

# Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

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

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

Fernsprecher Sammel-Nr. 72 566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postcheckkonto Leipzig Nr. 63 673.

Geschäftsstelle in Berlin SW 48 Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217 u. 218.

Die JW. erscheint wöchentlich. Bezugspreis monatlich M. 4.50; Einzelhefte kosten den halben Monatsbetrag. Für Studenten, Referendare und Assessoren im Vorbereitungsdiens 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. 155.—,  $\frac{1}{4}$  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 Postcheckkonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63 673, erheben.

Für den Deutschen Anwaltverein sind Zuschriften nach Berlin W 62, Maackenstr. 5, Zahlungen auf Postcheckkonto Berlin 55 445 zu richten. Alle Sendungen für die Schriftleitung der JW. werden nach Berlin W 62, Maackenstr. 27 erbeten.

## Albert Pinner †.

Am 5. Januar verschied Herr Justizrat Dr. h. c. Albert Pinner, Rechtsanwalt bei den Landgerichten zu Berlin und Notar. Ein Herzschlag setzte einem Leben von mehr als 75 Jahren ein Ende, einem Leben, das bis zur letzten Stunde von Arbeit und Tat erfüllt und mit Erfolgen aufs reichste gesegnet war.

Albert Pinner war am 28. September 1857 in Berlin geboren; er erhielt seine Schulbildung in dem alten Berliner Gymnasium des Grauen Klosters, seine juristische Ausbildung auf der Universität zu Berlin. Nach Abschluß des Vorbereitungsdienstes und Ablegung der Gerichtsassessorprüfung nahm er am 19. Juli 1883 seine Zulassung in Berlin.

Das Hauptarbeitsgebiet Pinner's war das Handelsrecht und insbesondere das Aktienrecht. In Berufsgemeinschaft mit Maximilian Kempner, mit dem er bis zu dessen Tode zusammen wirkte, errang sich Pinner im Laufe der Jahre den wohlbegründeten Ruf eines wahren Mentors der Wirtschaft, eines unentbehrlichen Beraters und Vertrauensmannes deutscher und ausländischer großer Wirtschaftsunternehmen. Diese praktische Berufstätigkeit befruchtete seine wissenschaftlichen Arbeiten. Seine zahlreichen Veröffentlichungen über Handelsrecht, Aktienrecht, Börsenrecht, unlauteren Wettbewerb usw., die in der vorbildlichen Fortführung des Standardwerkes des Staub'schen Kommentars zum Handelsgesetzbuch gipfelten, haben maßgebenden Einfluß auf die neuere deutsche Rechtsentwicklung dieser Gebiete genommen. Mit Bewunderung steht man vor dieser ungeheuren Leistung einer ein halbes Jahrhundert umfassenden Tätigkeit. Die überragende wissenschaftliche Bedeutung Pinner's ehrte die juristische Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin dadurch, daß sie ihm zu seinem 70. Geburtstag im Jahre 1927 die Würde eines Ehrendoktors der Rechte verlieh.

Und geradezu ein Rätsel mag es manchem erscheinen, wie dieser von beruflicher und wissenschaftlicher Arbeit bis zum Übermaße in Anspruch genommene Mann noch die Zeit und die Neigung aufbrachte, sich selbstlos den Interessen seines Standes hinzugeben und zu opfern. Seit langen Jahren war Pinner unbestrittener Führer der Berliner Anwaltschaft, die ihn vor etwa 10 Jahren zum Vorsitzenden des Berliner Anwaltvereins berief, in welchem Amte er Unvergängliches geleistet hat. Kein Wunder deshalb, daß die Berliner Anwaltschaft ihn auch als ihren berufenen Vertreter innerhalb der gesamten Anwaltschaft betrachtete. Nachdem er bereits lange Jahre in die Abgeordnetenversammlung des Deutschen Anwaltvereins entsandt worden war, trat er 1925 in den Vorstand des Vereins ein, wo er alsbald, im Vorstände selbst wie als Mitglied wichtiger Ausschüsse des Vorstandes, aufs lebhafte und fördernd tätig war. So übernahm er den Vorsitz des Treuhandauschusses und wirkte in dem Ausschusse für die Reform des Aktienrechts und im Fachanwaltsausschuß richtunggebend mit. Den Dank für diese Arbeit brachte ihm die Abgeordnetenversammlung im Jahre 1932 aus Anlaß seines 75. Geburtstages dadurch zum Ausdruck, daß sie ihm die Ehrenmitgliedschaft des Deutschen Anwaltvereins verlieh.

Mit Pinner ist eine der Zierden der deutschen Anwaltschaft dahingegangen, ein Mann von unbeugsamem festen Willen und unbeirrbarer Zielrichtung, von klarer Schärfe des Verstandes, von Kampfesfreudigkeit und dabei Achtung vor der Meinung des anderen, ein Mann überdies von umfassender und feinsten Allgemeinbildung, ein Mann, aufgeschlossen für die schönen Künste, ja selbst ein Künstler, ein Mann, der Goethe nicht nur kannte, sondern Goethe lebte.

Noch eine große Eigenschaft des Dahingegangenen muß gerade an dieser Stelle hervorgehoben werden. Oft hört man als Lob der Alten, daß sie sich der Jugend nicht verschließen, daß sie Verständnis für die Lage, die Empfindungen und die Ziele der nach uns Kommenden aufbringen. Pinner bot mehr: gefestigt in der guten Tradition fast 50jährigen Wirkens in der Anwaltschaft und für die Anwaltschaft, stand er doch in der fortschreitenden Bewegung mitten darin, empfand und erlebte er die neuen Probleme als ureigenste. Vorkämpfer und Pionier war er für wichtigste Fragen der Fortentwicklung von Standesrecht und Standesauffassungen der deutschen Advokatur, so bei der Fachanwaltschaft, so bei der Treuhandfrage. Ihm persönlich gab es einen Gegensatz zwischen Alten und Jungen nicht. Ihm stand über allem die Zukunft und das Wohl des Standes, dem er mehr als ein Menschenalter hindurch sein ganzes Herz und seine ganze Kraft gewidmet hatte. Dessen zu gedenken ist Anlaß für die deutsche Anwaltschaft, die in stolzer und dankbarer Trauer an der Bahre eines ihrer Besten steht.

Dittenberger.

## Die Haftung der Banken aus Kreditauskünften.

Von Rechtsanwalt Dr. Hugo Jacoby, München.

Bei Banken wird im Verkehr besonders oft angefragt, weil einer Bankauskunft erheblicher Wert beigelegt wird. Aus dem gleichen Grunde werden Banken gern als Referenz aufgegeben. In den Fällen der Referenzauskunft wird regelmäßig eine Geschäftsverbindung zwischen der Bank und dem Anfragenden — demjenigen, der die Bank um Auskunft bittet — nicht bestehen.

Die Rspr. bewegt sich vorwiegend um diese und ähnliche Fälle, in welchen die Bank außerhalb einer mit dem Anfragenden bestehenden Geschäftsverbindung Auskunft erteilt, wohl weil sich aus derartigen Auskünften häufiger rechtliche Unstimmigkeiten ergeben.

In erster Reihe interessiert die Frage, ob die Bank bei einer derartigen Auskunft für grobe Fahrlässigkeit (gr. F.) haftet.

Der Praktiker ist geneigt, diese Frage schlechtthin zu verneinen. Ihm ist geläufig, daß die Haftung sich in den Grenzen der §§ 676, 826 BGB. bewegt. Ein Vertragsverhältnis kommt nicht in Frage. Eine Verantwortlichkeit aus einer unerlaubten Handlung kann nur auf Grund § 823 II oder auf Grund § 826 BGB. in Frage kommen. § 823 II wird nur bei Verstoß gegen ein Schutzgesetz, also nur in den seltenen Fällen anwendbar sein, in welchen die Bank sich bei Erteilung der Auskunft eines strafrechtlichen Betruges (§ 263 StGB.) schuldig gemacht hat. § 826 verlangt eine „vorsätzliche“ Schadenszufügung in einer gegen die guten Sitten (g. S.) verstoßenden Weise.

Es ist nicht ohne Interesse, die Stellungnahme des gemeinen Rechts heranzuziehen. Die Frage war bestritten. Überwiegend wurde aber der Grundsatz „culpa lata dolo proxima“ angewendet und die Haftung für culpa lata bejaht. Dernburg in seinen Pandekten, 2. Aufl., Bd. 2 § 36 prägt, Friedrich Mommsen in dessen Beiträgen zum Obligationenrecht folgend, den Satz: „Wegen Arglist haftet der Schuldner bei allen Forderungsrechten. Das Gegenteil kann nicht einmal ausgemacht werden.“ Wegen Einzelheiten verweise ich auf Jacoby, „Die Kreditföndigung nach ihrer wirtschaftlichen und nach ihrer rechtlichen Seite“, Berlin 1891, S. 53 Anm. 1. Dem entgegen erklärt RGKomm. 6 zu § 276 Anm. 5 vertragsmäßigen Ausschluß der Haftung für grobes Verschulden für zulässig, weil nach § 276 II BGB. nur die Haftung wegen Arglist vertragsmäßig nicht ausgeschlossen werden kann.

Für den Vorfall i. S. des § 826 BGB. genügt nach RGKomm. 6 dolus eventualis. Das Merkmal der Vorsätzlichkeit wird schon durch das Bewußtsein des Täters erfüllt, daß infolge seiner Handlungsweise der andere Schaden erleiden könne, sofern er diesen möglichen Erfolg in seinem Willen aufgenommen und für den Fall seines Eintritts gebilligt hat. So RGKomm. 6 zu § 826 Anm. 3 unter Anführung der reichsgerichtlichen Rspr. Unmittelbar vorher heißt es: „Grobe Fahrlässigkeit genügt hier dem Erfordernis des Tatbestandes nicht, wie der Wortlaut des Gesetzes klar besagt. Sie kann das gegenständliche Merkmal der Sittenwidrigkeit erfüllen, aber nicht den Vorfall der Schädigung erfassen.“

Nun zeigt aber die Rspr. des RG. Fälle, in welchen sich das RG. entschlossen hat, bei gr. F. die Haftung zu bejahen, sofern das gesamte Verhalten des Auskunftgebers einen Verstoß gegen die g. S. in sich schließt. Ich verweise auf JW. 1911, 584<sup>27</sup>. Dort war die Bank über einen Kredit bis zu 30 000 M angefragt. Die Auskunft wurde von dem Bankvorsteher, dem Oberbeamten der Bank, gegeben. Die Auskunft war eine mündliche. Der Bankvorsteher erklärte dem Anfragenden, ohne Nachschau in den Büchern zu halten, die Firma besitze nach der letzten Bilanz ein Vermögen von 400 000 M und ihre Grundstücke seien mäßig belastet. In Wirklichkeit hatte die Firma der Bank seit drei oder vier Jahren trotz deren Drängens keine Bilanz mehr vorgelegt und nach der letzten von ihr vorgelegten Bilanz

kein eigentliches Vermögen mehr besessen, und ihre Grundstücke waren nach der Schätzung, die sie selbst der Bank eingereicht hatte, zu  $\frac{5}{6}$  belehnt. Das BG. hatte die Klage abgewiesen, weil eine Auskunft wider besseres Wissen nicht vorliege. Das RG. 6. Sen. hob unter Rückverweisung auf. Das BG., so wird ausgeführt, verkenne den Begriff des Verstoßes wieder die g. S., wenn es nur darauf abstelle, daß der Best. die Auskunft wider besseres Wissen erteilt haben müsse. Der Bankier werde vielfach um Auskunft über Personen angefragt, mit denen er in Geschäftsverbindung stehe, und er pflege solche Auskünfte zu erteilen, um diesen Personen die Vorteile des neuen Kredites zuzuwenden, und mittelbar den eigenen Umsatz mit ihnen zu fördern, der Bankier brauche keine Auskunft zu geben, gebe er sie aber, so dürfe von ihm erwartet werden, daß er gewissenhaft und sorgsam verfare. Bei der vom Kl. behaupteten Sachlage sei, wenn für deren Richtigkeit Beweis erbracht werde, die Auskunft, wenn sie auch nicht bewußt falsch war, ins Blaue hinein erteilt worden, was selbst über die Grenzen der Leichtfertigkeit hinausgehe. Es liege ein derartiger Mangel an Gewissenhaftigkeit vor, daß das Verhalten der Bank das Ehrgefühl eines auf die Verlässlichkeit seines Standes haltenen Kaufmanns verletzen müsse und deshalb den g. S. widerstreite.

Hier hat also das RG. bei gr. F. Schadensersatzpflicht ausgesprochen. Das Ur. liegt lange vor der 6. Aufl. des RGKomm. Es stimmt mit den Ausführungen des RGKomm. insoweit überein, als es hervorhebt, daß gr. F. das gesetzliche Merkmal der Sittenwidrigkeit erfüllen könne, geht aber im Kernpunkt über den RGKomm. hinaus, indem es bei einem Verstoß gegen die g. S. auch bei culpa lata — das BGB. kennt ebenso wie das gemeine Recht nur Arglist und gr. F. und unterscheidet nicht noch zwischen Graden der gr. F. § 277 BGB. und RGKomm. Anm. 1 — die Haftung bejaht.

Die Entsch. ist nicht vereinzelt. Ebenfalls der 6. Sen. des RG. hat sich in einem Ur. v. 15. Nov. 1909: RG. 72, 175 in gleichem Sinne ausgesprochen. Dieses Ur. betraf allerdings nicht eine Kreditauskunft. Die Rechtsfrage war aber die gleiche. Sie ist in der Überschrift formuliert: „Kann in besonders gearteten Fällen auch die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt einen Verstoß gegen die g. S. enthalten?“ Diese Frage ist vom RG. bejaht worden. Der Kl. verlangte auf Grund § 826 von einem Arzt Ersatz des Schadens, welcher ihm durch den Versuch seiner Frau, ihn als geisteskrank entmündigen zu lassen, entstanden war. Der Arzt hatte sich der Frau und deren Verwandten gegenüber — entgegen der objektiven Wahrheit — dahin geäußert, Kl. sei geisteskrank und müsse entmündigt werden. Das BG. hatte ein grob fahrlässiges Verhalten des Arztes festgestellt, die Klage aber abgewiesen, weil keine absichtliche Schadenszufügung vorliege. Das RG. hob auf mit der Begründung: „Ein doloses, arglistiges Handeln, wird zur Annahme eines Verstoßes wider die g. S. nicht erfordert; auch die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt kann in besonders gearteten Fällen einen solchen Verstoß enthalten, und auch hierbei kann sich der Handelnde ebensogut der Möglichkeit einer Vermögensschädigung bewußt sein wie in dem Falle arglistigen Handelns. Damit würden die Voraussetzungen zur Anwendung des § 826 gegeben sein.“ Wegen der Einzelheiten verweise ich auf die Entsch.

Es ist nicht zu verkennen, daß die beiden Ur. mit dem Rechtsempfinden in Einklang stehen. Die Vorinstanzen, welche in beiden Fällen die Klage abgewiesen hatten, hätten sicherlich gerade so erkannt, wenn sie sich nicht durch § 826 in dem Worte „vorsätzlich“ gebunden gefühlt hätten.

Mit dem RGKomm. 6 sind die beiden Ur. nur zu vereinigen, wenn man sich nicht an den Wortlaut hält, vielmehr den Sinn der Ausführungen nach dem im RGKomm. a. a. O. angeführten Zitat: RG. 90, 106 ff. beurteilt. Im



§ 254 BGB. abzulehnen. Hat aber der Auskunftgeber nicht arglistig, sondern leichtfertig (*culpa lata*), wenn auch in einer gegen die g. S. verstößenden Weise gehandelt (s. o.), so ist nicht einzusehen, warum hier Bedenken gegen einen Schadensausgleich nach § 254 bestehen sollen. Andernfalls hätte der Auskunftgeber für die u. U. weitreichenden Folgen seiner Leichtfertigkeit voll einzustehen, während der Anfragende einen Freibrief für eigenes Verschulden erhalten würde. Das ist mit § 254 BGB. nicht zu vereinigen. Eigenes Verschulden des Anfragenden kann auch vorliegen, wenn er seine eigenen Erfahrungen mit dem „Angefragten“ dem Auskunftgeber nicht bekanntgibt, obwohl er sich nach Lage des Falles darüber klar sein müßte, daß dieselben für das Urteil der Bank über die Persönlichkeit des Angefragten Bedeutung haben könnten; ferner auch dann, wenn der Anfragende eine oder gar mehrere ungünstige Auskünfte, die er von anderer Seite erhalten hat, dem Auskunftgeber vorenthält, obwohl Anlaß bestand, ihn auf die abweichende Beurteilung aufmerksam zu machen. Auch die Kreditgewährung ausschließlich auf die Bankauskunft, trotz Vorliegens anderer ungünstiger Auskünfte, kann für sich allein ein nach § 254 zu berücksichtigendes eigenes Verschulden bilden.

Alle obigen Ausführungen behandeln, wie im Eingang bemerkt, lediglich die außervertragliche Auskunft, die außerhalb einer bestehenden Geschäftsverbindung erteilt wurde. Zu der Frage, ob bei einer zwischen der Bank und dem Anfragenden bestehenden Geschäftsverbindung die Haftung der Bank weiterreicht, soll hier nicht Stellung genommen werden. Eine Entscheidung zu dieser Frage ist mir für das Gebiet der Kreditauskunft nicht bekannt; ein Beweis dafür, daß diese Fälle die Rechtsprechung weniger beschäftigen. Der Fall in RG. 27, 118 ff.: 1. Sen. v. 31. Jan. 1891 betraf eine von einem Bankier an einen anderen Bankier innerhalb bestehender Geschäftsbeziehungen erteilte Auskunft. Die Auskunft betraf die Bonität eines Wertpapiers. Der Fall war aber insofern anders gelagert, als durch die Auskunft ein Kommissionsgeschäft eingeleitet werden sollte. Es kommt daher in Frage, ob die dort ausgesprochene strengere Haftung auf Fälle er-

streckt werden kann, in welchen unabhängig von einem abzuschließenden Geschäft um Auskunft ersucht wird. Allerdings enthält die Entscheidung, S. 121, Ausführungen, die allgemein gehalten sind. Es wird dort nämlich dargelegt, daß durch die häufige geschäftliche Berührung sich ein Vertrauensverhältnis zwischen Geschäftsfirmen herausbilde, in welchem die Wahrung von Treu und Glauben in erhöhtem Maße und in weiterem Umfange als im Verkehr zwischen einander fremd gegenüberstehenden Personen zur notwendigen Übung werde. Dies gelte nicht nur für den Abschluß und die Erfüllung der einzelnen Geschäfte, sondern für die gesamte Geschäftsverbindung und daraus sei zu erklären, daß Handlungen, welche abgesehen von der zwischen den Handelnden bestehenden Verbindung als rechtlich indifferente Tatsachen erscheinen, einen rechtlichen Inhalt gewinnen können. Gleichwohl wird zu beachten sein, daß die dortigen Ausführungen sich auf eine Auskunft beziehen, die der Vorbereitung eines Geschäfts diene, auf dessen Abschluß der Auskunftgeber Gewicht legte.

Die heutige Wirtschaftskrisis hat zur Folge, daß der Haftung aus Bankauskünften gesteigerte Bedeutung zukommt. Selbstverständlich haben die sog. Gefälligkeitsauskünfte aus anderen Berufskreisen die gleiche rechtliche Grundlage.

Eine Haftung für Verluste aus gewährten Krediten kann aber ganz unabhängig von einer Kreditauskunft eintreten. Hier kommen Kreditgewährungen an Unternehmungen in Frage, welche nach außen hin kreditwürdig erscheinen, in Wirklichkeit aber mangels genügender eigener Mittel nicht kreditwürdig sind. Ich habe RG. 136, 247 ff. = JW. 1932, 2703 und RG. 136, 293 ff. = JW. 1932, 2699 v. 9. April 1932 im Auge. Die Bedeutung dieser Urteile für unseren Verkehr und für unser Rechtsleben kann nicht leicht überschätzt werden. In beiden Fällen kamen Haftungen von Banken in Frage. Die Kreditwürdigkeit der Unternehmungen, aus welcher die eingeklagten Verluste entstanden waren, wurde nämlich auf die den Banken bestellten Sicherheiten zurückgeführt. Dabei wurde hervorgehoben, daß die Bestellung der Sicherheiten nach außen nicht in Erscheinung trat. Die in dieses Gebiet fallenden Fragen sollen eigens behandelt werden.

## Die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen.

Von Rechtsanwält Dr. Dr. Gustav W. Heinemann, Essen.

Die Notlage zahlreicher Anleiheschuldner hat dem Gef. betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen v. 4. Dez. 1899 eine größere Bedeutung gegeben. Das kommt nicht nur darin zum Ausdruck, daß eine NotW. des RPräs. v. 24. Sept. 1932 (RGBl. I, 447) dieses Gesetz ergänzt hat, sondern auch darin, daß sich neue Erörterungen über seine Tragweite erheben. Besonders tief greift dabei die Frage, wo die Grenzen liegen, innerhalb deren die Beschlüsse der Mehrheit der Schuldverschreibungsinhaber auch für die Minderheit bindend sind.

Nach § 11 des Gef. kann die Versammlung der Inhaber von Schuldverschreibungen zur Abwendung einer Zahlungseinstellung oder des Konkurses des Schuldners mit erhöhter Mehrheit beschließen, daß Rechte der Gläubiger aufgegeben oder beschränkt werden (z. B. Zinsnachlaß, Tilgungsausschub). Solche Beschlüsse haben „nach Maßgabe dieses Gesetzes verbindliche Kraft für alle Gläubiger“ der gleichen Art (§ 1). Der Zweck dieser Bestimmung ist klar: ein Entgegenkommen, welches gerade auch vom Standpunkt der Obligationäre als wirtschaftlich vernünftig erscheint, soll nicht an der Halsstarrigkeit einzelner scheitern.

Die Herrschaft der Mehrheit wird aber, wie in allen Fällen so auch hier, nicht selten mißbraucht. Die Eigenart der wirtschaftlichen Lage, aus der heraus das Gef. v. 1899 zur Anwendung kommt, besteht darin, daß eine Verzichtleistung der Obligationäre u. U. auf dem Umweg über die Vermögensverbesserung des Schuldners andern Gruppen von Gläubigern zugute gebracht werden kann. Es kommt deshalb vor, daß die Gruppe der ungesicherten Gläubiger die

Entschließung der meist hypothekarisch gesicherten Obligationäre unter solchen Gesichtspunkten zu beeinflussen versucht. Soweit sie selbst zugleich auch Schuldverschreibungen besitzt, kann sie es in der Versammlung der Obligationäre ohne weiteres. Wichtiger noch ist aber, daß man die Obligationäre seitens der ungesicherten Gläubiger schon vor der Versammlung der Schuldverschreibungsinhaber unter Druck setzen kann, indem man durch ein Konsortium von Banken (welche vielfach selbst die hauptsächlich ungesicherten Gläubiger sind) ein Kaufangebot an die Obligationäre zu äußerst geringen Kursen veranlaßt. Erfahrungsgemäß ist immer ein großer Teil der eingeschicktesten Obligationäre bereit, ein solches Angebot anzunehmen. Aber auch der faltblütige Obligationär muß sich sagen, daß den Letzten die Hunde beißen. Gelingt es dem Konsortium, die erforderlichen Mehrheiten zusammenzukaufen, so kann er durch die Beschlüsse in der Versammlung der Obligationäre schwer geschädigt werden<sup>1)</sup>. Es ist paradox, daß sich auf solche Weise das zum Schutz der Obligationäre er-gangene Gef. v. 1899 dazu verwenden läßt, gerade diese — noch dazu meist dinglich gesicherte — Gruppe von Gläubigern besonders zu schädigen.

Die Beantwortung der Frage, was der Inhaber einer Schuldverschreibung tun kann, um sich zu wehren, hängt entscheidend davon ab, ob die Beschlüsse der Obligationärversammlung auch dann verbindlich sind, wenn die Mehrheit ihre Stimmabgabe nicht an den gemeinsamen Belangen der

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu: „Obligationäre zwischen Schylla und Charubdis“: Frankfurter Ztg. v. 9. Dez. 1932 Nr. 918/19.

Inhaber der Schuldverschreibungen orientiert, sondern an anderweitigen Belangen, die mit den Schuldverschreibungen als solchen nichts zu tun haben. Es sind verschiedene rechtliche Möglichkeiten denkbar, um hier zu einer Verneinung zu kommen.

Zunächst wäre an eine Anfechtung der Beschlüsse wegen Unzweckmäßigkeit zu denken. Sie würde bedeuten, daß das Gericht in eine Nachprüfung darüber einzutreten hätte, ob die Beschlüsse wirklich den ganzen Umständen nach zum Besten der Obligationäre gereichen. Eine solche gerichtliche Nachprüfung der Zweckmäßigkeitsfrage ist unserm Recht nicht fremd. Sie kommt im Vergleiche vor, wo die Zubüßpflicht der Gewerke diesen Rechtsbehelf bedingt. Im vorl. Fall spricht § 1 Abs. 1 des Ges. v. 1899 davon, daß diejenigen Beschlüsse auch gegenüber der Minderheit verbindlich sein sollen, „welche von einer Versammlung der Gläubiger aus diesen Schuldverschreibungen zur Wahrung ihrer gemeinsamen Interessen gefaßt werden...“. Damit wird jedoch die Verbindlichkeit nicht davon abhängig gemacht, daß die Beschlüsse wirklich objektiv die Interessen der Obligationäre fördern, sondern es wird nur ein subjektives Moment angedeutet, auf das noch zurückzukommen sein wird. Eine Anfechtung der Beschlüsse wegen Unzweckmäßigkeit muß daher ausscheiden.

Anderes verhält es sich mit der aus dem Aktienrecht geläufigen Anwendung des § 138 BGB. auf Versammlungsbeschlüsse. Diese Bestimmung greift unzweifelhaft auch hier Platz. Wegen ihrer Tragweite im einzelnen kann weitgehend auf die Rechtsprechung zu den Generalversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft Bezug genommen werden. Ebenso braucht über die unzweifelhafteste Anwendbarkeit der §§ 123 und 826 BGB. hier nichts Besonderes gesagt zu werden.

Das Ges. v. 1899 bietet aber noch einen anderen Anknüpfungspunkt, der einer näheren Erörterung bedarf. Er ist in dem bereits angeführten § 1 Abs. 1 enthalten, aus dem allein eine Verbindlichkeit der Beschlüsse einer Obligationärversammlung auch gegenüber der Opposition hergeleitet werden kann. § 1 Abs. 1 stellt eine gesetzliche Ermächtigung dar, die deswegen unentbehrlich ist, weil die Obligationäre untereinander nicht in einem Rechtsverhältnis stehen, das zu Mehrheitsbeschlüssen berechtigen würde. Der Erwerb einer Schuldverschreibung begründet ein Rechtsverhältnis lediglich zwischen dem Inhaber der Schuldverschreibung und dem Schuldner. Von einer Unterwerfung unter die Beschlüßfassung irgendeiner Mehrheit kraft Willenserklärung, so wie sie im Gesellschaftsrecht vertreten wird, kann daher hier keine Rede sein. Die Beschlüßfassungen auf Grund des § 1 Abs. 1 entsprechen eher den Vorstellungen, die die Autonomielehre im Gesellschaftsrecht vertritt. Die gesetzliche Ermächtigung zu einer auch für die Minderheit verbindlichen Beschlüßfassung ist daher von ausschlaggebender Bedeutung. Sie kann ihrer Natur nach nicht unbegrenzt sein.

Wo ihre Grenzen liegen, wird bereits in § 1 Abs. 1 selbst angedeutet, indem darin von Beschlüßfassungen der Schuldverschreibungsinhaber „zur Wahrung ihrer gemeinsamen Interessen“ gesprochen wird. Damit wird gesagt, daß die Beschlüsse der Obligationärversammlung eine gemeinsame Orientierungslinie haben müssen, wenn sie auf Grund der gesetzlichen Ermächtigung verbindlich sein sollen. Wenn die Mehrheit mit ihrer Abstimmung Ziele verfolgt, die außerhalb dessen liegen, was sie mit der Minderheit verbindet, wenn sie also sog. Nachinteressen im Sinne von Heß ihrer Abstimmung zugrunde legt, so kann diese nicht mehr mit der gesetzlichen Ermächtigung vereinbart werden. Das Ges. v. 1899 bringt damit in einer sehr schönen Weise zum Ausdruck, wo überhaupt die Grenzen von Mehrheitsentscheidungen liegen<sup>2)</sup>.

Es läßt sich noch an verschiedenen anderen Stellen erkennen, welche Bedeutung es der gleichmäßigen Interessenlage aller Abstimmenden beimißt. § 10 Abs. 4 verbietet, daß der Schuldner die Beschlüßfassung dadurch beeinflusst, daß er mit den in seinem Besitz befindlichen Schuldverschreibungen an der Abstimmung teilnimmt; die Überlassung des Stimmrechtes ist

nach § 21 strafbar. § 12 Abs. 1 fordert, daß für alle Gläubiger gleiche Bedingungen festgesetzt werden. Ein Abkommen des Schuldners mit einem Gläubiger, durch welches dieser begünstigt werden soll, ist grundsätzlich nichtig. Wird ein Beschlüß durch Begünstigung einzelner Gläubiger zustande gebracht, so hat er den übrigen Gläubigern gegenüber keine verbindliche Kraft. Endlich stellt § 23 den Stimmenkauf unter Strafe. All diese Vorschriften sollen offenbar gewährleisten, daß die Beschlüßfassung — um es einmal positiv auszudrücken — ausschließlich an der Frage orientiert wird, welches Vorgehen oder welches Verhalten nach den ganzen Umständen die beste Wahrung der Obligationärinteressen verspricht. Für besonders wichtig halte ich dabei die in § 12 Abs. 1 gegebene Bestimmung, wonach der durch Begünstigung einzelner Gläubiger zustande gebrachte Beschlüß den übrigen Gläubigern gegenüber unverbindlich bleibt. Es entspricht der ratio dieser Vorschrift, daß man die gleiche Unverbindlichkeit auch dann annimmt, wenn die Befürworter des Mehrheitsbeschlusses oder ihr ausschlaggebender Teil sich unter dem Deckmantel einer Abstimmung über gemeinsame Interessen eigenmächtig in besonderen Vorteile zu verschaffen suchen. In dem einen wie in dem anderen Falle wird die Abstimmung durch Zielsetzungen beeinflusst, die eine ehrliche Antwort auf die Frage nach dem, was den gemeinsamen Interessen der Schuldverschreibungsinhaber frommt, unmöglich macht. Der Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung, den § 1 Abs. 1 des Ges. v. 1899 für den Zwang gegen die Minderheit zieht, wird damit überschritten. Es können daher Beschlüsse der Obligationärversammlung, bei deren Zustandekommen die Mehrheit oder ihr ausschlaggebender Teil nicht an die gemeinsamen Interessen der Schuldverschreibungsinhaber, sondern an Verbesserungen ihrer Vermögenslage außerhalb ihres Besitzes an Schuldverschreibungen denkt, nicht für die Minderheit verbindlich sein.

Dieses Ergebnis muß auf Widerstand stoßen, wenn man es mit den Grundsätzen vergleicht, welche von der Rechtsprechung über die Beschlüßfassung in der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft herausgebildet worden sind. Das Ges. v. 1899 hat ja in der Tat die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen in vielen Punkten nach dem Vorbild der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft organisiert. Gleichwohl liegen andere Parallelen näher.

Wenn man davon ausgeht, daß es sich bei der Beschlüßfassung der Schuldverschreibungsinhaber um das wirtschaftlich zweckmäßige Vorgehen gegen den Schuldner oder das Pfandobjekt handelt, so kann man an die Fragen denken, welche durch die Verwaltung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes (§§ 741 ff. BGB.) aufgeworfen werden. Nach § 745 BGB. können die Gemeinschaftler „eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstandes entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung“ durch Stimmenmehrheit beschließen. Es ist unstrittig, daß die Beschlüßfassung nicht wegen Unzweckmäßigkeit zur gerichtlichen Nachprüfung gestellt werden kann. Unzweifelhaft ist aber ferner auch, daß die Beschlüßfassung für die Minderheit unverbindlich ist, wenn sie sich nicht in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung und Benutzung hält oder berechtigten Interessen der Minderheit widerspricht<sup>3)</sup>.

Besonders nahe liegt ferner die Parallele mit der Gläubigerversammlung, welche über den Zwangsvergleich im Konkurs beschließt. Auch hier handelt es sich um eine Abstimmung darüber, ob ein bestimmtes Verhalten gegenüber dem Schuldner den Interessen der Gläubiger dient. Das Gesetz schreibt hierzu in § 188 KO. vor, daß der Vergleich auf Antrag eines nicht bevorrechtigten Konkursgläubigers durch das Konkursgericht zu verworfen ist, wenn er dem gemeinsamen Interesse der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger widerspricht. Hier ist also vom Gesetz sogar besondere Vorsorge dafür getroffen, daß die Wahrung der gemeinsamen Gläubigerinteressen vor dem Zustandekommen des Zwangsvergleichs gerichtlich nachgeprüft werden kann.

<sup>2)</sup> Vgl. Gaymann, „Die Mehrheitsentscheidung, ihr Sinn und ihre Schranke“: Festgabe für H. Stammler, 1926, 395.

<sup>3)</sup> Vgl. RG.: JW. 1912, 193; Staubinger I 2ff. 311 § 745 BGB.

Diese beiden Parallelen bestätigen m. E. in hervorragendem Maße, daß auch die Beschlußfassung einer Obligationärversammlung nicht nur in den krassen Fällen des § 138 BGB. unverbindlich ist, sondern auch dann, wenn sie nicht den gemeinsamen Interessen der Schuldverschreibungsinhaber dient. Das ist dann der Fall, wenn die Mehrheit oder ihr ausschlaggebender Teil bei der Abstimmung subjektiv Sonderinteressen in dem oben erörterten Sinne maßgebend sein läßt. Es wird aber an Hand der hier aufgezeigten Parallelen zu erwägen sein, ob nicht auch eine solche Beschlußfassung der Obligationärversammlung unverbindlich bleibt, welche objektiv den gemeinsamen Interessen der Obligationäre widerstreitet. Damit wäre noch keineswegs die Zweckmäßigkeitfrage zur gerichtlichen Nachprüfung gestellt, wie das Schrifttum zu § 745 BGB. belegen mag.

Eine Unverbindlichkeit des Beschlusses der Obligationärversammlung kommt darin zum Ausdruck, daß der Verzicht auf Rechte gegen den Anleihschuldner nicht wirksam wird. Das bedeutet, daß jeder Obligationär trotz der Beschlußfassung nach wie vor seine Rechte gegen den Anleihschuldner (beispielsweise auf sofortige volle Zinszahlung) im Klageweg geltend machen kann. Der Anleihschuldner mag alsdann einwenden, daß die Beschlußfassung der Obligationärversammlung einen Verzicht herbeigeführt habe. Die Beweislast dafür trifft ihn.

Es ist natürlich, wie kaum betont zu werden braucht, schwer zu ertragen, daß die Unverbindlichkeit der Beschlußfassung einer Obligationärversammlung unbefristet geltend gemacht werden kann. Man muß daher dringend wünschen, daß der Gesetzgeber diese Frage alsbald befriedigend regelt.

## Haftet der Treuhänder für die Kosten der von ihm im Interesse der übernommenen Vermögensmasse geführten Prozesse den Begnern mit seinem eigenen Vermögen?

### I.

Von Landgerichtsrat Dr. Ulrich Müller, Hannover.

Der Begriff des Treuhänders entbehrt noch immer einer gesetzlichen Regelung, obwohl die Bedeutung, welche der Treuhänder im modernen Wirtschaftsleben gewonnen hat, eine solche längst erforderlich gemacht hätte. Auch die Anregung des 36. Deutschen Juristentages in Lübeck, insbes. die Vorschläge von Friedmann (vgl. Verhandl. d. 36. D. J.-T. Bd. I, S. 1109) haben bislang noch keine praktischen Folgen gehabt. Die enorme Steigerung der Insolvenzen, welche der wirtschaftliche Niedergang Deutschlands in der Nachkriegszeit zur Folge gehabt hat, hat es mit sich gebracht, daß Gläubiger und Schuldner in wachsendem Maße bestrebt sind, das teure und umständliche Konkursverfahren zu vermeiden und denselben wirtschaftlichen Erfolg auf die Weise zu erreichen, daß das vorhandene Vermögen des Schuldners auf eine unparteiische Person, den Treuhänder, übertragen wird, der für dessen Verwertung und die anteilmäßige Befriedigung der Gläubiger zu sorgen hat. Häufig wird auch in Liquidationsvergleichen dieselbe Regelung getroffen. In allen Fällen tritt der Treuhänder gewissermaßen als privater Konkursverwalter auf. Die Rechtsprechung hat bisher diese Entwicklung nicht mißbilligt. Sie hat dazu auch keinen Anlaß, da die Möglichkeit, das Konkursverfahren zu beantragen oder die Übertragung anzufechten bzw. die Rechte aus § 419 BGB. geltend zu machen, es jedem Gläubiger, der mit der vorgenommenen Transaktion nicht einverstanden ist, freistellt, diese zu unterbinden. Wie bei jedem fiduziarischen Rechtsverhältnis muß mangels einer gesetzlichen Regelung des Begriffs des Treuhänders dessen rechtliche Stellung über den beabsichtigten wirtschaftlichen Erfolg hinausgehen. Der Treuhänder wird juristisch durch Übertragung des Eigentums an den vorhandenen Sachen sowie durch Abtretung der Forderungen der Alleinberechtigten, während er wirtschaftlich nur eine fremde Vermögensmasse im Interesse der Gläubiger und letzten Endes auch in dem des Schuldners verwalten und verwerten soll. Seine wirtschaftliche Stellung ähnelt daher dem des Konkursverwalters, des Nachlassverwalters und des Testamentvollstreckers. Diese Diskrepanz zwischen rechtlicher Stellung und wirtschaftlichem Zweck ist bereits in der Rechtsprechung insofern zur Geltung gekommen, als ganz allgemein anerkannt ist, daß der Treugeber bei Zwangsvollstreckungen von Gläubigern des Treuhänders in das übernommene Vermögen gemäß § 771 BPO. intervenieren kann, und daß ihm im Konkurs des Treuhänders ein Aussonderungsrecht zusteht (Herrschende Lehre vgl. Jäger § 43 Anm. 38).

Es erhebt sich die Frage, welche Konsequenzen aus der tatsächlichen Stellung des Treuhänders im heutigen Wirtschaftsleben hinsichtlich des Problems der Kostentragung bei

Prozessen zu ziehen sind, die der Treuhänder für die von ihm übernommene Masse führt. Daß Konkursverwalter, Nachlassverwalter und Testamentvollstrecker für Prozeßkosten nicht persönlich haften, ist allgemeine Ansicht. Es liegt nahe, den Treuhänder ebenso zu behandeln, da auch er die notwendigen Prozesse nicht im eigenen, sondern im fremden Interesse führt. Für eine solche Analogie ist um so mehr Raum, als die Stellung des Testamentvollstreckers auch nicht auf einer amtlichen Ernennung, sondern auf einer privaten Willenserklärung, nämlich dem Testament des Erblassers, beruht, und andererseits bei Abschluß eines Liquidationsvergleichs mit Übergabe des Vermögens an einen Treuhänder eine amtliche Mitwirkung stattfindet. Würde der Treuhänder mit seinem privaten Vermögen für die Kosten haften, so würde dadurch der Prozeßgegner besser gestellt als er stehen würde, wenn die Treuhandschaft nicht bestände. Denn im letzteren Falle würde ihm nur das Vermögen des Schuldners für die Zwangsvollstreckung zur Verfügung stehen. Diese Besserstellung würde nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie durch Nachteile, welchen der Prozeßgegner durch das Bestehen der Treuhandschaft auf der anderen Seite ausgesetzt wäre, kompensiert würde. Das ist jedoch nicht der Fall. Würde der Treugeber sich seines Vermögens nicht entäußert haben, so wären drei Fälle denkbar:

1. Der Schuldner hätte den Prozeß persönlich geführt, ohne in der Verfügung über sein Vermögen irgendwie beschränkt zu sein.

2. Ohne die Verständigung mit den Gläubigern, welche zum Abschluß des Treuhandvertrages geführt hat, hätte der Schuldner das Vergleichsverfahren beantragen müssen. Während dieses Verfahrens wäre der Prozeß angestrengt.

3. Die Konkursöffnung wäre unvermeidlich gewesen, und der Prozeß durch den Konkursverwalter geführt worden.

Im Falle zu 1 hätte der Prozeßgegner nur den Vorteil, daß er, falls der Schuldner später Vermögen erwürbe, auf Grund seines Kostentitels in dieses neue Vermögen vollstrecken könnte. Die Übertragung an den Treuhänder würde daher für ihn einen Nachteil bedeuten, wenn nicht die Möglichkeit bestände, den gegen den Treuhänder erwirkten Titel gegen den Schuldner umschreiben zu lassen. Es müßte also die Analogie so weit ausgedehnt werden, daß auch eine Umschreibung nach beendigter Treuhanderschaft zulässig wäre. Daß dies bei den Parteien kraft Amtes möglich ist, ist allgemein anerkannt (vgl. Stein § 727 III). M. E. bestehen in dieser Hinsicht keine Bedenken. Der bereits anerkannte Gedanke, daß der Treuhänder wirtschaftlich gesehen Verwalter fremden Vermögens ist (vgl. das oben bezüglich der Interventionsklage und der Aussonderung im Konkurs Gesagte), muß zur Folge haben, daß, wenn das Vermögen wieder zurückübertragen wird oder die Treuhanderschaft aus

sonstigen Gründen ihr Ende findet, der Schuldner ebenso als Rechtsnachfolger anzusehen ist, wie im Falle der Beendigung des Konkurses.

Im Falle zu 2 gilt dasselbe wie zu 1. Der Schuldner wird durch das Vergleichsverfahren in seiner Prozeßfähigkeit nicht beschränkt. Er würde den Prozeß persönlich angeht und der obliegende Gegner gleichfalls die Möglichkeit gehabt haben, in das Vermögen des Schuldners zu vollstrecken.

Im Falle zu 3 liegt die Sache anders. Der Prozeß wäre vom bzw. gegen den Konkursverwalter geführt, und der Gegner hätte den Vorteil gehabt, daß seine Kostenforderung gemäß § 59 Ziff. 1 RD. Masse Schuld geworden wäre. Er hätte dann die Gewißheit gehabt, daß sein Anspruch vor denen der gewöhnlichen Konkursgläubiger befriedigt würde, während ihm bei bestehender Treuhandschaft keine Garantie dafür gegeben ist, daß nicht die anderen Gläubiger befriedigt werden, bevor seine Forderung gedeckt ist. Zwar wird man annehmen müssen, daß der Treuhänder nach dem Sinn des Treuhandvertrages berechtigt ist, die Prozeßkosten vorab zu bezahlen, da diese zu den Aufwendungen für die Verwaltung und Bewertung der Masse gehören und nur der Überschuß an die Gläubiger verteilt werden soll. Tut der Treuhänder dies jedoch nicht, so hat der Gegner keine Möglichkeit, ihn persönlich zur Rechenschaft zu ziehen, da er in keinem Vertragsverhältnis zu ihm steht und eine gesetzliche Haftung wie etwa beim Konkursverwalter (§ 82 RD.) nicht besteht. § 826 BGB. würde nur in den seltensten Fällen zur Anwendung kommen können.

Es fragt sich, ob dieser hinsichtlich des Punktes zu 3 festgestellte Nachteil dazu führen muß, die vorgeschlagene Analogie abzulehnen. Das ist m. E. zu verneinen. Ein Treuhandvertrag kann nur praktische Bedeutung haben, wenn sämtliche Gläubiger sich damit einverstanden erklären oder doch zum mindesten seiner Durchführung keinen Widerstand entgegenzusetzen. Denn jeder Gläubiger hat die Möglichkeit, wenn er sich nicht beteiligen will, die Übertragung wegen Gläubigerbenachteiligung anzusehen oder seine Rechte aus § 419 BGB. geltend zu machen oder auch Konkurs gegen den Schuldner zu beantragen und dadurch die ganze Aktion zum Scheitern zu bringen. Man wird deshalb davon ausgehen können, daß es dem Schuldner, wenn der Treuhandvertrag nicht geschlossen wäre, im Regelfalle gelungen wäre, zum mindesten die Eröffnung des Vergleichsverfahrens durchzusetzen. Wenn bei ihm die Verfallgründe des § 22 der RD. vorliegen, werden sich kaum alle Gläubiger bereitfinden, einer Treuhanderschaft zuzustimmen. Aus diesem Grunde kann man m. E. nur die oben erwähnten Möglichkeiten zu 1 und 2 zum Vergleich heranziehen. Danach würde sich aber kein Nachteil für die Prozeßgegner ergeben, wenn man die evtl. spätere Umschreibung des Titels zuläßt. Auf der anderen Seite würde aber nach wie vor der Vorteil vorhanden sein, daß dem Prozeßgegner in wirtschaftlich gänzlich ungerechtfertigter Weise das private Vermögen des Treuhänders für die Zwangsvollstreckung zur Verfügung stände.

Zweierlei Einschränkungen sind allerdings für die vorgeschlagene Analogie zu machen: Einmal muß der Treuhänder nach außen hin erkennbar als solcher auftreten, also bei Aktivprozessen die Klage klar und deutlich in seiner Eigenschaft als Treuhänder erheben und bei Passivprozessen bei Abschluß des fraglichen Rechtsgeschäftes zu erkennen geben, daß das Geschäft nur die von ihm übernommene Vermögensmasse betreffen solle. Andernfalls würde man nicht davon sprechen können, daß seine Stellung der des Konkursverwalters oder der sonstigen Partei kraft Amtes ähnlich sei. Gegen den Treuhänder gerichtete Anfechtungsprozesse oder Klagen aus § 419 BGB. müssen m. E. hier ausbleiben. Denn damit soll nicht der Treuhänder als Verwalter fremden Vermögens, sondern um deswillen persönlich angegriffen werden, weil er dieses Vermögen übernommen hat. Zum andern muß tatsächlich eine ganze Vermögensmasse übernommen sein. Die treuhänderische Übernahme eines einzelnen Vermögensstücks, das nicht im wesentlichen das ganze Vermögen des Schuldners darstellt, könnte eine analoge Behandlung niemals rechtfertigen.

Die Rechtsprechung hat sich, soweit sie veröffentlicht ist, mit dem Problem noch wenig beschäftigt. Das OLG. Hannover hat in einer Entscheidung den im Vorstehenden dargelegten Standpunkt vertreten (vgl. Grundsätzliche Entscheidungen des OLG. Hannover in Beschwerdefachen Heft VI Nr. 107). Das OLG. Celle hat sich durch Beschluß v. 16. Aug. 1932, S W 305/32 auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt. Es führt aus, die Prozeßordnung kenne den Begriff des Treuhänders nicht. Wenn im Rubrum (es handelt sich um einen Aktivprozeß der Masse) der Kläger als Treuhänder bezeichnet sei, so sei dies für das Prozeßverhältnis gleichgültig. Nur wirtschaftlich werde dadurch angedeutet, daß die Alleinberechtigung des Treuhänders lediglich nach außen bestünde, daß im Innenverhältnis der Treugeber der Geschäftsherr sei. Der Treuhänder müsse vor Beginn des Prozesses von den Gläubigern Vorschüsse einfordern. Der obliegende Prozeßgegner würde bei einer nicht persönlichen Haftung des Treuhänders leicht in die Lage kommen, daß er seinem Kostenanspruch überhaupt nicht durchsetzen könnte, denn vielfach werde Treugebervermögen nicht mehr vorhanden sein, weil es auf den Treuhänder übertragen sei. Die Analogie rechtfertige sich auch deshalb nicht, weil der Konkursverwalter und die sonstigen Parteien kraft Amtes im Gegensatz zum Treuhänder nach außen als Verwalter fremden Vermögens aufträten.

Diese Gründe sind m. E. nicht stichhaltig. Auch die allgemeine Ansicht, daß die Parteien kraft Amtes nicht mit ihrem Privatvermögen für die Prozeßkosten haften, ist weder in der ZPO. noch in sonstigen Gesetzen zum Ausdruck gekommen. Ferner handelt es sich doch bei der Analogie um eine Fortentwicklung des Rechts, die ihren Einfluß auf die Bestimmungen der ZPO. bereits insoweit ausgeübt hat, als der Treugeber für berechtigt angesehen wird, bei Pfändungen in das Treugut auf Grund eines Titels gegen den Treuhänder die Interventionsklage gemäß § 771 ZPO. zu erheben. Die vom OLG. gefürchtete Benachteiligung des Prozeßgegners scheint auf einem Irrtum zu beruhen, da selbstverständlich das dem Treuhänder übertragene Treugut für die Zwangsvollstreckung aus dem Kostentitel zur Verfügung steht. Auch die Begründung, der Treuhänder trete im Gegensatz zu den Parteien kraft Amtes nicht nach außen hin als Verwalter fremden Vermögens auf, schlägt nicht durch, da ja nach dem ausgeführten (entsprechend den Gründen des vom OLG. bekämpften Beschlusses des OLG. Hannover) Voraussetzung sein soll, daß der Treuhänder seine Stellung nach außen hin deutlich zu erkennen gibt. Die Möglichkeit, sich durch Vorschüsse der Gläubiger zu sichern, besteht für den Treuhänder allerdings. Sie nützt ihm aber nichts, wenn er, ihm meist näherliegenden wirtschaftlichen Gedankengängen folgend, es von vornherein für unmöglich gehalten hat, daß er persönlich in Anspruch genommen werden könnte.

## II.

Von Senatspräsident am Reichsgericht Dr. Kiefow, Berlin.

Obiger Aufsatz zeigt an einem praktischen Beispiele, wie wünschenswert es ist, daß das Institut der Treuhand gesetzlich geregelt wird. Solange das nicht der Fall ist, wird man die Richtigkeit der vertretenen Lehre aber m. E. wohl in Zweifel ziehen müssen. Die Analogie mit dem Konkursverwalter, dem Nachlassverwalter und dem Testamentvollstrecker scheint mir nicht völlig zutreffend. Diese Träger eines Privatamtes können, soweit sie überhaupt befugt sind, in Ausübung ihres Amtes Verbindlichkeiten einzugehen, immer nur die Masse oder besser den Träger des Massevermögens verpflichten. Das ist z. B. für den Testamentvollstrecker in den §§ 2206, 2207 BGB. ausdrücklich ausgesprochen. Der gesetzgeberische Grund dafür muß sein, daß sie nicht im eigenen, sondern in fremdem Interesse tätig werden. Aber ein allgemeiner Rechtsatz, daß jeder, der im fremden Interesse einen Rechtsstreit führt, nicht persönlich für die Kosten haftet, läßt sich daraus doch wohl nicht ableiten. Der Ehe-mann, der ein zum eingebrachten Gute gehörendes Recht gerichtlich geltend macht, führt diesen Rechtsstreit, jedenfalls

nach einer verbreiteten Lehre, auch im fremden Interesse; gleichwohl haftet er persönlich für die Kosten. Im Grunde rührt die in dem Aufsatz erörterte Frage an ein ganz anderes schwieriges Problem, nämlich an das der gewillfürten Prozeßstandschaft. Dieser neuere Rechtsbegriff ist vielleicht schon ohnehin nicht ganz unbedenklich. Wollte man aus ihm nun gar noch die Folgerung ziehen, daß der in gewillfürter Prozeßstandschaft auftretende Kläger nicht persönlich für die Kosten des Rechtsstreits haftet, so käme man auf höchst bedenkliche Abwege. Aus der Abgrenzung, die Müller seiner Lehre gibt, ist auch nicht recht zu erkennen, welche praktische Bedeutung sie hat. Wenn ich recht sehe, kommen für sie eigentlich nur Aktivprozesse des Vermögensübernehmers in Betracht, in denen der Vermögensübernehmer ein zu dem übernommenen Vermögen gehörendes Recht geltend macht. Warum soll hier der Vermögensübernehmer sich vor der An-

stellung des Prozesses nicht bei den Gläubigern Sicherheit für die ihn treffenden Prozeßkosten holen? Auch wenn man von der hierin liegenden tatsächlichen Möglichkeit absteht, sich gegen die Prozeßkosten zu decken, dürfte dem Treuhänder, der zur Durchführung eines Konkursabwendungsvergleichs aufgestellt worden ist, in jedem Falle die rechtliche Möglichkeit zu Gebote stehen, sich für die Kosten eines wirklich im Interesse seiner Aufgabe gebotenen Prozesses bei den Gläubigern zu erholen. Denn bei derartigen Vergleichen wird der Geschäftsbesorgungsvertrag, der jedem Treuhandverhältnis dieser Art zugrunde liegt, nicht nur zwischen dem Schuldner und dem Treuhänder, sondern auch zwischen den Gläubigern und dem Treuhänder geschlossen. Aus diesem Vertrage kann dann aber der Treuhänder auch von den Gläubigern als Gesamtschuldner Ersatz für die zur Ausführung des Auftrages erforderlichen Aufwendungen verlangen.

### Kann der Einkaufskommittent, der die Effekten im Depot der Bank belassen hat, wegen späteren Leistungsverzugs den gezahlten Kaufpreis zurückfordern, auch wenn der Kurs der Effekten inzwischen gesunken ist?

I. Anlaß zur Untersuchung dieser Frage bot der nachfolgende Rechtsstreit: Der Kläger hatte anfangs 1928 bei der beklagten Provinzialbank börsengängige Aktien einkaufen lassen und sie sofort nach der Ausführungsanzeige voll bezahlt. Die Bank war gemäß ihren Bedingungen als Selbstkontrahentin eingetreten, hatte die Aktien dem Kläger auf Stückkonto gutgeschrieben und bei einer Berliner Zentralbank auf Stückkonto angeschafft. Ende 1930, als der Kurs der Aktien stark gesunken war, stellte die Beklagte ihre Zahlungen ein. Das Depot bei der Zentralbank wurde exekutiert. Jetzt verlangte der Kläger die Lieferung der gekauften Aktien unter Fristsetzung und Rücktrittsandrohung nach § 326 BGB. Da die Lieferung nicht erfolgte, hat er den Rücktritt vom Kaufvertrage erklärt, den Exekutionserlös angenommen und Klage auf den Mehrbetrag des Kaufpreises erhoben. Der Erfolg der Klage würde es dem Kläger ermöglichen, den zur Zeit der Zahlungseinstellung durch den Kurssturz schon eingetretenen Kapitalverlust auf die Beklagte abzuwälzen<sup>1)</sup>.

In einem von mir abgegebenen Gutachten habe ich den Klageanspruch für unbegründet erklärt, und zwar aus zwei Gründen: 1. wegen der Erfüllung der Lieferpflicht durch den Abschluß des Depotvertrags und 2. wegen der Beschränkung der Rücktrittshaftung auf die Bereicherung.

II. Das Rücktrittsrecht, das dem Gläubiger bei gegenseitigen Verträgen wegen Leistungsverzug gewährt wird, ist ein Schutzrecht, das die Interessen des Schuldners sehr schädigen kann. Es ist ein besonders gesteigerter Rechtsschutz, der nur subsidiär gegeben ist, wenn die Nichtleistung von dem Vertragsgegner zu vertreten ist. Diese ratio legis versagt, wenn der Gläubiger die Nichtleistung selbst verursacht, indem er durch einen neuen Vertrag die alte Leistungspflicht durch ein anderes Verhältnis ersetzt. In einem solchen Falle hat der Gläubiger schon diejenige Möglichkeit, seine Interessen zu befriedigen, gehabt und getätigt, die ihm geschuldet war. Der Kaufvertrag muß in dieser Hinsicht<sup>2)</sup> als erfüllt betrachtet werden. Es liegt kein Anlaß vor, den gesteigerten Rechtsschutz auf die Nichterfüllung des neuen Vertrags zu erstrecken, den Hinterleger angeschaffter Wertpapiere stärker zu schützen als denjenigen, der eigene Wertpapiere in Depot gegeben hat. Das ist auch in anderen Fällen geboten. Wenn der Käufer eines Hauses den bisherigen Eigenbesitzer als Mieter in dem Hause beläßt und später dieser Mieter und frühere Verkäufer nach Ablauf des Mietvertrages das Haus nicht räumt, so wird niemand dem Vermieter und früheren Käufer das Recht geben, vom Kaufvertrage nach § 326 zurückzutreten. Er ist auf die Rechte des Vermieters beschränkt. Auch wenn der Einkaufskommittent die Wertpapiere zu Eigentum erworben und dem regulären Depot der Bank belassen hat, und die Bank mit der Herausgabe der Papiere in Verzug gerät, so wird der Rücktritt wegen Kaufverzug zu verneinen sein. Ebenso ist aber m. E. zu entscheiden, wenn bei einem Stückkontodepot nicht nur die Herausgabe, sondern auch die

Übertragung des Eigentums durch den Hinterlegungsvertrag hinausgehoben wurde<sup>3)</sup>. Diese ausschließende Wirkung ergibt sich auch durch eine Auslegung des Depotvertrags nach § 157. Die Pflicht der Bank bei der Hinterlegung der angeschafften Papiere muß die gleiche sein wie bei der Hinterlegung eingebrachter. Es werden dieselben Gebühren erhoben. Weshalb sollte der Bankier im ersten Fall ein besonderes Risiko übernehmen, nämlich das Risiko bei Leistungsverzug nach gesunkenem Kurse den ursprünglichen Kaufpreis zurückzuzahlen und dadurch die Kursgefahr zu übernehmen? Das muß als ausgeschlossen gelten.

Aus diesen Gründen war der Kläger in unserem Falle darauf beschränkt, die Rechte aus dem Depotvertrage geltend zu machen. Er konnte die Aktien fordern und als Schadenersatz wegen Nichterfüllung den derzeitigen Kurswert, aber nicht den Kaufpreis, den er vor drei Jahren gezahlt hatte.

III. Wenn man annehmen wollte, daß der Kommittent noch das Recht hatte, vom Kaufpreise zurückzutreten, so würde sich die Haftung der Beklagten für den Empfang nach § 327 BGB. bestimmen. § 327 kennt zwei Haftungsformen für zwei verschiedene Tatbestände, die strengere Haftung (wie bei Rechtshängigkeit, Gestorftshaftung § 347), bei verschuldetem Rücktritt und die mildere Bereicherungshaftung bei unverschuldetem. Es sind dieselben beiden Haftungsformen, die uns bei den verschiedenen Tatbeständen der Bereicherung begegnen<sup>4)</sup>. Die strengere Haftung tritt ein, wenn der Empfänger mit der Möglichkeit einer Herausgabe rechnen muß, die mildere, wenn dies nicht der Fall war.

Wie steht es nun, wenn die beiden Tatbestände des Empfangsbesitzes bei demselben Empfange aufeinander folgen? Für die normalen Fälle des Rücktritts wegen Leistungsverzugs nach § 326 wird die Anwendung der strengeren Haftung für die ganze Zeit damit begründet, daß ein Schuldner bis zur Vollerfüllung mit der Möglichkeit des Verzugsrücktritts und deshalb mit der Rückgabe des Empfangenen rechnen müsse. Damit wird die zeitliche Verschiedenheit des Empfangsbesitzes verneint. Aber für unsern Fall trifft diese auch sonst etwas fragwürdige Erwägung nicht zu. Die Bank hatte bis zur Zahlungseinstellung nicht den geringsten Anlaß, einen Rücktritt des Kommittenten in Erwägung zu ziehen. Deshalb folgen in unserem Fall zwei verschiedene Verantwortungslagen zeitlich aufeinander. Wie ist zu verfahren? Die nächstliegende Behandlung ist die, daß wir auch die beiden Haftungsformen zeitlich aufeinander folgen lassen. Diese Folgerung wird auch im Schrifttum sehr allgemein gezogen<sup>5)</sup>, wenn schon nicht

<sup>1)</sup> Im Schrifttum fehlt eine nähere Untersuchung. Eine Verdrängung des Käuferrechts durch das Depotrecht wird angenommen bei *Düringer-Hachenburg* V, 2, Anm. 81 b zu § 384 S. 733; Anm. 3 zu § 390 S. 770 unten und Anhang Anm. 17 S. 906 oben. Ferner *Lehmann*, *Rechtsausgleichsgesetz*, Erläuterung zum § 33 Anm. 2; *Schmidt-Rimpler*: *Ehrenbergs* Hdb. d. *HR.*, S. 775 Anm. 44. *A. M.* für den Fall verschuldeter Unmöglichkeit *Simon*: *Festschr. f. Salomonsohn*, Londoner Vorkriegsdepots S. 54.

<sup>4)</sup> Die mildere Haftung in § 818, die strengere in § 819, 20.

<sup>2)</sup> Bei einem Teile der Aktien betrug der Anschaffungskurs 146 %, der Exekutionskurs 61 %, der Kurs der Aktien z. B. der Klagerhebung 20 %. Der Kläger hat also fast dreimal soviel erhalten und mehr als siebenmal soviel gefordert als er haben würde, wenn er sich im Besitze der angeforderten Aktien befände.

<sup>3)</sup> Nicht in jeder Hinsicht. Andere Rechte können bestehen bleiben, z. B. Mängelrechte.

<sup>5)</sup> Die Frage wird am häufigsten für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht erörtert (vgl. die Kommentare zu § 347 *Planck* Abs. 1; *Staudinger* 12a; *RGRKomm.* Anm. 1; *Deitmann* 1. Ebenso *Kreß*, *Schuldrecht*, S. 176 Anm. 73; *Leonhard*, *Allg. L. d. Schuld.* I S. 411 Anm. 17. Für das gesetzliche Rücktrittsrecht *Planck* und *Deitmann* zu § 327; ferner *Kreß* a. a. O.; *Heck*, *Grundriß des Schuldrechts*, § 52 Nr. 7 S. 156; *Stoll*: *ArchZivPr.* 131, S. 144 Anm. 7).

näher begründet. Die Lösung ist als richtig anzuerkennen. Es ist nicht abzusehen, weshalb die Identität des Empfangenen daran hindern soll, daß wir bei jedem der beiden Tatbestände diejenige Wertung eintreten lassen, die das Gesetz für ihn ausgesprochen hat<sup>6)</sup>. Die Notwendigkeit tritt besonders deutlich hervor, wenn wir die Behandlung der beiden Haftungsformen bei der Bereicherung ins Auge fassen. Das Gesetz setzt den Wechsel der Haftung als typisch<sup>7)</sup> voraus. Damit ist gesagt, daß die Identität des Empfangenen kein Hindernis bildet.

Aus dem Gefagten folgt für unseren Fall, daß die Bank auch bei Rücktritt des Käufers für die Zeit vor der Zahlungseinstellung nach den milderen Grundsätzen haftete und nur die in diesem Zeitpunkt noch vorhandene Bereicherung nach § 27 Satz 1 herausgeben mußte. Es ist nun klar, daß die Bank den empfangenen Kaufpreis aufgewendet hatte, um die Deckungsansprüche gegen die Zentralbank zu erwerben. Dadurch hatte sich ihre Bereicherung auf diese Ansprüche beschränkt<sup>8)</sup> und nach der Exekution auf den Exekutionserlös. Mehr konnte der Kläger nicht fordern.

IV. Ein analoges Problem, wie bei dem Rücktritt vom Kaufvertrag (Kaufproblem) ergibt sich dann, wenn der Kommittent wegen Verzugs mit der Zustellung des Stüdeverzeichnis das Geschäft nach § 4 DepotG. zurückweist und den gezahlten Kaufpreis zurückfordert (Depotproblem). Dieses Depotproblem hat in Rechtsprechung und Schrifttum Beachtung gefunden. Auch von dem Rechte des § 4 DepotG. ist Gebrauch gemacht worden, um bei gesunkenen Kursen durch Rückforderung des Preises den Kursverlust auf die Bank abzuwälzen. Die Stellungnahme ist in der Rechtsprechung<sup>9)</sup> und im Schrifttum<sup>10)</sup> keine gleichmäßige gewesen. Heute überwiegt die Ablehnung, wenn auch unter verschiedenenartiger Begründung<sup>11)</sup>. M. E. treffen die oben ausgeführten Erwägungen auch für das Depotproblem zu.

Der erste Grund kann deshalb angezweifelt werden, weil das Recht auf Stüdeverzeichnis rechtsgeschäftlich nicht beseitigt werden kann und daher die Verzichtbarkeit naheliegt, die Unverzichtbarkeit auf das Recht der Zurückweisung (§ 4) zu übertragen. Aber diese Übertragung ist nicht zulässig<sup>12)</sup>. Sie entspricht nicht der räumlichen Stellung der beiden Vorschriften in dem Gesetzestexte und sie widerspricht der tiefgehenden Verschiedenheit des Interessengehalts. Das Recht auf Eigentumsübertragung schützt berechtigete Interessen des Kommittenten, ohne entsprechende Interessen des Kommissionsärs zu verletzen. Die Unverzichtbarkeit ist legislativ gerechtfertigt. Ein Recht auf Zurückweisung und Rückforderung des ursprünglichen Kaufpreises ist ganz anders zu beurteilen. Ein solches Verbot, diese unbilligen<sup>13)</sup> Rechtsfolgen durch Vertrag auszuschließen, wäre nicht begründlich.

V. Die besprochenen Fragen haben in der Zeit der Kursstürze und Zahlungseinstellungen, in der wir leben, eine aktuelle und nicht nur gelegentliche Bedeutung. Auch bei der zu Anfang erwähnten Zahlungseinstellung ist das Vorgehen des Klägers nicht vereinzelt geblieben. Annähernd 300 Kunden haben gleichartige Ansprüche erhoben. Die Ausfälle erlittene Kursverluste auf einen anderen abzuwälzen, ist heute eine verlockende. Wenn der Rücktritt diesen Vorteil gewähren sollte, so ist es möglich, daß er sich zu einer Massenerscheinung entwickelt.

Prof. Dr. Ph. Sed, Tübingen.

### Zum Devisenzwangrecht des Verkehrs mit ausländischen Wertpapieren.

Wenn ausländische Wertpapiere, die nicht an einer deutschen Börse zum Handel zugelassen sind, verkauft und für den Erlös alsbald<sup>1)</sup> andere ausländische Wertpapiere gekauft werden, so kommen die Devisenzwangsnormen (insbes. §§ 4, 5, 9 DevisV. v. 23. Mai 1932 [RGBl. I, 231 f.]; Art. I § 1 DurchfV. v. 23. Mai 1932 [RGBl. I, 238]) nach II, 19 Abs. 1, 3 der Richtlinien für die Devisenbewirtschaftung v. 23. Juni 1932 [RGBl. I, 317 f.] (Ri.) nicht zur Anwendung<sup>2)</sup>.

Diese Befreiungsvorschrift soll jedoch nach II, 19 Abs. 4 Ri. nicht gelten für „rückzahlbar gewordene Wertpapiere, und zwar vom Zeitpunkt der Auslösung oder Kündigung an oder während der letzten sechs Monate vor einem festen Rückzahlungstermin“.

I. Dabei auftauchende Zweifelsfragen können nur bei Berücksichtigung des Zwecks dieser Bestimmungen folgerichtig gelöst werden.

Durch die grundsätzliche Freistellung des wirtschaftlichen Tauschs ausländischer Wertpapiere vom Devisenzwangrecht wollte man wohl ihren Eigentümern eine sachgemäße Verwaltung dieses Besitzes ermöglichen, der ja zugleich auch volkswirtschaftlich als eventuell greifbare Notstüße für die deutsche Devisenbilanz von Bedeutung ist. Transaktionen zum Schutz vor Kursverlusten oder zur Sicherung größerer Chancen erfordern im allgemeinen rasches, unbehindertes Handeln und würden durch die Einschaltung staatlicher Genehmigungs- und Ankaufsrechte vielfach praktisch unmöglich gemacht.

Es handelt sich bei der Befreiungsnorm in II, 19 Abs. 1, 3 Ri. um den Fall, daß eine Vermögensanlage zugunsten einer besser erscheinenden abgebrochen wird.

Ganz anders, wenn zu einer neuen Anlage erst dann übergegangen wird, wenn die alte bis an ihr von vornherein bereits festumrissenes Ende durchgehalten wird, d. h. bis an das Ende, das bereits in den Begebungsbestimmungen zeitlich<sup>3)</sup> und kurzfristig festgelegt ist, und auf das selbst die Gesamtheit der Eigentümer der betreffenden Papiere keinen rechtlichen Einfluß nehmen kann. Weil in diesem, aber auch nur in diesem Fall der Impuls zur Umstellung gar nicht von den Inhabern der Papiere ausgeht und sich die Beendigung der Anlage auf ihrer Seite gar nicht als eine aktive Verwaltungshandlung darstellt, ist hier die Einschaltung des Devisenzwangrechtes nach II, 19 Abs. 4 Ri. erträglich.

II. Bei der folgenden entsprechenden Lösung einiger praktischer Fragen<sup>4)</sup> soll jeweils auf der Standpunkt erwähnt werden, den der RWiM. in einem Erlaß v. 19. Nov. 1932 (Dev. I 41517/32) eingenommen hat.

a) Einfach liegt der Fall, daß sich die Inhaber von ausländischen convertible Bonds (c. B.) zu deren Umwandlung in Aktien der schulnerischen Gesellschaft entschließen; die Gesellschaft erhält die Bonds zurück, die Bondinhaber erhalten dafür Aktien der Gesellschaft. Nach den Ausführungen zu I kommt den inländischen Inhabern solcher Bonds für diese Umwandlung II, 19 Abs. 1, 3 Ri. zugute (ebenso der erwähnte Erlaß des RWiM.). Es handelt sich zwar hier überhaupt nicht um Einzelverfügungen, vielmehr verfügt die entsprechende Mehrheit der Gläubiger mit bindender Kraft für alle; aber dies nur kraft früherer Vereinbarung sämtlicher Beteiligten; daher gilt die Verfügung der Mehrheit als Verfügung sämtlicher einzelner Beteiligter, also auch der abwesenden oder widerstrebenden Bondsinhaber, deren debisenrechtliche Sonderbehandlung übrigens schon technisch nicht durchführbar wäre.

b) Eine ausländische Aktiengesellschaft wird liquidiert, die Aktionäre erhalten auf ihre Aktien eine Liquidationsquote. Der Erlaß des RWiM. stellt sich hier auf den Standpunkt, daß die Ausschüttung von Liquidationsquoten als „Rückzahlung“ von Wertpapieren im Sinne von II, 19 Abs. 4 Ri. anzusehen sei. Es ist der rein formalen Begründung dieser Ansicht zuzugeben, daß der Begriff der „rückzahlbar gewordenen Wert-

<sup>1)</sup> Vgl. dazu den Erlaß des RWiM. v. 16. Nov. 1931, bei Lion-Hartenstein, Steuer- und Devisennotrecht 1932, S. 644.

<sup>2)</sup> Vgl. Lion-Hartenstein, Anm. 2 zu II, 19 Ri.; Anm. 4 zu § 4 DevisV.

<sup>3)</sup> In Form eines festen oder eines durch einen bestimmten Kündigungs- oder Auslösungsmodus zu gewärtigenden Rückzahlungstermines.

<sup>4)</sup> Aus II 25 e Ri., die sich lediglich mit der Versendung ausländischer Wertpapiere ins Ausland beschäftigt, kann für die debisenrechtliche Behandlung der Gesellschaftsvorgänge selbst nichts entnommen werden.

<sup>6)</sup> Die grundsätzliche Bedeutung des § 327 Satz 2 wird vom RG. anerkannt. RG. 116, 379 = JW. 1927, 2293 und RG. 130, 123 = JW. 1931, 2468.

<sup>7)</sup> §§ 818 Abs. 3; 819 Abs. 1; 820 Abs. 2.

<sup>8)</sup> Einen analogen Fall hat das RG.: RG. 118, 185 = JW. 1928, 57 behandelt. Der Besteller von Spezialmaschinen war von dem Vertrage ohne Verschulden seines Kontrahenten zurückgetreten und verlangte die Rückgabe von Anzahlungen, die der Fabrikant zur Anfertigung dieser schwer verkäuflichen Spezialmaschinen verwendet hatte. Das RG. entschied unter Anwendung des § 327 Satz 2, daß die Bereicherung sich auf die Maschinen beschränkt habe. Den Maschinen entsprechen in unserem Fall die Ansprüche auf die entwerteten Aktien.

<sup>9)</sup> RG. 72, 55 = JW. 1909, 738 (vollständiger BankArch. 9 S. 91); 73, 244 = JW. 1910, 627; 95, 255; 104, 119.

<sup>10)</sup> Gegen das Rücktrittsrecht: Riecher-Bernstein, DepotG. S. 192 Anm. 3; Staub, Anhang Anm. 96; Düringer-Sachenburg, Anh. Anm. 15 a S. 903; Schmidt-Kimpfer, Ehrenbergs Sdb. V, 2, S. 954 Anm. 57; a. M. Breit: JW. 1919, 588<sup>18</sup>.

<sup>11)</sup> Treu und Glauben, Anerkennung, Zeitablauf.

<sup>12)</sup> Für die Verzichtbarkeit Staub, Anhang, Anm. 87.

<sup>13)</sup> RG. 95, 260.

papiere", der sich allmählich im Devisenrecht herausgebildet hat<sup>5)</sup> grundsätzlich alle Wertpapiere umfaßt, die auf andere Art als durch Veräußerung liquidiert werden. Jedoch ist dieser Begriff gerade in der durch § 35 Abs. 1 DevB. mit Gesetzeskraft ausgestatteten Sondervorschrift in II, 19 Abs. 4 Ri. auch in formal erkennbarer Weise einschränkend gebraucht; sie regelt die Ausnahme von unserer Befreiungsnorm lediglich für ausgelagerte oder gefündigte Stücke oder solche mit festem Rückzahlungsstermin und schränkt damit implizite für ihren Bereich den Begriff der „rückzahlbar gewordenen Wertpapiere“ auf diese Arten ein<sup>6)</sup>.

Erst recht spricht der wirtschaftliche Zweck der Befreiungsnorm für die analoge Anwendung von II, 19 Abs. 1, 3 Ri. auf diesen Fall (vgl. I).

Sie kommt wiederum den zustimmenden, wie den abwesenden oder überstimmten Aktionären zugute (vgl. II a).

Gilt dies schon für die überstimmten Aktionäre, so muß es erst recht gelten für solche Aktionäre, denen die maßgebende ausländische Rechtsordnung die Möglichkeit einer freiwilligen Sonderliquidation ihres Gesellschaftsanteils einräumt, weil sie einer beschlossenen Umformung der Gesellschaft widerstreben<sup>7)</sup>.

e) Die Umwandlung einer ausländischen Aktiengesellschaft in eine GmbH<sup>8)</sup> ist devisenrechtlich belanglos; denn über die Aktien wird hierbei nicht verfügt, die neu verteilten Geschäftsanteile der GmbH. aber sind weder (ausländische) Wertpapiere — auch nicht die darauf etwa ausgestellten Anteilscheine<sup>9)</sup> — noch Forderungen in ausländischer Währung<sup>10)</sup>.

d) Anders liegt der Fall, daß eine ausländische Aktiengesellschaft mit einer anderen ausländischen Aktiengesellschaft (mit oder ohne vorherige Liquidation) eine Fusion eingeht und die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft nach einem bestimmten Umtauschverhältnis Aktien der übernehmenden Gesellschaft erhalten. Nach dem Vollzug der Fusion ist die übertragende Gesellschaft meist erloschen; ihre Aktienurkunden verkörpern dann nicht mehr Gesellschaftsanteile, sondern Ansprüche auf Zuteilung einer dem Umtauschverhältnis entsprechenden Anzahl von Aktien der übernehmenden Gesellschaft; es sind also nach wie vor Wertpapiere, aber mit verändertem Inhalt; gelegentlich des Umtauschs gegen die Aktien der übernehmenden Gesellschaft wird über sie verfügt, sei es, daß die übernehmende Gesellschaft sie einbehält oder daß sie sie, durch Stempel entwertet, an ihre bisherigen Inhaber zurückgibt. Da II, 19 Abs. 1, 3 Ri. nicht voraussetzt, daß gleichartige Wertpapiere getauscht werden, findet die Vorschrift auch hier Anwendung (ebenso der Erlaß des RWiM., da unter „Rückzahlung“ nur eine solche in Geld zu verstehen sei).

Besteht aber, wie das z. B. nach französischem Recht möglich ist<sup>11)</sup>, die übertragende Gesellschaft noch nach der Fusion fort, weil es sich etwa nur um eine Teilfusion gehandelt hat, und werden daher die Aktien der übernehmenden Gesellschaft ohne Empfang der Aktien der übertragenden Gesellschaft an deren Aktionäre ausgehändigt, so muß II, 19 Abs. 1, 3 Ri. eine analoge Anwendung finden; denn wirtschaftlich gesehen tauscht hier die Gesamtheit der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft zwar nicht ihre Wertpapiere selbst, wohl aber einen Teil dessen, was ihnen Wert verleiht, gegen Aktien der übernehmenden Ge-

ellschaft um. Für diese eingetauschten Aktien entfällt somit die Anbieterspflicht nach Art. 1 § 1 DurchfB. 12).

Der Fall der sog. Kombination, bei dem zwei ausländische Aktiengesellschaften aufgelöst und ihr Vermögen in eine erst neu zu gründende Aktiengesellschaft eingebracht wird, liegt wirtschaftlich zwischen der Fusion durch Annexion und der Umwandlung (vgl. c); die formalrechtlichen Ausführungen für jene Fälle gelten hier entsprechend; daher entfällt auch hier das Devisenzwangrecht.

e) Bei der Convertierung der französischen und englischen Staatsanleihen, bei der formal zweifellos das Devisenzwangrecht nach II, 19 Abs. 4 Ri. hätte Anwendung finden müssen (vgl. I), hat der RWiM. den Standpunkt eingenommen, daß es sich dabei überhaupt nicht um zwei verschiedene Anleihen, eine alte und eine neue, handelte<sup>13)</sup>, sondern um ein und dieselbe, lediglich mit herabgesetztem Zinssatz, und daß daher das Devisenzwangrecht ausscheidet. Die Lösung, die dem wirtschaftlichen Gesichtspunkt im Devisenrecht eine entscheidende Stellung einräumt, ist vertretbar und begrüßenswert<sup>14)</sup>; nur müßte sie auch einheitlich auf alle typischen Convertierungen angewendet werden, was bisher keineswegs geschehen ist.

RW. Dr. Adolf Bing, München.

### Das neue argentinische Gesetz Nr. 11645 betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 29. September 1932.

In einem seiner in Buenos Aires i. J. 1929 gehaltenen Vorträge über „Die Entwicklung des deutschen Rechts in den letzten 15 Jahren“ behandelte Staatssekret. Prof. Dr. Schlegelberger auch die deutsche GmbH. (vgl. u. a. JW. 1930, 698, 1825, 1842). Er brachte dabei zum Ausdruck, daß Argentinien dem Wohlstande der Republik einen großen Dienst erweisen würde, wenn es sich endgültig zur Einführung dieser neuen Gesellschaftsform entschließen und damit ein neues Band zwischen ihm und Deutschland knüpfen würde. Dieser Gedanke ist nunmehr in Gestalt des 25. Artikels (und einen formalen Schlußartikel) umfassenden argentin. Gesetzes Nr. 11645 zur Wirklichkeit geworden. Sein wesentlicher Inhalt — der aus praktischen und wissenschaftlichen Gründen auch für die deutschen Juristen von Interesse ist — ist folgender:

I. Allgemeines. Die GmbH. besitzt kapitalistisches Gepräge mit der Möglichkeit individualistischer Gestaltung. Sie kann, abgesehen davon, daß ihre Rechtsform für Banken, Versicherungsunternehmungen und Sparkassen verschlossen ist, zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden, gilt aber stets als Handelsgesellschaft (Art. 3). Für ihre Rechtsnatur ist von Bedeutung, daß nach Art. 25 das neue Gesetz unter Aufrechterhaltung seiner Artikelfolge in die erste amtliche Ausgabe des HGB. als ein Abschnitt des von den „Kollektivgesellschaften“, d. h. von der DKG. handelnden 2. Kapitels des 2. Titels des 2. Buches aufzunehmen ist, wie auch nach Art. 24 die mit der Rechtsnatur der GmbH. zu vereinbarenden Vorschriften des BGB. und des HGB. insoweit anwendbar sind, als sie nicht durch das neue Gesetz eine Veränderung erfahren haben. Hieraus erklärt es sich, daß die Haftung der Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft nicht subsidiär ist, sondern unmittelbar gegenüber den Gläubigern nach den Grundsätzen des Gesamtschuldverhältnisses besteht, wenn auch beschränkt auf den Wert der Geschäftsanteile und etwaiger Nachschüsse (Art. 11). Eine derartige unmittelbare Gesamthaftung gegenüber Dritten besteht auch für die Gründer hinsichtlich des nicht eingezahlten Teiles des Stammkapitals und des Wertes der nicht in Geld bestehenden Stammeinlagen (Art. 10 Abs. 3). Einer unbeschränkten Gesamthaftung unterliegen die Gesellschafter bei Nichtbeachtung der Vorschriften über die Eintragung und Bekanntmachung (Art. 6).

