausführung eines bestätigten Vergleichs könne die Treu macht nicht weiter reichen, als es dem Inhalt des Vergleichs entspreche. Die Gläubiger dürfen nicht über den Vergleich hinaus in der Verfolgung ihrer Rechte von den Maßnahmen ihrer Treuhänder abhängig sein. Die Treuhänder seien nicht befugt, die Abwicklung des Vergleichs nach ihrem Ermessen weiter zu betreiben, wenn die Gläubiger an ihn nicht mehr gebunden seien. Die Treuhänder seien daher verpflichtet, nach Eintritt der Voraussetzungen des § 7 WD. von ihrem Interventionsrecht gegenüber den beteiligten Gläubigern keinen Gebrauch mehr zu machen.“

Die Erwägungen dieses Art. stehen dem Problem näher als die des OLG. Köln. Die Rechtsnatur der Treuhand als eines die Intervention hindernden Rechts wird nicht verkannt. Die Ablehnung der Intervention wird dem Kern nach aus der Interessenlage und ihrem Einfluß auf den Umfang der Treu macht als eines die Veräußerung hindernden Rechts hergeleitet. Die Rechtsposition des Treuhänders wird beschränkt, sobald die Bindung der Gläubiger an den Vergleich weggefallen ist, da sonst die Sicherungsübereignung aus einem Schutz der Gläubiger zu einer Fessel für sie werde.

Auch diesen Ausführungen möchte ich aber aus weitergehenden Erwägungen nicht beitreten.

Die Sicherungsübereignung an den Treuhänder nach Bestätigung des gerichtlichen Vergleichs (ebenso beim außergerichtlichen Vergleich) soll die Befriedigung der beteiligten Gläubiger durch eine materielle Unterlage sichern. Diese Unterlage, die dem Zugriff Dritter gegenüber abgegrenzt wird, steht auch den begünstigten Gläubigern nicht nach Ermessen zum Zugriff frei. Hier gilt eine Sonderordnung. Die Ver-

anderen einen Darlehnsgeber ausfindig macht. Es ist jedoch begrifflich und tatsächlich sehr wohl möglich, daß die Vermittlung des Darlehns auch mittelbar erfolgt, nämlich dann, wenn Handlungen vorgenommen werden, die mittelbar der Beschaffung des Darlehns dienen und sie zu fördern bestimmt sind. Als eine solche vorbereitende, aber doch fördernde Tätigkeit kennzeichnet sich auch das Tun des Angekl. Ergibt sich schon rein sprachlich aus dem Begriff der Darlehnsvermittlung, daß darunter jede auf Beschaffung des Darlehns abzielende, wenn auch erfolglose Tätigkeit zu verstehen ist (vgl. RegerEntsch. 25, 17), so folgt die Richtigkeit dieser Auffassung noch in erhöhtem Maße aus dem Zweck, dem die vom Angekl. entfaltete Tätigkeit diene. Dieser bestand darin, die Selbstsuchenden einem Geldgeber zuzuführen. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Angekl., wenn auch nur mittelbar, zu diesem Zwecke „vermittelte“. Seine Vermittlungstätigkeit wäre noch deutlicher als solche in Erscheinung getreten, wenn er für einen Darlehnsantrag Gebühren erhalten hätte, die sich nach der Höhe des gewünschten Darlehns richteten.

(OLG. Dresden, Art. v. 26. Aug. 1931, 1 Ost^a 79/31.)

Mitgeteilt von Dr. Alfred Weber, Dresden.

Berlin.

Landgerichte.

I. Hypothekenprolongation ist keine Krediteinräumung i. S. § 6 Ziff. 1 DevisWD. v. 1. Aug. 1931. f)

Nach § 6 Ziff. 1 DevisWD. v. 1. Aug. 1931 (RGBl. 421) dürfen Kredite, die auf RM. oder GM. lauten, nur mit schriftlicher Genehmigung der Devisenbewirtschaftungsstelle Personen eingeräumt werden, die im Ausland (oder im Saargebiet) anässig sind. Unter die Einräumung eines Kredits fällt auch die Hypothekenbestellung, d. h. die Bewilligung einer RM.- oder GM.-Hypothek an eine im Ausland anässige Person (vgl. auch Caro, DNotZ. 1931, 572). Dies wird noch besonders durch Ziff. 17 des 2. Abschn. der Richtlinien des RMW. i. d. Fass. v. 29. Dez. 1931 (Roppe, Notrecht S. 577 f.) klargestellt, wo bemerkt wird, daß als Krediteinräumung die Bestellung einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld an einem inländischen Grundstück für die Schuld eines Ausländers (oder Saarländers) gilt.

Zu Ziff. 18 a. a. D. ist jedoch ausdrücklich bestimmt, daß eine Genehmigung nach § 6 Ziff. 1 WD. nicht erforderlich sei zur Verlängerung (Prolongation) eines eingeräumten Kredits (vgl. auch Caro a. a. D. und S. 709). Die Fassung des § 6 Ziff. 1 läßt auch keinen Zweifel darüber aufkommen, daß unter Krediteinräumung nur die Einräumung eines neuen Kredits, d. h. hier die Be-

wertung erfolgt in bestimmter Weise durch den Treuhänder (regelmäßig unter Aufsicht eines Gläubigerausschusses). Wie die Sicherung den einzelnen Gläubiger als Mitglied der Gläubigergemeinschaft schützt, bindet sie ihn hinsichtlich der Verwertung. Auch der geschädigte Gläubiger steht dem gebundenen Gut wie ein unbeteiligter Gläubiger gegenüber. Er kann nicht in dem Augenblick, in dem ihm die vom Schutz untrennbare Bindung lastig wird, sie durchbrechen. Das Interventionsrecht des Treuhänders ist ihm gegenüber wie jedem anderen Gläubiger wirksam. Ebenso OLG. Augsburg: KonkTrW. 1930, 26; anders RG. und OLG. Hamburg: Frankfurter Ztg. 1931 Nr. 99; f. auch RG.: KonkTrW. 1931, 110.

Die Vergleichsicherung vereinigt die Gläubiger zwangsweise zu einer Gemeinschaft. Solange die Mehrheit an der vorgesehenen Abwicklung festhält, bleibt die Grundlage des Rechtsgeschäfts unerschüttert. Das entscheidende Gewicht ist nicht auf die Selbständigkeit der Gläubiger, die sich von der Gruppe lösen wollen, zu legen, sondern umgekehrt auf den Willen der Mehrheit. Die Sicherung stellt ein Gesamtrechtsgeschäft zugunsten aller beteiligten Gläubiger dar (s. dazu Emmerich a. a. D. S. 60, 121 f.), das von einzelnen nur in den allgemainen Formen der Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz durchbrochen werden kann.

Die Sanierungstreuhand bezweckt die Abwicklung nach dem Verteilungsprinzip. Sie will das Prioritätsprinzip ausschließen. Diese Treuhand besteht, solange sie von dem Willen der Majorität getragen wird (s. Emmerich a. a. D. S. 121).

Danach ist m. E. die Intervention auch gegenüber einem Gläubiger, der wegen Verzuges vollstreckt, berechtigt.

RM. Dr. Hugo Emmerich, Frankfurt a. M.

Zu 1. Daß die Prolongation eines Kredits keine Krediteinräumung ist, stellt II 18 b der Richtlinien eindeutig klar. Unrichtig ist aber, wenn es sich, wie anzunehmen, bei dem Besch. um ein von einem Ausländer einem Inländer gewährtes Hypothekendarlehen handelt, die für die Entsch. allerdings nicht erhebliche Feststellung, die Hypothekenbestellung durch den inländischen Grundstückseigentümer sei schlechthin als Krediteinräumung anzusehen. Nach II 17 c der Richtlinien ist sie dies nur, wenn sie für die persönliche Schuld eines vom Grundstückseigentümer verschiedenen Ausländers erfolgt. Die Gründe hierfür habe ich JW. 1932, 321 dargelegt. RegR. Dr. G. Hartenstein, Berlin.

Stellung einer neuen Hypothek verstanden werden kann. Wäre z. B. die hier fragliche Hypothek gelöscht und durch eine andere abgelöst worden, so hätte es zur Bestellung der neuen Hypothek der Genehmigung bedurft (Ziff. 19 a. a. O. spricht von der Genehmigung — und damit der Genehmigungspflicht — einer solchen Ablösung). Im vorl. Falle handelt es sich aber lediglich um die Verlängerung eines bereits bestehenden Hypothekarkredits. Daß die Hypothek von der Gläubigerin vorjorglich gekündigt worden ist, steht der Annahme einer bloßen Prolongation hier um so weniger entgegen als die Kündigung offensichtlich nur erfolgte, um die erschwerten als die Vorschr. der §§ 2, 3 FallG. auszuscheiden. Ebenjowenig, wie die Hypothek durch die Kündigung und die Vereinbarung neuer Bedingungen ihren Charakter als aufgewertetes Recht verloren hat, liegt hier die Einräumung eines neuen Kredits i. S. des § 6 Ziff. 1 DevisW. vor.

(RG. I Berlin, Beschl. v. 27 Jan. 1932, 201 T 174/32.)
Mitgeteilt von GerArz. Seibert, Berlin.

**B. Arbeitsgerichte.
Reichsarbeitsgericht.**

Berichtet von Rechtsamw. Abel, Essen, Rechtsamw. und Dozent Dr. Georg Baum, Berlin und Rechtsamw. Dr. W. Doppermann, Dresden.

1. Zum Begriff des Einzelhandels ist nicht erforderlich, daß für seinen Betrieb ein offener Laden unterhalten wird. Der TarVertr. für den Großberliner Einzelhandel erfährt auch solche Angestellte, die nicht in offenen Verkaufsstellen beschäftigt sind, insbes. also Reisende.

Der Begriff des Einzelhandels ist kein feststehender, insbes. ist nicht erforderlich, daß für seinen Betrieb ein offener Laden unterhalten wird. Wenn NArbG. 4, 250 davon gesprochen hat, daß im wirtschaftlichen und rechtlichen Sinne Einzelhandel jeder Voll- oder Winderkaufmann betreibt, der in offenen Läden ständig kleine Mengen Waren an Selbstverbraucher abgibt, so hat es damit nicht auszusprechen wollen, daß ein Einzelhandel ohne offenen Laden nicht denkbar sei. Wohl aber hat es in der angezogenen Entsch. auf zwei wesentliche andere Momente, nämlich auf den Absatz in kleinen Mengen und unmittelbar an den Selbstverbraucher hingewiesen, die das Wesen des Einzelhandels näher bestimmen (NArbG. 618 u. 691/30 v. 18. April 1931). Der Umstand, daß Kl. kein offenes Ladengeschäft betreibt, steht also der Auffassung, daß ihr Betrieb ein Einzelhandelsbetrieb sei, nicht entgegen. Es trifft auch nicht zu, daß der TarVertr. für den Groß-Berliner Einzelhandel nur die Angestellten in offenen Verkaufsräumen habe erfassen wollen. Daß der TarVertr. für diese besonders wichtige Gruppe von kaufmännischen Angestellten unter Ziff. 3 besondere Best. über das Zuendebedienen der Kundschaft u. dgl. mehr trifft, ist nur natürlich. Im übrigen geht aber aus Ziff. 1, wo der TarVertr. seinen Geltungsbereich ausdrücklich auf alle kaufmännischen Angestellten mit alleiniger Ausnahme der handlungsunbefähigten Geschäftsführer und Prokuristen erstreckt, eindeutig hervor, daß der TarVertr. auch solche kaufmännischen Angestellten erfassen wollte, die nicht in offenen Verkaufsstellen beschäftigt sind, insbes. also Reisende.

(NArbG., Urt. v. 26. Sept. 1931, RAG 116/31. — Berlin.) [D.]

Berlin. Landesarbeitsgerichte.

1. Zur Anwendbarkeit des Tarifvertrages für den Berliner Einzelhandel. Der in einer Ausgleichsquittung von dem Arbeitnehmer ausgesprochene Verzicht bringt nicht Ansprüche des Arbeitnehmers zum Erlöschen, die dieser beim Ausscheiden nicht gekannt hat.

Als Geschäfte des Einzelhandels getätigt sind alle die anzusehen, bei denen kleinere Mengen Waren an Selbstverbraucher verkauft werden (NArbG. 4, 250 und BenschSamml. 12 [NArbG.], 228). Gerade darin bestand die Tätigkeit des Kl., der als Werbebeamter und Verkäufer ausdrücklich von der Bekl. angestellt war. Daß die Bekl. sich auch mit der Herstellung der Erzeugnisse befaßt, ja diese in Leipzig im Hauptgeschäft in erster Linie betreibt, ändert nichts daran, daß die von ihr erzeugten Waren in Berlin von ihr vertrieben worden sind. Gerade die vom Kl. zu verkaufenden Artikel

Zu 1. Die Feststellungen rechtfertigen sowohl die Anwendung des TarVertr. für den Berliner Einzelhandel wie auch die Einlösung des Kl. in die von ihm in Anspruch genommene Gruppe.