II. Errichtung. Die GmbH. entsteht als solche erst mit der Eintragung des Gesellschaftsvertrages im Handelsregister sowie seiner vollständigen Veröffentlichung im Amtsblatt bzw. in einem Lokalblatt innerhalb von 5 Tagen seit der Eintragung (Art. 5). Der Gesellschaftsvertrag, der in öffentlicher oder privater Urkunde aufzusetzen und von sämtlichen Gesellschaftern oder ihren Spezialbevollmächtigten zu unterzeichnen ist, muß nach Art. 4 enthalten:

1. Namen, Wohnsitz und Staatsangehörigkeit der Vertragsschließenden;

<sup>12)</sup> Genehmigung für ihren Erwerb kommt schon deshalb nicht in Frage, weil das Entgelt dafür nicht vom Aktionär, sondern noch von der übertragenden Gesellschaft gegeben wird (vgl. § 5 DevB.).

<sup>13)</sup> Vgl. dagegen Heber, Finanzwissenschaft, 19. Aufl. S. 617.

<sup>14)</sup> Infolge der stets ganz kurzen Fristen zur Ausübung des Wahlrechts der Zertifikatsinhaber zwischen Auszahlung des Nennbetrages ihrer Anleihestücke und Übertragung entsprechender Stücke der neuen Anleihe käme übrigens praktisch fast nur die Anbieterspflicht nach Art. 1, § 1 DurchfB. in Betracht.

<sup>5)</sup> Vgl. § 1 der 7. DurchfB. v. 10. Nov. 1931 (RGBl. I, 673); § 3 der 9. DurchfB. v. 7. Dez. 1931 (RGBl. I, 749); § 6 Abs. 1 der 12. DurchfB. v. 20. Mai 1932 (RGBl. I, 230); § 18 Abs. 1 DevB. v. 23. Mai 1932 (RGBl. I, 231); ferner § 11 der 7. DurchfB. v. 10. Nov. 1931 und Art. I § 1 Abs. 2 c der neuen DurchfB. v. 23. Mai 1932 (RGBl. I, 238).

<sup>6)</sup> Man hat an die Stelle der unzweideutigen Formulierung in II, 11 Abs. 4 Ri. v. 29. Dez. 1931 (DRWz. Nr. 303) zwar eine verschwommenere gesetzt, aber damit noch nicht eine gegenwärtige sachliche Regelung zum Ausdruck gebracht.

<sup>7)</sup> So hat z. B. der Aktionär, der sich an einer Umwandlung der AktG. in eine GmbH. nicht beteiligen will, auch nach Ost-GmbHG., § 100, einen Anspruch auf Verabfolgung; ein gleiches Recht hat der Aktionär, der einer Fusion widerspricht oder in der darüber beschließenden GenVers. nicht anwesend ist, nach einer Reihe von Rechtsordnungen (vgl. näher Hamburger: Rechtsbergl. Hdb. von Schlegelberger, Bd. 3 S. 590, 591; über weitere Fälle solcher Abfindungsrechte: Hallstein, Die Aktienrechte der Gegenwart, 1931, S. 174 ff.).

<sup>8)</sup> Z. B. nach den §§ 97 ff. Ost-GmbHG. v. 6. März 1906.

<sup>9)</sup> Vgl. Pisko, Lehrb. des österr. Handelsrechts, 1923, § 76, II, 2; Lion-Gartenstein, Anm. 17 zu § 2 DevB.

<sup>10)</sup> Vgl. Lion-Gartenstein, Anm. 13 zu § 2 DevB.

<sup>11)</sup> Vgl. Houpin-Bosvieux, Traité général des Sociétés civiles et commerciales, 6. Ed., nota 953.

2. Firma und Sitz der Gesellschaft sowie die Vertragsdauer;
3. Gegenstand des Unternehmens, Betrag des Stammkapitals und der in Geld oder anderen Leistungen bestehenden Einlagen der Gesellschafter unter Angabe der Zahlungsart und Zahlungsfristen bzw. des Geldwertes, welcher der Einlage auf Grund der mitzuteilenden Unterlagen zugeschrieben wird;
4. Organisation der Verwaltung unter Angabe von Namen, Wohnsitz und Staatsangehörigkeit der im Vertrage bezeichneten Geschäftsführer;
5. Grundlagen für die Aufstellung der Bilanzen sowie Art der Verteilung des Reingewinns und der Ausbringung der Verluste;
6. Grundlagen für die Liquidation und Verteilung des Vermögens.

Die Gesellschaft kann zwischen einer Sach- und einer Namensfirma wählen, muß aber in jedem Fall, und zwar auch auf Rechnungen, in Anzeigen oder sonstigen Bekanntmachungen, den Zusatz „mit beschränkter Haftung“ führen (Art. 2, 7).

Das Stammkapital, das keinesfalls durch übertragbare Wertpapiere verkörpert werden kann, muß mindestens 5000 Pesos, jede Stammeinlage mindestens 100 Pesos betragen und durch Hundert teilbar sein. Die Einlage muß bei der Errichtung der GmbH. mindestens zur Hälfte des gezeichneten Betrages und, sofern sie nicht in Geld besteht, vollständig geleistet werden (Art. 9, 10).

Die Zahl der Gesellschafter darf 20 nicht übersteigen (Art. 8).

III. Verfassung. Die GmbH. wird durch einen oder mehrere Geschäftsführer verwaltet und nach außen hin vertreten; sie brauchen aber nicht Gesellschafter zu sein (Art. 13 Abs. 1, 16). Werden sie nicht schon im Gesellschaftsvertrage ernannt, so tritt ihre Bestellung erst nach Eintragung und Bekanntmachung der betr. Urkunde in Wirksamkeit. Ernennung und Abberufung der Geschäftsführer bedarf stets der absoluten Stimmenmehrheit, die nach Maßgabe des Art. 412 HGB. unter Zugrundelegung der geringsten Beteiligung als Stimmeneinheit zu berechnen ist (Art. 13 Abs. 2). Für die Geschäftsführer besteht ein Konkurrenzverbot (Art. 14). Sie haften der Gesellschaft persönlich als Gesamtschuldner nach Maßgabe ihres Auftrages für dessen schlechte Ausführung sowie für Übertretung von Gesetz oder Satzung (Art. 15 Abs. 1). Die Schadensersatzklage kann aus diesen Gründen sowie wegen Verlustes des Stammkapitals sowohl von der Gesellschaft wie von den einzelnen Gesellschaftern erhoben werden, es sei denn, daß die Gesellschafterversammlung mit einer Dreiviertelmehrheit des Stammkapitals die Geschäftsführer von der Haftung freistellt (Art. 15 Abs. 2). Die Gesellschaftergläubiger können nur im Falle des Konkurses oder der Liquidation der Gesellschaft Erbschaftsprüfung wegen Verlustes des Stammkapitals gegen die Geschäftsführer geltend machen (Art. 15 Abs. 3).

Die Art und Weise, in der die Gesamtheit der Gesellschafter ihre Beschlüsse zu fassen hat, ist im Gesellschaftsvertrage festzulegen (Art. 17). Das Stimmrecht eines jeden Gesellschafters bestimmt sich nach der Anzahl seiner Geschäftsanteile (Art. 19). Ein Wechsel im Gegenstande des Unternehmens sowie jede eine Erweiterung der Gesellschafterhaftung mit sich bringende Satzungsänderung bedarf eines einstimmig gefaßten Gesellschafterbeschlusses (Art. 18 Abs. 1). Sonst kann unbeschadet anderweitiger Satzungsbestimmung eine Satzungsänderung nur bei Anwesenheit von wenigstens  $\frac{3}{4}$  des Stammkapitals vertretenden Gesellschaftern mit einer mindestens die Hälfte des Kapitals vertretenden Mehrheit beschlossen werden, sofern die Gesellschaft aus mehr

als 5 Gesellschaftern besteht; andernfalls ist auch sonst Einstimmigkeit erforderlich (Art. 18 Abs. 2).

IV. Geschäftsanteil. Zur Abtretung bedarf es nach Art. 12, sofern die Gesellschaft aus mehr als 5 Gesellschaftern besteht, eines Beschlusses von  $\frac{3}{4}$  des Stammkapitals vertretenden Gesellschaftern; andernfalls ist auch hier Einstimmigkeit erforderlich. Übertragung unter Lebenden muß in öffentlicher oder privater Urkunde erfolgen. Wird die Übertragung seitens der Gesellschaft verweigert, so steht dem betreffenden Gesellschafter der Einspruch bei Gericht offen. Dieses kann nach Anhörung des Vertreters der Gesellschaft im summarischen Verfahren die Genehmigung zur Übertragung erteilen, sofern es durchgreifende Bedenken nicht für vorliegend erachtet. In diesem Falle steht den Gesellschaftern oder der Gesellschaft selbst ein Optionsrecht auf den Erwerb des Geschäftsanteils unter den Bedingungen des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages zu. Sofern die Stammeinlage eines Gesellschafters nicht in Geld besteht, läßt die innerhalb von 2 Jahren seit Errichtung der Gesellschaft erfolgte Übertragung des Geschäftsanteils die persönliche Haftung des betr. Gesellschafters unberührt.

Der Gesellschaft steht aus Betriebsgründen ein Recht auf Nachschüsse nach einem im Gesellschaftsvertrage festzulegenden Verhältnis zu. Selbst im Falle einer Liquidation oder des Konkurses der Gesellschaft besteht jedoch eine Nachschußspflicht und entsprechende Haftung der Gesellschafter gegenüber Dritten nur auf Grund eines ordnungsmäßig eingetragenen und bekanntgemachten Gesellschafterbeschlusses (Art. 11).

5% des jährlichen Reingewinnes ist dem gesetzlichen Reservefonds zuzuführen, solange dieser nicht 10% des Stammkapitals erreicht hat (Art. 20). Dividenden und sonstige Verteilungen irgenwelcher Art dürfen den Gesellschaftern nur von dem tatsächlich erzielten und zur Verfügung stehenden Reingewinn ausgeschüttet werden; andernfalls können die Zahlungen innerhalb von 5 Jahren seit der Leistung zurückgefordert werden (Art. 21 Abs. 1). Für eine hiernach bestehende Erhaltungspflicht haften die Geschäftsführer persönlich als Gesamtschuldner (Art. 21 Abs. 2).

V. Umwandlung. Schon bestehende oder erst nachträglich errichtete Gesellschaften des bürgerlichen Rechts oder des Handelsrechts können unbeschadet der Rechte Dritter in GmbH. umgewandelt werden (Art. 23).

VI. Auflösung. Hier kommen zunächst die allgemeinen Auflösungsgründe des Art. 422 HGB. in Betracht, insbes. Ablauf der im Gesellschaftsvertrage vorgesehenen Zeit, einstimmiger Auflösungsbeschluss und Konkurs der Gesellschaft. Ausdrücklich sieht jedoch das neue Gesetz im Art. 22 vor, daß vorbehaltlich anderweitiger Satzungsbestimmung die GmbH. weder durch den Tod, die Entmündigung oder den Konkurs eines Gesellschafters noch durch die Abberufung eines Geschäftsführers aufgelöst wird und daß der Konkurs der Gesellschaft nicht den der einzelnen Gesellschafter bedeutet.

Kammergerichtsrat Gottschick, Berlin.

## Berichtigung.

In „Neuere Rechtsprechung zum Kraftfahrzeuggesetz“: JW. 1932, 3688 muß es in dem zu § 256 BFD. abgedr. Urteilsatz, RWarn. 1930, 160 heißen: die Feststellungsklage usw. ist „zulässig“, nicht „unzulässig“.  
SenPräs. Dittmann, München.

## Schrifttum.

Dr. Rudolf Byl: Die Durchführungsbestimmungen zur Verordnung über Kapitalherabsetzung in erleichteter Form bei Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Ergänzungsband zum Kommentar der Hauptverordnung. Mannheim 1932. J. Bensheimer. Preis 3 RM.

Nach dem Erscheinen des Byl'schen Kommentars zur VO. über Kapitalherabsetzung i. e. F. kamen noch vier Durchf. VO. Sie ergänzen jene. So ergänzt der Nachtrag auch den Kommentar. Was über ihn gesagt wurde, gilt auch hier. Mit einer erschöpfenden Durcharbeitung des Stoffes verbindet sich ein sicheres Empfinden für das wirtschaftlich Notwendige und die praktische Anwendung. Es ist kennzeichnend, daß bei der I. Durchf. VO. zu den §§ 5 und 6 sich ein Stück mit der Einleitung „Verstöße gegen §§ 5 und 6 sind wie folgt zu beurteilen“, befindet. Das zeigt die Wichtigkeit der Folgen einer Nichtbeachtung der vorher erläuterten Bestimmungen. Bei der Anwendung der Kapitalherabsetzung i. e. F. auf die GmbH. wird deren „Gang“ beschrieben. Die Besonderheiten, die sich aus dem Wesen der GmbH. ergeben, treten dabei zutage. Mit Rücksicht

darauf, daß bei dieser die Anfechtungsklage nicht an eine Frist gebunden ist, empfiehlt Byl in den Fällen, in denen ein Gesellschafter sich der Anfechtung berüht, negative Feststellungsklage zu erheben. Ein Protest ist aber bei der GmbH. nicht erforderlich. Der Gesellschafter darf nur sein Anfechtungsrecht nicht verwirkt haben. Dann kann er noch recht lange anfechten. Dies besonders, wenn er der Gesellschafterversammlung fern blieb. Man sieht daran gerade bei den Fällen der Kapitalherabsetzung i. e. F., wie notwendig eine Befristung der Anfechtung in der Satzung ist.

RA. Dr. Dr. Dr. Mag. Sackenburg, Mannheim.

Dr. Adolf Baumbach, SenPräs. beim RG. a. D.: Handlungsbuch ohne Gezeichnet mit Verordnung über Orderlagerecheinne und Text der wichtigsten Nebengesetze nach dem Stand vom 1. August 1932. Berlin 1932. Verlag Otto Liebmann. 791 S. Preis 11,50 RM.

Die Erläuterungsmethode Baumbachs hat einen eigenen Reiz. Sie ist äußerlich fast das Gegenteil der von Staub begründeten. Gleichwohl kann Baumbach wie Staub von sich mit Stolz

sagen, daß seine Methode Schule gemacht hat. Aber er ist noch immer der Meister. Trotz vortrefflicher Leistungen haben die, die bei ihm in die Schule gegangen sind, ihn nicht erreicht. Das unübertreffliche Meisterstück ist die *Baumbach'sche ZPD*. Nunmehr hat *Baumbach* das *HGB* erläutert. Auch hier die vielfach neuen und treffenden Formulierungen, sie haften im Gedächtnis. Auch hier die Beleuchtung einer Streitfrage durch einen knappen Satz. Dazu tritt die selbständige Stellungnahme mit oft verblüffenden Argumenten. Häufig sehr souverän, mit Gesichtspunkten die manches Mal sich recht „unwissenschaftlich“ ausnehmen und doch so ungeheuer vernünftig sind, daß manchen Konkurrenten *Baumbach's* ein leichtes Schamgefühl drücken könnte, weil er nicht selbst auf die gleiche Lösung gekommen ist. Aber die neidlose Freude und Bewunderung überwiegt. Ganz erstaunlich ist es, wie es *Baumbach* gelungen ist, in diesem kleinen Bändchen sowohl die große Kommentarliteratur als Lehrbuchliteratur wie auch die führende Spezialliteratur zu berücksichtigen. Die knappen Hinweise bezeugen deutlich, daß diese Bücher nicht nur so oberflächlich zitiert, sondern durchgeprüft wurden. Die Einschränkung in der Ausführung der *Rspr.* auf die wirklich entscheidenden Erkenntnisse beweist mehr, daß die *Rspr.* durchgearbeitet wurde, als wenn die Zitate gehäuft wiedergegeben worden wären. Darin liegt auch eine starke Entfaltung; denn es ist viel Arbeit geleistet worden, die nicht sofort erkennbar ist.

Mit einem Kommentar kann man sich nicht über einzelne Probleme auseinandersetzen. Das ließe auf kleine Eitelkeiten des Besprechers hinaus. Würde man Streitfragen auswählen, die man anders beantwortet sehen möchte, so wäre dies eine Art Beckmessererei. Wir wollen es aber lieber — leicht abgewandelt — mit *Hans Sachs* halten: „Verachtet mir den Meister nicht und ehrt mir seine Kunst. Was ihm stets hoch zu Lobe spricht, fiel reichlich euch zur Gunst.“  
*J.R. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.*

**Dr. Carl Ritter, Vizepräsident des Hanseatischen Oberlandesgerichts: Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. 2. Aufl. Lieferung 3. München 1932. S. W. Müller. Preis 9 M.**

Die Lieferung umfaßt die §§ 68—177 und §§ 335—346. Das Recht der AktG. und KommGef. a. A. ist wegen der bevorstehenden Umgestaltung des Aktienrechts einstweilen zurückgestellt; es soll, wenn nötig, in einem besonderen Bande erscheinen.

Die Lieferung zeigt die Vorzüge, die in der Besprechung der beiden ersten Lieferungen (oben S. 1632) hervorgehoben sind. Jedoch möchte ich nicht unterlassen zu bemerken, daß die Kommentierung der Vorschriften über die *DHG* m. E. nicht so gut gelungen ist. Ich lasse es dahingestellt, ob es heute noch angezeigt ist, der Bekämpfung der für die Praxis doch wohl entscheidenden Frage, ob eine AktG. oder GmbH. Mitglied einer *DHG* sein kann, einen so breiten Raum zu widmen (A. 2b zu § 105), wobei sich übrigens der Verf. jetzt auch das in der 1. Aufl. mit Recht abgelehnte Argument, daß die AktG. nicht unter der Firma einer *DHG* auftreten könne, gegen das *RG*. zu eigen macht. Nebenklisch erscheint mir aber namentlich, daß der Verf. die *DHG* schlechthin als Gesellschaft des gemeinbürgerlichen Rechts behandelt und ihre Eigenarten nach dieser begrifflich benutzten Auffassung zurechtzubiegen sucht, während sich doch nicht nur in der Literatur, sondern auch beim *RG*. die Auffassung immer mehr durchsetzt, daß es sich um ein Übergangsgebilde zur juristischen Person handelt, das sowohl Züge der Gesellschaft wie der juristischen Person aufweist.

Ich gestatte mir noch auf folgende Einzelheiten hinzuweisen: Das sog. negative Begriffsmerkmal der *DHG* wird (A. 5 zu § 105) gegenüber dem „mißverständlichen“ Gesetzeswort dahin präzipiert: „wenn die Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haften sollen“, was, wie die weiteren Ausführungen zeigen, unrichtig ist. Die Begründung der richtigen Auffassung, zu der der Verf. schließlich gelangt, ist keineswegs einleuchtend. Die übrigens nicht nur von *Wieland* vertretene (s. a. *Müller-Erzbach*, *H.R.* S. 205), von diesem aber sehr eingehend begründete Meinung, daß der Gesellschafter nur auf das Interesse haftet, kann wohl kaum mit der Bemerkung abgetan werden, daß sie „unhaltbar“ sei. Wie soll die Haftung des Kommanditisten, der zwar rechnerisch beschränkt, aber doch ebenso wie der offene Gesellschafter haftet (A. 2 zu § 171), wohl anders aufgefaßt werden? Von dem Wesen des Kapitalanteils gibt A. 4 zu § 120 kein klares Bild. Daß die Kapitalanteile der letzten Bilanz das Verhältnis bezeichnen, in dem das nach Berichtigung der Schulden verbleibende Gesellschaftsvermögen unter die Gesellschafter zu verteilen ist, rührt nicht zu. Wie ist es, wenn ein sich nach der Bilanz ergebender Passivanteil bei Auflösung der echten Reserven ein Aktivanteil werden würde? Als lapsus calami ist es wohl anzusehen, wenn es weiter heißt: „In der Bilanz erscheinen die Aktivsalben der Gesellschafter (wie das Grundkapital der AktG.) als grundsätzlich unberührbare Posten auf der Passivseite. Ein Druckfehler, der berichtigt werden sollte, findet sich in A. 3 zu § 155 letzte Zeile. Statt B 12 000 mal  $\frac{6}{100}$  muß es heißen  $\frac{6}{100}$ . Leider schließt sich der Verf. der auch von *Staub-Pinner* (A. 19 zu § 149)

vertretenen Auffassung nicht an, daß der Liquidator dem Dritten gegenüber zu allen Geschäften für ermächtigt gilt, die sich nicht erkennbar als dem Liquidationszweck nicht dienend darstellen (A. 2 zu § 149). Ich glaube nicht, daß die Rechtsunsicherheit, die durch die gleiche Abgrenzung von Vertretungsmacht und Geschäftsführungsrecht entstehen muß, durch eine weitere Auslegung der Worte „neue Geschäfte“ behoben werden darf. Man würde dann zu einer nicht zu rechtfertigenden Ausdehnung des Geschäftsführungsrechts gelangen. Aber warum soll es nicht angängig sein, eine nicht genügend durchdachte und ungeschickte Vorschrift sinngemäß fortzubilden?

Dem § 343 Abs. 1 widmet der Verf. eine so eingehende Kommentierung, wie sie ihm noch nie zuteil geworden ist. Aber eine, allerdings bisher m. W. noch nicht aufgeworfene Frage bleibt doch unberücksichtigt, nämlich wie es sich bei einem Kaufmann, der erst durch die allmähliche Entwicklung seines Gewerbebetriebs zum Kaufmann geworden ist (§ 1 Abs. 2 Nr. 2, 5, 9), mit den Geschäften verhält, die vor dem stets schwer bestimmbareren Zeitpunkt der Erlangung der Kaufmannseigenschaft geschlossen sind. Das schon in der 1. Aufl. bei § 346 gebrachte Verzeichnis von Klauseln und ähnlichen Redewendungen (A. 11) erfährt eine höchst wertvolle Bereicherung.

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

**Das Handelsgesetzbuch mit Einführungsgefez ohne Seerecht.**

Erläut. Ausg. begr. von Dr. Heinrich Dove. 3., neubearb. Aufl. von Dr. Bernhard Kamnitzer, Senator a. D., Rechtsanwält in Danzig. (Taschengesetzsammlung Nr. 50.) Berlin 1932. Carl Heymanns Verlag. VIII und 378 Seiten. Preis 7 RM.

Das *HGB* wird vor allem durch die *Rspr.* des *RG*. kritiklos erläutert. Typisch ist, daß die neuen Bestimmungen der Aktienrechtsnovelle mit Anmerkungen nur außerordentlich spärlich, um nicht zu sagen ungenügend, bedacht sind. Im übrigen reichen die Anmerkungen zu einer kurzen Orientierung aus. Zu beanstanden ist, daß im Text des § 240 *HGB*. die Änderung durch die *NotW.D.* v. 1. Aug. 1931 (*RGBl.* I, 419) nicht berücksichtigt ist. Gefährlich ist unter Umständen die Kürze der Anmerkung. Wenn z. B. in Anm. 6 zu § 186 *HGB*. gesagt wird, eine Heilung des nicht in die Sayung aufgenommenen Vertrags über Sacheinlagen und Sachübernahmen sei nicht in der Form des § 207, sondern nur durch eine Satzungsänderung möglich, und als Begründung hierfür auf die Entscheidungen *RG*. 121, 103; 130, 248 verwiesen wird, so stimmt dies nur für die Sachübernahme, nicht für die Sacheinlage. Es empfiehlt sich daher stets, die als Belege angeführten Entscheidungen daraufhin zu prüfen, ob sie halten, was das Zitat verspricht.

*W.R. PrivDoz. Dr. Ernst E. Hirsch, Frankfurt a. M.*

**Koenige: Handausgabe des Handelsgesetzbuches v. 10. Mai 1897 (ohne Seerecht). 3. Aufl. Bearbeitet von Dr. h. c.**

Heinrich Koenige, Senatspräsident am Reichsgericht i. R. in Hinterzarten, Dr. Robert Reichmann, Reichsgerichtsrat in Leipzig, Dr. Walter Koehler, Rechtsanwält am Landgericht in Mannheim. Mannheim, Berlin u. Leipzig 1932. J. Bensheimer. IX u. 931 S.

Die Neuausgabe verarbeitet die wichtigen Änderungen des *HGB*. durch die Aktienrechtsnovelle und die *Durchf.W.D.* Die Kommentare zur Aktienrechts*NotW.D.* sind entsprechend der grundsätzlichen Beschränkung auf die Rechtsprechung nicht berücksichtigt. In der jetzigen Form stellt der Kommentar eine überaus wertvolle Mittelform zwischen den großen Kommentaren und den kleinen Handkommentaren zum *HGB*. (neuerdings *Baumbach*) dar. In erster Linie wird die Rechtsprechung verarbeitet, insbes. die wichtigsten Ergebnisse der neuesten Rechtsprechung. Systematisch schwierige Kapitel, wie etwa die Auflösungsgründe der Aktiengesellschaft im Anschluß an § 292 *HGB*., sind übersichtlich dargestellt.

So kann der Kommentar in der vorliegenden Neuausgabe für die praktische Benutzung warm empfohlen werden.  
*D. E.*

**Handelsgesetzbuch nebst Einführungsgefez. Textausgabe**

mit Verweisungen auf abändernde und ergänzende Gesetze. Mit Sachregister sowie einer Einleitung von Dr. Dr. h. c. Max Hachenburg, Rechtsanwalt in Mannheim. 7. Aufl. bearb. von Prof. Dr. Heinrich Poeniger in Kiel. (Sammlung Deutscher Gesetze Band 36.) Mannheim 1932. J. Bensheimer. LIX u. 348 Seiten. Preis 2 RM.

**Dr. Ernst E. Hirsch: Praktische Fälle aus dem Handels- und Wirtschaftsrecht mit Lösungen. Mannheim 1933. J. Bensheimer. XXIV, 151 Seiten. Preis 5 RM.**

Dieser Band reiht sich den bisherigen Bänden der *Bens-*

heimerischen „Praktischen Fälle mit Lösungen“ würdig an. Die Fälle sind allen Gebieten des Handelsrechts entnommen, bei der Erörterung ist jedoch auch der rein bürgerlich- und prozessrechtlichen Fragen eingehend gedacht. Bei der Einbeziehung des Verfahrensrechts sowie bei der respektvollen und doch kritischen vorzugsweisen Erwähnung der höchstgerichtlichen Zirkulare zeigen sich so recht die Vorteile, die der Lehre aus der Verbindung von Unterrichtsamt und Praxis erwachsen. Ein Schüler des Verf. wird beim Eintritt ins Referendariat nicht das (allerdings übertriebene!) Gefühl vieler Referendare haben, für die Erfordernisse der Praxis ungenügend ausgebildet zu sein. So ist in diesen Fällen wirklich das Erläuterliche erreicht, im gleichen Buch für Anfänger, Examenskandidat und Referendar Wertvolles zu bieten. Einzelkritik muß gegenüber so hohen allgemeinen Vorzügen verstummen. Nur eine allgemeine Bemerkung: Während der Verf. die Rechtprechung stets mit genauer Fundstelle zitiert, bestehen die (spärlicheren) Hinweise auf das Schrifttum meist nur aus der Formel „Komm. zu §...“. Das erweckt den Anschein einer (gewiß nicht beabsichtigten) Unterbewertung der großen geistigen Leistung unserer handelsrechtlichen Lehre und kann weiter den unerfahrenen Benutzer zu dem Irrglauben einer Fungibilität der Kommentare verleiten.

D. S.

Dr. jur. Hans-Jürgen Bruns, Referendar: **Können die Organen juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzen, bestraft werden?** Zugleich ein Beitrag zur Methodik der Rechtsanwendung im Strafrecht und zur strafrechtlichen Beurteilung der Einmanngesellschaft. (Strafrechtl. Abhandlungen, begr. von Prof. Dr. Venneke, herausgegeben von Dr. August Schöntenack, o. ö. Prof. a. d. Universität Tübingen. Heft 295.) Breslau 1931. Schletterische Buchhandlung (Frank u. Weigert). Preis 4,20 *R.M.*

Es ist eine gelegene Studie über ein wichtiges Problem, was der Verf. bietet. Hier das Problem: Mit Gefängnis wird bestraft, wer seines Vorteils wegen wissentlich eine gestohlene Sache an sich bringt. Kann der Geschäftsführer einer GmbH. bestraft werden, wenn er die Sache nicht für sich, sondern für die Gesellschaft erwirbt? Bestraft wird, wer als Bevollmächtigter über Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zu dessen Nachteil verfügt; wie steht es damit, wenn der Täter der Vorstand einer AktG. ist, wo doch nicht er, sondern die Gesellschaft der Vollmachtträger ist. So gibt es zahlreiche Arten von Delikten, wo eine derartige Beziehung der Tat zum Täter Tatbestandsmerkmal ist. Der Verf. hat sie aus dem StGB. und anderen z. T. entlegenen Gesetzen herausgesucht und auf S. 13 systematisch geordnet zusammengestellt, was ein deutliches Bild von der praktischen Wichtigkeit der Frage gibt. Er stellt diese unter den allgemeinsten Gesichtspunkt: inwiefern sind die Bestimmungen des Zivilrechts gegebenenfalls bei Auslegung und Anwendung des Strafgesetzes maßgeblich. In einzelnen Fällen hat das Gesetz Abhilfe geschaffen. So z. B. bei Konkursverbrechen und Vergehen durch § 244 *R.D.* Im großen und ganzen ist die Frage offen. Der Verf. sagt: alle persönlichen Beziehungen zum Täter sind einerseits höchstpersönlicher Natur, andererseits beruhen sie oft auf zivilrechtlicher Grundlage und lassen ein Handeln in Vertretung zu; das hat notwendig den Mangel der Tatbestandsmäßigkeit zur Folge, soweit das Handeln des Organes einer Körperschaft in Frage kommt; letztere kann nicht bestraft werden, während der gesetzliche Vertreter die mit Strafe bedrohte Tat handlung begehen kann, bei ihm aber ein Tatbestandsmoment fehlt und auch die Hilfskonstruktionen versagen, welche bei der Vertretung natürlicher Personen gegeben sind, mittelbare Täterschaft, Teilnahme, Anstiftung. Der Verf. durchwandert auf diese Frage hin die *Npr.*, wobei er einen besonderen Abschnitt dem Fall der Ein-Mann-Gesellschaft widmet, bei der das Dilemma in besonders schreiender Weise in die Erscheinung tritt. Es ergibt sich, daß in einer Anzahl von Entsch. der Strafrichter sich von der zivilrechtlichen Struktur freigemacht habe, ohne daß es zu einer prinzipiellen Stellungnahme gekommen und auch ohne daß in den betr. Urteilen eine ausreichende Rechtfertigung gelungen wäre. Einen Versuch, seinerseits eine Lösung zu finden, macht er nicht. Er spricht von Ergänzung des in Wahrheit nicht vollständig vorhandenen Tatbestands und stellt als Ergebnis fest, daß der Grundsatz der Tatbestandsergänzung sich nicht aufrechterhalten lasse, der sich nur als ein Verlegenheitsausweg darstelle und mit der Vorschr. des § 2 StGB. (nulla poena sine lege) nicht im Einklang stehe. Dieser Grundsatz bilde eine unübersteigbare Schranke, und es könne nur de lege ferenda die dringende Forderung gestellt werden, den im § 244 *R.D.* ausgesprochenen Gedanken dahin zu erweitern, daß wer als Organ einer juristischen Person eine Handlung vorgenommen hat, strafrechtlich so zu behandeln ist, als habe er dabei sein eigenes Geschäft geführt.

Darf ich zu dieser Frage der Strafrechtswissenschaft ein Wort sagen, so meine ich, daß auch das nur Stückwerk und Verlegenheitsaushilfe wäre. Die Wissenschaft wird eine grundsätzliche Stellungnahme zur Frage erreichen müssen, inwieweit bei Verwendung zivilrechtlicher Begriffe und Beziehungen in strafrechtlichen Vorschriften die Bestimmungen des Zivilrechts der Auslegung der Strafvorschrift Schranken ziehen. Ist das erreicht, dann bedarf es keiner Änderung mehr des § 2 StGB. Es handelt sich dann nicht um — kurz gesagt — extensiv, sondern um zulässige und oft gebotene immanente Auslegung. Und das scheint mir auch zu rechtfertigen, daß die *Npr.* — einstweilen notgedrungen — von Fall zu Fall zu entscheiden, sich durch § 2 cit. nicht hat hindern lassen.

Verläßt insofern die Unternehmung negativ, so ist sie doch nichts weniger als vergeblich gewesen. Man erfährt, daß der Verf. Referendar ist. Sein Buch kennzeichnet ihn als fertigen Juristen.

R.M. a. D. Dr. E. Brodmann, Leipzig.

Alexander Hoffmann, Professor an der Universität Leipzig. **Wirtschaftslehre der kaufmännischen Unternehmung (Betriebswirtschaftslehre).** Leipzig 1932. Verlag Hans Buzke. 812 Seiten. Preis 16,50 *R.M.*

Die Betriebswirtschaftslehre ist der jüngste, erst in letzter Zeit als vollberechtigt in den Kreis der allgemeinen Wirtschaftswissenschaften aufgenommene Sproß dieses Wissenschaftsgebietes. Noch ist die Nationalökonomie vom Streit der Meinungen über ihre Aufgaben und Methoden erfüllt und es ist daher begreiflich, daß auch die Betriebswirtschaftslehre sich noch in einem Zustande formaler Selbstbestimmung und methodologischer Klärungsversuche befindet. Der Zweck der Lehre ist nicht mehr umstritten. Ihr Objekt sind alle dem Gütererwerb dienbar gemachten Einzelwirtschaften im Gewerbe, Handel und Landwirtschaft und ihre Aufgabe besteht darin, Verfahrensregeln zu gewinnen, die der Praxis der Wirtschaftssubjekte dienbar gemacht werden können. Alle hierbei zu lösenden Einzelfragen wurzeln in der Unternehmensorganisation und in deren Rechnungsweisen. Die allgemeinen Regeln, die auf diesen Gebieten zur Anwendung gelangen müssen, um eine Erfüllung des Unternehmenszwecks zu erreichen, sucht die Betriebswirtschaftslehre zu ermitteln. Früher nannte man sie darum Privatwirtschaftslehre, die für die einzelne Unternehmung die gleiche Bedeutung haben sollte, wie die Volkswirtschaftslehre für die einzelne Volkswirtschaft. Unter den Vertretern der Disziplin herrscht noch keine Einigkeit darüber, ob die Betriebswirtschaftslehre ein System von Erkenntnissen der Betriebstechnik zu erforschen versucht, oder ob sie in der Hauptsache ein System von Mitteln zur erfolgreichen Durchführung des Unternehmenszwecks ausfindig zu machen und zu empfehlen hat, also zu einer „Kunstlehre“ wird. Der Autor des hier zu würdigenden Wertes bekennt sich zu der letzterwähnten Auffassung vom Wesen der Betriebswirtschaftslehre. Daraus ergeben sich nach seiner Meinung die engen Beziehungen der Betriebswirtschaftslehre zu den Disziplinen der Technologie als angewandte Naturwissenschaft, der angewandten Psychologie und der angewandten Rechtswissenschaft.

Die Jugend der Betriebswirtschaftslehre als anerkannte Wissenschaft charakterisiert das ihr gewidmete Schrifttum. Fragen der Methode werden viel erörtert, noch fehlt eine allgemein anerkannte, systematische Stoffeinteilung des gesamten Lehrstoffes. Für Wissenschaftszweige, die zur Betriebswirtschaftslehre als Hilfswissenschaft ihre Zuflucht nehmen müssen, ist das ein etwas ärgerlicher Zustand, denn er erleichtert nicht gerade die Auswertung der Resultate der Betriebswirtschaftslehre für wissenschaftliche und praktische Arbeiten. Auch der Autor des vorliegenden blickeligen Bandes rechtfertigt dessen Erscheinen mit einem vorwiegend formalen Gesichtspunkt. Er führt nach ihm „eine Wirtschaftslehre des Unternehmens zum ersten Male unter dem Gesichtspunkt des Kapitalbildungszweckes in systematischer Weise“ durch. Das Unternehmen wird behandelt als „kapitaleinsatzendes, als kapitalisierendes und -bewegendes, letztlich als kapitalgewinnendes Wirtschaftsinstrument, was sich in der Dreigliederung: Bau, Funktionen und Gewinn des Unternehmens niederschlägt“. Diese „konstruktive Idee“ hat natürlich zur Folge, daß man die Behandlung von Einzelfragen in anderen Zusammenhängen und bei anderen Stoffgruppen suchen muß als bei anderen Lehrbüchern der gleichen Disziplin. Eine gewisse Tradition im Aufbau der Betriebswirtschaftslehre, die sich durchzusetzen begann, wird vom vorliegenden Werk durchbrochen, der Methodenstreit wird neu belebt und die Benutzung der Forschungsergebnisse der Betriebswirtschaftslehre durch Außenstehende nicht gerade erleichtert. In der Einführung betont der Verfasser, daß bei gewissen Kapiteln z. B. dem Kaufvertrag und der Kreditversicherung der Zusammenhang zwischen dem „wirtschaftlichen und dem rechtlichen Gesicht der Dinge“ betont juristischen Ausführungen“ genötigt habe. Die Verbindung beider Betrachtungsweisen sei aber ein der Betriebswirtschaftslehre eigentümliches Merkmal, das sie von der Volkswirtschaftslehre be-

sonders unterscheidet. Es ist ganz selbstverständlich, daß solche Zusammenhänge zwischen rechtlichen Formen und wirtschaftlichen Zwecken sehr häufig in der Betriebswirtschaftslehre vorkommen. In dem vorliegenden Buch gibt es ein ganzes Kapitel über „rechtliche Formen der Unternehmung“ und die Zusammenhänge mit dem Handelsrecht sind natürlich zahlreicher Art, nicht nur bei der Erörterung der Unternehmungsformen, sondern auch bei der Darstellung der Bilanzierungsfragen, der Finanzierung des Ein- und Verkaufes und der eigentlichen in Ein- und Verkauf sich betätigenden Handesoperationen der Unternehmungen. Im einzelnen sind diese Zusammenhänge nicht besonders zu erörtern, denn der Jurist sucht ja, wenn er Lehrbücher der Betriebswirtschaft zur Hand nimmt, Auskunft über wirtschaftlichen Sinn und Bedeutung bestimmter Operationen und Funktionen des Einzelunternehmens und nicht juristische Belehrung.

So ist es insbes. der rein beschreibende Teil dieser Wirtschaftslehre der kaufmännischen Unternehmung, der die Leser dieser Zeitschrift veranlassen wird, zum Buche zu greifen. Von der „Abfallverwertung“ bis zur „Zwangsersteigerung“ gibt es denn auch kaum eine nennenswerte kaufmännisch-betriebswirtschaftliche Handlung, die nicht in dem Buche behandelt und in einen Zusammenhang zum allgemeinen Unternehmungszweck gebracht wird. Daten und Tatsachen sind zuverlässig und reichen bis in die Gegenwart. Ein sorgfältiges Sachregister erleichtert die Benutzung des Buches. Es liegt sowohl am Stoff als auch an der der Betriebswirtschaftslehre eigenen Betrachtungsweise, daß Werturteile in großer Zahl zu finden sind. Der Jurist, der diese neue Betriebswirtschaftslehre in die Hand nimmt, wird aber wohl nur die Bewertung einzelner wirtschaftlicher Vorgänge im betriebswirtschaftlichen Zusammenhang von ihr erwarten. In diesem Betracht kann das Buch als zuverlässiger Leitfaden bestens empfohlen werden.

Staatsf. a. D. Prof. Dr. August Müller, Berlin.

**Dr. Ulrich Michel: Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung.** (Beiträge zur Kenntnis des Rechtslebens, herausgeg. v. Ruffbaum, Heft 8.) Tübingen 1932. J. C. B. Mohr. Preis 4,50 RM.

Dem praktischen Juristen in seiner täglichen Auseinandersetzung mit dem Formularrecht zu Hilfe zu kommen, ist eine so dringliche wie lockende Aufgabe der Theorie. Nur darf sie sich nicht vermaßen, dem Richter die Entscheidung etwa über Wirksamkeit oder Gültigkeit der Geschäftsbedingungen in jedem Einzelfall durch starre Regeln vorzunehmen zu wollen, sondern muß ihr Ziel darin sehen, die neuen Probleme in einen inneren Zusammenhang untereinander und mit dem älteren Vertragsrecht zu bringen und so den Weg zu den Einzelentscheidungen zu bahnen. Die Probleme sieht freilich nur, wer die Kasuistik beherrscht. Mit ihrer Erforschung hat daher auch die theoretische Arbeit zu beginnen.

Diesem nächstliegenden Ziel, dem die ganze Kommentarliteratur bisher ausgereicht ist, dient die vorliegende Schrift. Der Verf. hat mit viel Mühe und Fleiß die weitverstreuten Entscheidungen der deutschen Gerichte zum Geschäftsbedingungsrecht gesammelt, geordnet und hier vor uns ausgeteilt. Er gliedert das Material nach den drei Hauptfragen: die Verbindlichkeit der Geschäftsbedingungen für die Parteien des Einzelvertrags, ihre Auslegung und ihre Gültigkeit. Das sehr frisch und ohne konstruktive Scheuklappen gezeichnete Bild der Rechtsprechung, das er auf diese Weise gewinnt, scheint mir im ganzen richtig. Nur vereinzelt sind auch wichtigere Entscheidungen übersehen, so z. B. in § 17 — Wirkung der allg. Geschäftsbedingungen auf Dritte — RG. v. 30. Nov. 1929: JW. 1930, 1948; HansRGZ. 1930, B 35 und OLG. Hamburg v. 25. Sept. 1929: HansRGZ. 1929, B 723, die beide diese Wirkung bejahen; auch wäre wohl in diesem Zusammenhang die mehrfach entschiedene Frage zu behandeln gewesen, ob der dritte Eigentümer das vertragliche Pfandrecht der Bank- oder Speditorenbedingungen gegen sich gelten lassen muß. Zu der in § 13 angeschnittenen schwierigen Frage der Kollision von Geschäftsbedingungen beider Parteien gibt es eine Reihe von Entscheidungen; der Verf. zitiert nur RG. v. 6. Mai 1930, die den abweichenden Fall betrifft, daß eine für den konkreten Vertrag getroffene Sonderabrede den gedruckten Bedingungen des Unternehmers widerspricht. Das hier anklingende Problem, wie sich Sonderwünsche des Kunden mit den starren Geschäftsbedingungen des Unternehmers vereinbaren lassen, kommt in der Systematik des Verf. überhaupt zu kurz; die mündlichen Nebenabreden und der Irrtum über den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nur nebenbei an verschiedenen Stellen gestreift (§. 10, 18, 20, vgl. auch §. 33). Der Abschnitt über die Auslegung der allgemeinen Geschäftsbedingungen bleibt etwas farblos; der Satz §. 44, der das Ergebnis zusammenfassen soll, gilt für die Auslegung aller Willenserklärungen. Die Besonderheit liegt einmal in der Gesetzesähnlichkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen, zum anderen aber darin, daß die

Rspr. die Auslegung neben §§ 138 und 242 als Waffe gebraucht, um einseitige Machtdiktate nach Möglichkeit zu mildern.

Das Referat über die Rspr. dogmatisch auszuwerten, lag nicht im Plane des Verf. Wo er es versucht, gräbt er nirgends sehr tief. Das gilt von seinem Urteil zu Einzelfragen, wie in § 12 über die Wirkung der Eigentumsvorbehaltsklausel auf der Faktura, oder in § 38 über die Aufrechterhaltung des Vertrags trotz Nichtigkeit einer einzelnen Klausel. Ebenso reicht es nicht aus, in § 20 die Wirkung der Veröffentlichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen damit zu begründen, es handle sich um eine durch Gewohnheitsrecht ausgebildete besondere Art des Vertragschlusses. Damit wäre die keineswegs einheitliche Rspr. steuerlos sich selbst überlassen, und die Voraussetzung solcher Wirkung könnten, wie die vom Verf. in § 19 erhobene Forderung der Verständlichkeit der veröffentlichten allgemeinen Geschäftsbedingungen zeigt, willkürlich festgesetzt werden. In Wahrheit ist die Bedeutung der Veröffentlichung aus dem weiteren Prinzip der Rspr. abzuleiten, den Kunden nur dann an die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers zu binden, wenn er ihr Bestehen kannte oder kennen mußte. Von da führt eine deutliche Brücke zum allgemeinen Vertrags-, insbes. Auslegungsrecht. Unzugänglich bleibt der Theorie nur die Frage, welche Formen der Veröffentlichung ausreichen, damit dem Kunden die Kenntnis zugemutet werden kann. — Wenig befriedigt schließlich aus denselben Gründen der letzte Abschnitt über die Natur der allgemeinen Geschäftsbedingungen, über ihr Verhältnis zur Verkehrsform und die Bedeutung einer Aufstellung der allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Normenvertrag. Doch kann ich darauf hier nicht eingehen.

Das Ziel einer wissenschaftlichen Durchbringung des Geschäftsbedingungsrechts ist noch nicht erreicht. Aber der Verf. hat dazu wertvolle Vorarbeit geleistet. Der Praktiker wird es dankbar begrüßen, in der lebendig geschriebenen Arbeit die Rspr. überichtlich zusammengestellt zu finden.

Ger. Ass. Dr. Ludwig Kaiser, Berlin.

**Dr. Max Staehelin jun.: Zur Frage der Bilanzfähigkeit.** (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 3.) Basel 1932. Helbing & Lichtenhahn. 119 S. Preis 3,40 RM.

Der Verf. unterscheidet Vermögensbilanzen, die das Vermögen als Bestandteil des Unternehmens enthalten, und Unternehmensbilanzen, die den Wert des ganzen Unternehmens darstellen (§. 99). Jahresbilanz und Eröffnungsbilanz sollen Vermögensbilanzen, Auseinandersetzungs-, Abschichtungs- und Verkaufsbilanzen sollen Unternehmensbilanzen sein, Liquidationsbilanzen entweder das eine oder das andere. Vermögensbilanzen nennt er Bilanzen, die gemäß § 38 SGB. und den entsprechenden Bestimmungen des Schweizer und des französischen Rechts das Vermögen enthalten. Der Verf. behauptet nun, daß es zwei verschiedene Vermögensbegriffe gibt: Kaufmannsvermögen und juristisches Vermögen. Er behauptet, daß nach der herrschenden Ansicht das Kaufmannsvermögen in die Bilanz gehört, nicht das juristische Vermögen. Als juristisches Vermögen bezeichnet er den „Inbegriff von Rechten und Pflichten“. Er kämpft gegen die angeblich herrschende Ansicht mit der Behauptung, daß alles, was zum Kaufmannsvermögen gehört, auch Bestandteil des juristischen Vermögens ist, und sucht zu diesem Zweck nachzuweisen, daß in Wirklichkeit nur Rechte und Pflichten im Rechtsinne in die Bilanz gehören. Diesen Gedanken sucht er durchzuführen bei Waren auf dem Transport, schwebenden Verträgen, Antizipationen und transitorischen Posten, dem Emissionsdisagio bei Obligationen und immateriellen Rechten und Gütern. Bloße Chancen, die keine Rechte sind, sollen zwar in die Unternehmensbilanz, aber nicht in die Vermögensbilanz gehören.

Schon der Ausgangspunkt, nämlich der Vermögensbegriff, ist verfehlt. Es gibt keinen einheitlichen Vermögensbegriff. Vermögen ist ein wirtschaftlicher Begriff und im Rechtsinne mehrdeutig (vgl. Staudinger Bd. 1 S. 342). Im Sinne der §§ 310, 311, 419 BGB. ist Vermögen die Gesamtheit der geldwerten Rechte ohne jede Rücksicht auf Verpflichtungen. In den Fällen der §§ 1360, 2128 BGB. ist Vermögen das Nettovermögen in rein wirtschaftlichem Sinne. Im erbrechtlichen Sinne (§ 1922) ist Vermögen die Gesamtheit aller vererblichen Güter und Pflichten. Es muß in jedem Falle geprüft werden, was unter Vermögen zu verstehen ist. Man kann also nicht sagen (§. 37), daß nach § 38 der Kaufmann an sich sein gesamtes Vermögen in irgendeinem anderweitig zu ermittelnden Rechtsinne anzugeben habe, und ihm nur nachgelassen sei, sich auf dasjenige zu beschränken, was nach den Grundätzen ordnungsmäßiger Buchführung als Vermögen angegeben werde, sondern der Begriff Vermögen in § 38 ist aus Inhalt und Zweck des § 38 zu ermitteln. In dieser Beziehung ist § 33 ganz eindeutig. Wenn die Lage des Vermögens nach den Grundätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen ist, so ist Vermögen das, was nach den Grundätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich gemacht wird. Es gibt also keinen außerhalb des § 38 feststehenden Vermögensbegriff, auf den dann § 38 angewandt werden könnte.

Aber auch im einzelnen sind die Darlegungen des Verf. unrichtig.

Bezüglich der versandten Waren sieht er in der Übung, die Waren auszubuchen und den Käufern zu belasten, eine allerdings unschädliche „Vorgehensweise“ (S. 39); denn an sich müßte das Eigentum maßgebend sein, und dieses verbleibe dem Kaufmann bis zur Übergabe. Vor allem aber soll es zulässig sein, statt der allgemeinen Übung die Ware noch als Eigentum des Kaufmanns zu verbuchen. — Hier fehlt dem Verf. offenbar die praktische Anschauung. Er gibt selbst nicht an, wie gebucht werden soll. Er wird nicht bestreiten wollen, daß der Käufer auf Kontokorrentkonto belastet werden muß. Hierzu ist eine Gegenbuchung erforderlich. Auf Warenkonto soll sie nicht erfolgen, weil die Ware noch nicht ausgebucht werden soll. Die Gegenbuchung könnte daher nur in dem Recht auf Lieferung bestehen. Der Käufer müßte also wegen des Kaufpreises belastet und wegen des Lieferungsrechts erkannt werden. Dadurch würde, da die Ware selbst auch in den Aktiven verbucht, eine glatte Verdoppelung der Bilanzzahlen eintreten. Wenn eine Ware mit 1000 verbucht und mit 1200 verkauft ist, so verschwindet bei der üblichen Buchung die Ware aus der Bilanz, und es erscheint nur noch der Kaufpreis, also 1200 statt 1000. Bei dem Verfahren des Verf. würden in den Aktiven 2200 und in der Passiven 1000 erscheinen. Der Saldo wäre der gleiche, die Bilanzzahlen aber wären verdoppelt. Schon aus diesem Grunde muß das Verfahren, bei dem die Bilanz ein schlechthin falsches Bild von dem Umfang des Geschäfts ergibt, als ordnungswidrig und daher auch als gesetzwidrig bezeichnet werden. Übrigens würden sich die Buchungen noch dadurch komplizieren, daß schon mit Rücksicht auf die Skontrobücher die Ware aus dem Warenkonto ausgebucht und auf ein besonderes Konto (Warentransportkonto) umgebucht werden müßte. Es würde sich also auch die Zahl der Buchungen zum mindesten verdoppeln. Die Unrichtigkeit der Darlegungen des Verf. zeigt, daß nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung nicht das Eigentum schlechthin maßgebend ist. — Entsprechendes gilt für Kommissionswaren. Hier übersieht der Verf. (S. 40), daß es nicht darauf ankommt, ob das Warenkonto belastet wird, sondern daß es gleichzeitig und vor Übergang der Ware an den Einkaufskommissionär schon wieder erkannt wird. Der Hinweis auf die Praxis des Bankvereins bei Wertpapieren ist nicht beweiskräftig, schon wegen der Besonderheiten der Gutschrift auf Stückkonto. — Die Frage der Sicherungsübergang spielt keine Rolle, da hier gerade die Frage des Eigentums selbst zweifelhaft ist.

Bei den schwebenden Verbindlichkeiten setzt sich der Verf. mit einer ganz anderen Frage auseinander, nämlich mit der Frage, ob nur Geschäftsvorfälle oder auch Rechtsgehalte verbucht werden. Er sucht insbes. Herrmann Weit Simon (Bilanzen) nachzuweisen, daß sich dieser bei der Darlegung, daß Verluste aus schwebenden Verbindlichkeiten in der Bilanz berücksichtigt werden müssen, mit seinem Grundsatze, daß nur Geschäftsvorfälle verbucht werden, in Widerspruch setze. Hierbei übersieht der Verf., daß Herrmann Weit Simon nicht etwa laufende Verbuchung der schwebenden Verbindlichkeiten verlangt, sondern ihre Berücksichtigung bei Aufstellung des Inventars. Das Inventar beruht aber überhaupt nicht nur auf den Büchern, sondern auf Inventarisierung. Die Inventarisierung bezieht sich nicht nur auf Sachen, sondern auch auf sonstige aktive und passive, nicht in den Büchern enthaltene Vermögensgegenstände, die dann durch das Inventar in die Bücher und damit auch in die Bilanz kommen. Der angebliche Widerspruch besteht daher nicht. Was im übrigen die Buchung von Verlusten aus schwebenden Verträgen für die Frage ergeben soll, ob nur „juristisches Vermögen“ oder „Kaufmannsvermögen“ in die Bilanz gehört, ist nicht erkennbar. Das gleiche gilt für die Darlegungen bezüglich der Antizipationen und der transitorischen Posten, sowie für das Disagio bei Ausgabe von Obligationen. Transitorische Konten sind Forderungen oder Schulden; Passivantizipationen sind Schulden oder Reserven, Aktivantizipationen Forderungen oder nicht bilanzfähig (vgl. Simon-Beutner, ZwAnfG. S. 141). Das Obligationendisagio ist ein Bewertungskonto; selbst wenn es dies nicht wäre, würde sich für die von dem Verf. behandelte Frage nichts daraus ergeben. Im übrigen erscheint der Standpunkt des Verf. (und Rehms), daß das aktive Disagiokonto das Recht auf Kapitalnutzung darstelle, unmöglich; dieser Standpunkt würde auch eine Widerlegung des Verf. selbst sein. Denn das Recht auf Kapitalnutzung ist kein Recht im Rechtssinne gegen den Darlehensgeber, sondern eine bloße wirtschaftliche Möglichkeit.

Bezüglich der immateriellen Güter sieht der Verf. den Grund für die Zulässigkeit der Aktivierung rein wirtschaftlicher Güter, wenn sie derivativ erworben sind, darin, daß es sich in allen derartigen Fällen in Wirklichkeit nicht um eine Aktivierung der rein wirtschaftlichen Güter, sondern um die von Rechten handelt, so bei der Übertragung einer Kundschaft um die Aktivierung des Rechts gegen den Verkäufer, sich des Verkehrs mit den Kunden zu enthalten, bei der Aktivierung eines Geheimverfahrens um das Recht gegen ihn, das Verfahren keinem weiteren Dritten bekanntzugeben. Das sind in Wirklichkeit ganz willkürliche Konstruktionen. So kann der Verkauf einer Kundschaft mit einem zeitlich beschränkten Konkurrenzverbot verbunden sein; bei Fristablauf muß aber nicht notwendig

der Geschäftswert abgeschrieben sein, wenn es nämlich dem Erwerber gelingt, sich die Kundschaft trotz der nunmehr zulässigen Konkurrenz des Verkäufers zu erhalten. Beim Geheimverfahren müßte die Aktivierung z. B. fortfallen, wenn der Verkäufer verstorben ist, ohne sein Geheimnis seinen Erben oder einem Dritten mitgeteilt zu haben. Auch gibt es unentgeltlich erworbene, also bilanzfähige, rein wirtschaftliche Güter, ohne daß es irgendein entsprechendes Recht gibt, z. B. bei Übernahme einer Verkaufsorganisation. Bei den rein wirtschaftlichen Gütern handelt es sich also in Wirklichkeit nicht um Vermögensrechte. Sie werden vielmehr aktiviert, weil Vermögen im Bilanzsinne nicht ein Zubegriff von Rechten und Pflichten, sondern ein Zubegriff von Gütern (Werten) und Schulden ist. Darum ist auch vielfach — in gewissen Grenzen — die Aktivierung der selbst aufgegebenen Organisation zulässig, mit der der Verf. überhaupt nichts anzufangen weiß (S. 112 ff.).

Für die von dem Verf. behandelten Sonderbilanzen (Aus-einandersetzungs-, Abschichtungs-, Verkaufsbilanzen) ist grundsätzlich zu sagen, daß sie überhaupt keine Bilanzen im Rechtssinne sind, sondern Vermögensberechnungen, bei denen sich Gegenstand und Werte in erster Reihe aus den Vereinbarungen, eventuell aus dem Zweck der Aufstellung ergeben. Die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung kommen hierbei nur dann zur Anwendung, wenn sie als ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart anzusehen sind. Dann aber gelten sie auch in vollem Umfange, soweit nichts anderes vereinbart ist.

So interessant und anregend die Arbeit ist, und obwohl manchen einzelnen Darlegungen zugestimmt werden kann — so der Ablehnung sowohl der Rehmischen Auffassung über den Grund des Disagiokontos als der Behandlung der transitorischen und der Antizipationskonten als besondere Art von Kosten —, so bringt doch im ganzen die Arbeit die Probleme der Lehre von der Bilanzfähigkeit nicht zur Lösung.

N. Dr. Weit Simon, Berlin.

Dr. jur. Alex Schottland, Frankenthal (Pfalz): Die außergerichtliche Treuhandliquidation. Chsenfurt a. M. 1932. Buchdruckerei Fritz u. Rappert.

Die Fragen des außergerichtlichen Vergleichs werden, stets unter dem Gesichtspunkt des Liquidationsvergleichs, übersichtlich und vollständig behandelt. Die Ergebnisse der Literatur und Rechtsprechung sind durchweg ausgiebig verwertet, so daß die Arbeit einen guten Überblick über die in Betracht kommenden Fragen bietet und die Bearbeitung von Streitfragen für den Praktiker vielfach erleichtert, da ja nur wenige zusammenfassende Arbeiten auf diesem Gebiet vorhanden sind. Die Arbeit ist durchweg flüssig geschrieben und angenehm zu lesen.

An Einzelheiten ist auf folgendes hinzuweisen: Auf S. 51, 94 vertritt der Verf. — im Gegensatz zur Meinung des RG. — unter Anziehung des neueren Materials den Standpunkt, daß die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger beim außergerichtlichen Vergleich notwendig sei. Für den außergerichtlichen Liquidationsvergleich mag dies zutreffen. Die allgemeine Schlussfolgerung auf alle außergerichtlichen Vergleiche scheint mir nicht begründet. — Auf S. 27 wird die Meinung vertreten, daß der Vergleichsvermittler sei auch als Treuhänder geeignet. Die Gründe scheinen aber wenig einleuchtend. Die Meinung der Praxis, die den Vergleichsvermittler als späteren Treuhänder regelmäßig ablehnt, erscheint rechtspolitisch wesentlich zweckmäßiger. — Die Ausführungen darüber, wann der Vergleich als zustande gekommen anzusehen ist (S. 37), finden ihre Ergänzung durch die Darlegung auf S. 56 f., daß der Vergleich Einstimmigkeit, Zustimmung sämtlicher Gläubiger erfordere. Zu welchen Schwierigkeiten diese Auffassung führt, ergibt sich daraus, daß, wenn eine Zustimmung sich nachträglich als nichtig zeigt (versteckte Geisteskrankheit; mangelnder Konsens; Irrtumsanfechtung usw.), nach der Meinung des Verf. der ganze Vergleich nachträglich hinfällig wird, eine Ansicht, die m. E. für die Praxis zu völlig unerträglichen Ergebnissen führen würde.

N. Dr. Hugo Emmerich, Frankfurt a. M.

Bernhard Blau, Rechtsanwalt am Kammergericht: Erleichterte Kapitalherabsetzung bei Gesellschaften m. b. H. 2., verb. und verm. Aufl. Köln. Verlag Dr. Otto Schmidt. 158 S.

Die Tatsache, daß wenige Monate nach dem Erscheinen der 1. Aufl. des Buches bereits eine 2. Aufl. notwendig wurde, beweist die praktische Wichtigkeit der erörterten Fragen und die praktische Brauchbarkeit ihrer Darstellung. Das Lob, das Hachenburg: JW. 1932, 1722 der 1. Aufl. spendet hat, gilt auch für die neue. Sie ist wesentlich erweitert und berücksichtigt insbes. das seither ersichtene Schrifttum. Außerdem ist in einem Anhang die Umwandlung der AktG. in eine GmbH., insbes. in Verbindung mit einer erleichterten Kapitalherabsetzung, behandelt.

Wenn auch die Frist für die Kapitalherabsetzung in erleichteter

Form am 31. Dez. 1932 abgelaufen ist, so sind die lehrreichen Ausführungen des Verf. doch auch heute noch für die Beurteilung zahlreicher Streitigkeiten von Wert.

D. S.

**Rechtsanwalt Dr. Wilhelm Thiele und Fritz Maerder: Kapital—Wahrheit.** Ein Vorschlag zur Reform der Firmen-Eintragung. Berlin 1932. Verlag Martin & Junke. Preis 2 *R.M.*

Unter dem Titel „Kapital-Wahrheit, ein Vorschlag zur Reform der Firmen-Eintragung“ macht und begründet *R.M.* und Notar Dr. Wilhelm Thiele in Berlin auf 24 Druckseiten den Vorschlag, jede Vollkaufmann, gleichviel ob er nach § 1 oder nach § 2 HGB, seine Firma zur Eintragung in das Handelsregister anmeldet, ebenso jede OHG, jede KommGes. und jede GmbH, solle vor Eintragung der Firma verpflichtet sein, den Besitz eines ausreichenden Gewerbetapitals durch das Zeugnis eines öffentlich bestellten Wirtschaftsprüfers nachzuweisen. In einem Nachwort von weiteren acht Druckseiten befürwortet Fritz Maerder, öffentlich bestellter Wirtschaftsprüfer in Berlin, diese Maßnahme. Beide Schriftsteller schlagen weiter vor, die Geschäftsführer einer GmbH, sollten verpflichtet sein, bei dem Registergericht alljährlich schriftliche Anzeigen über das vorhandene Stammkapital, Veränderungen der Sacheinlagen und etwa vorhandene Reste noch ausstehender Geldeinlagen einzureichen, und zwar ebenfalls mit der Bescheinigung eines öffentlich bestellten Wirtschaftsprüfers. Alle diese Maßnahmen sollen hervorgetretenen Mißständen steuern, die Kreditwürdigkeit der eingetragenen Firmen nach Möglichkeit sicherstellen, und namentlich verhindern, daß kaufmännische Unternehmungen auf einer von vornherein kranken Grundlage errichtet werden.

Ich trage Bedenken, den gemachten Vorschlägen zuzustimmen, so interessant mir auch diese und ihre Begründung waren. Einerseits halte ich sie nicht für durchschlagend. Ein kaufmännisches Geschäft kann mit ausreichendem Kapital gegründet sein und doch — z. B. durch einen unerwarteten Preissturz (man denke an manche große und solide Holzhandlung, die vor zwei Jahren den blitzartigen ungeheuren Rückgang der Holzpreise nicht zu überstehen vermochte) oder durch Verluste bei plötzlich zahlungsunfähig gewordenen alten Kunden (dies gerade jetzt in unserer Krisenzeit häufig) — in Zahlungsschwierigkeiten geraten. Andererseits gibt es viele vollkaufmännische Unternehmungen, auch solche nach § 2 HGB. (vgl. Staub-Bondt § 2 Anm. 5 f. und § 4 Anm. 17 f.), die ohne erhebliches Betriebskapital auskommen können; man denke z. B. an Kommissionäre, an große Vermietungs- oder Patentbüros. Und was insbes. die GmbH. anbetrifft, so beruht fast immer deren Kreditwürdigkeit ohne Rücksicht auf das Eigenkapital der einzelnen GmbH. auf der Kreditwürdigkeit ihrer Gesellschafter. Wenigstens gewähren nach meinen Erfahrungen Banken oder Lieferanten fast niemals einer GmbH. Kredit, ohne sich vorher über die Zahlungsfähigkeit der Gesellschafter zu unterrichten und, dafern diese genügt, von ihnen eine selbstschuldnerische Bürgschaft zu verlangen.

Aus diesen Gründen möchte ich für meine Person die gemachten Vorschläge ablehnen. Ich meine auch, daß der Verkehr nicht allzusehr bebormundet werden darf, und daß man in Krisenzeiten wie die unsere den Kaufmann nicht noch mit neuen, auch mit Geldausgaben verbundenen Lasten beschweren sollte.

Bemerken will ich noch, daß der von Thiele auf Seite 9 erwähnte Gerichtsgebrauch, von jedem, der eine Firma zur Eintragung in das Handelsregister anmeldet, die Ausfüllung eines fünfzehn Fragen umfassenden Fragebogens zu verlangen, wohl nur ein bei dem AG. Berlin-Mitte eingeführter, vielleicht ganz zweckmäßiger Gebrauch ist, aber nicht etwa eine allgemeine Übung aller deutschen Registergerichte, nicht einmal eine solche der größeren, darstellt. Bei dem AG. Dresden z. B. ist dieser Gebrauch nicht bekannt.

Geh. *R.A.* Dr. Felix Bondi, Dresden.

**Dr. Richard Rosendorff, Rechtsanwalt und Notar in Berlin: Konzern-Dämmerung?** Die Konzerne im Zeichen der Wirtschaftskrise und die Stellung des Gesetzgebers zu ihnen (Italien, Großbritannien, Deutschland, Vereinigte Staaten von Amerika). Abdruck eines am 26. Oktober 1932 im Basler Juristenverein in Basel gehaltenen Vortrags. Zürich. Drell Füßli Verlag. 29 Seiten. Preis 1,80 Fr., 1,45 *R.M.*

**Dr. Karl Rüter: Die Staatsaufsicht über die preussischen Industrie- und Handelskammern.** Eine staatsrechtliche, verwaltungsrechtliche und rechtspolitische Untersuchung. Mit

einem Geleitwort von Dr. jur. Hermann Mirbt, Prof. a. d. Universität Göttingen. Berlin 1933. Carl Heymanns Verlag. Preis 7 *R.M.*

Der Verf. hat mit streng wissenschaftlicher Methodik ein bisher wenig durchforschtes Gebiet, das doch in unserer Verwaltungs- und Wirtschaftsordnung eine beträchtliche Wichtigkeit besitzt, unter staatsrechtlich, verwaltungsrechtlichen und rechtspolitischen Gesichtspunkten untersucht. Einer vollständigen Aufweisung der im Thema enthaltenen Problematik folgen die Darstellung der geschichtlichen Entwicklung der Staatsaufsicht über die Kammern — dabei von großem allgemeinem Interesse das Kapitel „Fürst Bismarck und die preuß. Handelskammern“ —, die Übersicht über das geltende Kammeraufsichtsrecht, sowie dessen Anwendung auf wirtschafts- und rechtspolitische Tages- und Zukunftsprobleme. Die Reichhaltigkeit der von dem Verf. benutzten Literatur und seine fast übermäßige Gewissenhaftigkeit in deren Zitierung dürfen nicht darüber täuschen, daß er seine Aufgabe durchaus originell aufsaßt und löst. Er knüpft überall an die konkreten Verhältnisse an und ist darauf bedacht, zu zweckmäßigen Ergebnissen zu gelangen, wobei er einer Überspannung der Staatsaufsicht abgeneigt ist und für die Kammern das formale und materielle Prüfungsrecht gegenüber den Aufsichtsmassnahmen in Anspruch nimmt. Von dem Mute seiner Überzeugung spricht u. a. die Entschiedenheit, mit der er die Pr. V. v. 1. April 1924 (die namentlich dem Minister die Befugnis zur Auflösung von Kammern zwecks organisatorischer Neugestaltung zuerteilte) für verfassungswidrig und nichtig, und deshalb auch den § 7 der 2. Pr. Spar. V. v. 23. Dez. 1931, der den noch in ersterer enthaltenen Schutz der in Zweckverbänden zusammengeschlossenen Kammern vor Auflösung außer Kraft setzt, für „gegenstandslos“ erklärt. Ob seine Begründung hierfür, trotz aller Sorgfalt, zwingend ist, erscheint mir zweifelhaft. Ich stehe, abweichend von ihm, auf dem Standpunkt, daß eine anderweite Abgrenzung der Kammerbezirke in Preußen unter durchgängiger Bildung leistungsfähiger Kammern zur besseren Aufgabenerfüllung und aus finanziellen Gründen längst erforderlich war und durch die Nachkriegsereignisse dringlich geworden ist. Daß sie, infolge örtlicher und persönlicher Schwierigkeiten, der freiwilligen Entschließung allein nicht überlassen werden kann, und daß ebensowenig für alle Einzelfälle der umständliche Weg der Gesetzgebung geeignet ist, lehrt die Erfahrung. Ich verweise dieserhalb auf den seinerzeit von mir verfaßten Bericht über die Beratungen des Landtagsausschusses für Handel und Gewerbe über den (nicht zur Verabschiedung gelangten) Sydow'schen Entwurf einer Novelle zum Handelskammergesetz (1916—1918). Die Vorschläge Rüter's de lege ferenda leiden denn auch darunter, daß er die Frage, wie eine sachlich gebotene Zusammenlegung oder sonstige Bezirksänderung mangels Übereinkommens der beteiligten Kammern zu bewirken ist, offen läßt. Davon abgesehen pflichte ich seinen Gedanken de lege ferenda bei, freilich ohne hier eine Dringlichkeit anzuerkennen, da sich die Unklarheiten über die Rechtsnatur der Kammern (Behörden?) und Umfang und Inhalt der Staatsaufsicht, deren Klärung der Verf. fordert, in der Praxis ziemlich selten löbend bemerkbar machen. Alles in allem stimme ich dem Göttinger Juristen Prof. Dr. Mirbt zu, der sein Geleitwort zu der Arbeit seines Fakultätsassistenten schreibt: „Man darf es begrüßen, daß diese Untersuchungen nicht in dem Massenrausch der Jur.-Dissertationen beigelegt sind, sondern im Buchhandel erscheinen.“

Shnd. d. Ind.- u. Hand.-Kammer Dr. Oscar Meyer, Berlin.

**Dr. Karl-Heinz Spielmann: Die Rechtsnatur und Behandlung der Inhaberpapierobligationen.** Marburg 1932. F. W. Kalbfeisch, Gelnhausen. 54 S. Preis 1,75 *R.M.*

**Reichsbahnat Dr. jur. Mantch, Reg. R. a. D.: Die Reichsbahn-Emissionen (Vorzugsaktien und Obligationen).** Berlin 1932. Verlag: Verkehrswissenschaftl. Lehrmittelges. m. b. H. bei der Deutschen Reichsbahn, W 9, Poststr. 6. 125 Seiten. Preis 2,50 *R.M.*

**Dr. jur. Bruno Freyher: Die Vergleichsverfahren über das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft und der persönlich haftenden Gesellschafter.** (§§ 89 und 90 B.D.) Stettin 1932. Dittsee-Druck- und Verlags-Alt.-Ges. 107 S. Preis 3 *R.M.*

**Das Getreidelagergesetz, erl. v. Ernst Leffmann und Nikolaus Pennemann.** Berlin 1931. Georg Stilke. 101 S. Preis 3 *R.M.*

Dieser Band von Stilles Rechtsbibliothek enthält nach einleitenden Ausführungen über die wirtschaftliche Bedeutung der

W.D. v. 6. Aug. 1931 einen Abdruck dieser W.D. und der W.D. v. 28. Aug. 1931 mit der Lagerordnung und sämtlichen Formularen, sodann deren Kommentierung. Was die Verf. hier geben, geht nicht sehr erheblich über eine Paraphrasierung des Textes der W.D. hinaus unter Heranziehung nahegelegener Bestimmungen des HGB. und des FGG. Dagegen ist z. B. an dem Begriff der Obliegenheit (LagerW. § 3) ebenso vorübergegangen wie an dem des Berechtigten in § 5, wo in den Anmerkungen vom „Einlagerer bzw. Berechtigten“ ohne Erläuterung gesprochen wird. Immerhin hätte eine gründlichere Überarbeitung erfolgen können. Dabei wäre wohl die eigenartige Erscheinung des „Konossementslagerscheines“ (S. 58) verschwunden, ebenso zwecklose Wiederholungen (z. B. 57 Z. 5 f. v. u. mit 58, Z. 16 v. u.), vor allem auch manche schiefe oder unverständliche Formulierung. Es ist nicht deutsch, zu sagen, daß als „Lagerungsart... nur ein Lagerhaus“ in Frage komme (S. 58). Was soll es heißen, daß der Lagerhalter „gegenständlich nicht belastet

werden“ kann, „sofern nicht zusätzliche Vereinbarungen getroffen worden sind“ (S. 60)? Wenn eine Erhöhung der Verpflichtungen des Lagerhalters durch Vereinbarung möglich ist, ist unklar, inwiefern keine weitere gegenständliche Belastung möglich ist. Was heißt „Regelung der Lagerhausgesetze“ im FGG. (S. 49)? Was bedeutet S. 51 der Satz „Die Erklärung schließt die gesetzliche Fiktionswirkung aus“? Warum ist dauernd von einem Getreidelager die Rede?

Unangenehm berührt die Tendenz, Raum zu verbrauchen. Schon in der Einleitung steht Überflüssiges, wie z. B. die Lagerhausbeschreibung S. 20 ff. Durchaus unnötig ist bei der Kürze der Anmerkungen der zweimalige Abdruck des Textes, also S. 25—40. Noch mehr ist es die bei fast allen Paragraphen auftretende Übersicht über den „Inhalt der Anmerkungen“, die unmittelbar darauf in Fettdruck wiederholt wird.

Prof. Dr. v. Sch w e r i n, Freiburg i. Br.

## Rechtssprechung.

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 Rechtsanwältinnen beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Dr. Kurlbaum, Justizrat Dr. Schrömbgens und Huber.

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

#### I. Handelsgesellschaften.

##### 1. Offene Handelsgesellschaft.

1. § 30 HGB.; § 28 Abs. 2, 3 FGG. Die Frage der Verwechslungsfähigkeit zweier Firmen ist nach tatsächlichen Gesichtspunkten zu beantworten. Die weitere Beschwerde gegen die sie verneinende Entsch. des BeschwG. kann nicht dem RG. vorgelegt werden, weil das DLG. ohne Abweichung in den rechtlichen Ausgangspunkten die Entsch. eines anderen DLG. für falsch hält.

In das Handelsregister des AG. ist am 17. März 1932 antragsgemäß die Firma A. Lübb. & Co. in H. eingetragen worden. Der Registerrichter hat es abgelehnt, auf den von der älteren, im gleichen Handelsregister eingetragenen, ebenfalls in H. ansässigen Firma A. Lübb. & Co. eingelegten Widerspruch gegen diese Eintragung wegen angeblich nicht deutlicher Unterscheidbarkeit der neu eingetragenen Firma von der ihrigen an demselben Orte bereits bestehenden, einzugehen und hat die widersprechende Firma A. Lübb. & Co. entsprechend beschieden. Wegen diese Verfügung hat die letztgenannte Firma die ihr gem. § 20 FGG. zustehende Beschw. eingelegt mit der Begr., daß sie durch die ablehnende Verfügung des Registerrichters wegen der außerordentlichen Verwechslungsgefahr beider Firmen in ihren Rechten beeinträchtigt sei (Staub-Bondi, Anm. 4 Abs. 2 zu § 14 und Anm. 13 zu § 30 HGB., Koeninge-Reichmann-Koehler, 3. Aufl., Anm. 4 zu § 8 HGB.). Diese Beschw. hat das LG. durch den Beschl. vom 8. Juli 1932 als unbegründet zurückgewiesen jedenfalls dem Sinne nach, indem es seine durch den Zwischenbescheid vom 27. Mai 1932 erlassene Verfügung, daß es die Eintragung zu löschen beabsichtige und der eingetragenen Firma eine Frist von zwei Wochen zur Geltendmachung eines Widerspruchs gem. § 142 Abs. 2 FGG. stelle, auf den daraufhin fristgemäß von der eingetragenen Firma erhobenen Widerspruch aufgehoben hat. Das LG. ist der Ansicht, daß das in § 30 Abs. 1 HGB. aufgestellte Erfordernis deutlicher Unterscheidung jeder neuen Firma von allen in demselben Ortsbezirk bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen hier erfüllt sei. A. Lübb. & Co. hat weitere Beschw. beim DLG. eingelegt.

Der Standpunkt des letzteren, daß es sich hier nicht um eine weitere, sondern um eine erste Beschw. gegen eine erst-

instanzliche Verfügung des LG. handle, ist nach dem vorstehend wiedergegebenen Verlauf unrichtig. Er würde übrigens, falls er zuträfe, die Unzulässigkeit der vom DLG. beschlossenen Vorlegung der Sache an das RG. gem. § 28 Abs. 2 FGG. zur Folge haben, da diese Vorschr. unmittelbare Anwendung findet nur auf Fälle, in denen die DLG. als weitere Beschw. Inst. mit einer der in § 1 FGG. bezeichneten Anlässen sich zu befassen haben. Nur wenn es sich um die Anfechtung einer einen Widerspruch (gem. § 142 Abs. 2 FGG.) gegen die beabsichtigte Löschung zurückweisenden Verfügung des LG. handeln würde, würde die Beschw. hiergegen nach der ausdrücklichen Best. des § 143 Abs. 2 FGG. an das DLG. als erste, und zwar als sofortige anzusehen sein mit der Maßgabe, daß die Vorschr. des § 28 Abs. 2, 3 FGG. zur entsprechenden Anwendung kommen und die weitere Beschw. ausgeschlossen ist. Hier handelt es sich aber nicht um eine den Widerspruch der eingetragenen Firma gegen ihre Löschung zurückweisende, sondern im Gegenteil um eine diesem Widerspruch stattgebende Verfügung des LG. (Beschl. v. 8. Juli 1932).

Danach liegt eine weitere Beschw. an das DLG. vor, auf die an sich § 28 Abs. 2 und 3 FGG., falls ihre Voraussetzungen gegeben sein sollten, Anwendung fänden.

Das ist hier jedoch nicht der Fall. Es handelt sich hier nicht um die Entsch. über eine Rechtsfrage durch ein anderes DLG. in dem Fall des § 28 Abs. 2 FGG., von der das DLG. abweichen möchte. Es führt in dem Vorlegungsbeschl. aus, daß es die weitere Beschw. als unbegründet zurückweisen möchte wegen der seiner Ansicht nach vorhandenen hinreichend deutlichen Unterscheidbarkeit der beiden fraglichen Firmenbezeichnungen, daß es sich aber für behindert ansehe an dem Erlass eines entsprechenden Beschlusses durch eine auf weitere Beschw. ergangene, bei Goldschmidt: ZSR. 46, 471 allerdings ohne Wiedergabe der Begr. genannten Entsch. des DLG. Dresden, welches deutliche Unterscheidbarkeit der Firma G. Mei. & Co. einerseits und der Firma G. Men. & Co. andererseits verneint habe. Selbst wenn bei dieser Entsch. — so führt das DLG. in seinem Vorlegungsbeschl. weiter aus — der Gesichtspunkt der Maßgeblichkeit örtlichen (sächsischen) Sprachgebrauchs und Dialekts eine wesentliche Rolle gespielt haben sollte, so seien doch Schriftbilder und Wortklang der Namen in dem vorliegenden Falle, in dem jetzt streitigen Falle andererseits im Wesen derart übereinstimmend, daß Bejahung deutlicher Unterscheidbarkeit in dem jeweiligen Falle in der Praxis der Gerichte und des Handelsverkehrs als Widerspruch gegenüber der Dresdner Entsch. i. S. des § 28 FGG. empfunden werden könne und werde, zumal die Frage, inwieweit auch ortsfremde Dialekte in Fällen des § 30 HGB. zu berücksichtigen seien, soweit ersichtlich, in der reichsgerichtlichen Rspr. eine Klärung noch nicht gefunden habe.