Auch die Bewertung der Ausgleichsquittung verdient Beifall. Von einem Verzicht auf tarifliche Ansprüche kann nicht die Rede sein, wenn der Arbeitnehmer sie beim Ausscheiden nicht gekannt hat.

Ebenjowenig kommt eine Verwirkung der Ansprüche durch verspätete Klagerhebung in Frage, weil das bloße Zuwarten erst von dem Augenblick an in Lauf kommt, in welchem der Arbeitnehmer die Ansprüche erfährt (NArbG.: BenschSamml. XII, 232).

RA. Dr. Julius Kay, Hannover

konnten dem Werte und der Verwertbarkeit der Gegenstände entsprechend nur in kleinen Mengen, wenn nicht stückweise, verkauft werden. Insofern können Bedenken, den TarVertr. für den Berliner Einzelhandel zur Anwendung zu bringen, nicht bestehen. Aber auch mit dem anderen Einwand kann die Bekl. nicht gehört werden, daß sie nämlich als Leipziger Unternehmen nicht unter den TarVertr. für den Berliner Einzelhandel fallen könne. Der Kl. ist für Berlin von der Berliner Zweigniederlassung eingestellt worden. Er hat auch tatsächlich seine Tätigkeit nur in Berlin ausgeübt, unterstand der Berliner Leitung der Berliner Zweigniederlassung und regelte seine Zahlungen und Lohnrechnungen nur mit dieser. Auch war es die Berliner Leitung, die die Kündigung ausgesprochen hat. Aus alledem ergibt sich, daß das ganze Vertragsverhältnis sich in Berlin abgewickelt hat; hier war der Sitz desselben; deswegen muß auch der TarVertr. für den Berliner Einzelhandel in Anwendung gebracht werden (vgl. NArbG.: BenschSamml. V, 486 ff., insbes. 489 ff.). Der Kl. nimmt auch zutreffend für sich mit Recht in Anspruch, der Gruppe III dieses TarVertr. zugerechnet zu werden.

Der Kl. hat erst längerer Zeit nach seiner Entlassung davon gehört, daß ihm ein Anspruch auf Entlohnung nach Gruppe III des genannten TarVertr. zustehe. Er wußte zum Zeitpunkt seiner Entlassung, als ihm das Schriftstück zur Unterschrift vorgelegt wurde, noch nichts von seiner weitergehenden Gehaltsforderung, die er nach dem TarVertr. hätte beanspruchen können. Nach feststehender Rspr. des NArbG. kann der Arbeitnehmer aber nur auf solche Forderungen verzichten, deren Dasein er kennt oder wenigstens für möglich hält (NArbG.: BenschSamml. VI [NArbG.], 78; VIII [NArbG.], 498). Es kann von einem Verzicht auf Tariflohn — der im übrigen auch grundsätzlich niemals zu vermuten ist (NArbG.: BenschSamml. VI [NArbG.], 604) — dann nicht die Rede sein, wenn die Parteien an die Möglichkeit, daß andere Löhne nach dem TarVertr. gezahlt werden müßten, gar nicht gedacht haben. Die Bekl. hat jetzt noch in Abrede gestellt, daß der TarVertr. für den Berliner Einzelhandel hier Platz greifen müsse. Sie hat also entweder nicht erwogen, den Kl. nach diesen Tarifätzen zu bezahlen, oder es beruht abgelehnt, weil dieser Tarif ihrer Auffassung nach für dieses Dienstverhältnis nicht zur Anwendung zu bringen war. Gerade aus diesem Verhalten der Bekl. ergibt sich, daß sie sich auf einen Verzicht bei dieser Sachlage nicht berufen kann (vgl. NArbG.: BenschSamml. VI [NArbG.], 78 ff.). Der Kl. hat den TarVertr. nicht gekannt, er konnte deswegen auch nicht auf den Tariflohn verzichten.

(NArbG. Berlin, Urt. v. 22. Sept. 1931, 102 S 1836/31.)
Mitgeteilt von RA. Ewald Friedländer, Berlin.

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich.

Reichsfinanzhof.

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

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

A. Gutachten.

1. § 235 Nr. 4 RAbgD.; § 2 Nr. 3 RZStD. (Teil 17 Kap. III der WD. des RPräs. v. 18. Dez. 1931, RWBl. I, 699 ff., 731.)
a) Gegen den Bescheid des FFinA., mit dem der Antrag auf Erteilung einer Bescheinigung nach § 2 Nr. 3 der Vorschriften über die RZSt. abgelehnt wird, kann der Antragsteller auf Grund des § 235 Nr. 4 RAbgD. 1931 eine Entscheidung des RZF. im Berufungsverfahren herbeiführen.

b) Das Berufungsverfahren wird durch einen Antrag bei dem örtlich zuständigen FFinA. eingeleitet, der auf Feststellung dahin geht, daß Steuerfreiheit nach § 2 Nr. 3 der Vorschriften über die RZSt. gegeben ist.

c) Für den ablehnenden Bescheid des FFinA. ist keine Rechtsmittelbelehrung gesetzlich vorgeschrieben.

1. In der RotWD. v. 8. Dez. 1931 ist im 7. Teil Kap. III über „Reichsfluchtsteuer und sonstige Maßnahmen gegen die Kapital- und Steuerflucht“ in § 1 angeordnet, daß Personen, die zu bestimmter Zeit Angehörige des Deutschen Reichs gewesen sind und innerhalb eines bestimmten Zeitraums ihren inländischen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland ausgegeben haben oder aufgeben, eine RZSt. zu entrichten haben. Sodann sagt § 2: „Von der RZSt. sind befreit:

1. . . . 2. . . .
3. Personen, denen das FFinA. bescheinigt hat, daß die Aufgabe des inländischen Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts im Inland in deutschem Interesse liegt oder aus Gründen erfolgt, die volkswirtschaftlich gerechtfertigt sind.“
Die Vorschr. der RotWD. über die RZSt. haben einen Vor-

gänger in dem StFG. v. 26. Juli 1918 (RGBl. 951 ff.). In § 1 dieses Gef. waren den ihren Wohnsitz im Inland ausübenden Personen bestimmte Verpflichtungen auferlegt. Sodann bestimmte § 21: „Auf Antrag erfolgt eine Freistellung von der nach § 1 begründeten Verpflichtung, wenn die Auswanderung im deutschen Interesse liegt oder wenn die Ablehnung des Antrags eine außergewöhnliche Härte darstellen würde.“

Die Landesregierung bestimmt die Behörden, die über den Antrag zu entscheiden haben, und die zulässigen Rechtsmittel.“

Im Entwurf des Gesetzes war eine Mitwirkung des RFG. nicht vorgesehen. Durch den Antrag Nr. 722 wurde in der ersten Lesung beantragt, dem § 21 Abs. 2 folgenden Zusatz zu geben: „Die endgültige Entsch. erfolgt durch den RFG.“ Der Antrag wurde angenommen.

In der 2. Lesung wurde vorgeschlagen, an Stelle des RFG. den Bundesrat zu setzen. Dieser Antrag fand Ablehnung, jedoch wurde dem Satz „Die endgültige Entsch. erfolgt durch den RFG.“ hinzugefügt: „Dieser kann nur zugunsten des StPfl. angerufen werden.“ In dieser Form wurde die Vorschr. Gesetz.

Mit dem Inkrafttreten der RAbgD. wurde durch deren § 456 Abs. 2 a. F. der § 21 StFG. durch folgende Vorschr. ersetzt: „Über den Antrag auf Freistellung entscheidet das VFinA. Gegen dessen Entsch. steht dem StPfl. die Beschwerde an den RFG. zu; dieser entscheidet im Beschlußverfahren.“

Anrufungen des RFG. auf Grund der vorgenannten Vorschr. des StFG. sind erfolgt, und der RFG. hat sich insbes. mit der Auslegung des Begriffs „deutsches Interesse“ mehrfach zu beschäftigen gehabt (vgl. RFG. 1, 46; 3, 87; 13, 204).

Aus dieser Vorgeschichte ergibt sich für die jetzt gestellte Frage ein Dreifaches:

1. Das Vorliegen eines „deutschen Interesses“ spielte auch in dem alten Gesetz eine Rolle,
2. zur Entsch. über die Freistellung, die von dem Vorliegen des „deutschen Interesses“ abhängig war, war auch dort das VFinA. zuständig,

3. die endgültige Entsch. über die Freistellung lag beim RFG.
II. Die RotW. v. 8. Dez. 1931 enthält keine Vorschr. darüber, ob ein Rechtsmittel und welches für den Fall gegeben ist, daß das VFinA. es ablehnt, die nach § 2 Nr. 3 für die Befreiung von der Steuer vorgesehene Bescheinigung zu erteilen.

Erteilung wie Ablehnung der Bescheinigung sind Verfügungen innerhalb des Verfahrens über die RFGSt. Um die Einordnung in das Steuerverfahren anzunehmen, genügt die Feststellung, daß die Bescheinigung innerhalb des Abschnitts der RotW. geregelt ist, die die RFGSt. behandelt, daß die VFinA. im Rahmen dieses Steuergesetzes mit der Aufgabe der Erteilung betraut sind, und daß von der Erteilung oder Ablehnung der Bescheinigung die Zubilligung oder Nichtzubilligung der Steuerbefreiung abhängig gemacht ist. Hätte dennoch das gesamte Verfahren über die Bescheinigung aus dem Steuerverfahren herausverwiesen werden sollen, so wäre dies nur in Formen möglich gewesen, die diese Absicht klargestellt hätten, wie dies etwa in dem § 29 ASiedG. seit der Ergänzung dieser Vorschr. v. 7. Juni 1923 (RGBl. 364) oder in den Vorschr. über die Feststellung der Gemeinnützigkeit seit der GemeinnützigkeitsW. mit Wirkung auch für das Steuerrecht geschehen ist. Eine solche ausdrückliche Herausnahme des Bescheinigungsverfahrens aus dem Steuerverfahren fehlt hier. Danach ist das Verfahren über die Erteilung und Befragung der Bescheinigung in das Verfahren über die RFGSt. eingeordnet. Trifft dies aber zu, so gelten für das Verfahren, da es sich bei der RFGSt. um eine Reichsteuer handelt, die Vorschr. der RAbgD. (§ 3). Davon geht auch der RFG. in seinem Ersuchen um die Erstattung des vorliegenden Gutachtens aus. Welches Rechtsmittelverfahren innerhalb der RAbgD. maßgebend ist, kann erst entschieden werden, wenn die formelle Gestaltung der RFGSt. nach der RotW. klargestellt ist.

Nach § 4 entsteht die Steuerschuld

a) bei StPfl., die vor dem Inkrafttreten der W. ausgewandert sind, mit dem Inkrafttreten und
b) bei StPfl., die seit dem Inkrafttreten ausgewandert sind oder auswandern, mit der Aufgabe des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts im Inland.

Die Bescheinigung nach § 2 Nr. 3 darf das VFinA. nur ausstellen, wenn der Antrag darauf von den unter a fallenden Personen spätestens bis zum Ablauf eines Monats nach dem Inkrafttreten der W. und von den unter b fallenden Personen bis zur Aufgabe des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts im Inland gestellt wird.

Aus der Zusammenstellung dieser beiden Vorschr. der §§ 2 und 4 ergibt sich, daß im Augenblick rechtzeitiger Antragstellung bei den Personen zu a bereits eine Steuerpflicht entstanden sein muß, wenn die Voraussetzungen für eine Befreiung nicht vorliegen, während bei den Personen zu b eine Steuerschuld noch nicht entstanden sein kann; denn wäre sie — durch die Auswanderung — entstanden, dann wäre der Antrag verspätet.

Daraus folgt weiter, daß es sich bei dem Streit der Personen zu a über die Erteilung der Bescheinigung zugleich um einen Streit über das Bestehen der Steuerschuld handelt, auch wenn sich dieser Streit zunächst in dem gesonderten Verfahren über die Bescheinigung

abspielen sollte. Bei den Personen zu b handelt es sich dagegen regelmäßig darum, ob im Falle einer späteren Auswanderung die Steuerschuld entstehen würde. Sofern indessen die Personen der Gattung b trotz Ablehnung ihres Antrags auf die Bescheinigung oder ohne Rücksicht auf das schwebende Verfahren zunächst abwandern, kann es auch bei ihnen zu einem Streit über das Bestehen der Steuerschuld kommen.

Angeichts der hiernach möglichen Fälle ergeben sich folgende Fragen:

I. Kann der StPfl. die Nachprüfung einer Ablehnung der Bescheinigung aus § 2 Nr. 2 a. a. D. in einem gesonderten Verfahren verlangen? Ist dieses Verfahren das der Beschw. oder das Berufungsverfahrens gemäß den Vorschr. der RAbgD.?

2. Falls die Zulässigkeit des Berufungsverfahrens angenommen wird: Wie ist dieses Verfahren einzuleiten und durchzuführen?

III. Die Bescheinigung über die Steuerbefreiung gem. § 2 Nr. 3 RFGSt. wird, wie oben ausgeführt, im Steuerverfahren erteilt. Ihre Ablehnung ist danach ebenfalls die Verfügung einer Finanzbehörde. Gegen solche Verfügungen ist nach § 237 RAbgD. 1931 die Beschw. (§ 303) gegeben, falls es sich nicht um eine der in den §§ 228—236 bezeichneten Verfügungen handelt; im letzten Falle tritt, da es sich um eine Besitzsteuer handelt, das Berufungsverfahren ein.

Um was für eine Art von Verfügung handelt es sich nun bei dem Ablehnungsbescheid?

Er ist weder ein förmlicher Steuerbescheid nach § 211 noch ein nicht förmlicher Steuerbescheid nach § 212, weil weder eine Willenskundgebung eines VFinA. vorliegt, noch ein bestimmter Betrag als Steuer verlangt wird. Ferner liegen auch die in den §§ 214, 215 für Feststellungsbescheide aufgestellten Merkmale nicht vor. Ebensovienig kann es sich um einen Veranlagungsbescheid nach § 210 Abs. 1 S. 2 handeln. Offensichtlich ist schließlich ebenfalls, daß keiner der im § 235 Nr. 1, 2, 3, 4 S. 1 und 2, 5 genannten Bescheide gegeben ist. Es bleibt daher nur zu prüfen, ob der Ablehnungsbescheid nicht einen der im § 235 Nr. 4 Endsatz vorgesehenen Bescheide über eine „sonstige Steuerbegünstigung“ darstellt, auf deren Gewährung oder Befreiung ein Rechtsanspruch besteht.

Daß eine Steuerbefreiung eine Steuerbegünstigung ist, bedarf keiner Erörterung. Fraglich kann im vorl. Falle nur sein, ob auf diese Steuerbefreiung nach dem Inhalt der Gesetzesbestimmungen beim Vorliegen der dort aufgeführten materiellen Voraussetzungen von vornherein ein Rechtsanspruch gegeben ist. Dagegen ließe sich folgendes anführen:

1. Bei der Erteilung der Bescheinigung handle es sich um ein dem Veranlagungsverfahren teils vorgeordnetes, teils ihm nebensubordiniertes besonderes Verwaltungsverfahren. Die Bescheinigung sei ein völlig selbständiger Verwaltungsakt, auf den der Antragsteller kein Recht habe. Liege sie vor, so sei ein Rechtsanspruch auf Befreiung gegeben. Fehle sie, so komme ein Rechtsanspruch auf Befreiung überhaupt nicht zur Entstehung.

2. Sachlich sei diese formelle Betrachtung des Verfahrens gerechtfertigt. Es handle sich bei Erteilung und Ablehnung der Bescheinigung um Beurteilung eines für die Befreiung vor richterlichen Instanzen ungeeigneten Befreiungstatbestandes. Ob deutsches Interesse oder wirtschaftlich rechtfertigende Gründe bei der Auswanderung vorlägen, könne nur auf Grund politischer und wirtschaftspolitischer Erwägungen entschieden werden, die ihrer Natur nach richterlicher Nachprüfung schwer zugänglich seien.

Weder der formale noch der sachliche Einwand erscheinen indessen geeignet, die Annahme eines Rechtsanspruchs auf die Befreiung und damit den Rechtsschutz, den die RAbgD. für die Durchsetzung eines solchen Rechtsanspruchs zur Verfügung stellt, in dem hier gegebenen Falle auszuschließen. Für diese Auffassung sind folgende grundsätzliche Erwägungen maßgebend:

1. Ein Rechtsanspruch auf eine Steuerbegünstigung ist im Zweifel dann anzunehmen, wenn die Zubilligung der Vergünstigung nicht in das Ermessen der zur Entsch. berufenen Verwaltungsbehörden gestellt ist. Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der jetzt maßgebenden Vorschr. des § 235 Nr. 4 ebenso wie aus der allgemeinen Entwicklung des Rechtsschutzgedankens, die in dieser Best. ihren Niederschlag gefunden hat.

2. Daß im vorl. Falle durch die Einschaltung der Bescheinigung der Entsch. über ihre Erteilung und damit über die Befreiung in das Ermessen der Verwaltung hat gestellt werden sollen, ist nicht ausdrücklich ausgesprochen und kann nicht unterstellt werden.

Ebensovienig ist festgestellt, daß trotz Anerkennung eines Rechtsanspruchs entgegen der Rechtsschutzweiterung, die in die RAbgD. soeben erst aufgenommen worden ist, der Verordnungsgeber den Rechtsschutz gerade im vorl. Falle habe versagen wollen.

3. Liegt aber keine in das Ermessen der Verwaltung gestellte Vergünstigung vor und ist der Rechtsweg nicht ausdrücklich ausgeschlossen, so findet § 235 Nr. 4 Anwendung. Damit ist das Berufungsverfahren und die Möglichkeit der Anrufung des RFG. in ihm gegeben. Die Art der zu treffenden Entsch. rechtfertigt unter diesen Umständen die Ablehnung des Rechtsschutzes nicht.

Im einzelnen ist zur Begründung der vorstehenden Auffassung auf folgendes hinzuweisen:

In der Begründung zu den Gesetzentwürfen über die Steuerbereinfachung (Reichsrat Tag. 1930 zu Nr. 181) ist zum Art. I Nr. 52—223 RAbgD. a. F., § 235 n. F. auf S. 57 gesagt: „Der § 223 enthält im Satz 1 die Vorschr., daß die Rechtsmittel der §§ 217—219 ferner gegeben sind gegen Bescheide über Erstattungs- und Vergütungsansprüche, die aus Rechtsgründen zugelassen sind, und zurückgefordert werden. Diese Vorschr. werden auch nach der neuen Fassung, die Art. I Nr. 52 vorschlägt, in dem § 223, und zwar als Nr. 4, verbleiben. Sie sollen jedoch eine Verallgemeinerung insoweit erfahren, als ganz allgemein gegen Bescheide über Steuererleichterungen, auf deren Gewährung oder Belassung ein Rechtsanspruch besteht (vgl. insbes. § 78 RAbgD.), die Rechtsmittel der §§ 217—219 gegeben werden.“

Hier werden also in unmittelbarem Zusammenhang die Erstattungsansprüche, die „aus Rechtsgründen“ zugelassen sind, mit den Steuervergünstigungen genannt, auf deren Gewährung „ein Rechtsanspruch“ besteht, und diese zusammenfassende Aufzählung ist dann auch in das Gesetz übergegangen. Der Ausdruck „aus Rechtsgründen“ entspricht der bisherigen Fassung des § 223, der neu gebrauchte Ausdruck „Rechtsanspruch“ dürfte nichts wesentlich anderes bedeuten. Unter Ansprüchen, die aus Rechtsgründen geltend gemacht werden, versteht man solche, „bei denen die Behörde, die darüber zu entscheiden hat, dem Antrag, ohne daß es auf ihr Ermessen ankäme, stattgeben muß, wenn die im Gesetz bezeichneten Voraussetzungen gegeben sind; im Gegensatz bilden die aus Billigkeitsrücksichten zugelassenen Ansprüche, bei denen die Anerkennung des Anspruchs nach dem Gesetz in das Ermessen der Verwaltung gestellt ist“. Die Rpr. des RStJ. stimmt mit diesen Ausführungen überein (vgl. RStJ. 7, 45; 3, 278). In gleicher Weise steht der Rechtsanspruch des § 235 Nr. 4 RAbgD. 1931 Endsatz dem aus Billigkeitsgründen gewährten Anspruch gegenüber. Wendet man diesen Grundsatz auf den § 2 RStSt. v. 8. Dez. 1931 an, so hängt die Bejahung der Frage, ob von vornherein ein Anspruch auf die Steuerbefreiung auch in den Fällen der Nr. 3 gegeben ist, davon ab, welche Bedeutung der Einschaltung der Bescheinigung beizumessen ist. Nun wird allerdings nicht verkannt, daß zwischen den Befreiungsgründen der Nr. 1, 2, 4 auf der einen und dem Befreiungsgrund der Nr. 3 auf der anderen Seite der formelle Unterschied besteht, daß eine Bescheinigung des Finanz. erforderlich ist. Gewiß hätte dieser Einschaltung der Bescheinigung eine den Rechtsanspruch ausschließende Bedeutung im vorliegenden Sinne, d. h. der Verweisung des Antragstellers auf das billige Ermessen der Verwaltung, beigelegt werden können. Anhaltspunkte dafür, daß man dies beabsichtigt habe, lassen sich indessen nicht erkennen. Es handelt sich um eine Befr. Vorschr. Die Erteilung der Bescheinigung ist nach dem Wortlaut nur davon abhängig, daß die Befreiungsgründe vorliegen und rechtzeitig geltend gemacht werden. Die Bescheinigung stellt sich nach der Fassung der Best. also lediglich als pflichtmäßige Feststellung des Vorhandenseins dieser Voraussetzungen dar. Trifft dies zu, so kann die Einschaltung der Bescheinigung für sich allein nicht den Schluß rechtfertigen, daß damit der Rechtsanspruch auf die Steuerbefreiung ausgeschlossen und nicht vielmehr beim Vorliegen der Voraussetzungen der Anspruch auf die Erteilung der Bescheinigung und damit auch auf die Steuerfreiheit gewährt werden sollte. Die entgegengesetzte Auslegung würde nur dann vertretbar sein, wenn der Einschaltung der Bescheinigung keine andere Bedeutung als die zukommen könnte, den Rechtsanspruch abzuwehren. Dies kann aber nicht anerkannt werden. Die Bescheinigung läßt sich auch sehr wohl unter anderen Gesichtspunkten verstehen. Soweit eine Abwanderung bei Erlaß der Vorschr. über die RStSt. noch nicht erfolgt war, ist eine Steuerschuld noch nicht entstanden, ist für einen Steuerbescheid kein Raum. Um dennoch eine Vorabentscheidung über das Vorliegen der Befr. Vorschr. zu ermöglichen und dem Abwandernden in einer ihm vor dem Steuerzugriff schützenden Form zu verbrieften, ihm also die erforderliche Sicherheit zu geben, kann die Bescheinigung eingeführt worden sein. Da die Erteilung der Bescheinigung gleichbedeutend ist mit dem Verzicht auf eine Steuer in Höhe des 4. Teiles vom Gesamtvermögen, und da die durch sie aufgeworfenen Fragen auch sonst vom Standpunkt der Allgemeinheit aus überwiegend wesentlich sind, so ist sie für die Finanzverwaltung besonders verantwortlich. Die Vorentscheidung ist daher in die Hand des Finanz. gelegt. Man hat die Bescheinigung auch für die Fälle vorgesehen, in denen bereits die Möglichkeit — nicht auch die Verpflichtung (vgl. § 5) — besteht, einen Steuerbescheid zu erlassen. Damit kann einmal die besondere Vorprüfung dieses wichtigsten Befreiungsgrundes sichergestellt, zugleich kann beabsichtigt sein, die verwaltungsmäßige Zusammenfassung der ersten Entscheidung hierüber an wenigen Stellen des Reichs und damit größere Einheitlichkeit des Verfahrens von vornherein zu gewährleisten. Geht man aber davon aus, daß bei Schaffung der Bescheinigung jedenfalls auch die speziellen angegebenen Zwecke maßgebend gewesen sein können, so reicht die Einführung der Bescheinigung bei Schweigen

der Bd. über das Rechtsmittel nicht aus, um anzunehmen, daß man den Rechtsanspruch auf die Befreiung habe ausschließen wollen. Dagegen spricht auch die Tragweite der hier zu treffenden Entsch. für den Antragsteller. Wird doch darüber entschieden, ob der Abwandernde $\frac{1}{4}$ seines Vermögens als Steuer zurücklassen und überdies u. U. als steuerpflichtig gekennzeichnet werden, oder ob er mit Rücksicht auf deutsches Interesse oder volkswirtschaftlich gerechtfertigte Gründe seines Handelns frei und ohne Makel zur Abwanderung zugelassen sein soll. Daß die Entsch. über diese für den einzelnen Deutschen nicht nur vermögensrechtlich, sondern auch unter höheren Gesichtspunkten wesentliche Frage in das unnachprüfbar Ermessen der Verwaltung gelegt werden sollte und daß — wenn dies beabsichtigt gewesen wäre — es keines klaren Auspruchs darüber bedurft hätte, kann nach der Entwicklung des Rechtschutzesgebans nicht unterstellt werden.