Diese Ausführungen des DLG. sind in keiner Weise geeignet, die Anwendbarkeit des § 28 Abs. 2 und 3 FGG. auf

den vorl. Fall zu begründen. Die Beurteilung der Frage, ob eine neue in das Handelsregister eingetragene Firma, hier A. Lübb. & Co. in S., sich entsprechend der Vorschr. des § 30 Abs. 1 HGB. genügend deutlich von einer älteren eingetragenen dortigen Firma, hier A. Lübb. & Co. in S., unterscheidet, ist genau so, wie es für das Verhältnis der Firmenbezeichnungen G. Mei. & Co. in D. und G. Meu. & Co. in D. der Fall ist, Gegenstand rein tatsächlicher Beurteilung. Zweck der Vorschr. des § 30 Abs. 1 a. a. D. wie aller Best. des HGB. über das Firmenrecht ist einerseits Regelung des ausschließlichen subjektiven Rechts an der Firma als an einem Unterscheidungszeichen, andererseits Schutz der Interessen des Publikums und des Verkehrs (Urt. des erf. Sen. v. 14. März 1911 in RG. 75, 370 ff.). Das sind die rechtlichen Ausgangspunkte, die für die Prüfung der Frage der deutlichen Unterscheidbarkeit mehrerer Firmen innerhalb desselben Ortsbezirks maßgebend sind. Von diesen rechtlichen Grundsätzen ausgehend aber sind der Registerrichter und die ihm übergeordneten Instanzen in der Würdigung der für die Prüfung und Entsch. der Frage in Betracht kommenden Umstände frei. Dafür, daß das DLG. Dresden in der vom DLG. aus Goldschmidt a. a. D. angeführten Entsch. jene Rechtsgrundsätze verlegt haben und — wie weiter erforderlich wäre — deshalb zu einer nach Ansicht des DLG. unrichtigen Entsch. im Falle G. Mei. & Co. und G. Meu. & Co. gelangt sein sollte, fehlt es an jedem Anhalt. Das DLG. gibt auch selbst gar nicht an, inwiefern das DLG. Dresden jene Rechtsgrundsätze in seiner genannten Entsch. verlegt haben sollte. Das DLG. kennt sogar die Begr. der Dresdner Entsch. überhaupt nicht, denn es betont ausdrücklich, daß es von dieser „allerdings ohne Wiedergabe der Begr.“ Kenntnis erhalten habe. Dann kann es auch eine Beobachtung „einheitlicher Rechtsgrundsätze“, die — wie auch die obigen Darlegungen ergeben — selbstverständlich erforderlich ist, in der Dresdner Entsch. nicht vermissen nur deshalb, weil es mit dem dortigen Ergebnis nicht einverstanden ist. Daß das bei ordnungsmäßiger Würdigung aller für die Entsch. in Betracht kommenden Umstände trotz Beobachtung der oben erwähnten Rechtsgrundsätze gefundene Ergebnis in Fällen dieser Art nicht immer gleich sein kann, ist selbstverständlich. Es ist abhängig von dem jeweils angelegten Maßstab der nach dem persönlichen Empfinden und der sich daraus ergebenden richterlichen Überzeugung geforderten größeren oder geringeren Stärke der Unterschiede in Firmenbezeichnungen, um das gesetzliche Erfordernis deutlicher Unterscheidbarkeit als gegeben anzusehen. Verschiedenheit der Einstellung der Richter auf diesem Gebiet ist durchaus keine Seltenheit, wie dem Senat aus der Rspr. auf dem nahe liegenden Gebiet der Verwechslungsgefahr im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht bekannt ist. Auch dort handelt es sich um das Ergebnis rein tatsächlicher Würdigung, die allerdings — ebenso wie hier — von zutreffenden rechtlichen Ausgangspunkten aus zu geschehen hat, und die nur bei offensichtlicher Verkennung der letzteren als rechtsirrig anzusehen ist, wie der Senat in ständiger Rspr. entschieden hat. — Auch die vom DLG. berührte Frage der Berücksichtigung eines Dialekts und der dadurch beeinflussten Aussprache von Worten in gewissen Gebieten Deutschlands fällt ganz in das Gebiet tatsächlicher Würdigung.

(Beschl. v. 28. Okt. 1932; B 19/32 II. — Hamburg.)  
[Ru.]

2. §§ 133, 140 HGB. Die Entmündigung eines Gesellschafters wegen Geisteskrankheit bildet keinen wichtigen Grund zu dessen Ausschließung aus der Gesellschaft, wenn die Gesellschaft von vornherein keinen besonderen Wert auf dessen kaufmännische Betätigung gelegt haben. †)

Der VerR. verneint das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Wenn auch nach dem Vertrage mit der persön-

lichen Mitarbeit des Bevl. im Geschäftsbetriebe der Gesellschaft gerechnet worden sei, so sei doch schon bei Vertragschluß die Möglichkeit ins Auge gefaßt worden, daß seine Mitarbeit künftig weg falle. Der Bevl. habe sich schon vor und bei Vertragschluß in anormalem Geisteszustand befunden, wenn er auch noch nicht geschäftsunfähig gewesen sei. Dies sei den Mitgesellschaftern entweder schon bei Vertragschluß oder doch schon in der ersten Zeit des Geschäftsbetriebes bekannt gewesen. Die Tätigkeit des Bevl. habe für sie offenbar keine Rolle gespielt, für sie sei es in der Hauptsache auf das Kapital, den Namen des Bevl. und seine Patente angekommen. Eine wesentliche Änderung in seinem Zustande sei auch nicht eingetreten. Er sei heute noch in der Lage, die chemischen Arbeiten auszuführen. Selbst wenn er hierzu nicht mehr in der Lage sein sollte, könne hieraus kein wichtiger Grund entnommen werden, weil die übrigen Gesellschafter von Anfang an auf seine Tätigkeit nur untergeordneten Wert gelegt haben. Aber auch der Umstand, daß der Bevl. am 16. Aug. 1928 wegen Geisteskrankheit entmündigt wurde, könne bei Würdigung der besonderen Verhältnisse nicht als ein wichtiger Grund zur Auflösung der Gesellschaft angesehen werden.

Die Rev. glaubt, das BG. verkenne die Bedeutung der Entmündigung für die Beurteilung der Vertrauenswürdigkeit der Gesellschaft durch deren Geschäftsfreunde und besonders deren Gläubiger.

Der Angriff ist nicht begründet. Zwar ist der Rev. zuzugeben, daß es einen Unterschied ausmacht, ob ein Gesellschafter nur durch körperliche oder geistige Krankheit an der persönlichen Mitarbeit im Geschäftsbetriebe der Gesellschaft verhindert ist, oder ob er durch Gerichtsbeschluß an der Verfügung über sein Vermögen verhindert ist. Das BG. verkennt aber auch nicht, daß die Entmündigung einen wichtigen Grund i. S. des § 133 HGB. darstellen kann. Es verneint nur, daß im vorl. Falle die Entmündigung einen solchen Grund darstellt, weil der Bevl. sich nie um die geschäftlichen, kaufmännischen Angelegenheiten gekümmert, nach außen auch nicht für die Gesellschaft aufgetreten ist, und weil es deshalb im Geschäftsverkehr der Gesellschaft mit Dritten nicht zutage treten wird, daß der Bevl. entmündigt und durch einen Vormund vertreten ist. Diese Erwägungen des BG. liegen auf tatsächlichem Gebiet. Sie lassen nicht erkennen, daß das BG. bei seiner Entsch. von einem Rechtsirrtum über den Begriff des wichtigen Grundes ausgegangen ist. Dem BG. ist auch darin beizutreten, daß dem Bevl. durch die Entmündigung es gerade unmöglich gemacht ist, die Gesellschaft durch rechtsgeschäftliche Erklärungen zu belasten. Auch Vorgänge wie die Anfechtung der Zwangsvergleichsbestätigung, bei der es sich um eine außerordentliche Lage handelte, können sich nach der Entmündigung des Bevl. nicht wiederholen. Da also künftig für Geschäftsfreunde und Gläubiger aus dem Geisteszustand des Bevl. sich keine Unzutraglichkeiten mehr ergeben werden, ist nicht ersichtlich, warum sich diese Kreise künftig von dem Geschäftsverkehr mit der Gesellschaft, wenn dieser in ihrem Interesse liegt, abhalten lassen sollten. Auch die Tatsache, daß der Verkehr zwischen der Gesellschaft und dem Bevl. künftig durch dessen Vormund zu führen ist und daß — doch nur in festesten Fällen — eine Mitwirkung des VormGer. erforderlich ist, bietet bei dem verhältnismäßig geringen Umfang des Unternehmens keine so besondere Erschwerung, daß darin ein wichtiger Grund zur Ausschließung gefunden werden müßte. Zutreffend hebt das BG. auch hervor, daß es sich bei der Ausschließung um eine außerordentliche, den Ausschließenden im Gegensatz zur Auflösung hart treffende Maßnahme handelt. Bei ihrer Anwendung ist daher besondere Zurückhaltung zu üben, insbes. wenn die zur Begr. des Antrages verwendete Tatsache, wie vorliegend, in einer Krankheit des Ausschließenden, nicht aber auf seinem Verschulden beruht. Die Ausnahmestellung der Maßregel gebietet aber

kennen, daß die Ausschließung des erkrankten Gesellschafters für diesen eine Härte darstellt. Allein, wie man die Interessen auch abwägt, es muß davor gewarnt werden, aus dem obigen Urte. einen allgemeinen Rechtsatz abzuleiten. Dafür ist er viel zu individuell gelagert.

FR. Dr. Friedrich Goldschmidt II, München.

auch, von ihr nur dann Gebrauch zu machen, wenn die etwa drohenden Nachteile nicht auf anderem Wege beseitigt werden können. Im vorl. Falle könnten aber dem Bekl. die Vorteile des Fortbestehens seiner Gesellschaftsstellung gewahrt werden, wenn er durch Änderung des Gesellschaftsvertrages von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen würde, oder wenn im Falle seiner Weigerung das gleiche Ergebnis durch einen Antrag auf gerichtliche Entsch. nach §§ 117, 127, 161 HGB. herbeigeführt werden würde. Daß dieser Weg nicht gangbar ist, ist nicht dargetan, vielmehr hat der Bekl. sich bereit erklärt, auf Teilnahme an der Geschäftsführung zu verzichten. War eine Lösung der Schwierigkeiten durch Ausscheiden des Bekl. aus der Geschäftsführung und der Vertretung der Gesellschaft möglich, so würde auch damit der Verkehr mit der Vormünderin des Bekl. so eingeschränkt, daß dadurch eine wesentliche Erschwerung der Geschäftsführung der Gesellschaft beseitigt wurde, selbst wenn wegen bestimmter Eigenschaften der Vormünderin eine solche Erschwerung bestand. Sollten sich auch nach Ausscheiden des Bekl. aus der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft durch das Verhalten der Vormünderin noch erhebliche Schwierigkeiten für die Geschäftsführung ergeben, so kann beim VormGer. die Bestellung eines anderen Vormundes angeregt werden. Solange auf diesem Wege Abhilfe geschaffen werden kann, ist für die Ausschließung mit ihren für den Bekl. nachteiligen Folgen kein Raum.

(U. v. 3. Juni 1932; 429/31 II. — Karlsruhe.) [Ru.]

## 2. Aktiengesellschaft.

3. §§ 305, 306 HGB.; TarSt. 1 und 7b Pr-StempStG.; § 84 KapVerfStG. Gibt eine AktG. alte Aktien, die sie erworben hat, in Zahlung, um ein Werk von einer anderen AktG. zu übernehmen, so liegt nicht ein Gesellschaftsvertrag, sondern ein Umsatzgeschäft vor, das dem Urkundenstempel unterliegt.

Die Ligawerke AktG., die nach § 3 ihrer Satzungen ein Fabrikations- und ein Handelsunternehmen waren, beabsichtigten im März 1930 ihren Fabrikationsbetrieb aufzugeben und nur das Handelsunternehmen fortzuführen. Durch privatschriftlichen Vertr. v. 1./3. März 1930 übertrugen sie „zum Zwecke des Zusammenschlusses wirtschaftlich gleichartiger Betriebe“ ihren gesamten Fabrikationsbetrieb und ihre gesamten Fabrikationsanlagen einschließlich Grundstücke, Gebäude und Maschinen, sowie die mit dem bisherigen Grundstücksbesitz und Fabrikationsbetrieb im Zusammenhang stehenden Aktiven und Passiven auf die Kl. In § 5 des Vertr. verpflichteten sie sich, ihre bisherige Fabrikation nicht wieder aufzunehmen und für den Fall, daß sie sich auflösen sollten, das Recht zur Fortführung der Firma auf die Kl. zu übertragen. Für den Überschuß der Aktiven über die Passiven im Betrage von 8841,58 RM sowie für die Übertragung gewisser Schutzrechte und die in § 5 erwähnte bedingte Verpflichtung zur Übertragung der Firma gewährte ihnen die Kl. nom. 10 000 RM eigene alte Aktien, die bereits ausgegeben gewesen und von der Kl. zurück erworben waren.

Der Bekl. vertritt die Auffassung, daß der Vertr. v. 1./3. März 1930 nach TarSt. 1 (1) und TarSt. 7 (1) b Pr-StempStG. zu versteuern sei, während die Kl. davon ausgeht, daß die Anwendbarkeit dieser Best. ausgeschlossen sei, weil es sich um einen Gesellschaftsvertrag handle, den das KapVerfStG. der landesgesetzlichen Besteuerung entzogen habe. Der VerR. hat sich der Auffassung des Bekl. angeschlossen.

Die Rev. rügt Verletzung des materiellen Rechts, insbes. des § 84 KapVerfStG. und des § 2 FinAusglG. Die Rev. ist nicht begründet.

Nach § 2 FinAusglG. schließt die Inanspruchnahme von Steuern für das Reich die Erhebung gleichartiger Steuern durch die Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände) aus, wenn nicht reichsgesetzlich etwas anderes vorgeschrieben ist. Im § 84 Abs. 1 KapVerfStG. ist bestimmt, daß i. S. des FinAusglG. als Steuern, die den durch das KapVerfStG. geregelten Steuern gleichartig seien, insbes. Steuern gelten, die sich beziehen auf:

a) Gesellschaftsverträge und Rechtsvorgänge, auf denen die in Teil I des Ges. genannten Gesellschaftsrechte beruhen. ...

In § 84 Abs. 2 a. a. O. ist bestimmt, daß, soweit das KapVerfStG. Rechtsvorgänge der Besteuerung unterwerfe, auch die Besteuerung der über die Rechtsvorgänge errichteten Urkunden durch die Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände) ausgeschlossen sei.

Da es sich bei der Ausgabe bereits ausgegeben gewesener Aktien nicht um einen Rechtsvorgang handelt, auf dem die in Teil I des Ges. genannten Gesellschaftsrechte beruhen, so hängt die Entsch. davon ab, ob der Vertr. v. 1./3. März 1930 ein Gesellschaftsvertrag ist. Dies würde im Anschluß an die bisherige Rsp. R. G. 124, 279 (302 ff.); 129, 312 ff.); R. Urt. v. 5. April 1932, VII 430/31<sup>1</sup>) anzunehmen sein, wenn es sich bei ihm um eine Vollverschmelzung von Kapitalgesellschaften, sei es mit, sei es ohne Kapitalerhöhung der aufnehmenden Gesellschaft handelte, denn derartige Vollverschmelzungen gehören dem Sondergebiete des Gesellschaftsrechts (§§ 305, 306 HGB.) an und sind mithin in privatrechtlicher Hinsicht auch dann Gesellschaftsverträge, wenn das Grundkapital der aufnehmenden Gesellschaft sich nicht ändert (a. M. R. G. 28, 42 [45]). Um eine solche Vollverschmelzung handelt es sich hier nicht, denn die Kl. hat nur gewisse Teile des Vermögens der Ligawerke übernommen und ihr dafür eigene alte Aktien gewährt, die bereits ausgegeben gewesen und von ihr zurück erworben waren. Ein solcher Vertrag gehört nicht wie die Vollverschmelzung dem in §§ 305, 306 HGB. geregelten Sondergebiete des Gesellschaftsrechts an, sondern ist grundsätzlich ein gewöhnliches Umsatzgeschäft. Auf ihn trifft der Grundgedanke des Gesellschaftssteuerrechts nicht zu. Dieser Grundgedanke ist der, daß die Vermögensübertragung für die Gesellschaft eine reine Vermögensvermehrung, für den Gesellschafter aber keine Vermögensminderung bedeutet, da er ja gleichzeitig Gesellschafter wird. Im Falle, daß die aufnehmende AktG. alte Aktien, die sie erworben hat und die ihr nicht etwa als Vorratsaktien noch zur Verfügung stehen oder ihr von befreundeter Seite unentgeltlich oder zu ermäßigtem Preise überlassen sind, in Zahlung gibt, um ein Werk von einer anderen AktG. zu übernehmen, wird ihr Gesellschaftsvermögen zwar umgesetzt, aber nicht vermehrt, wobei der etwaige Handelsverdienst bei dem Umsatzgeschäft nicht in Betracht kommt. Da hier somit ein gewöhnliches Handelsgeschäft vorliegt, bei dem Leistungen getauscht werden und Gewinn oder Verlust gemacht wird, so ist kein Grund ersichtlich, bei seiner Beurteilung den preuß. Abtretungsstempel und den preuß. Kaufvertragsstempel auszuschließen. Für diese Auffassung spricht, daß § 84 Abs. 1 KapVerfStG. bezweckt, die gesamten Vorverhandlungen, die einem gesellschaftssteuerpflichtigen Erwerb vorangehen, von jeder anderen gleichartigen Besteuerung durch die Länder und Gemeinden zu befreien. Aus diesem Grunde sind in § 84 Abs. 1 a KapVerfStG. die Gesellschaftsverträge erwähnt, weil sie dem gesellschaftssteuerpflichtigen Erwerb regelmäßig vorangehen. Der Grund des Gesetzes trifft aber nicht zu, wenn ihnen ein reichssteuerpflichtiger Erwerb nicht nachfolgt, und zwar nicht etwa ausnahmsweise im Wege der Befreiung, sondern nach dem grundsätzlichen Aufbau der Gesellschaftssteuer in §§ 6 und 9 des Ges. Hier den Landesurkundenstempel auszuschließen, erscheint sachlich nicht gerechtfertigt. Nur wenn es sich wirklich um Gesellschaftsverträge i. S. des bürgerlichen Rechts und der §§ 305, 306 HGB. handelt, greift das Verbot seiner Erhebung trotzdem ein. Soweit dies nicht der Fall ist, steht der Erhebung ein rechtliches Hindernis nicht im Wege.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus dem damals noch in Geltung befindlichen StMildG. v. 31. März 1926. § 8 dieses Ges. sah bei Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften i. S. des § 12 KapVerfStG. und bei Sanierungen i. S. des § 13 zu b, c KapVerfStG. eine Ermäßigung der Gesellschaftssteuer auf 1% und eine Ermäßigung der Grunderwerbsteuer auf 1/2% sowie das Verbot der Zu-

<sup>1</sup>) JZ. 1929, 2134.

<sup>2</sup>) JZ. 1931, 56.

<sup>3</sup>) JZ. 1932, 2542.

schläge zur Grunderwerbsteuer und der Wertzuwachssteuer vor. § 9 des Ges. enthielt folgende Bestimmung:

„Werden gleichartige oder wirtschaftlich zusammengehörige Betriebe mehrerer Unternehmungen zusammengefaßt, ohne daß die Voraussetzungen des § 8 vorliegen, so kann diese Vorschr. auf Antrag für anwendbar erklärt werden

3. auf die Übernahme eines Betriebs durch eine Kapitalgesellschaft, wenn als Entgelt Gesellschaftsrechte der aufnehmenden Gesellschaft gewährt werden, diese Gesellschaft ihr Kapital aber nicht erhöht.“

Wie der Bericht des 6. Ausschusses des R. (Druck. des R. Bd. 407 Nr. 2210 S. 13 ff.) ergibt, wurde bei der Beratung des Gesetzes Klage darüber geführt, daß die zur Zeit bestehende steuerliche Belastung Betriebszusammenschlüsse geradezu unmöglich mache und daß dies weniger auf die Höhe der Gesellschaftssteuer als auf die der Grunderwerbsteuer zurückzuführen sei, die sich dadurch um so höher auswirke, als sie nicht vom Nettowert, sondern vom Bruttowert der Grundstücke erhoben werde. War es danach im wesentlichen die Höhe der Grunderwerbsteuer, die zur Einfügung des § 9 Nr. 3 in den Entw. des Gesetzes führte, um Betriebszusammenschlüsse zu erleichtern, so ist aus der Tendenz des StMdB. allein kein hinreichender Grund für die Annahme herzuleiten, der Gesetzgeber habe grundsätzlich alle Betriebszusammenschlüsse als Gesellschaftsverträge i. S. des § 84 Abs. 1 a KapVerfStG. kennzeichnen wollen, auch wenn sie es rechtlich nicht sind, und damit die Erhebung des Landesurfundstempels bei ihnen allgemein ausschließen wollen. Hiergegen spricht, daß § 9 lediglich eine Ermäßigung der Gesellschaftssteuer vorsieht, also insoweit einen Fall voraussetzt, in dem sie zu erheben ist. Ein solcher Fall wäre auch bei bloßen Betriebszusammenschlüssen denkbar, er liegt hier aber nicht vor und ist auch nicht aus dem Konkurrenzverbot zu entnehmen. Die in RG. 129, 312 ff.<sup>4)</sup> getroffene Entsch. steht nicht entgegen, da sie den Fall einer Vollfusion betrifft.

(U. v. 8. Nov. 1932; 266/32 VII. — Telle.) [Ru.]

### 3. GmbH.

4. §§ 16 Abs. 3, 46 Nr. 2 GmbHG.; § 242 BGB.

1. Auch bei Erwerb eines Geschäftsanteils im Wege der Sicherungsübereignung haftet der Erwerber neben dem Veräußerer für die auf den Geschäftsanteil rückständigen Leistungen.

2. Ein Gesellschafterbeschluß zur Einforderung von Resteinzahlungen auf die Stammeinlage (§ 46 Nr. 2 GmbHG.) ist entbehrlich, wenn die Einzahlung im Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist oder wenn bei der Einmangengesellschaft der Gesellschafter sich formlos mit der Zahlung einverstanden erklärt.

3. Ist bei der Einmangengesellschaft die Einlage schuld des Gesellschafters in den Gesellschaftsbüchern als vollgetilgt verbucht worden, so kann sich der Gesellschafter gegenüber der Einforderung nicht auf die Scheinnatur dieser Buchungen berufen.<sup>4)</sup>

Der Kl. hat den Geschäftsanteil von 4500 RM von der Firma P. sicherungshalber für seine Ansprüche an sie ab-

<sup>4)</sup> JW. 1931, 56.

Zu 4. I. Nach § 16 Abs. 3 GmbHG. haftet der Erwerber eines Geschäftsanteils neben dem Veräußerer für die zur Zeit der Anmeldung des Übergangs des Geschäftsanteils auf diesen rückständigen Leistungen. Dieser Satz gilt nach obiger Entsch. auch für den Fall der Sicherungsübereignung. RG. 131, 146 = JW. 1931, 796 habe eine besonders geartete Sachlage vorgefunden, die eine Ausnahme von dem allgemeingültigen Grundsatz gestattete. Gewiß handelte es sich hierbei um einen ungewöhnlichen Tatbestand. Es hatte nämlich der Erwerber des Geschäftsanteils Geldmittel zur Sanierung der Gesellschaft zur Verfügung gestellt. In dem hierüber auch mit der Gesellschaft abgeschlossenen Vertrag wurden dem Dritten gleichzeitig Geschäftsanteile des Geschäftsführers der GmbH. neben Werten, die im

getreten erhalten. Es handelt sich nicht um eine bloße Verpfändung, sondern eine Sicherungsübereignung, und zwar eine solche gewöhnlicher Art; dieselbe war auch nicht etwa aufschiebend bedingt. Die Abtretung ist der Befl. angemeldet, von ihren Geschäftsführern dementsprechend in der dem Regiſterrecht eingereichten Gesellschafterliste der Kl. mit diesem Geschäftsanteil als Gesellschafter aufgeführt und so auch bei den späteren Listeneinreichungen bis zur Kaduzierung des Anteils weitergeführt worden. Bei der Abtretung selbst war die Befl. GmbH., von der Erteilung ihrer satzungsmäßig erforderlichen Genehmigung zu der Anteilsveräußerung abgesehen, in keiner Weise beteiligt; es handelt sich vielmehr lediglich um ein zwischen dem Kl. und der Firma P. als der bisherigen Gesellschafterin abgeschlossenes Rechtsgeschäft. Mit Recht stellt sich der Vorderrichter bei dieser Sachlage auf den Standpunkt, daß im Verhältnis zu der Befl. der Kl. vollberechtigter, aber auch vollverantwortlicher Gesellschafter der Befl. geworden ist und ihr insbes. gem. § 16 Abs. 3 GmbHG. für etwaige Einlagerückstände auf diesen Geschäftsanteil neben dem Veräußerer haftet. Der Sachverhalt ist hier ein wesentlich anderer, als er RG. 131, 146 = JW. 1931, 796, 1963 zugrunde liegt. Ausgehend gerade von dem Grundsatz, daß § 16 Abs. 3 GmbHG. auch für den Erwerb durch Sicherungsübereignung gilt, hat der Sen. dort eine Ausnahme von dieser Regel nur im Hinblick auf die in jenem Ur. des näheren hervorgehobenen besonderen Tatumstände anerkannt. Solche Umstände liegen aber nicht vor. Deshalb muß es bei der Regel des § 16 Abs. 3 GmbHG. sein Bewenden haben.

Der VerK. läßt dahingestellt, ob der Geschäftsanteil des Kl. voll einbezahlt war oder nicht, ob ferner die an ihn ergangene Zahlungsaufforderung etwa gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter verstoßen hat. Er ist vielmehr der Ansicht, daß, auch wenn die Einlage auf den Geschäftsanteil des Kl. nicht voll geleistet gewesen wäre, die Kaduzierung dieses Anteils, deren Einleitung und Durchführung als solche Sache des Geschäftsführers war, um dessen Willen ungültig sein würde, weil es zur Einforderung des etwa noch ausstehenden Einlagebetrags in erster Linie eines Beschl. der Gesellschafterversammlung bedurft hätte. Denn nach der Satzung sei nur ein Viertel der Stammeinlage zur sofortigen Einzahlung fällig gewesen; bzgl. der übrigen drei Viertel sei weder das gleiche bestimmt noch seien Einzahlungstermine festgesetzt oder die Einforderung den Geschäftsführern überlassen; deshalb habe es hierzu nach § 46 Nr. 2 GmbHG. eines Beschl. der Gesellschafter bedurft; daran fehle es hier; der Auffassung der Befl., ein solcher Beschl. sei nicht nötig gewesen, weil P. i. J. 1927 als allein vertretungsberechtigter Geschäftsführer der Befl. und gleichzeitiger Inhaber der Firma P., der damaligen einzigen Gesellschafterin der Befl., durch die Buchungen über die Vollerzahlung des Geschäftsanteils seine Willensentschließung auf Einforderung solcher hinreichend deutlich bekundet habe, könne nicht beigegeben werden; gewiß habe P. als „Vertreter“ der damaligen einzigen Gesellschafterin der Befl. nicht eine besondere Gesellschafterversammlung abhalten müssen, um über die Einforderung der Einlagerückstände zu beschließen; die Kundgebung seines Entschlusses, daß die Einlage zu leisten sei, habe genügt; aber auch an ihr ermangle es. Denn, wenn P. durch falsche Buchungen ohne wirkliche Zahlungslieferung den bloßen Eindruck habe erwecken wollen, als sei der Geschäftsanteil voll einbezahlt, so sei in diesem Verhalten der Wille, es solle tatsächlich einbezahlt werden, gerade nicht ausgedrückt;

Eigentum der Gesellschaft standen, zur Sicherung seiner Ansprüche aus dem Finanzierungsvertrage übertragen. Es widerspricht, sagt das RG., der treuen Auslegung des Finanzierungsvertrages, daß die Leistungspflicht des Erwerbers der Geschäftsanteile den Inhalt des Vertrages überschreitet und daß dem Erwerber neue weitere Verpflichtungen in Gestalt von Einlagezahlungen erwachsen. Die Tatsache, daß der Erwerber zwar nach außen als Vollgesellschafter erscheine, im Innenverhältnis aber auf Grund des auch mit der Gesellschaft abgeschlossenen Finanzierungsvertrages nur nach dessen Inhalt berechtigt und verpflichtet sei, kann nach dem RG. jedermann mit Erfolg entgegengehalten werden, insbes. demjenigen, der den Anspruch der Gesellschaft auf Vollerzahlung gepfändet hat.

Aus diesen Darlegungen folgert Bing: JW. 1931, 796, daß § 16 Abs. 3 GmbHG. auf den Fall der Sicherungsübereignung grund-

das gleiche gelte, wenn die von dem Kl. über die fraglichen Buchungen gegebene Darstellung richtig sei. Nach der Behauptung der Bekl. habe der Gesellschafter B. am 12. Dez. 1930 die am ursprünglich „Wilhelmischen“ Geschäftsanteil noch „fehlenden 375 RM“ einbezahlt; das weise daraufhin, daß er einem Gesellschafterbeschuß auf Vollenziehung wahrscheinlich zugestimmt haben würde; er allein habe aber die Fähigkeit, wie zu unterstellen, auf den Geschäftsanteil des Kl. noch ausstehenden 75% des Einlagebetrags nicht herbeiführen können; Kl. habe das Recht gehabt, über die Einforderung mitabzustimmen; das Stimmrechtsverbot des § 47 Abs. 4 GmbHG. habe dem nicht im Wege gestanden; auf alle Fälle habe dem Kl. Gelegenheit gegeben werden müssen, in einer Gesellschafterversammlung seinen Standpunkt darzulegen; das habe ihm bei der Zweifelhaftheit der Frage, ob sein Geschäftsanteil nicht schon voll einbezahlt gewesen sei, erst recht nicht verweigert werden dürfen. Demgemäß habe der Geschäftsführer der Bekl., wenn je auf den Anteil von 4500 RM überhaupt noch nichts einbezahlt gewesen sei, nur die Einzahlung bis zu einem Viertel fordern können; insoweit habe indessen Kl. seiner etwaigen Einzahlungspflicht durch Übersendung dieses Betrags genügt, im übrigen sei das Einzahlungsverlangen des Geschäftsführers unberechtigt gewesen und deshalb auch die Reduzierung des Anteils des Kl. zu Unrecht geschehen und wirkungslos; Kl. sei mithin noch Gesellschafter der Bekl., als solcher hätte er zu der Gesellschafterversammlung v. 7. Jan. 1931 eingeladen werden müssen; das sei nicht geschehen; die damals gefaßten Beschl. seien daher nichtig, woran auch die nachfolgende Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister nichts geändert habe.

Die Rev. rügt Verletzung der §§ 21, 46, 47 ff. GmbHG.

a) Sie macht zunächst geltend, die Auffassung des Verf. führe zu dem „sonderbaren“ Ergebnis, daß Kl. vermöge seiner Stimmenmacht es in der Hand gehabt hätte und noch in der Hand haben würde, in der Gesellschafterversammlung zu beschließen, seine Stammeinlage solle nicht eingezahlt werden;

säglich keine Anwendung finde; vor allem auch deshalb, weil wirtschaftlich gesehen die Sicherungsübereignung sich der Verpfändung nähere, der Pfandgläubiger aber haftet unbeschränktermaßen nicht für die Einlagefalschuld.

Entgegengesetzt argumentiert Flechtheim: JW. 1931, 1963. Er erhebt schon Bedenken gegen die Würdigung des Sachverhaltes in RG. 131, 146 = JW. 1931, 796. Keinesfalls aber sei der Schluß gerechtfertigt, daß der Sicherungserwerber eines Geschäftsanteils ganz allgemein von der Haftung nach § 16 Abs. 3 GmbHG. befreit sei. Diesen Satz billigt nun das RG. in obiger Entsch. ausdrücklich.

Entscheidend ist Flechtheim die Vorschr. des § 19 Abs. 2 Satz 1: „Die Stammeinlagen können den Gesellschaftern außer im Falle einer Herabsetzung des Stammkapitals weder erlassen noch gestundet werden“, eine Bestimmung, die zweifellos zwingendes Recht ist.

Allein mit diesem Hinweis wird die aufgeworfene Frage nicht gelöst. Ihre Beantwortung hängt vielmehr davon ab, ob dem Erwerber Einreden aus dem Kaufgeschäft zur Verfügung stehen. Das RG. überieht in obigem Ur., daß sich frühere Erkenntnisse bereits in bejahendem Sinne ausgesprochen haben und zwischen der ursprünglichen Beteiligung und dem abgeleiteten Erwerb eines Geschäftsanteils unterscheiden. Der 3. Sen. faßt in RG. 79, 182 zusammen, was der 1. Sen. in DZ. 1897, 385, der 2. Sen. in RG. 68, 312 = JW. 1908, 469 und in RG. 76, 312 erklärt haben, indem hier ausgeführt wird:

„Die Verpflichtung der Geschäftsgründer entsteht durch eine abstrakte Beteiligungserklärung, deren ausschließliche Maßgeblichkeit und objektive Endgültigkeit, als einer zur öffentlichen Kenntnis bestimmten Kundgebung, durch das öffentliche Interesse geboten wird. Die Haftung des späteren Erwerbers aber tritt zu der durch den Gründungsakt für die Aufbringung des Stammkapitals geschaffenen Sicherheit hinzu, weil der ursprüngliche Gesellschafter sich durch eine Veräußerung seines Geschäftsanteiles von seiner Einlagepflicht nicht befreien kann. Die Befreiung des späteren Erwerbers von seiner Haftung erschüttert also nicht die ursprüngliche Grundlage der Gesellschaft, sie verursacht nicht eine Abschwächung der der Gesellschaft bei ihrer Entstehung unabänderlich mitgegebenen Sicherheit für die Aufbringung des Stammkapitals. Bereits RG.: DZ. 1897, 385 hat die Verschiedenheit der Rechtslagen klargestellt und daraus den Schluß gezogen: „es erscheint nicht gerechtfertigt, dem Erwerber eines Geschäftsanteils gegenüber der Einzahlungsklage Einreden zu verfangen, die nicht durch die ausdrücklichen Vorschr. des Gesetzes, § 19, ausgeschlossen sind, insbef. also auch Einreden, die aus dem Rechtsgeschäfte hergeleitet sind, das dem Erwerber zugrunde lag“. In den bezeichneten drei Ur. hatte es sich um Aufsehung des Erwerbs eines Geschäfts-

das würde eine Umgehung des Ges. ermöglichen und sei daher unzulässig; wenn, wie im vorl. Fall, von vornherein feststehe, daß der Gesellschafter, dem „fast die ganze Gesellschaft gehöre“, nicht zahlen wolle und trotz mehrfacher Mahnung nicht zahle, dann sei die Herbeiführung eines Gesellschafterversammlungsbeschl. zur Frage der Einforderung der Einlagerückstände nicht nur nicht nötig, sondern „sinnlos“. Dem kann indessen nicht beigetreten werden. Gewiß ist richtig, von dem Verf. aber auch nicht verkannt, daß es eines Beschl. der Gesellschafterversammlung auf Einforderung von noch ausstehenden Stammeinlagen dann nicht bedarf, wenn in der Satzung von vornherein die sofortige Vollenziehung bedungen oder im voraus der Termin für deren Leistung festgelegt und herangefommen oder endlich die Einforderung dem Geschäftsführer oder einem anderen Geschäftsorgan als der Gesellschafterversammlung überlassen ist (f. a. JW. 1915, 1957; RG. 65, 432 ff.; 76, 438<sup>1)</sup>). Dann wäre, nebenbei bemerkt, auch für einen späteren Beschl. der Gesellschafter auf Stundung der Einlagerückstände kein Raum (f. a. SeuffArch. 74 Nr. 13). Denn ein solcher Beschl. würde gegen die zwingende Vorschr. des § 19 Abs. 2 GmbHG. verstoßen. Wo aber der Gesellschaftsvertrag eine derartige Regelung der Einzahlungs-pflicht über das gesetzliche Viertel (§§ 7 Abs. 2, 57 Abs. 3 GmbHG.) hinaus nicht enthält, bedarf es allerdings bei einer Mehrzahl von Gesellschaftern eines Beschl. der Gesellschafter, daß weitere Einzahlungen eingefordert werden sollen (§ 46 Nr. 2 GmbHG.) und eine ohne solchen Beschl. erfolgte Zahlungsaufforderung seitens des Geschäftsführers ist wirkungslos (f. a. Brodmann, GmbHG. § 46 Anm. 3a und Ur. des Sen. v. 7. Nov. 1916, II 246/16). Bei der Beschl. fassung über die Einforderung sind die hiervon etwa mitbetroffenen Gesellschafter stimmberechtigt (f. a. JW. 1915, 195<sup>2)</sup>). Scheitert die Einforderung an deren Stimmen, so kann dies für die übrigen Gesellschafter u. U. einen Grund für eine Auflösungsklage abgeben (§ 61 GmbHG.). Im Liquidations- und Konkursfall der GmbH. gilt allerdings § 46

anteils wegen Irrtums und wegen arglistiger Täuschung gehandelt. Wenn aber für Willensmängel auf das Kaufale, dem Erwerber zugrunde liegende Rechtsgeschäft zurückgegangen werden darf und muß, so ergibt sich folgerichtig das Zurückgreifen auf das Kaufgeschäft in seiner Gesamtheit als zulässig und notwendig, falls und soweit nach allgemeinen Grundsätzen (RG. 57, 95; 69, 16; 70, 89 = JW. 1909, 45) Zusammenhang und Einheitlichkeit von Kaufgeschäft und binglicher Verfügung (Abtretung) abzunehmen sind. Es kommt dann auf die Rechtsgültigkeit und auf den gesamten Inhalt des Kaufgeschäfts an. Darum hat schon RG. 76, 311 den Erwerb eines Geschäftsanteils einer GmbH. für nichtig erklärt, weil die davon untrennbare (§ 139 BGB.) kausale Rückkaufnebenabrede wegen mangelnder Form ungültig war. Und darum eben spricht das oben angezogene Ur. v. 7. Juli 1897 ganz allgemein aus, daß dem Erwerber eines Geschäftsanteiles gegenüber der Einzahlungsklage die aus dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte hergeleiteten Einreden zustehen.“

Diesen Darlegungen dürfte beizupflichten sein; daraus ergibt sich aber die Ablehnung des oben aufgestellten allgemeinen Rechtsatzes. Eine Verletzung des § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. liegt nicht vor. Denn dem Gesellschafter wird die geschuldete Stammeinlage weder erlassen noch gestundet, da er auf Grund des Kaufgeschäftes eben nichts schuldet. Zu dem gleichen Ergebnisse gelangen Sachenburg-Bing-Schmidt § 16 GmbHG. Anm. 26; Schoiz § 16 GmbHG. Anm. VI, 7; Krakenberg § 16 GmbHG. Anm. 4.

II. Die Einforderung von Einzahlungen auf die Stammeinlagen erfolgt nach § 46 Nr. 2 GmbHG. durch Gesellschafterbeschl. Diese Best. ist gem. § 45 GmbHG. nachgiebiger Natur. Der Geschäftsvertrag kann die Einforderung z. B. dem Geschäftsführer, dem Aufsichtsrat, einem Verwaltungsrat übertragen; hierüber besteht kein Streit. Es wird auch nicht dagegen einzumenden sein, wenn einem geschäftsfremden Dritten das Recht zur Einforderung eingeräumt wird. Aber auch der Geschäftsvertrag selbst kann sofortige Vollzahlung oder feste Zahlungstermine anordnen. Dann erübrigt sich ein Beschl. Es wird irrigerweise ein Beschl. für erforderlich gehalten, so muß den Gesellschaftern bei einem solch überfälligen Beschl. in gleicher Weise das Stimmrecht gewährt werden wie bei einem notwendigen Beschl. (RG.: JW. 1915, 196).

Eine derartige Satzungsbestimmung verstößt nicht gegen das Stundungsverbot des § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Denn Stundung setzt eine einziehungsfähige Forderung voraus.

Der in dem Geschäftsvertrag festgesetzte Termin kann aber

<sup>1)</sup> JW. 1911, 825.

Nr. 2 GmbHG. nicht. Vielmehr sind Liquidator und Konkursverwalter, soweit es für die Abwicklungszwecke erforderlich ist, ohne weiteres auch zur Einforderung von Einlagerückständen befugt. Gewiß hätte hiernach K., solange die Gesellschaft nicht aufgelöst war, unter der Voraussetzung, daß das Statut über die Fälligkeit der restlichen drei Viertel der Stammeinlagen nichts bestimmte, das Zustandekommen eines Einforderungsbefehls mit seinen Stimmen verhindern können. Dies wäre anders nur dann, wenn eine solche Stimmrechtsausübung gegen § 226 BGB. verstoßen hätte. Daran vermag auch der Hinweis auf § 21 Abs. 2 GmbHG. nichts zu ändern. Das Ges. schreibt zwingend eben nur die sofortige Einzahlung eines Viertels der Stammeinlage vor und überläßt es hinsichtlich der übrigen drei Viertel der Satzung bzw. der Gesellschaftsverammlung, solange die Gesellschaft nicht aufgelöst ist, Best. über die Fälligkeit zu treffen.

b) Die Rev. meint weiter, daß, wenn im Gesellschaftsvertrag einer GmbH. „Barzahlung“ der Stammeinlagen bedungen sei, dies nach der allg. Verkehrsauffassung bedeute, daß die Einlagen sofort zu leisten seien, und zwar in voller Höhe; solle etwas anderes gelten, so müsse dies ausdrücklich in der Satzung festgelegt sein; im Gesellschaftsvertrag der Bekl. sei aber von vornherein „Vollzahlung der Stammeinlagen“ vereinbart. Letzteres ist nicht richtig, wenn damit behauptet werden will, daß nach der Satzung die Stammeinlagen als von vornherein durch sofortige Volleinzahlung zu bedende ins Leben gerufen worden seien. Davon enthält die Satzung der Bekl. kein Wort. In Betracht kommt darin der § 3 des Statuts. Er befaßt sich in S. 1 mit der Höhe des Stammkapitals, in S. 2 mit dem Betrag der von jedem Gesellschafter zu leistenden Stammeinlagen und prüft damit die in § 3 Nr. 3 u. 4 GmbHG. vorgeschriebenen Festsetzungen. Dann folgt in S. 3 die Klausel, daß die Gesellschafter sich verpflichten, ein Viertel der von ihnen übernommenen Einlagen vor Eintragung der Gesellschaft „bar einzulegen“. Wie es sich mit der Fälligkeit der restlichen drei Viertel verhalten soll, befaßt die Satzung nicht; darüber kann insbes. auch nichts aus S. 2 entnommen werden, dessen Bedeutung sich

nicht, wie Feine, Die GmbH.: Ehrenbergs Hdb. III, 3 S. 296 und Brodmann § 19 GmbHG. Anm. 2e gegen Hachenburg-Wing-Schmidt § 19 GmbHG. N. 13; Scholz § 19 GmbHG. Anm. 4; Reukamp-Becker § 19 GmbHG. Anm. 2; Liebmann-Sänger, GmbHG. Anm. 5b meinen, jederzeit durch Beschluß umgestoßen werden. Ein solcher Beschluß enthält eine Satzungsänderung und bedarf der Beachtung der hierfür getroffenen Vorschriften. Umgekehrt kann der im Gesellschaftsvertrag bestimmte Einzahlungstermin nicht durch späteren Beschluß erstreckt werden, da er das zwingende Stundungsverbot des § 19 Abs. 2 GmbHG. verletzen würde; das hebt auch die obige Entsch. hervor.

Regelt die Satzung die Einzahlungspflicht nicht und überträgt sie die Einforderung nicht einer anderen Stelle, so ist jede Einforderung ohne vorgängigen Gesellschafterbeschluß wirkungslos und rechtfertigt nicht die Ausschließung des Gesellschafters.

Aber auch in diesem Falle ist ein Gesellschafterbeschluß nicht erforderlich für den Liquidator und für den Konkursverwalter; dieselben sind ohne weiteres soweit zur Einforderung berechtigt, als dies der Liquidations- oder Konkurszweck bedingt. Aus dem Wesen der Auflösung der GmbH. folgt, daß der Liquidator oder Konkursverwalter die Gesellschaftsorgane verdrängen, wo immer dieselben ihren Aufgabenkreis stören können. Mit der h. M. ist gegen Brodmann § 63 GmbHG. Anm. 2a, Scholz § 63 GmbHG. Anm. V, 1, Rospat: ZentrBlzN. 1932, 40 dem Konkursverwalter nicht die Befugnis zuzugestehen, vorzeitig die Einlagen einzufordern. Für die abgelehnte Rechtsmeinung fehlt es an der gesetzlichen Grundlage. Auch sonstige Ansprüche der Gesellschaft oder eines anderen Gemeinschuldners werden ja durch die Konkursöffnung nicht fällig.

III. Darüber, daß der Gesellschafter bei der Einforderung von Einlagen mitbestimmen kann, besteht Meinungsverschiedenheit nicht. Diese Stimmabgabe wird nicht von dem Verbote des § 47 GmbHG. getroffen. Das RG. läßt entsprechend seiner bisherigen Stellungnahme nur eine den Tatbestand des § 226 BGB. erfüllende Stimmangabe nicht zu. Bereitet ein Gesellschafter durch seine Stimme die Einforderung, so kann dies allerdings die Auslösungsklage nach § 61 GmbHG. rechtfertigen.

IV. Zustimmen ist dem RG. auch darin, daß mit dem Begriff der Geldeinzahlung weder das Gesetz noch die Verkehrsauffassung die sofortige Fälligkeit der Einlagenschuld verbinde. Verlangt der Gesellschaftsvertrag Barleistung der Geldeinzahlung, so ist damit nur die Zah-

lung der Festsatzung der Beteiligung der einzelnen Gesellschafter an der Aufbringung des Stammkapitals durch Geldeinzahlung erschöpft. Mit dem Begriff der Geldeinzahlung verbindet sodann weder das Ges., noch die Verkehrsauffassung eine sofortige Zahlungspflicht und von einer Verpflichtung zur „Barleistung“ ist eben nur hinsichtlich des gesetzlichen Pflichteinzahlungsviertels die Rede. Die Rechtslage ist mithin in Wahrheit die, daß die Satzung darüber, wann die Gesellschafter die restlichen drei Viertel ihrer Einlagen zu leisten haben, nichts enthält. Dann bleibt es aber bei der gesetzlichen Regel, daß zur Einforderung weiterer Einzahlungen ein Gesellschafterbeschluß notwendig ist (§ 46 Nr. 2 GmbHG.). Gewiß ist diese Vorschr. nicht „zwingend“, sondern nur „dispositiv“ (§§ 45 Abs. 2, 46 GmbHG.). Aber als Dispositivvorschrift gilt sie eben insoweit und insoweit, als ihre Anwendung nicht unzweideutig in der Satzung wegbedungen ist.

c) Der weitere Angriff der Rev. richtet sich gegen die rechtliche Beurteilung, welche der Vorderrichter den Bucheintragungen bei der Bekl. über die Abdeckung der Rückstände auf die Stammeinlage von 4500 RM zuteil werden läßt. Insofern kann dem angef. Ur. nicht beigetreten werden. Zutreffend geht allerdings der VerR. davon aus, daß, wenn alle Geschäftsanteile in einer Hand vereinigt sind („Einmangegellschaft“), so, wie es i. J. 1927 bei der Bekl. der Fall war, es eines förmlichen Einzahlungsbeschlusses nicht bedürfte, vielmehr die dem Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber abgegebene Erklärung des Alleingehalters, die Einlage voll leisten zu wollen, genügt (s. a. Scholz, GmbHG. S. 402/63, Anm. III Abs. 2 zu § 46; Hachenburg § 46 Anm. 15). Eine solche Erklärung kann sodann nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend abgegeben werden und findet so unzweideutig an und für sich auch ihren Ausdruck darin, daß auf Veranlassung oder mit Wissen und Willen des Gesellschafters seine Einlagenschuld in den Büchern der Gesellschaft als vollgetilgt verbucht wird. Das will anscheinend auch der Vorderrichter annehmen. Er will aber dem Gesellschafter dann, wenn diese Buchung zu Unrecht erfolgt ist, gegenüber einer späteren Zahlungsanforderung der Gesellschaft

lung der gesetzlichen Mindesteinlage in bar ausgesprochen; über die Einforderungsmöglichkeit der weiteren Einlagenschuld ist nichts gesagt.

V. Das Schwergewicht der Entsch. liegt in ihrem letzten Teil, der ausspricht: Bei der Einmangegellschaft ist ein förmlicher Einforderungsbeschluß für die den Mindestbetrag übersteigende Einlage nicht nötig. Es genügt die ausdrückliche oder stillschweigend erklärte Zahlungsbereitschaft des Alleingehalters. Letztere Erklärung ist in der Tilgung der Einlagenschuld in den Geschäftsbüchern mit Wissen und Willen des Gesellschafters zu erblicken. Hiergegen werden Einwendungen nicht zu erheben sein.

Ist aber diese Erklärung und diese Buchung zum Schein erfolgt, so kann sich nach dem RG. weder der Gesellschafter noch sein Rechtsnachfolger auf diese Scheinvorgänge berufen. Nach § 117 Abs. 1 BGB. würde Nichtigkeit eintreten, wenn die Scheinerklärung mit dem Einverständnis des einforderungsberechtigten Gesellschafters erfolgt ist, also in erster Linie dann, wenn der Alleingehalter zugleich Geschäftsführer ist.

Jedenfalls sei die Berufung auf die Scheinerklärung nicht mehr zulässig, sagt das RG., wenn die Buchung einmal nach außen verlaublich sei. Denn die Frage, ob die Stammeinlage geleistet sei oder nicht, sei für die Gesellschaft, ihre Gläubiger und für die späteren Gesellschafter von größter Bedeutung.

Gegen diese Rechtsauffassung bestehen doch erhebliche Bedenken. Der Gedanke der Unangreifbarkeit der Beitrittsklärung zu einer GmbH. oder einer AktG. wird hier wohl überspitzt und auf ein Gebiet übertragen, für das der Gedanke nicht paßt. Denn mit der Erklärung der Zahlungsbereitschaft wird der Allgemeinheit gegenüber überhaupt keine Erklärung abgegeben. Mit dem zutreffenden Gesichtspunkte der Erklärung nach außen und der Verkehrssicherheit rechtfertigt man es, daß Willensmängel bei der Übernahme von Geschäftsanteilen oder Aktien entgegen dem allgemeinen bürgerlichen Rechte keine Berücksichtigung finden. Von einer Verlautbarung nach außen kann bei der Vornahme des Scheineintrags in die Bücher bei der GmbH. um so weniger die Rede sein, als die Bilanzen nicht veröffentlicht werden. Aberdies beseitigt doch die Scheinberufung nicht die Pflicht zur Zahlung der rückständigen Einlage. Die beiden Vorgänge — Scheinbereitschaft und Scheinbuchung — bilden zudem eine solche Einheit, daß man nicht die eine gelten und die andere nicht gelten lassen kann.

den Einwand verstaten, daß er in Wirklichkeit zur Leistung der Einlage nicht willens gewesen sei, es sich vielmehr nur um Scheinbuchungen und Scheinerklärungen gehandelt habe und es deshalb nach wie vor an seinem Einverständnis bzw. einem Gesellschafterbeschlusse auf Einforderung der Einlagerückstände fehle. Damit verkennt aber der Vorderrichter die Bedeutung und Tragweite der in Betracht kommenden Handlungen und Erklärungen. Die Frage, ob die Stammeinlagen voll geleistet sind oder nicht, ist für die Gesellschaft, ihre Gläubiger und spätere Gesellschafter von größter Bedeutung. Es wäre mit Treu und Glauben und den Interessen des redlichen Verkehrs, wie auch mit § 19 Abs. 2 GmbHG. unvereinbar, wenn einem Einmangengeschafter, mit dessen Wissen und Willen durch die entsprechenden Eintragungen in den Büchern der Gesellschaft der Anschein erweckt ist, als habe er die Leistung der Rückstände auf seine Stammeinlage gewollt und gemacht, das Recht zugebilligt würde, hinterher sich gegenüber dem Einzahlungsbegehren der Gesellschaft damit zu verteidigen, daß er in Wahrheit zur Einzahlung nicht willens gewesen bzw. es an einem Gesellschafterbeschlusse auf Einforderung seiner Einlage fehle. Davon kann jedenfalls, wenn die Buchungen einmal nach außen verlautbart sind, keine Rede mehr sein. An dieser Beurteilung vermag auch der Umstand, daß der betr. Gesellschafter zugleich Geschäftsführer der Gesellschaft war, nichts zu ändern. Konnte sich aber der Rechtsvorgänger des Kl. der Gesellschaft gegenüber auf das Fehlen eines „Einforderungsbeschlusses“ nicht berufen, so kann dies auch Kl. nicht tun, der für die Einlagerückstände ebenso haftet, wie sein Veräußerer.

(U. v. 18. Okt. 1932; 91/32 II. — Dresden.) [Ru.]  
 (= RG. 138, 106.)

**\*5.** §§ 45, 47, 52 GmbHG. Mehrere Vertreter eines Gesellschafters einer GmbH. können ihr Stimmrecht selbständig und mit verschiedenem Ergebnis ausüben, sofern nur mehrere Stimmrechte gegeben sind. In der Sitzung bestimmte Vertreter des Gesellschafters mit mehreren Stimmrechten müssen deshalb nicht ein besonderes Organ der Gesellschaft bilden, sondern stellen die Gesellschafterversammlung dar. Sie stehen in einem inneren Verhältnis nur zu dem Gesellschafter, den sie vertreten und sind nicht berechtigt, durch Beschlüsse sich selbst Vermögenvorteile zuzuwenden.

Die Kl. und die Gasgesellschaft, AktG. (GAG) haben unter der Firma Altmärkische Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke GmbH. (AGWE) ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen gegründet, dessen Gegenstand die Versorgung der Bevölkerung mit Gas, Elektrizität und Wasser usw. war; dasselbe sollte zu diesem Behuf die stadt-eigenen Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke betreiben. Das Stammkapital war auf 100 000 RM festgesetzt, wovon die Kl. 74 000 RM, die GAG 26 000 RM übernahmen. Unter Ziff. 6 des Gesellschaftsvertrags ist bestimmt: „Gesellschafterversammlung. Die Gesellschafter fassen ihre Beschlüsse in Gesellschafterversammlungen (G.V.). . . Die Gesellschafter entsenden in die G.V. 9 Vertreter; die Stadt ernannt 6, die GAG 3 Vertreter; gegenseitige Stellvertretung ist zulässig. Die Ernennung erfolgt auf Widerruf. . .“ In Ziff. 9 Abs. 2 heißt es, daß die G.V. beschlußfähig sei, wenn mindestens 7 Gesellschaftsvertreter anwesend oder vertreten seien; nach Abs. 4 daselbst bedürfen die Beschl. der G.V. der einfachen Mehrheit der anwesenden bzw. vertretenen Stimmen, soweit nicht Gesetz oder Satzung etwas anderes vorschreibt. In Ziff. 10 ist dann die Zuständigkeit der G.V. geregelt und deren Genehmigung auch weithin zu Maßnahmen der Geschäftsführung für erforderlich erklärt. Über eine Vergütung der Tätigkeit der Gesellschaftervertretung enthält die Satzung nichts. Die Kl. bestimmte als Gesellschaftervertreter neben ihrem Oberbürgermeister und einem besoldeten Magistratsmitglied 4 von der Stadtverordnetenversammlung gewählte Stadtverordnete, darunter den Vekl. Die Gesellschaftervertreter haben nun in einer G.V. vom Nov. 1925 beschlossen, daß an sie Vergütungen in Höhe von 10% der jährlichen Gesamtzuschüttungen der GmbH. an die Kl. und die

GAG. zu zahlen seien. Diese Ausschüttungen erschöpften sich nicht in dem zur Verteilung gelangenden Jahresreingewinn, sondern umfaßten auch weitere Zahlungen, welche die GmbH. an ihre Gesellschafter für gewisse besondere Leistungen zu machen hatte. Auf Grund jenes Beschl. hat der Vekl. von der GmbH. mindestens 13 000 RM bezogen. Die Kl., deren Organe, abgesehen von den 6 Gesellschaftsvertretern, erst i. J. 1929 von diesen Zahlungen etwas erfuhren, verlangt von dem Vekl. Herausgabe der 13 000 RM. Alle Instanzen haben verurteilt.

Der Vorderrichter ist zur Verurteilung nach dem Klageantrag gelangt auf Grund der Erwägung, daß Vekl. in der G.V. der AGWE. als „Vertreter“ der Kl. kraft deren Auftrags in Tätigkeit getreten und tätig gewesen sei. Aus diesem Auftragsverhältnis leitet der Vorderrichter unter Bezugnahme auf § 667 BGB. die Verpflichtung des Vekl. zur Herausgabe des aus der Geschäftsbeziehung Erlangten her, wozu er auch die dem Vekl. von der AGWE. bezahlte Vergütung für die Vertretertätigkeit rechnet. Weiterhin hat der Vorderrichter den Klageanspruch aber auch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Schadenersatzes wegen schuldhafter Verletzung der dem Vekl. aus dem Auftragsverhältnis der Kl. gegenüber obliegenden Vertragspflichten bejaht.

Die Rev. macht dem angef. Ur. in erster Linie zum Vorwurf, daß es die rechtliche Stellung des Vekl. als Gesellschaftervertreter so, wie sie sich aus der Satzung der GmbH. ergebe, verkenne und deshalb auch zu einer rechtlich verfehlten Verteilung der Rechtsbeziehungen der Parteien untereinander gelange. Nach Ansicht der Rev. sind die sog. „Gesellschaftervertreter“ nicht etwa Versammlungsbevollmächtigte des Gesellschafters, der sie berufen hat, sondern ernannte Mitglieder eines durch die Satzung geschaffenen besonderen Gesellschaftsorgans.

Dem kann nicht beigetreten werden.

Gewiß ist es rechtlich möglich, daß durch die Satzung ein Gesellschaftsorgan ins Leben gerufen wird, dem in weitem Umfang nicht nur Aufgaben und Befugnisse, die nach der gesetzlichen Regel der G.V. zustehen, sondern auch Obliegenheiten der Geschäftsführung überwiesen werden. § 45 GmbHG. gestattet insoweit der gesellschaftlichen Selbstverwaltung weithin freien Spielraum. Auch die Regelung der Zusammensetzung eines solchen besonderen Organs, die Ernennung und Abberufung seiner Mitglieder, die Verteilung und Ausübung des Stimmrechts derselben ist wiederum der satzungsmäßigen Regelung überlassen. Ob nun im vorl. Fall in dem bezeichneten Rahmen neben der G.V. ein weiteres besonderes Organ geschaffen wurde, ist eine Frage der Satzungslegung. Gegenstand der Auslegung ist die Satzung einer juristischen Person. Das RevG. ist deshalb an eigener freier Auslegung rechtlich nicht behindert. In der Satzung der AGWE. ist nun ausdrücklich jedenfalls nirgends von der Schaffung eines besonderen, neben und an die Stelle der G.V. tretenden Organs die Rede. Das einzige wirklich erhebliche Bedenken läßt sich denn auch nur aus der Stimmrechtsregelung in der „G.V.“ herleiten (Ziff. 6 und 10). Gewiß nicht deshalb, weil die Verteilung der Stimmenmacht abweichend von § 47 GmbHG. geregelt ist. Denn insoweit ist der gesellschaftlichen Autonomie wiederum von dem Gesetz freier Spielraum gelassen (§ 45 Abs. 2 GmbHG.). Es ist ferner unbedenklich für zulässig zu erachten, daß der Gesellschaftsvertrag die Vertretung eines Gesellschafters durch mehrere Bevollmächtigte gestatten kann. Gewiß kann alsdann, wenn dem Gesellschafter nur eine Stimme zusteht, mit ihr rechtswirksam auch nur von einem Bevollmächtigten abgestimmt werden. Hier sind aber der Kl. als der einen Gesellschafterin sechs und der GAG. als der anderen Gesellschafterin drei Stimmen zugewiesen. Aus Ziff. 9 Abs. 2 und 4 der Satzung ergibt sich nun mit aller Sicherheit, daß die Stimmen eines und desselben Gesellschafters nicht bloß einheitlich, sondern unter sich zwiespältig sollten abgegeben werden können. Darüber sind sich auch die Parteien einig. Weil eine solche uneinheitliche Stimmabgabe durch einen Gesellschafter unzulässig sei, folgert Brodmann (f. H.R.Vl. 1930, 267 ff. [269]), daß die „G.V.“ hier nur bestehen könne, wenn sie nicht das sein sollte, was das Gesetz unter diesem Ausdruck verstehe. Es ist richtig, daß, wenn sich unter der Be-

zeichnung „G.“ hier ein besonderes, durch die Satzung erst geschaffenes Organ bergen würde, irgendwelche Bedenken gegen eine solche verschiedene Stimmabgabe der von dem einen und anderen der Gesellschafter ernannten „Vertreter“ nicht erheben ließe. Die Rechtslage wäre insoweit grundsätzlich dann keine andere, als wenn es sich um die Abstimmung der Mitglieder eines durch die Satzung geschaffenen Aufsichtsrats handeln würde, die nicht von der G. gewählt, sondern satzungsgemäß von den einzelnen Gesellschaftern zu ihrem Amt berufen würden. Die Annahme eines solchen Sonderorgans würde aber, wie auch Brodman nicht verkennet, keineswegs eine restlose Lösung der hier auftauchenden Fragen bedeuten. Denn dann würde eben neben diesem Sonderorgan in Gestalt der von den Gesellschaftern selbst gebildeten „eigentlichen“ G. ein drittes Organ treten mit dem Aufgabenkreis, der zwingend von dem Gesetz dieser Versammlung ausschließlich vorbehalten ist, ein Organ, dem gerade einer der für die Belange der Gesellschafter allerwichtigsten Beschlußfassungsgegenstände, nämlich die Beschlußfassung über Satzungsänderungen, zukäme, und über die Verteilung der Stimmenmacht in dieser Versammlung würde es an aller und jeder satzungsmäßigen Regelung fehlen. Es würde daher insoweit bei der gesetzlichen Regel sein Bewenden haben. Wie schon in anderem Zusammenhang hervorgehoben, bietet aber der Inhalt der Satzung keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß die Gründer an ein solches drittes Gesellschaftsorgan auch nur gedacht haben. Abgesehen davon kann Brodman aber auch im Ausgangspunkt, daß nämlich die uneinheitliche Stimmabgabe eines Gesellschafters, der über mehrere Stimmen verfügt, schlechthin unzulässig sei, nicht beigetreten werden.

Der erf. Sen. hat allerdings in RG. 118, 67 ff.<sup>1)</sup> die Frage, ob ein Aktionär mit mehreren eigenen Aktien in der Generalversammlung nur einheitlich abstimmen könne, bejaht. Dies war auch die damals im Schrifttum weit überwiegende Ansicht; gegenteiliger Meinung waren Horrwitz, Recht der Generalversammlungen, S. 138/139; Bernicken: JW. 1926, 2881; Säger: JHR. 1927, 213 ff. Inzwischen ist dieses Rechtsproblem im Schrifttum weiter erörtert worden. So insbes. von Klaußing, Uneinheitliche Ausübung mehrerer Stimmen durch Einzelpersonen und Verbände. Er gelangt zu dem Ergebnis, daß eine uneinheitliche Abstimmung für Körperschaften und sonstige Verbandspersonen zuzulassen sei, wenn ausnahmsweise schutzwürdige Interessen an einer solchen Abstimmung bestünden, vorausgesetzt, daß es sich um eine mehrfache Beteiligung, nicht nur um mehrfaches Stimmrecht handle (s. z. B. 115). Im übrigen teilt er im Ergebnis die in RG. 118, 67 ff.<sup>2)</sup> vertretene Rechtsauffassung. Viel weiter als Klaußing geht Flechtheim: BankArch. 28, 418 ff. Er will, und zwar schlechthin jedem Aktionär oder Gesellschafter einer GmbH., auch wenn er nur über eine Aktie bzw. einen Geschäftsanteil verfügt, bei mehrfacher Stimmberechtigung die Möglichkeit uneinheitlicher Stimmabgabe zugestehen, und zwar gleichviel, ob im gegebenen Fall „ausnahmsweise“ schutzwürdige Interessen an einer solchen Abstimmung vorliegen (s. ferner Walter Horrwitz: JHR. 1930, 24 ff. und J. von Gierke, Handelsrecht, 3. Aufl., S. 335/336). Es ist nicht zu verkennen, daß durch diese Erörterungen manche beachtenswerte neue Gesichtspunkte herausgearbeitet worden sind. Insbes. ist zuzugeben, daß Fälle möglich sind, wo vernünftige und schutzwürdige Interessen sich für die Möglichkeit uneinheitlicher Stimmabgabe anführen lassen. Es braucht jedoch hier zu dem Problem als solchem und im allgemeinen nicht abschließend Stellung genommen zu werden. Es kann auch auf sich beruhen, wie es sich damit bei der AktG. verhält. Denn jetzt handelt es sich nicht um eine solche, sondern um eine GmbH. Gewiß wird auch bei ihr im Schrifttum noch überwiegend die Zulässigkeit uneinheitlicher Stimmabgabe durch einen Gesellschafter in der G. verneint (s. z. B. Hachenburg § 47 GmbHG., Anm. 5/6; Scholz a. a. O. Anm. II, 1 f. (S. 579); Brodman § 47 Anm. 1 d; Liebmann-Sänger § 47 Anm. 11; desgl. Neukamp-Becker § 47 Anm. 3; f. a. Säger: JHR. 1927, 216 letzter Absatz). Allein schon RG. 124, 371 ff.<sup>3)</sup> liegt eine andere

Auffassung zugrunde. Wenn ferner die Satzung einer GmbH. die Möglichkeit einer solchen uneinheitlichen Abstimmung ausdrücklich oder stillschweigend vorsieht und gestattet, so besteht vollends kein genügender Anlaß, einer solchen Stimmrechtsregelung die rechtliche Anerkennung zu versagen. Gerade auch in Absicht auf das Stimmrecht und dessen Ausübung ist von dem Gesetz bei der GmbH. der Satzung weitester Spielraum gelassen. Es ist sogar, und zwar überwiegend im Schrifttum, die Ansicht vertreten, daß Geschäftsanteile ohne Stimmrecht möglich seien (s. J. von Gierke, Handelsrecht, 3. Aufl., S. 424; Scholz § 47 Anm. II, 2; Hachenburg Anm. 7; ebenso Liebmann-Sänger Anm. 3). Es ist ferner jedenfalls möglich, daß im praktischen Ergebnis wenigstens derselbe Erfolg, nämlich die Möglichkeit solcher uneinheitlicher Stimmabgabe bei der GmbH. durch Schaffung eines besonderen Organs („Vertreterversammlung“) erreicht werden kann. Es ist endlich zuzugeben, daß gerade bei der GmbH. eine solche uneinheitliche Stimmabgabe durch die Interessenlage gerechtfertigt sein kann; so namentlich im Fall von Treuhandverhältnissen für mehrere Berechtigte. Dabei kann freilich die Zulassung einer derartigen Abstimmung nicht davon abhängig sein, daß auch noch im Einzelfall ein berechtigtes Interesse dargetan wird. Damit würde in das Abstimmungsverfahren, das klare und einfache Verhältnisse erheischt, ein unverträgliches Element der Unsicherheit und Ungewißheit getragen. Es kann ferner keine unterschiedliche Behandlung Platz greifen, je nachdem, ob ein Gesellschafter über mehrere Geschäftsanteile verfügt oder ob ihm nur auf Grund eines und desselben Anteils eine Mehrheit von Stimmen zusteht. Letzteres trifft hier zu. Die Satzung läßt keinen Zweifel übrig, daß gerade auch für diesen Fall die Möglichkeit uneinheitlicher Abstimmung statthaft sein soll. Gegen die hier vertretene Ansicht ist auch aus § 18 Abs. 1 GmbHG. kein stichhaltiger Beweisgrund herzuleiten. Gewiß ist dort bestimmt, daß, wenn ein Geschäftsanteil mehreren Mitberechtigten zusteht, sie die Rechte aus demselben nur gemeinschaftlich ausüben können. Damit ist aber nur gemeinschaftliche Ausübung der Rechte vorgeschrieben, und diese Best. gilt gleichviel, ob mit dem Geschäftsanteil eine oder mehrere Stimmen verbunden sind. Handelt es sich um einen mehrstimmberechtigten Geschäftsanteil, so ist die gemeinschaftliche Ausübung der Rechte auch damit vereinbar, daß die Berechtigten mehrere Vertreter, von denen jeder nicht einen einzelnen Berechtigten, sondern alle zusammen vertritt. Dabei wird dann in der Regel einheitlich gestimmt werden, fallen aber einmal die Stimmen auseinander, so folgt aus § 18 Abs. 1 GmbHG. immer noch nicht, daß sie deshalb ungültig sein müßten. Nach alledem kann es sich nicht darum handeln, daß die Stimmrechtsregelung der Satzung Gültigkeit nur dann haben könnte, wenn die „G.“ in Wirklichkeit nicht das von dem Gesetz so benannte Gesellschaftsorgan wäre. Vielmehr liegt der Fall so, daß gerade, wenn hier die satzungsmäßige „G.“ mit dem vom Gesetz gleicherweise bezeichneten Gesellschaftsorgan sich deckt, die satzungsmäßige Stimmrechtsordnung rechtlichen Bedenken nicht unterliegt, und darüber hinaus die Gesellschaft so, wie es auch nach der Satzung offenbar sein sollte, nur zwei Gesellschaftsorgane, nämlich die Geschäftsführer und die G., besitzt. Alles, was die Rev. sonst gegen eine solche Auslegung ins Feld führt, ist nicht stichhaltig. Es besteht schlechterdings kein Hindernis dagegen, daß der Bevollmächtigte eines Gesellschafters auch andere Gesellschafter oder Gesellschafterbevollmächtigte „vertritt“. Ebenso kann die Satzung einer GmbH. Abstimmung nach Köpfen statt nach der Kapitalbeteiligung vorsehen, und wiederum ist es unbedenklich zulässig, daß der G. durch die Satzung Aufgaben der Geschäftsführung zugewiesen werden. All dies ist um so weniger auffällig, als es sich hier um ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen und eine aus nur zwei Gesellschaftern, einer Stadtgemeinde und einer AktG., gebildete Gesellschaft handelt. Im übrigen bietet weder der Wortlaut noch der Inhalt der Satzung einen genügend deutlichen, aus der Urkunde selbst ersichtlichen Anhaltspunkt dafür, daß mit der „G.“ etwas anderes gemeint war, als was das Gesetz selbst so nennt.

Ist aber die G. der Satzung im Rechtsinn die G. des Gesetzes, dann folgt daraus ohne weiteres, daß die Gesell-

<sup>1)</sup> JW. 1927, 2982. <sup>2)</sup> JW. 1927, 2982. <sup>3)</sup> JW. 1930, 2677.

Schaftervertreter nichts anderes sind und sein können, als die Stimmberechtigten Stellvertreter desjenigen Gesellschafters, der sie berufen, d. h. mit der Wahrnehmung seiner Gesellschafterrechte in der G. B. bevollmächtigt hat. Der Inhalt der Satzung enthält nichts, was dem widersprechen würde. Damit scheitert auch der Konstruktionsversuch der Rev., die darzulegen versucht, daß der in der Berufung zum Gesellschaftervertreter liegende „Auftrag“ der Kl. an den Bekl. sich darauf beschränkt habe, mit der G. B. einen Dienstvertrag abzuschließen. Vielmehr ging der „Auftrag“ unzweifelhaft dahin, daß Bekl. als „Gesellschaftsvertreter“ die Rechte und Befugnisse der Kl. in der G. B. wahrzunehmen und auszuüben und damit dieses „Geschäft“ für sie zu erledigen habe. Ob der Bekl. dabei nach eigenem pflichtmäßigen Ermessen sollte handeln können und dürfen oder ob er insoweit vorher sich Anweisungen zu holen hatte, ist hierher rechtlich ohne Belang. Jedenfalls enthält die Satzung wiederum keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß die Erteilung solcher Anweisungen seitens der Gesellschafter an ihre Bevollmächtigten unzulässig sein sollte. Das jederzeitige freie Widerrufsrecht der Gesellschafter, wie es in der Satzung festgelegt ist, spricht auch durchaus nicht für, sondern vielmehr gegen die von dem Bekl. vertretene Auffassung.

Wären die Gesellschaftervertreter nicht Träger eines gesellschaftlichen Amtes, so traten sie durch die Stimmrechtsbevollmächtigung auch nicht in andere und weitere Rechtsbeziehungen zu der G. B., als sie sich eben aus der Stimmvollmacht selbst ergaben; insbes. war mit der Gesellschaft kein Dienstvertrag geschlossen, der ihnen gegen dieselbe einen Anspruch auf Entlohnung verliehen hätte. Die „Gesellschaftervertreter“ standen vielmehr der Gesellschaft im allgemeinen nicht anders gegenüber als irgendein sonstiger Stimmrechtsbevollmächtigter eines Gesellschafters. Eine Besonderheit ergibt sich allerdings ohne weiteres aus der satzungsmäßigen Regelung, nämlich die, daß für die Vollmacht der Gesellschaftsvertreter dem anderen Gesellschafter und der Gesellschaft gegenüber inhaltlich und umfänglich nur die Grenzen gelten sollen, die auch den Gesellschaftern selbst gezogen sind; die Gesellschaftsvertreter haben insofern die gleiche Rechtsstellung, wie wenn jeder einzelne mit einer Vollmachtsurkunde ausgestattet wäre, die eine Beschränkung der Stimmrechtsvollmacht nach keiner Richtung enthielte. Dies ist nicht ohne Belang für die Frage der Gültigkeit des Beschl. v. 25. Nov. 1925. Insofern greift vorab § 181 BGB. nicht ein, da die Abstimmung, wenn überhaupt ein Rechtsgeschäft, so jedenfalls eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt. Ebenso wenig ist an eine Anwendung des § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG. zu denken, weil es sich nicht um ein Rechtsgeschäft mit den Gesellschafterinnen handelt. Der Beschl. selbst ist seinem Inhalt nach an und für sich sittlich „indifferent“. Entgegen Heymann und Bergmann: *HR.* 1897, 82 kann deshalb der Beschl. nach der ständigen Rspr. des Sen. (s. *RG.* 131, 145<sup>4</sup>) nicht wegen Sittenwidrigkeit für nichtig erachtet werden. Eine Anfechtung endlich ist ausgeschlossen, weil der Beschl. einstimmig gefaßt ist und keine der Gesellschafterinnen widersprochen hat. Bleibt die Frage, ob der Beschl. etwa wegen Vollmachtsüberschreitung durch die Bevollmächtigten der Stadtgemeinde ungültig ist. Dies nehmen Heymann-Bergmann a. a. O. S. 81 an. Dem kann aber im Hinblick darauf, daß die Vollmacht nach außen inhaltlich und gegenüberstänblich nur durch die Machtbefugnisse der Gesellschafter selbst beschränkt war, ebenfalls nicht beigetreten werden. Danach muß aber die Gültigkeit des Beschl. v. 25. Nov. 1925 angenommen werden; ob die Stadtvertreter im Innenverhältnis zur Stadt ihre Vertragspflichten durch die damalige Abstimmung verlehrt haben, ist so, wie die Dinge hier liegen, für die Gültigkeit des Beschl. selbst ohne Bedeutung.

Der Vorderrichter spricht das der Stimmrechtsvollmacht der Stadtvertreter zugrunde liegende Rechtsverhältnis zur Kl., indem er die Entgeltlichkeit der Dienstleistung verneint, als Auftrag an. Dagegen sind, wenn die den Bevollmächtigten der Stadt obliegende „Geschäftsabfertigung“ eine unentgeltliche war, rechtliche Bedenken nicht zu erheben. Über die Frage

der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Tätigkeit der Stimmrechtsbevollmächtigten schweigt sich nun zunächst die Satzung der G. B. völlig aus. Es bestand ja in der Tat auch gar keine Veranlassung, diesen Punkt in der Satzung einer Regelung zu unterziehen. Durch die Stimmrechtsvollmacht wurde keinerlei Vertragsverhältnis zwischen der G. B. und den Stimmbevollmächtigten begründet. Die Frage der Entlohnung oder Nichtentlohnung dieser Tätigkeit war ein Bestandteil des der Bevollmächtigung zugrunde liegenden „kausalen“ Rechtsverhältnisses zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten, das mit der Regelung der gesellschaftlichen Verhältnisse überhaupt nichts zu tun hatte. Dafür, daß bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen im Fall der Betrauung von Angehörigen der Kollegien oder des Beamtenkörpers des beteiligten öffentlich-rechtlichen Verbands mit der Wahrnehmung der gesellschaftlichen Befugnisse und Interessen desselben in der G. B. von seiten des Auftraggebers etwa verkehrsbückerweise den Beauftragten für diese ihre Tätigkeit eine Vergütung gewährt würde, fehlt es an allen und jeden Unterlagen. Erfahrungsgemäß geschieht auch die Umwandlung ursprünglich öffentlichlicher „Regiebetriebe in solche gemischtwirtschaftlichen Charakters mit zu dem Zweck der Rationalisierung, Vereinfachung und Verbilligung der Betriebskosten; dazu gehört auch die Entlastung der öffentlichen Hand von den mit einem solchen Betrieb und dessen Überwachung verbundenen persönlichen Aufwendungen. Dazu kommt hier im besonderen noch, daß durch die Satzung in Ziff. 13 der G. B. ohnehin gerade hinsichtlich der verantwortlichen Beaufsichtigung der technischen und kaufmännischen Führung des Unternehmens besondere Verpflichtungen auferlegt sind. Nach alledem ist die Frage der Entgeltlichkeit der Tätigkeit der „Stadtvertreter“ von dem Bekl. rechtlich einwandfrei verneint worden.

Nicht anders verhält es sich aber auch mit der Bejahung der Herausgabepflicht der Bezüge des Bekl. aus dem Beschl. der „G. B.“ v. 25. Nov. 1925. Diese Herausgabepflicht folgt ohne weiteres aus § 667 BGB. Der Bekl. hatte als Stimmrechtsbevollmächtigter der Kl. deren Interessen und Belange aus der gesellschaftlichen Beteiligung an der G. B. wahrzunehmen; in Ausübung der ihm hiernach anvertrauten Befugnisse und in Erfüllung der sich hieraus für ihn ergebenden Verpflichtungen hatte er in der G. B. abzustimmen. Mit durch seine Stimme und die der übrigen „Stadtvertreter“ ist der Beschl. über die Vergütung zustande gekommen, den die Stadtvertreter angesichts ihrer Stimmenübermacht ohne weiteres hätten verhindern können. Der Beschl. verstieß sachlich unbestreitbar gegen das Gesellschaftsinteresse der Stadtgemeinde; wurde doch durch denselben die G. B. mit einem verhältnismäßig recht erheblichen Aufwand belastet, der für das finanzielle Ergebnis keineswegs bedeutungslos war. Das liegt und lag offen zutage. Insofern haben die Stadtvertreter unzweifelhaft das ihnen anvertraute Fremdinteresse dem eigenen hintangestellt. Um so weniger besteht ein Bedenken gegen die Erstreckung der Herausgabepflicht auf die ihnen aus dem Gesellschaftervertragsbeschl. so zugesprochenen Bezüge an die Kl. oder ihre Auftraggeberin (s. a. *RG.* 96, 53; 99, 31).

(U. v. 11. Okt. 1932; 482/31 II. — Raumburg.) [Ru.]

## II. Sonstiges Handelsrecht.

6. § 98 HGB. Der für beide Teile tätige Handelsmakler hat nicht die Pflicht, sich davon zu vergewissern, daß die mit Lagerchein verkaufte Ware auch wirklich vorhanden sei, und darf nach Abschluß des Kaufvertrages Nachrichten über die Lieferunfähigkeit des Verkäufers dem Käufer nur mitteilen, wenn er über Vermutungen hinausgehende sichere Kenntnis erlangt hat. †)

Der Bekl. hat als Handelsmakler im Febr. 1929 den Verkauf von insgesamt 500 t Roggen und 200 t Weißhafer

Zu 6. I. Das Ur. bezeichnet zutreffend als herrschende Ansicht, daß der Makler vor Abschluß des erstrebten Vertrages verpflichtet ist, ihm bekannte Umstände, die für die Entschließung

<sup>4</sup>) *RG.* 1931, 2976.

von der Firma J. an die K. vermittelt. Die Schlußnoten über die Abschlüsse datieren vom 20., 21. und 26. Febr. 1929 und enthalten übereinstimmend die Bedingung: „Sofortige Kasse gegen Verkäufers Lagerschein, ausgestellt auf Kopenhagener Handelsbank, Kopenhagen“. Die K. hat die Lagerscheine auch erhalten, nicht dagegen die Ware selbst. Demnach ist über das Vermögen der Firma J. das Konkursverfahren eröffnet worden. Die K. verlangt Schadenersatz.

Zur Begründung trägt sie vor, dem Bekl. sei bei Tätigung der Abschlüsse im Febr. 1929 bekannt gewesen, daß das verkaufte Getreide damals bereits auf den Lagern der Firma J. nicht vorhanden gewesen sei, daß vielmehr alles vorhandene Getreide an eine Firma E. & Ch. übereignet und sogar das dieser Firma auf Lagerschein verkaufte Getreide nicht in vollem Umfange vorhanden sei. Ferner habe der Bekl. damals bereits gewußt, daß J. nicht mehr kreditwürdig sei. Zum mindesten habe er die Verpflichtung gehabt, sich von dem Vorhandensein der an die K. verkauften Ware zu überzeugen. Sie ist in allen Instanzen unterlegen.

Das OLG. lehnt die Ansicht der K. ab, der Makler, der einen Verkauf: Kasse gegen Lagerschein vermittele, sei allgemein verpflichtet, sich davon zu überzeugen, ob die Ware am Lager vorhanden sei. Dagegen bejaht es die Frage, ob der Bekl. zu einer Mitteilung an die K. verpflichtet gewesen wäre, wenn er am 27. oder 28. Febr. 1929, also nach Ausfertigung auch der letzten Schlußnote sichere Kenntnis davon erhalten hätte, daß J. in erheblichem Umfange gegen Lagerschein verkauft habe, ohne daß die verkauften Mengen in seinen Räumen lagerten. Insofern nimmt der Vorderrichter

seines Auftraggebers von Bedeutung sein können, mitzuteilen, daß es aber regelmäßig nicht seine Aufgabe ist, besondere Erkundigungen einzuziehen. Hierfür kann weiterhin verwiesen werden auf RG.: LZ. 1917, 289; 1930, 386; RG.: OLG. 2, 119; Braunschweig: OLG. 34, 54; Jacusiel, „Recht der Makler“ (3) 53 ff. Daß der Makler sich insbes. nicht nach der Beschaffenheit der Ware, der Wechsel und Papiere erkundigen muß, betont Riesenfeld: GrundBeitr. 37, 281.