Dies wird besonders deutlich, wenn man sich gegenwärtig hält, daß in dem StZG. 1918 das Vorliegen eines deutschen Interesses durch den RStJ., wenn auch im Beschlußverfahren, nachgeprüft worden ist. Die Gesetzgebung hat seitdem den Rechtsschutz grundsätzlich verstärkt. Die Entwicklung der Rpr. des RStJ. ist den gleichen Weg gegangen. In dem Rahmen des Notverordnungsrechts selbst ist bei der Behandlung der Gemeinnützigkeit von Wohnungsunternehmen die Entsch. über ihr Vorliegen zwar aus dem Steuerverfahren herausgenommen, um für alle Rechtsgebiete einheitliches Recht zu schaffen; dies ist aber mit klaren Worten geschehen und von der Zulassung eines selbständigen Rechtsschutzverfahrens begleitet gewesen. Auch hier ist also das reine Verwaltungsermessen ausgeschaltet worden. Wo aber schließlich innerhalb des Besteuerungsverfahrens selbst das Berufungsverfahren hat ausgeschlossen und die endgültige Entsch. der Verwaltung hat zugewiesen werden sollen, ist dieser Ausschluß des Rechtsschutzes zweifelsfrei ausgesprochen worden. Besonders beweiskräftig hierfür ist der Vorgang des StMildG. In seinem § 16 ist die Entsch. über Anträge auch aus den §§ 14, 15, also auch insoweit, als es sich um Rechtsansprüche handelt, dem Finanz. anvertraut. Obwohl damals eine Best. darüber fehlte, daß jede Steuervergünstigung, auf die ein Rechtsanspruch besteht, im Berufungsverfahren durchgeschaut werden konnte, obwohl also in einem solchen Falle bei der Wahl zwischen Beschwerde- und Berufungsverfahren im Zweifel das Beschwerdeverfahren gegeben war, hat man es für erforderlich gehalten, ausdrücklich zu bestimmen, daß die Entsch. des Finanz. nur mit der Beschw. an den RStM. angreifbar und daß die Entsch. des RStM. endgültig sein solle. Wenn es daher in dem vorl. Falle an einem solchen ausdrücklichen Ausspruch fehlt, kann weder der Rechtsanspruch noch in seinem Gefolge der nach § 235 Nr. 4 vorgesehene Rechtsschutz für die Befreiung des § 2 Nr. 3 der Vorschr. über die RStSt. als verlag gelten. Insbes. kann auch nicht angenommen werden, daß zwar ein Rechtsanspruch, nicht aber der Rechtsschutz des Berufungsverfahrens habe gewährt werden sollen. Dem steht die grundsätzliche Bedeutung des Rechtsschutzes entgegen, der durch § 235 Nr. 4 RAbgD. 1931 geschaffen werden sollte. Dafür darf insbes. auf die Erwägungen verwiesen werden, die der RStM. in der Sache II A 261/31: RStJ. 29, 197, zur Grundlage seiner Stellungnahme gemacht hat, und die in dieser Entsch. mit folgenden Worten zusammengefaßt sind: „Nach der Entstehungsgeschichte der Vorschr. sei darüber kein Zweifel, daß dem StZG., dem ein Rechtsanspruch auf Gewährung oder Belassung einer Steuervergünstigung zustehe, ein subjektives öffentliches Recht eingeräumt, und daß ihm demgemäß nicht nur der Verwaltungsweg, sondern auch der Verwaltungsrechtsweg zur Verfügung gestellt werden sollte. Der § 235 Nr. 4 spreche dies gerade für die Befr. und Verkehrssteuern aus.“ In den Ausführungen Trapps: StZG. 1932, 61/62, zu dem eben genannten Urte. des 2. Sen. wird als Antwort auf die Ausführungen Hensels: StZG. 1931, 935, wo gesagt war, daß die geforderte Verstärkung des Steuererschuldnerschutzes in der Rotgesetzgebung fast völlig unter den Tisch gefallen sei, mit Beziehung auf diese Vorschr. geradezu von einer „Generalklausel“ gesprochen. Unter diesen Umständen ist jedenfalls in solchen Fällen, in denen über das Bestehen des Rechtsschutzes Zweifel möglich sind, in denen es also an einem zweifelhaften Ausspruch über den Ausschluß des Rechtsschutzes fehlt, der Wille des Gesetzgebers als auf den Rechtsschutz gerichtet anzusehen.

Nun ist allerdings die Rechtsschutzaufgabe, die bei Anwendung des § 235 Nr. 4 den Finanz. sowohl in der Tatsacheninstanz wie in der letzten Rechtsinstanz erwächst, nur zu erfüllen, wenn es gelingt, eine angemessene Auslegung der Befreiungsvoraussetzungen des „deutschen Interesses“ und der „volkswirtschaftlich gerechtfertigten Gründe“ für die Abwanderung zu finden. Art und Maß der zu treffenden tatsächlichen Feststellungen mögen hier ebenso wie die Abgrenzung der Begriffe schwierig sein und die Rechtsschutzbehörden mit besonderer Verantwortung belasten. Dies kann aber kein ausschlaggebender Grund gegen die Zuweisung der Entsch. an richterliche Instanzen sein. Daß der Gesetzgeber dies nicht für maßgebend angesehen hat, ergibt ohne weiteres das Vorbild des StZG. Ob und inwieweit es zweckmäßig gewesen wäre, wie dort geschehen, den Rechtsschutz auch im hier gegebenen Falle in den des Beschluß-

verfahrens abzuwandeln, muß dahingestellt bleiben. Nach den jetzt bestehenden Auffassungen des Gesetzes über die Gestaltung des Rechtsschutzes gilt ihm der Instanzenzug des Berufungsverfahrens als vollständigste Form des Rechtsschutzes. Es ist daher sehr wohl denkbar, daß angesichts der entscheidenden Bedeutung der hier zu treffenden Entscheidung für das Schicksal des einzelnen wie für die Gesamtheit der Verordnungsgeber eine Abweichung von dieser Art des Rechtsschutzes nicht für vertretbar gehalten und es daher bei den allgemeinen Normen der RAbgD. belassen hat. Inwieweit sich unter diesen Umständen bei der praktischen Verwirklichung des Rechtsschutzes in letzter Instanz eine Nachprüfung wird durchführen lassen, dies abschließend zu entscheiden, kann nicht Sache des vorl. Gutachtens sein. Der Nachprüfung durch den RSt. sind durch die beschränkte Natur der RBeschw. Grenzen gesetzt. Inmehrin bieten die Entsch. zum alten StFG. einen wertvollen Anhalt. Wenn dort das „deutsche Interesse“ von dem „persönlichen Interesse“ des StPfl. abgegrenzt wird, wenn erörtert wird, ob das „deutsche Interesse“ abzulehnen ist, falls der StPfl. in erster Linie die eigenen privatwirtschaftlichen Interessen wahrnehmen will, wenn geprüft wird, ob der positive Nachweis vom StPfl. geführt werden müsse, daß ein „deutsches Interesse“ vorliegt, so geschah dies in Auslegung von Rechtsbegriffen, und in diesem Umfang wird auch jetzt eine Nachprüfung stattfinden können. Der Rechtsschutz wird überdies auch außerhalb der Nachprüfung der Befreiungsgründe Bedeutung erlangen können. Von der Erteilung der Bescheinigung hängt Steuerpflicht und Steuerfreiheit ab. Nach der Gesetzeslage braucht weder ein Steuerbescheid erteilt zu werden (§ 8), noch bedarf die Fälligkeit der Steuer einer besonderen Anforderung. Die Steuer trifft aber zum Teil im Ausland, insbes. außerhalb Europas wohnende Personen. Ist die Frist zur Stellung des Antrags auf die Bescheinigung versäumt, so wird u. U. die Frage der Nachsichterteilung praktisch. Welche Zweifel über Zulässigkeit und Voraussetzungen der Nachsichterteilung auftreten können, bedarf keines Hinweises. Daß in diesen Punkten durch den gegebenen Rechtsschutz eine Entsch. der unabhängigen Gerichte gewährleistet ist, wird dem Rechtsschutzgedanken der RAbgD. entsprechen. In der neuen Fassung der RAbgD. sind, wie ausgeführt, mit den Vergünstigungsbescheiden die Bescheide über Erstattung und Vergütungsansprüche in engen Zusammenhang gestellt. Bei der Versäumung der Frist für Vergütungsansprüche ist die Nachsichtgewährung wie bei Rechtsmittelrechten für möglich erklärt worden (VI A 85/22; StW. 1923 Nr. 19; VA 86/26 v. 23. März 1926; RStW. 1926, 186). Dasselbe ist für die Versäumung der Auschlussfrist zur Geltendmachung von Erstattungsansprüchen ausgesprochen (Becker, RAbgD., 7. Aufl., Anm. 5 zu § 68; vgl. auch RStW. 26, 23 zu § 12 FinAusglG.). Bei Ansprüchen auf Steuerbegünstigungen wird das gleiche zu gelten haben, da es notwendig und gerechtfertigt erscheint, die Best. des § 68 a. F. = § 86 n. F. RAbgD. unter Anwendung des § 4 a. F., § 9 n. F. RAbgD. auf rechtsähnliche Fälle auszudehnen.

IV. Steht hiernach fest, daß im gegebenen Falle das Berufungsverfahren nach § 235 Nr. 4 gegeben ist, so fragt sich, wie dieses Verfahren einzuleiten und durchzuführen ist. Nachdem der § 223 Abs. 1 Satz 2 a. F. RAbgD. weggefallen und damit eine unmittelbare Anrufung des FinGer. ausgeschlossen ist, die sonst etwa im Wege entsprechender Anwendung dieser Vorschr. möglich gewesen wäre, bleibt nur der Weg, der in dem Ur. II A 261/31 v. 15. Juli 1931: RStW. 29, 196 vorgezeichnet ist. Danach findet die Vorschr. des § 235 Nr. 4 „für das Gebiet der Besitz- und Verkehrsteuern allgemein Anwendung ohne Unterschied, wer über die Steuerbegünstigung in erster Rechtsinstanz zu entscheiden hat.“

Daß das FinVl. so in die Lage kommen kann, über Ansprüche zu entscheiden, die schon von einer ihm vorgelegten Stelle im ablehrenden Sinne entschieden sind, ist allerdings eine Unstimmigkeit. . . Das kann keinen Anlaß geben, den gewiesenen Weg zu verwerfen, weil sonst der Rechtsschutz für alle Fälle versagt würde, in denen die Entsch. über den Anspruch nicht dem FinVl., sondern einer übergeordneten Behörde zusteht.“ Den im einzelnen zu beschreibenden Weg, von dem hier gesprochen wird, hatte der RStW. in seiner Äußerung zur Sache bereits selbst gewiesen: „Der Rechtsmittelzug müsse in jedem Falle bei dem FinVl. beginnen, selbst wenn das FinVl. in erster Instanz über die Vergünstigung entschieden habe. Der StPfl. sei auf Grund des § 235 Nr. 4 in der Lage, durch Erhebung eines beim FinVl. zu stellenden Feststellungsanspruchs das neue Streitverfahren in Gang zu bringen.“ Dem ist der 2. Sen., gestützt auf die früher entwickelte Rpr. über die Zulässigkeit eines solchen Feststellungsanspruchs, beigetreten. Der Große Senat findet keinen Anlaß, davon abzugehen.

Die Anwendung dieses Grundsatzes auf § 2 Nr. 3 der Vorschr. über die RSt. ergibt, daß der Antragsteller gegenüber dem die Bescheinigung ablehnenden Bescheid des FinVl. beim örtlich zuständigen FinVl. auf Feststellung dahin antragen kann, daß die Steuerbefreiung wegen Vorliegens der in Nr. 3 genannten Voraussetzungen zu gewähren sei. Allerdings könnte daran gedacht werden, daß der Anspruch auf Erteilung der Bescheinigung lauten solle, um die äußere Abhängigkeit der Befreiung von dem Vorliegen der Bescheinigung aufrechtzuerhalten. Dies erscheint aber als ein sachlich nicht gebotener Umweg, da die unanfechtbare Entsch. geeignet

ist, die Bescheinigung zu erteilen. Die Gestaltung des Verfahrens würde angesichts der Tatsache, daß die Ausstellung der Bescheinigung wegen der besonderen Bedeutung der Beschr. dem FinVl. übertragen ist, zu Bedenken führen können, wenn das FinVl. bei seiner Entsch. etwa mit dem Steueraussh. als selbständig und von jeder Weisung frei entschiede. Da dies jedoch hier nicht der Fall ist, besteht die Möglichkeit der Anweisung, so daß das FinVl. im Falle der Erhebung des Feststellungsanspruchs praktisch in die Lage gesetzt ist, die in der Sache erlassene Entsch. zunächst zu überprüfen und demgemäß Weisung ergehen zu lassen.

Ebenso wie bei dem Antrag auf Abrechnungsbescheid ist auch der Antrag auf die hier in Betracht kommende Feststellung durch das Gesetz nicht befristet. Eine Befristung ließe sich nur dann begründen, wenn man den Ablehnungsbescheid wie die Bescheide aus § 236 behandeln oder die Folgerung ziehen wollte, daß die Geltendmachung des Feststellungsanspruchs als Geltendmachung eines Rechtsmittels i. S. der RAbgD. aufzufassen ist. Beides geht indessen nicht an, weil es sich dabei um Verschlechterungen des ohne diese Annahme bestehenden Rechtsschutzes handeln würde und solche Verschlechterungen beim Fehlen eines klaren Auspruchs im Gesetz nicht untersteuert werden können. Eine Befristung für die Geltendmachung des Feststellungsanspruchs ist daher nicht gegeben.

V. Eine Rechtsmittelbelehrung ist gesetzlich nicht vorgeschrieben. Ihre Notwendigkeit ergibt sich weder aus dem § 211 RAbgD. a. F. und n. F. noch aus § 127 Abs. 2 a. F. = § 150 Abs. 2 n. Fass. oder § 135 Abs. 2 a. F. = § 158 Abs. 2 n. F. Eine Rechtsmittelbelehrung erscheint indessen angesichts der Tatsache zweckmäßig, daß das Verfahren für die Geltendmachung des Feststellungsanspruchs durch das Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist.

(RStW., Gr. Sen., Gutachten v. 12. Febr. 1932, Gr S D 2/32.)

B. Entscheidungen.

2. § 8 Abs. 1 UmfStG. Wenn ein Gewerbetreibender der Notstandsarbeiten i. S. von § 5 der Best. v. 30. April 1925 (RGBl. I, 53) für Körperschaften des öffentlichen Rechtes als Unternehmer ausführt, so sind bei ihm die Arbeitslöhne, die er von der vereinnahmten Vergütung an Erwerbslose zahlt, nicht durchlaufende Posten.

Der beschwerdeführende Tiefbauunternehmer hat im Kalenderjahre 1927 verschiedene Notstandsarbeiten im Werkvertrage für öffentlich-rechtliche Körperschaften ausgeführt, die ihm von diesen im Wege der Ausschreibung gegen eine feste Vergütungssumme übertragen worden waren. Die dabei an Erwerbslose gezahlten Löhne betrachtet der Beschwz. nicht als umsatzsteuerpflichtig, weil er sie nur auf Rechnung des Arbeitsministeriums gezahlt habe und sie daher bei ihm nur durchlaufende Posten seien. Die Erwerbslosen seien durch die Heranziehung zu den Notstandsarbeiten nicht aus dem Erwerbslosenverhältnis ausgeschieden und hätten zu ihm, dem Beschwz., in keinem Arbeitsverhältnisse gestanden. Er hat sich hierfür namentlich auf § 9 Abs. 1 Best. des ArbMin. über öffentl. Notstandsarb. v. 30. April 1925 (RGBl. I, 53) berufen, der erst mit dem 1. Okt. 1927 durch Streichung in der W. über Weitergeltung dieser Best. v. 27. Sept. 1927 (RGBl. I, 314) außer Kraft getreten sei.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Behandlung der Arbeiterlöhne als beim Beschwz. durchlaufender Posten nicht schon deshalb ausgeschlossen ist, weil ihm die Notstandsarbeiten nach Art einer Generalentreprise gegen ein Gesamtentgelt übertragen wurden, das als solches im ganzen Umfang steuerpflichtig wäre. Auch abgesehen hiervon kommt es aber umsatzsteuerrechtlich darauf an, ob die Löhne vom Beschwz. in Erfüllung eigener Verbindlichkeit oder einer Verbindlichkeit seines Auftraggebers, der öffentlichen Körperschaft, an die Arbeiter gezahlt werden und er sie im zweiten Falle von dieser erlattet erhält. Hierfür ist nach den erwähnten Bestimmungen über öffentliche Notstandsarbeiten v. 30. April 1925 wesentlich die Unterscheidung zwischen Träger (§ 2) und Unternehmer (§ 5) der Notstandsarbeiten i. S. dieser Bestimmungen. Träger sind danach in der Hauptsache öffentliche Körperschaften, wie im vorliegenden Falle, und ihnen gleichgestellte gemischtwirtschaftliche oder nicht auf Erwerb gerichtete private Unternehmungen. Unternehmer der Notstandsarbeiten dagegen sind diejenigen privatwirtschaftlichen Unternehmer, die sie auf Grund öffentlicher Ausschreibung und Akkordleistungsvertrag vom Träger selbstständig übertragen erhalten und in eigener Regie ausführen. In dieser Rolle des Unternehmers ist der Beschwz. Er hat die Arbeiten gegen eine feste Summe selbständig übertragen erhalten und hat die Leistung des Erfolges privatwirtschaftlich in eigener Verantwortung übernommen. Die dazu erforderlichen Arbeiter hat er, soweit es Erwerbslose sind, aus dem öffentlichen Arbeitsnachweis nach dem sich ergebenden Bedarf und nach eigener Auswahl entnommen oder sich zuweisen lassen. Er entlohnt sie nach ihren Leistungen regelmäßig in tariflicher oder ortsüblicher Höhe. Die Arbeiter stehen daher in einem Arbeits- und Lohnverhältnis nur zu ihm, weder zu dem Träger der Notstandsarbeiten noch zur Reichsarbeitsverwaltung. Es kann auch keine Rede davon sein, daß der beschwerdeführende Unternehmer nur der Mittler zwischen ihnen und den Arbeitern sei und daß die an diese gezahlten Löhne nur als das angesehen werden könnten, was

er von der Reichsarbeitsverwaltung erstattet erhalte. Darlehen und Zuschüsse des RArbM. und der Länder zu Notstandsarbeiten werden nicht an deren Unternehmer, sondern an ihre Träger gezahlt.

Die streitigen Arbeitslöhne sind daher beim Beschwß. (Unternehmer) nicht als durchlaufende Posten zu behandeln, sondern zum steuerpflichtigen Entgelt zu rechnen gewesen.

(RfS., 5. Sen., Ur. v. 7. Febr. 1930, V A 396/29, S.)

Berichtigung.

Der RfS. hat das Ur. v. 17. März 1931, II A 622/30 (ZB. 1931, 2407, 3234) betr. Versicherungsteuerpflicht der Bauparkassen durch Beschl. v. 9. Febr. 1932 nach § 92 Abs. 3 RAbgD. 1931 dahin berichtigt, daß folgender Absatz einzufügen ist:

„Ob die Beschwß. einen Anspruch auf die Sparbeiträge hat, ist gleichgültig. Es genügt, daß sie, wenn die Beträge gezahlt werden, zur Gewährung der Bauparsumme verpflichtet ist. Steuerpflichtig sind die Beiträge (Entgelte), die — angeammelt — in ihrer Gesamtheit die Möglichkeit geben, die Bauparsumme, bestehend aus eingezahlten Beträgen und einem Darlehen, zu gewähren, sowie die den Sparern zustehende Lebensversicherung ins Werk zu setzen.“

(Damit ist die irrtümlich weggelassene Begründung des zweiten Rechtszuges nachgeholt.)

Kartellgericht.

I. §§ 1, 9 KartellD. Ein Verband darf seine Mitglieder verpflichten, den Geschäftsverkehr mit Lieferanten zu unterlassen, die auf Fakturierung mit Wert sicherungsklauseln nicht verzichten wollen. †)

Der Antragsteller will seinen Mitgliedern auf Grund des § 2 Abs. 7 seiner Satzungen, also mit Mitteln des Organisationszwangs verbieten, den Geschäftsverkehr mit den Antragsgegnern unrechtsuerhalten, solange diese ihre Preise den Verbandsmitgliedern gegenüber nicht einfach in RM. ohne jeden Zusatz stellen, sondern irgendwelche Wert sicherungsklauseln bei der Preisstellung in Anwendung bringen. Die Sperre liegt auch im Rahmen der Organisationszwecke des Antragstellers; denn der Antragsteller will eine Änderung der für seine Verbandsmitglieder maßgebenden Geschäftsbedingungen der Antragsgegner, nämlich den Verzicht auf die Fakturierung mit Wert sicherungsklauseln, durchsetzen.

Die beabsichtigte Maßnahme stellt sich hiernach als eine genehmigungspflichtige Sperre i. S. der §§ 9, 1 KartellD. dar.

Demgegenüber kann auch nicht mit Erfolg eingewendet werden, daß der Antragsteller eine ernsthafte Durchführung der Sperre nicht beabsichtige. Wert sicherungsklauseln hat der gesamte Einzelhandel schon seit Jahren ablehnend gegenübergestellt. Dieser ablehnende Standpunkt ist namentlich auch in den Verhandlungen von dem sog. Enquete-Ausschuß (vgl. Verhandl. und Berichte des Unteraussch. für allg. Wirtschaftsstruktur — 1. Unteraussch., 3. Arbeitsgruppe, 2. Teil, 4. Abschn., Textilindustrie B — 1930, u. a. S. 276, 294, 296 ff., 301, 308 u. 361) klar zum Ausdruck gekommen und niemals aufgegeben worden, mögen nun die Wert sicherungsklauseln

Zu 1. Das oben wiedergegebene Urteil des KartGer. dürfte eine der interessantesten wirtschaftsrechtlichen Entsch. der Gegenwart sein. Gemäß § 9 KartellD. v. 2. Nov. 1923 (RGBl. 1923, 1069) dürfen auf Grund von Beträgen oder Beschlüssen der in § 1 KartellD. bezeichneten Art ohne Einwilligung des Vorsitzenden des KartGer. Sperren nicht verhängt werden. Die Einwilligung ist zu versagen, wenn die Sperre eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls enthält, oder wenn sie die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Betroffenen unbillig einschränken würde.

Gegen die Entsch. des Vorsitzenden des KartGer. können die Beteiligten innerhalb einer Woche nach Zustellung die Entscheidung des Kartellgerichts anrufen.

Im Streitfalle hatte der Verband deutscher Waren- und Kaufhäuser die Einwilligung des KartGer. dazu beantragt, daß er seine Mitglieder, die Inhaber von Waren- und Kaufhäusern, dazu verpflichten dürfe, den Geschäftsverkehr mit einer Reihe von Firmen so lange abzulehnen, als diese ihre Preise statt in RM. in G.M. stellen.

Gemäß den Best. der KartellD. war daher zu prüfen, ob die Einwilligung zu einer solchen Sperre aus den oben wiedergegebenen Gesichtspunkten des § 1 KartellD. zu versagen sei.

Wie das Ur. des KartGer. ausführt, hält die Reichsbank auch heute noch die Einführung besonderer Wert sicherungsklauseln für entbehrlich, ja für schädlich. Angesichts dieses Standpunktes der Reichsbank konnte das KartGer. nicht zu der Auffassung gelangen, daß es eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls in sich schließe, oder daß die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Betroffenen unbillig eingeschränkt würde, wenn ein Verband zum Zwecke der Bekämpfung der Goldklausel von dem Mittel der Sperre Gebrauch mache.

Das wirtschaftlich Interessante der oben wiedergegebenen Entsch.

liegt unter dem Gesichtspunkt der Deckung gegen ein Währungsrisiko oder dem der Sicherung gegen ein Konjunktur- bzw. Erfüllungsrisiko gefordert worden sein, welcher letzterer Gesichtspunkt von gewissen Seiten vor dem Enquete-Ausschuß als der damals allein in Betracht kommende bezeichnet wurde (vgl. a. a. O. S. 308). Bei dieser Sachlage kann von einem nur zum Schein gestellten Antrag an das KartGer. nicht gesprochen werden.

Ob die Sperre das vom Antragsteller angestrebte Ziel, die Beseitigung der Klauseln, erreichen wird, steht dahin und kann auf sich beruhen. Eine solche Feststellung ist weder für die Annahme einer Sperre i. S. des § 9 KartellD., noch für die Einwilligung zur Verhängung einer solchen erforderlich. Sie kann bei der Verlängerung einer Sperre kaum jemals mit Sicherheit getroffen werden. Es genügt, wenn die beabsichtigte Maßnahme nicht ungeeignet erscheint, den mit ihr angestrebten Erfolg ganz oder teilweise herbeizuführen, und diese Feststellung zu treffen, ist hier nach den gegebenen Verhältnissen unbedenklich. Wenn die Antragsgegner demgegenüber darauf verweisen, daß verschiedene Mitglieder des Antragstellers auch nach dem angegriffenen Bescheide des Vorsitzenden des KartGer. den Geschäftsverkehr mit den Antragsgegnern nicht aufgegeben haben, so kommt diesem Umstand um so weniger maßgebende Bedeutung zu, als der Antragsteller glaubhaft vorgetragen hat, daß er die Sperre noch gar nicht verhängt, die Verhängung vielmehr bis nach der Entsch. des von den Antragsgegnern angerufenen KartGer. hinausgeschoben habe.

Es war sonach zu prüfen, ob gegen die Erstellung der beantragten Einwilligung in der Sache selbst stichhaltige Bedenken bestehen oder nicht.