Nur unter besonderen Umständen ist die Annahme einer stillschweigenden Übernahme von Erkundigungspflichten begründet, z. B. wenn der Makler Berater und Vertrauensmann seines Auftraggebers ist oder als solcher auftritt, oder wenn er eine Vertragsgelegenheit durch eigene tatsächliche Empfehlungen anpreist. RG.: HöchstPr. 1931 Nr. 106 hat eine Erkundigungspflicht auf Grund besonderer Umstände angenommen, ohne daß aus dem kurzen Auszug des Urts. zu ersehen ist, worin RG. die besonderen Umstände erblickt hat. Zu Unrecht hatte OLG. Bosen: ROLG. 34, 53 in dem entschiedenen Falle eine Erkundigungspflicht des Maklers angenommen.

II. Ob der Makler verpflichtet ist, seinem Auftraggeber bloße ihm bekannte Verdachtsmomente mitzuteilen, hängt von der Bedeutung solcher Momente ab. Leeres Gerede braucht der Makler nicht weiterzugeben; er muß aber solche Verdachtsmomente mitteilen, die geeignet sind, Bedenken zu erregen, oder Anlaß zu Erkundigungen zu geben. Will der Makler, der für beide Vertragsparteien tätig ist, seinen Auftraggeber nicht verdächtigen oder bei seinem Auftraggeber nicht unnötige Bedenken hervorrufen, so kann er selbst Erkundigungen einziehen und insbes. von dem verdächtigten Auftraggeber Aufklärung verlangen und braucht dann die Verdachtsmomente, die sich als unbegründet herausstellen, nicht mitzuteilen.

III. OLG. Posen hat als BG. angenommen, daß der Makler auch nach Abschluß des vermittelten Vertrages verpflichtet ist, seinem Auftraggeber nachträglich bekannt gewordene Umstände mitzuteilen, die ihn berechtigen und veranlassen, den abgeschlossenen Vertrag nicht auszuführen. RG. nimmt hierzu nicht Stellung, da diese Annahme den Rev. Kl. nicht beschwert. Ich kam dem OLG. hier nicht zustimmen. Der Makler hat lediglich die Aufgabe, seinem Auftraggeber durch Nachweis oder Vermittlung eine Abschlußmöglichkeit zu verschaffen. Da der Auftraggeber nicht einen Vertrag schlechthin, sondern nur einen zwecktauglichen Vertrag abschließen will, ist der Makler gehalten, dem Auftraggeber Umstände mitzuteilen, die der Ausführung des beabsichtigten Vertrages entgegenstehen. Darüber hinaus geht die Ausführung des Vertrages den Makler nichts an. Seine Tätigkeit ist mit dem Abschluß des Vertrages vollständig beendet (Riesenfeld a. a. O. 280; Jacusiel a. a. O. 126). Zwischen dem Makler und seinem Auftraggeber besteht keinerlei Rechtsverhältnis mehr, das noch die Grundlage von Mitteilungspflichten bilden könnte. Das Verhältnis zwischen Makler und Auftraggeber ist hier grundsätzlich anders als das zwischen Agenten und Geschäftsherrn. Der Agent nimmt die

eine über die Beendigung der Mäklertätigkeit hinausreichende, aus dem Treuverhältnis sich ergebende Rechtspflicht des Mäklers an. Er vermag aber auch hier nicht festzustellen, daß der Bekl. die unbedingt sichere Kenntnis erlangt habe, daß das an die K. verkaufte Getreide auf den Lagern nicht vorhanden sei; ohne solche Kenntnis, lediglich auf Verdachtsmomente hin, sei der Makler, so meint das OLG., zu einer solchen, die Verkäuferin u. U. schwer schädigenden Mitteilung weder verpflichtet noch berechtigt.

Diese Ausführungen des angefochtenen Urts. werden von der Rev. bekämpft. Sie ist der Ansicht, der Vorderrichter habe die Sorgfaltspflicht zu stark eingeschränkt. Allein, mit seiner Auffassung, daß dem Makler eine besondere Pflicht zur Erkundigung und Nachforschung regelmäßig nicht obliege, folgt das OLG. der in Rpr. und Schrifttum ganz allgemein herrschenden Meinung. Diese geht dahin, daß der Makler zwar verpflichtet sei, ihm bekannte Umstände, die für die Willensentscheidung von Bedeutung sein können, zur Kenntnis der interessierten Vertragspartei zu bringen, daß es aber regelmäßig nicht seine Aufgabe sei, besondere Erkundigungen einzuziehen (vgl. RG.: Grund. 45, 1010; Recht 1911 Nr. 1924; Staub-Bondi, Vorbem. vor § 93 Anm. 37 HGB.; Düringer-Hachenburg, § 98 Anm. 3 HGB.; Lehmann: Ehrenbergs Handbuch V, 1, 1 S. 392 ff.). Dieser Grundsatz ist bisher in der Hauptsache bei der Beantwortung der Frage aufgestellt worden, ob die Pflicht zu einer Nachprüfung der Zahlungsfähigkeit der Parteien oder der Güte der Ware bestehe; er muß in gleicher Weise auch für die Frage gelten, ob der Makler allgemein verpflichtet sei, sich von dem Vorhan-

Interessen des Geschäftsherrn dauernd wahr; er ist über die Vermittlung von einzelnen Geschäften hinaus in besonderem Maße der Vertrauensmann seines Geschäftsherrn. Er ist daher auch nach Abschluß des Geschäftes verpflichtet, dem Geschäftsherrn Mitteilung zu machen, wenn er ungünstige Dinge über einen Kunden erfährt, die Veranlassung geben, das Geschäft nicht auszuführen (RG. 18, 112). Der Makler steht dagegen regelmäßig in einem weit looserem Verhältnis zum Auftraggeber. Er wird nur mit dem Nachweis oder der Vermittlung einzelner Geschäfte betraut und ist nicht in dem Maße wie der Agent Vertrauensmann des Auftraggebers. Das gilt insbes. von dem Handelsmakler, dessen Vermittlungstätigkeit regelmäßig weniger darin besteht, zwischen den Parteien zu verhandeln, als die Parteien zusammenzubringen. Es ist kein Zufall, sondern es ist in der verschiedenen Rechtsstellung des Agenten und des Maklers begründet, daß der Provisionsanspruch des Agenten grundsätzlich von der Ausführung des Geschäftes abhängig ist, während der Provisionsanspruch des Maklers bereits mit dem Abschluß des Vertrages begründet ist und ohne Rücksicht auf die Ausführung besteht. Die verschiedene wirtschaftliche und rechtliche Stellung des Agenten und des Maklers rechtfertigt die Annahme, daß der Agent, nicht aber der Makler nach Abschluß des Geschäftes zur Mitteilung vertragsgefährdender Umstände verpflichtet ist (s. die eingehenden Ausführungen von Rumpf: ArchZivPr. 119, insbes. S. 90, 97, 100).

IV. Die vom RG. behandelte Frage ist auch von erheblicher Bedeutung für die Frage, ob der Makler durch sein Verhalten nach Vertragsabschluß den Provisionsanspruch nach § 654 HGB. verwirken kann. Ich habe diese Frage in meinem „Recht der Makler“ 126 gegen Reichel, „Die Mäklerprovision“, 1913, S. 233 und 247 (s. aber auch S. 229) verneint.

V. Der Hinweis des RG., daß der Makler sich durch Weitergabe unbegründeter Verdächtigungen seinem Auftraggeber gegenüber schadensersatzpflichtig gemacht hätte, zeigt, in welchen Rechts- und Gewissenskonflikt der Makler als Mittler zwischen zwei Parteien kommen kann, insbes. dann, wenn er, wie regelmäßig der Handelsmakler, beiden Parteien dient. Man wird es stets dem taktvollen Ermessen des Maklers überlassen müssen, wie er einen solchen Konflikt löst, und darf nur einen groben Mißbrauch dieses Ermessens als vorläufige oder fahrlässige Schadenszufügung gelten lassen. Das OLG. hat in einer von mir in der DZmZ. 1932, 209 veröffentlichten Entsch. angenommen, daß der von dem Gelbnehmer beauftragte Makler nach Abschluß des provisionspflichtigen Darlehensvertrages, aber vor Auszahlung des Darlehens den Geldgeber „als ehrlicher Makler“ auf die inzwischen eingetretene Vermögensverschlechterung seines Auftraggebers aufmerksam machen durfte. Die Weitergabe unbegründeter Verdächtigungen wird dem Makler insbes. dann zum Vorwurf gemacht werden können, wenn er sich, insbes. durch Rückfrage bei dem verdächtigten Auftraggeber, leicht von der Haltlosigkeit der Verdächtigungen überzeugen konnte.

M. Dr. Alfred Jacusiel, Berlin.

den sein der durch Lagerchein zu verkaufenden Ware zu überzeugen.

Es könnte deshalb nur darauf ankommen, ob die besonderen Umstände des Falles eine derartige Verpflichtung des Bekl. begründeten (wird aus tatsächlichen Erwägungen abgelehnt).

Wenn das BG. nun noch eine Rechtspflicht des Bekl. dahin annimmt, daß er gehalten gewesen sei, der Kl. Mitteilung zu machen, wenn er nach Beendigung seiner Mäklertätigkeit für sie davon Kenntnis erhalten hätte, daß die verkaufte Ware nicht vorhanden sei, so widerlegt dieser Standpunkt des OLG. den Vorwurf der Rev., das angefochtene Ur. habe die Sorgfaltspflicht des Mäklers allzusehr eingeschränkt. Mit Recht aber sieht der Vorderrichter eine solche Mitteilungspflicht nur dann als begründet an, wenn der Mäkler wirklich sichere Kenntnis von dem Fehlen der Ware habe. Wenn die Rev. im Gegensatz hierzu auch bereits Verdachtsmomente mitgeteilt wissen will, so übersieht sie, daß der Handelsmäkler, so auch der Bekl., im Interesse beider Parteien tätig wird, daß sich deshalb der Bekl. durch eine Weitergabe unbegründeter Verdächtigungen der Firma J. gegenüber schadenstafspflichtig gemacht hätte. Deshalb ist es nicht von Bedeutung, ob dem Bekl. aus den Gesprächen vom 27. und 28. Febr. 1929 Bedenken hinsichtlich des Vorhandenseins der Ware kommen mußten. Derartige Bedenken allein dürften ihn zu einer Benachrichtigung der Kl. nicht veranlassen, konnten aber auch eine Pflicht zu weiterer Nachforschung jezt, nach

Zu 7. 1. a) Nicht gerade selten bemerkt man, daß Papiere, die nach der Absicht des Gebers als Vollwechsel in Umlauf gesetzt sind, nicht die sämtlichen wesentlichen Erfordernisse erfüllen, wie sie die WD. in Art. 4 u. 96 aufführt. Manche dieser Wechsel entbehren vorschrittswidrig der Bezeichnung der Person, an welche die Wechselzahlung geleistet werden soll.

b) Nach der ausdrücklichen Best. des Art. 7 WD. entsteht aus einer solchen Schrift keine wechselmäßige Verbindlichkeit. Es erscheint daher nicht angängig, durch bloße Willensauslegung das Erfordernis zu ergänzen; der Wille muß nicht bloß vorhanden, sondern wechselmäßig erklärt sein. Es ist nicht unbedenklich, wenn das RG. hier und in RG. 130, 84 = JW. 1930, 3761 die Möglichkeit einer solchen Ergänzung nicht unbedingt verneint.

2. Es ist auch nicht angängig, daß der Wechselinhaber den unvollständigen Wechsel nach Inhalt des etwa anzunehmenden Verpflichtungswillens ausfüllt. Die Ausfüllung setzt — eine hier fehlende — Ausfüllungsermächtigung voraus. Mit Recht hat daher das reichsgerichtliche Ur. die durch den ProzBew. der Kl. in der Verzinst. gegebene Ausfüllung mit der Kennzeichnung des Empfangsberechtigten durch den Zusatz „eigene“ zum Vermerk „an die Order“ für rechtlich unwirksam erklärt. Objektiv lag eine Wechselausfüllung vor. Der ProzBew. hat anscheinend den Fall mit der Ausfüllung eines Blanketts verwechselt, für welches die Npr. die Möglichkeit der Ausfüllung mit der Angabe des Empfangsberechtigten auch noch in der Verzinst. bejaht hat (RG.: JW. 1925, 786).

3. Ist einem solchen unvollständigen Wechsel wechselmäßige Wirkung abzusprechen, so wirkt sich die Frage auf, ob ihm eine gemeinbürgerliche Wirkung zuzuerkennen ist.

a) Rechtslehre und Npr. standen dieser Frage zunächst ziemlich ratlos gegenüber. Zwar richtete sich die Erörterung richtig darauf, ob ein solcher unvollständiger Wechsel nicht als gemeinbürgerliches Schuldversprechen (an Stelle des eigenen Fehlwechsels [§ 780 BGB.]) oder als gemeinbürgerliche Anweisung (an Stelle des gezogenen Fehlwechsels [§ 783]) aufrechtzuerhalten ist. Die Npr. war uneinheitlich, die Rechtslehre zumeist geneigt, einem formungültigen Wechsel jede Wirkung abzusprechen, weil der Wille lediglich auf die Erzeugung eines Wechsels gerichtet gewesen sei (vgl. Bernstein: JW. 1926, 494 ff.).

b) Die Rechtslage erscheint mit dem Inkrafttreten des BGB. geklärt. § 140 BGB. stellt den für die Aufrechterhaltung von Willensäußerungen nach Treu und Glauben bedeutenden Satz auf: „Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde.“ Wer durch Ausstellung des Vollwechsels die Absicht kundgetan hat, Zahlungsleistung in einer für den Gläubiger besonders wirksamen Form zu versprechen, von dem ist bei Unterstellung redlicher Absicht anzunehmen, daß er an dieses Zahlungsverprechen sich zu halten gewillt gewesen sein würde, wenn er die Ungültigkeit der Urkunde als Wechsel sich vorgestellt hätte und sein Versprechen unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte, nämlich als Schuldversprechen oder Anweisung den gesetzlichen Erfordernissen genügt. Und auch die berechnete Partei würde, wenn sie mit der Annahme der Urkunde den vollen Erfolg des Wechsels nicht erreichen kann, im Regelfalle immer noch die

Beendigung der Mäklertätigkeit, ebenso wenig begründen, wie eine solche vor Abschluß der Vermittlung bestanden hätte.

(U. v. 25. Okt. 1932; 90/32 II. — Rostock.) [Ru.]

← RG. 138, 95.)

### III. Wechselordnung.

\*\*7. Art. 4 WD. Fehlt auf einem Wechsel die Angabe des Remittenten, so ist er ungültig. Zur Frage der Ergänzung der fehlenden Bezeichnung des Remittenten aus den sonstigen Wechselklärungen. Ein solcher Wechsel kann nicht in irgendeine andere rechtsgeschäftliche Verpflichtung umgedeutet werden.†)

(U. v. 13. Mai 1932; 464/31 II. — Berlin.) [Ru.]

Abgedr. JW. 1932, 2611\*.

### IV. Genossenschaftsgesetz.

§. §§ 7, 16, 19, 29, 51, 87, 118, 148 Ziff. 3 GenG. Nach eingetretener Liquidation einer eGmbH. ist zwar eine Satzungsänderung nicht schlechthin unzulässig, eine zur Vermeidung des Konkurses

mindere Wirkung einer anderweiten Zahlungszusage der Wirkungslosigkeit vorgezogen haben.

4. Es bleibt also zu untersuchen, ob in dem vom Ur. erörterten Falle der gezogene Wechsel den Erfordernissen einer gemeinbürgerlichen Anweisung entspricht.

a) Im Ur. v. 8. Okt. 1929: JW. 1930, 1376 ff. hatte das BG. die Umwandlung einer formungültigen Tratte in eine kaufmännische Anweisung grundsätzlich abgelehnt, weil eine solche Anweisung ein derartiges singuläres Institut geblieben sei, daß keinesfalls anzunehmen wäre, es hätte den Parteien der Gebanke kommen können, ein im Verkehr ganz ungebrauchliches Rechtsgeschäft abzuschließen. Dieser Grund überzeugte nicht. Kommt es doch nur auf die Erforschung des hypothetischen Willens dahin an, ob die Parteien den wirtschaftlichen Erfolg auch alsdann hätten erzielen wollen, wenn ihnen bewußt geworden wäre, daß er zwar durch die gewählte Geschäftsform nicht erreichbar, wohl aber durch eine darin erfüllte anderweite Geschäftsform etwa erzielbar sei.

Die diesseits ausgesprochene Hoffnung, das RG. werde die gegenwärtige Stellungnahme nicht aufrechterhalten (JW. 1930, 1377), scheint sich zu verwirklichen.

Nach dem vorl. Ur. hat das RG. die Umdeutung des Papiers in eine kaufmännische Anweisung nur für den erörterten Sondermangel des Wechsels mit dem zutreffenden Hinweis verneint, daß auch die Anweisung zu ihrer Gültigkeit die — hier in der ursprünglichen Form der Urkunde fehlende — Bezeichnung des Dritten verlangt, an welchen die Zahlung zu leisten ist.

b) Das RG. will es unerörtert lassen, ob eine Anweisung an eigene Order zulässig sei. Es hat zu dieser Frage für die kaufmännische Anweisung bereits früher im bejahenden Sinne sich geäußert (RG.: JW. 1930, 1377<sup>1</sup>). Die Stellung an eigene Order ist in der Tat nach Sinn und Entstehungsgeschichte des § 363 BGB. — der Anweisungen auf einen Kaufmann für indofabel erklärt, wenn sie an Order lauten — für diese Anweisung als zulässig zu erachten (vgl. des weiteren: Bernstein: JW. 1926, 495).

c) Die Form der Annahme durch einfache Namenszeichnung des Bezogenen auf der Anweisung ist dergleichen nicht zu bemängeln. Denn es erscheint nach allen Erfahrungssätzen der Schluß unabwiesbar, daß die Namenszeichnung des Angezogenen auf der Anweisung keinen andern Sinn haben kann als den der Annahme der Anweisung. Sie erfüllt also das vom Gesetz festgestellte Erfordernis des schriftlichen Annahmevermerks (§ 784 BGB.; vgl. hierüber des weiteren Bernstein: JW. 1930, 1377).

5. a) Für das kommende Wechselrecht werden die Fälle der Unvollständigkeit eines Wechsels erheblich seltener werden. Schon in der diesseitigen Schrift „Die Revision der Wechselordnung“ S. 4 ff. wird möglichste Einschränkung der Wechselordernisse befürwortet und insbes. § 5 darauf verwiesen, daß ein Wechsel, der die Person des Zahlungsempfängers nicht angibt, als auf den Inhaber gestellt angesehen und als Inhaberwechsel Geltung haben müsse.

b) Trotz der verwirklichten Vereinfachung der Wechselform im übrigen ist diesem Hinweis im kommenden einheitlichen Wechselgesetz freilich nicht entsprochen worden (Art. 1 Nr. 6), so daß auch nach künftigen Recht ein Wechsel, dem die Bezeichnung dessen fehlt, an den gezahlt werden soll, weder als solcher gültig noch auch als Anweisung umdeutbar ist.

JR. Dr. Wilhelm Bernstein, Berlin.

beschlossene Erhöhung des Geschäftsanteils aber nichtig.)

Die Besl., eine eGmbH., ist auf Beschluß ihrer GenVers. im April 1931 in Liquidation getreten. Als bald ergab sich bei ihr eine erhebliche Überschuldung. Um die Konkursöffnung zu vermeiden und die Durchführung der Liquidation zu gewährleisten, wurde durch GenVersBeschl. v. Juli 1931 nicht einstimmig, aber mit weit mehr als Dreiviertelmehrheit beschlossen, die Geschäftsanteile der Genossen um 150 RM zu erhöhen, die sofort einzuzahlen waren. Die Kl. ist der Meinung, daß die Erhöhung nichtig sei; sie fordert deshalb die von ihr für 20 Geschäftsanteile eingezahlten 3000 RM zurück.

LG. hat abgewiesen, RG. auf Sprungrevision verurteilt.

1. Der Vorderrichter hat die Rechtsgültigkeit und Rechtsverbindlichkeit des von der beklagten Genossenschaft nach Eintritt der Liquidation gefaßten Beschlusses auf Erhöhung der Geschäftsanteile bejaht.

2. Soweit die Rev. eine Verletzung des § 87 GenG. um deswillen behauptet, weil im Liquidationszustand bei den eingetragenen Genossenschaften Satzungsänderungen überhaupt nicht zulässig seien, kann ihr nicht gefolgt werden. Gewiß ist richtig, daß der erf. Sen. in RG. 117, 116 ff.<sup>1)</sup> im Anschluß an RG. 50, 127 ff. bei Erörterung der Frage, ob einer eGmbH. im Liquidationsstadium noch neue Mitglieder beitreten oder bisherige Genossen weitere Geschäftsanteile übernehmen könnten, gegen die Zulässigkeit solcher Möglichkeiten mit angeführt hat, daß § 87 GenG. weder auf den 1. Abschn. mit § 15 GenG., noch den 8. Abschn. mit § 137 GenG. verweise. Allein dies war nicht der einzige Entscheidungsgrund; vielmehr wird in RG. 117, 119, 120<sup>2)</sup> weiter betont, daß die Gewinnung neuer Mitglieder aus dem Rahmen des Abwicklungsziels herausfalle und gleiches auch für die Erweiterung der körperschaftlichen Beteiligung durch Übernahme neuer Geschäftsanteile gelte. Mit der Frage der Satzungsänderung nach Eintritt der Liquidation beschäftigen sich aber diese Urteile nicht. Der aus § 87 Abs. 1 GenG. entnommene Beweisgrund kann im übrigen bei wiederholter Prüfung auch nicht als durchschlagend anerkannt werden. Zunächst läßt, wie Citron, GenG., 12. Aufl., hervorhebt (s. z. B. § 7 Anm. 31, § 16 Anm. 7 GenG.), der Umstand, daß eine gesetzliche Norm in einer Form und Fassung, wie sie hier in Frage steht, „die Best. gewisser Gesetzesabschn. für anwendbar erklärt, sich über die Anwendbarkeit der übrigen Vorschr. aber ausschweigt“, an und für sich betrachtet noch keinen sicheren Rückschluß darauf zu, daß damit alle sonstigen Vorschr. schlechthin unanwendbar sein sollen, auch wenn im Hinblick auf den Liquidationszweck ihre Anwendbarkeit sehr wohl möglich wäre. Sodann bezeichnet § 87 Abs. 1 GenG. als anwendbar die Vorschr. des 2. Abschn. des GenG., in welchem aber in § 29 u. a. auch Fragen der Satzungsänderung behandelt sind. Endlich muß Wimphheimer, Die Gesellschaften des Handelsrechts

des Bürgerl. Rechts im Stadium der Liquidation, S. 68 ff. darin beigetreten werden, daß sich angesichts der Entstehungsgeschichte des § 87 Abs. 1 GenG. daraus, „daß nur als anwendbar die Abschn. 2 und 3 des GenG. bezeichnet sind“, ein Beweisgrund gegen die Zulässigkeit von Satzungsänderungen bei einer eingetragenen Genossenschaft nach Eintritt der Liquidation überhaupt nicht herleiten läßt.

Der erf. Sen. hat denn auch schon wiederholt — so in RG. 121, 253 ff.<sup>3)</sup>; JW. 1930, 2685 ff. — dahin entschieden, daß Genossenschaften im Liquidationsstadium nicht schlechthin jede Satzungsänderung versagt ist, wohl aber Änderungen ausgeschlossen sind, die dem Zweck der Liquidation widersprechen. Die Ansicht, daß Satzungsänderungen im Liquidationsstadium grundsätzlich nicht mehr statthaft seien, ist, soweit ersichtlich, auch im Schrifttum kaum mehr vertreten (s. z. B. Waldeder, Die eingetragene Gen., S. 299; Rieß: Ehrenbergs Handb. III, 2 S. 225; Nagel, GenG., § 16 Anm. 9; Krakenberger, GenG. § 16 Anm. 1c und Citron bei Parisius-Krüger-Citron, GenG., 12. Aufl., § 16 Anm. 7, § 87 Anm. 1). Damit erledigt sich dieser Rev.-Angriff.

3. Sind demnach auch grundsätzlich Satzungsänderungen bei eGmbH. im Liquidationsstadium nicht schlechthin unstatthaft, so folgt daraus allerdings noch keineswegs, daß deshalb eine Satzungsänderung, die auf Erhöhung des Geschäftsanteils gerichtet ist, noch möglich ist. Das RG. hat, soweit ersichtlich, diese Frage selbst noch nicht zu entscheiden gehabt. Allerdings ist in dem Ur. des erf. Sen. RG. 106, 403 ff.<sup>4)</sup> bei Erörterung des Falls, ob eine eGmbH. Mitgliedern, die ihren Geschäftsanteil voll einbezahlt hatten, zur Deckung von Geschäftsverlusten weitere Einzahlungen, ohne die Geschäftsanteile zu erhöhen, auferlegen könne, darauf hingewiesen, daß nach dem Gesetz der einzelne Genosse es sich gefallen lassen müsse, wenn die GenVers. mit einer Mehrheit von drei Vierteln der erschienenen Genossen und unter Beobachtung der in der Satzung etwa sonst noch aufgestellten Erfordernisse die Erhöhung des Geschäftsanteils und der Haftsumme beschliesse, und zwar selbst dann, wenn infolge von Verlusten die sämtlichen Geschäftsguthaben abgeschrieben seien; anschließend hieran ist dann dort weiter ausgeführt, daraus ergebe sich, daß die einzelnen Genossen — solange nicht die Auflösung der Genossenschaft beschlossen sei — unter den vom Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen im Weg des Mehrheitsbeschlusses noch mit anderen als den freiwillig übernommenen Verpflichtungen belastet werden könnten. Aus der auf den Fall der Auflösung bezüglichen Zwischenbemerkung folgt, daß der Senat damals eine im Liquidationsstadium erfolgte Erhöhung des Geschäftsanteils durch Mehrheitsbeschuß nicht mehr für statthaft und für die Genossen bindend ansah. Immerhin handelt es sich dabei nur um eine beiläufige, für die Entsch. des damaligen Streitfalls unerheb-

begründeten Forderungen nicht untergehen. Die Folge ist aber, daß in solchem Falle die Einzahlungen nur mehr der bloßen Schuldentilgung dienen können.

Kommt damit aber zum Ausdruck, daß die Einzahlungen auf den Anteil nicht wesensnotwendig der Fortführung des Gen.-Unternehmens dienen müssen, sondern im Einzelfalle auch einziehbar sind, wenn sie lediglich noch Bedeutung für die Schuldenabwicklung der Gen. haben, so ist nicht einzusehen, warum man die Einzahlungspflicht nicht durch eine zu dem ausgesprochenen Zweck der Schuldentilgung beschlossene Anteilserhöhung begründen kann. Es wäre formalistischer, wollte man einen Unterschied machen, ob eine vorausschauende GenVers. erst die Anteilserhöhung beschließt und dann die Auflösung oder ob die umgekehrte Reihenfolge eintritt. Ein sachlicher Unterschied für die Genossen und die Gen. besteht bei beiden Verfahren nicht.

2. Sieht man von der obigen Überlegung ab, so muß man auch aus der Beurteilung des Geschäftsanteils zu einem anderen Ergebnis als das RG. kommen.

Die Liquidation dient vornehmlich der Schuldentilgung, das ist ausdrücklich in dem maßgeblichen § 88 GenG. gesagt. Es kann daher eine Maßnahme der GenVers., die auf die Schuldentilgung abzielt, niemals liquidationswidrig sein. Wenn das RG. die Anteilserhöhung zu diesem Zweck ablehnt und darin nicht das rechte Mittel sieht, weil die Einzahlungen auf den Anteil nur der Fortführung des Gen.-Unternehmens dienen sollen, so verkennt es

Zu 8. Das RG. lehnt die Anteilserhöhung im Liquidationsstadium ab, weil diese nach der Natur des Geschäftsanteils und Geschäftsguthabens mit dem Liquidationszweck unvereinbar sei und praktisch auf eine den Gen. verbotene Zuhilfenahme hinauslaufe. Außerdem werde damit, daß die Erhöhung in ihrer Zweckbestimmung auf die Schuldenbedeckung zur Abwendung des Konkurses beschränkt werde, die Gültigkeit des Beschlusses von Umständen abhängig gemacht, die außerhalb seines gesetzlichen Tatbestandes liegen.

1. Das RG. erkennt an, daß bei der bestehenden Gen. eine Anteilserhöhung lediglich zur Schuldenbedeckung zulässig ist (RG. 106, 405). Allerdings dient in diesem Falle die Erhöhung wenigstens mittelbar dem vom RG. geforderten Zweck der Erhaltung und Fortführung des genoss. Unternehmens, da die Gläubiger durch die Befriedigung davon abgehalten werden, in das Betriebsvermögen der Gen. zu vollstrecken und damit das Unternehmen lahmzulegen.

Tritt aber der Fall ein, daß die Gen. unmittelbar nach der Erhöhung aufgelöst wird, so entfällt diese mittelbare Aufgabe der Anteilserhöhung, da ja die Gen. ihren Geschäftsbetrieb einstellt. Gleichwohl haben die Genossen die bis dahin noch nicht geleisteten Einzahlungen auf den erhöhten Anteil nachzuholen, wenn diese für sofort fällig erklärt waren. Es ist anerkannt, daß der Liquidator rückständige Einzahlungen auf den Anteil einziehen kann und muß. Dies erklärt sich zwar daraus, daß die Gen. mit der Auflösung nicht ihre rechtliche Existenz verliert und daß die einmal für sie

<sup>1)</sup> JW. 1927, 2514.

<sup>2)</sup> JW. 1927, 2514.

<sup>3)</sup> JW. 1928, 2626.

<sup>4)</sup> JW. 1924, 1593.

liche Bemerkung. In RG. 121, 253 ff.<sup>2)</sup> und JW. 1930, 2685 hat es sich darum gehandelt, ob bei eGmbH. im Zustand der Liquidation Maßnahmen der Goldmarkumstellung beschlossen werden, oder — wenn zuvor schon beschlossen — nach der Auflösung noch im Genossenschaftsregister zur Eintragung gelangen könnten. Beides ist für zulässig erachtet worden. Nun darf aber nicht übersehen werden, daß der Fall der Goldmarkumstellung einen Ausnahme- und Sonderatbestand bildet, vgl. dessen überdies das Gesetz (§ 47 der 2. DurchfW. zur GoldW. u. d. W.) sowie der GenVers. und damit der Mehrheitsherrschafft sehr viel weiteren Spielraum läßt als sonst. Ohne vorausgegangene Goldmarkumstellung wäre überhaupt nach Wiedereintritt fester Währungsverhältnisse eine einigermaßen geordnete Abwicklung der Rechtsbeziehungen der Genossenschaft kaum möglich. Wenn deshalb der erf. Sen. die Goldmarkumstellung bei Genossenschaften auch noch im Stadium der Liquidation zugelassen hat, so folgt daraus noch nicht, daß nun auch die Erhöhung der Geschäftsanteile im Liquidationszustand möglich sein müßte. Es konnte im übrigen bei der Goldmarkumstellung einer eGmbH. jedenfalls theoretisch und rechtsgrundsätzlich der Fall auch so liegen, daß die Papiergeschäftsgeschäftsanteile einen höheren „Goldwert“ hatten als die „umgestellten“ Goldmarktgeschäftsanteile.

Im Schrifttum wird die Zulässigkeit der Geschäftsanteilerhöhung im Liquidationsstadium jedenfalls überwiegend verneint (s. Waldecker, Die eingetragene Gen., S. 299 und 196 b; Rieß: Ehrenbergs Handb. III 2, S. 225 R. 14; Frakenberger, GenG. § 16 Anm. 1 c [155]; Nagel § 87 Anm. 3 und Säger: JW. 1931, 70).

Parisius=Früger=Citron, 12. Aufl., § 16 Anm. 7 hält bei der eGmbH. auch im Zustand der Liquidation eine Erhöhung des Geschäftsanteils dann für zulässig, wenn die Erhöhung nicht den Betrag der Haftsumme übersteige und Vorkehrung dafür getroffen sei, daß die Genossen, falls es trotz der Anteilserhöhung zum Konkurs komme, nicht außer dem erhöhten Anteil auch noch die Haftsumme bezahlen müßten; erhöhte Anteilserhöhung im Zustand der Liquidation beim Vorliegen der Konkursvoraussetzungen erklärt es für unzulässig (s. § 118 Anm. 3; vgl. hierzu weiter Citron: BGenossW. 1931, 408; 1932, 173). Das RG. hat die Zulässigkeit einer solchen Anteilserhöhung in älteren Entsch. verneint (s. z. B. BGenossW. 1908, 630; vgl. auch wegen der Erhöhung der Haftsumme RGZ. 50, 124), neuerdings sie aber auch bei der eGmbH. für den Fall bejaht, daß die Erhöhung nicht dazu diene, die Genossenschaft als werbende zu erhalten, sondern nur bezwecke, die Liquidation ohne Konkurs durchzuführen (s. JW. 1931, 71<sup>1)</sup>, 805<sup>1)</sup>). In JW. 1931, 809 hat OLG. Stettin die Frage der Zulässigkeit einer solchen Erhöhung offengelassen, dagegen bejaht, daß durch Beschluß der Gen-

Vers. noch im Liquidationszustand der Genossenschaft die Einzahlungspflicht auf Geschäftsanteil erhöht werden könne.

Der Rechtsauffassung des RG. und mit ihr der des Vorderrichters kann indessen nicht beigetreten werden. Beide wollen die Frage der Rechtsverbindlichkeit des Erhöhungsbeschlusses auf den damit im Einzelfall verfolgten Zweck abstellen und sie demgemäß dann als statthaft und für die Genossen bindend ansehen, wenn die Erhöhung lediglich der Abwicklung und Beendigung des genossenschaftlichen Unternehmens unter Vermeidung des Konkurses dienen soll. Damit wird aber, wie Säger: JW. 1931, 71 m. R. hervorhebt, die Rechtsgültigkeit des Beschlusses abhängig gemacht von Umständen, die außerhalb seines gesetzlichen Tatbestands liegen. Aus welchem Grund und zu welchem Zweck eine Geschäftsanteilerhöhung erfolgt, ist an und für sich gleichgültig; diese Umstände können im Zusammenhalt mit anderen z. B. für die Frage der Sittenwidrigkeit von Belang sein. Wollends bedenklich aber ist es, die Gültigkeit eines solchen Beschlusses davon abhängig zu machen, daß nur ein bestimmter Zweck, nämlich derjenige der Schuldentilgung behufs Konkursvermeidung dabei verfolgt wird, wobei weiter unklar bleibt, wie es sich denn überhaupt mit dieser Zweckbestimmung des näheren verhält, ob es lediglich auf den von der Mehrheit verfolgten Zweck oder weiterhin auch darauf ankommen soll, daß die Maßnahme der Erhöhung des Geschäftsanteils und der notwendig damit verbundenen gleichzeitigen Erhöhung der Einzahlungspflicht nach Art, Umfang und näheren Einzelheiten zur Erreichung des fraglichen Zwecks objektiv erforderlich, geeignet und ausreichend sind; alles Fragen, deren einigermaßen zutreffende Beurteilung häufig sehr zweifelhaft sein kann und sein wird. Hierzu kommt, daß die Geschäftsanteilerhöhung an und für sich gewiß keine Maßnahme der Abwicklung, sondern gerade umgekehrt eine solche des Aufbaus, der Erhaltung und Fortführung der Genossenschaft als lebendes Unternehmen ist. Nach § 7 Ziff. 2 GenG. ist weiter der Geschäftsanteil der Betrag, bis zu dem sich die einzelnen Genossen bei der Genossenschaft mit Einlagen beteiligen können. Die darauf freiwillig oder pflichtmäßig geleisteten Einzahlungen, Gewinn- und Verlustabstrichen sowie Verlustabstrichen bilden das Geschäftsguthaben eines Genossen, das dessen Beteiligung an der Genossenschaft darstellt und nach § 19 GenG. die Grundlage für die Gewinn- und Verlustverteilung, nach § 91 die Vermögensverteilung und nach § 73 GenG. für die Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Genossen ist. Die Geschäftsanteilerhöhung schafft und soll so nach dem Gesetz die durch entsprechende Einlagen oder Gewinnabstrichen zu verwirklichende Erweiterung der Beteiligung der Genossen am Genossenschaftsvermögen schaffen. Davon kann aber im

die Doppelnatur des aus den Einzahlungen auf den Anteil gebildeten Geschäftsguthabens. Dieses ist gewiß in erster Linie der Schaffung eines Betriebsvermögens der Gen. gewidmet, daneben dient es aber den Gläubigern der Gen. als primäres Garantiekapital. Bei dieser Haftungsfunktion des Geschäftsguthabens muß es auch zulässig sein, der GenVers. zu gestatten, eine Anteilserhöhung mit dieser Zweckbestimmung zu beschließen.

3. Das RG. lehnt weiter die Erhöhung ab, weil durch sie eine reine Zubußpflicht geschaffen werde, die für die Genossenlasten verboten sei. Die Gleichstellung der Anteilserhöhung im Liquidationsstadium mit einer reinen Zubuße oder Verlustumlage kann aber nicht anerkannt werden. Eine Verlustumlage könnte für alle Mitglieder nur in gleicher Höhe erhoben werden, während bei einer Erhöhung des Geschäftsanteils wenigstens bei Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht eine der Zahl der Geschäftsanteile angemessene Heranziehung der einzelnen Genossen zur Verlustdeckung erfolgen kann, wodurch wirtschaftlich eine gerechtfertigte Aufteilung erreicht werden könnte. Bei einer Verlustumlage würde es sich auch um tatsächlich verlorene Zuschüsse handeln, während bei der Erhöhung des Geschäftsanteils nach durchgeführter Liquidation sehr wohl eine Verteilung des überschüssigen und damit Rückzahlung der Erhöhungen nach § 91 GenG. Platz greifen könnte.

4. Erfreulich erscheint lediglich der Hinweis des RG. darauf, daß es unmöglich ist, die Erhöhung davon abhängig zu machen, ob der mit ihr erstrebte Zweck, die Schuldentilgung zur Abwendung des Konkurses, auch erreicht wird. Es kann allerdings nicht angenommen werden, daß der Beschluß nur bedingt gelten und hin-

fällig werden soll, wenn sich später herausstellt, daß der Konkurs doch eingeleitet werden muß. Die sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen wären unabsehbar; es würden damit eine Anzahl von Konkursprozessen der Genossen entstehen, die dann die Einzahlungen ohne rechtlichen Grund geleistet hätten. Eine Erhöhung, deren Gültigkeit durch ein späteres, ungewisses Ereignis rückwirkend vernichtet werden könnte, wäre auch aus registerrechtlichen Erwägungen nicht zu vertreten.

Man muß daher den Erhöhungsbeschluß als unbedingt gelten lassen. Enthält der Beschluß Angaben darüber, daß die Erhöhung zur Schuldentilgung und Konkursvermeidung dienen soll, so kann dies lediglich als Motiv der Genossen für die Beschlußfassung und damit als rechtlich unerheblich angesehen werden.

Problematisch kann dieser Gesichtspunkt im übrigen nur bei der eGmbH. werden. Bei der eGmbH. und der eGmbH. kann es den Genossen gleich bleiben, ob sie die Schulden der Gen. aus den Einzahlungen auf den Anteil oder auf Grund der Haftpflicht bedien.

Bei der eGmbH. würden allerdings die Genossen bei dem wider Erwarten doch eintretenden Konkurs einer Mehrbelastung unterliegen. Es darf aber auch hier die Gefahr für die Genossen nicht überschätzt werden.

Es muß der Gen. im übrigen überlassen bleiben, die Maßnahmen zu treffen, die ihr geeignet erscheinen, mit dem Mindestmaß an Kosten die Abwicklung durchzuführen. Dabei kann insoweit in der Majorisierung der Minderheit für diese eine unbillige Härte nicht gefunden werden.

5. Die jetzt vorl. Entsch. des RG. wird in der Genossenschaftsbewegung bedauert, weil damit eine nach wirtschaftlichen Ge-

<sup>1)</sup> JW. 1928, 2626.

Ernst bei Geschäftsanteilerhöhungen zum Zweck der Schuldentilgung nach Auflösung der Gesellschaft nicht mehr die Rede sein. Gewiß sind vor der Auflösung der Genossenschaft gegen die Erhöhung des Geschäftsanteils zum Zweck der Schuldentilgung und Vermeidung des Konkurses rechtliche Bedenken nicht zu erheben (s. a. RG. 72, 236<sup>9)</sup>; 106, 403<sup>7)</sup>). Was aber für die „lebende“ Genossenschaft gilt, ist damit nicht ohne weiteres auch Rechtens für die aufgelöste und in ihrer genossenschaftlichen Beziehung und Betätigung auf die Verwirklichung des Liquidationszwecks beschränkte Genossenschaft. Dieser Liquidationszweck ist auch keineswegs identisch mit dem Zweck des § 1 GenG. Tatsächlich läuft eine Anteilerhöhung und entsprechend erhöhte Einzahlungspflicht im Stadium der Auflösung mit dem bloßen Zweck der Schuldentilgung und Konkursabwendung auf Einführung einer Zubeckpflicht hinaus, die aber eben bei der eGmbH. schlechthin unzulässig ist.

Diese man ferner die Erhöhung des Geschäftsanteils bei der eGmbH. nach der Auflösung der Genossenschaft zu den genannten Zwecken — Schuldentilgung zwecks Abwendung des Konkurses — zu, so müßte folgerichtig auch gleiches für die Haftsumme gelten. Denn sehr wohl ließe sich die Möglichkeit denken, daß die Gläubiger oder wenigstens ein Teil derselben im Fall einer solchen Erhöhung sich zu einem die überschuldung beseitigenden Teilerlaß ihrer Forderungen und bzgl. des Rests zur Stundung verstehen würden. Das würde dazu führen, daß noch im Auflösungsstadium der Genossenschaft sich deren Mitglieder vor die Gefahr einer u. U. außerordentlich einschneidenden Verschärfung ihrer Haftung — man denke an Genossenschaften mit Pflichtbeteiligung nach einem Staffeltarif — gestellt sehen würden. Schließlich könnte mit denselben Gründen, aus denen der Vorderrichter die Erhöhung des Geschäftsanteils im Liquidationsstadium für statthaft hält, auch die Zulässigkeit einer Umwandlung einer GmbH. in eine solche mit unbeschränkter Haft- oder Nachschußpflicht durch qualifizierten Mehrheitsbeschluß gerechtfertigt werden. Ein ganz unannehmbares Ergebnis.

Nach alledem kann die beschlossene Anteilerhöhung nicht für rechtmäßig erachtet werden. Der Beschluß ist auch nicht bloß anfechtbar (§ 51 GenG.), sondern, weil er jedenfalls außerhalb der Grenzen der Mehrheitsherrschafft liegt, schlechthin ungültig, und zwar trotz seiner Eintragung im Genossenschaftsregister. Daran vermag hier auch der Hinweis der Bekl. auf RG. 118, 338 ff.<sup>8)</sup> nichts zu ändern. Gewiß ist dort die Möglichkeit der Rückumwandlung einer aufgelösten GmbH. in eine verbundene auch ohne Neugründung unter gewissen Voraussetzungen anerkannt, zu denen aber in erster Linie gehört, daß sämtliche Gesellschafter zustimmen. Gerade daran fehlt es aber hier, da nicht einmal alle in der GenVers. vom Juli 1931 anwesenden Genossen der Anteilerhöhung zugestimmt haben, vielmehr eine wenn auch kleine Minderheit dagegen gestimmt hat. Deshalb erübrigt sich auch ein Eingehen auf die Frage, wie es sich etwa dann verhielte, wenn der Erhöhungsbeschluß die Zustimmung sämtlicher Genossen gefunden gehabt hätte.

Der hier vertretene Standpunkt deckt sich mit der in RG. 106, 403 ff.<sup>9)</sup> geäußerten Rechtsauffassung, liegt ferner durchaus in der Linie der von dem erf. Sen. in RG. 117, 120/21<sup>10)</sup> und 125, 196 ff. eingenommenen Stellung.

War der Erhöhungsbeschluß aber richtig, so hat Kl. in

sichtspunkten erfolgende Liquidation der Genossenschaften erschwert wird und diese aus der Liquidation heraus in unwirtschaftliche Konkurse gedrängt werden. In zahlreichen Fällen wird ein Ausweg dadurch gefunden werden, daß die Genossenschaft den Geschäftsanteil zunächst erhöht und erst nach Eintragung des Erhöhungsbeschlusses und Ablauf der Anfechtungsfrist aus § 51 die Auflösung der Genossenschaft beschließt. Dieser Weg ist aber in den Fällen nicht gangbar, in denen sich die Konkursgründe erst im Verlauf der Liquidation ergeben.

In der Genossenschaftspraxis war die im RCUrt. erwähnte Entsch. des RG. auf das lebhafteste begrüßt worden. Angesichts des vorl. Urts. des RG. dürfte gegebenenfalls kein anderer Weg übrigbleiben, als anlässlich einer Kodifikation des GenG. eine Abänderung der sich aus der Entsch. des RG. ergebenden Praxis zu erreichen.

<sup>9)</sup> ZB. 1909, 688. <sup>7)</sup> ZB. 1924, 1593. <sup>8)</sup> ZB. 1928, 633.

<sup>10)</sup> ZB. 1924, 1593. <sup>10)</sup> ZB. 1927, 2514.

der Tat eine Nichtschuld bezahlt; die Bekl. ist daher zu deren Rückerstattung nach §§ 812, 818 BGB. verpflichtet.

(U. v. 18. Okt. 1932; 221/32 II. — Hannover.) [Ru.]

9. §§ 107, 111, 112 GenG.; §§ 329, 496 ZPO. Bei mehreren gegen die Vorschubberechnung gerichteten Anfechtungsklagen im Genossenschaftskonkurs muß die Monatsfrist des § 111 für jede Klage besonders gewahrt werden. Ist die Frist für eine von mehreren Klagen nicht gewahrt, so tritt durch ihre rechtskräftige Verweisung an das LG. zusammen mit den anderen Klagen eine Heilung des Mangels nicht ein. Durch Einreichung der Klage beim AG. wird nur dann die Frist gewahrt, wenn die Klage demnächst zugestellt, nicht aber wenn sie formlos von der einen Partei der anderen übergeben wird. Die Termine zur Verhandlung über die Vorschubberechnung sind durch öffentliche Bekanntmachung und Ladung, nicht aber durch Verkündung bekanntzugeben.

1. Die sämtlichen Kl. waren zur Zeit der Konkursöffnung in der gerichtlichen Liste der gemeinschaftlichen Genossenschaft als Genossen eingetragen. Deshalb ist die Anfechtungsklage aus § 111 GenG. für sie der einzige Rechtsbehelf zur Geltendmachung etwaiger Anfechtungsgründe gegen die Vorschubberechnung (s. z. B. RG. 50, 127; 69, 366; ZB. 1930, 1400). Diese Anfechtungsklage ist an besondere Voraussetzungen geknüpft, deren Vorhandensein das Gericht von Amts wegen zu prüfen hat (s. a. RG. 40, 151). Die erste dieser Voraussetzungen ist die, daß die Klage binnen der Notfrist von einem Monat seit Verkündung der Entsch. des KonkGer. über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Vorschubberechnung erhoben ist. Insofern sind Bedenken gegen die Fristzeitigkeit der Klagerhebung bez. der Kl. Ch., S., P., E., U. nicht zu erheben und nicht erhoben. Wohl aber hat der Bekl. bez. der Klage der Kl. B., Sch., L., V., G. die Fristzeitigkeit beanstandet. Der Vorderrichter führt zu diesem Streitpunkt unter Bezugnahme auf RG. 32, 395 ff. aus, daß die „Klagefrist“ von den letztgenannten Kl. nicht gewahrt sei, der rechtskräftige Verweisungsbeschluß aber für alle Klagen wirke, sich demnach auch auf die „verspäteten“ Klagen beziehe. Hieran ist so viel richtig, daß, wenn einmal das LG. mit der Verhandlung und Entscheidung eines Anfechtungsprozesses befaßt ist, damit seine Zuständigkeit für alle anderen, auch die verspätet erhobenen Anfechtungsklagen begründet ist; die nach Anhängigwerden eines Anfechtungsprozesses bei dem LG. nachkommenden Anfechtungsklagen müssen also nicht erst bei dem AG. eingereicht werden mit dem Antrag auf Verweisung an das LG., sondern können gem. § 112 GenG. unmittelbar bei dem LG. erhoben werden. RG. 32, 395 ff. beschäftigt sich aber nur mit der Zuständigkeitsfrage, nicht mit der Frage der Fristzeitigkeit der Klagerhebung. Aus der sachlichen Zuständigkeit des LG. folgt noch längst nicht die Fristzeitigkeit der Klage, gleichviel, ob der Verweisungsbeschluß rechtskräftig geworden ist oder nicht (s. a. LZ. 1908, 788). Solange die Klagen überhaupt noch nicht zugestellt waren, hing bez. ihrer der Verweisungsbeschluß als solcher in der Luft; derselbe konnte auch im Fall seiner Zustellung für sich allein Rechtshängigkeit nicht begründen. Gensowenig ist es von Bedeutung, daß die Klage der übrigen fünf Kl. rechtzeitig erhoben ist. Die Frage, ob die Monatsfrist des § 111 Abs. 1 GenG. gewahrt ist, muß vielmehr für jede einzelne Klage selbständig geprüft werden. Daran ändert auch § 111 Abs. 2 GenG. über die Rechtskraftwirkung nichts. Wie der Vorderrichter selbst feststellt, hatten nur die Kl. ihre verbundenen Anfechtungsklagen unter dem 9. Aug. 1930 bei dem AG. P. eingereicht; seitens des Kl. G. ist dies unter dem 15. Aug. 1930 geschehen. Die Monatsfrist des § 111 Abs. 1 GenG. lief auf alle Fälle erst mit dem Ende des 19. Aug. 1930 ab. § 496 Abs. 3 ZPO., der für alle bei dem AG. erhobenen Klagen gilt, wird nun allerdings die Wirkung der Klagezustellung, falls sie „demnächst“ erfolgt, insoweit, als es sich um die Wahrung einer Verjährungs- oder Ausschlussfrist handelt,

auf den Zeitpunkt zurückbezogen, zu welchem die Klage bei dem UG. eingereicht worden ist. Es erhebt sich die Frage, ob hier hinsichtlich der Kl. B. usw. von einer „demnächstigen Zustellung“ i. S. des § 496 Abs. 3 ZPO. die Rede sein kann. Das ist zu verneinen. Durch § 496 Abs. 1 u. 2 ZPO. ist für den UG-Prozess hinsichtlich des Zustellungswezens an Stelle des Parteibetriebs der Amtsbetrieb eingeführt worden. Im Anschluß daran bestimmt § 496 Abs. 3 ZPO., daß die Wirkungen der Zustellung einer Parteierklärung, durch die eine Frist gewahrt oder die Verjährung unterbrochen werden soll, bereits mit deren Einreichung oder Anbringung bei Gericht eintreten, sofern die Zustellung „demnächst“ erfolgt. Da des Amtsbetriebs wegen die Zustellung der Einwirkung der Parteien entzogen ist, soll und darf, wie es in der Begr. zu dem Ges. v. 1. Juni 1909 S. 32 heißt, die Zeit, welche die Gerichtsschreiberei zur Durchführung der Zustellung braucht, nicht zum Nachteil der Parteien gereichen. Das setzt jedoch voraus, daß es überhaupt zu einer Zustellung der Klage im Amtsbetrieb kommt. Eine solche ist indessen bez. der Klage der fünf Kl. B. usw. überhaupt nie erfolgt. Diese Klagen sind vielmehr in dem Verhandlungstermin vor dem Einzelrichter des UG. dem Befl. formlos behandelt worden. Gewiß konnte der Befl. auf rechtsförmliche Zustellung verzichten, auch soweit es sich um eine Zustellung im Amtsbetrieb handelte, und wenn ein solcher Verzicht innerhalb der Monatsfrist des § 111 GenG. erklärt worden wäre, hätte es zur Fristwahrung der Klagezustellung nicht mehr bedurft. Ein solcher Verzicht ist hier aber nicht erklärt. Allerdings hätte bei sachgemäßer Behandlung des Falls durch das UG. die Zustellung der bei ihm eingereichten Klagen von Amts wegen betrieben und durchgeführt werden müssen, ungeachtet des Verweisungsbefchl. v. 9. Aug. 1930. Das ist nun aber nicht geschehen. Erfolgt ist vielmehr nur eine formlose Klagebehändigung im Parteibetrieb, die als solche die Wirkungen des § 496 Abs. 3 ZPO. eben nicht auszulösen vermochte. Am 17. Okt. 1930 war im übrigen die Monatsfrist des § 111 GenG., wenn sie überhaupt v. 19. Juli 1930 ab zu laufen begann, längst zu Ende. Ein Verzicht auf die Einhaltung der Monatsfrist selbst ist rechtlich nicht möglich, deren Beachtung ist vielmehr in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen. Vor dem 17. Okt. 1930 ist sodann eine Prozeßhandlung, die, sei es auch nur zufolge Verzichts des Befl. auf die Beobachtung der besonderen Zustellungsformlichkeiten, der Klagezustellung, in Absicht auf die Wahrung der Frist des § 111 GenG. gleichzusetzen wäre, nicht erfolgt.

Eine andere Frage ist nun freilich die, ob die Monatsfrist des § 111 GenG. überhaupt durch die Verkündung der Vollziehbarkeitserklärung der berechtigten Vorschufberechnung im Termin v. 19. Juli 1930 in Lauf gesetzt wurde. Die Kl. bestreiten dies, weil jener Termin nicht ordnungsmäßig bekanntgemacht gewesen sei. Aber auch wenn dem so ist, so könnte daraus doch nur ein Grund für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist des § 111 GenG. und für die Entschuldbarkeit der unterbliebenen Erklärungen im Verhandlungstermin über die Vorschufberechnung hergeleitet werden. Ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist aber nicht gestellt. Muß es demnach dabei sein Bedenken haben, daß die Frist des § 111 GenG. am 19. Juli 1930 ab zu laufen begonnen hatte, so sind die Klagen der Kl. B. usw. verspätet erhoben. Insofern ist die Sache zur Endentsch. i. S. der Klageabweisung reif, und zwar durch Versäumnisurteil. Durch die verspätet erhobenen Klagen der fünf ersten Kl. ist eine notwendige Streitgenossenschaft im Rechtsinn mit den übrigen fünf Kl. nicht begründet worden.

2. Auch bez. der Klagen der Kl. Ch., S., P., E. A. rügt die Rev. Verletzung des § 111 GenG. Diese Kl. waren in dem zur Erklärung über die Vorschufberechnung anberaumten Termin v. 19. Juli 1930 weder erschienen noch vertreten. Nach § 111 GenG. ist nun aber die Anfechtungsklage nur statthaft, wenn der Kl. den Anfechtungsgrund in dem Erklärungsstermin geltend gemacht hat oder ihn ohne sein Verschulden geltend zu machen außerstande war. Der Vorderrichter meint nun, daß den Kl., die durchweg Maurer- oder Zimmermeister gewesen seien, die Unterlassung der Geltend-

machung der Unwirksamkeit der Goldmarkumstellung in dem Erklärungsstermin nicht zum Verschulden angerechnet werden könne. Mit Recht wendet sich die Rev. dagegen. Wird einmal unterstellt, daß die Bekanntmachung des Erklärungsstermins auf die Vorschufberechnung ordnungsmäßig erfolgt war, dann läge der Fall hier so, daß die Kl. Ch., S., P., E., A. sich nicht einmal veranlaßt gesehen hätten, auch nur in dem Verhandlungstermin über die Vorschufberechnung trotz gehöriger Bekanntgabe zu erscheinen; blieben sie aber solchenfalls fern, so handelten sie auf ihre eigene Gefahr. Wären sie z. B. im Termin erschienen, so würden sie z. B. Dhrzenzeugen davon gewesen sein, daß von mehreren Genossen die Gültigkeit der Umstellung der aus der Geldentwertungszeit herrührenden Papiermarktgeschäftsanteile bestritten wurde. Es ist nicht abzusehen, weshalb sie sich diese von Mitgenossen erhobenen, in verschiedene Fassung gekleideten Einwendungen nicht ebenfalls hätten zu eigen machen können, und weshalb sie dazu als Geschäftsleute, die sie sind, ohne ihr Verschulden außerstande gewesen sein sollen. In Wahrheit läge also der Fall so, daß diese Kl. zu gehöriger Geltendmachung des von dem RG. in den Vordergrund geschobenen Einwands um deswillen außerstande gewesen wären, weil sie im Termin ausblieben. Mit diesem Ausbleiben allein können sie aber die Nichtgeltendmachung ihrer Einwendungen nicht entschuldigen. Anders verhält es sich naturgemäß dann, wenn der Termin v. 19. Juli 1930 nicht gesetzmäßig bekanntgemacht war. Daß die Bekanntgabe des Termins v. 28. Juni 1930 gehörig erfolgt ist, haben die Kl. selbst nicht bestritten können. Nicht so steht es aber mit dem Termin v. 19. Juli 1930, der zur Erklärung über die berechnete Vorschufberechnung bestimmt war. Unstreitig ist dieser Termin weder öffentlich bekanntgemacht worden, noch ist eine besondere Ladung der Genossen zu demselben erfolgt. Der Befl. ist der Meinung, daß beides nicht notwendig gewesen sei, weil der Termin v. 19. Juli 1930 in dem zur Verkündung der Entsch. über die Vollziehbarkeitserklärung bestimmten Termin v. 5. Juli 1930 gem. § 108 Abs. 2 S. 3 GenG. bekanntgegeben worden sei und § 329 ZPO. hierher entsprechend anwendbar sei. Dem kann nicht beigetreten werden. Mit der im Termin v. 5. Juli 1930 verkündeten Entsch. hatte das KonkGer. die Vorschufberechnung des Konkursverwalters nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt, vielmehr gewisse Richtlinien aufgestellt, an Hand deren die Vorschufberechnung „berichtigt“ werden sollte, und gleichzeitig neuen Termin zur Erklärung über die dementsprechend neu aufgemachte Vorschufberechnung auf 19. Juli 1930 im Weg der Verkündung bestimmt. Diese neu aufzumachende Vorschufberechnung war also diejenige, über welche sich die Genossen gem. § 107 GenG. erklären sollten. Der Konkurs der eingetragenen Genossenschaften ist ein Sonderfall des Konkurses juristischer Personen. Soweit das GenG. nichts Abweichendes bestimmt, müssen deshalb die Vorschr. der RD. zur Anwendung kommen. Im Bereich der RD. gilt aber eben § 329 ZPO. nicht (s. a. Jäger § 72 Anm. 4; Mentzel, 4. Aufl., § 73 Anm. 2). Ist dem aber so, dann hätte in aller Regel hinsichtlich der Bekanntgabe des neuen Erklärungsstermins v. 19. Juli 1930 nach § 107 Abs. 1 S. 2 GenG. verfahren werden müssen. Die Notwendigkeit einer sorgfältigen Beachtung dieser Vorschr. rechtfertigt sich auch gerade wegen der sehr schweren Nachteile, die mit der Nichtwahrnehmung eines solchen Termins für die Rechte der Genossen verknüpft sind bzw. jedenfalls verknüpft sein können. Hinzu kommt noch, daß es sich bei den Mitgliedern der eingetragenen Genossenschaften häufig um Angehörige der minderbemittelten, weniger geschäftslundigen Klassen der Bevölkerung handelt. Ob eine öffentliche Bekanntgabe des Termins und besondere Ladungen sich erübrig hätten, wenn in der Versammlung v. 28. Juni 1930 angesichts der Mängel der vorgelegten Vorschufberechnung der Erklärungsstermin durch sofort verkündete Entsch. auf 19. Juli 1930 vertagt worden wäre, kann auf sich beruhen (s. a. § 93 Abs. 2 RD.), da dieser Fall hier nicht vorliegt. Hiernach ermangelte es bez. des Erklärungsstermins v. 19. Juli 1930 an der erforderlichen vorherigen gesetzlichen Bekanntmachung; damit ist aber schon das Ausbleiben der Mitkläger Ch., S., P., E., A. und auch das Nichtvorbringen der jetzt von ihnen geltend gemachten Anfechtungsgründe ausreichend entschuldigt.

Dem RG. ist deshalb hierher zwar nicht in der Begr., wohl aber im Ergebnis beizutreten.

(U. v. 20. Sept. 1932; 2/32 II. — Berlin.)

[Ru.]

**10.** §§ 120, 127 GenG. Der Beitritt von Genossen zu einer Genossenschaft mit unbeschr. Nachschußpflicht ist unwirksam, wenn die Beitrittserklärung nicht den Vermerk enthält, daß der Genosse mit seinem ganzen Vermögen zur Leistung der Nachschüsse verpflichtet ist. Auch die Eintragung im Genossenschaftsregister macht den Erklärenden nicht zum Genossen. Erfolgte Leistungen sind nach den Regeln der unger. Bereicherung zurückzugewähren. Die Genossenschaft selbst wird dadurch weder nichtig noch aufgelöst. †)

Die Rev. bittet zunächst um Nachprüfung der Frage, ob der Mangel einer den Erfordernissen des § 127 GenG. genügenden Beitrittserklärung in der Tat zur Folge haben müsse, daß die Kl. weder Genossen der Bekl. geworden, noch ihr gegenüber zur Abgabe einer formrichtigen Beitrittserklärung verpflichtet seien. Sie meint, gerade der vorl. Fall sei geeignet, gegen die Richtigkeit der in RG. 97, 307 ff. zur Auslegung des § 120 GenG. entwickelten Grundsätze Bedenken zu erwecken. Eine entsprechende Vorschr. sei in dem Ges. von 1868 nicht enthalten gewesen, obwohl es nur Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht gekannt habe; trotzdem sei davon ausgegangen worden, daß jeder, der einer solchen Genossenschaft beigetreten sei, sich selbst über die möglichen gefährlichen Folgen unterrichten müssen. Der Gesetzgeber von 1889 habe durch die neuen Vorschr. der §§ 120, 127 GenG. eine Gewähr dafür schaffen wollen, daß der Beitretende vor dem Beitritt über die rechtliche Tragweite seines Schritts möglichst aufgeklärt werde. Es sei aber keineswegs ausgeschlossen, daß dieser Aufklärungszweck auf andere Weise nicht ebenso gut erreicht werden könne. Die Kl. hätten die Szangung der bekl. Genossenschaft erhalten; die Lebenswahrscheinlichkeit spreche dafür, daß sie dieselbe auch durchgelesen und verstanden hätten; nötigenfalls hätte dieser Punkt gem. § 139 ZPO. von dem Vorderrichter aufgeklärt werden müssen.

Weder der sachlich-rechtliche noch der Prozeßangriff der Rev. schlagen durch.

In RG. 97, 307 ist die Frage behandelt, wie es sich mit dem Erwerb der Mitgliedschaft verhält, wenn bei einer eingetragenen Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht eine dem § 121 GenG. genügende Beitrittserklärung fehlt, trotzdem aber Eintragung in die Liste der Genossen erfolgt ist und die so Eingetragenen sich am genossenschaftlichen Leben beteiligt haben. Der erf. Sen. ist damals zu dem Ergebnis gelangt, daß die Beitrittslustigen nicht Genossen geworden seien und hieran weder durch die Eintragung in die Liste noch durch die jahrelange Ausübung der genossenschaftlichen Rechte und die Erfüllung der genossenschaftlichen Pflichten etwas geändert werde. Dieses Ur. bezieht sich zwar auf eine Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht, während es sich hier um eine solche mit unbeschränkter Nachschußpflicht handelt. Es liegt aber auf der Hand, daß insoweit die Auslegung des § 127 GenG. keine andere sein kann, als die des § 120 GenG. Das will auch die Rev. nicht in Zweifel ziehen. Sie wendet sich deshalb gerade gegen die in RG. 97, 307 ff. ver-

Zu 10. Das RG. zieht hier die schuldrechtlichen Folgerungen ungültiger Beitrittserklärungen unter Aufrechterhaltung seiner bisherigen Mpr. in der Sache: es wendet Bereicherungsgrundsätze in aller Strenge an. Das Besondere des ausnahmsweise unglücklichen Falls liegt nur darin, daß von 288 Mitgliedern 208 ungültige Beitrittserklärungen abgegeben, gleichwohl aber jahrelang sich als Genossen betätigt haben. In einem solchen Falle sind durch das grobe Versehen des Vorstands der GenBank und des Registrars nicht bloß diese Scheingenossen, sondern noch mehr die geringe Zahl der gültig beigetretenen, nun allein verhafteten Genossen betroffen, ebenso aber die Gläubiger der Genossenschaft. Die Geschäftsrundlage aller besonderen Beziehungen zu den „ungültigen Genossen“ ist weggefallen, mancher Beschluß der Generalversammlung wird unwirksam sein, weil in der Mehrzahl Nichtgenossen mitgestimmt haben, die Bestellung solcher vermeintlicher Genossen als Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder ist nach § 9 GenG. unwirksam. Trotzdem der Tatbestand

tretere Rechtsauffassung. An derselben ist aber auch bei wiederholter Nachprüfung festzuhalten. Zunächst hat sie, soweit ersichtlich, im Schrifttum allseitige Billigung gefunden (s. z. B. Parisius-Krüger-Citron, GenG., 12. Aufl., § 120 Anm. 2 und Verweisung bei § 127 GenG.; Nagel, Das GenG. § 120 Anm. 1 und § 127 Anm.; Rieß bei Ehrenberg, Handb. des ges. Handelsrechts, Bd. III 2, S. 90 und 91 oben; ferner Werneburg: JHR. 1930, 16 ff.; auf demselben Rechtsboden stand früher schon Waldecker, Die eingetragenen Genossenschaften S. 172 oben und 174 Ziff. 4b; sowie Deumer, Das Recht der eingetragenen Genossenschaften S. 134/35). Abgesehen aber davon liegt kein Grund vor, von der in RG. 97, 300 ff. entwickelten Rechtsauffassung abzuweichen. Dort ist zunächst im Anschluß an die bisherige Mpr. ausgeführt, daß gem. § 15 GenG. nach Anmeldung der Szangung zum Genossenschaftsregister der Erwerb der Mitgliedschaft einer von dem Beitretenden zu unterzeichnenden unbedingten Beitrittserklärung bedürfe, und daß die Beobachtung dieser Schriftform unerläßliche Voraussetzung für die Erlangung der Mitgliedschaft sei. Daran ist festzuhalten, zumal es trotz der inzwischen erfolgten mannigfachen Änderungen des GenG. bei § 15 Abs. 1 GenG. belassen worden ist. Nach §§ 120, 127 GenG. müssen nun die Beitrittserklärungen den ausdrücklichen Hinweis enthalten, daß die einzelnen Genossen mit ihrem ganzen Vermögen für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft in bestimmter Weise einzustehen haben. Diese Klausel ist von dem Gesetz zwingend zum Bestandteil der Beitrittserklärung selbst gemacht worden und unterliegt ebenso dem Formzwang wie diese. Die amtliche Begr. zum Entw. des Ges. von 1889 gibt als Grund für diese neue Best. an, daß der Beitretende über die rechtliche Tragweite seines Schrittes tunlichst aufgeklärt werden soll und hebt ausdrücklich hervor, daß ohne den Hinweis die Beitrittserklärung ungültig sei (s. Mat. zu dem Ges. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v. 1. Mai 1889 S. 127). Es handelt sich also ganz offensichtlich um eine Formvorschrift zum Schutz gegen überreile und unbedachte Beitrittserklärungen. Daß der Beitritt zu Genossenschaften mit unbeschränkter Haft- und Nachschußpflicht die Übernahme eines erheblichen finanziellen Risikos bedeutet und unter Umständen zum finanziellen Zusammenbruch auch der einzelnen Genossen führen kann, liegt auf der Hand. Das GenG. ist jedoch gerade auch auf die Bedürfnisse der wirtschaftlich schwachen und vielfach auch geschäftsunbewandten Bevölkerungskreise zugeschnitten, die sich häufig davon keine Vorstellung zu machen imstande sind, was es mit der rechtstypischen Bezeichnung „Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht“, „unbeschränkter Haftpflicht“ bzw. „unbeschränkter Nachschußpflicht“ eigentlich für ein Bewenden hat. Es ist deshalb sehr wohl verständlich, wenn der Gesetzgeber mit aus sozialpolitischen Gründen heraus im Hinblick auf die minderbemittelten, einfachen und in allerlei Dingen unerfahrenen Bevölkerungskreise eine besondere Schutzbestimmung für nötig befunden und sie eben in der Einführung einer entsprechenden formellen Beitrittserklärung gefunden hat, mangels deren der Beitretende nicht Genosse wird und werden kann. Allerdings hätte die Aufklärung über die mit dem Beitritt zu Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht und mit unbeschränkter Nachschußpflicht verbundenen Gefahren auch auf anderem Weg erfolgen können. Eine solche Erwägung kann

alle diese Konsequenzen erschrecklicher Weise vor Augen führt, lehnt das RG. alle Konstruktionen zur Milderung der Ergebnisse reiner Bereicherungsgrundsätze entschieden und juristisch nicht anfechtbar ab. Es fehlt eben eine Vorschr. wie in § 189 HGB. Man müßte sie unbedingt schaffen, etwa nach einer Reihe von Jahren bei Ausübung aller Mitgliedsrechte Heilung verordnen: denn die Praxis muß hier den unkundigen, durch die strenge Form beim Beitritt zu schuldenden Genossen inzwischen erfahren gemacht haben. Die anderen oben bezeichneten Interessen sind auf die Dauer die stärkeren. Der Mangel ist nur erträglich, weil ein solcher Massenfall wohl eine Einmaligkeit ist. Der Vergleich mit dem Justizfiskus war offensichtlich durch das grobe konkurrierende Verschulden des Vorstands angezeigter Gläubiger von Genossenschaften werden bei entlegeneren Registergerichten Vorsicht anwenden müssen.

Stadtrat Dr. Rieß, Berlin.

aber gegenüber einer Formvorschrift, wie sie hier vorliegt, nicht durchschlagen. Mit ihrer gegenteiligen Auffassung verkennt die Rev. eben diesen Charakter der §§ 120, 127 GenG. Gewiß hätte das Gesetz sodann so oder so eine spätere Heilung des Mangels zulassen können. Das ist aber gerade nicht geschehen, und dabei ist es auch bisher belassen worden. Mit Recht ist auch schon in RG. 97, 310 darauf hingewiesen, daß im GenG. eine dem § 189 Abs. 4 HGB. entsprechende Best. fehlt, und die Eintragung in die Liste der Genossen einen Mangel der Beitrittserklärung, wie er hier vorliegt, nicht heilen kann. Davon abzugehen, liegt um so weniger Anlaß vor, als die berechtigten Belange der Genossenschaft in erster Linie dadurch geschützt sind, daß der Vorstand kraft seiner Amtspflicht auf Beibringung formgerechter Beitrittserklärungen zu achten und sie daraufhin vor Weitergabe an das Registergericht pflichtmäßig nachzuprüfen hat. Ebenso liegt dem Registerrichter die Pflicht ob, sich von der Formrichtigkeit der Beitrittserklärungen zu überzeugen, ehe er die Einschreibung in die Liste verfügt. Wenn diese Kontrollstellen versagen, so folgt daraus jedenfalls noch keineswegs, daß etwa um deswillen nun die Anwendbarkeit der §§ 120, 127 GenG. zu Lasten der beteiligten Genossen entfallen müßte. Ebenso wenig handeln diese arglistig, wenn sie sich auf den Mangel ihrer Beitrittserklärung berufen, auf den sie hier unzweifelhaft erst durch die Verfügung des Registerrichters aufmerksam gemacht worden sind.

Die Rev. der Befl. macht ferner geltend, daß, auch wenn die Kl. nie Genossen der Befl. gewesen seien, ihre Bereicherungsansprüche nicht begründet sein würden; von 288 Genossen der Befl. seien 208 in derselben Lage, wie die Kl.; nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen könne eine Gesellschaft des bürgerlichen oder Handelsrechts, welche ihren Geschäftsbetrieb nach außen begonnen habe, nicht nach rückwärts hin vernichtet werden, sie könne nur liquidieren. Selbst wenn man nicht mit Parisius-Krüger, GenG. §§ 120, 127 Ann. 2 einen eigentlichen Anfechtungsfall anzunehmen habe, müsse jener Rechtsgrundsatz hierher entsprechend gelten, mit hin zu einer entsprechenden Anwendung der §§ 730 ff. BGB. oder des § 73 GenG. führen; äußerstenfalls läge Rechtsgemeinschaft i. S. der §§ 741 ff. BGB. vor. Auch diese Revisionen sind nicht begründet. Daß der Mangel formgerechter Beitrittserklärung den Beitritt trotz des Listeninhalts schlechthin nichtig macht, ist schon oben dargelegt; dort ist auch durch Bezugnahme auf Parisius-Krüger-Eitron klargestellt, daß in der neuesten Auflage dieses Erläuterungsbuchs dieselbe Auffassung vertreten ist. Es ist sodann keineswegs an dem, daß die bef. Genossenschaft als solche nichtig wäre. Davon kann gar keine Rede sein. Nach dem eigenen Vorbringen der Befl. übersteigt die Zahl der zu Recht als Genossen in der Liste angeführten Mitglieder sogar noch um mehr als das Zehnfache die in § 80 GenG. genannte Ziffer. Es liegt sodann hier weder einer der in §§ 94 ff. GenG. aufgezählten Nichtigkeitsgründe vor, noch treffen sonst die Voraussetzungen dieser Vorschr. zu. Für die entsprechende Anwendung des § 97 GenG. auf einen Tatbestand, wie er hier vorliegt, ist gleichfalls kein Raum. Ganz abgesehen von allen sonstigen Bedenken ist hier die Beitrittserklärung als solche nichtig und fehlt es deshalb an einer rechtsverbindlichen Haftungsübernahme. Ebenso wenig ist eine entsprechende Anwendung der vor dem erf. Sen. in RG. 85, 311 ff.<sup>1)</sup> für den Fall der Nichtigkeit einer im Handelsregister eingetragenen Kapitalerhöhung bei der GmbH. aufgestellten Grundsätze auf den Fall der Nichtigkeit der Beitrittserklärung eines Genossen möglich. Vollends ausgeschlossen ist eine solche Anwendung der §§ 730 ff. BGB. oder der §§ 741 ff. BGB. Die Kl., die nicht Mitglieder der bef. Genossenschaft geworden sind, stehen ihr wie beliebige Dritte gegenüber. Die Befl. hat auch trotz der inzwischen eingetretenen Auflösung nach wie vor ihre juristische Persönlichkeit behalten. § 73 GenG. endlich setzt ein rechtsgültig zur Entstehung gelangtes Genossenverhältnis voraus; daran fehlt es aber hier gerade. Auch diese Best. findet daher auf einen Tatbestand, wie er hier vorliegt, keine, auch keine sinn-gemäße Anwendung. Im übrigen würde die Anwendung der

von der Rev. vertretenen Grundsätze folgerichtig dazu führen, daß die Kl., die rechtlich überhaupt nie Genossen der Befl. waren, sich so behandeln lassen müßten, wie wenn sie dies geworden wären. Das ließe darauf hinaus, daß der Schutzzweck der §§ 120, 127 GenG. im Ergebnis so gut, wie vereitelt würde. Das verbietet aber der Charakter dieser Vorschriften.

Demnach ist bei der weiteren rechtlichen Beurteilung davon auszugehen, daß die Kl. in Wirklichkeit nie Genossen der Befl. gewesen sind und die in und zwecks Erfüllung angebl. übernommener genossenschaftlicher Verpflichtungen ihrerseits erfolgten Leistungen ohne Rechtsgrund an die Befl. gemacht haben, letztere also die Leistungen ohne Rechtsgrund hinter sich hat.

(U. v. 28. Juni 1932; 443/31 II. — Rostock.) [Ru.]  
 (= RG. 134, 74.)

## V. Bürgerliches Gesetzbuch.

11. §§ 816, 185 BGB. Wenn der Lagerhalter Lagergut einem Dritten zur Sicherheit übereignet und dieser später mit Zustimmung des Lagerhalters das Gut veräußert und abredgemäß den Erlös dem Lagerhalter gutbringt, so ist der Lagerhalter der, der rechtlich über das Gut verfügt hat; der Dritte ist nicht bereichert.

Die Kl. hatte eine größere Menge Sojabohnenschrot bei der Firma B. eingelagert, die ihrerseits einen Teil dieses Lagergutes im Gewicht von 183 t der Firma R. zur Aufbewahrung gab. Die Firma B. übereignete der Befl. zur Sicherung eines ihr gewährten Kredits 313 t des Lagergutes der Kl. Die Übergabe wurde dadurch ersetzt, daß bez. des an die Firma R. weitergegebenen Postens der Herausgabeanspruch abgetreten wurde, und bez. des Restes von 130 t eine Verwahrung zugunsten der Befl. vereinbart wurde.

Im Einverständnis mit der Befl. hat dann die Firma B. beide Posten weiterveräußert. Den Erlös erhielt die Befl. zur Abdeckung des gewährten Kredits.

Die Kl. ist der Meinung, daß die Befl. als Nichtberechtigte über ihr Lagergut verfügt habe, und verlangt Herausgabe des an sie gezahlten Veräußerungserlöses. Das RG. hat die Klage abgewiesen.

Das BG. führt zunächst aus: Die Befl. habe durch den Sicherungsübereignungsvertrag das Eigentum an den im unmittelbaren Besitz der Firma B. verbliebenen 130 t nicht erlangt, weil die hierzu nach § 933 BGB. erforderliche Übergabe nicht erfolgt sei. Die Kl. sei also zunächst noch Eigentümerin dieses Teiles des Lagergutes geblieben. Ihr Eigentum sei aber dann dadurch verlorengegangen, daß die Firma B. das Lagergut an gutgläubige Dritte weiterveräußerte.

Insofern sind die Ausführungen des BG. bedenkenfrei. Mit Recht wendet sich diese aber gegen die Annahme des BG., daß die Befl. es gewesen sei, die über das Eigentum der Kl. verfügt hat. Die Verfügung, durch die Kl. ihr Eigentum verlor, war die Veräußerung an gutgläubige Dritte. Die Veräußerung ist aber durch die Firma B. erfolgt. Diese hat die Veräußerung im eigenen Namen vorgenommen. Sie war es auch, die die Veräußerungsbedingungen und die Höhe des Kaufpreises bestimmte. Das BG. hat dies nicht verkannt. Es meint gleichwohl die Befl. als die Verfügende ansehen zu können, weil sie ihre Zustimmung zur Veräußerung gegeben und mit der Firma B. vereinbart hatte, daß der Erlös ihr zugute kommen solle. Dadurch aber, daß die Befl. der Veräußerung der Waren durch die Firma B. zustimmte, wurde sie nicht selbst diejenige, die über die Waren verfügte. Noch weniger konnte sie es dadurch werden, daß die Firma B. zusichere, ihr den Erlös der Veräußerung zuzuwenden. Allerdings kann auch eine bloße Zustimmung zur Rechtshandlung eines anderen die maßgebliche Verfügung enthalten. Dies trifft dann zu, wenn ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand verfügt und der Berechtigte hierzu seine Einwilligung gegeben hat (§ 185 BGB.). Die Befl. war aber nicht die Berechtigte. Sie glaubte es nur zu sein. Diejenige Rechtshandlung, die den Eigentumsverlust der Kl. herbeiführte, war allein die Veräußerung durch die Firma B. In dem im Ur. des erf. Sen.:

<sup>1)</sup> ZB 1915, 95.

ZB. 1912, 584 behandelten Falle lag es anders. Dort erfolgte die Veräußerung durch einen Einlagerer, nicht durch den Lagerhalter.

Wenn das BG. weiter meint, eine ausdehnende Auslegung des § 816 BGB. sei deswegen geboten, weil sonst der Kl. überhaupt kein Anspruch zur Seite stehe, so trifft auch diese Erwägung nicht zu. Die Firma B. hat nicht nur den widerrechtlichen Eingriff in das Eigentum der Kl. vorgenommen. Sie ist auch diejenige, die durch diesen Eingriff etwas erlangt hat. Sie hat den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises erworben und hat auch den Kaufpreis i. S. des § 816 BGB. erlangt. Er wurde zwar nicht an sie selbst ausgezahlt, wohl aber für sie an die Bekl. Die Firma B. war es daher auch, die durch die von ihr vorgenommene Verfügung bereichert wurde. Die Zahlung an die Bekl. minderte ihre Kreditschuld.

Aus dem Ausgeführten ergibt sich zugleich, daß auch die Weiterveräußerung der bei der Firma A. eingelagerten Ware den eingeklagten Teilanspruch nicht zu stützen vermag. Er entfällt ohne weiteres, wenn die Bekl. durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs Eigentümerin der Ware geworden war. War das Eigentum der Kl. aber erhalten geblieben, und hat sie dieses erst durch die Weiterveräußerung verloren, so schlägt auch hier § 816 BGB. nicht ein, weil eben nicht die Bekl. veräußert hat, sondern die Firma B.

(U. v. 10. Okt. 1932; 232/32 IV. — Naumburg.) [Ra.]

### b) Strafsachen.

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

**\*\* 12.** § 266 Ziff. 2 StGB. Der Geschäftsführer einer GmbH., der zur Sicherung eigener, von den Gesellschaftern bestrittener Forderungen gegen die Gesellschaft Blankowechsel der Gesellschaft ausfüllt und für sich verwendet, begeht eine Untreue.†)

Das RG. erblickt das Vergehen des Beschw. H. S. gegen § 266 Ziff. 2 StGB. darin, daß er als Geschäftsführer der

Zu 12. I. Die strafrechtlichen Vorschr. des GmbHG. bezwecken nach der Begründung des GesEntw. lediglich den Schutz des im Geschäfts- und Kreditverkehr mit der Gesellschaft stehenden Publikums gegen gemeingefährliche Verletzungen. Die Gläubiger der Gesellschaft sollen vor widerrechtlicher Verkürzung des Gesellschaftsvermögens bewahrt werden. Dagegen erschien ein besonderer über das gemeine Strafrecht hinausgehender strafrechtlicher Schutz der Gesellschafter — anders als bei der AktG. — nicht erforderlich. Deshalb fehlt auch eine dem Defizit der aktienrechtlichen Untreue in § 312 HGB. entsprechende Best. Für den Schutz der Gesellschafter der GmbH. gegen rechtswidrige Handlungen ihrer Organe bleibt es bei den allgemeinen Vorschr. des StGB., insbes. bei der Vorschr. in § 266 Nr. 2 StGB. Der gesetzliche Tatbestand der aktienrechtlichen Untreue ist erheblich weiter, als der der Untreue nach § 266 StGB. Nach § 312 HGB. ist jedes absichtliche Handeln zum Nachteil der Gesellschaft strafbar, d. h. jede Handlung, durch die sich die Vermögenslage der Gesellschaft irgendwie, sei es auch nur vorübergehend verschlechtert (vgl. RGSt. 27, 39). Zur Strafbarkeit nach § 266 Nr. 2 wird dagegen eine nachteilige Verfügung über bestimmte Vermögensgegenstände, Forderungen oder andere Vermögensstücke, erfordert.

II. Nach der ständigen Rspr. des RG. ist dabei unter einem „Vermögensstück“ des „Auftraggebers“ nur ein bestimmter einzelner zu dessen Vermögen gehöriger Gegenstand von wirtschaftlichem Wert zu verstehen. Dagegen fällt die bloße Belastung des Vermögens als solchem mit einer Schuldbverbindlichkeit, ohne daß diese für einen bestimmten einzelnen Vermögensgegenstand eine Vermögensänderung herbeiführt, nicht unter § 266 Nr. 2 StGB. (so zusammenfassend RG. v. 19. Dez. 1927: ZB. 1928, 2258). Der Umfang, daß durch die Begebung von Akzepten als Wechselversprechen das Gesamtvermögen der Gesellschaft mit einer Schuld belastet wurde, reicht danach zur Erfüllung des Tatbestandes der Untreue nicht aus. Die einschlägige Frage, die die Entsch. auf sich beruhen läßt, wäre nach der bisherigen Rspr. des RG. zu verneinen (vgl. RGSt. 10, 72 mit dem in RGSt. 13, 378 mitgeteilten zugrunde liegenden Tatbestande und die von Sachenburg, Erk. zu § 84 zit. RGSt.: Bauersz. 19, 12).

Schon RGSt. 13, 376 hat deshalb, um zum Tatbestand der

Wer R.-Ziegelei GmbH. vier Wechselformulare mit dem Akzept der Gesellschaft, zwei auch mit einer Summenangabe, versehen und sich zugeeignet habe, und zwar drei zur „Sicherung“ einer von ihm gegen die Gesellschaft geltend gemachten, an seinen Bruder, den Beschw. J. S. abgetretenen Forderung, die, wie das BG. zu seinen Gunsten unterstellt, tatsächlich bestand, die aber, wie er wußte, von der Mehrheit der Gesellschafter bestritten wurde, und die jetzt Gegenstand eines Rechtsstreits zwischen der Gesellschaft und dem Zeßionar ist, das vierte Akzept später zur Befriedigung eines persönlichen Gläubigers. Ein Rechtsfehler tritt hierbei nicht zutage.

Die Frage, ob bereits die bloße Belastung des Vermögens der Gesellschaft mit einer Wechselverpflichtung eine Verfügung über Vermögensstücke des Treugebers enthält, kann dabei auf sich beruhen. Im vorl. Fall hat der Beschw. als Geschäftsführer das Akzept der Gesellschaft nicht auf einen in fremdem Eigentum befindlichen und verbliebenen Wechsel gesetzt, sondern er hat durch seine Handlung die Wechselurkunden mit den darin verkörpertem, wenn auch von der Begebung abhängigen Wechselverbindlichkeiten erst geschaffen. Da er hierbei in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer, d. i. als ausführendes Organ der Gesellschaft handelte, hat er auch für diese Besitz und Eigentum an den Wechseln erworben (§ 35 Abs. 1 GmbHG.; RGSt. 26, 246, 248), einerlei, ob die zu ihrer Herstellung verwendeten Formulare sein Eigentum oder das der Gesellschaft waren. Der § 950 BGB. steht dem nicht entgegen. Hersteller i. S. dieser Best. ist nicht immer nur derjenige, der persönlich die neue Sache herstellt; da die Herstellung auch mit Hilfe anderer erfolgen kann, so kann es auch der Geschäftsherr sein, für den die Herstellung erfolgt (vgl. RGSt. 37, 329, 330; RG. 72, 281, 285). Das ist, da der Geschäftsführer einer GmbH. zu dieser in einem Dienstverhältnis steht, auch hier der Fall. Ein etwa entgegenstehender innerer Wille des Geschäftsführers kommt dabei nicht in Betracht.

Die Wechselurkunden stellen, wie in der Rspr. des RG. anerkannt ist, schon vor der Begebung und vor völliger Ausfüllung Vermögenstücke der Gesellschaft dar (vgl. RGSt. 42, 227, 228 und die dort weiter angegebenen Entsch.). Über diese hat der Beschw. verfügt. Daß er dazu nach außen hin kraft seiner Vertretungsmacht als Geschäftsführer befugt

Untreue zu gelangen, die weitere Frage untersucht, ob ein mit dem Akzept versehenes Wechselformular in der Hand des zeichnenden Eigentümers als sein Vermögensstück i. S. des § 266 Nr. 2 StGB. betrachtet werden kann. Das RG. hat damals bereits ausgeführt, daß das verwendete Formular als solches für seinen Eigentümer einen in Geld ausdrückbaren Wert nicht bestimme und schon deshalb als Vermögensstück nicht gelten könne. „Es sei aber zu berücksichtigen, daß weder die ausschließliche Betrachtung eines Wechsels aus dem Gesichtspunkt der körperlichen Sache und des Eigentums an dieser, noch die ebenso ausschließliche Betrachtung desselben aus dem Gesichtspunkt der obligatorischen Wechselverhältnisse das Wesen der Sache erschöpfe. Vermöge des Umfandes, daß die Forderungen und Verbindlichkeiten in der Wechselurkunde inkorporiert seien, gewinne das mit einer solchen Unterschrift in wechselfähiger Form versehene Papier eine ganz andere Bedeutung.“ Der Eigentümer habe ein wesentliches Interesse an der Fortdauer seines Eigentums und Besitzes an dem von ihm gezeichneten Wechselformular, das sehr wohl in Geld schätzbar sei, und deshalb sei ein derartiges Papier schon in der Hand des zeichnenden Eigentümers als Vermögensstück zu betrachten. Dieser Standpunkt, daß zwar nicht das bloße Eigentum und der Besitz am Papier einer jeden Schulurkunde zum Aktivvermögen des Ausstellers gerechnet werden kann, daß aber eine andere Behandlung in den Fällen geboten ist, in denen nach gesetzlicher Vorschr. oder geltender Verkehrsanschauung die Urkunde einen selbständigen wirtschaftlichen Wert annimmt, der ihre jeberzeitige Umfahfähigkeit in sich schließt, ist in der Folge vom RG. ständig festgehalten worden. So wurden RGSt. 39, 184 und 41, 265 Hypothekenbriefe, RGSt. 61, 174 ein Grundschuldbrief, RGSt. 26, 111 ein Bankdepotschein, RGSt. 31, 437 ein Pfandschein, RG.: GoldbArch. 52, 246 sogar die vollstreckbare Ausfertigung eines gerichtlichen Vergleiches als Vermögensstücke anerkannt (vgl. auch Ulsberg, ZB. 1928, 2258; Ulsberg, ZB. 1928, 2258). In allen diesen Fällen handelt es sich jedoch um Urkunden, in denen wirklich schon bestehende Ansprüche verbrieft sind. Bei den hier in Frage kommenden Wechselurkunden dagegen waren bestimmte Ansprüche vor der Begebung bzw. der vollständigen Ausfüllung der Formulare noch gar nicht in Frage. Das RG. hat gleichwohl ständig auch schon in der Hand des Akzeptanten befindliche Akzente, und zwar auch Blanko-

war, schließt die Annahme von Untreue nicht aus; im Gegenteil ist es gerade deren Voraussetzung, daß eine bestehende Vertretungsmacht mißbraucht wird. Einen solchen Mißbrauch, und zwar gegenüber der Gesellschaft, hat das LG. ohne Rechtsirrtum ersichtlich angenommen, auch wenn es an einer Stelle sagt, daß der Beschw. bewußt gegen den Willen und die Interessen der Gesellschafter gehandelt habe.

Im Innenverhältnis, der Gesellschaft gegenüber, ist der Geschäftsführer in seiner Vertretungsmacht durch den Gesellschaftsvertrag, gegebenenfalls durch die Beschlüsse der Gesellschaft beschränkt, und solche Beschlüsse hat er selbst herbeizuführen, wenn es im Interesse der Gesellschaft er-

forderlich erscheint (§§ 37, 48, 49 GmbHG.). Nach der aus dem Urteilszusammenhang ersichtlichen Annahme des LG. hat der Beschw. diese Verpflichtung dadurch verletzt, daß er die Herbeiführung eines Beschlusses der Gesellschafter über Sicherung oder Begleichung der Forderung, dessen Ergebnis ihm angeichts ihres Bestrittenseins durch die Mehrheit der Gesellschafter nicht zweifelhaft war, böswillig unterließ und der Forderung — wie er wußte, gegen den Willen der Gesellschaft — durch die Wechsel Sicherung verschaffte. Er hat somit rechtswidrig gehandelt (RG. 35, 83, 87).

Auch die Annahme, daß der Beschw. hierdurch „gegen die Interessen“ der Gesellschaft, zu ihrem Nachteil gehandelt

akzeptierte, als Vermögensstücke des Akzeptanten angesehen (RGSt. 14, 185; 23, 316, 317; 42, 227). In RGSt. 23, 247 ist der gleiche Standpunkt auch für den Aussteller und Indossanten von Wechseln an eigene Ordre eingenommen, die noch nicht mit dem Akzept des Bezogenen versehen waren (vgl. auch RG.: Recht 1923 Nr. 2917; Nr. 2 Nr. 287). Das RG. hat selbstverständlich diese Schwierigkeit nicht verkannt. Bereits in RGSt. 13, 380 ist deshalb der Wert von Besitz und Eigentum an dem noch nicht begebenen Papier, der dieses zu einem Vermögensstück macht, dahin umschrieben, daß die Fortdauer seines Besitzes und Eigentums bewirke, daß der Eigentümer nicht durch rechtswidrigen Gebrauch durch einen Dritten ärmer gemacht, d. h. mit einer Wechselverbindlichkeit belastet werden kann. In RGSt. 26, 247 kehrt dieser Gedanke wieder, während in RGSt. 23, 317 gegenüber den Einwendungen der Rev. gegen diese Erwägungen der Gesichtspunkt in den Vordergrund gerückt ist, daß bei wirtschaftlicher Betrachtung das Wechselakzept schon vor der Besitzentfaltung für den Akzeptanten positiven Wert habe, gerade weil der Wechsel durch die Bezeichnung des Akzeptierten Träger einer Forderung wird, deren formale Natur es ermöglicht, sowohl zu entstehen als auch durch Konfusion nicht sofort unterzugehen, wenn und obgleich Schuld und Forderung in einer Person zusammenfallen. Das Akzept habe auch deshalb in den Händen des Akzeptanten Geldwert, weil der durch seinen Gebrauch entstehenden Belastung desselben mit einer Wechselforderung der Erwerb eines Anspruchs auf die Valuta gegenüberstehe, der unter Umständen gegenüber der Wechselverbindlichkeit vorteilhaft sein könne. „Das umlaufsfähige Akzept habe seinen Wert schon an sich; nicht erst die Annahme gebe ihm Wert, sondern sie sei nur Folge und Bestätigung des letzteren, die Anerkennung, daß die Voraussetzung desselben, der Kredit des Akzeptanten vorhanden sei und sein Erzeugnis den Wert der Valuta habe. . . Der Wert des Akzeptes sei demnach ein mittels des Kredits geschaffener körperlicher Gegenstand, ein realer Wert.“ Das gelte auch für Blankoakzente. Auch diese hätten selbständigen Wert, weil sie bereits Träger des Verpfändens des Akzeptanten seien, dem Besitzer des Papiers, der sich darauf als Aussteller bezeichnen oder seinen Besitz von diesem wechselmäßig ableiten werde, die Wechselsumme nach Wechselrecht zu zahlen. Die Möglichkeit, das Papier durch die jedem rechtlichen Besitzer zustehende Ergänzung klagbar zu machen, mache es schon vorher umlaufsfähig und gebe ihm Verkehrswert, den der Akzeptant zur Gewinnung einer Gegenleistung verwenden könne. Man wird sich des Eindruckes nicht erwehren können, daß gerade vom praktisch-wirtschaftlichen Standpunkte aus, diese ganzen Konstruktionen gekünstelt und gezwungen erscheinen; denn — zumal ein unausgefülltes — Blankoakzept in der Hand des Akzeptanten wird eben im täglichen Leben ganz zweifellos zum mindesten vor Verfügung über dasselbe nicht als Vermögensstück des Akzeptanten gewertet. Es würde deshalb auch niemals zulässig sein, demselben irgendeinen tatsächlichen Wert, z. B. bei Aufstellung einer Bilanz, beizumessen. Alle die Erwägungen, die das RG. zur Begründung seiner gegenteiligen Meinung anführt, bedeuten in Wahrheit eine Rückbeziehung späterer Entwicklung auf den hier in Frage kommenden Zeitpunkt. Damit soll nicht gesagt sein, daß nicht ein dringendes praktisches Bedürfnis zum Schutze des „Austraggebers“ auch in dieser Hinsicht bestände. Der Mangel liegt in der unzureichenden Fassung der Strafbestimmung, der in der jüngeren Strafbestimmung des § 312 StGB. für dessen Sondergeltungsgebiet erhoben ist. Die vorstehende Entsch. steht insoweit aber jedenfalls mit der feststehenden — wenn auch nicht unbestritten gebliebenen (vgl. Ebermayer, Anm. 16 zu § 262 StGB.) — Rpr. des RG. in Einklang.

III. Eine weitere Schwierigkeit für die Annahme des Vergehens des § 266 Nr. 2 bot im gegebenen Falle die erforderliche Feststellung, daß die Wechselformulare zum Vermögen des Vollmachtgebers gehörige Vermögensstücke darstellten. Es handelt sich insoweit um eine Frage des bürgerlichen Rechts. Dieses Tatbestandsmerkmal ist natürlich immer dann nicht gegeben, wenn der Täter das Akzept seines Auftraggebers auf einem im fremden Eigentum befindlichen und verbliebenen Wechsel setzt. Im vorl. Fall hat das RG. unter Berufung auf RGSt. 26, 248 die Frage des Eigentumsverwechs für die Gesellschaft bejaht. In dem dort entschiedenen Fall handelte es sich um die Unterzeichnung von Wechseln durch den Vertretungs-

berechtigten Gesellschafter einer OHG. mit dem Namen der Gesellschaft als Ausstellerin und Blankopranzin. Die OHG. wurde nach der Ansicht des RG. als Remittentin bis zur Begebung der Wechsel legitimierte Inhaberin. Sie erwarb durch Handlung ihres in ihrem Namen handelnden Gesellschafters das Eigentum und den Besitz der Wechsel, ohne daß es eines besonderen hierauf gerichteten Willens des Gesellschafters bedurfte. Das entsprach ihrer Stellung als Remittentin und demgemäß auch dem Willen der Beteiligten. Im gegebenen Falle dagegen hat der Angekl. selbst die Wechselurkunden geschaffen und mit dem Akzept der Gesellschaft versehen. Er hat also nicht von Dritten und mit deren Mitwirkung Eigentum für die Gesellschaft erworben. Das RG. stellt aber fest, daß er auch im vorl. Falle für die Gesellschaft Besitz und Eigentum an den Wechseln erworben habe, weil er bei Schaffung der Wechselurkunden als Geschäftsführer, d. i. als ausführendes Organ der Gesellschaft handelte. Daß dabei die Frage des Eigentums an den verwendeten Formularen für unbeachtlich erklärt wird, ist ohne weiteres bei der Geringfügigkeit dieses Papierwertes einleuchtend, obwohl in der Theorie des Wechselrechts (vgl. Grünhut, Wechselrecht § 28 S. 248 ff., 290 Fußnote 33) die Möglichkeit eines von dem Rechte aus dem Papier getrennten Eigentums an dem Papier anerkannt wird (vgl. schon RGSt. 13, 376). Zweifel können nur darüber bestehen, ob die Annahme, der Angekl. habe die Wechsel als Organ der Gesellschaft für diese hergestellt, der tatsächlichen Sachlage entspricht, und ob dieselbe ohne weiteres aus der Vorschr. des § 35 GmbHG. rechtlich begründet werden kann. Nach seinem Wortlaute stellt § 35 Abs. 1 GmbHG. lediglich die Eigenschaft des Geschäftsführers als gesetzlichen Vertreters der Gesellschaft fest; diese wird durch ihn gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Es ist zuzugeben, daß mit diesem Wortlaute des Gesetzes der Begriff des gesetzlichen Vertreters, dessen die jur. Person bedarf, nicht erschöpft ist. Für diesen ist neben der Vertretung nach außen, gegenüber Dritten, auch die Geschäftsführung, insbes. auch die rein tatsächliche Handhabung der ihm anvertrauten Vermögensstücke ein wesentlicher Teil seiner Aufgabe. Auch „was er tut, was er mit dem Vermögen, mit seinen einzelnen Bestandteilen macht, tut und macht vor dem Gesetze der Vertretene“ (so Rodmann Anm. 1 zum gleichlautenden § 231 Abs. 1 StGB.). Die Frage bleibt aber, ob der Angekl. im gegebenen Falle wirklich auch nur tatsächliche Handlungen für die Gesellschaft oder mit deren Vermögensstücken vorgenommen hat, wenn er Formulare mit deren Akzept versah in der von vornherein feststehenden Absicht, diese Papiere für sich zu behalten und zu verwenden. Man könnte darauf verweisen, daß er ja das Akzept der Firma — und zwar gutgläubigen Dritten gegenüber als an sich legitimer Vertreter der GmbH. rechtsverbindlich — gezeichnet hat. Das RG. hat aber selbst (RGSt. 42, 229) für den Fall der Zeichnung von Wechseln durch einen allerdings von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter einer OHG., dessen Ausschluß von der Vertretung aber nicht in das Handelsregister eingetragen war, den Standpunkt vertreten, es handle sich bei der Herstellung der Wechsel — nach Analogie der Ausstellung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 793 BGB.), auch etwa aus dem Gesichtspunkte der Entstehung neuer Sachen (§ 950 d. F.) — um einen einseitigen Akt der Schaffung neuer Werte. Ein solcher Akt entfalte keine Willenserklärung, die der Angekl. innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen der Gesellschaft abgegeben haben könnte (§ 164 BGB.). Daß bei der nachherigen Veräußerung an gutgläubige Dritte die Wechsel fälschlich als Vermögensstücke der Gesellschaft abgegeben und vom Empfänger als solche angenommen wurden, sei für die Frage bedeutungslos, zu wessen Vermögen sie in Wahrheit bis dahin gehört hätten. Durch die Begebung wurde das Eigentum an den Wechseln auf die Erwerber übertragen, ohne daß es zuvor für die Gesellschaft, in deren Namen der Veräußerer auftrat, begründet gewesen wäre. Nicht schon die Entsch. darüber, ob die Wechsel im Zeitpunkt ihrer Begebung Vermögensstücke der Firma waren, bestimme sich nach § 164 BGB. Diese Vorschr. habe — i. Verb. m. § 125 Abs. 1, 4, § 15 StGB. — nur zur Folge gehabt, daß die Gesellschaft aus den Willenserklärungen ihres Vertreters bei der Begebung wechselmäßig nach Art. 8, 23 W.D. verpflichtet wurde. Im gegebenen Falle bestand nun allerdings die Vertretungs- und Geschäftsführungsmacht des Angekl. zu Recht. Die wiedergegebenen Gedankenänge

habe, ist nicht zu beanstanden. Wenn auch in der Regel in der Bezahlung einer geschuldeten Verbindlichkeit eine Vermögensbeschädigung und damit ein Nachteil des Treugebers i. S. des § 266 StGB. nicht liegen mag, so kann dies doch dann der Fall sein, wenn es sich um eine Forderung handelt, deren Erweislichkeit zweifelhaft ist, und die der in Anspruch genommene Gläubiger deshalb nicht eher als nach Durchführung eines Prozesses bezahlen will. Der Vermögensschaden besteht folchenfalls darin, daß der in Anspruch genommene Schuldner im Austausch gegen sein bares Geld von einer Schuld befreit wird, die wegen der Gefahr ihrer Nichterweislichkeit einen geringeren wirtschaftlichen Wert hat. Daß vollends das Vermögen des aus einer solchen zweifelhaften Forderung in Anspruch genommene dadurch beschädigt wird, wenn, wie hier, aus dessen Substanz — ohne daß dazu eine Rechtsverpflichtung besteht — Vermögensstücke, Wechsel dem Gläubiger zur Sicherung dieser Forderung ohne Erlangung eines Gegenwertes überantwortet werden, liegt so sehr auf der Hand, daß das O. in den Urteilsgründen sich auf einen dahingehenden Ausspruch beschränken konnte. Die in den Strafzumessungsgründen enthaltene Ausführung, daß das Verhalten des Beschw. zu „eigentlichen“ Schäden nicht geführt habe, soll demgegenüber nur bedeuten, daß der Gesellschaft weitere Schäden bisher nicht entstanden seien.

(3. Sen. v. 11. April 1932; 3 D 90/32.) [A.]

13. §§ 241, 244 R.D.; § 83 GmbHG.; § 260 StPB.D.

1. Ist gegen einen Kaufmann, der ein Geschäft als Einzelkaufmann und weitere Geschäfte als Alleininhaber der Geschäftsanteile mehrerer Gesellschaften mbH. betreibt, Anklage wegen Gläubigerbegünstigung erhoben, so muß die Frage, ob und von wann an Zahlungsunfähigkeit und das Bewußtsein hiervon anzunehmen ist, und die Frage, welchem Gläubiger eine „inkongruente“ Befriedigung gewährt worden ist,

bleiben aber gleichwohl auch hier beachtlich, inwieweit sie den Grundsatz der unmittelbaren Vertretung (§ 164, und damit auch die Vorschrift in Abs. 1 Satz 2), der für das Recht der GmbH. in § 36 mit § 35 GmbHG. heute überschlüssigerweise wiederholt ist, für den einseitigen Akt der Herstellung von Wechseln für unanwendbar und die künftig entstehende Verpflichtung der Gesellschaft durch Zeichnung ihrer Firma für die Frage des Eigentums an den hergestellten Urkunden für unbeachtlich erklären.

Auch gegen die Begründung des Eigentumserwerbs der Gesellschaft aus der Regelung in § 950 BGB., der nach Ansicht der Entsch. der Annahme des Eigentums durch die Gesellschaft „nicht entgegensteht“, lassen sich Bedenken erheben. Auch die Verarbeitung oder Umbildung einer Sache ist kein Rechtsgeschäft, auch keine Rechtshandlung i. e. S., so daß die Grundsätze über Stellvertretung keine Anwendung finden können (vgl. Staudinger Anm. 4; RWRKomm. Anm. 2). Dies wird jedoch dadurch ausgeglichen, daß als Hersteller i. S. des § 950 der gilt, der im Verkehrszinne, wenn auch unter Zuzunahme fremder Hilfe die Verarbeitung vornimmt. Die Arbeit des Gefellen, Arbeiters, Diensthofen gilt insoweit als Arbeit des Arbeitgebers. Ein entgegenstehender Wille der Hilfsperson bleibt dabei außer Betracht. Selbst wenn man nun den Geschäftsführer einer GmbH. einer solchen in einem Abhängigkeitsverhältnis vom Prinzipal stehenden Person gleichstellt, so bleibt doch der Umstand, daß eben in den genannten Fällen die Arbeit ausdrücklich mit dem Willen des Arbeitgebers oder doch zum mindesten tatsächlich für ihn und in seinem Betrieb ausgeführt wird, während hier gerade diese Sachlage nicht besteht und durch Bezugnahme auf die Vorschr. des § 950 BGB. in Wahrheit erst nachgewiesen werden soll, daß der Angekl. für die Gesellschaft gehandelt haben müsse, obwohl die äußerlichen objektiven Umstände einer solchen Annahme entgegenstehen. Auch in der angezogenen Entsch. RGSt. 37, 329 ist nur der Grundsatz ausgesprochen, daß bei Verarbeitung auf Grund eines Vertrags sich die Wirkungen der Neuherstellung zunächst nach dessen Inhalt richten (vgl. auch Staudinger Anm. 4 b B).

Letzten Endes handelt es sich um die Frage, inwieweit alle auch rein tatsächlichen Handlungen einer Person, die gesetzliche Vertreter einer Gesellschaft ist, durch diese Vertreterereigenschaft erfasst und rechtlich beeinflusst werden. Es erscheint nicht unbedenklich, ohne Rücksicht auf den Willen des Handelnden und selbst auf die äußeren Tatumsstände auch hier eine notwendige unmittelbare Stellvertretung stets als gegeben anzunehmen, wenn irgendwelche auch nur künftige Rechtsfolgen aus der Handlung sich für die Gesellschaft ergeben können, deren Organ der Handelnde ist. Auch hier gilt das oben Ge-

und welche Gläubiger hiervon betroffen sind, für die einzelnen Firmen gesondert geprüft und erörtert werden.

2. Wird im Eröffnungsbeschluß in Bezug auf mehrere Zahlungseinstellungen fortgesetzte Gläubigerbegünstigung angenommen, und wird der Angeklagte nur wegen einer Einheitstat oder wegen mehrerer selbständiger, auf mehreren Zahlungseinstellungen beruhender Einheitstaten verurteilt, wegen einer oder mehrerer weiterer, auf anderweiten Zahlungseinstellungen beruhender Einheitstaten aber nicht schuldig befunden, so muß hinsichtlich der letzteren auf besondere Freisprechung erkannt werden. f)

Hinsichtlich der Verurteilung wegen Gläubigerbegünstigung bestehen rechtliche Bedenken. In dem schöffengerichtlichen Urteil heißt es zunächst: „Er (der Angekl.) war im Sommer 1928 Alleininhaber der Firmen Konfektionshaus H. in Sch., K. in St. und Konfektionshaus H. in K., sowie der Firma L. in Pf., wovon die drei letzteren Firmen GmbH. waren. D. neben gründete der Angekl. zugleich mit einem Studenten H. die Firma H. & Co. GmbH. K. und wurde zu deren Geschäftsführer bestellt. Im Jan. 1929 schied H. aus der Firma und erhielt für seine Einlage und für Darlehen Außenstände der Firma D. übereignet. Damit war der Angekl. K. seit Jan. 1929 alleiniger Inhaber auch der GmbH. H. & Co.“ Aus den weiteren Feststellungen ergibt sich, daß bezüglich der Firmen H. & Co. und L. & Co. je ein gesondertes Vergleichsverfahren durchgeführt und außerdem über das Privatvermögen des Angekl. K. ein besonderes Konkursverfahren eröffnet wurde, in dessen Masse die Firma H. in Sch. fiel. Hieraus muß geschlossen werden, daß jedenfalls die Firmen H. & Co. und L. & Co. je als GmbH. weiterbestanden haben und der Angekl. K. nur Inhaber aller Geschäftsanteile sowie Geschäftsführer war. Trifft dies zu, dann handelte es sich um verschiedene Rechtspflichten mit selbständigem

agte. Das Bedürfnis für den Schutz der Gesellschaften gegen derartigen Vertrauensmißbrauch ihrer Organe ist offensichtlich. Aber die unzureichende Fassung des Strafgesetzes zwingt zu rechtlich schwierigen und nicht restlos überzeugenden Konstruktionen.

IV. Die Feststellung der übrigen Tatbestandsmerkmale bot nach Feststellung des Eigentums der GmbH. an den Wechselformularen als ihren Vermögensstücken keine Schwierigkeit. Zwar nicht die Tatsache, daß der Bekl. sich die vier Wechselformulare „zugeeignet“, aber sicher die Tatsache, daß er sie zugleich an seinen Bruder bzw. einen eigenen Gläubiger weitergegeben hat, enthielt eine rechtsgeschäftliche Handlung, die einen Mißbrauch seiner Vertretungsmacht nach außen hin, eine Verfügung i. S. des Gesetzes enthielt (vgl. Frank, StGB § 266 Anm. III vorl. Abs.). Auch darüber, daß der Täter die benachteiligende Wirkung seiner Handlungsweise erkannte und sich dessen bewußt war, daß sein Vorgehen außerhalb einer ordnungsmäßigen Geschäftsführung lag, konnte nach Lage des Falles kein Zweifel bestehen. Wenn auch über den Umfang der Verpflichtung der Geschäftsführer zur Berufung der Gesellschafterversammlung nach § 49 Abs. 2 GmbHG. die Meinungen teilweise auseinandergehen, so ist doch unbestritten, daß die Genehmigung der Gesellschafterversammlung jedenfalls zu den Geschäften eingeholt werden muß, von denen der Geschäftsführer weiß, oder auch nur vermutet, daß die Mehrheit sie nicht billigt.

RA. Dr. Krakenberger, Nürnberg.

Zu 13. Zu 1. Daß die Tatbestandsmerkmale des Konkursdelikts und die Strafbarkeitsbedingung der Konkursöffnung oder Zahlungseinstellung für die einzelnen Firmen getrennt zu prüfen sind, gilt nicht nur da, wo es sich um ein Zusammentreffen natürlicher mit juristischen Personen handelt, so daß der Täter gleichzeitig als Schuldner (§§ 239 ff. R.D.) und als Vertreter juristischer Personen (§ 244 R.D., § 83 GmbHG., § 144 VerwAussG.) verantwortlich ist. Entsprechendes muß dann gelten, wenn mehrere Firmen beteiligt sind, die zwar keine eigene Rechtspersönlichkeit, wohl aber selbständige Vermögensfähigkeit besitzen.

Das folgt aus dem Zweck des Gesetzes. Zweck der Konkursstrafbestimmungen ist, den Bestand der Masse zu erhalten und die par condicio creditorum zu sichern (s. Lisberg: Festschr. f. Pinner S. 220). Sind aber verschiedene Vermögensmassen und damit (regelmäßig) verschiedene Gläubigergemeinschaften beteiligt, so läßt sich auch nur für jede Masse gesondert feststellen, ob Interessen der Gläubiger-schaft verletzt sind.

Praktisch ist das von Bedeutung, wenn neben einer Einzelfirma

Aktiv- und Passivvermögen. Als Schuldner könnte der Angekl. nur insoweit in Betracht kommen, als er Einzelkaufmann war; soweit er Inhaber der Geschäftsanteile und Geschäftsführer von GmbH. war, konnte er sich des Vergehens der Gläubigerbegünstigung sowie eines etwaigen sonstigen Konkursverbrechens nicht als Schuldner, sondern nur als Geschäftsführer auf Grund des § 83 GmbHG. i. Verb. m. § 244 R.D. schuldig machen (vgl. RGSt. 60, 234). Bei der Prüfung der Frage, ob das im § 241 R.D. geforderte Tatbestandsmerkmal der Zahlungsunfähigkeit und das Bewußtsein hiervon, sowie die Strafbarkeitsbedingung der Zahlungseinstellung bzw. der Konkursöffnung gegeben waren, muß streng unterschieden werden zwischen den beiden GmbH. und dem Angekl. als Einzelkaufmann. Die Zahlungsunfähigkeit der verschiedenen Rechtspersönlichkeiten und das Bewußtsein des Angekl. hiervon kann zu verschiedenen Zeitpunkten eingetreten sein. Das Rundschreiben v. 23. März 1929, durch das die Gläubiger der Firma H. & Co. GmbH. von der Zahlungseinstellung dieser Firma benachrichtigt wurden, kann als Beweiszeichen für die in diesem Zeitpunkt vorhandene Zahlungsunfähigkeit der Firma H. & Co. GmbH., nicht aber — jedenfalls nicht unmittelbar — für die gleichzeitige Zahlungsunfähigkeit der Firma L. & Co. oder des Angekl. als Einzelkaufmann verwertet werden. Für die Frage, ob die Verpfändung der Geschäftsanteile der Firma L. & Co. als Gläubigerbegünstigung zu beurteilen ist, kommt es wohl darauf an, ob der Angekl. persönlich in diesem Zeitpunkt zahlungsunfähig war und seine Zahlungsunfähigkeit kannte; denn jene Geschäftsanteile bildeten, soweit es sich bisher übersehen läßt, einen Bestandteil seines Privatvermögens; trifft dies zu und hatten die Geschäftsanteile noch einen Vermögenswert, so konnten durch eine Veräußerung oder Belastung nur seine privaten Gläubiger benachteiligt werden; die Gläubiger der Firma H. & Co. hatten dann auf sie keinen Anspruch. Den Gläubigern der Firma L. & Co. aber haftete im Rahmen der Geschäftsanteile auch ein neuer Erwerber. Unter Beachtung dieser Gesichtspunkte ist die Schuldforderung neuerdings zu prüfen.

Bei der weiteren Verhandlung und Entscheidung ist auch noch folgendes zu berücksichtigen: Der Eröffnungsbeschluß lautet auf eine aus vier Einzelhandlungen bestehende fortgesetzte Gläubigerbegünstigung; im Urte. ist der Angekl. nur wegen einer Einzelhandlung verurteilt, im übrigen aber der Gläubigerbegünstigung nicht schuldig befunden worden; eine besondere Freisprechung hat das BG. abgelehnt mit der Begründung, daß auch die Strk. alle vier Verträge als auf einem einheitlichen Vorsatz beruhend ansehe. Hieraus ergibt sich zunächst, daß infolge der Aufhebung des die Gläubiger-

eine oder mehrere OHG. oder KommGes. (auch KommGes. a. N.) beteiligt sind. Hier bildet jedes Gesellschaftsvermögen eine selbständige, vom Vermögen der persönlich haftenden Gesellschafter getrennte Vermögensmasse (RG. 91, 13), und über das Vermögen jeder Gesellschaft findet ein selbständiges, vom Konkurs der Gesellschaft unabh. Konkursverfahren statt (§ 209 R.D.). Zahlungseinstellung oder Konkurs des Gesellschafters hat nicht notwendig auch die Zahlungseinstellung oder den Konkurs der Gesellschaft zur Folge (vgl. §§ 131 Nr. 5, 138, 161 Abs. 2, 330 SGB.).

Auch in diesen Fällen muß bei Feststellung der Tatbestandsmerkmale zwischen den einzelnen Vermögensmassen unterschieden werden. Insbes. sind hier immer nur diejenigen Bankrotthandlungen strafbar, die gerade das vom Konkurs oder von der Zahlungseinstellung umfaßte Sondervermögen betreffen (Jaeger, R.D. 1931, Anm. 68 z. § 1; ferner OLG. Kassel: GoldArch. 37, 314 u. RGSt. 11, 5).

Zu 2. Mehrere Bankrotthandlungen desselben Täters werden durch die gemeinsame Zahlungseinstellung (Konkursöffnung) zu einer Einheitstat zusammengefaßt (RG. Npr. 7, 517 u. RGSt. 66, 268; f. dazu W a c h, Vergl. Darst. B VIII, 69 u. Frank, 1931, Anm. VII z. § 239). Tatmehrheit oder fortgesetzte Handlung kann also nur da angenommen werden, wo es sich um mehrere Zahlungseinstellungen (Konkursöffnungen) handelt.

Für die Urteilsfassung folgt hieraus:

1. Hat der Eröffnungsbeschluß mehrere Bankrotthandlungen zum Gegenstand, die sich auf dieselbe Zahlungseinstellung (Konkursöffnung) beziehen, scheidet aber das Gericht auf Grund der Hauptverhandlung einzelne Handlungen als nicht strafbar aus — etwa weil der Angekl. nicht überführt oder die Strafverfolgung verjährt ist —, so ist nur auf Verurteilung, nicht auf besondere Freisprechung oder Einstellung zu erkennen. Denn wegen einer einheitlichen Tat kann

begünstigung betreffenden Teils des Urte. alle im Eröffnungsbeschluß behandelten Fälle der Gläubigerbegünstigung wieder der Nachprüfung des BG. unterstellt sind. Ob und inwieweit im Fall teilweiser Verneinung der Schuld eine besondere Freisprechung geboten ist, hängt davon ab, welche Zahlungseinstellungen als Grundlage der Gläubigerbegünstigung in Betracht kommen. Würden sich die vier im Eröffnungsbeschluß aufgeführten Einzelhandlungen auf dieselbe Zahlungseinstellung beziehen, so wäre beim Wegfall von drei Fällen allerdings nicht auf besondere Freisprechung zu erkennen, weil nach der Rspr. des BG. verschiedene Bankrotthandlungen, die in derselben Zahlungseinstellung wurzeln, nicht als fortgesetzte Handlung, sondern als eine durch die Zahlungseinstellung zusammengefaßte Einheitstat zu beurteilen sind. Wurzeln dagegen — was hier in Frage kommen kann — verschiedene Bankrotthandlungen in mehreren Zahlungseinstellungen, dann liegen so viel Einheitstaten vor wie Zahlungseinstellungen, und diese Einheitstaten können dann unter sich in Tatmehrheit oder im Fortsetzungszusammenhang stehen. Hat in solchem Fall der Eröffnungsbeschluß Fortsetzungszusammenhang angenommen, wird aber der Angekl. nur wegen einer Einheitstat oder wegen mehrerer selbständiger, auf mehreren Zahlungseinstellungen beruhender Einheitstaten verurteilt, wegen einer oder mehrerer weiterer, auf anderweitigen Zahlungseinstellungen beruhender Einheitstaten aber nicht schuldig befunden, so muß hinsichtlich der letzteren auf besondere Freisprechung erkannt werden (vgl. RGSt. 57, 302).

(1. StrSen. v. 21. Juni 1932; 1 D 1269/31.)

[A.]

## Freiwillige Gerichtsbarkeit.

### 1. Preußen.

1. §§ 22, 24, 25, 30 SGB. Firmenzusätze, die lediglich auf die Gesellschaftsform hinweisen, bewirken keine deutliche Unterscheidung von Firmen i. S. des § 30 SGB. Die entgegenstehende Auffassung (RGZ. 26, A 215; 51, 116) wird aufgegeben. †)

Im Handelsregister ist unter der Firma „S. & B.“ eine KommGes. eingetragen, deren Inhaber die Kaufleute Emil S. und Otto B. sind und die ihren Sitz in B. hat. Die Gesellschaft befindet sich in Liquidation. Die beiden Gesellschafter haben im April 1932 eine GmbH. gegründet, deren Firma „S. & B. GmbH.“ lauten und die ihren Sitz gleichfalls in B. haben soll. Zu Geschäftsführern der GmbH. wurden die beiden Beschw. bestellt, die die Firma der GmbH. zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet haben. Die Anmeldung wurde vom Register-

die Entsch. nur einheitlich auf Verurteilung oder auf Freispruch oder Einstellung lauten (RGSt. 66, 51/4).

Aus demselben Grunde darf ein Angekl., gegen den das Hauptverfahren wegen Konkursvergehens oder -verbrechens eröffnet wird, nicht gleichzeitig wegen einzelner Bankrotthandlungen, die auf derselben Zahlungseinstellung (Konkursöffnung) beruhen, außer Verfolgung gesetzt werden (RG.: ZurRbSch. 1932 Nr. 1726).

2. Wenn dagegen den mehreren Bankrotthandlungen verschiedene Zahlungseinstellungen (Konkursöffnungen) zugrunde liegen und der Eröffnungsbeschluß die einzelnen Strafstaten als eine fortgesetzte Handlung bewertet hat, so besteht einmal die Möglichkeit, daß auch das erkennende Gericht diejenigen Einzelhandlungen, wegen deren es den Angekl. bestraft, als eine fortgesetzte Handlung ansieht. Dann ist wegen der übrigen, straflos bleibenden Fälle keine besondere Freisprechung oder Einstellung erforderlich (RGSt. 39, 146).

Möglich ist aber auch, daß das Urteil, im Gegensatz zum Eröffnungsbeschluß, eine oder mehrere selbständige Handlungen annimmt. Dann muß wegen aller derjenigen Einzelhandlungen, die straflos bleiben, auf Freispruch oder Einstellung erkannt werden (RG.: GoldArch. 75, 291 u. DRZ. 1929 Nr. 796; OLG. Naumburg: Höchstrspr. 1, 267). Denn die Feststellung, daß keine fortgesetzte Handlung vorliege, „erschneidet das Band, das nach dem Eröffnungsbeschluß die mehreren Strafstaten zusammenhielt, so daß selbständige Handlungen übrigbleiben“ (Trojchel: Recht 1918, 26; vgl. Detker: ZW. 1925, 1012). Diese selbständigen Handlungen müssen, da das Urteil den Eröffnungsbeschluß zu erschöpfen hat, sämtlich in der Urteilsformel ihre ausdrückliche Erledigung finden.

Das ist besonders für die Kostenregelung von Bedeutung: Der Angekl. muß in solchen Fälle, soweit Freispruch oder Einstellung erfolgt, gem. § 466 Abs. 1 StrP.D. von der Kostenlast befreit werden. Staatsanwaltschaftstat Dr. Er d a, Hamm (Westf.).

gericht beanstandet, weil mit Rücksicht auf § 30 HGB. die Eintragung der GmbH. nicht erfolgen könne, bevor nicht die Firma S. & B. im Handelsregister gelöscht sei. Beschw. und weitere Beschw. blieben ohne Erfolg.

Ohne Rechtsirrtum haben die Vorinst. angenommen, daß § 30 Abs. 1 HGB. der Eintragung der Firma der neugegründeten GmbH. in das Handelsregister entgegenstehe, solange in demselben Handelsregister die Firma der KommGes. eingetragen ist, die ihren Sitz in B. hat, wenn dort auch der Sitz der GmbH. sein soll. Da die Wortverbindung „S. & B.“ in beiden Firmen gleich ist, kann es sich nur fragen, ob eine deutliche Unterscheidung zwischen ihnen dadurch herbeigeführt wird, daß die Firma der GmbH. den nach § 4 Abs. 2 GmbHG. erforderlichen Zusatz „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder „GmbH.“ (vgl. RGF. 36, A 127; 39, A 302) führt und die Firma der KommGes. die nach § 153 HGB. vorgeschriebene Bezeichnung als Liquidationsfirma annimmt.

Wie nun schon das LG. ausgeführt hat, ist in der Beurteilung der Frage, ob eine deutliche Unterscheidung von Firmen i. S. des § 30 Abs. 1 HGB. durch die Führung verschiedener, die Gesellschaftsformen bezeichnender Zusätze bewirkt wird, ein Wandel der Rspr. eingetreten. Während diese Frage früher bejaht wurde (vgl. RGF. 26, A 215; 51, 116; RZM. 10, 20) hat RG. 104, 341 sich auf den Standpunkt gestellt, daß Firmenzusätze, die auf die Gesellschaftsform hinweisen, wie z. B. der Zusatz „KommGes.“, keine die Individualisierung des Geschäfts bezweckenden Firmenbestandteile sind, weil sie an dem dem Auge und Ohre sich einprägenden Klangbilde nicht teilnehmen. Das RG. hat daher ausgesprochen, daß der Grundsatz der unveränderten Firmenfortführung im Falle des § 22 HGB. dann nicht verletzt werde, wenn aus der fortgeführten Firma nur solche die Gesellschaftsform bezeichnenden Zusätze fortgelassen würden. Dabei ist der tragende Gedanke jener Entsch. offensichtlich der, daß bei der Weglassung derartiger Firmenzusätze eine Veränderung der Firma überhaupt nicht vorliege. Das RG.: JW. 1930, 2711 hat sich diesen Grundsätzen zwar im Ergebnis, dagegen nicht in der Begr. angeschlossen, weil es der Ansicht war, daß die Ausführungen in RG. 104, 341, die sich allerdings nur auf die Anwendung des § 22 HGB. bezogen, in Widerspruch zu der bis dahin ergangenen Rspr. zu § 30 HGB. stünden, nach welcher Zusätze, die auf eine Gesellschaftsform hinweisen, eine genügende Firmenverschiedenheit herbeiführen. Denn wie das RG. in jenem Beschluß weiterhin ausgesprochen hat, kann man nicht im Falle des § 30 HGB. die Erheblichkeit des auf die Gesellschaftsform hinweisenden Firmenzusatzes bejahen, sie dagegen bei der Beurteilung, ob ein solcher Zusatz eine Firma in Fällen der §§ 22 HGB. verändert, verneinen. Die Frage, ob sich zwei Firmen deutlich voneinander unterscheiden, kann, wenigstens vom registerrechtlichen Gesichtspunkt aus, immer nur einheitlich beantwortet werden. Inzwischen hat sich aber gezeigt, daß auch das RG. den von ihm in RG. 104, 341 ausgesprochenen Grundsatz der Unerheblichkeit der Gesellschaftszusätze für die Frage der Firmengleichheit nicht nur auf

den Fall der Firmenfortführung bezieht, sondern ihm die vom RG. als unabweislich erachtete allgemeine Bedeutung beimißt. Das ergibt sich klar aus RG. 133, 318 (325)<sup>1)</sup>, wo unter Bezugnahme auf RG. 104, 341; 113, 309<sup>2)</sup>; 131, 29<sup>3)</sup> schlechthin ausgesprochen ist, daß die Firmengleichheit durch Hinzufügung eines auf eine OHG., eine KommGes., eine AktG. oder eine GmbH. hinweisenden Zusatzes nicht ausgeschlossen werde. Wenn auch die diesen Satz enthaltende Entsch. keinen Fall des § 30 HGB., sondern einen solchen des § 25 HGB. betrifft, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß auch nach der Auffassung des RG. im Falle des § 30 HGB. durch Zusätze, die lediglich die Gesellschaftsform bezeichnen, keine deutliche Firmenverschiedenheit bewirkt wird. Wenn daher im vorl. Falle die Vorinst. es für unerheblich gehalten haben, daß die Firma der neu angemeldeten Gesellschaft im Gegensatz zu der noch eingetragenen KommGes. den gesetzlich vorgeschriebenen GmbH.-Zusatz enthält, so sind hiergegen keine rechtlichen Bedenken zu erheben.

Zu der weiteren Frage, ob nicht der von der KommGes. in ihrer Firma zu führende Liquidationszusatz eine hinreichende Unterscheidung gegenüber der Firma der angemeldeten GmbH. schafft, hat das LG. keine Stellung genommen. Das beeinflusst indessen die Entsch. nicht, weil in der Rspr. anerkannt ist, daß der Zusatz „in Liquidation“ kein genügendes Firmenunterscheidungsmerkmal bildet, da er nicht die Firmenbezeichnung selbst berührt, sondern nur andeutet, daß bzgl. der unberändert bleibenden Firma (richtiger: bzgl. des Geschäfts) eine rechtliche Veränderung eingetreten ist (RG. 29, 68; RGF. 10, 17; 39, A. 104).

Wenn die Beschw. schließlich geltend machen, daß im vorl. Falle kein Bedürfnis bestehe, zugunsten der bisher eingetragenen Firma der KommGes. von der Schutzvorschr. des § 30 Abs. 1 HGB. Gebrauch zu machen, weil die Gesellschafter der alten Gesellschaft zugleich die der neuen sind, so vermag auch diese Erwägung nicht die weitere Beschw. zu rechtfertigen. Es ist nämlich nicht richtig, daß § 30 HGB. lediglich dem Schutze des Inhabers der älteren Firma zu dienen bestimmt sei. § 30 HGB. bezweckt vielmehr in erster Linie den Schutz der Allgemeinheit und hat zwingenden, öffentlich-rechtlichen Charakter (RG. 20, 73; 75, 372<sup>4)</sup>; 103, 392). Selbst wenn also der Inhaber der älteren Firma sich gegen die Eintragung der neuen Firma nicht wehrt, ist das Registergericht dennoch gehalten, die Frage, ob sich beide Firmen i. S. des § 30 HGB. deutlich unterscheiden, zu prüfen, und, wenn er diese Frage verneinen muß, die Eintragung der neuen Firma abzulehnen.

(RG., 1. Ferribenzen, Beschl. v. 15. Sept. 1932, 1b X 496/32.)

Mitgeteilt von LG. Dr. Seymann, Berlin.

\*

2. § 139 HGB.; §§ 1822 Nr. 3, 10 BGB. Ist in dem Gesellschaftsvertrage einer OHG. bestimmt, daß nach dem Tode eines Gesellschafters die Gesellschaft mit seinem noch minderjährigen Sohn fortgesetzt werden soll, so ist diese Fortsetzung ohne Genehmigung des Vormundschaftsger-

Firma niemals genügt, um diese als eine andere Firma erscheinen zu lassen oder sie von einer anderen, sonst gleichlautenden Firma zu unterscheiden. Die Rspr. betont mit Recht, ein solcher Firmenzusatz sei „kein die Individualisierung bezweckender Firmenbestandteil“ und „nehme an dem dem Auge und Ohre sich einprägenden Klangbilde nicht teil“ (RG. 104, 341; vgl. dazu Hoening in Düringer-Sachenburg, § 22 Anm. 14 und § 30 Anm. 3, sowie Staub-Bondi, § 30 Anm. 4, § 25 Anm. 4, § 22 Anm. 12). Diese Auffassung entspricht den Empfindungen und Bedürfnissen des Kaufmannstandes und des Verkehrs. Und zwar gilt das Gefagte sowohl für das Anwendungsgebiet des § 30 Abs. 1 wie für das der §§ 22 Abs. 1 und 25 Abs. 1 HGB.

In zweiter Linie führt die Entsch. aus, der Zusatz „in Liquidation“ bilde kein genügendes Firmenunterscheidungsmerkmal. Das entspricht der bisherigen Rechtswissenschaft und Rspr. (vgl. Düringer-Sachenburg, § 30 Anm. 4 und Staub, § 30 Anm. 6).

Der Entsch. ist endlich auch insoweit beizutreten, als sie ausspricht, daß die Vorschr. der deutlichen Unterscheidbarkeit in § 30 Abs. 1 HGB. nicht durch die Zustimmung des Inhabers der älteren Firma gegenstandslos gemacht werden kann. Denn diese Vorschr. ist im öffentlichen Interesse erlassen, ist öffentlich-rechtlicher Natur und soll u. a. auch zur Vermeidung von Verwechslungen seitens der Post und anderer Behörden dienen. Auch insoweit sind die bisherige Rechtswissenschaft und Rspr. gleicher Meinung (vgl. Düringer-Sachenburg, § 30 Anm. 1 und Staub, § 30 Anm. 1).

Geh. FR. Dr. Felix Bondi, Dresden.

<sup>1)</sup> JW. 1932, 48. <sup>2)</sup> JW. 1926, 1958. <sup>3)</sup> JW. 1931, 792.

<sup>4)</sup> JW. 1911, 465.

Zu 1. Die Frage der Firmengleichheit spielt im HGB. in dreifacher Beziehung eine Rolle:

1. Hinsichtlich der Fortführung einer übernommenen Firma (§ 22, auch § 24).

2. Hinsichtlich der Frage der Haftung eines Geschäftsnachfolgers infolge Fortführung der bisherigen Firma (§ 25).

3. Hinsichtlich der deutlichen Unterscheidbarkeit mehrerer an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bestehenden Firmen (§ 30).

Außerdem spielt die Frage der Gefahr der Verwechslung zweier Firmen eine große Rolle auf dem Gebiete des UnWG. Jedoch gelten hierfür andere Gesichtspunkte. Ramentlich ist es auf diesem Gebiete von Wichtigkeit, ob die beiden Geschäfte, um deren Firma es sich handelt, dem gleichen Geschäftszweige angehören und im Wettbewerb stehen, Gesichtspunkte, die für das HGB. ausfallen.

Die Frage, ob zwei Firmen sich deutlich voneinander unterscheiden, ist nach der Entsch. vom registergerichtlichen Standpunkte aus immer nur einheitlich zu beantworten. Diesem Grundsatz kann, wenigstens was die oben unter 1 und 3 behandelten Gesetzbuchvorschr. anbetreffend, unbedenklich zugestimmt werden. Ob auch hinsichtlich des § 25, erscheint mir zweifelhaft. Der Zweck des § 25 Abs. 1 ist der Schutz des rechtlichen Verkehrs. Diesem Zwecke dient die Rspr., wenn sie den Begriff der Fortführung der vom Rechtsvorgänger geführten Firma durch den Geschäftsübernehmer nicht allzu streng auslegt (vgl. Hoening in Düringer-Sachenburg, 3. Aufl., § 25 Anm. 18; Staub-Bondi, 14. Aufl., § 25 Anm. 4).

Die Entsch. nun bedeutet eine folgerichtige Weiterbildung der neuerdings in der Rspr. mit guten Gründen vertretenen Auffassung, daß ein auf die Gesellschaftsform hinweisender Teil einer

rechts zulässig, wenn der Minderjährige Erbe (Miterbe) des verstorbenen Gesellschafters geworden ist.

Die Vorinst. unterzucht zunächst, ob der Eintritt des Minderjährigen in die OHG. nach §§ 1643, 1686, 1822 Nr. 3 BGB. der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfte. Nach dieser Vorschr. ist genehmigungspflichtig ein Vertrag, der auf den entgeltlichen Erwerb eines Erwerbsgeschäftes gerichtet ist, sowie ein Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes eingegangen wird. Diese Best. halten die angefochtenen Beschlüsse nicht für anwendbar, weil § 24 des Gesellschaftsvertrages einen Vertrag zugunsten des Minderjährigen enthalte, durch den dieser, ohne selbst Vertragspartei zu sein, automatisch an Stelle seines verstorbenen Vaters in die OHG. eintrete, und weil dem Minderjährigen ein Wahlrecht aus § 139 BGB. nicht zustehe, da nach dem Vertrage nur der Sohn, obwohl er zusammen mit seiner Mutter Miterbe sei, und zwar nicht in seiner Eigenschaft als Erbe den Geschäftsanteil des Vaters erwerben solle. Diese Ausführungen sind rechtlich nicht bedenklich. Zwar ist die Auslegung des § 24 des Gesellschaftsvertrages als eines Vertrages zugunsten des Minderjährigen, durch den dieser vorbehaltlich seiner Ablehnung (§ 25) unmittelbar Rechte erwerbe, nicht zu beanstanden. Aber der automatische Eintritt des Minderjährigen in die Gesellschaft ohne einen weiteren rechtsgeschäftlichen Akt läßt sich mit der Annahme eines Vertrages zugunsten eines Dritten nur dann begründen, wenn zugleich die Voraussetzungen des § 139 BGB. gegeben sind, der den Fall regelt, daß laut einer Best. des Gesellschaftsvertrages im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll.

Daß in dem Gesellschaftsvertrage der Sohn des G. F. nicht ausdrücklich als dessen Erbe zur Nachfolge in die Gesellschaftstellung berufen ist, schließt die Anwendbarkeit des § 139 BGB. noch nicht aus. Werden die Personen, mit denen die Gesellschaft fortgesetzt werden soll, in dem Gesellschaftsvertrage namentlich genannt oder sonst näher bezeichnet, so liegt für den Fall, daß sie Erben des Gesellschafters werden, eine Best. der in § 139 BGB. vorausgesetzten Art vor. Fraglich ist dann nur, ob der Eintritt in die Gesellschaftstellung des Verstorbenen auf einen einzelnen seiner Miterben beschränkt werden kann derart, daß dieser demgemäß mit dem Erbfall auch wirklich ohne weiteres allein in die Gesellschaft eintritt. Mit erheblichen Grundfragen ist das nicht zu erklären; es läßt sich aber als Wille des Gesetzgebers aus der Sondervorschr. des § 139 BGB. folgern. Danach soll im gegebenen Falle jeder Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung der Stellung eines Kommanditisten anhängig machen können, widrigenfalls er aus der Gesellschaft auscheiden kann. Wenn aber mithin bei einer entsprechenden Best. des Gesellschaftsvertrages jeder Miterbe selbständig ohne weiteres persönlich haftender Gesellschafter wird, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Gesellschaftsvertrag die Erlangung der Gesellschaftstellung nicht auch von vornherein auf einzelne Miterben sollte beschränken können (ebenso Staub, BGB., 12/13. Aufl., § 139 Anm. 5; Lehmann-Ring, BGB., § 139 Anm. 1; Mafner, BGB., § 139 Anm. 1 b; OLG. Hamm in OLG. 36 S. 270; a. M.: Düringer-Sachenburg, BGB., 3. Aufl., § 139 Anm. 8). Die Stellung des im Gesellschaftsvertrage zur Nachfolge berufenen Erben regelt sich dann aber nicht nach den Grundfragen des Vertrages zugunsten Dritter, sondern nach § 139 BGB. Er kann also das ihm zugedachte Recht nicht einfach gem. § 333 BGB. zurückweisen, sondern zunächst nur die Einräumung der Kommanditistenstellung verlangen und erst bei Ablehnung seines Verlangens aus der Gesellschaft auscheiden. Ob er hier nach dem Gesellschaftsvertrage (§ 25) das Recht zum Auscheiden ohne weiteres haben soll, mag dahingestellt bleiben. Bei Unterlassung der Geltendmachung der Rechte aus § 139 BGB. kommt jedenfalls eine Mitwirkung des VormGer. ebensowenig in Betracht, als bei Unterlassung der Ausübung der Befugnis aus § 333 BGB. Denn der Erbe wird ohne sein Zutun Gesellschafter und bleibt es endgültig schon dann, wenn er innerhalb der Frist des § 139 Abs. 3 BGB. nichts tut. Ein neuer, der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 bedürftiger Gesellschaftsvertrag wird also in diesem Falle nicht abgeschlossen (so auch Staudinger, BGB., 4. Aufl., § 1823 Anm. 3 a; Düringer-Sachenburg I S. 131; Pland, BGB., 3. Aufl., § 1823 Anm. 1).

Abweichend hiervon müßte aber die Sache beurteilt werden, wenn der verstorbene Gesellschafter von dem zu seiner Nachfolge berufenen Sohn nicht beerbt sein sollte. Dann ist § 139 BGB. nicht anwendbar. Anders als mit dieser Vorschr. läßt sich aber der unmittelbare Eintritt des im Vertrage berufenen Nachfolgers des verstorbenen Gesellschafters in die Gesellschaft nicht begründen. Durch einen Vertrag zugunsten eines Dritten können nur Ansprüche, die auf eine Leistung gehen, für den Dritten begründet werden (§ 328 BGB.). In solchen Ansprüchen erschöpft sich aber die Gesellschaftsstellung nicht. Es gehört dazu insbes. auch die gesamtänderliche Beteiligung an dem Gesellschaftsvermögen.

Diese kann durch Rechtsgeschäft auf einen andern nicht übertragen werden, auch nicht mittels eines Vertrages zugunsten eines Dritten. Die Best. des Gesellschaftsvertrages läßt sich alsdann nur in dem Sinne halten, daß die anderen Gesellschafter verpflichtet sein sollen, dem Sohne des Verstorbenen durch Abschluß eines entsprechenden Vertrages dieselbe Gesellschaftsstellung einzuräumen, wie sie der Verstorbene gehabt hat. Eine solche Verpflichtung kann durch Vertrag zugunsten eines Dritten begründet werden. Dann bedürfte es aber zum Abschluß des bezeichneten Vertrages allerdings der Genehmigung des VormGer. nach § 1643, 1686, 1822 Nr. 3 BGB.

Die Genehmigungspflicht hängt deshalb insoweit von der Beantwortung der Frage ab, ob der zur Nachfolge in die Gesellschaftstellung berufene Sohn des verstorbenen Gesellschafters wirklich dessen Erbe (Miterbe) geworden ist. Diese Frage ist in den Vorinst. nur gestreift, in tatsächlicher Hinsicht bisher aber nicht einwandfrei geklärt worden.

Sodann verneinen die Vorinst. auch eine Genehmigungspflicht aus §§ 1643, 1686, 1822 Nr. 10 BGB. mit Rücksicht auf den unmittelbaren Erwerb des Gesellschaftersanteils ohne Willen des Kindes und auf das Recht zur einseitigen Zurückweisung dieses Erwerbes, der dadurch dem Erbschaftserwerbe angenähert sei. Nach § 1822 Nr. 10 BGB. bedarf der Gewalthaber der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zur Übernahme einer fremden Verbindlichkeit, insbes. zur Eingehung einer Bürgschaft. Die Notwendigkeit dieser Genehmigung erstreckt sich auch auf solche Rechtsgeschäfte, deren gesetzliche Folge die Haftung für eine fremde Schuld ist (Staudinger a. a. O. § 1822 Anm. 2 n y; RG. 133, 12 ff. 1); Pland a. a. O. § 1822 Anm. II, 10; RGZ. 30, A 149). Immer aber muß die Haftung des Minderjährigen infolge einer rechtsgeschäftlichen Mitwirkung eintreten. An einem solchen Rechtsgeschäft würde es hier fehlen, wenn der Erwerb des Gesellschaftersanteils, dessen Folge die Haftung für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden ist (§§ 139 Abs. 4; 130, 128 BGB.), unmittelbar auf dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage beruht, an dem der Minderjährige nicht beteiligt war. Das aber setzt, wie oben bereits ausgeführt, wiederum voraus, daß der minderjährige Sohn wirklich Erbe (Miterbe) des verstorbenen Gesellschafters geworden ist. Eine Klärung dieser Frage ist also auch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 1822 Nr. 10 BGB. erforderlich.

Eine Genehmigungspflicht aus §§ 1645, 1686 BGB. kommt, wie auch die Vorinst. zutreffend annehmen, nicht in Frage. Nach dieser Vorschr. soll der Gewalthaber nicht ohne Genehmigung des VormGer. ein neues Erwerbsgeschäft beginnen. Dagegen ist die Fortführung eines ererbten Erwerbsgeschäftes nicht genehmigungspflichtig. Dasselbe muß aber auch für die Fortsetzung eines Gesellschaftsverhältnisses als Teilhaber einer OHG. gelten (ebenso Düringer-Sachenburg a. a. O. S. 131).

(RG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 14. Okt. 1932, 1a X 764/32.)

Mitgeteilt von RGK. Heydtmann, Berlin.

**3.** §§ 8 Abs. 2, 82 GmbHG.; §§ 195 Abs. 3, 318 HGB. Vertretung eines Geschäftsführers einer GmbH. durch einen anderen Geschäftsführer gegenüber dem Registergericht. †

(RG., ZivSen. 1b, Beschl. v. 21. April 1932, 1b X 232/32.)  
Abgedruckt JW. 1932, 2626<sup>4</sup>.

1) JW. 1931, 3107.

Zu 3. Der Begründung der Entsch. wird zuzustimmen sein, allerdings, indem am Schluß eine andere Folgerung, wie vom RG., gezogen wird. Infolgedessen gelangt der Verf. auch zu einem anderen Ergebnis. Die Entsch. soll zum Ausgangspunkt für Ausführungen grundsätzlicher Art gemacht und hierdurch soll zugleich das, was der Verf. (JW. 1932, 1017) zu dem Thema Korporations- und Individualrecht gesagt hat, ergänzt werden.

Dem Prokurist oder einem anderen Bevollmächtigten kann von seiten der Korporation durch den Vorstand wohl die Befugnis zur Abgabe von Erklärungen sowie zum Abschluß von Rechtsgeschäften, die auf individualrechtlichem Gebiete liegen, übertragen werden. Hingegen muß der Ursprung der Willensbildung für Erklärungen und Geschäfte auf korporationsrechtlichem Gebiete ausschließlich bei dem Vorstand, bei dem Organ, bleiben. Das Organ besitzt gar nicht die Macht dazu, sich für diese Willensbildung eine andere Person zu substituieren.

Der § 232 BGB. und der § 35 GmbHG. handeln allein von der Vertretungsbefugnis, d. h. der Befugnis des Vorstandes, im Namen der AktG. Dritten gegenüber rechtsverbindliche Erklärungen abzugeben; und zwar ist für einen mehrgliedrigen Vorstand die Gesamtvertretungsbefugnis angeordnet. Ebenso nun, wie in § 28

4. **W. D. v. 6. Okt. 1931 über Kapitalherabsetzung in erleichterter Form.** Angabe des Zweckes im Herabsetzungsbeschlusse gemäß § 288 Abs. 2 HGB. Verletzung dieser Vorschrift hat nicht Richtigkeit, sondern Unsechtbarkeit zur Folge. †)

Zutreffend sind die Vorinstanzen von der Best. des § 288 Abs. 2 HGB. ausgegangen, nach welchem der Beschl. der GenVers. einer AktG. über die Herabsetzung des Grundkapitals festsetzen muß, zu welchem Zweck die Herabsetzung stattfindet. Diese Best. ist von der **W. D. v. 6. Okt. 1931 (RGW. I, 556)** nicht berührt worden (vgl. **W. h. k.**, Kapitalherabsetzungen S. 20; **Maakower**, Erleichterte Herabsetzung des Grundkapitals S. 7; **Heinz Pinner**: **W. 1931, 3030** unter II; **Ullmann**: **GenrW. 1932, 4**).

Frägt man nach dem Grunde, aus dem das Gesetz bei der Kapitalherabsetzung die Angabe des Zweckes im Herabsetzungsbeschlusse vorschreibt, so kann er nur darin liegen, daß einerseits die Gläubiger-gesellschaft in die Lage versetzt werden soll, aus dem Zweck der Herabsetzung auf den Stand der Gesellschaft Schlüsse zu ziehen, daß andererseits die Aktionäre die Möglichkeit haben sollen, darauf zu achten, daß die Herabsetzung des Grundkapitals nur für die Zwecke aus-gewertet wird, die die GenVers. für erforderlich erachtet hat. Von dieser Bindung an den Zweck könnte sich die Verwaltung befreien, wenn der Zweck der Herabsetzung gar nicht oder nur unbestimmt fest-gelegt zu werden brauchte; zugleich könnte dann die Kapitalherab-setzung zu einer Täuschung Außenstehender, insbes. der Geschäfts-gläubiger, führen. Geht man hiervon aus, so entspricht nur eine solche Auslegung des § 288 Abs. 2 HGB. dem Sinne des Gesetzes, die an die Festlegung des Zweckes in dem GenVersBeschl. über die Kapital-herabsetzung strenge Anforderungen stellt. Dann genügt aber der vorl. GenVersBeschl. dem Erfordernis des § 288 Abs. 2 HGB. nicht. Er

enthält lediglich die Entschlie-ßung, daß das Grundkapital im Wege der Herabsetzung in erleichterter Form um 100 000 *RM* herabgesetzt werde. Der Beschl. ist der Ansicht, daß damit der Zweck der Kapital-herabsetzung hinreichend deutlich angegeben sei; denn es sei ausdrücklich beschloffen, daß das Grundkapital im Wege der Herabsetzung in erleichterter Form herabgesetzt werde; daß aber sei nach § 1 **W. D. v. 6. Okt. 1931** nur zulässig, „um das Grundkapital einer AktG. oder KommGes. a. N. an den insbes. aus Anlaß der Wirtschaftsentwicklung veränderten Vermögensstand anzupassen“. Diese Gedanken-führung kann nicht überzeugen. Wenn, wie hier, der Beschl. über die Herabsetzung des Grundkapitals lediglich die Erklärung enthält, daß die Herabsetzung in erleichterter Form erfolge, so ist damit nur über die Form der Herabsetzung etwas gesagt, daß nämlich die Herab-setzung nicht in den regelmäßigen Formen der §§ 288 ff. HGB. erfolge, sondern in den durch die **W. D. v. 6. Okt. 1931** geschaffenen erleichterten Formen. Aus der in dem Herabsetzungsbeschl. enthaltenen Bemerkung, daß für die Herabsetzung die erleichterte Form gewählt werde, ergibt sich aber über den Zweck der Herabsetzung nichts. Der Beschl. irrt nämlich, wenn er annimmt, daß schon aus dem Be-griff der Kapitalherabsetzung in erleichterter Form der Zweck folge, dem die Herabsetzung im Einzelfall diene. Durch § 1 **W. D. v. 6. Okt. 1931** wird seine Auffassung nicht gestützt. Wenn es dort heißt, eine Kapitalherabsetzung in erleichterter Form könne vorgenommen werden, um das Grundkapital an den insbes. aus Anlaß der Wirtschaftsentwicklung veränderten Vermögensstand der Gesellschaft anzupassen, so liegt darin keineswegs eine allgemeine, alle Kapitalherabsetzungen in erleichterter Form deckende Angabe des Zweckes. Die entgegen-gesetzte Ansicht scheidet schon an der Erwägung, daß eine derart all-gemein gefaßte Zweckangabe dem oben dargelegten Sinn des § 288 Abs. 2 HGB. nicht entspräche. Selbst wenn daher, was allerdings von

Uf. 1 HGB. die zunächst für das Innenverhältnis ausgebrochene Bestimmung, wonach der mehrgliedrige Vorstand auf Grund des Mehrheitsprinzips handelt, mit für das Außenverhältnis zu gelten hat, hat umgekehrt die Bestimmung in § 232 Abs. 1 HGB. und in § 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. nur für das Außenverhältnis getroffene Bestimmung mit für das Innenverhältnis zu gelten; herrschende Mei-nung. Nachweise für die AktG. **Staub-Pinner** zu § 232 Anm. 28 sowie **Fischer**, **Ehrenbergs Handb.** 3. Bd. I S. 229; und für die GmbH. **Feine** ebenda 3. Bd. III S. 496. Hingegen kommt die Ge-samtvertretungsbesugnis, die nach § 232 Abs. 2 HGB. einem Vor-standsmitglied neben einem Prokurist erteilt ist, für das Innen-, das Körperschaftsverhältnis überhaupt nicht in Betracht. Der Proku-rist ist Dritter, er steht nicht inner-, sondern außerhalb der Korporation. Er ist außerstande, auf dem Gebiete des Korporationsrechts wirk-sam zu handeln. Weder eine Vertretungsbesugnis, die einem Prokurist allein, noch eine solche, die ihm zusammen mit einem Vorstands-mitglied erteilt wird, gibt ihm die Fähigkeit dazu. Eine vom Pro-kurist allein oder mit aussehender Aufforderung der Aktionäre, ihre Einlagen zu bezahlen, die Erklärung, ihnen Stundung zu gewähren, Aktien zu kaduzieren, würden ungültig sein. Selbst eine Statut-bestimmung vermöchte hieran nichts zu ändern.

Das selbe hat zu gelten, wenn die nach dem Gesetz hierzu ver-pflichteten Personen für die Korporation eine eintragungspflichtige

Tatsache zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden haben; das sind die Vorstands-, bei der AktG. ausnahmsweise nach §§ 280, 284, 289, 291 HGB. noch die Aufsichtsratsmitglieder, also grunds-ätzlich Organmitglieder. Wenn daher die Vorschrift in § 12 Abs. 2 Satz 1 HGB., wonach Vertretung bei der Anmeldung zulässig ist, nicht bestünde, würde, von anderem abgesehen, sich für das Korporations-recht bereits aus dessen Eigenart die Folgerung ergeben, daß allein Organmitglieder der AktG. und der GmbH. eine Tatsache aus dem Gebiete des Korporationsrechtes zur Eintragung in das Handelsregister anmelden könnten, daß also eine Mitwirkung und deshalb auch eine Bevollmächtigung Dritter ausgeschlossen wäre.

Es fragt sich nun, ob der Bestimmung in § 12 Abs. 2 Satz 1, mit der der Gesetzgeber eine an sich mit dem Korporationsrechte nicht verträgliche Vorschrift gegeben hat, Gültigkeit zuzusprechen ist. Zur Beantwortung dieser Frage möchte der Verf. von der Tatsache, die in der Entsch. des **RG.** und den dort angeführten Schriftstellern m. E. zutreffend beanstandet wird, ausgehen, nämlich davon, daß der Geset-geber unterlassen hat, die Anmeldung der AktG. und der GmbH. und der Kapitalserhöhung der Gesellschaften von § 12 Abs. 2 Satz 1 aus-zunehmen. In § 313 Ziff. 1 u. 3 HGB. und in § 82 Abs. 1 Ziff. 1 GmbHG. werden die anmeldepflichtigen Organmitglieder, wenn sie inbetreff der kapitalistischen Grundlage bei der Anmeldung falsche An-gaben machen, mit Strafe bedroht. Die Drohung versagt gegenüber einem Dritten, der nach § 12 Abs. 2 Satz 1 bevollmächtigt ist. Um diese unlesbame Folge zu vermeiden, schließt hier das **RG.** und die von ihm angeführten die Vertretung aus. Jedoch dürfte der Umkehr-schlus des **RG.** nicht zutreffen: die gegenseitige Vertretung von Organmitgliedern ist statthaft. Richtig ist zwar, daß jedenfalls für den Vertreter die Strafdrohung wirksam bleibt. Jedoch wird über-sehen, daß dann den Vertretenen die Möglichkeit geboten wird, sich später mit der ungenügenden Kenntnis des Sachverhaltes zu entschul-

digen und der Strafe zu entgehen. Dies Bedenken ist nicht von der Hand zu weisen. Schließlich könnte bei der Zulässigkeit der gegen-seitigen Vertretung ein einziges Organmitglied von allen übrigen be-vollmächtigt werden. Dadurch würde der Schutz, den das Gesetz mit der Strafandrohung für die bei der Anmeldung der Gesellschaft und der Kapitalserhöhung abzugebenden Erklärungen anstrebt, offenbar in erheblichem Umfange gemindert. Deshalb ist die Vertretung eines Organmitgliedes durch ein anderes gleichfalls als nicht statthaft zu bezeichnen.

Ein weiterer Fehler des Gesetzgebers ist, daß er in § 246 HGB. die Unvertretbarkeit der den Aufsichtsratsmitgliedern obliegenden Kontrollfunktionen vorgeschrieben, gleichwohl aber durch § 12 Abs. 2 Satz 1 die Vertretung der Aufsichtsratsmitglieder bei der Abgabe der mit der Anmeldung nach § 195 Abs. 3 und § 264 Abs. 3 verbundenen Erklärungen, bei denen unbedingt eine sehr wichtige Kontrollpflicht zu erfüllen ist, gestattet hat. Auch das **RG.** erkennt diesen Fehler an. Nun steht, um auf das eingangs bezeichnete Thema zurückzukommen, dem Gesetzgeber allerdings die Macht zu, die Vorschrift in § 12 Abs. 2 Satz 1 auf die anmeldepflichtigen Tatsachen aus dem Korporations-recht zu erstrecken. Aber dann muß er sich auch im klaren über seine Handlungsweise, nämlich darüber sein, daß er in entgegenstehende Grundsätze des Korporationsrechtes eingreift. Davon kann nicht die Rede sein. Er ist erwiefernmaßen nicht einmal zur Erkenntnis der praktischen Auswirkung seiner Vorschrift in § 12 Abs. 2 Satz 1 auf diejenigen in § 195 Abs. 3 und in § 284 Abs. 3 HGB. und weiter auf die Strafbestimmungen in § 313 Ziff. 1 u. 3 HGB. sowie in § 82 Ziff. 1 GmbHG. gelangt. Die grundsätzliche Tragweite des § 12 Abs. 2 Satz 1 auf dem Gebiete des Korporationsrechtes ist ihm kei-nesfalls zum Bewußtsein gekommen. Nach alledem erscheint der Schlus gerechtfertigt, daß der § 12 Abs. 2 Satz 1 für das Korporationsrecht überhaupt keine Geltung besitzt; er gilt nur auf individualrechtlichem Gebiete, also in Ansehung der Anmeldung der Erteilung sowie des Erlöschens der Prokura.

**Dr. Fischer**, Leipzig.

**Zu 4.** Die Entsch. klärt eine Reihe von Streit- und Zweifels-fragen auf dem Gebiete der Kapitalherabsetzungen in erleichterter Form („**RG.** i. e. F.“).

1. Die subsidiäre Anwendbarkeit der Vorschr. des HGB. über Kapitalherabsetzungen, die der Unterzeichnete in seinem Hauptkommen-tar (vgl. **W. h. k.**, Anm. 11 zu § 1 des Komm. z. **W. D.** über **RG.** i. e. F. („**W. D.**“) vertreten hatte, ist nunmehr auch vom **RG.** anerkannt. Es muß daran festgehalten werden, daß, soweit die **W. D.** keine Sonderbestimmungen enthält, sämtliche Best. des HGB., und zwar sowohl die über Kapitalherabsetzungen, wie die über Satzungsänderungen, wie auch die allgemeinen Best. des HGB. auf **RG.** i. e. F. anwendbar geblieben sind. Keine Stellung hat freilich bisher das **RG.** zu der Streitfrage genommen, ob die Best. der **W. D.** Ausnahme-vorschr. gegenüber sämtlichen einschlägigen Vorschr. des HGB. und nicht nur gegenüber den Vorschr. der §§ 288 ff. HGB. sind (so **W. h. k.** a. a. D. Anm. 11 zu § 1; a. **W.** **Flechteim**: **BankArch.** 1932, 28). Diese Frage ist insbes. bei der Einziehung von Aktien von Be-deutung (Näheres siehe **W. h. k.**, Hauptkommentar Anm. 17 zu § 2).

2. Die Streitfrage, ob eine Zweckangabe gem. § 288 Abs. 2 HGB. zu erfolgen hat, oder ob es genügt, daß der wirtschaftliche

Flechtheim: BankArch. 31, 30 für zulässig gehalten wird, im vorl. Falle aber nicht einmal gegeben ist, der GenVersBeschl. ausdrücklich bestimmen würde, daß die Herabsetzung des Grundkapitals zum Zwecke der Anpassung des Grundkapitals an den veränderten Vermögensstand gem. der WD. v. 6. Okt. 1931 erfolge, wäre damit dem Erfordernis des § 288 Abs. 2 HGB. nicht genügt. Denn die Angabe, daß die Anpassung des Grundkapitals an den veränderten Vermögensstand der Gesellschaft bezweckt werde, ist ganz fraglos und besagt mehr oder weniger etwas Selbstverständliches. Die Bindung der Verwaltung an einen auch nur einigermaßen bestimmten Zweck wird mit einer solchen Angabe nicht erreicht, die rechtliche und wirtschaftliche Festigung der Stellung der Aktionäre nicht erzielt und Außenstehenden die Möglichkeit, aus ihr Schlüsse auf Lage der Gesellschaft zu ziehen, nicht eröffnet. Fragt man nach der rechtlichen Bedeutung der Best. im § 1 WD. v. 6. Okt. 1931, daß die Kapitalherabsetzung in erleichterter Form vorgenommen werden könne, um das Grundkapital dem veränderten Vermögensstande der Gesellschaft anzupassen, so ist unbedenklich B y k S. 46 und Makower S. 11, 12 zuzustimmen, welche ausführen, daß mit dieser Fassung des § 1 nur der Grund angegeben werde, aus dem der Gesetzgeber die erleichterte Form für die Kapitalherabsetzung einführt, daß daher eine Zweckangabe lediglich mit den in § 1 gebrauchten oder ähnlichen allgemein gehaltenen Worten nicht genüge. Nimmt daher der GenVersBeschl. über die Kapitalherabsetzung nur auf § 1 der WD. Bezug oder wird nur die in § 1 enthaltene gesetzgeberische Begründung in den Wortlaut des Beschl. aufgenommen oder wird lediglich die Kapitalherabsetzung in erleichterter Form beschlossen, so ist der Vorschr. des § 288 Abs. 2 HGB. über die Angabe des Zweckes der Herabsetzung nicht genügt. Es muß vielmehr aus dem Wortlaut des Herabsetzungsbeschl. hervorgehen, welcher besondere Zweck mit der Kapitalherabsetzung verfolgt wird. Dabei ist zu beachten, daß die aus der Kapitalherabsetzung in erleichterter Form gewonnenen Beträge nach § 6 Abs. 2 WD. v. 6. Okt. 1931 nur zum Ausgleich von Wertminderungen der Vermögensgegenstände der Gesellschaft, zur Deckung von sonstigen Verlusten oder zur Einstellung in den gesetzlichen Reservefonds Verwendung finden dürfen. Damit ist der Kreis der bei der Kapitalherabsetzung in erleichterter Form zulässigen Zwecke beschränkt (vgl. B y k S. 46; Makower S. 12). Soll also der GenVersBeschl. über die Kapitalherabsetzung in erleichterter Form der Vorschr. des § 288 Abs. 2 HGB. entsprechen, so muß er deutlich erkennen lassen, welcher oder welche dieser Zwecke mit der Kapitalherabsetzung verfolgt werden.