Daß die verbandsmäßige Verpflichtung der Mitglieder des Antragstellers, von den Antragsgegnern nur gegen RM. ohne Zusatz zu kaufen, also die Durchsetzung der Rechnungsstellung in der gesetzlichen Währung keine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls darstellt, bedarf keiner näheren Ausführungen. Dazum so weniger, als die Reichsbank, die berufene Hüterin der deutschen Währung, eindeutig erklärt hat, daß sie „besondere Wert sicherungsklauseln für entbehrlich, ja schädlich halte“.

Auch eine unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der Antragsgegner als Folge der Verhängung der Sperre kann nicht festgestellt werden. Die für den Schutz der deutschen Währung in Betracht kommenden Stellen, Reichsregierung und Reichsbank, haben alle Kraft für die Erhaltung der Sicherheit der bestehenden Währung eingesetzt und mit allem Nachdruck auch weiter dafür einzusetzen, öffentlich zugesagt. Alle maßgebenden Wirtschaftskreise, insbes. auch der Reichsverband der Deutschen Industrie, haben diesen Stellen öffentlich ihre tatkräftigste Unterstützung zugesichert und auch die in diesem Verfahren beteiligten Streitparteien haben sich mit aller Entschiedenheit zu dieser Unterstützung bekannt. Die Fakturierung mit Gold- oder sonstigen Wert sicherungsklauseln wäre nach Lage der Verhältnisse geeignet, das Vertrauen in den Erfolg der gemeinsamen Bemühungen zu erschüttern und weitgehendes Mißtrauen in die Sicherheit der Währung hervorzurufen und zu verbreiten. Bei der wirtschaftlichen Stellung der Antragsgegner und der hinter ihnen stehenden Wirtschaftskreise, denen weite Volkskreise eine bessere Erfahrung und ein richtigeres Ur. in Währungsfragen zutrauen als sich selbst, ist in einem inflationserfahrenen Volke

liegt in der Aufrollung der mit der Goldrechnung verbundenen Probleme. Dabei ist zweierlei zu unterscheiden:

1. Einmal die Einführung der Goldrechnung an zentraler Stelle, so wie sie in Ungarn eingeführt ist (vgl. Abraham: DRZ. 1931, 1293 u. ZB. 1931, 3260). Wird diese Goldrechnung zentral eingeführt, so kann es innerhalb der Volksgenossen keinen Kampf zwischen Goldrechnung und Reichsmarkrechnung mehr geben;

2. Oder aber es fehlt an einer zentralen Regelung, und es entwickelt sich dann ein Kampf zwischen den einzelnen Wirtschaftskreisen, wie ihn der Tatbestand der Entsch. des KartGer. erkennen läßt.

Ist dieser Kampf einmal im Gange, so wird man es billigen, daß das KartGer. bei der Stellungnahme zu diesen Gegenständen sich größte Zurückhaltung auferlegt hat. Das Ergebnis aber wird dann sein, daß der wirtschaftlich Stärkere dem wirtschaftlich Schwächeren gegenüber seinen Standpunkt durchsetzt.

Im Gegensatz zu der Auffassung der Reichsbank halte ich vom rechts- und wirtschaftspolitischen Standpunkte aus die Ablehnung der zentralen Lösung für nicht gerechtfertigt, die sich aus dieser Ablehnung ergebenden Resultate für höchst unerfreulich. Zu dem Mittel der Goldmarkrechnung wird der Stärkere doch greifen. Es geizlich zu untersagen, erscheint unmöglich, zumal auf weiten Gebieten (Hypothekenrecht, Versicherungsweisen) die Goldmarkklausele gang und gäbe ist. Große Kreditinstitute haben überdies ebenfalls schon seit langem ihre eigenen Geldausleitungen im Inlande durch besondere Wertbeständigkeitsklauseln zu sichern gesucht. Es kann daher in keiner Weise anerkannt werden, daß die Einführung der allgemeinen Goldrechnung, so wie es die Reichsbank meint, als entbehrlich, ja als schädlich, angesehen werden müsse.

Wie von dem Unterzeichneten a. a. O. eingehend dargelegt,

wie dem deutschen unter den heutigen Verhältnissen mit einer besonders bedrohlichen Beunruhigung der Bevölkerung zu rechnen. Die dadurch drohenden Gefahren für die Allgemeinheit sind so ernst, daß die Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der Antragsgegner, die dadurch eintritt, daß der Antragsteller seine Mitglieder auf die Forderung der Preisstellung in der gesetzlichen Reichswährung ohne Zusatz als Vorbedingung für die Aufrechterhaltung des Geschäftsverkehrs mit den Antragsgegnern verpflichtet, nicht als unbillig bezeichnet werden kann. Dies gilt ganz unabhängig davon, ob die Verwendung von Gold- oder anderen Wert sicherungsklauseln unter besonderen Umständen auch günstige Wirkungen für die Sicherheit einer Währung insofern auszulösen vermag, als sie Spekulationen auf ein Absinken der Währung entgegenwirkt. Von einer solchen günstigen Wirkung kann jedenfalls dann keine Rede sein, wenn es sich dabei nicht um eine — einmal als möglich unterstellte — Risikoverteilung handelt, die alle gleich trifft, sondern wie hier um eine Abwälzung von der einen Seite auf eine andere, teilweise noch über das Maß des Anteils der Selbstkosten hinaus, der in Einkaufsgeschäften mit dem Auslande seinen Grund hat.

Bei der vom KartGer. zu treffenden Entsch. könnte auch nicht unterschieden werden, ob gewisse Klauseln mehr oder weniger lange bereits zur Anwendung gelangt sind oder nicht. Der allgemeine Verkehr, auf den es für die Erhaltung des Vertrauens zur Währung entscheidend ankommt, würde jedenfalls eine solche zeitliche Unterscheidung, wenn sie ihm überhaupt möglich wäre, sicher nicht machen oder beachten.

Auch andere Gründe sind nicht ersichtlich, die eine Versagung der beantragten Einwilligung rechtfertigen. Insbes. stellt die beabsichtigte Maßnahme keinen „willkürlichen Boykott“ der Antragsgegner, keine unberechtigte Ausnahmebehandlung einzelner Firmen dar, für die verständliche oder wirtschaftlich vernünftige Gründe fehlten. Der Antragsteller hat keinen Anlaß, den Antrag auf Einwilligung in die Verhängung der Sperre gegen alle Firmen zu stellen, die Wert sicherungsklauseln gebrauchen. Für ihn kommen vielmehr lediglich die maßgebenderen Lieferfirmen seiner Mitglieder und von diesen nur diejenigen in Betracht, die bei den mit ihnen geführten Verhandlungen an ihren beanstandeten Wert sicherungsklauseln festhalten. Zu ihnen gehören die Antragsgegner; gegen weitere zehn Firmen hat der Antragsteller bereits einen gleichlautenden Antrag beim KartGer. gestellt.

Für das KartGer. als Organ der staatlichen Kartellaufsicht lag hiernach kein Grund vor, den Antragsteller in der Freiheit der Betätigung des vom Gesetz grundsätzlich als zulässig anerkannten Organisationszwangs mit dem Ziele der Beseitigung der Klauseln zu beschränken.

(KartGer., Beschl. v. 17. Dez. 1931, K 488/31.)

II. Länder.

1. Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräs. Geh. RegR. von Kries u. RA. Dr. Görres, Berlin.

I. Wenn nach den Lieferungsbedingungen eines in der Form einer AktG. betriebenen ElektrWerks der Ma-

würde eine allgemeine Goldrechnung allem Inflationsgerede zwangsläufig ein Ende machen. Inflationsinteressenten wären ausgeschaltet, und Wirtschaftskämpfe, wie der in obiger Entsch. erörterte, wären nicht möglich. Auch soweit in der Gegenwart es unter Umständen notwendig erscheinen möchte, an dem Währungsrecht selbst irgend etwas zu ändern (vgl. die bekannten Erörterungen über das Wagemannsche Projekt), könnten diese Versuche die Rechtsordnung niemals gefährden, wenn in der Rechtsordnung allgemein und zwangsmäßig auf Goldbasis gerechnet würde. Mag auch der Ruf „Los vom Golde“ insofern berechtigt sein, als die Währung der einzelnen Bürger sich nicht notwendig auf Goldbesitz stützen muß, so bleibt doch die Goldrechnung, soweit menschliche Voraussicht reicht, die denkbar sicherste. Gerade die Seltenheit des Goldes erhöht seinen Wert. — Hinzu kommt die suggestive Kraft, die vom Golde immer noch ausgeht. Alle Währungsreformer, die das Gold als Rechnungsfaktor ausscheiden wollen, vergessen, daß auch für das Rechtsleben und für die Wirksamkeit von Rechtsfakten das suggestive Moment eine große Rolle spielt. Sollte die suggestive Kraft des Goldes einmal erschüttert werden, dann mögen wir auch von der Goldrechnung abgehen.

In der Gegenwart aber darf es als ein bedauerliches Symptom bezeichnet werden, daß in Deutschland die Goldrechnung, statt den Träger einer gesicherten Rechtsordnung zu bilden, zur Kampfsparole zwischen streitenden Parteien geworden ist.

RA. Dr. S. F. Abraham, Berlin.

gistrat einer neuborpommerschen Stadt darüber zu bestimmen hat, ob ein privater Unternehmer für Installationsarbeiten innerhalb der Grundstücke zugelassen ist, so kann die Versagung der Zulassung nicht im Verw-StrVerf. angefochten werden. f)

In den Bedingungen der „ElektrWerk AktG. K.“ für die Lieferung elektr. Energie wird in § 3 Abs. 1 folg. bestimmt: „Die Lieferung und Ausführung der vom ElektrWerk ab innerhalb der Grundstücke herzustellenden Installationen (Leitungen, Lampen mit Zubehör, Motoren, sonstige Apparate usw.), ebenso die Vornahme von Ausbesserungen und Abänderungen hieran kann außer vom ElektrWerk selbst auch von anderen geeigneten Unternehmern erfolgen, soweit deren Befähigung und Zuverlässigkeit vom Magistrat nach Anhören des ElektrWerks anerkannt ist.“

Dem Elektromeister D. in K. wurde die hiernach erforderl. Anerkennung seiner Befähigung und Zuverlässigkeit vom Magistrat entzogen, weil er wegen Stromdiebstahls mit drei Monaten Gefängnis bestraft worden war, und sein Gesuch um Wiederverleihung durch Bescheid des Magistrats abgewiesen. Das OVG. bestätigte die Vorentscheidungen, durch die die dagegen erhobene Klage des D. abgewiesen war.

Nach §§ 7, 54 PrOVG. ist die Klage im Verw-StrVerf. nur in den Fällen statthaft, in welchen sie ausdrücklich von den Gesetzen zugelassen ist. Im vorl. Falle fehlt es aber, wie der BezAusSch. zutreffend ausführt, an einer entspr. gesetzl. Bestimmung. Für die Prüfung, ob eine solche gegeben ist, ist allerdings die Untersuchung, die der BezAusSch. in den Vordergrund gestellt hat: welche rechtliche Bedeutung die Lieferungsbedingungen des ElektrWerks besitzen, nicht allein entscheidend; übrigens besteht zwischen den Parteien kein Streit darüber, daß dieselben die Vertragsbedingungen für das jeweilig zwischen der AktG. und dem einzelnen Stromabnehmer zu treffende rein privatrechtl. Abkommen über Lieferung von elektr. Energie darstellen. Erheblich ist vielmehr vor allem die Frage, welche rechtl. Natur die in § 3 der Bedingungen vorgesehene Erklärung des Magistrats hat, durch welche er ausspricht oder verneint, daß ein Unternehmer die Befähigung und Zuverlässigkeit besitzt, um elektr. Installationsarbeiten innerhalb der Grundstücke ausführen zu können. Wenn der Magistrat durch die genannte Bestimmung zu dieser Erklärung berufen wird, so bedeutet das, daß die Fixierung eines bestimmten Bestandteils des Vertrags zwischen ElektrWerk und Abnehmern, nämlich die Feststellung, welche Personen letztere vertragsmäßig für Installationsarbeiten heranziehen dürfen, einer dritten, außerhalb des Vertragsverhältnisses stehenden Stelle — eben dem Magistrat — überlassen wird. Beide Vertragsteile übertragen dem Magistrat die Aufgabe, diese Lücke des Vertrags auszufüllen, und indem der Magistrat sich jener Aufgabe tatsächlich unterzieht, bekundet er stillschweigend seine Bereitwilligkeit dazu.