Der Mangel der Angabe des Zweckes hat jedoch nicht die Nichtigkeit des GenVersBeschl. zur Folge. Die Frage, wann ein GenVersBeschl. nichtig und wann er nur anfechtbar ist, ist in Rspr. und Wissenschaft noch ungeklärt. Die verschiedenen Fehler, an denen ein GenVersBeschl. leiden kann, lassen sich bisher nicht auf einen gemeinsamen Nenner bringen und allgemeingültige Gesichtspunkte für die Entsch., wann Nichtigkeit und wann Anfechtbarkeit vorliegt, nicht finden. Nach § 271 Abs. 1 HGB. kann ein Beschl. der GenVer. einer AktG. wegen Verletzung des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages im Wege der Klage angefochten werden. Hieraus läßt sich indessen nicht folgern, daß das Gesetz nur anfechtbare, nicht aber auch nichtige GenVersBeschl. kenne. Das Gegenteil ergibt sich schon aus § 144 Abs. 2 FGO., der

Zweck der R. i. e. F., die Anpassung an die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse, im Beschluß angegeben wird (s. hierüber die oben in der Entsch. zitierten Literaturstellen), ist nunmehr vom R. i. S. der ersten Auffassung zurecht entschieden worden. Der Unterzeichnete hatte für diese seine gleiche Auffassung (vgl. Hauptkommentar Anm. 11 zu § 3) angeführt, daß der § 1 WD. nur die Begründung dafür gebe, weshalb der Gesetzgeber die R. i. e. F. zulasse, daß der Zweck der R. i. e. F. i. S. des § 288 Abs. 2 HGB. aber einen spezielleren Charakter habe; daß er erkennen lassen müsse, welcher spezielle, nach § 6 Abs. 2 WD. zulässige Erfolg, durch die R. i. e. F. erreicht werden solle. Das RG. bestätigt diese Auffassung mit überzeugender Begründung, indem es auf die gesetzgeberischen Motive für die Best. des § 288 Abs. 2 HGB. eingeht. Es muß hervorgehoben werden, daß nicht nur, wie das RG. anführt, die Gläubiger der Gesellschaft durch die Zweckangabe in die Lage versetzt werden sollen, aus dem Zweck der Herabsetzung auf den Stand der Gesellschaft Schlüsse zu ziehen, sondern auch die Aktionäre, die ja mindestens das gleiche Interesse der Ermöglichung solcher Schlussfolgerungen haben wie die Gläubiger. Diese Feststellung ist wichtig, weil man daran erkennt, daß durch die Zweckangabe nicht in erster Linie die Gläubiger, sondern vor allem die Aktionäre geschützt werden sollen, die ja auch ein besonderes Interesse daran haben, zu kontrollieren, daß die Herabsetzung nur für die von der Generalversammlung festgesetzten Zwecke verwendet wird. Dieses Interesse ist bei der R. i. e. F. ganz besonders groß, weil die WD. im § 6 Abs. 2 die Zwecke, für die die Verwendung stattfinden darf, besonders stark einschränkt, indem sie bestimmt, daß die Budgetgewinne nur zum Ausgleich von Wertminderungen, zur Deckung von sonstigen Verlusten oder zur Einstellung in den gesetzlichen Reservefonds Verwendung finden dürfen. Das so gewonnene Ergebnis aber, nach welchem die Zweckangabe in erster Linie dem Schutze der Aktionäre dient, liefert nach der reichsgericht-

von der Amtslösung nichtiger GenVersBeschl. handelt, die im Handelsregister eingetragen sind. Man könnte dem allerdings entgegenhalten, daß § 144 Abs. 2 FGO. sich nur auf solche Beschl. beziehe, die erst durch Anfechtung nichtig geworden seien, und daß er daher mit dem nur von der Anfechtbarkeit handelnden § 271 Abs. 1 HGB. auf einer Linie stehe. Das ist aber nicht der Fall. Vielmehr kennt das Gesetz auch schlechthin nichtige GenVersBeschl. Das ist selbstverständlich, wenn man z. B. an den Fall denkt, daß ein solcher Beschl. gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB.) verstößt oder daß er von Personen gefaßt wird, die nicht geschäftsfähig sind. Man kann indessen Jacufiel, Gültige und fehlerhafte GenVersBeschl. der AktG. S. 44 ff., 63 und Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von GenVersBeschl. bei AktG. S. 26 ff. bestimmen, wenn sie im Hinblick auf § 271 Abs. 1 HGB. die Anfechtbarkeit für die Regel, die Nichtigkeit für die Ausnahme halten. Keine Richtlinie für die Abgrenzung bietet jedenfalls die Fassung des im Einzelfalle verletzten Gesetzes (oder Gesellschaftsvertrages); insbes. läßt sich nicht sagen, daß immer da, wo eine zwingende Vorschrift verletzt worden sei, die Verletzung die Nichtigkeit des Beschl. herbeiführe (vgl. Jacufiel S. 46).

Zu den erörterten Fragen hat auch das RG. wiederholt Stellung genommen und dabei zunächst anerkannt, daß GenVersBeschl. nicht nur im Wege der Anfechtungsklage nach § 271 Abs. 1 HGB. beseitigt werden können, sondern daß bei ihnen auch eine unheilbare Nichtigkeit möglich ist (RG. 113, 155). Für die Ausnahme der Nichtigkeit sei jedoch nur dann Raum, wenn es sich um Beschl. handle, die mit dem Wesen der AktG. schlechthin unverträglich seien, weil sie zwingende, in erster Linie im öffentlichen Interesse gegebene Vorschr. verletzten, auf deren Einhaltung die Beteiligten nicht verzichten könnten (RG. 118, 72). In RG. 120, 366 heißt es, absolute und unheilbare Nichtigkeit von GenVersBeschl. trete nur dann ein, wenn bei der Beschlüßfassung gegen zwingende, in erster Linie im öffentlichen Interesse gegebene Vorschr. verstoßen worden sei, auf deren Einhaltung die Aktionäre nicht verzichten könnten. Wendet man diese Rechtsgrundsätze auf den vorl. Fall an, so läßt sich nicht anerkennen, daß der GenVersBeschl. v. 10. Mai 1932 wegen des Mangels einer dem § 288 Abs. 2 HGB. entsprechenden Angabe des Zweckes der Kapitalherabsetzung nichtig sei. Wenn auch oben dargelegt worden ist, daß die Zweckangabe nicht nur im Interesse der Aktionäre, sondern auch Außenstehender, insbes. der Gläubiger der Gesellschaft, liege, so kann doch schwerlich die Rede davon sein, daß das Interesse dieser Außenstehenden ein öffentliches Interesse darstelle. Ebenjowentig läßt sich sagen, daß ein GenVersBeschl., der keine oder nur eine ungenügende Zweckangabe enthält, seinem Inhalt nach mit dem Wesen der AktG. schlechthin unverträglich sei. Allerdings wird von einigen Schriftstellern angenommen, daß eine Verletzung des § 288 Abs. 2 HGB. den GenVersBeschl. über die Herabsetzung des Grundkapitals nichtig mache (vgl. Brand, A. 5 zu Cc zu § 288 HGB.; Makower, Anm. IVc zu § 288 HGB.; Koenige, Anm. 4c zu § 288 HGB.). Eine Begründung für diese Ansicht hat aber keiner dieser Schriftsteller gegeben. Wenn das RG. ausführt, daß auch das RG. die Nichtigkeit des Kapitalherabsetzungsbeschl. beim Mangel der Zweckangabe angenommen habe, so ist das, wenigstens in dieser Form, nicht richtig. In FGO. 3, 196 ist allerdings die Frage geprüft worden,

lichen Rspr. noch ein weiteres Argument für den hinsichtlich der Frage der Anfechtbarkeit vom RG. eingenommenen Standpunkt.

3. Zur Frage, ob Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit bei Verletzung der Vorschr. über die Zweckangabe vorliegt, stellt sich das RG. auf den gleichen Standpunkt wie der Unterzeichnete (vgl. Hauptkommentar Anm. 11 zu § 3 WD.), daß nämlich nur Anfechtbarkeit und keine Nichtigkeit gegeben sei. Dieses erfreuliche Ergebnis schützt die Gesellschaften davor, in denjenigen Fällen, in denen eine Anfechtungsklage innerhalb der Monatsfrist des § 271 Abs. 2 HGB. nicht erhoben worden ist, den Generalversammlungsbeschlüß erneuern und dadurch vermeidbare Mehrkosten und -stempel tragen zu müssen. Die Rspr. der RegGer. hatte sich zum größten Teil auf den Standpunkt gestellt, daß Verstöße gegen die Zweckangabe unheilbare Nichtigkeit hervorrufen. Sie hatte sich dabei auf die in der obigen Entsch. zit. früheren RG.-Beschlüsse gestützt, die das RG. jetzt mit Recht als nicht verwertbar für den vorl. Fall erklärt.

Mit Recht hebt das RG. hervor, daß die Frage, wann ein GenVersBeschl. nichtig oder wann er nur anfechtbar ist, in Rspr. und Wissenschaft noch ungeklärt sei, und daß sich die verschiedenen Fehler, an denen ein GenVersBeschl. leiden kann, bisher nicht auf einen gemeinsamen Nenner bringen ließen. Der Unterzeichnete hat dieser allgemeinen Frage in seinem Hauptkommentar zur WD. (vgl. Anh. zu § 1) einen besonderen Abschnitt gewidmet, sich aber darauf beschränkt, die Frage an Hand der Rspr. des RG. zu prüfen, ebenso wie dies jetzt auch das RG. tut. Das Ergebnis, das besonders die Entsch. RG. 120, 366 = FZ. 1928, 2852 liefert, ist, wie nicht verkannt werden kann, ebenfalls kein ganz eindeutiges, denn wenn es dort heißt, es liege absolute und unheilbare Nichtigkeit nur dann vor, wenn bei der Beschlüßfassung gegen zwingende, in erster Linie im öffentlichen Interesse gegebene Vorschr. verstoßen worden ist, auf deren Einhaltung die Aktionäre nicht verzichten können, so muß

ob in dem damals zur Entsch. stehenden Fall einer Kapitalherabsetzung der Vorschr. des § 288 Abs. 2 HGB. genügt sei. Der erk. Sen. hat diese Frage im Gegensatz zu den Vorinstanzen bejaht und ist daher der Prüfung der weiteren Frage überhoben gewesen, welche Rechtsfolge sich im Falle einer Verletzung des § 288 Abs. 2 HGB. ergebe. Aus dieser Entsch. läßt sich also nicht entnehmen, daß das RG. einen Kapitalherabsetzungsbeschl. wegen Mangels der Zweckangabe für nichtig halte. In ZZB. 4, 193 hat der Senat einen Fall der Kapitalherabsetzung entschieden, in welchem er die Vorschr. des § 288 Abs. 2 HGB. nicht als erfüllt ansah. Aus diesem Grunde hielt der Senat in dieser Hinsicht noch eine Ergänzung des Herabsetzungsbeschl. für erforderlich, damit der Beschl. in das Handelsregister eingetragen werden könnte. Wenn auch zuzugeben ist, daß diese Ausführungen die Annahme nahelegen, daß der Senat damals davon ausgegangen ist, daß eine Verletzung des § 288 Abs. 2 HGB. hinsichtlich der Zweckangabe bei der Kapitalherabsetzung die Nichtigkeit des Herabsetzungsbeschl. zur Folge habe, da er die Eintragung des Herabsetzungsbeschl. von der Nachholung der Zweckangabe abhängig gemacht hat, so darf doch nicht übersehen werden, daß in jener Entsch. die Frage nach der Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit eines dem § 288 Abs. 2 HGB. nicht entsprechenden Herabsetzungsbeschl. nicht zum Gegenstande einer näheren Untersuchung gemacht worden ist. Aus den damaligen Ausführungen läßt sich daher über den Standpunkt, den der Senat in dieser Frage eingenommen hat, nicht viel entnehmen. Aber selbst wenn der Senat damals bewußt hat zum Ausdruck bringen wollen, daß ein Mangel der Zweckangabe den Herabsetzungsbeschl. nichtig mache, so ist das für den jetzt vorl. Fall ohne Bedeutung. Denn abgesehen davon, daß der Senat an seine frühere Rechtsauffassung nicht gebunden ist, verhält sich der jetzt zur Entsch. stehende Fall anders als der frühere. Der Unterschied liegt darin, daß es sich in jenem Fall um eine Kapitalherabsetzung nach den Vorschr. der §§ 288 ff. HGB. handelte, während jetzt eine solche in erleichterter Form nach der WD. v. 6. Okt. 1931 in Rede steht. Nimmt man für den ersten Fall bei einem Mangel der Zweckangabe Nichtigkeit des Herabsetzungsbeschl. an, so zwingt das noch keineswegs zu derselben Stellungnahme gegenüber dem zweiten Fall. Kann man nämlich bei der Kapitalherabsetzung in den regelmäßigen Formen des HGB. — obgleich es mit den vom RG. entwickelten Rechtsgrundätzen nicht vereinbar wäre — einen Herabsetzungsbeschl. ohne Zweckangabe allenfalls mit Rücksicht auf die Gesellschaftsgläubiger für nichtig halten, so verjagt diese Erwägung jedenfalls bei der Kapitalherabsetzung in erleichterter Form. Denn bei dieser besteht die Erleichterung hauptsächlich gerade darin, daß die zur Siche-

notwendigerweise im Einzelfall die Entsch. Schwierigkeiten machen, ob betarigte Vorschr. verletzt sind. Wann liegt eine in erster Linie im öffentlichen Interesse gegebene Vorschr. vor? Schon die Worte „in erster Linie“ machen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung. Daß Best., die nur dem Schutze Dritter, nicht dem der Aktionäre dienen, z. B. die Gläubigerschutzvorschriften des HGB., welche im öffentlichen Interesse gegebene sind, kann nicht zweifelhaft sein, und umgekehrt kann man auch nicht darüber streiten, daß alle Vorschr., die nur dem Interesse der Aktionäre dienen, nicht im öffentlichen Interesse gegeben sind. Aber schon die Vorschr. über die Bilanzierung und den Inhalt des Geschäftsberichts, die jetzt in der Aktienrechtsnovelle verschärft worden sind, dienen nicht nur dem Interesse der Aktionäre, sondern auch dem der Gläubiger, denn auf die Bilanzen hin pfliegen ja die Gläubiger ihre Kredite zu gewähren. Und dennoch kann bei ihnen nach der positiven Vorschr. des § 271 Abs. 3 HGB. kein Zweifel darüber bestehen, daß Verletzungen Anfechtbarkeit und nicht Nichtigkeit begründen. Hier hilft das RG. mit den Worten „in erster Linie“. Aber wie soll man feststellen, ob der Gesetzgeber bei den einzelnen Vorschr., die dem Interesse sowohl der Aktionäre wie auch Dritter dienen, in erster Linie an die einen oder anderen gedacht hat? Praktisch wird nur der eine, zutreffend vom RG. hervorgehobene Gesichtspunkt ausschlaggebend sein können, daß nämlich im Zweifel nur Anfechtbarkeit und nicht Nichtigkeit vorliege. Nur wenn kein Zweifel darüber besteht, daß die fragliche Gesetzesbestimmung vorwiegend den Schutz Dritter, insbes. der Gläubiger, bezielt, kann man im Falle von Verstößen die Nichtigkeit bejahen. Immerhin ist dem richterlichen Ermessen in dieser Frage weitester Spielraum gelassen, aber es wäre zu wünschen, daß bei der Neugestaltung des Aktienrechts auch diese, bei fast allen Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen große Schwierigkeiten bietende Frage geklärt wird.

Die Gründe, die das RG. in der in der obigen Entsch. besprochenen Spezialfrage für die bloße Anfechtbarkeit anführt, erscheinen überzeugend. Eine Einschränkung ist allerdings notwendig: Das RG. zieht aus der auch diesfalls vertretenen Auffassung, daß die Befreiung von den Gläubigerschutzvorschriften des HGB. der Hauptanreiz zur Vornahme der K. i. e. F. sei, den Schluß, daß die Interessen der Gläubiger bei der K. i. e. F. überhaupt ganz zurücktreten, und daß man deshalb mit Rücksicht auf sie ein Beschl. über K. i. e. F. wegen Verletzung der Zweckangabevorschrift des § 288 Abs. 2 HGB. nicht für nichtig halten könne. So richtig die Prämissen ist, so wenig kann der Folgerung beigetreten werden. Es kann keineswegs für zutreffend erachtet werden, daß, weil die WD. die

Befreiung der Gläubiger gegebenen Vorschr. des § 288 Abs. 2—4 HGB. keine Anwendung finden (§ 8 Abs. 2 WD. v. 6. Okt. 1931). Die Befreiung von den Gläubigerschutzvorschriften des HGB. ist nach B. H. K. S. 86 der Hauptanreiz zur Vornahme der Kapitalherabsetzung in erleichterter Form (ebenso Makower S. 24/25). Treten demnach die Interessen der Gläubiger bei der Kapitalherabsetzung in erleichterter Form ganz zurück, so kann man nicht mit Rücksicht auf sie einen Beschl. über die Herabsetzung in erleichterter Form wegen Verletzung der Zweckangabevorschrift des § 288 Abs. 2 HGB. für nichtig halten. Dann kann aber noch weniger die Rücksicht auf Außenstehende, die nicht Gläubiger sind, diese Folgerung rechtfertigen. Am wenigsten kann dann aber davon die Rede sein, daß ein öffentliches Interesse verletzt werde, wenn in einem Beschl. über die Herabsetzung in erleichterter Form der Zweck nicht angegeben wird. Vom Standpunkt des RG. aus kann daher in einem solchen Fall der Herabsetzungsbeschl. nicht für nichtig, sondern nur für anfechtbar gehalten werden.

Danach ist aber die Beanstandung des GenVersBeschl. v. 10. Mai 1932 durch die Vorinstanzen mit dem Ziele, eine Nachholung der fehlenden Zweckangabe herbeizuführen, unbegründet. Das RegGer. hätte wegen dieses Mangels die Eintragung des Beschl. nur so lange aussetzen dürfen, bis die in § 271 Abs. 1 HGB. für die Erhebung der Anfechtungsklage gefetzte Frist von einem Monat verstrichen war. Würde innerhalb dieser Frist keine Anfechtungsklage erhoben, so war der Mangel der Zweckangabe geheilt und stand der Eintragung des GenVersBeschl. nicht mehr im Wege.

(RG., ZivSen. 1b, Beschl. v. 24. Nov. 1932, 1 b X 616/32.)

Mitgeteilt von LG. Dr. Seymann, Berlin.

\*

5. § 8a DsthilfeseicherungsWD. v. 17. Nov. 1931; § 116 PrZwAufsG. v. 22. April 1930. Auch die Eintragung einer Sicherungshypothek auf Grund einer gemäß § 116 Auflösg. getroffenen Anordnung des Auflösungsamts ist nach § 8a DsthilfeG. unzulässig. †

Die Grundstücke gehören einem Familienfideikommiß an. Durch Beschluß des AuflösA. ist gem. § 116 ZwAufsWD. v. 22. April 1930 angeordnet, daß zur Sicherung der Ruhegehaltsansprüche des Revierförstlers K. gegen den Fideikommißbesitzer auf den bezeichneten Rittergütern eine Sicherungshypothek eingetragen werde.

Im Januar 1932 wurde über die Grundstücke das Siche-

Befreiung von den Gläubigerschutzvorschriften des HGB. gewährt, deshalb die Interessen der Gläubiger bei der K. i. e. F. ganz zurücktreten. Vielmehr sind die außer Kraft gesetzten Gläubigerschutzvorschriften des HGB., das Sperrjahr und das Gläubigeraufgebot, in der WD. durch andere, mildere Gläubigerschutzvorschriften ersetzt, insbes. durch die der §§ 9, 6 WD., und diese Abschaffungen erleichtern die K. i. e. F. Aber dennoch ist das Interesse der Gläubiger durch Schutzvorschriften berücksichtigt, nach denen im Falle der Ausschüttung einer Dividende von mehr als 6% früher als zwei Jahre nach der K. i. e. F. Sicherheit oder Befriedigung zu gewähren ist (§ 9), und nach denen auf Grund der K. i. e. F. Zahlungen an die Aktionäre nicht erfolgen dürfen (§ 6 Abs. 1). Man kann also nicht davon sprechen, daß die Interessen der Gläubiger bei der K. i. e. F. „ganz zurücktreten“, weil die schärferen Gläubigerschutzvorschriften des HGB. durch die milderen der WD. ersetzt worden sind. Da hiernach die WD. die Interessen der Gläubiger ebenfalls berücksichtigt, ist der Schluß nicht gerechtfertigt, daß bei einer K. i. e. F. Nichtigkeit wegen Verletzung von Gläubigerinteressen ganz allgemein nicht in Frage kommen kann. Im Gegenteil kann wohl nicht der geringste Zweifel darüber bestehen, daß z. B. Beschlüsse, die gegen die oben zit. §§ 6 Abs. 1, 9 WD. verstoßen, nichtig und nicht nur anfechtbar sind.

Wenn hiernach aber auch diesem einen Argumente des RG. nicht beigetreten werden kann, so muß doch festgestellt werden, daß dieses nicht etwa allein die Entsch. trägt, sondern daß die übrigen überzeugenden Gründe des RG. ausreichen, um seine Entsch. dahin, daß die Verletzung nur Anfechtbarkeit und nicht Nichtigkeit begründe, zu rechtfertigen. Es kann danach, wenigstens für Preußen, als feststehend gelten, daß die RegGer. auch bei Verstößen gegen die Zweckangabevorschriften die Beschlüsse über die K. i. e. F. eintragen müssen, wenn seit der Beschlußfassung ein Monat verlossen ist, ohne daß eine Anfechtungsklage erhoben worden ist.

RA. Dr. Rudolf Wyk, Berlin.

Zu 5. Für das Verfahren vor den Auflösungsbehörden, in dessen Rahmen auch die Anordnung gem. § 116 Abs. 2 ZwAufsWD. fällt, gelten die Best. der §§ 210 ff. dieses Gesetzes. Es ist zwar dem BeschwF. also darin beizutreten, daß die Entsch. der Auflösungsbehörden Anordnungen sind, die auf den besonderen Vorschr. der ZwAufsWD. beruhen und auch gemäß den besonderen Vorschr. dieses Gesetzes zur Durchführung gebracht werden. Es geht aber nicht an, diese besonderen Anordnungen, über die sich der § 229 ZwAufsWD. ausläßt, nicht als Akte der Zwangsvollstreckung zu

rungsverfahren gem. der OsthilfsicherungsVO. v. 17. Nov. 1931 eröffnet.

Im Mai 1932 ersuchte der Präs. des AuflösA. das GBA. um Eintragung der vorerwähnten Sicherungshypothek. Der Antrag ist in allen Instanzen abgelehnt worden.

Die Befugnis des GBA., gegenüber dem Ersuchen die Zulässigkeit der Eintragung der Sicherungshypothek aus dem Gesichtspunkt des § 8 a OsthilfsicherungsVO. zu prüfen, folgt aus seiner Kenntnis von der Eröffnung des Sicherungsverfahrens und der ihm nach allgemeinen liegenschaftsrechtlichen Grundsätzen obliegenden Pflicht das Grundbuch von gesetzwidrigen unwirksamen Eintragungen freizuhalten (Güthe-TriebeL, GBD., 5. Aufl., § 39 Anm. 51 Abs. 3; RGZ. 49, 160). Daß dies auch der Standpunkt der OsthilfsicherungsVO. ist, ergibt sich daraus, daß § 6 Abs. 2 daselbst die Mitteilung des Eröffnungsbeschlusses an das AG., in dessen Bezirk der Betrieb gelegen ist, vorschreibt. Dadurch wird auch ein Vorgehen gem. § 775 Ziff. 1 ZPO., dessen lediglich e n t s p r e c h e n d e Anwendung in § 8 a OsthilfsicherungsVO. angeordnet ist, erübrigt.

Der BeschwF. macht gegen die Anwendbarkeit des § 8 a OsthilfsicherungsVO. folgendes geltend:

1. Der Beschluß des AuflösA. sei kein vollstreckbarer Titel i. S. der Best. über die Zwangsvollstreckung, sondern eine auf den besonderen Best. des ZwAusfG. beruhende Anordnung, die gem. den besonderen Vorschr. dieses Gesetzes zur Durchführung gebracht werde.

2. Selbst wenn aber der Beschluß als Vollstreckungstitel anzusehen sei, würde es sich doch nicht um eine Vollstreckung wegen einer Geldforderung i. S. von Abschn. II Buch 8 ZPO. und § 8 a OsthilfsicherungsVO., sondern um eine Zwangsvollstreckung zur Erzwingung der Bewilligung der Eintragung i. S. des § 894 ZPO. handeln.

Dem Standpunkt der Vorinst. ist beizutreten. Die OsthilfsicherungsVO. bezweckt, wie ihre amtliche Überschrift besagt, § 1 auch noch besonders ausdrückt, die Sicherung der Einbringung der Ernte und die Entschuldung des landwirtschaftlichen Besitzes. Zur Erreichung dieses Zweckes wird in § 7 die Bestellung eines Treuhänders zur Beaufsichtigung des Betriebes, und in § 13 Abs. 2 die Notwendigkeit von dessen Zustimmung zur Verfügung und zur Eingehung von Verpflichtungen des Betriebsinhabers angeordnet, im § 8 a für die Dauer des Verfahrens jede Zwangsvollstreckung und jede Vollziehung von Arresten und EinstwVerf. gegen den Betriebsinhaber und unter b die Verwertung verpfändeter oder zur Sicherung übereigneter Gegenstände und die Verfügung über verpfändete und zur Sicherung abgetretene Forderungen für unzulässig erklärt und ferner in § 9 bestimmt, daß von dem Sicherungsverfahrens alle persönlichen und dinglichen Gläubiger betroffen werden, denen z. B. der Eröffnung des Verfahrens ein vermögensrechtlicher Anspruch gegen den Betriebsinhaber zusteht. Diese Vorschriften lassen im Zusammenhalt erkennen, daß der z. B. der Eröffnung des Sicherungsverfahrens vorhandene Vermögensbestand für die Dauer des Sicherungsverfahrens ohne Mitwirkung des Treuhänders durch Maßnahmen von dritter Seite nicht verändert werden soll. Dieser Zweckbestimmung ist bei Auslegung der Vorschr. des § 8 a OsthilfsicherungsVO. in besonderem Maße in Rechnung zu tragen. Es ist zwar richtig, daß eine „Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung“ i. S. der Vorschr. der ZPO., insbes. des die Zwangsvollstreckung in das unbeweßliche Vermögen regelnden § 866 ZPO. grundsätzlich einen auf Zahlung einer Geldsumme lautenden Schuldtitel voraussetzt.

bezeichnen. Für den Sonderfall des § 229 Abs. 2 ist ausdrücklich auf die Best. des 8. Buches der ZPO. Bezug genommen worden. Dies kann aber nicht bedeuten, daß Vollstreckungsmaßnahmen i. S. der ZPO. nur dann vorliegen, wenn „die Vollstreckung der Entsch.“ vom Vorsitzenden der Auflösungsbehörde den Beteiligten überlassen wird, sondern heißt, daß die Vollstreckung sich in diesem Falle innerhalb der Normen des 8. Buches der ZPO. zu halten hat, während der Vorsitzende der Auflösungsbehörde, wenn er „die zwangsweise Durchführung“ selbst anordnet, an diese Best. nicht ohne weiteres gebunden ist. Dies ergibt sich auch aus dem Hinweis auf die Art. 15—17 PrAGG. Wählt der Vorsitzende aber in diesem ihm nach § 229 ZwAusfVO. gesteckten Rahmen die Eintragung einer Sicherungshypothek, wozu ihn § 116 schon vor Vorliegend einer rechtskräftigen Entsch. ermächtigt, so muß das die Eintragung selbst betreffende Verfahren als im 8. Buch der ZPO. geregelte Zwangsmaßnahme auch den Vorschr. dieses Buches und damit den für diese Maßnahme neuerlich geschaffenen Einschränkungen unterworfen sein.

Auch der Hinweis des BeschwF. auf § 894 ZPO. erscheint nicht zutreffend. Es mag zwar vorkommen, daß der Wortlaut der Anordnung nach § 116 ZwAusfVO. mit dem Tenor eines Urte. gem. § 894 ZPO. fast vollkommen übereinstimmt. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß in dem vorl. Falle die geschuldete Leistung ein Geldanspruch, der nur in bestimmter Form

Ein solcher Schuldtitel ist der Beschluß des AuflösA. nicht, weil er nicht die Verpflichtung zur Zahlung der Ruhehaltsansprüche des Friters auspricht, sondern nur deren Sicherstellung anordnet. Verfehlt ist aber die Annahme des BeschwF., daß die Anordnung einen die Eintragungsbewilligung erziehenden Titel i. S. des § 894 ZPO. bildet. Diese Vorschr. betrifft die Verteilung zur Abgabe einer Willenserklärung. Die Vollstreckungswirkung besteht darin, daß die Erklärung mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt, das bedeutet, wenn es sich um Eintragungsbewilligungen handelt, daß auf Grund des Urteils unterstellt wird, der Berechtigte habe die Erklärung freiwillig abgegeben. Die auf Grund eines solchen Urteils eingetragene Hypothek ist liegenschaftsrechtlich als eine freiwillig bestellte ebenso zu behandeln, als wenn der Berechtigte die Erklärung wirklich abgegeben hätte. Den Gegensatz hierzu bilden alle Fälle, in denen die Eintragung gegen oder doch jedenfalls ohne eine auf die Eintragung gerichtete Erklärung des Berechtigten angeordnet wird, und diese Anordnung als Eintragungsunterlage an die Stelle der fehlenden Willenserklärung des Berechtigten tritt.

Der Beschluß des AuflösA. ist nach seinem Zweck und nach der im AufG. vorgesehenen Art seiner Durchführung, wie das AG. zutreffend bemerkt, i. S. des § 8 a OsthilfsicherungsVO. den Arresten und EinstwVerf. gleichzustellen. Denn wie diese ist er eine den sonstigen Vollstreckungstiteln wesensähnliche und der zwangsweisen Verwirklichung (Vollziehung) fähige behördliche Anordnung, die sich von den eigentlichen Zwangsvollstreckungstiteln nur dadurch unterscheidet, daß sie nur die Sicherung und nicht die volle Erfüllung des zugrunde liegenden Anspruchs zum Ziel hat. Dieses Wesen der Anordnungen aus § 116 ZwAusfVO. ist aus dieser Vorschr. i. Verb. m. §§ 217, 229, 245 ZwAusfVO. klar erkennbar. § 116 Abs. 1 erklärt die Auflösungsbehörde für befugt, auf Antrag beim Vorliegen eines Bedürfnisses die Sicherstellung der einem zur Verwaltung des Familienidebommiffes angestellten oder früher angestellt gewesenen Beamten oder seinen Hinterbliebenen zustehenden Gehalts- und Ruhegehalts- und Hinterbliebenenansprüche aus dem Vermögen anzuordnen und näher zu regeln. § 217 läßt die Wirksamkeit einer solchen Anordnung nicht vor der Rechtskraft eintreten. § 229 bestimmt in Abs. 1 S. 1, daß der Vorsitzende des AuflösA. die zwangsweise Durchführung der ergangenen Entsch. anzuordnen hat, und bezeichnet bei der weiteren Regelung in Abs. 1 und 2, 3 die Durchführung selbst als „Vollstreckung“ und insbes. in Abs. 2 bezüglich vermögensrechtlicher Ansprüche, daß der Vorsitzende die Vollstreckung der Entsch. den Beteiligten überlassen könne, und daß in diesem Falle die Vorschr. des 8. Buches der ZPO. sinngemäß anzuwenden seien und den Beteiligten eine vollstreckbare Ausfertigung der Anordnungen des AuflösA. zu erteilen sei. § 245 bestimmt schließlich, daß die zur Vollziehung der Anordnungen der Auflösungsbehörde erforderlichen Eintragungen in die öffentlichen Bücher und Register ... auf Ersuchen der Auflösungsbehörde oder ihres Vorsitzenden erfolgen. Aus allen diesen Vorschr. geht hervor, daß vom Standpunkte des AufG. auch Anordnungen i. S. des § 116 zwangsweiser Vollziehung (Vollstreckung) fähige Titel sind. Sie müssen daher i. S. des § 8 a OsthilfsicherungsVO. mit Rücksicht auf dessen Zweckbestimmung den Arresten und EinstwVerf. entsprechend behandelt werden. Der Umstand, daß die Anordnung und die zu ihrer Vollziehung eingetragene Sicherungshypothek für sich allein noch nicht die Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung ermöglichen, hierzu vielmehr noch ein gerichtlicher Vollstreckungstitel erforderlich ist, steht dem vorstehend

gesichert werden soll, und nicht wie im Falle des § 894 ZPO. die Abgabe einer Willenserklärung ist. Die Entsch. erscheint daher zutreffend.

Interessant ist in diesem Zusammenhang die vom Standpunkt des RG. aus nicht zu erörternde Frage, ob im Falle eines echten Urte. gem. § 894 ZPO., d. h. dann, wenn der Eigentümer verurteilt ist in die Eintragung einer Hypothek zu willigen, die Eintragung auch bei bestehendem Sicherungsverfahren vorgenommen werden kann. Man ist geneigt, diese Frage zu bejahen, wenn man bedenkt, daß hier nicht eine in § 8 OsthilfsicherungsVO. für unzulässig erklärte Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung vorliegt, und daß der Akt der Zwangsvollstreckung nicht in der Eintragung, sondern schon in der der Best. des § 8 entzogenen Fiktion der Abgabe der erforderlichen Willenserklärung liegt. Dagegen läßt sich sagen, daß auch die Eintragung einer Hypothek dieser Art eine bestimmte Geldforderung voraussetzt und außerdem dem Zwecke der OsthilfsicherungsVO., wie er auch in dem obigen Beschluß hervorgehoben ist, zuwiderläuft. Entscheidend erscheint hier aber, daß trotz der Anordnung des Sicherungsverfahrens Rechtshandlungen des Betriebsinhabers wirksam sind, daß also ebenso wie eine freiwillig bestellte Hypothek eingetragen werden muß, die Eintragung auch dann zu erfolgen hat, wenn die Abgabe der Eintragungsbewilligung durch Urteil fungiert wird.

RA. Dr. von Maffo, Stettin.

dargelegten Standpunkt nicht entgegen, weil die gleiche Rechtslage hinsichtlich der endgültigen Befriedigungsmöglichkeit auch bei den die zwangsweise Befriedigung nur sichernden Arresten und Einstw.-Verf. besteht.

(RG., 1. ZivSen., Beschl. v. 13. Okt. 1932, 1 X 722/32.)

Mitgeteilt von RGR. Dr. Karge, Berlin.

\*

6. §§ 55, 60 PrGG. Wird ein für eine fortbestehende DSG. eingetragenes Grundstück auf die Gesellschafter als in ungeteilter Gemeinschaft des BGB. stehend umgeschrieben, so ist für diese Eintragung eine Gebühr aus § 55 Abs. 1, nicht aus § 60 PrGG. zu berechnen.

Die Vorinst. haben zutreffend für die Umschreibung des Eigentums von der DSG. auf die Gesellschafter in ungeteilter Bruchteilsgemeinschaft des BGB. eine Gebühr aus § 55 Abs. 1 PrGG. in Ansatz gebracht. Diese Gebühr wird erhoben für die Eintragung des Eigentümers, setzt also einen Eigentumswechsel voraus, während unter § 60 PrGG. nur solche die Person des Eigentümers betreffende Eintragungen fallen, die die Identität des Subjekts unberührt lassen. Einen derartigen Eigentumswechsel hat der Senat allerdings in einem Fall nicht für vorliegend erachtet, in welchem ein für eine aufgelöste DSG. etragenes Grundstück auf die früheren Gesellschafter als in Gesellschaft des bürgerlichen Rechts stehend umgeschrieben wurde (ZFG. ErgBd. 11, 213). Mitbestimmend war dabei die Erwägung, daß es, wie auch das DLG. Hamburg: RGZ. 53, 261 unter Billigung von Güthe-Triebel, GVB., 5. Aufl., § 20 Anm. 19, und von RGR. Komm. BGB. 6. Aufl., § 225 Anm. 2, Abs. 2 entschieden hatte, in diesem Falle einer Auflassung nicht bedurfte. Inzwischen hat aber das RG. unter Mißbilligung jener Entsch. des DLG. Hamburg zur Überführung eines Grundstücks aus dem Vermögen einer DSG. in das Vermögen einer aus denselben Personen bestehenden Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Auflassung für notwendig erklärt (RG. 136, 402<sup>1)</sup>). Den Grund hierfür findet das RG. in der vom Gesetz (§§ 124 Abs. 1 und 2, 131 Nr. 3 GVB.; § 209 RD.) anerkannten weitgehenden Verselbständigung des Vermögens der DSG., die sich insoweit einer juristischen Person nähert. Aus diesem Gesichtspunkt zieht es die Rechtsfolgerung, daß ein auf den Namen der DSG. gebuchtes Grundstück rechtsgeschäftlich nicht durch bloße formlose Abrede der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen ausgeschieden und so der Haftung für die Gesellschaftsschulden entriekt werden könne, sondern daß zur Überführung des Grundstücks aus dem Vermögen der DSG. in ein anderes Vermögen, insbes. dasjenige einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die für den rechtsgeschäftlichen, dinglichen Übertragungsakt gesetzlich vorgeschriebenen Formen gewahrt werden müßten. Diesen Grundsatz hält es auch für den Fall der Personengleichheit zwischen den Gesellschaftern der DSG. und denen der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts aufrecht, weil die gedanklich an sich richtige Erwägung, daß bei einer solchen Personengleichheit dieselben natürlichen Personen gesamthänderisch Eigentümer blieben, zurücktreten müßte hinter der bedeutsameren Erwägung, daß diese Personen auf beiden Seiten verschiedene Sondervermögensmassen verkörpern, denen das Gesetz nun einmal eine weitgehende rechtliche Selbständigkeit zuerkennt, und deren Schicksale, namentlich nach der Seite der Vermögensträger hin, jeden Augenblick einen verschiedenen Lauf nehmen könnten. Es kann nun dahingestellt bleiben, ob diese vom RG. aufgestellten Grundätze dazu führen müßten, auch in dem früher entschiedenen Fall (ZFG. ErgBd. 11, 213) eine Gebühr aus § 55 Abs. 1 PrGG. zum Ansatz zu bringen. Denn dieser Fall unterscheidet sich von dem durch das RG. beurteilten insofern, als dort die DSG. bereits im Handelsregister gelöscht war, und nun die Gesellschaftsgrundstücke auf den Namen der bisherigen Gesellschafter als in einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts stehend im Berichtigungsweg umgeschrieben werden sollten. Im vorl. Fall aber besteht die DSG. ebenso wie in dem vom RG. entschiedenen fort, und das Grundstück soll aus dem verselbständigten Sondervermögen der DSG. in das Privatvermögen der Gesellschafter, nämlich in eine von ihnen gebildete ungeteilte Bruchteilsgemeinschaft des BGB. übergeführt werden. Hierin findet das LG. zutreffend einen Eigentumswechsel, der eine Auflassung erfordert, und dessen Eintragung den Ansatz einer Gebühr aus § 55 Abs. 1 PrGG. rechtfertigt. Dasselbe ist übrigens auch schon früher für den umgekehrten Fall angenommen worden, daß ein im Miteigentum zweier Personen stehendes Grundstück in eine aus denselben Personen gebildete DSG. eingebracht wird (RGZ. 17, 44; RG. 56, 96; Mügel, PrGG., 7. Aufl., § 58 Anm. 3).

(RG., 1. ZivSen. 1a, Beschl. v. 23. Sept. 1932, 1a X 866/32.)

Mitgeteilt von RGR. Seydttmann, Berlin.

## 2. Bayern.

7. GmbHG Nov. v. 28. Juni 1926. Eine Kapitalerhöhung erfüllt nicht notwendig den Begriff der wesentlichen Veränderung der Verhältnisse. § 37 DurchfW.D. v. 28. März 1924 z. GoldBilD. ist nachgiebigen Rechts.†)

Durch Art. I Nov. v. 28. Juni 1926 z. GmbHG. sind die Best. des GmbHG. über den Mindestbetrag des Stammkapitals und der Stammeinlage (§ 5 Abs. 1) und über die Teilbarkeit der Stammeinlage (§ 5 Abs. 3 Satz 2) geändert worden. Der Betrag der Stammeinlage muß jetzt wieder — wie nach der Fass. des GmbHG. von 1898 — durch 100 teilbar sein, während § 36 Abs. 2 DurchfW.D. v. 28. März 1924 z. GoldBilD. v. 28. Dez. 1923 für die umgestellten Gesellschaften Teilbarkeit durch 10 vorgeschrieben hatte.

Nach Art. II Abs. 2 Nov. finden auf Gesellschaften, die vor dem Inkrafttreten der Nov. (1. Juli 1926) eingetragen sind, die bisherigen Vorschriften unter bestimmten hier nicht freitigen Voraussetzungen Anwendung. Ändert jedoch die Gesellschaft ihre Verhältnisse wesentlich, so sind diese Veränderungen nur einzutragen, wenn die Vorschr. des Art. I Nov. erfüllt sind oder gleichzeitig erfüllt werden.

Das LG. sieht in der Erhöhung des Stammkapitals von 34 980 auf 65 000 RM eine „wesentliche Änderung der Verhältnisse der Gesellschaft“. Die sofortige Beschwerde bekämpft diese Auffassung als rechtsirrig.

§ 42 Abs. 1 DurchfW.D. z. GoldBilD. sah es als Neugründung einer Gesellschaft an, „wenn sie in ihren Verhältnissen derart geändert wird, daß sie nicht mehr als Fortsetzung der bisherigen Gesellschaft angesehen werden kann“.

Der Begriff der „wesentlichen Änderung der Verhältnisse der Gesellschaft“ in der Nov. von 1926 ist viel unbestimmter. Die im Gesetz besonders angeführten Fälle, wesentliche Änderung des Unternehmens, ihrer Verfassung, der Zusammensetzung ihrer Organe oder der Art ihres Geschäftsbetriebes, sind nur Beispiele; sie können nur zur Auslegung des allgemeinen Begriffes herangezogen werden. Die Entsch., ob eine wesentliche Änderung vorliegt, kann nur von Fall zu Fall getroffen werden, ist aber nicht reine Tatsfrage (so unzutreffend Liebmann-Sänger, GmbHG. Anm. 1 zu § 5); denn es ist vorher festzustellen, was das Gesetz unter „wesentlicher Änderung“ versteht und verstanden wissen wollte.

Inhaltspunkte für die Auslegung des dehnbaren Begriffes gibt die Begr. des Entw. z. Nov. (M.Druckf. Nr. 2354, III. Wahlp., Bd. 409). Es heißt dort: „Sicht der Entwurf von einer Rückwirkung des Gesetzes ab, so bedurfte es andererseits besonderer Vorschr., um einer Umgehung des Gesetzes durch sog. Mantelkäufe vorzubeugen. Es darf nicht zugelassen werden, daß eine wesentliche Änderung der Verhältnisse des Unternehmens, wie sie häufig mit dem Ankauf von Anteilen bestehender Gesellschaften bezweckt werden, ohne Einhaltung der neuen Vorschr. erfolgt. Da vielmehr eine durchgreifende Umwidmung des Unternehmens im tatsächlichen Ergebnis einer Neuerichtung gleichkommt, muß verlangt werden, daß bei ihr die neuen

Zu 7. Je häufiger Entsch. zum Art. II Abs. 2 des Ges. zur Änderung des GmbHG. v. 28. Juni 1926 bekannt werden, desto stärker treten die Schwierigkeiten in Erscheinung, die durch die Fassung dieser Best. entstanden sind. Die obige Entsch. beruft sich auf die Begr. des Entw. z. Nov., aus der klar hervorgeht, daß der Gesetzgeber mit der Fassung des Abs. 2 vor allem die Mantelkäufe treffen wollte. Und es ist dem BayDVG. auch beizutreten, wenn es daraus schließt, daß die sog. „wirtschaftlichen Neugründungen“ nach der Begründung getroffen werden sollten. Aber leider hat der Gesetzgeber dem nicht klar Ausdruck gegeben, wenn er im Abs. 2 von wesentlicher Änderung der Verhältnisse der Gesellschaft sprach, und als Beispiele die wesentliche Änderung des Gegenstands des Unternehmens, ihrer Verfassung, der Zusammensetzung ihrer Organe oder der Art ihres Geschäftsbetriebes anführte. Die ursprüngliche Fassung des § 42 Abs. 1 2. DurchfW.D. z. GVB. war in dieser Hinsicht klarer. Danach lag eine Neugründung auch dann vor, wenn bestehende juristische Personen in der Art ihres Geschäftsbetriebes derart geändert wurden, daß die Gesellschaft nicht mehr als eine Fortsetzung der bisherigen Gesellschaft angesehen werden konnte. Diese Fassung wies deutlich auf die „wirtschaftliche Neugründung“, also auf den Mantelkauf, hin. Aber durch die W.D. v. 14. Juli 1926 (RGZ. I, 412) ist der Text des § 42 Abs. 1 geändert worden und zwar durch Übernahme des Begriffes der „wesentlichen Änderung des Gegenstands des Unternehmens“, wie er im Art. II Abs. 2 des Ges. v. 28. Juni 1926 enthalten ist.

Es kann kaum ein Zweifel darüber bestehen, daß diese Begriffsbestimmung weitergeht als die der wirtschaftlichen Neugründung. Nicht nur diese, insbes. also der Mantelkauf, bedeuten wesentliche Änderungen des Gegenstands des Unternehmens. Das Schrifttum (vgl. insbes. Sachenburg, I Anm. 6 und 7 zu Art. II und Becker: ZFG. 1928, 2 ff.) ist sich darüber einig, daß die Grenzen sehr flüchtige sind, daß in jedem Einzelfalle festgestellt werden muß, was wesentliche Änderung ist und was nicht. Das RG.: GmbHG. 27, 185 ff. und 246 ff. meint, daß unter dem Art. II Abs. 2 nur solche

Vorschr. des Entwurfs in gleicher Weise zur Anwendung gelangen. Diejem Zweck einer Sicherstellung der Anwendung des neuen Gesetzes in derartigen Fällen dient der Vorschr. in Art. II Abs. 2 Satz 2."

Diesen Ausführungen ist zu entnehmen, daß auch die Übergangsvorschriften des Gef. v. 28. Juni 1926 die sog. „wirtschaftlichen Neugründungen“ treffen wollte. „Wesentlich“ ist eine Änderung, die geeignet ist, die Art der Geschäftstätigkeit des Unternehmens grundlegend zu ändern und die Gesellschaft zu etwas anderem umzubilden als sie bisher war. Es soll verhindert werden, daß die früheren Vorschr. auf eine ganz andere als die bisherige Gesellschaft, auf eine Gesellschaft mit anderen Zwecken und anderer Organisation, anwendbar bleiben, daß eine Neugründung einer Gesellschaft, die den jetzigen Vorschr. unterworfen wäre, vermieden und umgangen wird (FZG. 5, 256 ff.; Hachenburg, GmbHG. Bd. I S. 525 f., Anm. 6 zur Nov.; Liebmann-Sänger a. a. D.; Becker: ZentrBlSHR. 1928, 2 ff.; Schmidt: FZ. 1926, 2046).

Eine Kapitalerhöhung kann hiernach eine wesentliche Änderung der Verhältnisse der Gesellschaft bedeuten, muß es aber nicht (Becker a. a. D. S. 3 und die dort angef. Entsch. des RG.). Es muß zur Kapitalerhöhung hinzukommen, daß mit derselben eine Umbildung der Gesellschaft im ange deuteten Sinne Hand in Hand geht, die aus der bisherigen Gesellschaft eine andere macht. Eine Kapitalerhöhung, die es der Gesellschaft nur ermöglichen soll, den nach Art und Organisation unveränderten Betrieb zu erweitern, stellt keine wesentliche Änderung der Verhältnisse der Gesellschaft i. S. des Art. II Nov. dar. Die Gesellschaft bleibt dieselbe, und es treffen die Erwägungen, die zu der Übergangsvorschrift nach der Begr. des Entw. geführt haben, nicht zu.

Eine weitere Änderung des Gesellschaftsvertrags als die Erhöhung des Grundkapitals enthält der Beschl. v. 10. Mai 1932 nicht. Es gelten also für die beschwerdebührende GmbH. nach Art. II Abs. 2 Nov. von 1926 die bisherigen Vorschr.

Während nun nach § 37 DurchfWd. v. 28. März 1924 jede 10 Goldmark eines Geschäftsanteils einer umgestellten Gesellschaft eine Stimme gewährt, bestimmt der Gesellschaftsvertrag v. 10. Mai 1932, daß je 100 RM eines Geschäftsanteils eine Stimme ge-

Veränderungen fallen, die allgemein geeignet sein können, die Art des Geschäftsbetriebes grundlegend zu verändern und damit die Gesellschaft zu etwas anderem umzuwandeln als sie bisher war. Das BayObLG. sucht in der obigen Entsch. ein allgemeines Ergebnis dadurch zu gewinnen, daß es auf den Zweck des Gesetzgebers eingeht, zu verhindern, daß die früheren Vorschr. auf eine ganz andere als die bisherige Gesellschaft, auf eine Gesellschaft mit anderen Zwecken und anderer Organisation anwendbar bleiben, daß eine Neugründung einer Gesellschaft, die den jetzigen Vorschr. unterworfen wäre, vermieden und umgangen wird. Das alles heißt aber nur, an Stelle eines schwer verständlichen, vom Gesetzgeber aufgestellten Begriffs andere, ebenfalls flüssige Begriffe zu setzen, von denen noch nicht einmal unzweifelhaft ist, ob sie mit dem Willen des Gesetzgebers übereinstimmen. RG.: GmbHR. 27, 185 ff. und OLG. Hamburg: HansRZ. 26, 899, ebenso Becker (a. a. D.), sind sich darüber einig, daß im Falle eines Verkaufs sämtlicher Geschäftsanteile und der Bestellung eines neuen Geschäftsführers bei gleichbleibendem Gegenstand des Unternehmens der Art. II noch keine Anwendung findet. Das hat auch der Gesetzgeber sicherlich so gewollt, denn in einem solchen Falle kann man nicht von einer wirtschaftlichen Neugründung, sondern nur von einer Geschäftsübernahme im wirtschaftlichen Sinne sprechen, also auch nicht von einem Mantelkauf. Das Wesen des Mantelkaufs besteht ja darin, daß eine bloße leblofe Hülle gekauft wird, eine GmbH., die nur noch ein Scheindasein führt und Geschäfte nicht mehr betreibt, um die Kosten und Steuern einer Neugründung zu ersparen. Das ist bei einer Geschäftsübernahme zweifellos nicht der Fall. Und deshalb ist auch die Rechtsansicht die wirtschaftlich richtige, die in einem solchen Falle die Anwendbarkeit des Art. II Abs. 2 verneint. Und diese Auffassung ist auch mit dem Wortlaut des Art. II vereinbar. Es ist unzweifelhaft, daß die völlige Änderung der personellen Verhältnisse der Gesellschafter und Geschäftsführer eine wesentliche Änderung bedeutet, aber nicht eine solche des Gegenstandes des Unternehmens.

Ebenso wenig können Zweifel darüber bestehen, daß die Anwendbarkeit zu verneinen ist, wenn es sich nur um Kapitalerhöhungen oder Kapitalherabsetzungen handelt (vgl. dazu BHK: VerAnwBl. 1932, 171), so daß auch keine Bedenken gegen die Richtigkeit der obigen Entsch. des BayObLG. bestehen. Aber das BayObLG. geht zu weit, wenn es annimmt, daß zur Kapitalerhöhung eine Umbildung hinzukommen müsse, die aus der bisherigen Gesellschaft eine andere mache. Der Gesetzgeber verlangt nicht völlige wirtschaftliche Umwandlung des Unternehmens, sondern nur wesentliche Änderung seines Gegenstandes. Wann eine Änderung als „wesentlich“ anzusehen ist, ist eine wirtschaftliche Frage. Man wird sie z. B. zu verneinen haben, wenn eine Schuhfabrik statt Strapazierstiefeln Gesellschaftsschuhe anfertigt, aber zu bejahen, wenn sie statt Stiefeln oder Schuhen chemische Produkte herstellt. Dabei kann es, wie Becker

während. Das BeschW. hält diese Best. für undurchführbar, weil die ursprünglichen Stammeinlagen durch 10 teilbar seien und blieben.

Dabei ist übersehen, daß die Vorschr. in § 37 DurchfWd. über die Teilbarkeit des Geschäftsanteils ebenso wie die entspr. Vorschr. in § 47 Abs. 2 GmbHG. dispositives Recht ist (Hachenburg, Anm. 7 zu § 147; Liebmann-Sänger, Anm. 2 Abs. 1 zu § 147). Durch die Best. in § 3 Abs. 2 des Gesellschaftervertrags, die sich an die Erhöhung des Stammkapitals anschließt, ist also die weitere Geltung des § 37 DurchfWd. für die Gesellschaft ausgeschlossen. Kraft Vertrages gewähren je volle 100 RM eines Geschäftsanteiles eine Stimme.

Durch die Übernahme neuer Stammeinlagen auf das erhöhte Stammkapital hat jede der beiden Gesellschafter einen neuen selbständigen Geschäftsanteil (§ 14 GmbHG.) erworben, der nicht mit dem bisherigen Geschäftsanteil zusammengerechnet wird (§ 15 Abs. 2 GmbHG.; Hachenburg, Anm. 14 zu § 55 GmbHG.).

Die beiden Geschäftsanteile jedes Gesellschafters betragen 17 490 RM und 15 010 RM. Keiner der Geschäftsanteile ist durch 100 teilbar. Auch die in den Geschäftsanteilen im Werte entsprechenden Stammeinlagen müssen nicht durch 100 teilbar sein; denn es findet auf die alten wie auf die neuen Stammeinlagen § 36 Abs. 2 DurchfWd. v. 28. März 1924, nicht § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG. in der Fassung von 1926 Anwendung.

Das führt nun allerdings dazu, daß je 10 bzw. 90 RM der Stammeinlagen keine Stimme gewährt. Ob sich dessen die Gesellschafter bei der Beschlussfassung bewußt waren, kann dahingestellt bleiben. Irgebindein Nachteil erwächst daraus nicht, da auch je jede Gesellschafterin gleich viele Stimmen besitzt, wie es bei der gleichen Höhe der Geschäftsanteile der beiden Gesellschafter offenbar gewollt ist. (BayObLG., ZivSen., Beschl. v. 26. Okt. 1926, Reg. III Nr. 127/32.)

Mitgeteilt v. FR. Dr. Friedrich Goldschmidt II, München.

8. §§ 16, 83, 87 GenG. Die Erhöhung des Geschäftsanteils kann nicht von einer Bedingung abhängig gemacht werden, wohl aber die Anmeldung des Erhöhungsgeschlusses. — Die Erhöhung des Geschäftsanteils und

(a. a. D.) richtig hervorhebt, nicht darauf ankommen, ob sie überhaupt eine Statutenänderung vornimmt.

Schwieriger ist schon die Frage bei der Erweiterung des Tätigkeitsbereiches. Hachenburg (a. a. D. Anm. 6) meint, diese bloße Erweiterung genüge im Zweifel nicht, ebenso auch nicht ein Übergreifen auf verwandte Gebiete. Dem ist gewiß beizutreten. Man wird annehmen müssen, daß eine Änderung nur dann wesentlich ist, wenn ein alud, nicht wenn ein majus vorliegt. Eine Angliederung neuer Artikel, sei sie auch noch so bedeutend, kann nicht als eine wesentliche Änderung des Gegenstandes des Unternehmens angesehen werden, wenn die neuen Artikel einer verwandten Branche entstehent sind. Sind sie aber branchenfremd, dann wird man die Anwendbarkeit des Art. II bejahen müssen, sofern die neuen Artikel eine wesentliche Rolle im Geschäftsbetrieb der Gesellschaft spielen. Was nun aber, wenn die neuen Artikel zunächst keine wesentliche Rolle spielen, diese aber im Laufe der Zeit gewinnen? Der zunächst kleine Umsatz des neuen Artikels vergrößert sich allmählich und wird bedeutender als der der vor der Aufnahme des neuen Artikels fabrizierten Gegenstände. Dann ist die Veränderung nicht auf einmal, sondern erst allmählich eingetreten. Die Änderung ist wesentlich gegenüber dem Zustande zur Zeit des Beginnes der Aufnahme des neuen Artikels, nicht aber gegenüber dem in der jüngsten Zeit bestehenden. Solche Fälle hat der Gesetzgeber nicht treffen wollen. Er meint im Art. II offensichtlich Änderungen, die durch einen einmaligen Akt vorgenommen sind, wie die Beispiele ergeben. Aber unzweifelhaft ist auch dies nicht.

Hachenburg (a. a. D.) bejaht die Anwendbarkeit bei Übergang von einem speziellen zu einem allgemeineren Zweck. Aber auch dies kann nicht immer gelten. Der allgemeinere Zweck kann im Einzelfalle eine so geringe Rolle gegenüber dem speziellen spielen, daß man die Gegenstandsänderung nicht als wesentlich ansehen kann.

Diese Beispiele, deren Zahl sich noch beliebig vergrößern läßt, zeigen, mit welchen Schwierigkeiten die Frage der Anwendbarkeit des Art. II verbunden ist. Zu einem zutreffenden Ergebnisse kann diesseitiger Ansicht nach nur eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise führen: Der Registerrichter wird nachzuprüfen haben, ob die Änderung nach kaufmännischen Begriffen als eine wesentliche anzusehen ist. Hegt er in dieser Hinsicht Zweifel — insbes. in denjenigen Fällen, die nicht unter die vom Gesetzgeber angeführten Beispiele fallen —, dann wird er einen Sachverständigen zu hören haben. Dieser wird sich unter genauer Prüfung der fraglichen Geschäftsvorgänge darüber auszusprechen haben, ob vom kaufmännischen Standpunkt aus eine wesentliche Veränderung des Gegenstandes des Unternehmens vorliegt oder nicht. Zu einem sachgemäßen Ergebnisse wird man in Zweifelsfällen nur dann gelangen können, wenn man die Frage nicht vom rechtlichen, sondern vom wirtschaftlichen Standpunkte aus prüft.

RM. Dr. Rudolf BHK, Berlin.

der Haftsumme bei einer in Liquidation befindlichen Genossenschaft ist zulässig, wenn diese Maßnahme nur der Durchführung der Liquidation dient.

Anzulässig wäre es, die Erhöhung des Geschäftsanteils selbst von einer Bedingung abhängig zu machen; einem solchen Beschlusse könnte nicht durch Eintragung in das Register Wirksamkeit verliehen werden (§ 16 Abs. 4 GenG.). Die Anmeldung als Mittel, die Wirksamkeit der Statutenänderung herbeizuführen, verträgt dagegen eine Bedingung; denn bei der GenVers. liegt die Entsch., ob eine beschlossene Statutenänderung alsbald durch Eintragung in das Register wirksam werden oder ob die Herbeiführung der Wirksamkeit durch Anmeldung zeitlich hinausgeschoben werden oder von dem Eintritt bestimmter Tatsachen abhängig sein soll. Allein, wenn das Registergericht über die erfolgte Anmeldung zu entscheiden hat, so hat es von Amts wegen (§ 12 FGG.) zu ermitteln, ob eine wirksame Anmeldung vorliegt, zunächst also mindestens den Antragstellern Gelegenheit zur Erklärung über den Eintritt von Bedingungen, von denen der registergerichtliche Vollzug der Statutenänderung abhängig gemacht ist, zu geben.

Der Senat schließt sich der vom RG. vertretenen Rechtsanschauung an, daß auch während der Liquidation die Geschäftsanteile und Haftsummen durch GenVersBeschl. erhöht werden können, wenn diese Maßnahme der Durchführung der Liquidation dient (FVG. 8, 178 ff., 182 ff.; JW. 1931, 805; zust. jetzt auch Parisius-Cruger-Citron, GenG., 12. Aufl., Anm. 7 und 8 zu § 16, Anm. 3 zu § 83, Anm. 1 zu § 87).

Aufgabe der Liquidation ist die Beendigung der laufenden Geschäfte, die Erfüllung der Verpflichtungen der aufgelösten Genossenschaft, die Einziehung der Forderung derselben, die Umsetzung ihres Vermögens in Geld und schließlich die Verteilung des etwa noch vorhandenen Vermögens unter die Genossen (§ 88 Satz 1 GenG.). Ausgeschlossen sind damit alle Maßnahmen, die nur dem Erwerb neuen Vermögens für die Genossenschaft, also dem Wiederaufbau des Unternehmens dienen. Neue Geschäfte können die Liquidatoren nur zur Beendigung schwebender Geschäfte eingehen (§ 88 Satz 2 GenG.).

Gerade der Grundgedanke dieser letzteren Vorschr. stützt die Zulassung einer Erhöhung von Geschäftsanteil und Haftsumme, wenn sie lediglich zur Erfüllung einer der Aufgaben der Liquidation, namentlich zur Befriedigung der Gläubiger und der Abwicklung der Geschäfte im Liquidationsverfahren unter Vermeidung des Konkurses dient. Bei solchem Zwecke der Erhöhung ist sie eine mit der Liquidation wohl vereinbarte Maßnahme.

Auch während der Liquidation ist die GenVers. dasjenige Organ, das die Statutenänderung zu beschließen hat (FVG. 8, 182 f.; Parisius-Cruger a. a. O.).

Daß hier die Erhöhung von Geschäftsanteil und Haftsumme dem Liquidationszweck dienen soll, liegt nahe, wenn der Beschluffassung über die Auflösung der Genossenschaft die Beschluffassung über die Erhöhung des Geschäftsanteiles auf dem Fuße folgte.

(BayObLG., ZivSen., Beschl. v. 30. Nov. 1932, Reg. III Nr. 144/32.)  
Mitget. v. J.R. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

\*

9. §§ 142, 147 FGG.; § 65 GenG. Die Löschung von Eintragungen in die Liste der Genossen kann nur gemäß § 142 Abs. 2 u. 3 FGG. erfolgen. Ein Streit über die Rückwirkung einer Satzungsänderung betr. die Ründigungsfrist kann nur im ordentlichen Rechtswege entschieden werden.

I. Nach § 7 der Statuten der Genossenschaft betrug die Frist für die Aufkündigung der Mitgliedschaft ein Jahr. Eine Anzahl Genossen hat zum Ende der Jahre 1932 bzw. 1933 aufgekündigt, das Registergericht hat ihr Ausscheiden entsprechend in der Liste der Genossen vermerkt.

Nach diesen Aufkündigungen, nämlich durch Beschluß einer außerordentlichen GenVers. v. 14. Dez. 1931, wurde § 7 der Statuten dahin geändert, daß die Ründigungsfrist zwei Jahre beträgt. Auf den Antrag der Genossenschaft verfügte darauf das Registergericht am 10. Febr. 1932, daß in der Liste der Genossen der Zeitpunkt des Ausscheidens der Genossen, die vor der GenVers. gekündigt hatten, in 1933 bzw. 1934 abgeändert werde; die Verfügung wurde auch vollzogen. Auf die Vertretung einiger Genossen gegen die Änderung des Zeitpunktes ihres Ausscheidens hob das Registergericht am 14. März 1932 die vorausgegangene Verfügung wieder auf und wies den Antrag der Genossenschaft auf Abänderung der Vermerke über den Zeitpunkt des Ausscheidens der Genossen, die vor der GenVers. gekündigt hatten, zurück. Den Vollzug dieser Verfügung setzte das Registergericht bis zur Entsch. über die erwartete Beschw. aus.

Das BayObLG. hob die Verfügung v. 14. März 1932 auf. Das Registergericht war ursprünglich der Anschauung, daß die Vermerke in der Liste der Genossen über den Zeitpunkt des Ausscheidens der Genossen, die vor der GenVers. aufgekündigt hatten, durch die Verlängerung der Frist für die Aufkündigung

unrichtig geworden seien, und hielt sich deshalb zur Änderung der ursprünglichen Vermerke für befugt. Nachträglich schloß es sich der jetzt im Schrifttum (Parisius-Cruger, GenG., 12. Aufl., Bem. 8 zu § 65) und schon bisher in der Rspr. (RZM. 14, 160) vertretenen Ansicht an, daß eine Verlängerung der Ründigungsfrist die Rechte der Genossen, die auf Grund der alten Satzung gekündigt hatten, nicht beeinflusse, und leitete das Recht zur Abänderung seiner vorausgegangenen Verfügung und Wiederherstellung der ursprünglichen Vermerke in der Liste der Genossen aus § 18 FGG. ab.

Allein die freie Befugnis zur Abänderung von Verfügungen, die es für ungerechtfertigt hält, hat das Gericht erster Instanz nur, soweit nicht besondere Vorschr. entgegenstehen.

Nach §§ 142, 147 FGG. kann das Registergericht eine Eintragung in das Genossenschaftsregister von Amts wegen löschen, wenn die Eintragung wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war. Diese Vorschr. gelten auch für Eintragungen in die Liste der Genossen (§ 9 Abs. 2 W. über das GenReg. v. 22. Nov. 1923 [RGBl. 1923, 1123]; BayObLG. 11, 281 ff.; RZM. 13, 30; Schlegelberger, FGG., Bem. 13 zu § 147; Schneider-Charl, FGG., Bem. 1 Abs. 2 zu § 147; Parisius-Cruger, GenG., Bem. 18 a zu § 15). Die Löschung darf aber nur in dem in § 142 Abs. 2 und 3 FGG. vorgeschriebenen Verfahren erfolgen.

Der Mangel einer wesentlichen Voraussetzung der Eintragung, der sie als unzulässig erscheinen läßt, kann ein sachlicher sein (Schlegelberger, FGG., Bem. 3 zu § 142). Unzulässig ist deshalb der Vermerk über den Zeitpunkt des Ausscheidens eines Genossen in der Liste der Genossen, wenn er von Rechtsirrtum über den Zeitpunkt beeinflusst war, wie hier das Registergericht in seiner Verfügung v. 14. März 1932 hinsichtlich des vorausgegangenen Vermerks nach der Verfügung v. 10. Febr. 1932 annimmt.

Weil das in § 142 FGG. vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten ist, verfällt die Verfügung des Registergerichts v. 14. März 1932 samt dem dieselbe billigenden Beschlusse des LG. der Aufhebung. Zu der materiellrechtlichen Frage des Einflusses einer Satzungsänderung auf vorher erfolgte Ründigungen ausdrücklich Stellung zu nehmen, hat der Senat noch keinen Anlaß.

Das Registergericht wird von sich aus zu erwägen haben, ob es das Lösungsverfahren hinsichtlich der am 10. Febr. 1932 vorgenommenen Vermerke in der Liste der Genossen einleiten soll.

Der Streit über die Rückwirkung der Satzungsänderung kann endgültig nur im ordentlichen Rechtswege entschieden werden, ein Vermerk in der Liste der Genossen wirkt nicht rechtsbegründend und hat keine Beweiskraft hinsichtlich der eingetragenen Tatsache, sondern stellt nur die Abgabe bestimmter Erklärungen fest; das ergibt sich auch aus § 36 Abs. 1 W. v. 22. Nov. 1923.

(BayObLG., ZivSen., Beschl. v. 23. Nov. 1932, Reg. III Nr. 143/32.)  
Mitget. v. J.R. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

## Beschwerdeentscheidungen gegen Entscheidungen der Aufwertungsstellen.

Berichtet von den Mitgliedern des Aufwertungsrates des RG.

1. § 7 AufwFällG. Ablehnung einer Zahlungsfrist wegen unbilliger Härte für die Gläubigerin, eine Sparkasse.

Die Annahme des LG., daß die Bewilligung einer Zahlungsfrist eine unbillige Härte für die Gläubigerin, eine Sparkasse, bedeuten würde, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Das LG. stellt fest, daß die Sparkasse mit Rücksicht auf die umfangreichen Abhebungen von Spareinlagen auf den Eingang ihrer AufwHypothesen dringend angewiesen ist. Auf der anderen Seite berücksichtigt es, daß die Antragsteller, die das Grundstück in der Inflationszeit unter Ausnutzung des Verfalls der deutschen Währung erworben haben, nicht in Deutschland wohnen und nach ihren eigenen Angaben keine Einnahmen aus dem Grundstück erzielen. Es führt aus, daß die Antragsteller unter diesen Umständen, selbst wenn sie das Grundstück infolge der Fälligkeit der Hypothek verlieren sollten, hiervon nicht allzu schwer getroffen würden, daß jedenfalls der Verlust des Grundstücks für sie keine größere Härte bedeuten würde als für die Antraggegnerin die Vorenthaltung des gekündigten Hypothekentapitals. Das LG. hat hiermit, wie § 7 Abs. 2 AufwFällG. es erfordert, die Interessen beider Teile gegeneinander abgewogen und ist zu dem Ergebnis gelangt, daß bei der Gläubigerin mehr auf dem Spiele steht, wenn die Zahlungsfrist verweigert wird, als bei den Schuldnern, wenn die Zahlungsfrist versagt wird. Damit ist § 7 Abs. 2 seinem Sinn und Zweck gemäß angewendet.

(RG., 9. ZivSen., Beschl. v. 28. Juli 1932, 9 AWF 152/32.)

\*

2. § 2 Abs. 1 A.D. über die Zahlungsfrist in Aufwertungssachen vom 10. Nov. 1931. § 2 Abs. 1 NotW.D. hat nur Entscheidungen im Auge, durch die Zahlungsfrist-Anträge aus sachlichen Gründen, nicht nur aus formellen Gründen, z. B. wegen Verspätung des Antrags, zurückerwiesen sind.

Das O.G. hält den neuen Stundungsantrag des Schuldners für unzulässig, weil nach § 2 NotW.D. eine rechtskräftige Entsch. der AufwSt. dem neuen Antrage nur dann nicht entgegenstehe, wenn sie vor dem 1. Okt. 1931 ergangen sei, der erste Beschl. der AufwSt. in der vorl. Sache aber erst am 20. Okt. 1931 erlassen sei. Diese Begr. der Entsch. hält sich zu sehr an den Wortlaut der NotW.D. und wird dem Zwecke, den die NotW.D. verfolgt, nicht gerecht. Die katastrophale Verschärfung der Wirtschaftskrise, die im Sommer 1931 einsetzte, hatte die Folge, daß den AufwSchuldnern in den meisten Fällen die Beschaffung der AufwBeträge erforderlichen Mittel nahezu oder völlig unmöglich gemacht wurde. Da zahlreiche AufwSchuldner das Recht auf Bewilligung einer Zahlungsfrist auf Grund des AufwFällG., sei es infolge nicht rechtzeitiger Stellung oder Zurücknahme des Zahlungsfrist-Antrags, sei es infolge einer Entsch. der AufwSt. verloren hatten, ohne daß „die Veränderung der allgemeinen Wirtschaftslage“ die Entschließungen der Schuldner oder die Entsch. der AufwSt. beeinflusst hatte, erschien es dem Gesetzgeber zur Fernhaltung schwerer Schädigungen von den Schuldnern notwendig, ihnen erneut Gelegenheit zur Anrufung der AufwSt. zu geben, um ihnen die Berufung auf die Veränderung der allgemeinen Wirtschaftslage zu ermöglichen. Diesem Zwecke dient die Regelung in den §§ 1 bis 3 NotW.D. § 1 gewährt das Antragsrecht unter den dort angegebenen Voraussetzungen denjenigen Schuldnern, die den Antrag nicht rechtzeitig gestellt oder zurückgenommen haben, ohne sich mit dem Gläubiger über die Rückzahlung geeinigt zu haben. Diese Vorschr. gilt nach ihrem klaren Wortlaut für alle Fälle nicht rechtzeitiger Antragstellung und schließt daher auch diejenigen Fälle ein, in denen die AufwSt. bereits eine Entsch. erlassen hat. Es könnte, wenn der § 2 nicht bestände, überhaupt nicht zweifelhaft sein, daß auch bei Zurückweisung des Zahlungsfrist-Antrags mangels rechtzeitiger Antragstellung der Antrag auf Grund der NotW.D. erneut gestellt werden könnte. Die Zulässigkeit erneuter Antragstellung könnte also für diese Fälle nur dann verneint werden, wenn der § 2 auch auf sie anzuwenden wäre. Das ist jedoch nicht der Fall. Nach § 2 Abs. 1 NotW.D. finden die Vorschr. des § 1 entsprechende Anwendung, wenn der Antrag auf Bewilligung einer Zahlungsfrist ganz oder z. T. rechtskräftig zurückgewiesen ist und die Entsch. der AufwSt. oder, falls die sofortige Beschwerde eingeleitet war, die Entsch. des BeschwG. vor dem 1. Okt. 1931 ergangen ist. Das Gesetz geht in § 2 Abs. 1 ebenso wie in § 1 Abs. 2 davon aus, daß nach dem 30. Sept. 1931 die Veränderung der allgemeinen Wirtschaftslage allen Beteiligten — den Parteien wie den AufwInst. — erkennbar war und daß sie deshalb in der Lage waren, diese Veränderung bei ihren Entschließungen und Entsch. in Rechnung zu ziehen, es stellt deshalb die unwiderlegliche Vermutung auf, daß die AufwSt. oder das BeschwG., wenn nach dem 30. Sept. 1931 entschieden ist, der Veränderung der allgemeinen Wirtschaftslage bereits genügend Rechnung getragen hat (vgl. Harmering, JWB 1931, 3251; Friedländer, Nachtrag S. 15), während es, wenn vor dem 1. Okt. 1931 entschieden ist, vermutet, daß die Veränderung der allgemeinen Wirtschaftslage keine genügende Berücksichtigung gefunden hat. Diese der Vorschr. des § 2 Abs. 1 zugrunde liegende gesetzgeberische Erwägung rechtfertigt den Schluß, daß der § 2 Abs. 1 nur materielle Entsch. im Auge hat, d. h. Entsch., in denen über den Zahlungsfrist-Antrag sachlich unter Würdigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien und der Wirtschaftslage im allgemeinen entschieden ist, dagegen nicht Entsch., durch die der Zahlungsfrist-Antrag ohne sachliche Prüfung aus rein formellen Gründen, namentlich mangels rechtzeitiger Antragstellung, zurückgewiesen ist (so auch im Ergebnis Schlegelberger-Harmering, Nachtrag S. 8).

(RG., 9. ZivSen., Beschl. v. 12. Juli 1932, 9 AWF 246/32.)

## Oberlandesgerichte.

### a) Zivilsachen.

#### Dresden.

#### I. Materielles Recht.

1. § 307 HGB.; § 35 HGB.

1. Die Rückverwandlung einer in Liquidation befindlichen AktG. in eine werbende Gesellschaft ist jedenfalls dann zulässig, wenn im Wege der Liquidation noch kein Vermögen der Gesellschaft an die Aktionäre verteilt ist.

2. Der die Rückverwandlung festlegende Generalversammlungsbeschluß bedarf weder der Einstimmigkeit i. S.

der Zustimmung aller Aktionäre noch der Zustimmung der erschienenen und abstimmben Aktionäre.

3. Ein Recht des einzelnen Aktionärs auf Fortführung einer beschlossenen Liquidation wird durch den Liquidationsbeschluß nicht begründet.†)

Für die Entsch. kann in tatsächlicher Beziehung davon ausgegangen werden, daß, wenngleich die Generalversammlung vom 9. Juli 1926 die Auflösung der Gesellschaft, und zwar gültig (§ 292 Ziff. 2 HGB.) beschlossen hat, doch in der Folgezeit die Liquidation weder ganz noch teilweise durchgeführt worden ist. Allerdings mögen sich Veränderungen in der Zusammensetzung des Vermögensbestandes der AktG. durch Überäußerung von Vermögensstücken, Tilgung von Verbindlichkeiten usw. vollzogen haben. Damit ist aber das Wesentliche der Liquidation nicht verwirklicht worden. Eine Verteilung irgendeines Erlöses aus der Verwertung jener Vermögensstücke an die berechtigten Aktionäre hat nicht stattgefunden, vielmehr ist das Vermögen in seiner Gesamtheit der — als Auflösungsgesellschaft noch weiter bestehenden — AktG. als solcher erhalten geblieben, ohne daß in die eigentliche Liquidations-tätigkeit, die Verteilung des nach Berichtigung der Schulden verbleibenden Reinvermögens an die Mitglieder der AktG., eingetreten worden ist. Im Hinblick auf die der Gesellschaft noch jetzt zur Verfügung stehenden Betriebs-einrichtungen kann auch nicht zweifelhaft sein, daß die Fortsetzung des hiernach bisher nur in gewissem Umfange stillgelegten Unternehmens durch Aufnahme der werbenden Tätigkeit ohne weiteres durchführbar ist. In Frage kommt hiernach allein, ob bei dieser Sachlage ein Beschluß der zuständigen Organe der Gesellschaft, den früheren Auflösungsbeschluß rückgängig zu machen, gültig zustande kommen konnte und welchen Erfordernissen ein solcher Beschluß genügen mußte.

Die Frage, ob eine Handelsgesellschaft — OHG., GmbH., AktG. —, die ihre Auflösung beschlossen hat, wieder aufleben kann, hat in den letzten Jahren eine gegen früher veränderte Verantwortung gefunden. Während sie früher für die GmbH. — und AktG. — durchweg verneint wurde, und zwar im wesentlichen deshalb, weil aus § 60 Ziff. 4 GmbHG. — nach welchem nur im Falle der Eröffnung des Konkursverfahrens nach Abschluß eines Zwangsvergleichs und Aufhebung des Verfahrens oder nach Einstellung des Verfahrens auf Antrag des Gemeinschuldners die Gesellschaft die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen können — per argumentum e contrario das Gegenteil für die anderen Fälle hergeleitet wurde, ist diese Ansicht jetzt wiederholt, so vom RG.: JW. 1925, 640 vom erf. Sen. in 6 Reg 198/26 und vom RG. 118, 337<sup>1)</sup> aufgegeben worden, und es ist sonach jetzt für die GmbH. auch vom RG. anerkannt, daß eine durch Gesellschafterbeschluß aufgelöste, in Liquidation befindliche Gesellschaft durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter ohne Neugründung in eine werbende Gesellschaft zurückverwandelt werden kann (RG. 118, 337<sup>2)</sup>). Für die AktG. ist die Frage, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden worden. Der Senat hat indessen keine Bedenken, zunächst grundsätzlich auch für die AktG. die Möglichkeit und Zulässigkeit einer Rückverwandlung in eine werbende Gesellschaft anzuerkennen. Es ist nicht zu ersehen, inwiefern in dieser Beziehung zwischen der GmbH. und der AktG. grundsätzlich ein Unterschied ge-

**Zu 1. I.** Die Frage, ob eine in Liquidation befindliche Kapitalgesellschaft durch Beschluß der Gesellschafterversammlung, also durch Aufhebung des Liquidationsbeschlusses, wieder in eine lebende Gesellschaft umgewandelt werden kann, ist grundsätzlich für alle Kapitalgesellschaften nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln. Es besteht kein sachlicher Grund, insoweit zwischen der GmbH. und der AktG. einen Unterschied zu machen. Die frühere Auffassung ging von dem Dogma aus, daß eine einmal aufgelöste Gesellschaft begrifflich nicht wieder aufleben könne. Ein solches Wiederaufleben erschien mit den Grundätzen der Logik unvereinbar zu sein. Der Appell an den gesunden Menschenverstand prallt an der scheinbar unabwiesbaren Konsequenz ab, daß eine nicht mehr existierende Gesellschaft sich eben auch nicht mehr durch eigenen Willensakt zur Existenz verhelfen könne. Dieser Grundsatz konnte aber — eben weil er ausschließlich auf logischen Erwägungen sich aufbaute — auf die Dauer doch nicht aufrechterhalten werden. Denn seine Konsequenzen mühten zu den Realitäten des Lebens in Widerspruch treten. Warum sollten die Gesellschafter einer GmbH., die auf Grund einer verfehlten und von den Gesellschaftern längst vergessenen Satzungsbestimmung an einem Kalendertag ihr Ende erreicht, nicht beschließen können, daß die Gesellschaft fortbestehen solle, wenn sie vorerst übersehen hatten, rechtzeitig vor dem im Gesellschaftsvertrage bestimmten Auflösungs-tage den Gesellschaftsvertrag zu ändern? Dem Gewicht dieser Gründe konnten sich die Gerichte nicht entziehen: RG. = JW. 1925, 640; RG. 118, 337 — vgl. auch SächsOst. v. 23. Nov. 1926 — bejahen für die GmbH. die Möglichkeit des Wiederauflebens. Damit war der Grundsatz, der jahrzehntelang zum eisernen Bestand des Rechtsdenkens gehört hat, daß

1) und 2) JW. 1928, 633.

nämlich eine aufgelöste Gesellschaft nicht wieder aufleben könne, macht werden müßte, da es sich bei beiden Gesellschaftsformen um Kapitalgesellschaften handelt, es müßte denn sein, daß etwa positive Gesetzesvorschr. eine derartige Gestaltung ausdrücklich ausschließen oder verbieten. Nun ist allerdings in § 307 HGB. für die AktG. nur in den Fällen,

1. daß die AktG. zum Zwecke der Veräußerung ihres Vermögens im ganzen oder zum Zwecke der Umwandlung in eine andere Gesellschaft aufgelöst worden ist und dieser beabsichtigte Zweck nicht erreicht werden kann,

2. daß die Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses aufgelöst, der Konkurs aber nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt worden ist, zugelassen worden, daß die Generalversammlung die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen kann. Hieraus ist aber, ebensowenig wie aus § 60 Ziff. 4 GmbHG. das Gegenteil für das Wiederaufleben der GmbH. ein Gegenbeschuß auf die Unzulässigkeit der Umwandlung der liquidierenden AktG. in eine werbende Gesellschaft zu ziehen. Es wäre nicht verständlich, warum gerade einer Gesellschaft, die bereits bis zum Konkurse gediehen ist, die Möglichkeit gegeben sein soll, ihre Tätigkeit wieder aufzunehmen und fortzusetzen, dagegen nicht einer Gesellschaft, bei der die Voraussetzungen für die Konkursöffnung nicht vorliegen. Auch für die OHG. wird aus der positiven in § 144 HGB. gegebenen und dem § 307 Abs. 2 HGB. entsprechenden Bestimmung jetzt nicht mehr gefolgert, daß die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft nur in den beiden Fällen (Aufhebung des Konkursverfahrens nach Zwangsvergleich und Einstellung auf Antrag des Gemeinschuldners), nicht aber in anderen Fällen beschließen könnten. So hat auch *Brodmann*, Aktienrecht, § 307 Anm. 1 an sich die Zulässigkeit der Rückverwandlung einer in Liquidation getretenen AktG. in eine werbende Gesellschaft nicht in Abrede gestellt. Dem tritt der Senat bei.