Wäre die Auswahl der Installateure in gleicher Weise einer Privatperson — etwa einem Sachverständigen — überlassen, so würde kein Zweifel daran bestehen, daß deren Erklärungen ausschließlich nach den Grundsätzen des bürgerl. Rechtes zu behandeln wären; nach letzteren würde sich insbes. auch eine etwaige Anfechtung durch die Parteien richten. Es fragt sich, ob sich hieran dadurch etwas ändert, daß die Auswahl einer Behörde überlassen ist. Praktisch hat dies die Bedeutung, daß die Behörde ihren Erklärungen die besonderen Kenntnisse in persönl. und sachl. Hinsicht zugrunde legen kann, die sie sich als solche zu verschaffen in der Lage ist. Auch wird von ihr vorausgesetzt, daß sie alle Gesichtspunkte des öffentl. Interesses mit besonderer Sorgfalt berücksichtigen wird, weil ihr deren Wahrnehmung

Zu 1. Das Recht der Zulassung der Installateure durch die Elektrizitätswerke ist aus dem Grundsatz der Gewerbefreiheit herzuleiten. Danach können Elektrizitätswerke den Anschluß solcher Installationsanlagen an ihr Netz ablehnen, die ihnen nicht geeignet scheinen, insbes. solche, die von Installateuren hergestellt sind, denen das Werk die Zulassung versagt oder nachträglich entzogen hat. Hierdurch soll dem Gesichtspunkte der öffentlichen Sicherheit Rechnung getragen und sollen insbes. Störungen im Netz des Elektrizitätswerkes vermieden werden; das ist aber nur erreichbar, wenn zuverlässige Installateure die Anlagen ausführen. RG. 79, 224 f. hat denn auch dieses Recht allen Elektrizitätswerken ohne Ausnahme zuerkannt. Eine Reihe bis in die neueste Zeit ergangener OVGEntsch. hat sich diesen Standpunkt restlos zu eigen gemacht. Die Zulassung ist also ein rein dem Ermessen eines Werkes überlassener Akt, gegen deren Versagung oder Entziehung es weder polizeilichen noch privatrechtlichen Schutz gibt (vgl. Friedrichs, Das Recht der Versorgungsbetriebe, 1928, S. 59 mit Anm. 2). Selbstverständlich ist, daß bei schikanöser Behandlung durch ein Elektrizitätswerk ein Installateur aus dem Gesichtspunkte des § 826 BGB. vorgehen könnte.

Es ergibt sich also, daß es ganz gleichgültig ist, ob ein öffentliches oder nichtöffentliches Elektrizitätswerk eine Entsch. in dieser Beziehung trifft. Eine derartige Entsch. hat nicht den Charakter einer PolW., so daß es im vorliegenden Fall eines besonderen Hinweises in der Entsch., es habe eine Verabredung zwischen Werk und Stromabnehmern vorgelegen, die Auswahl der Installateure der Behörde zu überlassen und so die Zulassung in den Kreis der An-

aus amtl. Anlaß ohnehin geläufig und selbstverständlich ist. Es ist sogar zu vermuten, daß die Wahrung derartiger Gesichtspunkte — vor allem solcher feuerpolizeil. Natur — dem Magistrat seinerseits Veranlassung gegeben hat, auf die Aufnahme der fragl. Bestimmung in die Lieferungsbedingungen hinzuwirken.

Der Kl. führt aus, wenn die Prüfung einer Rechtsfrage aus irgendwelchem Grunde bei einer Behörde liege, so sei die ergehende Entsch. auch als eine behördl. anzusehen. Auch wenn man dies dem Kl. zugesteht, so ist im Hinblick auf das in den erwähnten §§ 7, 54 PrWBG. ausgesprochene sog. Enumerationsprinzip daraus noch nicht zu folgern, daß die Entsch. auch im VerwStrVerf. angefochten werden kann. Man könnte, da in Neubormomern der Magistrat der Ortspolizei handhabt, daran denken, daß die Erklärung des Magistrats, durch welche er einem Unternehmer die Anerkennung für den gedachten Zweck versagt, eine polizeil. Vfg. darstelle, gegen welche die Rechtsmittel der §§ 127 ff. a. a. D. gegeben wären. Dies ist indessen nicht der Fall. Zwar wird die „Verlagung einer rechtlich erforderlichen polizeil. Erlaubnis oder Befcheinigung“ zu den polizeil. Vfg. in diesem Sinne gerechnet, doch ist hierbei vorausgesetzt, daß das rechtl. Erfordernis einer solchen Erlaubnis auf Normen des öffentl. Rechtes, sei es einem Gesetz oder einer PolWB., beruht (vgl. Drews, Preuß. Polizeirecht, Allg. Teil, 2. Aufl., S. 62f.). Hier aber ist, wie oben dargelegt, die Auswahl der Installateure der Behörde durch eine Verabredung zwischen Werk und Stromabnehmern, d. h. einen rein zivilrechtl. Akt, übertragen. Wenn der Magistrat die ihm damit angetragene Tätigkeit übernommen hat, so bedeutet das lediglich, daß er sie freiwillig in den Kreis der Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung aufnehmen zu können geglaubt hat; er könnte aber das übernommene Amt jederzeit niederlegen, ohne eine Norm des öffentl. Rechtes zu verletzen. Allerdings ist er, solange er die Aufgabe übernimmt, verpflichtet, bei deren Erfüllung nicht nur den Vertragsvorschriften des bürgerl. Rechtes zu genügen, sondern er muß auch alle von einer Behörde nach allgemeinen verwaltungsmäßigen Gesichtspunkten zu wählenden Rücksichten wahren lassen. Hierüber zu wachen, ist aber der Verwaltungsrichter nicht berufen. Auf die Behauptung des Kl., daß seine fortdauernde Ausschließung von den fraglichen Arbeiten eine unbillige Härte bedeute, konnte der Gerichtshof daher nicht eingehen.

Da nach dem Gesagten der Bescheid des Magistrats, durch den er dem Kl. seine Nichtzulassung mitgeteilt hat, keine polizeil. Vfg. ist und andere Vorschriften, die für den vorl. Fall eine Klage im VerwStrVerf. vorsehen, nicht bestehen, so hat der BezAussh. richtig entschieden, wenn er die Klage als unzulässig abwies. Insbes. war ihm auch darin zuzustimmen, daß die Behauptung, der angefochtene Akt stelle eine Verletzung der Gewerbefreiheit dar, an und für sich keinen Anlaß für einen Spruch der Verwaltungsgerichte bietet. Übrigens ist nicht erkennbar, woher die Verwaltungsbehörde den rechtl. Anlaß nehmen sollte, um den Teilnehmern eines bürgerlich-rechtlichen Vertrags eine Vereinbarung darüber zu untersagen, welcher Hilfskräfte sie sich bei der Durchführung des Vertrags bedienen wollen (vgl. Ur. des OVG. v. 22. Dez. 1892: Reger 13, 221).

(PrWBG., 3. Sen., Ur. v. 12. Febr. 1931, III C 34/30.)

*

Gelegenheiten der Gemeindeverwaltung einzubeziehen, gar nicht beabsichtigt hätte, um das Nichtvorhandensein einer PolWB. zu beweisen. Abgesehen davon muß es, obwohl das OVG. die Verabredung zwischen Werk und Stromabnehmern als rein zivilrechtlichen Akt bezeichnet, recht bedenklich erscheinen, die Zulassung als zum Aufgabenkreis der Gemeinde gehörig zu betrachten, da hierdurch in die Lieferungsbedingungen öffentlich-rechtliche Momente gebracht würden, die darin nicht enthalten sind. Die gesamte Literatur und die Rpr. stimmt darin überein, daß kommunale Elektrizitätswerke als private gewerbliche Betriebe zu beurteilen sind (vgl. Henke-Müller-Rumpf, Rechtsgrundlagen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, Berlin 1930, S. 137, sowie die in Anm. 1 zusammengestellten Entsch.). Hieran ändert der Umstand nichts, daß nach den Bedingungen des beklagten kommunalen Elektrizitätswerkes entscheidende Stelle der Magistrat war und nach außen hin eine behördliche Entsch. vorlag, gegen die an sich ein Verwaltungsstreitverfahren denkbar wäre. Dieses Verfahren kann jedoch, da hierbei nach den in der Entsch. erwähnten gesetzlichen Bestimmungen das Enumerationsprinzip gilt, ebenfalls nicht in Betracht kommen.

Zusammenfassend kann also gesagt werden, daß das Recht der Zulassung der Installateure den Elektrizitätswerken ohne Ausnahme eingeräumt ist, und es dabei keinen Unterschied macht, ob es sich um öffentliche oder nichtöffentliche Werke handelt. Dies ist in der Entsch., die das grundlegende RWRt. auffallenderweise nicht anzieht, nicht deutlich genug hervorgehoben. Es sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, daß i. J. 1928 das RWiM. anlässlich der Gewerbenovelle in Erwägung zog, eine öffentlich-rechtliche Konzessionierung der Installateure einzuführen. Es kam aber in Verhandlungen mit den Spitzenverbänden des Elektroinstallateurgewerbes und der Elektrizitätswerke zu dem Ergebnis, daß die privatrechtliche Regelung, wie sie bisher Geltung hatte, genüge.

RW. Dr. Robert Kaufmann, Berlin.

2. GemWBZust. Die in der Rpr. des RFH. hinsichtlich des Begriffs und der steuerlichen Bedeutung der „Organgesellschaft“ für bestimmte Reichssteuergebiete aufgestellten Grundsätze kommen für die WBZust. nicht in Betracht.

Klägerin — eine AktG. — erwarb laut notariellem Vertrage v. 23. Dez. 1920 die gesamten Aktien der S.-GmbH., deren sämtliche Geschäftsanteile sie schon vorher besessen hatte. Zu den Aktien gehörte auch ein in Berlin belegener Grundbesitz. Diesen veräußerte die Kl. gemäß notariellem Vertrage v. 1. Okt. 1928 an den Verein F. Anlässlich dieses Rechtsvorganges wurde sie von dem bekl. Magistrat auf Grund der BerlWBZustD. v. 11. April 1924 u. 27. Jan. 1926 zu einer Steuer herangezogen.

Hinfällig sind die von der Kl. gegen ihre Steuerpflicht überhaupt gerichteten Einwendungen. Sie bestritt solche Pflicht mit der Begründung, daß die im § 1 Abs. 1 StD. enthaltene Voraussetzung eines nach dem 31. Dez. 1918 erfolgten Grundstückserwerbes nicht erfüllt sei, und macht geltend, daß sie das in Betracht kommende Grundstück tatsächlich bereits seit 1917 besessen habe. In diesem Jahre sei der Grundbesitz von der S.-GmbH., einer Organgesellschaft der Kl., gekauft worden, deren sämtliche Anteile, wie schon erwähnt, im Besitze der Kl. waren. Steuerlich seien die beiden Gesellschaften als Einheit zu behandeln und deshalb der Erwerb des Grundstücks durch die S.-GmbH. einem Erwerb durch die Kl. selbst gleichzustellen. Demzufolge handele es sich bei dem Grundstück um Altbesitz, durch dessen Veräußerung eine Steuerpflicht nicht ausgelöst worden sei. Diese Auffassung ist irrig. Unter einem Eigentumserwerb i. S. des § 1 Abs. 1 StD. ist nach der ständ. Rpr. des Gerichtshofs nur der Erwerb bürgerlich-rechtlichen Eigentums zu verstehen, der sich grundsätzlich durch Auflassung und Eintragung im Grundbuche vollzieht. Nach Auffassung der Kl. soll nun der maßgebende Erwerb dieser Art, wenn die Grundsätze der Organtheorie berücksichtigt würden, bereits 1917 stattgefunden haben.

Zunächst kann dahingestellt bleiben, ob hier eine „Organgesellschaft“ überhaupt in Betracht kommt, insbes. ob die „S.-GmbH.“ von vornherein in einem abhängigen Angestelltenverhältnisse zur Kl. gestanden hat oder solches Verhältnis erst durch den Vertrag v. 23. Dez. 1920 geschaffen worden ist. Jedenfalls können die in der Rpr. des RFH. hinsichtlich des Begriffs und der steuerlichen Bedeutung der „Organgesellschaft“ für bestimmte Reichssteuergebiete aufgestellten Grundsätze — unter Ausschluß ihrer Berücksichtigung bei der Veranlagung der Vermögensteuer (RFH. 17, 53) — (vgl. u. a. a. O. 13, 146, 151, 328; 20, 46) für die WBZust. nicht in Betracht kommen. Die für sie geltenden Vorschriften der hier maßgebenden StD. ebenso wie des WBZustG. knüpfen die Steuerpflicht grundsätzlich an formalrechtliche Vorgänge und lassen, wenn ein derart gesetzlicher Tatbestand gegeben ist, für eine die Rechtslage außer acht lassende Berücksichtigung rein wirtschaftlicher Zusammenhänge keinen Spielraum. Demgemäß hat der Gerichtshof in ständ. Rpr. auch die Übertragung von Grundeigentum seitens eines Treuhänders auf den Treugeber ohne Rücksicht auf das Treuhandverhältnis als zuwachssteuerrechtlich maßgebenden Erwerbs- oder Veräußerungsvorgang anerkannt (vgl. OVG. 80, 80 ff.). Ebenso muß im vorl. Falle der Vertrag v. 23. Dez. 1920, auf Grund dessen erst ein Erwerb im rechtlichen Sinne stattgefunden hat, als maßgebendes Erwerbsgeschäft gelten, wie er seinerzeit auch ohne Widerspruch der Kl. als grundsätzlich steuerpflichtiges Veräußerungsgeschäft angesehen und nur infolge Zugrundelegung eines den Erwerbspreis nicht erreichenden Veräußerungspreises steuerfrei geblieben ist.