Ist hiernach grundsätzlich die Zulässigkeit einer Rückverwandlung anzuerkennen, so fragt sich nur noch, unter welchen Voraussetzungen sie gestattet ist und welchen Erfordernissen insbes. der die Rückverwandlung festlegende Generalversammlungsbeschuß entsprechen muß.

Für den vorl. Fall bedarf es nicht der Erörterung der Frage, ob es unbedingt Voraussetzung für die Gültigkeit eines solchen Beschlusses ist, daß im Wege der Liquidation noch kein Vermögen der AktG. an die Aktionäre verteilt worden ist. Denn, wie schon oben erwähnt, ist eine solche Verteilung von Reinvermögen an die Aktionäre noch nicht erfolgt.

In der Generalversammlung v. 2. Sept. 1931, welche die Aufhebung des Auflösungsbeschlusses genehmigte, sind nach dem Versammlungsprotokoll von dem gesamten 500 000 RM betragenden Aktienkapital 492 860 RM vertreten gewesen. Von diesen Aktionären ist der Beschuß einstimmig gefaßt worden. Mit Rücksicht auf diesen Tatbestand und auf das Fehlen der Zustimmung der Inhaber der restlichen Aktien erhebt sich die Frage, ob der

endgültig aufgegeben<sup>1)</sup>. Was aber für die GmbH. gilt, muß auch der AktG. zugestanden werden. Ob dabei die Auflösung automatisch durch Verstreichenlassen des satzungsgemäßen Auflösungsstermins oder durch besonderen Beschuß der Gesellschafterversammlung eingetreten ist, kann keinen Unterschied machen. Gestattet man einer durch *Fristablauf* aufgelösten Gesellschaft, einen Wiederauflebensbeschuß zu fassen, so muß man das gleiche Recht auch einer durch besonderen *Auflösungsbeschuß* vernichteten Gesellschaft zubilligen.

Sowohl das AG. als Registergericht wie das LG. als BeschwG. hatten in ihren vom OLG. Dresden aufgehobenen Beschlüssen den Standpunkt eingenommen, daß das Wiederaufleben jedenfalls nur auf Grund eines übereinstimmenden Willens aller Gesellschafter möglich sei. In der Begr. der Beschw. wurde, um dem *argumentum e contrario* aus § 307 zu begegnen, zu dieser Frage ausgeführt:

„Es kann sich sonach nur fragen, ob nicht aus Gründen der Systematik für die Auflösung einer Kapitalgesellschaft, soweit sie sich außerhalb des Rahmens des ausdrücklich in dem betreffenden Gesetze vorgezeichneten Wiederauflebens vollzieht, besondere Voraussetzungen verlangt werden müssen, um dem naheliegenden Einwande zu begegnen, daß, wenn das Wiederaufleben grundsätzlich zulässig wäre, das Gesetz keine Veranlassung gehabt hätte, die Zulässigkeit für gewisse Fälle besonders vorzuschreiben. Die Schlüssigkeit dieses Einwandes ist ohne weiteres zuzugeben. Man kann aber

Beschluß gültig oder mangels Einstimmigkeit etwa unwirksam ist. AG. und LG. haben gerade auch das Fehlen der Einstimmigkeit als Grund für die Ablehnung der Eintragung in den Vorbergrund gestellt. Die weitere Beschw. hat hierzu den Standpunkt vertreten, daß wohl Einstimmigkeit gefordert werden müsse, daß diese aber i. S. der aktienrechtlichen Bestimmungen als gegeben anzusehen sei, weil jedenfalls alle Aktionäre, die an der Generalversammlung teilgenommen hätten, insoweit also einstimmig den Beschuß gefaßt hätten und weil diejenigen, welche trotz ordnungsmäßiger Einberufung der Generalversammlung nicht an ihr teilgenommen hätten, nicht zu berücksichtigen seien und den in jenem Sinne einstimmig gefaßten Beschuß gegen sich gelten lassen müßten. Es erscheint immerhin zweifelhaft, ob, wenn Einstimmigkeit erforderlich wäre, diese in der Tat vorläge. Dafür läßt sich geltend machen, daß diejenigen Aktionäre, welche der Einberufung der Generalversammlung trotz ordnungsmäßiger Bekanntmachung nicht Folge leisten, auf ihren Widerspruch gegen die dort gefaßten Beschlüsse verzichten und also sich dem in der Generalversammlung gefaßten Beschuß ohne weiteres unterwerfen (vgl. hierzu *Fischer*: Ehrenbergs Handbuch, III 1 § 37, S. 193/194). Es wäre auch insoweit zu beachten, daß gerade bei der AktG. und im Gegensatz zu der noch mehr an die Personen der Gesellschafter gebundenen GmbH. in Anbetracht der großen Zahl der Aktien und der Aktionäre die Einstimmigkeit in jenem von der weiteren Beschw. vertretenen Sinne um deswillen verstanden werden müßte, weil sonst eine Einstimmigkeit praktisch fast nie erzielt werden könnte. Wenn indessen schon dies zweifelhaft sein kann, so würde sich doch weiterhin noch die Frage eröffnen, ob überhaupt Einstimmigkeit — auch i. S. des stillschweigenden Einverständnisses der Nichterschiedenen — zur Wirksamkeit des Beschlusses genügen würde. Einstimmigkeit in diesem Sinne würde immerhin noch etwas anderes bedeuten als eine Zustimmung der Nichterschiedenen. Sofern der Aufhebungsbeschuß etwa auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschr. der Zustimmung von derjenigen bedürftig würde, welche in der Generalversammlung nicht vertreten sind, würde die Zustimmung noch nicht aus dem Nichtwiderspruch dieser Aktionäre folgen (vgl. *Brodmann*, Aktienrecht, § 250, 2 f.). Nun verordnet § 35 HGB., der auch für das Recht der AktG. anzuwenden ist, daß Sonderrechte eines Mitgliedes nicht ohne dessen Zustimmung durch Beschuß der Mitgliederversammlung beeinträchtigt werden können. Es erhebt sich daher die Frage, ob durch den früheren die Auflösung der Gesellschaft beschließenden Beschuß der Generalversammlung für die Aktionäre und also auch für die in der späteren Generalversammlung nicht vertretenen ein Sonderrecht begründet worden ist und ob dieses durch den Beschuß der zweiten Generalversammlung beeinträchtigt wird.

Darüber, was unter Sonderrecht i. S. des § 35 HGB. zu verstehen ist, besteht nach wie vor in Rspr. und Schrifttum keine Einheit. Nach *Planck*, HGB. § 35 Anm. 5 c ist nach der herrschenden Meinung (dazu von *Tuhr*: Der allgem. Teil des deutsch.

doch sehr wohl den allgemeinen Grundsatz, daß das Wiederaufleben der aufgelösten Kapitalgesellschaft prinzipiell zulässig ist, mit der Tatsache, daß die beiden einschlägigen Gesetze für gewisse Fälle die Zulässigkeit des Wiederauflebens ausdrücklich vorsehen, in Einklang bringen. Und das tut sogar die Rspr. stillschweigend! Denn für das Wiederaufleben nach § 307 HGB. bzw. § 60 GmbHG. wird ein Beschuß mit derjenigen Majorität zu verlangen sein, wie sie nach dem Gesetz bzw. nach der Satzung der in Frage kommenden Gesellschaft für das Zustandekommen eines Beschlusses im allgemeinen vorgeesehen ist. Das ist also, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag etwas Abweichendes enthält, die einfache Mehrheit. Dagegen wird man allerdings außerhalb des Bereichs der beiden zitierten Bestimmungen die Einstimmigkeit zu verlangen haben.“

Auf der anderen Seite wendete sich die BeschwBegr. naturgemäß gegen die in den Beschlüssen der beiden Vorinstanzen ausgesprochene Auffassung, daß die Zustimmung aller Aktionäre, also der Beschuß einer *Universalversammlung*, verlangt werden müßte. Es wurde dabei darauf hingewiesen, daß es keinesfalls berechtigt erscheine, an die Einstimmigkeit höhere Anforderungen zu stellen als in irgendwelchen anderen Fällen, in denen auf Grund der Satzung Einstimmigkeit verlangt wird. Das Gesetz selbst verlange ja in keinem Falle für das Zustandekommen eines Gesellschaftsbeschlusses „Einstimmigkeit“. Es gehe nicht über das Erfordernis der Dreiviertelmajorität hinaus. Wenn man aber für den Beschuß auf Wiederaufleben der aufgelösten Gesellschaft „Einstimmigkeit“ fordern wolle, so könnten für die Frage, ob „Einstimmigkeit“ vorliege, immer nur die allgemeinen Grundsätze des Abstimmungsrechtes maßgebend sein, m. a. W., es entscheide darüber, ob Einstimmigkeit vorliege oder nicht, lediglich die Abstimmung in der Generalversammlung der Aktionäre, die trotz ordnungsgemäßer Ankündigung der

<sup>1)</sup> Der RFG. schloß sich an RG. v. 15. Dez. 1931 S. 30, 43 (keine Gesellschaftssteuerpflicht, wenn die GmbH. vor Beendigung der Liquidation in eine werbende Gesellschaft zurückverwandelt wird, sofern das Stammkapital noch unversehrt geblieben oder, soweit es schon ausgezahlt war, wieder hineingebracht worden ist).

bürgerl. Rechts, I, 337 und dort Zit.) der Begriff des Sonderrechts auf die Rechte zu beschränken, die nicht allen Mitgliedern als solchen unmittelbar kraft ihres Mitgliedsrechtes zustehen, insbes. auf die Vorrechte, die nur einem Mitgliede oder einer Klasse von Mitgliedern eingeräumt sind. Das RG. bezeichnet als Sonderrechte aus der Mitgliedschaft hervorgegangene, von den Rechten der übrigen Mitglieder verschiedene Individualrechte eines Mitgliedes (RG. 49, 151) Staub-Pinner, HGB. § 250 versteht dagegen unter einem Sonderrecht das Recht, dessen Verletzung den grundlegenden Säben des Aktienrechts, insbes. dem Grundsatz der Gleichberechtigung sowie dem Rechte der Aktionäre auf Mitgenuß und Mitverwaltung widersprechen würde.

Eines näheren Eingehens auf diese Streitfrage bedarf es indessen nach der Ansicht des Senats für den vorl. Fall nicht. Als ein Sonderrecht i. S. des § 35 BGB. könnte hier nur das dem Aktionär zustehende Recht auf die Liquidationsrate angesehen werden. Dieses Recht, das allerdings von zahlreichen Schriftstellern und, wie es scheint, von der Mehrzahl als Sonderrecht angesehen wird (vgl. z. B. Staub-Pinner § 300 Anm. 5; Brodmann § 300 Anm. 3 b; Fischer, Ehrenbergs Handb., III, 1 § 59, S. 411; Lehmann: ArchBürgR. 9 (1894), 367 ff., bes. 370), steht dem Aktionär und jedem Aktionär auf Grund seiner Mitgliedschaft zu. Zum Sonderrechte könnte es erst dann werden, wenn die Liquidation beschlossen und begonnen worden ist. Solange die Liquidation nicht tatsächlich durchgeführt und einen

Tagesordnung in der Generalversammlung nicht erschienen, würden nicht gezählt. Das sei ein ganz allgemeiner Grundsatz des Aktienrechts, und es sei nicht einzusehen, warum dieser Grundsatz nicht auch für den Beschluß gelten solle, der das Wiederaufleben der Gesellschaft zum Gegenstande habe. Es sei ja sehr wohl möglich, daß in Satzungen von AktG. für gewisse Beschlüsse — etwa Änderung des Gegenstandes — „Einstimmigkeit“ gefordert werde. Niemals aber sei jemand auf den Gedanken verfallen, es müsse das Erfordernis der „Einstimmigkeit“ in dem Sinne verstanden werden, daß Aktionäre, die in der Generalversammlung nicht erschienen sind, als gegen den Antrag stimmend angesehen werden. Das wäre auch praktisch völlig untragbar. Der Aktionär könne im Auslande wohnen, die Aktie könne verlorengegangen sein, der Aktionär habe an der Gesellschaft und an der ganzen Angelegenheit kein Interesse mehr usw. usw. Wie verkehrsfreundlich, um nicht zu sagen verkehrsunmöglich erscheine bei Berücksichtigung aller dieser Umstände das Erfordernis, es könne ein Antrag auf Wiederaufleben der Gesellschaft nur dann zum Beschluß erhoben werden, wenn sämtliche Aktien in der Generalversammlung vertreten sind. Denn das sei in dem Erfordernis der Einstimmigkeit, wie es der Registerrichter und das LG. auffaßt, enthalten. Der Aktionär könne ja seine Stimme nicht durch Brief abgeben, er müsse in der Generalversammlung vertreten sein. Wollte man der Auffassung der Vorinst. folgen, so würde in zahlreichen Fällen das Wiederaufleben praktisch unmöglich sein, ob schon in Wahrheit sämtliche Aktionäre, die überhaupt an der Gesellschaft interessiert seien, dieses Wiederaufleben wünschen.

Das DLG. Dresden geht nun aber in seinem Beschlusse noch über diesen Standpunkt der Beschw. Begr. hinaus. Es führt zunächst aus, was obnedies niemals hätte bezweifelt werden sollen, daß durch einen solchen Beschluß kein Sonderrecht der Aktionäre verletzt wird. Und es gelangt von dieser Auffassung aus zu dem Ergebnisse, daß zu dem Wiederauflebungsbeschluß weder Einstimmigkeit i. S. der Zustimmung aller Aktionäre noch auch nur Einstimmigkeit i. S. der Zustimmung der erschienenen und abstimmenden Aktionäre zu verlangen sei.

Im übrigen brauchte ja im vorl. Falle die Frage, ob die einfache Majorität genügt oder ob etwa, worauf das DLG. als möglich hinweist, Dreiviertelmajorität der abgegebenen Stimmen in analoger Anwendung des § 292 Abs. 2 HGB. zu verlangen ist, nicht näher eingegangen zu werden, weil der Beschluß von den erschienenen Aktionären tatsächlich einstimmig gefaßt war.

Es erscheint mir doch sehr zweifelhaft, ob der Standpunkt des DLG., wonach die einfache Mehrheit der Generalversammlung bereits den Wiederauflebungsbeschluß fassen kann, haltbar ist. Daß er mit der Sonderbestimmung der Gesetze über das Wiederaufleben in bestimmten Fällen nicht im rechten Einklange steht, mag allein noch nicht entscheidend sein. Aber der Beschluß, die aufgelöste Gesellschaft wieder in ihrer ursprünglichen Gestalt aufleben zu lassen, ist doch von so einschneidender Bedeutung, daß m. E. an ihn keine geringeren Ansprüche gestellt werden dürfen, als etwa an den Beschluß auf Änderung des Gegenstandes der Gesellschaft. Ob man sich mit der Dreiviertelmajorität begnügen soll — das ist ja auch der Standpunkt des Entwurfs — oder ob man darüber hinaus Einstimmigkeit der erschienenen Aktionäre verlangen will, ist Geschmacksache.

II. Im übrigen tritt aber die Majoritätsfrage weit hinter der

Liquidationserlös ergeben hat, besteht es höchstens nur bedingt. Von dem Rechte auf den Liquidationsanteil ist das Recht auf Liquidation zu unterscheiden. Ein solches Recht wird indessen durch den Beschluß der Liquidation als ein dem einzelnen zustehendes Recht nicht begründet. Sofern nur das dem Aktionär von Anfang an zustehende Recht auf die — eventuelle — Liquidationsrate als Sonderrecht angesehen werden müßte, würde es nur dann verletzt oder beeinträchtigt werden, wenn es durch den den Aufhebungsbeschluß abändernden Beschluß dem Aktionär genommen oder gemindert würde. Einen solchen Inhalt hat aber der Aufhebungsbeschluß nicht. Beläßt er es bei dem Bestehen der Gesellschaft und bewirkt er geradezu, daß die Gesellschaft weiter werdend tätig wird, so wird dem Aktionär sein Anspruch auf Teilnahme am Liquidationserlös, sofern die Liquidation durchgeführt wird, nicht verkürzt, sondern erhalten. Danach läßt sich sagen, daß § 35 BGB. durch einen Beschluß auf Aufhebung des Aufhebungsbeschlusses nicht beeinträchtigt wird, jedenfalls dann nicht, wenn die Liquidation nicht schon begonnen und wenigstens zum Teil durch Ausschüttung des Gesellschaftsvermögens durchgeführt ist (vgl. auch Löffler u. z. J. W. 1928, 1539). Danach bedarf aber ein solcher Beschluß nicht der positiven Zustimmung aller Aktionäre. Denn auch insoweit wird der einzelne Aktionär gleichmäßig wie alle anderen Aktionäre behandelt.

Steht aber § 35 BGB. der Wirksamkeit des Generalversammlungsbeschlusses v. 2. Sept. 1931 nicht entgegen, so wird auch über-

Tatsache zurück, daß ein DLG. das Wiederaufleben der aufgelösten AktG. überhaupt für möglich erklärt hat.

Der Beschluß räumt für den Bezirk des DLG. Dresden mit der bekannten aktienrechtlichen Kontroverse ob überhaupt die einmal in Liquidation getretene durch Beschluß wieder auflieben kann, auf. Aber eben nur für diesen Bezirk, und nur solange, bis etwa ein entgegenstehender Beschluß des RG. ergeht. Es besteht natürlich die Gefahr, daß ein anderes DLG. sich auf einen anderen Standpunkt stellt, zumal, da ja die weitaus herrschende Meinung im Schrifttum das Wiederaufleben der AktG. über den Rahmen des § 307 HGB. hinaus als ausgeschlossen erachtet. Es wird sich aber doch wohl jedes DLG., das vor die Entsch. der gleichen Frage gestellt wird, reiflich zu überlegen haben, ob es einen abweichenden Standpunkt einnehmen soll. Hier durfte ausnahmsweise Präjudizienkultus geradezu geboten sein. Gewiß mag der Standpunkt des DLG. Dresden, wonach schon die einfache Majorität für den Wiederauflebungsbeschluß ausreichen soll, nicht unbedenklich sein. Aber dieser Punkt war ja im vorl. Falle im Hinblick auf die Einstimmigkeit belanglos. Wesentlich ist allein, daß der im Beschluß ausgesprochene Grundsatz, daß die Besetzung des Liquidationsbeschlusses überhaupt möglich ist, wenn alle in der Generalversammlung anwesenden Aktionäre für ihn gestimmt haben, in Zukunft als Bestandteil des Aktienrechts, auch solange § 189 des neuen Aktienrechtentwurfs noch nicht Gesetz geworden ist, anerkannt wird. Daß die Möglichkeit des Wiederauflebens im Interesse der Allgemeinheit liegt, beweist zur Genüge die Tatsache, daß eine entsprechende Bestimmung in den Entwurf aufgenommen worden ist<sup>1)</sup>. Das naheliegende argumentum e contrario aus § 307 hat in einer Zeit freier Gesetzesauslegung keinerlei Überzeugungskraft mehr. Gerade die maßgebenden Kommentare sollten sich im Hinblick auf den Einfluß, den alle Druckschwärze nun einmal selbst auf kritisch eingestellte Gehirne ausübt, dessen bewußt sein, daß es Materien gibt, die unbedingt eine einheitliche und konstante rechtliche Behandlung fordern und bei denen es im übrigen letzten Endes ziemlich gleichgültig ist, ob

<sup>1)</sup> § 189 des Entwurfs: 1. Ist eine AktG. durch Zeitablauf oder durch Beschluß der Hauptversammlung aufgelöst worden, so kann die Hauptversammlung, solange noch nicht mit der Verteilung des nach der Berichtigung der Schulden verbleibenden Vermögens der Gesellschaft unter die Aktionäre begonnen ist, die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen. Der Beschluß bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt; die Satzung kann noch andere Erfordernisse aufstellen.

2. Das gleiche gilt in dem Falle, daß die Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkurses aufgelöst, der Konkurs aber nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag der Gesellschaft eingestellt worden ist.

3. Der Vorstand hat die Fortsetzung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; er hat bei der Anmeldung im Falle des Abs. 1 die Versicherung abzugeben, daß der Beschluß der Hauptversammlung zu einer Zeit gefaßt ist, als noch nicht mit der Verteilung des nach der Berichtigung der Schulden verbleibenden Vermögens der Gesellschaft unter die Aktionäre begonnen war.

haupt nicht für diesen Beschluß Einstimmigkeit i. S. der einen oder anderen Auffassung zu fordern sein. Nach § 28 des Gesellschaftsvertrages bedürfen Beschlüsse der Generalversammlung, gleichgültig welchen Gegenstand sie betreffen, zu ihrer Gültigkeit, soweit nicht zwingende Gesetzesvorschr. etwas anderes bestimmen, der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Aus § 35 BGB. ergibt sich, wie gezeigt, kein zwingender Grund zu einer Abweichung von der Satzungsvorschr. Die insoweit in Betracht kommenden Vorschr. des HGB. stellen als gesetzliche zwingende Regel nirgends das Erfordernis der Einstimmigkeit sämtlicher Aktionäre auf, sondern nur das der qualifizierten Mehrheit, und zwar auch nur in dem Sinne, daß in Ermanglung einer anderen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages eine Mehrheit verlangt wird, die einen gewissen Teil des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals erreicht (§§ 275, 288, 292 Ziff. 2, 207 Abs. 3 HGB.). § 196 Abs. 5 HGB., der die Zustimmung aller erschienenen Aktionäre fordert, kommt vorliegend nicht in Frage. Danach läßt sich auch aus dem Gesellschaftsvertrag i. Verb. m. den gesetzlichen Vorschr. des HGB. nicht die Ungültigkeit und Unwirksamkeit des den Auflösungsbeschluß wieder rückgängig machenden Beschlusses der Generalversammlung für den vorl. Fall herleiten. Würde übrigens in analoger Anwendung des § 292 Ziff. 2 HGB. auch für den Beschluß, der den Auflösungsbeschluß wieder aufhebt, die Mehrheit von  $\frac{1}{4}$  des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals zu erfordern sein, so wäre im vorl. Falle dieses Erfordernis zweifellos erfüllt.

(OLG. Dresden, 6. Zivilsen., Beschl. v. 8. März 1932, 6 Reg 17/32.)

### Frankfurt a. M.

#### 2. § 626 BGB.

1. Der Dienstvertrag zwischen einem Aufsichtsratsmitglied und der AktG. kann nicht durch Vereinbarung zwischen Aufsichtsratsmitglied und Vorstand umgewandelt werden. Es bedarf eines Generalversammlungsbeschlusses. Verzicht auf vertragsmäßiges Entgelt kann dagegen wirksam zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und dem Vorstand vereinbart werden.

2. Für ein von seiner Firma in eine AktG. delegiertes Aufsichtsratsmitglied liegt ein wichtiger Grund zur Kündigung vor, wenn seine Firma infolge Lösung ihrer Interessen von der AktG. ihn zur Niederlegung des Aufsichtsratsmandats anweist. †)

Der Kl. war bis zum Beginn des Jahres 1931 Vorstandsmitglied der Firma H. & S. AktG. in R. Diese war durch Aktienbesitz an der bekl. AktG. stark interessiert. Im Zusammenhang damit war der Kl. i. J. 1921 in den Aufsichtsrat der Bekl. gewählt worden.

Die Firma H. teilte durch Schreiben v. 26. Juni 1931 der Bekl. mit, daß die ihrer Firma angehörenden Aufsichtsratsmitglieder, also auch der Kl., auf jede ihnen sahrungsmäßig zustehende Vergütung für ihre Tätigkeit im Aufsichtsrat der Bekl. verzichteten. Der Vorstand der Bekl. erklärte sein Einverständnis mit dem Verzicht.

Am 20. Aug. 1931 schrieb die Firma H. der Bekl., daß sie wegen der Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse den Kl. beauftragt habe, seinen Aufsichtsratsitz mit sofortiger Wirkung niederzulegen. Beigefügt war eine Erklärung des Kl., daß er

sie im einen oder anderen Sinne beantwortet werden. Hier muß der einzelne Richter und ebenso natürlich der einzelne Autor, soweit seine eigene Meinung in Frage kommt, sich in Erkenntnis des wahren Zweckes des Rechts zu einer gewissen Selbstentjagung bequemen. Man braucht sich ja nur einmal vorzustellen, welche Folgen für die nun wieder ins Leben eingetretene AktG. eintreten würden, wenn ein anderes OLG. sich zu der von der Ansicht des sächs. OLG. abweichenden herrschenden Meinung bekennen, den Fall infolge dessen dem RG. zur Entsch. vorlegen würde und das RG. sich der in der Literatur herrschenden Ansicht anschließen wollte. Alsdann würde wohl nichts anderes übrig bleiben, als den vorl. Wiederaufhebungsbeschluß nachträglich doch als unheilbar nichtig zu behandeln. Denn mit der materiellen Rechtskraft ist ja im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit bekanntermaßen nicht eben viel anzufangen.

N. Prof. Dr. James Breit, Dresden.

Zu 2. Die vorl. Entsch. behandelt eine in der Praxis nicht seltene Frage nach der Beendigung des Amtes des Aufsichtsrats vor dem Ablauf der Amtszeit. Die Schwierigkeit liegt darin, daß die Mitglieder des Aufsichtsrats von der GenVers. gewählt werden. Ein Vertragsabschluß im rechtlichen Sinne liegt nicht vor. Der körperschaftsrechtliche Akt der Wahl erzeugt die Stellung des Aufsichtsrats. Die Annahme der Wahl ist kein Kontraktabschluß. Trotzdem wird man aber dem OLG. zustimmen, daß hierdurch, je nach der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit des Aufsichts-

rats mit sofortiger Wirkung unter Verweisung auf § 671 BGB. und die Vereinbarung über die unentgeltliche Ausübung seines Amtes seinen Posten als Aufsichtsratsmitglied niederlege.

Die Bekl. erkennt die Niederlegung nicht als berechtigt an.

Der Kl. begehrt Feststellung, daß er nicht mehr Mitglied des Aufsichtsrats der Bekl. sei. OLG. und OLG. haben stattgegeben.

Mit Recht kommt das angefochtene Urteil zu dem Ergebnis, daß durch den Schriftwechsel v. 26. und 30. Juni 1931 das Rechtsverhältnis der Parteien weder in einem Dienstvertrag der in § 627 BGB. bezeichneten Art noch in einem Auftrag umgewandelt worden ist, und daß daher eine fristlose Kündigung nur gem. § 626 BGB., bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, möglich war. Die Satzung der bekl. AktG. sieht eine Entlohnung der Aufsichtsratsmitglieder in Form einer festen Vergütung sowie einer veränderlichen Gewinnbeteiligung vor. Diese Vergütung wurde Bestandteil des zwischen den Parteien durch die Wahl in der GenVers. und die Annahme der Wahl geschlossenen schuldrechtlichen Vertrages. Dieser Vertrag ist also sahrungsmäßig als Dienstvertrag i. S. der §§ 611 ff. BGB. borgelesen.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Kl. mit dem Vorstande der Bekl. einen wirksamen Erlaßvertrag über seine gegenwärtigen wie über seine zukünftigen Forderungen aus diesem Dienstvertrage abschließen konnte. Zu einem solchen Abschluß war der Vorstand der Bekl. im Rahmen seiner gesetzlichen Vertretungsmacht befugt. Der Erlaß bedurfte auch, selbst wenn der Kl. ihn in Schenkungsabsicht vornahm, nicht der Form des § 518 BGB. (RG. 53, 294). Der Erlaß konnte aber nicht eine Umwandlung des zwischen den Parteien bestehenden Schuldverhältnisses herbeiführen. Zwar ist es möglich, durch Erlaßvertrag ein ganzes Schuldverhältnis aufzuheben, und in der Regel wird ein Schuldumwandlungsvertrag vorliegen, wenn der Dienstverpflichtete auf seinen Entgeltanspruch verzichtet, derart, daß er von nun an zur unentgeltlichen Geschäftsbeforgung verpflichtet sein soll. Es liegt aber nicht in der Macht des Vorstandes, das zwischen der Gesellschaft und dem Mitglied ihres Aufsichtsrates bestehende Dienstverhältnis in einen Auftrag oder ein Verhältnis des in § 627 BGB. bezeichneten Art umzuwandeln, wenn die Satzung dieses als Dienstvertrag gem. §§ 611 ff. BGB. ausgestaltet hat. Grundsätzlich können Änderungen der Satzung nur durch Beschluß der GenVers. herbeigeführt werden. Der Hinweis des Kl., die Vorschr. des HGB. über die Vergütung des Aufsichtsrates dienten dem Schutze der Gesellschaft vor überhöhten Bezügen des Aufsichtsrates und begünstigten deren Herabsetzung, kann die Tatsache nicht aus dem Wege räumen, daß das Gesetz für jede Satzungsänderung einen qualifizierten Mehrheitsbeschluß der GenVers. verlangt und zu dem Beschlusse auf Herabsetzung der Vergütung zwar eine einfache Mehrheit genügen läßt (§ 245 Abs. 2 HGB.), auf einen Beschluß der GenVers. aber in keinem Falle verzichtet.

Wenn das RG. in der vom Kl. angeführten Entsch. in JW. 1917, I 468 ausführt, nicht jedes Rechtsgeschäft, das die Berücksichtigung der im Gesellschaftsvertrage festgesetzten Vergütung zum Gegenstand habe, sei eine formbedürftige Abänderung des Vertrages, so wendet es sich damit nur, wie Sachenburg in seiner Anmerkung zu der Entsch. sagt, gegen die Überspannung der Formerfordernisse. Die Formvorschr. seien dagegen zu wahren, wenn es sich materiell um eine Änderung handele, welche die Gesellschaft als solche für sich und ihre Gesellschafter treffe. Die

rats ein Dienst- oder ein Auftragsverhältnis vorliegt. Danach richtet sich dann auch wieder die Möglichkeit einer Kündigung vor Zeitablauf. Der Fall, daß die Gesellschaft einen Aufsichtsrat, der sein Amt niederlegen will, zurückhält, dürfte bisher nur selten vorgekommen sein. Aber auch im vorl. Falle ist nicht ersichtlich, warum die Bekl. ein Aufsichtsratsmitglied, das aus vernünftigen Gründen auszuscheiden wünscht, festhält. Dies hat auch offenbar die Entsch. bestimmt. Dabei ist es nicht ganz unzweifelhaft, ob die Gründe des Kl. in der Tat durchgreifen. Doch ist dies auf Grund der konkreten Umstände jeweils zu entscheiden. Viel bedeutsamer ist der vom OLG. nicht behandelte umgekehrte Fall, daß die AktG. ein Aufsichtsratsmitglied wieder zu entfernen sucht. Nach dem Gesetz kann sie dies jederzeit mit einer Mehrheit von drei Viertel der in der GenVers. abgegebenen Stimmen. Dazu bedarf es keiner Anrede irgendwelcher Gründe. Nimmt man den Standpunkt des OLG. als zutreffend an, daß bei einem Dienstverhältnis jederzeit aus wichtigen Gründen die Aufkündigung für den Aufsichtsrat möglich sein muß, so wird man dies folgerichtig auch der AktG. zusprechen müssen. Dazu wird es dann nur der einfachen Mehrheit in der GenVers. bedürfen. Denn eine solche auf dem Zivilrecht aufbauende Lösung der beiderseitigen Beziehungen geht dann der aktienrechtlichen Abberufung, die nur mit qualifizierter Majorität erfolgen kann, vor.

N. Dr. Dr. Max Sachenburg, Mannheim.

vom Kl. erstrebte Abänderung des Vertrages griffe aber wesentlich, und zwar in einem der Bekl. ungünstigen Sinne, in die Rechtslage der bekl. Gesellschaft ein. Denn sie führte ja nicht nur den Verlust des Anspruchs des Kl. auf Entgelt herbei, sondern auch eine Erweiterung seiner Rechte dadurch, daß er in Zukunft jederzeit, auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes, von seinen Pflichten frei werden könnte. Diese Erweiterung seiner Rechte würde eine materielle Änderung der Satzung bedeuten.

Schließlich greift auch die Ansicht des Kl. nicht durch, die Abänderung der Kündigungsvorschr. sei nur eine gesetzliche Folge des wirklichen Verzichts. Gesetzliche Folge des Erlaßvertrages ist aber lediglich das Erlöschen des Anspruchs auf Entgelt. Die Abänderung der Kündigungsvorschr. jedoch könnte nur die Folge der Umwandlung des zwischen den Parteien bestehenden Dienstvertrags sein, und diese ist nicht erfolgt, da der Vorstand der Bekl. zum Abschluß eines Umwandlungsvertrages nicht befugt war.

Wohl aber muß der Klage auf Grund des § 626 BGB. stattgegeben werden. Denn dem Kl. steht ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung zur Seite. Wenn Banken oder andere in Gesellschaftsform betriebene Unternehmen, die durch Kreditgewährung oder Aktienbesitz oder auf andere Weise an einer AktG. interessiert sind, eigene Direktoren oder Angestellte in den Aufsichtsrat dieser AktG. entsenden, so stellt die bindende Anordnung der entsendenden Gesellschaft an die entsandten Personen, ihre Aufsichtsratsposten fristlos niederzulegen, für diese einen wichtigen Grund dar, der AktG. gegenüber ihr Amt mit sofortiger Wirkung niederzulegen. Es stehen sich bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen die gesellschaftsrechtlichen Bindungen des Kl. an die Bekl. und seine privatrechtlichen Bindungen an die Firma S., die „entsendende“ Gesellschaft, gegenüber. Diese verschiedene Richtung der dem entsandten Aufsichtsratsmitglied obliegenden Verpflichtungen kann bei einem Widerstreit der Interessen der entsendenden Gesellschaft und der AktG. leicht zu einer Pflichtenkollision für das entsandte Mitglied führen. Mit dieser Möglichkeit rechnet aber die GenVers., die die Wahlen zum Aufsichtsrat vornimmt. Die Vertreter der Großaktionäre oder Großgläubiger werden ja, wie auch im vorl. Falle, nicht auf Grund ihrer Persönlichkeit, ihrer eigenen Tüchtigkeit oder ihres Ansehens in freier Wahl gewählt, sondern sie werden der GenVers. von ihrer Gesellschaft präsentiert, und ihre Wahl kommt durch eine Vereinbarung mit anderen Aktionärgruppen zustande. Dies alles ist der GenVers. und insbes. den Trägern der Aktienmehrheit, die die Wahl vornimmt, bekannt. Sie nimmt das Risiko damit auf sich, daß im Falle eines Konfliktes das entsandte Aufsichtsratsmitglied den Weisungen der entsendenden Gesellschaft Folge leisten wird. Insofern ist es nicht richtig, daß dessen gesellschaftsrechtlichen Bindungen stärker seien als die privatrechtlichen; denn schon bei der Wahl zum Aufsichtsrat weiß die AktG., daß der Gewählte nicht als willensfreie Persönlichkeit, sondern als gebundener Vertreter wohlbekannter, mitunter gesellschaftsfremder Interessen in den Aufsichtsrat eintritt. Diese bei der Wahl vorhandene Interessenlage wird auch nicht dadurch verschoben, daß der Entsandte die Wahl annimmt und somit als Organ der Gesellschaft in Tätigkeit tritt. Er bleibt auch in dieser Eigenschaft nach zwei Seiten hin gebunden und Konflikten von zwei Seiten her ausgesetzt. Die Entwicklung des Aktienrechts bewegt sich schon seit langem in der Richtung, daß in einer AktG. nicht ausschließlich das Interesse der Aktionärgesamtheit maßgebend sein kann, sondern daß auch die Interessen einzelner Aktionäre oder Aktionärgruppen berechtigt sein können und sich in der Gesellschaft durchsetzen dürfen. Ein solches Interesse hat aber ein Großaktionär, der einen Delegierten in den Aufsichtsrat entsendet, damit dieser u. a. auch darüber wache, daß seine Kapitalanlage oder Kredite nicht gefährdet werden. Der Kl., der eine solche Aufgabe für die Firma S. versch. hat daher mit Recht deren Aufforderung, seinen Posten niederzulegen, Folge geleistet.

Keineswegs findet hiermit, wie die Bekl. meint, eine Abwägung des Risikos von Konflikten zwischen entsendender Gesellschaft und Entsandten auf die AktG. statt. Denn eine Ausübung des Aufsichtsratsamtes zu Ungunsten der AktG. ist nach wie vor unzulässig. Damit aber das Mitglied nicht in die Gefahr kommt, gesellschaftsschädliche Handlungen vornehmen zu müssen, muß ihm die Möglichkeit zugestanden werden, durch Ausscheiden aus dem Aufsichtsrat dieser Gefahr zu entgehen.

Der weitere Einwand der Bekl., das Aufsichtsratsmitglied werde ja gerade auf eine bestimmte feste Dauer gewählt, und darauf müsse sich das entsandte Mitglied einstellen, greift ebenfalls nicht durch. Denn die Möglichkeit zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund besteht für jede Art von Dienstverhältnis und zeigt gerade ihre stärkste Bedeutung für dauernde Dienstverträge. Will eine AktG. sich der Integrität ihres Aufsichtsrats während dessen Wahlperiode versichern, so möge sie sich von der durch delegierte Aufsichtsratsmitglieder vertretenen Großaktionären oder Großgläubigern die Erklärung abgeben lassen, daß sie bei einem etwa eintretenden Desinteressement ihre Delegier-

ten während der vorgeesehenen Dauer im Aufsichtsrat belassen werde.

Wenn die Bekl. weiter anführt, durch die Möglichkeit fristlosen Ausscheidens aus dem Aufsichtsrat leide die Stetigkeit der Verwaltung, so ist demgegenüber darauf hinzuweisen, daß ein Interesse der AktG. an der Mitwirkung der delegierten Aufsichtsratsmitglieder bei der Verwaltung in der Regel in dem Augenblick völlig wegfällt, wo ein Desinteressement der entsendenden Gesellschaft, etwa durch Veräußerung ihres Aktienbesitzes oder durch Bezahlung ihrer Forderungen, eintritt. Tatsächlich erscheine die Mitwirkung solcher Aufsichtspersonen an der Verwaltung noch nach diesem Zeitpunkt als unwillkommene Last. Die Bekl. hat auch nichts dafür dargetan, welche Verwaltungsaufgaben der Kl. eigentlich zu erfüllen habe, nachdem die Lösung der Firma S. von ihr stattgefunden hatte.

Auch der weitere Gesichtspunkt greift nicht durch, daß eine AktG., deren Aufsichtsrat aus der gesetzlichen Mindestzahl von drei Mitgliedern besteht, dadurch zur Einberufung einer außerordentlichen, der Ersatzwahl zum Aufsichtsrat dienenden GenVers. gezwungen werden könne, daß eines von den drei Mitgliedern fristlos kündigt. Diese Notwendigkeit tritt auch dann ein, wenn eines der Mitglieder stirbt oder eine fristlose Kündigung etwa wegen schwerer andauernder Krankheit erfolgt.

Der Kl. hat seinen Posten auf Anweisung des Aufsichtsratsvorsitzenden der Firma S. niedergelegt. Es handelte sich dabei um eine unter mehreren Maßnahmen, durch die die Firma S. ihr Desinteressement an der Bekl. vollziehen wollte. Die Aufforderung seiner Firma war bindend für den Kl. und stellte, nach dem eben Ausgeführten, einen wichtigen Grund dar, fristlos seinen Aufsichtsratsposten niederzulegen.

(OLG. Frankfurt, Ur. v. 10. Juni 1932, 4 U 67/32.)

Mitgeteilt von *RA. Prof. Dr. Saenger*, Frankfurt a. M.

\*

3. §§ 15, 47, 51 GmbHGef.; § 168 BGB. Das Stimmrecht in einer GmbH. kann nicht dem Pfandgläubiger der Geschäftsanteile übertragen werden. Es kann ihm aber unwiderrufliche Vollmacht zur Stimmrechtsausübung erteilt werden. Ein stimmberechtigter Pfandgläubiger muß zu einer Gesellschafterversammlung eingeladen werden.

Dem Kl. sind durch Vertr. mit P. v. 6. Febr. 1932, den dieser zugleich in seiner Eigenschaft als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der beklagten GmbH. mit abgeschlossen hat, sämtliche Geschäftsanteile der Bekl. verpfändet worden, außerdem ist ihm in Höhe der Hälfte des Gesellschaftskapitals das Stimmrecht übertragen, hilfsweise ihm unwiderrufliche Vollmacht zur Stimmrechtsausübung erteilt worden. Weiter ist ein zweiter (Kontroll-) Geschäftsführer bestellt worden. Entgegen den vertraglichen Abreden hat nun P. am 8. April 1932 allein eine Gesellschafterversammlung der Bekl. abgehalten, zu der der Kl. nicht eingeladen war, und den zweiten Geschäftsführer abberufen. Die Abberufung ist im Handelsregister eingetragen worden. Mit der vorl. Anfechtungsklage begehrt Kl. die Nichtigkeitsfeststellung, hilfsweise die Nichtigkeitsklärung des von P. am 8. April 1932 gefaßten Gesellschafterbeschlusses.

... Nun hat aber P., und zwar auch als Organ der Bekl. — es heißt im Vertr. auf S. 6 „Vereinbaren die Parteien“, Vertragsparteien aber waren P. und die Bekl. einerseits, sowie der Kl. andererseits —, also mit deren Zustimmung dem Kl. für nominell 25 000 RM Anteile das Stimmrecht übertragen und ihm vorsorglich unter entsprechendem Verzicht auf sein eigenes Stimmrecht im gleichen Umfange unwiderrufliche Abstimmungs Vollmacht erteilt. Darüber zwar, ob eine Übertragung des Stimmrechts auf einen Nichtgesellschaftler zu eigenem Recht zulässig ist, herrscht für das ganze Gesellschaftsrecht im Schrifttum Streit. Wenn die Bekl. sich für die allgemeine Unzulässigkeit einer solchen auf RG. 132, 148 ff. beruft, so verkennt sie, daß dort wohl nur eine dauernde Abspaltung des Stimmrechts vom Mitgliedschaftsrecht als unzulässig bezeichnet werden soll. Denn eine nur vorübergehende Abspaltung ist vom RG. gerade für das Aktienrecht bereits mehrfach für zulässig erachtet worden (vgl. RG. 40, 80; Recht 20 Nr. 701 und LZ. 20, 567, 6, sowie Staub = Kö nige, BGB. §§ 222 Anm. 16, 223 Anm. 17, 257 Anm. 5 sowie RG. = ZB. 1916, 409, wo dem Nießbraucher eines GmbH-Anteils ein Stimmrecht zugestanden wird), so daß jedenfalls eine nur vorübergehende Abspaltung des Stimmrechts vom Mitgliedschaftsrecht nicht ausgeschlossen ist. Staub = Hachenberg, a. a. O. und das RCh. in RJA 15/49 erachten daher auch im Gegensatz allerdings zu Liebmann = Sanger § 15 Anm. 20 k, Brodmann S. 190, Scholz S. 199 und Feine = Ehrenberg, Handb. III 3, S. 406 eine Übertragung des Stimmrechts auf den Pfandgläubiger eines GmbH-Anteils zu eigenem Recht mit der Einschränkung für zulässig, daß dieser es nicht gegen die Interessen des Verpfänders ausüben dürfe. Der Sen. kann sich dieser Ansicht jedenfalls für die Verpfändung eines GmbH-Anteils nicht anschließen. Sie stellt im Endergebnis die Verpfändung der Sicherungsbereicherung gleich. Der grundlegende Unterschied zwischen diesen beiden Instituten aber be-

steht darin, daß bei der Verpfändung der Verpfänder Gesellschafter bleibt, während bei der Sicherungsübertragung der übertragende Gesellschafter seine Rechtsstellung als Gesellschafter verliert. Bei der GmbH., die zwar eine Kapitalgesellschaft, aber doch eine solche mit individualistischem Einschlag ist, spielt im Verhältnis der Gesellschafter zueinander und zur Gesellschaft die Person des einzelnen Gesellschafters eher anders als bei der AktG. eine gewisse Rolle. Infolgedessen erscheint jedenfalls hier eine Trennung des Stimmrechts als einem internen Verwaltungsrecht von der Person des Gesellschafters durch dessen Übertragung auf einen Dritten zum eigenen Recht nicht möglich. Die für die Aktien als zulässig erachtete Legitimationszeffion (Staub-Könige, HGB. §§ 222 Anm. 16, 223 Anm. 17, 252 Anm. 5), durch die das Stimmrecht ohne das materielle Recht übertragen werden kann, ist im GmbH-Recht nicht denkbar, weil diese Konstruktion darin begründet liegt, daß grundsätzlich nicht das Eigentum, sondern der Besitz an der Aktie als einem Wertpapier bzw. die Eintragung im Aktienbuch bei der Namensaktie zur Abstimmung legitimiert, während dem über einen GmbH-Anteil ausgestellten Anteilsschein keinerlei Legitimationswirkung zukommt.

Entbehrt somit zwar die im Betr. v. 6. Febr. 1932 vereinbarte Stimmrechtsübertragung der Wirksamkeit, so folgt daraus noch nicht die Richtigkeit dieses Betr., denn da die Parteien selbst Zweifel hinsichtlich der Gültigkeit einer Stimmrechtsabtretung gehabt haben, ist dem Kl. vorzuziehen von B. mit Wissen und Zustimmung der Bekl. eine unwiderrufliche Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts erteilt worden. Daraus folgt, daß der Betr. auch dann in Kraft bleiben sollte, wenn die Stimmrechtsübertragung sich als unzulässig erwies.

Nun hält die Bekl. allerdings auch die Erteilung dieser Vollmacht schon deshalb für unwirksam, weil sie nicht mit Bezug auf bestimmte Geschäftsanteile, sondern für die Hälfte der verpfändeten Geschäftsanteile, für nominell 25 000 RM erteilt, und eine Vollmacht zur Ausübung eines Teiles der einem Geschäftsanteil zukommenden Stimmen ebensovienig zulässig sei, wie die teilweise Verpfändung eines Geschäftsanteils. Ob der Bruchteil eines Geschäftsanteils verpfändet werden kann, ist zwar bestritten. Bejaht wird dies von Staub-Hachenburg § 17 Anm. 30 und Feine S. 406, verneint von Liebmann-Sänger § 15 Anm. 20 und Brodmann a. a. O. Anm. 2. Es bedarf jedoch einer Stellungnahme zu dieser Streitfrage hier nicht. Da mangels einer abweichenden Regelung im Gesellschaftsvertr. gem. § 47 Abs. 2 GmbHG. je 100 RM eines Geschäftsanteils eine Stimme gewährt, ist eine Bevollmächtigung zur Abgabe einer bestimmten Zahl von Stimmen selbst dann als zulässig zu erachten, wenn man die teilweise Verpfändung eines Geschäftsanteils nicht für angängig hält. Dazu kommt im vorl. Falle, daß je drei der Geschäftsanteile zusammen einen Nominalbetrag von 25 000 RM ergeben, und daß der Wille der Parteien, die irtümlich davon ausgingen, daß 50 Geschäftsanteile zu je 1000 RM beständen, dahinging, daß der Kl. hinsichtlich derjenigen drei Geschäftsanteile von zusammen 25 000 RM zur Ausübung des Stimmrechts bevollmächtigt sein sollte, deren Eigentümer er bis zum Betr. v. 24. Juli 1930 gewesen war. Das ergibt sich daraus ... (folgt Begründung).

Die Erteilung der Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts von nominell 25 000 RM Geschäftsanteilen ist daher wirksam erfolgt. Nun leugnet aber Brodmann (GmbHG. § 15 Anm. 2 und in Ehrenberg, Fdb. IV 2 S. 133 ff.) hinsichtlich jeder, insbes. aber einer Abstimmungsvollmacht, die Wirksamkeit des Ausschusses ihres Widerrufs. Demgegenüber erachtet jedoch die herrschende Lehre und Rspr. (RGKomm., § 168 Anm. 2 und die dortige Rspr., Feine S. 406, Liebmann-Sänger § 15 Anm. 20) die Vereinbarung der Unwiderruflichkeit einer Vollmacht dann für wirksam, wenn diese nicht den Interessen des Vollmachtgebers, sondern denen des Bevollmächtigten oder eines Dritten zu dienen bestimmt ist. Dem schließt sich auch der Sen. an. Daß aber die Abstimmungsvollmacht hier dem Kl. ausschließlich zur Wahrung seiner Interessen erteilt worden ist, kann nach Zweck und Wortlaut des Betr. nicht bezweifelt werden. Der Verzicht auf den Widerruf der Vollmacht begründet aber nicht nur eine Bindung des B., sondern auch eine solche der Bekl., die ihn nicht nur kennt, sondern sogar bei dem Vertragsschluß als Vertragspartei mitgewirkt hat, weil die Vollmachtserteilung ja auch zur Sicherung derjenigen Darlehensforderungen dienen sollte, die der Kl. ihr gegenüber hatte. Infolgedessen entbehrt der dem Kl. am 8. April 1932 erklärte Widerruf der Vollmacht, ganz abgesehen davon, daß er ihm erst nach der Beschlußfassung über die Abberufung des zweiten Geschäftsführers zugegangen ist, jeder Bedeutung.

Es ist zwar auch bestritten, ob ein Pfandgläubiger, dem Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts erteilt ist, ein Recht zur Teilnahme an den Gesellschafterversammlungen hat und deshalb zu diesen gem. § 51 GmbHG. eingeladen werden muß. Verneint wird dies von Brodmann § 47 1b und Scholz S. 199, bejaht von Staub-Hachenburg Erg. I, zu § 15 Anm. 4, Liebmann-Sänger § 15 Anm. 20 k. Der letzteren Meinung ist jedenfalls dann beizutreten, wenn die Erteilung der Vollmacht der Gesellschaft gem. § 16 angezeigt ist. Im vorl. Falle hat B. dem Kl. aber nicht nur Vollmacht zur Stimmrechtsausübung erteilt, sondern er hat auch noch

ausdrücklich auf die Ausübung seines Stimmrechts insoweit verzichtet, und zwar auch der Bekl. gegenüber, die ja selbst Vertragspartei des Betr. v. 6. Febr. 1932 ist. Vollmachtserteilung und Stimmrechtsverzicht sind also unter Mitwirkung und Zustimmung der Bekl. erfolgt zu dem Zwecke, dem Kl. für die Gesellschafterversammlung die Stellung eines Gesellschafters einzuräumen, ihn, wie dies im Aktienrecht durch Legitimationszeffion geschieht, zur Ausübung des Stimmrechts zu legitimieren. Bei dieser Sachlage muß ein Recht des Kl. zur Teilnahme an der Gesellschafterversammlung und eine Verpflichtung der Organe der Bekl., ihn zu einer solchen einzuladen, selbst dann bejaht werden, wenn man eine der Gesellschaft bekannte Abstimmungsvollmacht noch nicht als genügend zur Begründung eines Teilnahmerechts erachten sollte.

(OLG. Frankfurt a. M., 4. ZivSen., Urt. v. 4. Nov. 1932, 4 U 113/32.)

Mitgeteilt von W. Dr. Wilhelm, Frankfurt a. M.

## Berlin.

## II. Verfahren.

### 4. § 771 ZPO. Kein Interventionsrecht des Liquidationstreuhanders.)

Der Senat ist schon in früheren Entsch. der Ansicht gefolgt, daß nicht jedes Treuhändergut ein Interventionsrecht gibt (vgl. Schwister: JW. 1931, 1163), und daß das Interventionsrecht des Liquidationstreuhanders daran scheitert, daß die Übertragung des Eigentums auf den Treuhänder nur formale Bedeutung hat, ohne ihn wirtschaftlich zum Eigentümer zu machen (27. U. 14785/29 v. 13. Febr. 1930). Es mag zweifelhaft sein, ob vorliegend durch den Abrechnungsvertrag den einzelnen Gläubigern des Schutzverbandes aus § 328 BGB. ein schuldrechtlicher Anspruch gegen den Kl. erwachsen ist — im Erfolg geht aber die Abmachung darauf hinaus, daß durch bloßen Privatvertrag in den gesetzlichen Zustand eingegriffen wird, der jedem Gläubiger

Zu 4. Die Rechtsübung hat den Treuhänderbegriff im deutschen Rechte ausgebildet; das Wirtschaftsleben arbeitet mit ihm; der Gesetzgeber verwendet ihn (z. B. § 2 EntschuldungsVO. v. 6. Febr. 1932 [RGBl. I, 59], § 5 DurchfVO. z. D. Kreditabl. für 1932 v. 27. Febr. 1932 [RGBl. I, 86]) — und doch gibt es kaum eine Rechtsfigur, die in ihren Einzelheiten so wenig geklärt ist wie gerade die Treuhänd. Zahlreiche wissenschaftliche Untersuchungen sind ihr gewidmet worden; der letzte Juristentag hat sich ihrer angenommen — trotzdem sind immer noch viele Fragen offen. Besonders befruchtend hat hier, wie mir scheint, die Praxis der Vergl. D. gewirkt. Der in seiner Zweckmäßigkeit mit Recht lebhaft unstrittene Liquidationsvergleich dürfte wohl kaum jemals ohne Verbindung mit einem Treuhändervertrage auftreten. Die Bedeutung des Treuhändervertrages geht aber weit über das Insolvenzrecht hinaus. Soweit ich sehe, ist man sich darüber einig, daß der Treuhändervertrage eine schuldrechtliche und eine dingliche Seite hat. Die schuldrechtliche Seite macht verhältnismäßig wenig Schwierigkeiten; sie läßt sich ohne Mühe dem Begriffe des Geschäftsbesorgungsvertrages unterordnen. Anders ist es mit der dinglichen Seite. Auch der Geschäftsbesorger, der Beauftragte, erhalten häufig von ihren Auftraggebern Vermögensstücke ausgehändig, um darüber nach Anweisung des Auftraggebers zu verfügen. Sie treten aber zu diesen Vermögensstücken entweder überhaupt in keine dinglichen Beziehungen oder sie werden, z. B. beim Gelde, ihr unbeschränkter Eigentümer. Beim Treuhänder ist das anders. Er wird nach außen hin Eigentümer oder Gläubiger; aber er wird es doch nicht ganz. Wie so oft ist auch hier der Konkurs der Prüfstein für die Rechtslage. Die Rspr. zieht das Treugut zur Konkursmasse des Treugebers; der Treuhänder hat vielleicht ein Absonderungsrecht, aber nie ein Aussonderungsrecht. Mit dem Begriffe des Eigentums ist diese Rspr. trotz aller Versuche, sie nach dieser Richtung zu rechtfertigen, m. E. nicht vereinbar. Gegenüber dem geschlossenen Kreise der dinglichen Rechte an fremder Sache wagte man den Schritt nicht, ein dingliches Verwaltungs- und Verfügungsrecht an fremder Sache anzuerkennen, obgleich man dafür vielleicht in der Testamentsvollstreckung eine Analogie hätte finden können. Man half sich mit dem Eigentum, konnte aber daraus nicht alle Folgerungen ziehen, weil das dem Zweck des Treuhändervertrages widersprochen hätte. Die Folge war, daß man in Wirklichkeit zu einem geteilten Eigentum gelangt ist. Wie weit diese Teilung geht und wo sie eintritt, ist aber höchst unsicher. Für den Konkurs scheint zwar Einigkeit zu bestehen: der Treuhänder hat im Konkurs des Treugebers nicht mehr als ein Absonderungsrecht, der Treugeber im Konkurs des Treuhänders möglicher Weise ein Aussonderungsrecht, d. h. der nach außen hin als Eigentümer Erscheinende hat im Konkurs nicht diese Rechtsstellung, und der, der nach außen hin nicht Eigentümer ist, hat sie. Wöllig unklar ist die Rechtslage aber in der Einzelzwangsvollstreckung. Dem Aussonderungsrecht im Konkurs entspricht bei ihr das Widerpruchsrecht nach § 771 ZPO., der Absonderung die vorzugsweise Befriedigung nach § 805 ZPO. Die Konsequenz forderte

den Zugriff auf das Vermögen seines Schuldners freistellt, soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften (R.D., Vergl.D., ZPD. 8. Buch) entgegenstehen. Einen anderen Zweck als den Verteilung des Zugriffs des einzelnen Gläubigers verfolgt die Abmachung überhaupt nicht. Das bedeutet aber einen Eingriff in den Machtbereich Dritter, für den es an einer gesetzlichen Grundlage fehlt. Die Voraussetzungen, unter denen das Privatvermögen aufhört, ein geeignetes Objekt für den Zugriff der Gläubiger zu sein, sind vom Gesetz bestimmt und der willkürlichen Verfügung seitens des Schuldners entzogen. Hier ist der Schuldner wirtschaftlich Inhaber des Vermögens geblieben, die Gläubiger des Kl. könnten sich an das Treuhandeigentum nicht halten. Der Treuhänder hat eine Rechtsstellung, die über den Rahmen eines bloßen Auftrags zur Weiterleitung kaum hinausgeht. Das Pfändungspfandrecht des einzelnen Gläubigers kann nicht daran scheitern, daß der Schuldner mit einem Dritten eine Abmachung mit dem Ziele trifft, eben den Zwangsvollstreckungsversuchen einzelner Gläubiger vorzubeugen. Auf die Rechtsform kann es von diesem Gesichtspunkte aus nicht ankommen, ebensowenig darauf, ob der Schuldner damit auch den Zweck verfolgt, sein noch vorhandenes Vermögen für alle Gläubiger beiseitezustellen.

(RG., Beschl. v. 7. Juli 1932, 27 W 6801/32.)

Mitgeteilt von J.R. Dr. Cohn-Biedermann, Berlin.

\*

### Karlsruhe.

5. §§ 211 Abs. 2, 193 R.D. Der Gläubiger einer DGB., der durch eine Hypothek auf dem Grundstück eines Gesellschafters gesichert ist, wird durch einen Zwangsvergleich im Konkurs über das Gesellschaftsvermögen nicht an der Geltendmachung der Hypothek gehindert. †)

Im Konkurs über eine DGB. sind zwar (herrschender Ansicht nach) die Gesellschafter die Gemeinschaftschuldner. Der Konkurs ergreift

daher, daß der Treuhänder bei der Einzelvollstreckung höchstens nach § 805 ZPD. vorgehen könnte; sie hat auch der RfS. 19, 126 gezeugt. Die Praxis der ordentlichen Gerichte hat sie aber allgemein abgelehnt und auch die Rechtslehre steht ganz überwiegend auf einem ablehnenden Standpunkt. Sie wirft vielmehr bei der Einzelvollstreckung nur die Frage nach dem Widerspruchsrecht auf. Würde man hier mit der immer wieder aufgestellten Behauptung ernst machen, daß es ein geteiltes Eigentum nicht gebe, der Treuhänder wahrer und alleiniger Eigentümer werde, so wäre m. E. die Folgerung völlig unausweichlich, daß der Treuhänder bei einer Zwangsvollstreckung in das Treugut auf Grund eines Titels gegen den Treugeber immer zur Widerspruchsklage berechtigt ist, der Treugeber dagegen einer gegen den Treuhänder gerichteten Vollstreckung in das Treugut nie widersprechen kann. Man machte aber mit dieser Behauptung, wie gerade der vorl. Beschluß zeigt, eben nicht ernst. Die Begr., die der Beschluß dafür gibt, ist schwerlich in allen Punkten glücklich; nach ihr wäre eigentlich das AnfG. überflüssig. In der Rechtslehre — und auch in dem Beschlusse klingt der Gedanke an — wird vielfach unterschieden, ob die Treuhand selbstnützig ist oder nur dem Nutzen des Schuldners oder eines Dritten dienen soll; im ersten Fall soll der Treuhänder einer gegen den Treugeber gerichteten Vollstreckung in das Treugut widersprechen können, dagegen nicht der Treugeber einer gegen den Treuhänder gerichteten; im anderen Falle soll es umgekehrt sein. Über die Zweckmäßigkeit dieser Unterscheidung wird man verschiedener Ansicht sein dürfen; sie macht jede außergerichtliche Schuldenregelung und häufig genug auch die Durchführung eines gerichtlichen Zwangsvergleichs unmöglich. Rechtlich ist sie nichts anderes als die Anerkennung des geteilten Eigentums. Dabei scheint sie mir nicht einmal erforderlich, um unlauteren Machenschaften entgegenzutreten. Zunächst bietet sich, jedenfalls bei außergerichtlichen Abmachungen, die Möglichkeit der Anfechtung. Dann aber wird man häufig mit der Haftung des Treuhänders aus § 419 BGB. weiterkommen können, obgleich freilich die Anwendbarkeit gerade dieser Vorschrift bei der fremdnützigen Treuhand lebhaft umstritten ist; sie versagt natürlich immer, wenn es sich nicht um eine Vermögensübernahme handelt, oder wenn ein Gläubiger vollstrecken will, der erst nach der Vermögensübernahme Gläubiger des Treugebers geworden ist. Im ganzen also ein schwanzendes Bild. Ob der Gesetzgeber in der nächsten Zeit die Mücke finden wird, die zur Lösung aller dieser schwierigen Fragen nötig ist? Er sollte sich m. E. dann jedenfalls nicht an dem Gedanken des geteilten Eigentums, sondern an dem eines besonderen dinglichen Rechts orientieren, ähnlich dem Rechte des Ehemanns am Frauengut, des Testamentvollstreckers am Nachlasse.

SenPräs. a. RG. Dr. Kiefow, Berlin.

Zu 5. Der Beschluß gibt die auch für den gleich gelagerten Fall des Konkursabwendenden Zwangsvergleichs herrschende Meinung wieder, daß die §§ 193 Satz 2 R.D., § 73 Abs. 2 Vergl.D.

aber nicht ihr Privatvermögen, sondern nur das Gesellschaftsvermögen. Daher stand die Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft nicht der Eintragung einer Zwangshypothek auf dem — nicht zum Gesellschaftsvermögen gehörenden — Grundstück des beklagten Gesellschafters auf Grund des gegen diesen persönlich ergangenen Urteils entgegen. Und die Hypothek besteht noch. Der Zwangsvergleich hat ihren Bestand nicht berührt. Zwar wurde durch ihn (mangels anderweiter Festsetzung) gem. § 211 Abs. 2 R.D. auch der Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschaft, also auch des Betr., begrenzt. Dies würde aber, wenn auch (nach der Rspr.) nur eine Naturalobligation des Schuldners in Höhe der ursprünglichen Schuld bestehen bleibt, doch nicht genügen, um eine Umdandlung der Hypothek in eine Grundschuld zu verhüten. Nach § 193 R.D. bleiben die Rechte der Gläubiger aus für die Forderung bestehenden Sicherheiten (Bürgschaft, Pfandrecht, Vormerkung, Hypothek usw.) unberührt, gleich, ob der haftende Gegenstand Eigentum des Gemeinschaftschuldners oder eines Dritten ist (vgl. Jaeger, R.D. § 193 Anm. 5, 14, § 211 Anm. 3). In § 211 Abs. 2 ist die persönliche Schuld der Gesellschafter der Gesellschaftsschuld gleichgestellt nur insofern, als auch sie durch den Zwangsvergleich begrenzt wird. Die allgemeine für jeden Zwangsvergleich geltende Vorschr. des — auch auf § 211 Anwendung findenden — § 193 wird dadurch nicht berührt. Durch den Zwangsvergleich hätte auch eine Hypothek der Kl. an einem Gesellschaftsgrundstück (ohne deren Zustimmung) nicht beseitigt

auch bei Zwangsvergleich einer DGB. gelten, soweit ein Gesellschafter für Geschäftsschulden zugleich dinglich, namentlich wie hier hypothekarisch haftet (so z. B. Jaeger, R.D. § 211 Anm. 3 mit Verw.; Meher-Bleher § 211 Anm. 1; Kiefow, Vergl.D. § 73 Anm. 16; Samolewicz § 89 Anm. 2; Levy § 89 Anm. 5; DGB. Rürnberg v. 10. Nov. 1930: JW. 1931, 2169 Nr. 60 mit weit. Nachw.). Auch die Beschl. des BayObLG. v. 20. Nov. 1929, 6./13. Sept. 1930: JW. 1930, 1507 Nr. 2, 2796 Nr. 2 stehen durchaus auf diesem Standpunkt. Zu Unrecht wendet sich Kiefow a. a. O. gegen die in den Beschlüssen verfügte Teilschöpfung der Gläubigerhypotheken. Diese hatte ihren Grund in der nachgewiesenen Vollerfüllung des Zwangsvergleichs. Daß die Sicherungshypotheken — um solche handelte es sich in den Beschlüssen — bezüglich der erlassenen Forderungsteile Gläubigerhypotheken geblieben waren, hat das Gericht keineswegs verkannt.

Die Begr. der herrschenden Meinung bereitet Schwierigkeit. Diese kann man nicht mit dem Hinweis ausräumen, daß § 211 Abs. 2 R.D. wie auch § 89 Nr. 4 Vergl.D. lediglich die persönliche, nicht auch eine (bei Vergleichsbefähigung bestehende) dingliche Haftung der Gesellschafter beschränkt. Wird doch dabei schon vorausgesetzt, daß auf die dingliche Haftung der Gesellschafter mit Gegenständen ihres Privatvermögens die §§ 193 Satz 2 R.D., 73 Abs. 2 Vergl.D. anwendbar sind. Das aber ist eben die Frage. Denn die Besonderheit der Rechtslage besteht gerade darin, daß die Gesellschaftsgläubiger im Konkurs wie im Vergleichsverfahren der Gesellschaft nur mit den, das Gesellschaftsvermögen als Gesamtgut belastenden Forderungen beteiligt waren. Diese liegen zwar der persönlichen Haftung der Gesellschafter zugrunde, sind jedoch mit der zufolge § 128 HGB. gegen den einzelnen Gesellschafter bestehenden Forderung keineswegs identisch. Nun ist freilich die persönliche Haftung sachlich nur eine auf den einzelnen Gesellschafter erstreckte Auswirkung der gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten, die ihn als Mitinhaber des Gesellschaftsunternehmens belasten. Aber daraus folgt lediglich, daß im Verhältnis von Gesellschaft und persönlich haftendem Gesellschafter kein Gesamtschuldverhältnis besteht, und daß der Gesellschafter bei persönlicher Forderungsaufnahme außer den ihm persönlich zustehenden Einwendungen nur solche vorbringen kann, die auch der Gesellschaft noch zustehen (§ 129 HGB.). Das ändert jedoch nichts an der Tatsache, daß im Umfange der persönlichen Haftung des Gesellschafters eine besondere Forderung des Gläubigers besteht, mit welcher er im Konkurs wie im Vergleichsverfahren der Gesellschaft nicht beteiligt war, da das Gesellschaftsvermögen lediglich das Gesellschaftsvermögen umfaßt und demzufolge die Gesellschafter nur mit Beschränkung auf dieses die Schuldnerrolle haben. Trotzdem ist die herrschende Meinung im Recht. Aber nicht wegen des einschränkenden Wortlautes in §§ 211 Abs. 2 R.D., 89 Nr. 4 Vergl.D., sondern weil es in § 193 Satz 2 R.D. wie in § 73 Abs. 2 Vergl.D. nur darauf ankommt, daß die gesicherte Forderung vom Zwangsvergleich betroffen wird. Daß allein das Betroffensein vom Vergleich entscheidet, ergibt der Sinn der genannten Vorschr., die die Gläubiger nicht gegen die Nachteile des schwebenden Konkursabwendungsverfahrens, sondern gegen die Wirkungen schützen sollen, die andernfalls der bestätigte Zwangsvergleich auch mit Bezug auf ihre Sicherheiten haben würde. Die Richtigkeit dieses Schlusses ergibt sich ferner daraus, daß unstreitig auch etwaige dingliche Sicherheiten der in § 74 Vergl.D. aufgeführten, lediglich vergleichsbetroffenen Forderungen (von den Kosten einer gem. § 70 unwirksam gewordenen Zwangs-

werden können. Noch viel weniger hätte eine Gläubigermehrheit im Wege des Zwangsvergleichs zusammen mit dem Gemeinschuldner einen Gläubiger um die Sicherheit seiner Forderung durch ein Vermögensstück des Gesellschafters bringen können. Auch dies beides wird eben durch § 193 verhindert.

(Ost. Karlsruhe, Beschl. v. 16. Nov. 1931, II ZBS 251/31.)

Mitgeteilt von OSt. Dr. Wolff-Wiltinger,  
Freiburg i. Br.

## Nachen.

### Landgerichte.

I. § 123 BGB.; § 15 GenG. Wegen arglistiger Täuschung durch den Werber kann zwar nicht der Beitritt zu einer Zwecksparkasse, wohl aber der damit zusammenhängende Sparvertrag angefochten werden. †)

Die Ansprüche haben verschiedene rechtliche Grundlagen, je nachdem es sich um Verpflichtungen handelt, die aus dem Beitritt zur Genossenschaft — das ist die Rechtsform der Besl. — fließen oder um Beträge gestritten wird, die gemäß dem Sparvertrag gezahlt sind. Die der Form des § 15 GenG. entsprechende schriftliche und unbedingte Beitrittserklärung zur Genossenschaft ist nach herrschender Rspr. (vgl. RG. 57, 292) unanfechtbar.

Anderes zu beurteilen ist jedoch die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, soweit sie auf den Sparvertrag Bezug hat, und die darin zu erblicken ist, daß der Vertreter (Werber) S. dem Kl. falsche Angaben über die Auszahlungszeit des Darlehns gemacht hat. Zunächst kann die Besl. nicht damit gebört werden, daß S. in keinem Rechtsverhältnis zu ihr gestanden hätte; denn S. hat den Antrag ausdrücklich als „Vertreter“ der Kl. mit unterzeichnet. Sie hat daran keinen Anstoß genommen, sondern den Antrag angenommen. An der Rechtslage würde aber auch nichts geändert, wenn S. für die Generalvertretung in L. tätig gewesen und von ihr Werbematerial erhalten hätte. Auch dann kann S. nicht als Dritter i. S. des § 123 Abs. 2 BGB. angesehen werden, so daß die Kl. als die täuschende Person i. S. des § 123 Abs. 1 BGB. zu gelten hat. Es ist davon auszugehen, daß der Erklärungsempfänger als Anfechtungsgegner die Täuschungshandlungen aller derjenigen Personen sich unmittelbar zurechnen lassen

sicherung abgesehen) vom Vergleich unberührt bleiben. Allerdings handelt es sich in § 74 VerglD. um Forderungen gegenüber dem Vergleichsschuldner selbst, was die Forderungen gegen die persönlich haftenden Gesellschafter im Konkurs und im Vergleichsverfahren der Gesellschaft nicht sind. Aber das spielt um deswillen keine Rolle, weil die Fortdauer der Sicherungen zugunsten der in § 74 bezeichneten Forderungen nicht auf einer, den § 73 Abs. 2 erstreckenden Sondernorm, vielmehr einfach darauf beruht, daß für die Anwendbarkeit des § 73 Abs. 2 lediglich das Betroffenwerden einer Forderung von den Vergleichswirkungen das entscheidende Kriterium bildet.

Prof. Dr. Lien, Gießen.

Zu 1. Der „Vertreter“ der Zweck- oder Bauparkasse ist durchweg Vermittlungsagent. Seine Rechtsstellung ist grundsätzlich ebenso zu beurteilen, wie die des nur mit Vermittlung betrauten Versicherungsagenten. Die hierfür aufgestellten Grundsätze der Praxis werden daher mit Recht angewendet.

Ein für das Zwecksparkrecht typischer Fall der Täuschung liegt darin, daß dem Kunden unrichtige Angaben über die voraussichtliche Wartezeit gemacht werden. Die Eigenart des Zuteilungsverfahrens bringt es mit sich, daß eine bestimmte Angabe der Wartezeiten nicht möglich ist; die allgemeinen Spar- und Darlehensbedingungen schweigen sich daher über dieselben entweder gänzlich aus oder geben höchstens einen allgemeinen Rahmen, wie er für Bauparkassen in Gestalt der kürzesten und längsten Wartezeit jetzt im VerhG. § 118 Ziff. 2 verlangt wird. Es ist schon von verschiedenen Seiten darauf hingewiesen, daß diese Angaben leicht das Gegenteil von dem bewirken, was sie bezwecken sollen, nämlich statt Aufklärung des Kunden seine Täuschung, indem der Werber gerade das Vorhandensein des Rahmens benutzt, innerhalb desselben unrichtige Zusicherungen zu machen. Solche Angaben sind dann eben keine Abweichung von den Bedingungen oder mündliche Nebenabreden, sondern eine Erläuterung, welche zu den wesentlichen Aufgaben des Vermittlungsagenten gehört (vgl. hierzu mein „Recht des Bauparkvertrags“ S. 33).

Daß der formell ordnungsmäßig zustandegekommene Beitritt zur Genossenschaft nicht anfechtbar ist, ist feststehende Rspr., demgemäß können auch Schadensersatzansprüche wegen durch Täuschung verursachten Beitritts nicht gegenüber der Genossenschaft, sondern höchstens gegenüber dem Schädiger persönlich erhoben werden (RG. 68, 348 = JW. 1908, 498).

RA. Dr. Rudolf Magnus, Hamburg.

fen muß, die der von diesen Gefäuschten nach ihrer Stellung zum Erklärungsempfänger und nach der Anschauung des Verkehrs als Vertreter des genannten ansehen durfte oder derjenigen Personen, deren sich der Erklärungsempfänger zur Erledigung seiner Geschäfte bestimmungsgemäß bediente, selbst wenn ein wirkliches Vollmachtsverhältnis nicht bestand. Diese Annahme ist im Interesse der Verkehrssicherheit geboten und entspricht der Billigkeit. § 123 Abs. 1 BGB. greift schon dann Platz, wenn bei einem Vertrage der Täuschende nur dahin mit der Vertretung der einen Vertragspartei betraut war, daß er die Bedingungen des Vertrags zu vereinbaren hatte, daß aber die Bindung des Vertretenen demnächst von seiner eigenen Genehmigung abhängen sollte (vgl. RG. 73, 302 1); RG.: JW. 1928, 1740; OLG. 17, 145; RGR. Komm. Anm. 4 Abs. 2 zu § 123 BGB.; Staudinger, Anm. IV, 6 b zu § 123; Pland, Anm. III a zu § 123). Die Besl. nennt auf ihren Vordruck selbst den Werber sogar „Vertreter“. Er ist nach den vorstehenden Rechtsgrundsätzen also nicht als Dritter i. S. des § 123 Abs. 2 BGB. anzusehen.

Die Besl. kann sich auch nicht darauf berufen, daß die von S. gegebene Zusicherung über die Auszahlungszeit eine mündliche Nebenabrede sei, die inhaltlich des vom Kl. unterzeichneten Antrages nicht getroffen worden sei. Die Aufgabe des Werbers besteht gerade darin, dem neuen Sparer die erforderliche Belehrung und Aufklärung über Inhalt und Bedeutung der Bedingungen und Satzungen zu gewähren. Der zuwerbende Genosse darf in dieser Hinsicht dem Vertreter vertrauen, und die Besl. muß infolgedessen auch insoweit für seine Erklärungen einstehen (vgl. RG. 73, 303 2); 104, 346; 111, 313 3). Der Antrag enthielt über die Zeit der Auszahlung des begehrten Darlehns kein Wort. Das aber ist für den gelobenden Sparer der wichtigste Punkt; und es ist daher erklärlich, daß die Werber hiernach immer wieder gefragt werden und Aufklärung geben müssen.

(Ost. Nachen, 3. JR., Urt. v. 13. Okt. 1932, 3 S 230/32.)

Mitgeteilt von RA. Dr. Paul Lauber, Nachen.

## Berlin.

2. § 6 Ziff. 2 NotVd. v. 1. Aug. 1932 über Devisenbewirtschaftung. Die Genehmigung der Devisenbewirtschaftungsstelle ist nicht erforderlich bei Hypothekenabtretung durch einen Ausländer an einen anderen Ausländer. †)

(Ost. III Berlin, 1. JR., Beschl. v. 1. Juni 1932, 1 T 4009/32.)

Abgedr. JW. 1932, 3019 2.

## Stuttgart.

3. §§ 30, 31 HGB.; §§ 53, 54 BörG. Die Eintragung der Sitzverlegung einer Firma bewirkt nicht die Löschung der Firma im Handelsregister. Abgesehen von dem Grundsatz der Ausschließlichkeit der Firma behält der Kaufmann bei der Sitzverlegung die Firma bei. Infolange die Firma nicht formell gelöscht ist, ist der Eingetragene zwar nicht mehr Vollkaufmann, gilt jedoch nach dem HGB. in gewisser Hinsicht als Kaufmann, nicht aber nach dem BörG. Ist das Gewerbe nachträglich auf den Umfang eines Klein-gewerbes zurückgegangen, so verliert der Eingetragene die Börsterningeschäftsfähigkeit. Maßgebend ist der Zeitpunkt des Abschlusses der Terminsgeschäfte.

Kl. war im HdlReg. beim AG. G. eingetragen. Am 6. Okt. 1930 teilte Kl. der HdlReg. Abteilung mit, daß er den Sitz seiner Firma nach L. verlegt habe. Durch Verfügung v. 22. Okt. 1930 wurde die Eintragung der Sitzverlegung der Kl.-Firma im HdlReg. von G. und die Übersendung eines beglaubigten Re-

1) JW. 1910, 624.

2) JW. 1910, 624.

3) JW. 1926, 152.

Zu 2. Das Urt. findet im Gesetz keine Stütze. Daß das Gesetz in § 6 Ziff. 2 der früheren Fass. der DevVd. (jetzt § 13 Ziff. 2 DevVd. v. 23. Mai 1932) grundsätzlich jede Verfügung über Reichsmarkforderungen, also auch über solche, die bereits einem Ausländer zuziehen, erfassen wollte, zeigt Abschn. II Ziff. 36 RichtlinienVd. v. 23. Juni 1932 (RGBl. I, 317 ff.). Danach ist nur die Abtretung „neuer“ Reichsmarkforderungen eines Ausländers an einen anderen Ausländer ausdrücklich genehmigungsfrei erklärt, dagegen die Abtretung von Alt- oder Sperrforderungen (§§ 13 Ziff. 3, 17 bis 20) auch in diesem Falle genehmigungsbedürftig. Der gesetzgeberische Grund ergibt sich aus der genannten Best., die eine Genehmigung nur dann für zulässig erklärt, wenn „die Abtretung nicht unmittelbar oder mittelbar zur Abdeckung einer solchen Forderung führt, z. B. dadurch, daß der neue Gläubiger mit der Forderung aufrechnet“ (vgl. Lion-Hartenstein, Anm. 16 zu § 13 DevVd. und meine Ausführungen: JW. 1932, 1999 [II c]).