Hiernach sind die allgemeinen steuerlichen Voraussetzungen für eine Heranziehung der Kl. gegeben.

(PrWBG., 7. Sen., Ur. v. 15. Mai 1931, VII C 133/30.)

*

3. GemWBZust. Ist in einer WBZustD. eine Steuerpflicht des Übergangs von Rechten an dem Vermögen von Personenvereinigungen für den Fall vorzusehen, daß zum Gegenstande des Unternehmens die „Verwertung“ von Grundstücken gehört, so fällt unter den Begriff „Verwertung“ nicht nur die Veräußerung des Grundstücks, sondern auch jede Nutzungsmachung seiner Wertsteigerung, insbes. durch Vermietung.

Durch notar. Vertrag v. 12. Okt. 1922 begründeten W. und der Kaufmann R. die Grundstücksges. S., H. str., als eine GmbH. § 2 des Vertrags lautete: „Gegenstand des Unternehmens ist der Erwerb, die Verwaltung und Verwertung des zu S., H. str., gelegenen Grundstücks.“ An dieser Gesellschaft war W. mit einem Geschäftsanteile von 10 000 Mk. beteiligt, den er laut notar. Vertrage v. 19. Nov. 1926 an den Kaufmann F. veräußerte. Anlässlich dieses Rechtsvorganges wurde W. von dem bekl. Magistrat auf Grund v. BerlWBZustD. v. 11. April 1924 u. 27. Jan. 1926 zu einer Steuer herangezogen. Nach Abweis. der auf Freipflicht gerichteten Klage des W. gab das OVG. seiner Rev. statt.

Es handelt sich um die Übertragung von Rechten an Vermögen einer Gesellschaft, die Eigentümerin eines in Berlin belegenen Grundstücks ist. Dem Leugnen des Kl., daß die Grundstückserwertung den Zweck des Unternehmens darstelle, steht der eindeutige Wortlaut des § 2 des Gründungsvertrags entgegen, nach dem der „Erwerb, die Verwaltung und Verwertung“ des bezeichneten Grundstücks den Gegen-

stand des Unternehmens bildet. Im übrigen verkennt der Kl. den Begriff der „Verwertung“ i. S. des § 1 Abs. 3 StD. Hierunter fällt, wie der erste Richter zutreffend ausgeführt hat, nicht nur die Veräußerung des Grundstücks, sondern auch jegliche Ruhbarmachung seiner Wertsteigerung, insbes. durch Vermietung (vgl. Cuno, Erl. z. ZuvStG. S. 62; Lion, NZuvStG. S. 38 Anm. 3 zu § 3). Wie Kl. in der RevBegründung selbst angibt, war Zweck des Unternehmens die ordnungsmäßige Grundstücksverwaltung, namentlich die Vereinnahmung der Mieten, deren Höhe sich nach den gesetzl. Best. richtete. Mit solchem Zwecke muß als selbstverständlich das Ziel verbunden gelten, nach Möglichkeit eine Steigerung der Einnahmen zu erreichen, d. h. jede Wertsteigerung des Grundstücks sich nutzbar zu machen. Auch unter dem vom Kl. betonten Gesichtspunkt einer Vermögensanlage mußte es den Beteiligten auf bestmögliche Nutzung des Grundstücks und gerade auch unter Berücksichtigung des in der Inflationszeit erfolgten Ankaufs auf die Ausnutzung jeder Wertsteigerung ankommen. Bei dieser Sachlage bedurfte es keiner weiteren Beweisnahme, vielmehr war festzustellen, daß — selbst abgesehen von der Fassung und dem Inhalte des nicht abgeänderten Gesellschaftsvertrags — auch die tatsächl. Verhältnisse die Erfüllung der Voraussetzung einer zum Gegenstande des Unternehmens gehörenden Grundstücksverwertung i. S. der StD. ergeben (vgl. Hagelberg-Rämer, NZuvStRecht S. 11; DVG. 72, 24 ff.).

(RevDVG., 7. Sen., Urt. v. 1. Mai 1931, VII C 178/30.)

Hessen.

Hessischer Verwaltungsgerichtshof.

Berichtet von Rechtsanwalt Horsch, Mainz.

4. Art. 23 HessGemLmG. Die Filialen eines reinen Fabrikationsbetriebes unterliegen auch dann der Filial-Gewerbesteuer nicht, wenn sie als Handelszweigstellen eingerichtet sind.

(HessVGH., Urt. v. 5. Juli 1931, Nr. VGH 86/29.)

D. Schiedsgerichte.

Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg.

1. Schuldhafte Beimischung fremder Substanzen macht die Ware zu einem aliud.

Kl. kaufte vom Bekl. nordamerikanisches Vorrismehl unter der Klausel, daß Qualitätsmängel nicht zur Wandlung, sondern nur zur Minderung berechtigen. Da dem gelieferten Fischmehl merkliche Mengen Säugetierknochenmehl beigemischt waren, so stellte Kl. die bereits bezahlte Ware zur Verfügung und klagte auf Rückzahlung des Kaufpreises.

Verurteilung, Treu und Glauben im Handelsverkehr erfordern, daß nur völlig reine Waren geliefert werden. Die Zulassung gewisser Mengen fremder Bestandteile öffnet der Unredlichkeit Tür und Tor. Es ist daher die Frage, ob eine Ware eine Freigrenze gewisser Bestandteile handelsüblicherweise enthalten darf, nur dann erörterungsfähig, wenn die Ware ihrer Natur nach derartige Bestandteile immer enthält, oder wenn es sich um fremde Bestandteile handelt, mit denen die Ware ihrer Natur nach immer vermischt ist. Es kann daher sehr wohl beispielsweise Streit darüber entstehen, wie hoch der Wassergehalt von Butter sein, oder wieviel Sand und Erde handelsüblicherweise ein Zentner Kartoffeln enthalten darf. Ein Anlaß, gewisse Freigrenzen zuzulassen, liegt aber niemals dann vor, wenn es sich nur um vorfällige oder fahrlässige Beimischungen fremder Bestandteile handeln kann. Wenn auch häufig dieselben Maschinen zur Verarbeitung von Fischgräten und Säugetierknochen dienen, so darf das doch nicht dazu führen, die strengen Anforderungen, die der Handel an die Reinheit einer Ware zu stellen hat, wesentlich abzuschwächen. Die beklagte Behauptung, es habe sich im Futtermittelhandel ein Handelsbrauch dahin gebildet, daß Fischmehl, das lediglich „Spuren“ von Säugetierknochenmehl enthält, handelsüblicherweise noch als reine Ware anzusehen sei, kann auf sich beruhen bleiben, da die streitige Ware mehr als Spuren von Säugetierknochenmehl enthält. Auf den Ausschluß der Wandlungsbefugnis kann Bekl. sich nicht berufen. Wenn in einer Ware mehr als Spuren fremder Bestandteile vorhanden sind, so ist der Käufer immer befugt, die Ware als kontraktwidrig zur Verfügung zu stellen. In derartigen Fällen handelt es sich nicht um Qualitätsmängel, die angebotene Ware stellt vielmehr im Vergleich zu der verkauften Ware handelsüblicher Beschaffenheit ein aliud dar.

(SchiedsGer. d. Handelsk. Hamburg, Schiedspr. v. 13. März 1931 S G 31/30, MittsR. 1931, 281.)

Mitgeteilt von Prof. Dr. Dr. Hans Reichel, Hamburg.

E. Ausländische Gerichte.

Oberster Gerichtshof Wien.

1. Schweigen als Zustimmung: Wer nicht alsbald nach Erhalt einer Faktura über angeblich bestellte Ware und wievohl er wußte oder wissen mußte, daß der Absender irrtümlich von der Annahme einer Bestellung ausgegangen sei, den Absender darauf aufmerksam macht, daß eine verbindliche Bestellung nicht vorliege, muß es sich nach Treu und Glauben gefallen lassen, daß die Bestellung als von ihm genehmigt gilt. †)

Im übrigen ist aber die bekl. Partei auf die österr. Rechtslehre (Hrenzweig Bd. I S. 243 ff.; Hasenöhrl Bd. I S. 677 ff.; Staub-Wisko Bd. I S. 48, 182 ff., 312, 313; Schleifinger in Klags Komm. Bd. II/2 S. 70 ff.) als auch auf die Rpr. (vgl. GlMf. 5946, 6636; UO. 890, 1113, 1378; GZ. VI/91, VII/17, VIII/208) zu verweisen, wonach die Rücksicht auf die Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs und die Handelsitte (Art. 279 BGB., § 863 WGB.) es gebieten, das Präjudiz des Art. 323/1 HGB., wonach unter gewissen Voraussetzungen Schweigen als Annahme und Zustimmung zu gelten hat, auf ähnliche Fälle, namentlich auf solche auszudehnen, wo „der Nichtzustimmende nach Treu und Glauben oder nach der Verkehrssitte oder nach dem Gef. hätte reden müssen“ (Hrenzweig a. a. D.). Mag also auch dem Empfänger der Ware die Kontrahierungsabsicht vielleicht gefehlt haben, so muß er sich doch gefallen lassen, daß unter jenen Voraussetzungen sein Schweigen als Zustimmung oder Genehmigung geubet wird. So wird namentlich in der Rechtslehre die Ansicht vertreten, daß die Annahme unbestellter Ware unter dem Rechtsnachteil der Genehmigung ungehäumt abgelehnt werden müsse, wenn der Empfänger ein Kaufmann sei und die Zusendung unter Umständen erfolgte, die nach den Grundsätzen von Treu und Glauben eine Pflicht des Empfängers zur alsbaldigen Erklärung annehmen lassen, so bei bestehender Geschäftsverbindung oder wenn der Empfänger wußte, daß der Absender irrtümlich von einer Annahme einer Bestellung ausgegangen sei oder wenn er erfuhr, daß die Bestellung in seinem Namen durch einen unbefugten Stellvertreter geschehen sei.

Dieser Ansicht schließt sich auch das RevG. an, weshalb das angef. Urt. aufrechtzuerhalten und die Rev. abzuweisen war. Denn wenn die bekl. Partei durch den Brief der Kl. v. 18. Dez. 1929 erfuhr, daß ihr Betriebsleiter A., der doch zu einer Bestellung nicht befugt war, eine solche dem Vertreter der klagenden Partei aufgegeben hatte und daß die Ware bereits abgefunden sei, und wenn die bekl. Partei darauf die Faktura v. 31. Dez. 1929 empfing, so war es ein Gebot kaufmännischen Anstandes, die klagende Partei unverweilt darauf aufmerksam zu machen, daß eine solche Bestellung, wenn sie erfolgt sein sollte, für sie, die Bekl., an sich und zufolge getroffener Abrede unverbindlich sei. Sie durfte die klagende Partei durch ihr Schweigen nicht in der Meinung bestärken, daß die Bestellung in Ordnung gehe und die Ware übernommen werde, dies um so weniger, als es sie nur einen Brief gekostet hätte, und als sie sich sagen mußte, daß die klagende Partei Schaden erleide, wenn sie über die Ware nicht anderweitig verfügen könne. Freilich hält den die bekl. Partei entgegen, sie habe in ihrer Berufungsmittelteilung die Gründe dargelegt, aus denen es nicht zu einer solchen Antwort kam, warum sie nicht früher als am 18. März 1930 geschrieben habe. Die Gründe sind aber rechtlich belanglos, weil die bekl. Partei die Verzögerung ihres Schreibens nur mit ihren Betriebsverhältnissen zu entschuldigen versucht. Diese gehen aber auf ihre Gefahr, und sie hat es zu verantworten, wenn nicht dafür gesorgt wurde, daß der Brief der klagenden Partei v. 18. Dez. 1929 eine sofortige Erledigung fand. Im Hinblick auf die Vorsch. des Art. 347 HGB. mußte die bekl. Partei Vorkehrungen treffen, daß einlangende Waren sofort untersucht und allenfalls zur Disposition gestellt werden. Eine solche Vorkehrung hätte auch für den vorl. Fall getroffen werden können und sollen.

(OGH. Wien, Urt. v. 19. Juni 1931, 1 Ob 588/31, Rpr. 1931 Nr. 318.)

Zu 1. Die interessante Entsch. steht zutreffend auf dem Standpunkte, daß auch dort, wo das Stillschweigen keinen zwingenden Schluß auf eine Kontrahierungsabsicht zuläßt, also an und für sich keine „stillschweigende Willens-Erklärung“ im Rechtssinne vorliegt, trotzdem unter gewissen Umständen, nämlich dann, wenn dies Treu und Glauben erfordern, der Schweigende so behandelt werden muß, wie wenn er eine Willenserklärung abgegeben hätte. R. A. Dr. Maximilian Köppler, Wien.