GenRat. Dr. Carl-Hermann Müller, Berlin.

gisterauszuges mit den Registerakten an das AG. L. angeordnet. Am selben Tage wurde bei der Kl.-Firma im HdReg. von G. der Eintrag gemacht: „Der Sitz der Firma ist nach L. verlegt.“ Die bisherigen Einträge wurden durch zwei Querschritte mit roter Tinte durchkreuzt und die Eintragung der Sitzverlegung ordnungsgemäß veröffentlicht. Darauf übersandte das AG. G. die Registerakten an das AG. L. zur Eintragung der Sitzverlegung im HdReg. L. Die Eintragung im HdReg. von L. unterließ, da Kl. vor Übergabe der Akten dem Registerführer des AG. L. persönlich erklärt hatte, daß er sein Geschäft nicht mehr betreibe. Unter dem 13. Nov. 1930 vermerkte der Registerführer des AG. L. auf dem vom AG. G. übersandten Registerauszug: „Der Firmeninhaber hatte (i. a. S.) vor Übergabe der Akten hier vor gesprochen und dabei bemerkt, eine Eintragung seiner Firma in L. komme nicht in Betracht; das Geschäft betreibe er nicht mehr. Daher ohne Verfügung“, traf keine weitere Verfügung und legte die Akten über die Firma des Kl. ohne Eintragung der Sitzverlegung in das HdReg. von L. ab. Im März 1931 trat Kl. mit dem beklagten Bankhaus in Geschäftsverbindung und bezahlte 23 000 RM ein. Davon wurden vereinbarungsgemäß 20 000 RM auf Depositionskonto, 3000 RM auf laufendes Konto verbucht. Das Depositionskonto sollte zur Deckung von Verlusten aus Börsenterminsgeschäften in Wertpapieren dienen, auch für noch abzuschließende Börsenterminsgeschäfte. Am 18. Mai 1931 übergab Kl. als Faustpfand ein veriegeltes Paket, enthaltend Juwelen und Ringe. In der Folgezeit erlitt Kl. durch die weiteren mit der Befl. getätigten Börsenterminsgeschäfte schwere Verluste. Kl. macht nunmehr den Differenzeinwand geltend und verlangt die Herausgabe der zur Sicherheit als Faustpfand übergebenen Juwelen.

Das AG. gab der Klage statt. Aus den Gründen: Es ist der Befl. darin beizupflichten, daß die Kl.-Firma an und für sich als im HdReg. noch eingetragen zu betrachten ist. In der Sitzverlegung einer Firma an einen anderen Ort, gleichviel, ob dieser in demselben oder in einem anderen Gerichtsbezirk gelegen ist, liegt nicht die Löschung der Firma zum HdReg. Abgesehen von dem Grundsatz der Ausschließlichkeit der Firma, die in § 30 HGB. statuiert ist, behält der Kaufmann bei der Sitzverlegung die Firma bei. Darum darf der zuständige Registerrichter bei der Sitzverlegung nicht etwa die Firma im HdReg. löschen, sondern lediglich die Wegverlegung des Sitzes der Firma vermerken. Die rote Durchkreuzung im HdReg. der Kl.-Firma durch den Registerführer in G. bedeutet darum auch nicht die Löschung der Firma, sondern lediglich die erfolgte Durchführung der Sitzverlegung nach L. Nach Prüfung der Ausschließlichkeit der Firma hat demzufolge der Registerführer des neuen Niederlassungsortes die Firma einzutragen, nicht als Neuanmeldung, sondern als Auerkennung einer bestehenden, dem betr. Kaufmann rechtmäßig zuzurechnenden Firma. Liegen die Voraussetzungen des Lösungsverfahrens (§§ 142, 144 HGB.) vor, so ist dieses nach Eintragung der Firma einzuleiten. Ist aber der Umfang des Kl.-Geschäftes auf einen Kleingewerbebetrieb i. S. des § 4 HGB. herabgesunken, so hätte die Löschung des Betriebes von Amts wegen oder auf Betreiben des Kl. im HdReg. von G. erfolgen sollen, so daß für eine Sitzverlegung kein Raum gewesen wäre. Nachdem aber die Löschung im HdReg. in G. unterblieben ist, so hätte das AG. L. nach vorheriger Eintragung der Sitzverlegung von Amts wegen die Löschung der Firma bewerkstelligen müssen. Insofern die Eintragung der Firma nicht formell gelöscht ist, ist der Eingetragene zwar in Wirklichkeit nicht mehr Vollkaufmann, er gilt nur nach dem HGB. in gewisser Hinsicht als Kaufmann (§ 5 vgl. § 15 HGB.). Hierzu nimmt aber das BörsenG. ausdrücklich eine Ausnahmestellung ein. Dieses Gesetz gewährt in § 53 Abs. 1 Satz 1 den in das HdReg. eingetragenen Kaufleuten im allgemeinen die Fähigkeit zum Abschluß rechtsgültiger Börsenterminsgeschäfte, entzieht aber im Satz 2 den Kleingewerbetreibenden diese Börsenterminsgeschäftsfähigkeit auch dann, wenn sie in das HdReg. eingetragen sind. Ausschlaggebend ist daher die Prüfung der weiteren Frage, ob Kl. zum Zeitpunkt der abgeschlossenen Börsenterminsgeschäfte eine börsenterminsgeschäftliche Person i. S. des § 53 BörsenG. war, d. h. Vollkaufmann und nicht Winderkaufmann. Entscheidend ist prinzipiell der Zeitpunkt des Abschlusses der Terminsgeschäfte. War z. B. der Eintragung die Vollkaufmannseigenschaft gegeben, ist aber nachträglich das Gewerbe auf den Umfang des Kleingewerbes zurückgegangen, so verliert der Eingetragene mit der Vollkaufmannseigenschaft auch die Börsenterminsgeschäftsfähigkeit. Die Auffassung der Befl., daß ein Goldwarenhandel begrifflich nicht als Kleingewerbebetrieb möglich sei, ist unzutreffend; auch bei einem Handel mit Goldwaren sind im einzelnen die Gesichtspunkte zu prüfen, ob ein vollkaufmännischer Betrieb oder ein Kleingewerbebetrieb vorliegt. Das letztere trifft zu. Damit trifft auch die Unverbindlichkeit der getätigten Börsenterminsgeschäfte für den Kl. zu und diese Unverbindlichkeit bewirkt die Herausgabepflicht des verpfändeten Ju-

welenpakttes, da die Voraussetzungen des qualifizierten Depots i. S. des § 54 BörsenG. nicht gegeben sind.

(AG. Stuttgart, 5. Jk., Ur. v. 4. Sept. 1932, O 4385/31.)

Mitgeteilt von OGR. R. i. c. h. e. i. m. e. r., Stuttgart.

## B. Arbeitsgerichte.

### Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwält Abel, Essen, Rechtsanwalt und Dozent Dr. Georg Baum, Berlin, und Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden.

**\*\*1.** Teil 6 Kap. I 4. RD. des RPräs. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen. Richterliche Nachprüfung der Schlichterentscheidung. 7)

#### I.

Im Kap. I § 2 Abs. 1 des 6. Teils der NotW. des RPräs. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 699 [726]) ist grundsätzlich bestimmt, daß mit Wirkung v. 1. Jan. 1932 ab die niedrigeren Gehalts- und Lohnsätze, die am 10. Jan. 1927 tarifvertraglich in Geltung gewesen sind, als in dem laufenden TarVertr. vereinbart oder; durch Abs. 2 ist eine Beschränkung der Lohnkürzung auf 10 bzw. 15% ausgesprochen, falls die Lohnsätze des zur Zeit des Inkrafttretens der NotW. laufenden TarVertr. mehr als 10 bzw. 15% über denen des entsprechenden TarVertr. für den 10. Jan. 1927 gelegen haben. Durch diese Best. ist eine unmittelbare Kürzung der in Betracht kommenden Lohnsätze ausgesprochen; die Lohnkürzung ist mit dem Inkrafttreten der NotW. unmittelbar eingetreten. Die im § 3 vorgesehene schriftliche Festlegung der neuen Lohnsätze durch die TarVertr. Parteien und ebenso die im § 4 Abs. 1 Satz 1 vorgeordnete Festlegung durch den Schlichter dienen nur der Klarstellung der durch § 2 geschaffenen Rechtslage, und Aufgabe des Schlichters nach § 4 Abs. 1 Satz 1 ist es lediglich, bei Meinungsverschiedenheiten der Beteiligten die durch § 2 ausgesprochene zwingend vorgeschriebene Lohnkürzung in ihrer ziffermäßigen Auswirkung auf die einzelnen Lohnsätze mit verbindlicher Wirkung klarzustellen. Es handelt sich insoweit nicht nur um Richtlinien oder Vorsch., die dem Schlichter für seine Festsetzung gegeben sind, dieser ist vielmehr an die im § 2 ausgesprochene Lohnkürzung als feststehende Rechtsänderung gebunden und darf nur im Rahmen der ihm durch § 4 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 gegebenen und in sein Ermessen gestellten Abänderungsbefugnis eine von § 2 abweichende Lohnfestsetzung vornehmen; anderenfalls überschreitet er die ihm gegebene Machtbefugnis und damit die Grenzen seiner Zuständigkeit. Soweit dies der Fall ist, ist seine Entsch., weil der Rechtsgrundlage entbehrend, unwirksam. Diese Unwirksamkeit ist auch vom ordentlichen Gericht nachprüfbar und zu beachten. Denn die auf Grund des § 4 ergehende Entsch. des Schlichters stellt einen Ver-

Zu 1. Die beiden Entsch. zeigen besonders deutlich, in welchem weitem Umfang das RArbG. bisweilen die Nachprüfung der Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes für die Gerichte in Anspruch nimmt. Sie behalten deshalb ihre Bedeutung auch über die ungewisse Lebensdauer der 4. NotW. hinaus, die ja ebenso wie der ihr inhaltlich nahestehende 2. Teil der W. v. 4. Sept. 1932 sehr plötzlich einmal außer Kraft treten könnte (vgl. Gef. v. 17. Dez. 1932 [RGBl. I, 547]).

Im Gegensatz zur herrschenden Lehre der Verwaltungsrechtswissenschaft (vgl. Erwin Jacob: JW. 1929, 1276 ff.; Luz Richter: ArbGer. 1929, 185 ff., bef. 189, u. a.) hat das AG. und ihm folgend das RArbG. bisher ständig die Auffassung vertreten, daß die Zuständigkeit der durch die neuzeitliche Gesetzgebung geschaffenen Verwaltungsorgane, wie Miet- und Pachteinigungsämter, Betriebsräte, Schlichtungsausschüsse usw., zum Erlaß einer Entsch. von den Gerichten in weitem Umfang nachzuprüfen sei: so namentlich das Ur. im Ruhreisenstreit: RArbG. 3, 178 ff., bef. 203 = JW. 1929, 1303 ff., bef. 1308. Es ist schon von Luz Richter a. a. O. S. 189 und später namentlich von Buchholz (Nachprüfbarkeit von Betriebsvertretungsbeschlüssen: Schr. d. Inst. f. ArbR. a. d. Univ. Leipzig 1930, 95 f.) darauf hingewiesen worden, daß der höchste Gerichtshof hierbei einen eigentümlich erweiterten Begriff der Unzuständigkeit zugrunde legt, der dem in Wissenschaft und Praxis überlieferten Begriffe nicht mehr entspricht. Ein Verwaltungsorgan überschreitet hiernach seine Zuständigkeit schon dann, wenn es „seine Aufgaben nicht streng dem materiellen Recht entsprechend erledigt“ (Buchholz a. a. O. S. 95).

Zu wie bedenklichen Ergebnissen diese Ausdehnung des Zuständigkeitsbegriffs führen kann, zeigen die beiden vorl. Fälle. In dem Falle RAG 262/32 hatte der Schlichter entschieden, daß gem. Kap. I § 2 des 6. Teils der 4. NotW. die Tarifhöhe der drei in Betracht kommenden Arbeitergruppen auf 48,80 bzw. 54,70 bzw. 51,60 RM zu senken seien. Er war hierbei von der gesetzlichen Vorschr. in § 2

waltungsakt einer Verwaltungsbehörde dar, dem die ordentlichen Gerichte hinsichtlich der Nachprüfbarkeit in gleicher Weise gegenüberstehen, wie nach der ständigen Rspr. des RG. und des LArbG. (RG. 101, 53<sup>1)</sup>) und 115<sup>2)</sup>; 103, 315<sup>3)</sup>; 105, 59; 116, 94; 119, 196<sup>4)</sup>; LArbG. 3, 167<sup>5)</sup>) und 252; 4, 166 und 291<sup>6)</sup>); 10, 124) auch in sonstigen Fällen den Entsch. der Verwaltungsbehörden, und es hat deshalb auch im vorl. Falle das LArbG. ohne Rechtsirrtum die Entsch. des Schlichters einer Nachprüfung daraufhin unterzogen, ob dieser sich innerhalb der ihm durch die §§ 2 und 4 gegebenen Festsetzungsbefugnis gehalten hat.

Nach § 2 bildet der Stand der Tariflohnsätze am 10. Jan. 1927 in jedem Falle die untere Grenze der durch die NotV.D. angeordneten Lohnsenkung, an die auch der Schlichter gebunden ist. Legt man die im angefochtenen Urte. getroffene Feststellung über den Stand der Lohnsätze am 10. Jan. 1927 zugrunde, so hat der Schlichter durch seine Entsch. v. 2. Jan. 1932 die am 10. Jan. 1927 für die Lagerarbeiter, Chauffeure und Beifahrer in Geltung gewesenen Lohnsätze unterschritten. Der Schlichter hat ausgeführt, der Gesamtlohn bestehe bei den bisher gültigen Lohnvereinbarungen aus einem Grundlohn und aus einer Genossenschaftszulage, die im Okt. 1931 eine Minderung erfahren habe; bei anderen Lohnverhandlungen sei jedenfalls immer auf diese Sonderzulage der Produktion hingewiesen worden; die geminderte Genossenschaftszulage habe deshalb gegenüber der am 10. Jan. vorhandenen Genossenschaftszulage berücksichtigt werden müssen. Wie das angefochtene Urte. erkennen läßt, ist der Betrag, um den die Löhne der bei der Bekl. beschäftigten Arbeiter gegenüber den Tariflöhnen der bei anderen Firmen beschäftigten Arbeiter seit dem 3. Jan. 1927 gleichbleibend höher waren (b. i. die sog. Produktions- oder Genossenschaftszulage für die bei der Bekl. beschäftigten Arbeiter), am 9. Nov. 1931 geringer geworden, und zwar bei den Lagerarbeitern um 0,60 RM, bei den Chauffeuren um 1,20 RM und bei den Beifahrern um 0,80 RM wöchentlich. Um diese Beträge hat der Schlichter die am 10. Jan. 1927 in Geltung gewesenen Lohnsätze unterschritten, indem er davon ausgegangen ist, daß diese Herabsetzung der Produktions- oder Genossenschaftszulage neben der durch § 2 ausgesprochenen Lohnsenkung zu berücksichtigen sei. Das LArbG. hat darin mit Recht einen Verstoß gegen die durch § 2 Abs. 1 ausgesprochene Zurückführung der Lohnsätze auf den Stand v. 10. Jan. 1927 erkl. Nach den Feststellungen des angefochtenen Urte. ist in der Tariflohnvereinbarung niemals zwischen einem Grundlohn und einer Produktionszulage unterschieden, vielmehr der Lohnsatz für die verschiedenen Arbeitnehmergruppen stets einheitlich festgesetzt worden und als einheitlicher Lohnsatz im TarVertr. in die Erscheinung getreten. Bei dieser Sachlage hat es das LArbG. mit Recht für unerheblich angesehen, ob für die Bemessung des Lohnes bei den Tarifverhandlungen die Erwägung eine Rolle gespielt hat, daß die Bekl. als Konsumgenossenschaft ihren Arbeitern gegenüber den bei anderen Firmen beschäftigten Arbeitern einen Aufschlag als Produktionszulage zahlen müsse. Denn die von den TarVertrParteien in den vereinbarten Stundenlohn einkalkulierte sog. Produktionszulage bedeutete nichts anderes als ein nach außen hin nicht in die Erscheinung tretendes Element des einheitlich vereinbarten Lohnsatzes, dessen Senkung in der durch § 2 gezogenen Grenzen von dem Schlichter festzustellen war. Für diese Senkung war es auch unerheblich, ob bei der am

9. Nov. 1931 erfolgten Herabsetzung des Lohnsatzes die Erwägung von Einfluß gewesen war, daß die in dem Lohnsatz steckende sog. Produktionszulage eine Ermäßigung zu erfahren habe.

Das LArbG. hat daher ohne Rechtsirrtum angenommen, daß der Schlichter die Grenzen seiner Zuständigkeit nicht innegehalten hat. Allerdings ergibt sich das nach den Feststellungen des angefochtenen Urte. nur, soweit die Arbeiter, Chauffeure und Beifahrer in Betracht kommen. Für die übrigen Arbeitnehmergruppen, deren Löhne in der Entsch. des Schlichters festgelegt sind, enthält das angefochtene Urte. entsprechende Feststellungen nicht. Nach den für die Nichtigkeit von Verwaltungsakten geltenden Grundätzen hat aber die Nichtigkeit nur eines Teiles des Verwaltungsaktes nicht notwendig die Nichtigkeit des ganzen Verwaltungsaktes zur Folge; vielmehr bedarf es in jedem Falle der Prüfung, ob und inwieweit die Behörde den Verwaltungsakt auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen haben würde (vgl. RG. 133, 206<sup>8)</sup>). Die von dem LArbG. bezüglich der Arbeiter, Chauffeure und Beifahrer getroffene Feststellung rechtfertigt deshalb nicht ohne weiteres die Feststellung der Nichtigkeit der Entsch. des Schlichters im vollen Umfange, es bedurfte vielmehr hinsichtlich des übrigen Teiles weiterer Nachprüfung.

(LArbG., Urte. v. 15. Okt. 1932, RAG 262/32. — Hamburg.) [D.]

## II.

Durch die vom Schlichter vorgenommene Lohnfestsetzung ist der zur Zeit des Inkrafttretens der 4. V.D. des RPräs. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens v. 8. Dez. 1931 (RGBl. I, 699 [726]) für den N. geltende tarifliche Lohnsatz von 0,915 RM auf 0,825 RM, also um 10%, herabgesetzt worden, während die Bekl. die Auffassung vertritt, daß durch Kap. I § 2 Abs. 2 des 6. Teiles der V.D. der Eintritt einer 15%igen Lohnsenkung angeordnet worden sei. Die Entsch. über den Anspruch des N. auf Nachzahlung der Differenz hängt davon ab, ob die durch den Schlichter vorgenommene Festsetzung des Lohnes insoweit wirksam und auch für die Bekl. bindend ist. Das LArbG. hat angenommen, daß für den vorl. Fall durch die NotV.D. eine Kürzung des Lohnsatzes um 15% ausgesprochen sei und daß der Schlichter die Grenzen der gesetzlichen Zuständigkeit überschritten habe, indem er, entgegen der zwingenden Vorschr. des § 2 Abs. 2 NotV.D., den Lohn in einer Höhe festgesetzt habe, der nur einer 10%igen Kürzung entspreche.

Der Auffassung des LArbG. ist darin beizutreten, daß der Schlichter die Grenzen seiner gesetzlichen Befugnis überschritten haben würde, wenn er die Neufestsetzung der Löhne, ohne daß einer der besonderen Fälle des § 4 Abs. 1 Satz 2 vorlag, nur nach Maßgabe einer 10%igen Lohnkürzung vorgenommen haben würde, obgleich nach § 2 Abs. 2 Satz 2 die Voraussetzungen einer 15%igen Lohnkürzung gegeben waren. Insoweit würde auch seine Entsch. hinsichtlich ihrer Rechtswirksamkeit der Nachprüfung durch das ordentliche Gericht unterliegen, wie das in dem am gleichen Tage ergangenen — zum Abbruch in der Amtl. Samml. bestimmten — Urte. RAG 262/32 des näheren dargelegt ist. Indessen kommt es im vorl. Falle hierauf aus-schlaggebend nicht an, da die Entsch. des Schlichters der durch das Gef. ausgesprochenen Lohnkürzung entspricht. Nach § 2 Abs. 1 NotV.D. tritt mit deren Inkrafttreten grundsätzlich eine Zurückführung

ausgegangen, wonach die Löhne auf den Stand des Tarifs vom 10. Jan. 1927 herabzusetzen sind; da aber nach seiner Auffassung die Löhne sich aus einem Grundlohn und einer Sonderzulage zusammensetzten, und da die Sonderzulage in der Zwischenzeit gegenüber dem Stande v. 10. Jan. 1927 um einen bestimmten Betrag gesenkt worden waren, hatte er als neuen Lohn den Betrag festgesetzt, der sich aus dem Grundlohn v. 10. Jan. 1927 zuzüglich des herabgeminderten Zuschlags zusammensetzte. Das LArbG. steht demgegenüber auf dem Standpunkt, daß die Scheidung zwischen Grundlohn und Sonderzulage unzutreffend sei, weil es sich bei der Zulage nur um ein nach außen nicht in Erscheinung tretendes Element des einheitlich vereinbarten Lohnsatzes gehandelt habe. Hiermit soll nun nach der Meinung des LArbG. der Schlichter seine Zuständigkeit überschritten haben, und seine Entsch. soll demnach nichtig sein, so daß die Tarifparteien sie überhaupt nicht zu beachten brauchen. Das muß Bedenken erwecken.

Dem Schlichter war durch die NotV.D. aufgegeben, die aus ihr sich ergebenden Lohnsenkungen bindend festzustellen, falls unter den TarVertrParteien hierüber Meinungsverschiedenheiten entstanden; hierbei hatte er nur in gewissen, hier nicht interessierenden Fällen Ermessensfreiheit, während er im übrigen an die im Gef. bezeichneten Grenzen gebunden war (Näheres bei Baum: ZW. 1931, 3643). In dem vorl. Fall RAG 262/32 ist nun der Schlichter im vollen Bewußtsein der ihm gezogenen gesetzlichen Grenzen und mit dem ausgesprochenen Willen, sie innezuhalten, zu einem inhaltlich anfechtbaren

Ergebnis gelangt. Man tut den Dingen Gewalt an, wenn man seine Entschließung deshalb nicht als staatlichen Hoheitsakt gelten lassen, sie vielmehr schlechthin als nicht vorhanden betrachten will. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Entsch. des LArbG. Harburg-Wilhelmsburg im zweiten Falle (RAG 205/32) dem Gef. nicht weit weniger gemäß ist als die durchaus diskutabile Schlichterentscheidung des ersten Falles. Jedenfalls stimmt es nicht zusammen, wenn die Entsch. des LArbG. in der — von ihr selbst erst eröffneten — Rev.Zust. nur als auf unrichtiger Anwendung des Gef. beruhend aufgehoben, die Schlichterentscheidung dagegen als null und nichtig behandelt wird.

Das LArbG. nimmt damit gegenüber den Entsch. des Schlichters, die nicht Ermessensentscheidungen sind, ein völlig unbefränktes richterliches Nachprüfungsrecht in Anspruch (ebenso wohl Anthes: ArbG. 1932, 43 ff.). Das liegt vielleicht in der Richtung der Forderung Ripperdens (Kritik des Ruhr-eisenurteils: WenzSamml. 3, 259 ff., bef. 269, 270), daß für die privatrechtsgestaltenden Staatsakte im Gebiet des Arbeitsrechts, weil für sie keinerlei verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz bestehe, in stärkstem Maß das Nachprüfungsrecht der Gerichte angenommen werden müsse. Aber es steht m. E. nicht einmal mit der eigenen Auffassung des LArbG. ganz im Einklang, die es an anderer Stelle bekundet hat: LArbG. 10, 198 ff., bef. 202 (RAG 303/31 v. 20. Febr. 1932). Es heißt dort, daß gegenüber einer Verbindlicherklärung als einem Staatsakt das richterliche Nachprüfungsrecht beschränkt sei, und es wird ausdrücklich hervorgehoben, daß hier ein sog. Irrtum bei der Urteilsfindung denkbar sei, der als solcher nicht nachzuprüfen wäre und für sich allein nicht zur Ungültigkeit der Entsch. führen könnte.

N. Dr. W. Doppermann, Dresden.

<sup>1)</sup> ZW. 1921, 275. <sup>2)</sup> ZW. 1921, 235. <sup>3)</sup> ZW. 1922, 581.

<sup>4)</sup> ZW. 1927, 1520. <sup>5)</sup> ZW. 1928, 278<sup>4</sup> u. 714. <sup>6)</sup> ZW. 1929, 2376.

<sup>7)</sup> ZW. 1930, 3145.

<sup>8)</sup> ZW. 1932, 499.

der tariflichen Lohnsätze auf den Stand der tariflichen Lohnsätze am 10. Jan. 1927 ein. Dieser Grundsatz erleidet aber durch § 2 Abs. 2 insofern eine Durchbrechung als bei Lohnsätzen, die mehr als 10% über denjenigen des entsprechenden Tarifvertr. für den 10. Jan. 1927 liegen, lediglich eine Kürzung um 10%, und bei Lohnsätzen, die seit dem 1. Juli 1931 nicht tarifvertraglich herabgesetzt worden sind, eine solche um 15% eintritt. Das ArbG. hat die letztere, eine Kürzung um 15% bedingende Voraussetzung, als gegeben angesehen, obgleich durch die tarifliche Lohnvereinbarung v. 15. Juni 1931 mit Wirkung v. 1. Juli 1931 ab eine Herabsetzung des Lohnsatzes erfolgt war. Es hat darin die Tatsache einer tarifvertraglichen Herabsetzung seit dem 1. Juli 1931 deshalb nicht erblickt, weil die Herabsetzung bereits am 15. Juni 1931 vereinbart worden sei und es auf diesen Zeitpunkt nicht auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Vereinbarung ankomme, weil aber auch außerdem, selbst wenn es auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens ankommen sollte, die Herabsetzung unmittelbar mit dem Ablauf des 30. Juni und Beginn des 1. Juli in Kraft getreten und damit nicht erst seit dem 1. Juli, sondern seit dem 30. Juni 1931 erfolgt sei. Diese Auffassung wird dem Sinn des Gef. in keiner Weise gerecht. Der Gesetzgeber hat dem Gedanken Rechnung getragen, daß diejenigen Arbeitnehmer, deren Löhne in dem letzten Zeitabschnitt vor dem Erlaß der NovO. eine Kürzung erfahren hatten, durch die im Abs. 2 Halbs. 1 ausgesprochene allgemeine Beschränkung der Kürzung auf 10% gegenüber denjenigen Arbeitnehmern benachteiligt würden, die in diesem Zeitraum eine Lohnkürzung nicht erfahren hatten. Der Ausgleich dieses Nachteils dient der Halbs. 2, der die Grenze des Zeitabschnitts rückwärts auf den 1. Juli 1931 festlegt. Die Best. würde ihren Sinn und Zweck verfehlen, wenn man mit dem ArbG. den Tag des Vertragsabschlusses für maßgebend erachten wollte, vielmehr kann es nur darauf ankommen, ob die tarifvertragliche Herabsetzung seit dem 1. Juli 1931 in Kraft getreten ist. Auch die Auslegung der Worte „seit dem 1. Juli 1931“ ist zu beanstanden. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber, entgegen der sonstigen Gepflogenheit, von dem kalendermäßigen Zeitabschnitt den 1. Juli ausgenommen und angeordnet haben sollte, daß dieser Zeitraum erst mit dem 2. Juli beginnen sollte. Die Auffassung des ArbG. beruht also in beiden Richtungen auf einer unrichtigen Anwendung des Gesetzes.

(NArbG., Urt. v. 15. Okt. 1932, RAG 205/32. — Harburg-Wilhelmsburg.) [D.]

\*

## 2. §§ 13, 16 SchwBeschG.; § 124a GewD.

1. Grenzen des richterlichen Nachprüfungsrechts gegenüber den Entscheidungen von Verwaltungsbehörden, insbes. der Hauptfürsorgestelle (§ 16 SchwBeschG.).

2. Strenge Anforderungen an die Form der Zustellung und der Empfangsbcheinigung i. S. von § 13 Abs. 1 SchwBeschG.

3. Das Gericht ist nicht behindert, auch Tatumstände, die im Rahmen der Entsch. der Fürsorgebehörde nach §§ 13, 16 SchwBeschG. hätten berücksichtigt werden können, in die Entsch. der Frage einzubeziehen, ob ein wichtiger Grund zur fristlosen Entlassung des Schwerbeschäftigten vorliegt.

4. Wenn der Arbeitgeber ein Recht auf fristlose Entlassung aus den Erfordernissen des Betriebs ableitet, so werden damit auch seine Maßnahmen auf Grund des Direktionsrechts der richterlichen Nachprüfung unterstellt.

Zu Unrecht vermißt die Bekl. in dem VU. eine sachliche Nachprüfung der Stellungnahme der Fürsorgebehörden zu ihrem aus § 16 SchwBeschG. gestellten Antrag. Wenn § 16, wie die Rev. betont, eine zwingende Regelung trifft („darf nicht verjagen“), so richtet sich dies Gebot eben an diese, die zuständige Behörde. Nicht nur gegenüber Ermessensentscheidungen anderer Behörden ist den Gerichten die Nachprüfung unterlagt, sie macht vielmehr — auch gegenüber der Hauptfürsorgestelle und dem Schwerbeschäftigtenausschuß — überall da halt, wo die fremde Behörde innerhalb ihrer gesetzlichen Zuständigkeit gehandelt hat und ihr Verfahren nicht an Mängeln leidet, deren Art und Schwere angetan ist, die Eigenschaft des getroffenen Entscheidunges als eines behördlichen Aktes auszuschließen (RG. 119, 196<sup>1</sup>); NArbG. 3, 167<sup>2</sup>) und 252; 4, 166; 10, 122; RAG 302/30, 431/31 u. öfter).

Ist den Gerichten insoweit die eigene Sachbeurteilung verwehrt, so unterliegt dagegen ihrer Prüfung die Frage, ob die Zustimmung nach der Fiktion des § 13 Abs. 1 S. 6 und 7 als erteilt galt, ehe der ablehnende Bescheid herauskam. Die Entsch. hängt insoweit von der Antwort auf die Frage ab, ob das Schreiben des Kreisfürsorgeverbands S. v. 11. Juni 1931 als Empfangsbcheinigung i. S. der angezog. Best. angesehen werden kann. Das verneint der VerR. mit Recht.

Das Urt. v. 10. Sept. 1931: NArbG. 9, 166 (109/31<sup>3</sup>) geht

davon aus, daß es sich sowohl bei dem Erfordernis der Zustellung wie bei dem der Empfangsbcheinigung um Formvorschriften handle, die im vollen Umfang erfüllt werden müßten. Was insbes. die Empfangsbcheinigung angeht, so müsse sich aus der Erklärung entnehmen lassen, daß das übergebene Schriftstück einen Antrag auf Zustimmung zur Kündigung darstelle und daß es an einem bestimmten Tage, der die Frist in Lauf setzt, von der HFürSt. in Empfang genommen worden ist. Damit stimmt es überein, wenn das Urt. vom 23. Sept. 1931, RAG 81/31 (NArbG. 1931, 364) einem Schreiben der HFürSt. die Eigenschaft als Empfangsbcheinigung deshalb abspricht, weil es den Tag nicht nennt, an dem der Antrag bei der HFürSt. eingegangen war. Ebenso hat schließlich das Urt. RAG 349/31 v. 19. Dez. 1931 (BenschSamml. 14, 307) entscheidenden Wert darauf gelegt, daß es sich um eine von dem zuständigen Beamten oder Angestellten der HFürSt. dem Abfender ausgeteilte Bescheinigung handeln müsse, die einmal ausweise, daß das übergebene Schriftstück einen Antrag auf Zustimmung zur Kündigung darstelle, ferner daß dasselbe an einem bestimmten Tage von der HFürSt. in Empfang genommen worden sei.

Von diesen Gesichtspunkten aus ergibt sich unbedenklich, daß das nicht unmittelbar von der HFürSt. ausgehende Schreiben vom 11. Juni 1931, das sich mit der Frage des Antragswegangs nicht befaßt und dessen Datum nicht nennt, mit dem VerR. als Empfangsbcheinigung nicht anzuerkennen ist. Richtig ist, daß das Schreiben als ein Akt der Bearbeitung des Antrags dessen Eingang der Sache nach außer Zweifel stellt, und daß zwischen der Erklärung der HFürSt. selbst und einer von ihr ermächtigten behördlichen Stelle (wenn solche Ermächtigung vorlag) ein wesentlicher sachlicher Unterschied nicht zu bestehen scheint. Der vorbezeichneten Rsp. und dem VerR. ist aber dahin beizupflichten, daß das Gef. sich auf bestimmte formell abgegrenzte Mittel beschränkt hat, durch die es dem Antragsteller in die Hand gegeben ist, seinerseits eine Begrenzung des Schwebezustands zu erzwingen, sei es, daß er zustellt oder aber sich einen Empfangsschein geben läßt, der sich gerade auf die Tatsache des Eingangs bezieht. Nur solche formellen, für die Beteiligten wie die Behörde selbst eindeutigen Belege sind geeignet, Marksteine des Fristenlaufs zu sein und die Rechtsentstehung datenmäßig festzulegen.

Die weitere Verteidigung der Bekl. macht geltend, unabhängig von der Frage, ob die Fristkündigung nach den Vorschr. der §§ 13, 16 SchwBeschG. genehmigt sei, rechtfertige sich die Entlassung des Kl. zum Ende Aug. 1931, weil der Kl. auf Grund des § 124a GewD. und des § 13 Abs. 2 Satz 1 aus wichtigem Grund wirksam entlassen sei.

Er verjagt auch dieser Verteidigung den Erfolg aus zwei Gründen. Einmal sei es angehts der Entsch. der HFürSt. gem. § 16 SchwBeschG. nicht mehr zulässig, als wichtigen Grund zur Entlassung i. S. von § 124a GewD. geltend zu machen, daß die Bekl. wegen fortschreitender Rationalisierung und Einschränkung ihres Betriebs für den Kl. keine Verwendung mehr habe. Die Prüfung solcher Fragen und Verhältnisse gehöre in den Rahmen der Erörterung nach § 16 SchwBeschG. und könne nicht gleichzeitig als Angriff aus § 124a GewD. ins Feld geführt werden.

Grundsätzlich ist der Rev. insofern beizutreten, daß das Gericht durch die Sondervorschriften des SchwBeschG. nicht rechtlich gehindert ist, auch Tatumstände, die im Rahmen der Entsch. der Fürsorgebehörde nach den §§ 13, 16 des Gef. hätten berücksichtigt werden können, in die den Gerichten nach § 13 Abs. 2 SchwBeschG. verbliebene Entsch. einzubeziehen, ob ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung vorliegt (RAG 273/31, Urt. v. 9. Dez. 1931<sup>4</sup>). Der VerR. hat indes seiner in diesem Punkt rechtlich nicht einwandfreien Stellungnahme den zweiten Gesichtspunkt hinzugefügt, daß auch nach Lage der Sache ein wichtiger Grund nicht gegeben sei.

Die Entsch. des VerR. wird in diesem Punkte durch seine schließliche Erwägung getragen, alles, was die Bekl. in dem Sinne vorgetragen habe, daß die Eigenart ihres Betriebs und die beschränkte Verwendbarkeit des Kl. der Fortbeschäftigung im Wege stehe, sei nicht geeignet, der Bekl. ein Recht auf fristlose Entlassung zu geben. Erwägungen des Arbeitgebers solcher Art würden auch bei Arbeitern, die des Sondersehutzes entbehren, nur zur Fristkündigung führen, nicht aber ein Recht auf alsbaldige Entlassung begründen. Diese Erwägungen sind rechtlich nicht zu beanstanden. Verfehlt ist der Revisionsangriff, der VerR. habe in seiner Abwägung in das Direktionsrecht des Arbeitgebers unzulässig eingegriffen. Wenn die Bekl. ein Recht auf fristlose Entlassung eines Arbeitnehmers aus den Erfordernissen ihres Betriebs herleitet, so stellt sie diese inneren Verhältnisse des Betriebs ihrerseits zur richterlichen Erörterung und kann nicht beanspruchen, daß der VerR. ihrer Meinung ohne Prüfung folgt. In bezug auf das Prüfungsrecht der Gerichte die Maßnahmen des Arbeitgebers den Entsch. einer Behörde gleichzustellen, geht keineswegs an-

(NArbG., Urt. v. 10. Sept. 1932, RAG 203/32. — Aachen.) [D.]

<sup>1</sup>) JW. 1928, 278 u. 714.    <sup>2</sup>) JW. 1929, 2376.

<sup>3</sup>) JW. 1932, 3506.

<sup>4</sup>) NArbG. 10, 20 = JW. 1932, 3508.

## Landesarbeitsgerichte.

1. § 11 Abs. 2 ArbGG. Erteilt eine wirtschaftliche Vereinigung von Arbeitgebern dem Angestellten eines Mitglieds Vollmacht, das Mitglied vor dem ArbGG. zu vertreten, so erlangt der Angestellte die Befugnis zur Prozeßvertretung nur dann, wenn er auch zu der Vereinigung in einem persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis steht, nicht aber dann, wenn die Vollmacht als auf die Umgehung des Vertretungszwanges hinauslaufend erteilt ist, um dem Mitglied die Anwaltskosten vor dem ArbGG. zu ersparen. †)

Es war über die Rüge der Kl., daß die Ver. unzulässig sei, da sie von dem Magistratsassessor R. eingelegt worden sei, der die Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 ArbGG. nicht erfülle, zunächst zu befinden. Diese Vorshr. ist öffentlich-rechtlicher Natur. Auf ihre Beachtung konnte die Kl. nicht rechtswirksam verzichten, sie durfte sie daher auch noch in der Ver.Nst. geltend machen.

Daß der Bezirks-Arbeitgeberverband Groß-Hamburg als eine „wirtschaftliche Vereinigung“ i. S. des § 11 ArbGG. anzusehen ist, kann nicht zweifelhaft sein, ebensowenig, daß nach § 11 Abs. 2 ArbGG. ein Arbeitgeber in eigener Sache, vorliegendfalls die Stadtgemeinde S.-W., durch einen Vertreter seiner Arbeitgebervereinigung, vorliegendfalls des Bezirks-Arbeitgeberverbandes, vertreten werden kann, wobei dieser Vertreter entweder Mitglied oder Angestellter der Arbeitgebervereinigung sein und entweder durch Satzung oder durch Vollmacht seitens des sachungsmäßigen Vertreters der Arbeitgebervereinigung zur Prozeßvertretung der Vereinigung (des Bezirks-Arbeitgeberverbandes) befugt sein muß. Aus dieser gesetzlichen Regelung ergibt sich, daß vier unterschiedliche Voraussetzungen, und zwar kumulativ vorliegen müssen. Der Vertreter müßte demnach entweder Mitglied oder Angestellter der wirtschaftlichen Vereinigung sein und seine Ver. zur Prozeßvertretung müßte auf der Satzung oder auf Vollmacht beruhen. Es wäre somit zu prüfen, ob bei dem Prozeßbevollmächtigten der Bevl., dem Magistratsassessor R., diese Voraussetzungen vorliegen. Unstreitig ist R. in seinem Hauptberufe Angestellter der Bevl., mit der er einen Dienstvertrag abgeschlossen hat und von der er seine Entlohnung erhält, und als solcher nicht Mitglied der wirtschaftlichen Vereinigung. Es fragt sich, ob er neben dieser seiner Stellung als Magistratsassessor gleichzeitig in einem Angestelltenverhältnis zu dem Bezirks-Arbeitgeberverband steht und kraft ihm erteilter Vollmacht, da die Satzungen unstreitig ausscheiden, zur Prozeßvertretung befugt ist.

Das ArbGG. hat diese Frage verneint.

Es hat sich trotz der dem R. vom Gesamtvorstand des Bezirks-Arbeitgeberverbandes ausgestellten Vollmacht nicht davon überzeugen können, daß zwischen R. und dem Verband ernstlich ein Angestelltenvertrag geschlossen werden sollte, sondern daß vielmehr die Vollmacht lediglich als auf Umgehung des Vertretungszwanges hinauslaufend zu dem Zwecke ausgestellt worden ist, den beteiligten Mitgliedern die Rechtsanwaltskosten vor den ArbGG. zu ersparen. Der Gesetzgeber hat im gesamten Arbeitsrecht einschließlich Sozialversicherung eine gesetzliche Festlegung des Begriffes „Angestellter“ nicht vorgenommen. Das Angestelltenverhältnis steht immer ein Abhängigkeitsverhältnis des Dienstverpflichteten voraus. Will man auch mit Versch.-Volkmar, ArbGG., § 11 Anm. 6 b in Übereinstimmung mit ArbGG. Berlin: WenshSamml. 1, 235 (ArbGG.) diese Voraussetzungen bei dem Verbandsvertreter als erfüllt ansehen, der im dauernden, sog. mandataren Dienst-

Zu 1. Das Ur. befaßt sich mit der Frage der Prozeßvertretung vor den ArbGG. Grundfänglich besteht ja, ebenso wie bei den LG., auch bei den ArbGG. Anwaltszwang. Mit Rücksicht jedoch auf den besonderen Charakter der Arbeitsgerichtsbarkeit ist die Möglichkeit offengehalten, daß an Stelle von Anwälten auch Angestellte und Mitglieder wirtschaftlicher Organisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Prozeßbevollmächtigte auftreten können. Es soll hierdurch die Möglichkeit geschaffen werden, auch die besonderen Erfahrungen dieser wirtschaftlichen Organisationen auf dem Gebiete des Arbeitsrechts für die Rechtsfindung auszuwerten (Begr. z. ArbGG. S. 37). Zum anderen aber auch aus dem praktischen Gesichtspunkt, daß durch die Vertretung seitens der Gewerkschaftssekretäre und der Angestellten der Arbeitgeberverbände Prozeßkosten erspart werden können, was insbes. für die Arbeitnehmer von großer Bedeutung ist.

Aber gerade aus dem Grundgedanken der Zulassung von Nichtanwältinnen in den Verfahren vor den ArbGG. im Interesse der Beteiligung von Persönlichkeiten, die auf dem Gebiete des Arbeitsrechts besonders erfahren sind, folgt, daß auch wirklich nur solche für die Prozeßvertretung in Frage kommen. Vorausgesetzt werden kann die Erfahrung aber nur bei solchen Persönlichkeiten, die entweder Mitglieder oder Angestellte einer derartigen wirtschaftlichen Organisation sind. Im vorl. Fall, in dem als

verhältnis zu einer Vereinigung steht, so kann doch im vorl. Falle von einem solchen persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis bei dem R. nicht die Rede sein. Der Zeuge Ra. hat nicht zu bekunden vermocht, daß tatsächlich ein Dienstverhältnis zwischen dem Verband und dem R. abgeschlossen worden ist. Er hat zwar befundet, daß er gelegentlich der Erörterung der Frage der Einstellung des R. mit diesem eine kurze telefonische Unterredung gehabt habe, er hat aber nicht anzugeben vermocht, ob bei dieser Gelegenheit tatsächlich und unter welchen näheren Bedingungen — z. B. Dauer, Entlohnung, Kündigung, Versicherung usw. — ein Dienstvertrag abgeschlossen worden ist.

Es kann daher die dem Magistratsassessor R. ausgestellte Vollmacht, die die Vertretungsbefugnis durch besondere Entschliebung der zur Vertretung der Vereinigung berufenen Organe begründet, allein als ausreichend nicht angesehen werden, um daraus den Abschluß auch eines sog. mandataren Dienstverhältnisses mit Sicherheit folgern zu können; das ArbGG. muß vielmehr, solange nicht der tatsächliche Abschluß eines Dienstvertrages zwischen R. und dem Bezirks-Arbeitgeberverband dargetan worden ist, auf dem Standpunkte beharren, daß R. nicht Angestellter des Bezirks-Arbeitgeberverbandes geworden ist und damit nicht die Möglichkeit erhalten hat, nicht nur die Mitglieder einer wirtschaftlichen Vereinigung, sondern auch den Verband selbst und andere dem Verband angeschlossene wirtschaftliche Vereinigungen und deren Mitglieder vor dem ArbGG. zu vertreten.

(ArbGG. Harburg-Wilhelmsburg, Ur. v. 28. Okt. 1932, S 46/32.)  
Mitgeteilt von RA. Dr. von Bremen, Berlin.

## C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

### I. Reich.

#### Reichsaufsichtsamt für Privatversicherung.

1. § 133 Abs. 2 VersAuffG. Voraussetzungen der Berechtigung des Betriebs von Bausparkassen.

Zum Nachweis des Beginns des Geschäftsbetriebs müssen nicht unbedingt vor dem 1. Okt. 1931 Bausparverträge abgeschlossen sein. Es genügt, daß das Unternehmen der Öffentlichkeit gegenüber als im Betrieb befindliche Bausparkasse vor dem 1. Okt. 1931 aufgetreten ist, d. h. es müssen alle Handlungen vorgenommen — nicht nur eingeleitet — sein, die es dem Publikum — nicht etwa nur einzelnen Bekannten der Gründer — ermöglichen, vor dem 1. Okt. 1931 mit dem Unternehmen Bausparverträge abzuschließen.

Danach müssen bei der Prüfung, „welche Handlungen als Beginn des Geschäftsbetriebes gewertet werden können“, alle Vorbereitungs-handlungen ausscheiden. Zu den Vorbereitungs-handlungen gehören alle Handlungen, die mit der Errichtung der Unternehmung zusammenhängen, wie die Gründung der Gesellschaft selbst, die Mietung und Einrichtung eines Geschäftslokals, der Druck von Geschäftspapieren sowie die Anwerbung von Vertretern und Personal. Nur dann, wenn von diesen Einrichtungen nach außen hin bereits Gebrauch gemacht worden ist, wenn also z. B. die Vertreter mit der Werbetätigkeit bei Dritten bereits begonnen haben, kann ein Beginn des Geschäftsbetriebes i. S. des § 133 Abs. 2 VersAuffG. vorliegen. Es genügt danach keineswegs

Berkl. eine Stadtgemeinde in Betracht kam, kam also nur die Vertretung durch einen Angestellten der wirtschaftlichen Organisation, deren Mitglied die Stadtgemeinde war, nämlich des Arbeitgeberverbandes, in Frage. Es ist durchaus zutreffend, wenn das ArbGG. ein derartiges Anstellungsverhältnis im vorl. Fall verneint hat. Der Prozeßbevollmächtigte war als Magistratsassessor zwar Angestellter des Mitgliedbes der wirtschaftlichen Vereinigung, nicht aber Angestellter der wirtschaftlichen Vereinigung. Lediglich im Interesse der Kostenersparnis ist ein Anstellungsvertrag zwischen der Arbeitgebervereinigung und dem Magistratsassessor fingiert worden. Ein derartiger fingierter Vertrag widerspricht aber der oben erwähnten Grundtendenz der Zulassung von Nichtanwältinnen. Es mag sein, daß im vorl. Fall vielleicht der die arbeitsrechtlichen Fragen der Stadt bearbeitende Magistratsassessor ebenfalls Erfahrungen auf dem arbeitsrechtlichen Gebiet gehabt hat. Aber die allgemeine Zulassung derartiger fingierter Verträge würde dazu führen können, daß Persönlichkeiten als Prozeßbevollmächtigte vor den ArbGG. und ArbGG. auftreten können, die keine unmittelbare Fühlung mit der arbeitsrechtlichen Praxis haben. Daß dies mit der Absicht des Gesetzgebers bei der Ausnahmezulassung des § 11 ArbGG. nicht zu vereinbaren ist, liegt nach dem Vorhergesagten auf der Hand. Der Entsch. ist zuzustimmen.

RA. Dr. von Bremen, Berlin.

die bloße Aufstellung von Vertretern; diese müssen vielmehr mit Werbematerial, Druckfachen, Geschäftsbedingungen u. dgl. bereits so ausgestattet gewesen sein, daß sie bis zum 30. Sept. 1931 die Werbung im Publikum tatsächlich aufgenommen hatten.

(RuffwPrivVerf., Entsch. v. 19. Dez. 1931.)

Mitgeteilt von Geh. RA. Dr. Hugo Cahn I, Nürnberg.

### Reichsfinanzhof.

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

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

I. § 221 a. F. ABG.D.; § 29 KörperStG.; §§ 106, 107 ABf. 3, 108 ABf. 3 EinkStG.

a) Unzulässigkeit der nachträglichen Änderung von Wertansätzen in der Steuereröffnungsbilanz und den folgenden Steuerbilanzen in dem Rechtsmittelverfahren wegen einer Körperpersönlichkeitssteueranlegung, bei der diese Wertansätze auf die Höhe der Steuer keinen Einfluß haben.

b) Unzulässigkeit der nachträglichen Einstellung eines Deltrederekontos in die Steuereröffnungsbilanz in Abweichung von der Handelsbilanz, wenn die Einstellung eines solchen Kontos nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung zwar möglich, aber nicht geboten gewesen wäre. f)

Durch die Bilanzansätze, deren Erhöhung der Beschw. begehrt, wird die Höhe des steuerpflichtigen Einkommens in den beiden hier einschlägigen Steuerabschnitten nicht berührt. Nach § 221 ABG.D. a. F. kann außer bei Feststellungsbescheiden ein Steuerbescheid nur deshalb angefochten werden, weil sich der StPfl. durch die Höhe der Steuerforderung beschwert fühlt oder weil die Steuerpflicht verneint oder eine zu geringe Steuer festgesetzt ist. Der RFH. hat in ständiger Rspr. an dem aus dieser Vorschr. abgeleiteten Grundsatz festgehalten, daß eine Entsch. nur wegen ihres Ergebnisses, nicht wegen ihrer Begr. angefochten werden kann. Ausnahmsweise ist allerdings im Ur. RFH. 14, 114 die Aufhebung einer Entsch. lediglich wegen ihrer Begr. dann zugelassen, wenn die Gründe für

Zu I. Das Ur. bestätigt zunächst bei in der Rspr. des RFH. heute feststehenden Grundsatz, daß Handelsbilanz und Steuerbilanz begrifflich keine verschiedenen Dinge sind. Die Handelsbilanz dient, vorausgesetzt, daß sie nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung aufgemacht ist, zugleich als Steuerbilanz. Die Berücksichtigung einer ordnungsmäßig aufgemachten Handelsbilanz für Steuerzwecke kann nur um deswillen geboten sein, weil das Handelsrecht dem Kaufmann einen freieren Spielraum läßt als das Steuerrecht. Wenn zwingende Vorschr. des Steuerrechts, insbes. des EinkStG., die das FGB. nicht kennt, in der Handelsbilanz keine Berücksichtigung gefunden haben, so muß in diesen Beziehungen allerdings die Handelsbilanz, um als Steuerbilanz dienen zu können, für diesen Zweck abgeändert werden. Ist in der Handelsbilanz eine Deltredere-Rückstellung für Außenstände nicht gemacht worden, so wird sie auch in der Steuerbilanz nicht gemacht werden dürfen. Allerdings ist auch hier die Voraussetzung, daß eine Deltredere-Rückstellung nicht etwa nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung geboten war. Wenn feststeht, daß Außenstände eines Kaufmannes zum Teil zweifelhaft oder gar unbeitreibbar sind, so ist eine entsprechende Rückstellung schon in der Handelsbilanz notwendig, denn die Handelsbilanz darf den Vermögensbestand nicht günstiger darstellen, als er tatsächlich ist. Unterläßt der Kaufmann in der Handelsbilanz eine Deltredere-Rückstellung, obwohl er voraussehen kann, daß die Forderungen nur zum Teil eingehen werden, so entspricht dieses Verfahren nicht den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung. In einem solchen Falle ist der Kaufmann nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, eine angemessene Rückstellung zu machen. Ist dieses in der Handelsbilanz nicht geschehen, so kann auch die Steuerbilanz, weil sie den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung nicht entspricht, berichtigt werden. Ob freilich eine Forderung sicher oder unsicher ist, läßt sich kaum jemals genau feststellen. Hier spielt die Schätzung immer eine große Rolle. Es handelt sich um eine Ermessensfrage, die der Kaufmann selbst am besten beantworten kann. Aus der Tatsache, daß in der Handelsbilanz eine Deltredere-Rückstellung nicht vorgenommen ist, wird man also zunächst entnehmen dürfen, daß der Kaufmann auch bei pflichtgemäßem Ermessen Deltredere-Rückstellungen nicht für nötig gehalten hat. Trifft dieses zu, so ist die Schlussfolgerung des Ur., daß eine in der Handelsbilanz unterbliebene Deltredere-Rückstellung in der Steuerbilanz in Abweichung von der Handelsbilanz nicht vorgenommen werden darf, zutreffend. Etwas anderes hat

andere Steuern oder sonst bindend sind. Eine solche Ausnahme ist aber im vorl. Steuerfalle nicht gegeben. Die bestrittenen Bilanzansätze sind keineswegs für die späteren Veranlagungen der Beschw. zur KörperSt. bindend. Denn da feststeht, daß sie jeweils unverändert in der Eröffnungsbilanz v. 1. Jan. 1925 und in den Schlußbilanzen für 1925 bis 1927 erschienen sind, kann ein Antrag auf ihre Berichtigung auch noch bei der Veranlagung für den Steuerabschnitt gestellt werden, für den sich erstmals eine die Gewinnerrechnung beeinflussende Änderung der Bilanzansätze ergeben wird.

Nun handelt es sich hier allerdings nicht um einen Anwendungsfall des § 221 ABG.D. a. F., da die Steuerbescheide auch noch in einem anderen Punkte angefochten sind, der die Gewinnerrechnungen und die Steuerfestsetzungen beeinflusst. Dies vermag aber nichts daran zu ändern, daß die Beschw. die von ihr beantragte Erhöhung der fraglichen Bilanzansätze jedenfalls in dem gegenwärtigen Rechtsmittelverfahren nicht erreichen kann. Die gegenteilige Auffassung muß zunächst schon deshalb abgelehnt werden, weil sonst jederzeit eine Umgehung der Vorschr. des § 221 möglich wäre. Denn der StPfl. brauchte dann, um die ihm durch diese Vorschr. verwehrte Entsch. zu erlangen, gegen den Steuerbescheid nur noch irgendeinen anderen, vielleicht von ihm selbst für aussichtslos gehaltenen Einwand zu erheben, der für die Gewinnerrechnung von Bedeutung wäre. Wollte man dem Beschwerdebegehren in dem vorl. Punkte folgen, so würde dies aber des weiteren auch dem für das Steuerrecht maßgebenden, der Vorschr. des § 221 zugrunde liegenden Gedanken widersprechen, daß der StPfl. keinen Rechtsanspruch darauf hat, daß in einem schwebenden Rechtsmittelverfahren auch Fragen entschieden werden, die möglicherweise für spätere Steueranlegungen von Bedeutung sein können, auf die Höhe der im Streite befindlichen Veranlagung aber ohne Einfluß sind. Darauf hingewiesen sei noch, daß dem Antrage der Beschw. nur durch einen Feststellungsbescheid stattgegeben werden könnte. Ein solcher Feststellungsbescheid ist aber im Gesetz nicht vorgesehen.

Auch dem Antrage der Beschw. auf nachträgliche Zulassung einer Deltredere-Rückstellung für die Jahre 1925 bis 1927 kann nicht stattgegeben werden. Die Beschw. hat in ihren Handelsbilanzen für die bezeichneten Jahre Abschreibungen an ihren Außenständen nicht vorgenommen. Die nachträgliche Einstellung eines Deltrederekontos in die Steuerbilanzen würde daher eine

auch wohl das Ur. nicht sagen wollen, wie der dem Ur. vorangestellte Leitsatz ergibt.

Das Ur. behandelt in dem ersten Teil der Begr. noch die ganz andere Frage, ob im Rechtsmittelverfahren eine Änderung der in die Steuereröffnungsbilanz per 1. Jan. 1925 und die folgenden Steuerbilanzen aufgenommenen Wertansätze herbeigeführt werden kann, wenn eine solche Änderung den Vorschr. der §§ 105 ff. EinkStG. entsprechen würde. Die Aufstellung der Steuerbilanz ist ebenso wie die Aufstellung der Handelsbilanz an sich Sache des StPfl. Nach der Rspr. des RFH. kann der StPfl. die Handelsbilanz und in Übereinstimmung damit auch die Steuerbilanz nachträglich ändern, sofern er durch die Änderung nicht gegen die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung verstößt. Eine Änderung schließt der RFH. nur insoweit aus, als die Bilanz die Grundlage für unanfechtbar gewordene Steuerbescheide gebildet hat. Stehen unanfechtbare Steuerbescheide nicht entgegen, so können die Handelsbilanz und in Übereinstimmung damit die Steuerbilanz auch in späteren Jahren noch geändert werden. Soweit die Steuerbilanz von der Handelsbilanz abweichen darf (vgl. § 13 Satz 2, § 105 Abs. 1 EinkStG.), kann auch die Steuerbilanz allein geändert werden. Zu einer solchen Änderung ist der StPfl. befugt, ohne daß er dazu des Einverständnisses des FinA. bedarf. Deshalb wird in einem Falle wie dem vorliegenden dem StPfl. die Änderung der Steuerbilanzen zurückgehend bis auf die Eröffnungsbilanz an sich nicht versagt werden dürfen. Das Ur., dessen Tatbestand aus der Begr. allerdings mit voller Klarheit nicht zu entnehmen ist, will anscheinend dem StPfl. auch dieses Recht nicht versagen. Vermutlich hatte der StPfl. beantragt, daß die von ihm vorgenommene Änderung der Steuerbilanzen im Rechtsmittelverfahren ausdrücklich als zulässig anerkannt werden sollte. Trifft diese Voraussetzung zu, so wird man der Entsch. des RFH., daß eine solche Zustimmung der Finanzbehörden im Rechtsmittelverfahren nicht verlangt werden kann, nur beitreten können, weil die Voraussetzungen, unter denen ein Steuerbescheid allein angefochten werden kann, nicht gegeben sind. Daß der StPfl., wenn es an einem gesetzlichen Grunde, der ihn zur Herbeiführung einer solchen Rechtsmittelenstsch. berechtigte, fehlt, eine solche Rechtsmittelenstsch. auch nicht etwa auf dem Umwege herbeiführen kann, daß er mit dem Rechtsmittel zugleich den Steuerbescheid in einem Punkte angreift, über den eine Entsch. im Rechtsmittelverfahren getroffen werden kann, dürfte außer Zweifel sein.

RA. Prof. Dr. Schaefer, Hamburg.

Abweichung von den Ansätzen der Handelsbilanzen darstellen, die, wie die Vorinst. zutreffend ausgeführt hat, nur dann zulässig wäre, wenn die Ansätze der Handelsbilanzen gegen handelsrechtliche oder steuerrechtliche Grundsätze verstößen würden. Ein solcher Verstoß kann nicht schon dann angenommen werden, wenn eine buchführende Erwerbsgesellschaft, die in ihrer Handelsbilanz eine Rückstellung zum Ausgleich zweifelhafter Außenstände nicht gemacht hat, zu einer derartigen Rückstellung berechtigt gewesen wäre, er würde vielmehr nur dann vorliegen, wenn sie hierzu nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung verpflichtet gewesen wäre. Daß für die Beschw. eine solche Verpflichtung bestanden habe, wird aber von ihr selbst nicht behauptet. Sie betont vielmehr, daß der Antrag auf Zulassung der Delkrederabschreibung lediglich aus formalen Zweckmäßigkeitsgründen erfolge. Auch aus den Akten ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine Verpflichtung zu Delkrederabschreibungen auf die Forderungen der Beschw. Nun ist der Beschw. zwar zuzugeben, daß der Grundsatz der Abhängigkeit der Steuerbilanz von der Handelsbilanz für die Eröffnungsbilanz nicht in dem gleichen Umfang wie für die regelmäßigen Schlussbilanzen gilt. Aber auch in der Eröffnungsbilanz dürfen nach der ständigen Rspr. des Sen. (zu vgl. Urt. v. 8. Jan. 1929, I A 796/28; RStW. 1929, 82; StW. 1929 Nr. 235) Wertansätze — abgesehen von dem hier nicht einschlägigen Falle des § 108 Abs. 3 EinkStG. — nur dann nachträglich berichtigt werden, wenn sie mit einer der zwingenden Bewertungsvorschr. der §§ 106 ff. EinkStG. im Widerspruch stehen. Das ist hier nicht der Fall. Denn da, wie oben ausgeführt ist, für die Beschw. eine Verpflichtung zur Einstellung eines Delkrederkontos oder zur Vornahme von Abschreibungen an den Debitoren offenbar nicht bestanden hat, kann in dem Ansätze der Debitoren zum Kennbetrage eine nach den maßgebenden Vorschr. der §§ 106, 107 Abs. 3 EinkStG. unzulässige Bewertung nicht erblickt werden. Ist aber hiernach dieser Ansatz auch in der Eröffnungsbilanz nicht zu berichtigen, so kommt durch den gleichmäßigen Ansatz der Debitoren in den Steuerschlussbilanzen für 1925 bis 1927 für die beiden Steuerabschnitte, deren Veranlagungen streitig sind, eine Besteuerung unrealisierter Gewinne nicht in Frage.

(RStW., 1. Sen., Urt. v. 7. Okt. 1932, I A 53/32.)

\*

× 2. §§ 11 Abs. 1 Nr. 3, 13 KörperStG. Wenn nach den Abmachungen eines Organverhältnisses das Erträgnis der Untergesellschaft der Obergesellschaft zufließt, so steht der Obergesellschaft das Schachtelprivileg nicht zu. †)

Die AktG. D. hatte Steuerfreiheit verlangt, da sie nur Organgesellschaft der AktG. Z. sei und der von ihr erzielte Gewinn dieser gehöre. Die Bilanz der AktG. Z. hatte Verlust ausgewiesen. Der Gewinn der AktG. D. kam also nicht zur Steueranlagung. Das FinGer. hatte dem Antrag auf Freistellung der AktG. D. stattgegeben. Das FinA. legte RBeschw. ein. Der RStW. erklärte sie für unbegründet.

Ob die D. von der Z. finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch derart beherrscht wurde, daß nach der Rspr. des Sen. ein Organverhältnis anzunehmen ist, ist im wesentlichen Tatfrage. Es ist insoweit nach § 288 n. F. (§ 267 a. F.) der RAbgD. nur zu prüfen, ob das FinGer. zu seinen Feststellungen gelangen

Zu 2. Über die Voraussetzungen der Organgesellschaft und deren Steuerfreiheit sagt das Erkenntnis nichts Neues. Es entspricht der bisherigen Praxis. Jede AktG. kann einzelne Abteilungen zu selbstständigen, ihr aber wirtschaftlich dienenden AktG. machen. Sie kann sich für besondere Zwecke Diener erzeugen oder beschaffen. Aus der Unselbstständigkeit folgt, daß sie selbst keinen eigenen Gewinn haben kann, so wenig wie eine physische im Angestelltenverhältnis stehende Person. Daraus zieht der RStW. die Konsequenzen. Die Organgesellschaft ist Betriebsstätte der Muttergesellschaft. Denn wenn sie nur ein Glied derselben ist, muß diese Eigenschaft sich auch bei der Steueranlagung der Mutter auswirken. Hat diese selbst einschließlich ihrer Organe keinen Gewinn, so liegt kein steuerpflichtiges Einkommen vor. Hat sie Gewinn, so muß sie ihn voll versteuern. Sie kann nicht den Gewinn der Organgesellschaft der KörperSt. unterwerfen und für sich den gekürzten, in eine niedrige Klasse fallenden Steuerfuß fordern. Das ist der Sinn des Ausflusses des Schachtelprivilegs. Dem muß man den dritten Fall anfügen, daß zwar die Mutter Gewinn erzielt, die Organgesellschaft Verlust. Der Verlust dieser muß Verlust jener sein. Sie bringt dies bilanzmäßig durch eine Abschreibung auf das Konto „abhängige Gesellschaften“ zum Ausdruck. Erzielt die Organgesellschaft später wieder Gewinn, so ist sie nicht berechtigt, den früheren Verlust hieran zu kürzen. Auch hier hat sie diesen Gewinn der Muttergesellschaft abzuliefern. Sie hat ihn mit ihrem Einkommen zu versteuern.

RA. Dr. Dr. Max Schauburg, Mannheim.

konnte, nicht ob es dazu kommen mußte. Die auf Grund der Buch- und Betriebsprüfung vom FinGer. getroffenen Feststellungen, daß die D. in keinem einzigen Geschäftsvorfall von einiger Bedeutung ohne die Anweisungen oder Genehmigung der Z. gehandelt habe, und daß die Z. die D. auf verschiedene Weise eingehend überwacht habe, lassen keinen Rechtsirrtum oder Aktienverstoß erkennen. Auch die Auffassung des FinGer., daß der Nr. 7 des erwähnten Interessengemeinschaftsvertrags aus dem vom FinGer. angeführten Gründen keine Bedeutung zukomme, läßt sich nicht als rechtsirrig ansehen. In der Wirtschaft kommt es häufig vor, daß mit verschiedenen Unternehmen gleichlautende Verträge geschlossen, mit einzelnen von ihnen aber nebenher noch weitergehende besondere Vereinbarungen getroffen oder aufrecht erhalten werden. Schließlich läßt auch die Auffassung, daß das steuerlich selbständige Auftreten der D. nichts gegen ein Organverhältnis beweise, keinen Rechtsirrtum erkennen, zumal die Steuererklärung nur als vorläufige abgegeben worden ist.

Die Feststellungen des FinGer. über die engen Beziehungen der D. zur Z. i. Verb. m. der hohen Beteiligung der Z., der Besetzung des Vorstandes der D. und der Behandlung des 1925 erzielten Gewinns rechtfertigen nach der Rspr. des Sen. (vgl. insbes. die Entsch. 22, 183 und 23, 91) die Annahme eines Organverhältnisses.

Das FinA. hat noch das Bedenken geäußert, daß bei Anerkennung eines Organverhältnisses die D. steuerfrei bleibe und auch der von ihr erzielte Gewinn nicht bei der Z. erfaßt werde, da diese mit einem Verlust abschließe. Es ist aus den Akten nicht zu ersehen, warum die Z. steuerlich mit einem Verlust abschließt. Sollte die Z. für die Erträgnisse, die ihr kraft des Organverhältnisses von ihren Tochtergesellschaften zufließen, etwa das Schachtelprivileg in Anspruch genommen haben, so wäre das nicht berechtigt. Wenn das Organverhältnis so ausgestaltet ist, daß die Tochtergesellschaft ihren Gewinn für die Muttergesellschaft erwirbt, so ist das von der Tochtergesellschaft erarbeitete Erträgnis unmittelbarer Gewinn der Muttergesellschaft und bei dieser nicht etwa Einkommen aus einer Beteiligung an einer „anderen“ Erwerbsgesellschaft (§ 11 Abs. 1 Nr. 3 KörperStG.). Darum ist in solchen Fällen für die Anwendung des Schachtelprivilegs kein Raum. Durch das Organverhältnis tritt eine Verkürzung der Steuerleistung regelmäßig nur dann ein, wenn — bei Zusammenrechnung der Geschäftsergebnisse von Mutter- und Tochtergesellschaften — eine Gesellschaft Verlust ausweist, der durch den Gewinn der anderen Gesellschaft ausgeglichen wird. Auch in diesem Falle würde — für mehrere Jahre gesehen — eine wirkliche Steuerverkürzung nur dann eintreten, wenn bei der Gesellschaft, die den Verlust erlitten hat, die Best. über die Anrechnung des Verlustvortrags (vgl. § 15 Abs. 1 Nr. 4 EinkStG.; § 15 Abs. 2 KörperStG.) nicht zur Anwendung gelangen könnten. Durch die Anwendung der Organtheorie werden für die Regel auch die Gemeinden nicht geschädigt, da der Sitz der Tochtergesellschaft als Betriebsstätte der Muttergesellschaft anzusehen ist.

Wenn das FinGer. die D. von der KörperSt. freigestellt hat, so wird es annehmen, daß die D. keinerlei Einkommen hat, obwohl sie auch als Organ nach der ständigen Rspr. des Sen. solches haben könnte (vgl. u. a. die Entsch. des RStW. 23, 91). Insbes. wird das FinGer. angenommen haben, daß auch die Personalsteuern und Aufsichtsratsvergütungen, die das FinA. dem Gewinn der D. zugeschlagen hatte, nicht als — fiktives — Einkommen der D. anzusehen sind. Für die Regel wird man auch davon ausgehen können, daß die Obergesellschaft, die den Gewinn der Untergesellschaft in Anspruch nimmt, nach den Abmachungen auch die mit diesem Gewinn zusammenhängenden Steuern und Aufsichtsratsvergütungen zu tragen hat. Die Personalsteuern und Aufsichtsratsvergütungen wären deshalb ebenfalls bei der Z. zu erfassen.

(RStW., Urt. v. 12. Juli 1932, I A 477/31.)

\*

3. §§ 22 Abs. 4, 29 EinkStG. Zur Frage, wann ein Arbeitsverhältnis zwischen einer Gesellschaft i. S. des § 29 Nr. 2 EinkStG. und dem Ehegatten einer an der Gesellschaft beteiligten Person einkommensteuerrechtlich anerkannt werden kann.

Die Vorinstanzen haben das Gehalt des bei der Beschw., einer KommGes., tätigen Prokuristen W. (4255 RM) mit Rücksicht darauf, daß die Ehefrau W.s Gesellschafterin der Beschw. ist, als gewerblichen Gewinn der Ehefrau aus ihrer Beteiligung behandelt. Dagegen wendet sich die Rechtsbeschwerde.

Das FinGer. hat unter Berufung auf die Rspr. des RStW. ausgeführt, ebenso wenig, wie der im Betrieb der Ehefrau tätige Ehemann steuerlich als Lohnempfänger angesehen werden könne, sei der Ehemann einer an einer OHG. beteiligten Ehefrau steuerlich der Gesellschaft gegenüber Lohnempfänger. Was er für seine Tätigkeit erhalte, sei zufolge des durch die Ehe begründeten steuerlichen Einheitsverhältnisses als Ausfluß der Beteiligung an der Gesellschaft anzusehen.

Die Beschw. hält die vom FinGer. angezogene Rpr. des RfS. hier nicht für anwendbar.

Das EinkStG. behandelt Ehegatten unter dem Gesichtspunkt der Haushaltbeteiligung grundsätzlich als Einheit und schließt darum jedenfalls für die EinkSt. die Anerkennung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Ehegatten aus (§ 22 EinkStG.; RfS. 27, 22; Entsch. v. 12. Nov. 1930, VI A 607/30; StW. 1931 Nr. 92). Daraus folgt aber nicht ohne weiteres, daß auch ein Arbeitsverhältnis zwischen einer Erwerbsgesellschaft und dem Ehegatten einer an der Gesellschaft beteiligten Person einkommensteuerrechtlich nicht anzuerkennen ist. Diese Folgerung würde vielmehr nur in dem Falle zu ziehen sein, in dem nach den tatsächlich bestehenden Verhältnissen der Betrieb der Gesellschaft im wesentlichen als Betrieb des Gesellschafters, dessen Ehegatte als Angestellter der Gesellschaft auftritt, angesehen werden muß. Für die Beantwortung der Frage, wann ein solcher Fall gegeben ist, ist die Auslegung des § 22 Abs. 4 EinkStG. von entscheidender Bedeutung. Diese Vorschr. bestimmt, daß Einnahmen der Ehefrau eines Echl. aus der Beschäftigung in einem dem Ehemann fremden Betrieb nicht dem Einkommen des Ehemanns hinzuzurechnen ist. Die Feststellung, daß eine Gesellschaft, in deren Diensten die Ehefrau eines Gesellschafters steht, kein diesem Gesellschafter fremder Betrieb ist, bedeutet aber nichts anderes, als daß der Betrieb der Gesellschaft gewissermaßen als Betrieb des betreffenden Gesellschafters zu gelten hat. Unter denselben Voraussetzungen also, unter denen kein dem Ehemann fremder Betrieb i. S. des § 22 Abs. 4 anzunehmen ist, greift auch der Grundsatz, daß ein Arbeitsverhältnis zwischen Ehegatten nicht anerkannt werden kann, ein. In mehreren Entsch. zu § 22 Abs. 4 hat nun der RfS. ausgesprochen, daß der Betrieb einer Gesellschaft, als deren Angestellte die Ehefrau eines Gesellschafters auftritt, dann nicht ein diesem Gesellschafter fremder Betrieb sei, wenn der Ehemann auf Grund seiner wirtschaftlichen Machtstellung in der Gesellschaft die vorgezeichnete Steuerprogression vereiteln könne, indem er einen Teil seines Einkommens als Arbeitslohn der Ehefrau abspalte (Entsch. v. 28. Mai 1929, VI A 729/29; StW. 1929 Nr. 704; v. 26. Juni 1930, VI A 482/30; StW. 1930 Nr. 1017; v. 30. Aug. 1932, VI A 1277/32). Allerdings handelt es sich in diesen Entsch. um Kapitalgesellschaften; jedoch ist in ihnen schon ausgeführt, daß es für den Begriff des dem Ehemann „fremden“ Betriebs maßgebend nicht darauf ankomme, ob der Ehemann i. S. der sonstigen Vorschr. des EinkStG. „Unternehmer des Betriebs“ ist, d. h. gewerbliches Einkommen beziehe oder ob der Betrieb selbstständig sei wie bei den der Körperschaftsteuer unterliegenden Kapitalgesellschaften. Nun ist in einzelnen Entsch. des RfS. (Entsch. v. 10. Juli 1930, VI A 996/30; StW. 1930 Nr. 1016; v. 9. Sept. 1931, VI A 1647/31; StW. 1931 Nr. 952) die Auffassung vertreten, daß der Betrieb von OHG und KommGes., weil sie nach § 29 EinkStG. keine von den Gesellschaftern und Kommanditisten verschiedenen Rechtspersönlichkeiten sind, stets als Betrieb der Gesellschafter und Kommanditisten anzusehen sei. An dieser Auffassung kann bei nochmaliger Prüfung nicht festgehalten werden. Allerdings besteht bei Gesellschaftern, deren Gesellschafter als Mitunternehmer gelten, eine engere Verbundenheit zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft; jedoch können auch bei ihnen die tatsächlichen Verhältnisse so liegen, daß jedenfalls für einzelne Gesellschafter und Kommanditisten der Betrieb der Gesellschaft ein ihnen fremder Betrieb ist, und es besteht darum kein Anlaß, hier die allgemeinen Grundsätze, wie sie sich aus der Rpr. zu § 22 Abs. 4 EinkStG. ergeben, nicht anzuwenden.

Da die Vorentschr. lediglich deshalb, weil die Beschw. eine KommGes. ist, das Gehalt des Prokuristen W. nicht als Betriebsausgabe anerkannt hat, war sie aufzuheben. Bei freier Beurteilung glaubte der Senat feststellen zu können, daß die Ehefrau W. in der beschwerdeführenden Gesellschaft nicht eine solche Machtstellung einnimmt, daß das Arbeitsverhältnis, in dem ihr Mann zu der Gesellschaft steht, als Arbeitsverhältnis zwischen ihm und seiner Frau behandelt werden müßte. Die Ehefrau W. ist an der Gesellschaft nur zu  $\frac{1}{3}$  beteiligt, und es liegen keine Umstände vor, aus denen sich ergäbe, daß die Ehefrau W. trotz der geringen Beteiligung einen maßgebenden Einfluß auf die Anstellung oder Nichtanstellung ihres Ehemanns und die Bemessung seiner Bezüge ausüben könnte. Das dem Prokuristen W. gezahlte Gehalt, das sich offensichtlich in den üblichen Grenzen hält, ist daher nicht als gewerblicher Gewinn seiner Ehefrau, sondern als Betriebsausgabe der Beschw. zu behandeln.

(RfS., 6. Sen., Ur. v. 28. Sept. 1932, VI A 26/32.)

\*

4. § 6 KapVerfStG. Zum Begriff der „Zweigniederlassung“ (7)

Nach StW. 29 Nr. 612 liegt eine Zweigniederlassung i. S. der Steuerborschr. jedenfalls dann vor, wenn sich der Betrieb als eine Zweigniederlassung i. S. des HGB. darstellt. Daß der recht-

Zu 4. § 6 KapVerfStG. unterwirft der Gesellschaftsteuer die Zuwendung von Anlage- und Betriebskapital an die inländische „Niederlassung“ (3.) einer ausl. Kapitalgesellschaft (A.).

I. Unser Ur. behandelt den Begriff der Niederlassung. Nach

liche Bestand nicht von der Eintragung im Handelsregister abhängig ist, ist unbestrittenen Rechts. Im übrigen hat das FinGer. ohne Rechtsirrtum die Voraussetzungen für das Bestehen einer Zweigniederlassung als gegeben angesehen. Der inländische Betrieb stellt sich nicht nur als tatsächlicher Betrieb, sondern als ein örtlicher Mittelpunkt des kaufmännischen Geschäftsbetriebs dar, von dem aus der Leiter der Niederlassung nicht bloß als Generalbevollmächtigter, sondern unter der besonderen Firma der Zweigniederlassung selbständig Geschäfte abzuschließen hatte. Das FinGer. hat den Begriff selbständiger Geschäftsführung nicht verkannt. Daß der Betriebsleiter an die Weisungen des Hauptgeschäfts gebunden ist, versteht sich von selbst, berührt aber an sich nicht die Selbständigkeit in dem hier in Betracht kommenden Sinne. Wesentlich ist nur, daß er nicht jedes einzelne Geschäft im Namen der Hauptniederlassung abzuschließen hatte, sondern nach außen hin im Rahmen der ihm erteilten allgemeinen Anweisungen den kaufmännischen Geschäftsbetrieb selbständig führte. Daß er bei größeren Geschäften die Genehmigung einzuholen hatte, steht dem nicht im Wege. Der inländische Betrieb war nach der Bescheinigung des Bezirksamts als selbständiger Gewerbebetrieb ausdrücklich angemeldet. Im Einpruch selbst ist das Lager als selbständiges Lieferbares Lager bezeichnet. Der Mietvertrag ist unter der Firma der Zweigniederlassung abgeschlossen. Ebenso sind die Preislisten und die Rechnungen an die Kundschaft unter dieser

feststehender Rpr. (Weinbach, 3. Aufl., Anm. 98 d zu § 6, S. 277; siehe aber auch JW. 1929, 2653) ist es unerheblich, in welcher Form die Niederlassung betrieben wird. Es kann z. B. auch eine OHG. oder eine selbständige GmbH. sein.

1. Am einfachsten liegt die Sache, wenn A. auch handelsrechtlich als direkte Zweigniederlassung eingetragene ist.

2. Der andere Grenzfall ist das Bestehen einer bloßen Betriebsstätte (B.), die ein selbständiger Teil des Gesamtbetriebes von A. ist. Das Ur. nennt das einen nur tatsächlichen Betrieb. Das Musterbeispiel ist die Ausführung von Lohnbauten an verschiedenen Orten. Oder A. läßt durch B. für sich (A.) z. B. Maschinen oder gar nur gewisse Maschinenteile herstellen, die A. selbst verkauft. Oder die Betriebsstätte B. führt für A. lediglich vorbereitende Handlungen aus, z. B. Bohrungen oder die Errichtung einer Fabrik, die später A. benutzen will. B. entwickelt also nach außen eine von den Weisungen von A. als Dienstherr streng abhängige Tätigkeit. Eigene Initiative hat B. nur etwa bei Einstellung inländischer Arbeiter und Beamten, Anschaffung fehlender Maschinen und Rohmaterial in dem Umfange, wie sie auch sonst ein Betriebsleiter tätigt. Infolge der räumlichen Trennung — A. im Ausland, B. im Inland — wird man allerdings der Handlungsfreiheit des Betriebsleiters B. naturgemäß einen größeren Umfang geben müssen, als wenn der Betrieb an Ort und Stelle unter den Augen der Hauptverwaltung arbeitet.

II. Zwischen diesen beiden Extremen liegt eine Zwischenstufe, die besonderer Untersuchung bedarf. A. bedient sich einer OrganGmbH. D. Auch hier gibt es zwei Grenzfälle.

1. Die D. GmbH. führt den Betrieb, tritt also für ihn im Außenverhältnis selbständig auf. Sie produziert und respektive oder verkauft im eigenen Namen. Im innern ist sie allerdings vollkommen selbständig und wirtschaftlich weiter nichts als eine Betriebsstätte. Mit einem solchen Falle beschäftigt sich unser Ur. Um es von dem anderen Falle — der bloßen Betriebsstätte, dem nur tatsächlichen Betriebe — zu unterscheiden, legt es Gewicht auf folgende Punkte.

a) Der inländische Leiter, also die D. GmbH. muß unter besonderer Firma Geschäfte abschließen. Also keine Steuer, wenn sie direkt als offener Stellvertreter der A. auftritt.

b) Diese Geschäfte müssen ferner kaufmännisch sein. Es genügt also nicht, wenn die D. GmbH. technische Geschäfte bloß in dem Rahmen abschließt, in dem auch sonst ein örtlich entfernter und daher oft auf seinen eigenen Willensentschluß angewiesener Betriebsleiter sich bewegt. Was ich meine, wird vielleicht durch einen Vergleich mit rein inländischen Verhältnissen klarer. Eine Inlands-Baufirma, die in drei verschiedenen Städten Bauten errichtet, hat nicht etwa drei verschiedene Niederlassungen, auch wenn die drei dirigierenden Obergeringeneure an Ort und Stelle Material einkaufen oder Arbeiter einstellen oder entlassen.

c) Durch die kaufmännischen Geschäfte muß weiter die D. als örtlicher Mittelpunkt des kaufmännischen Betriebes charakterisiert sein. Also auch der Abschluß vereinzelter, unwichtiger kaufmännischer Geschäfte genügt noch nicht. Es kommt auf die Gesamtwirkung an. Wenn also z. B. der Absatz der Produkte im allgemeinen von A. aus erfolgt, so schadet es nichts, wenn gelegentlich D. kleinere Partien oder Restbestände aus eigenem Willensentschluß heraus verkauft.

d) Vor allen Dingen muß aber die Selbständigkeit verbürgt sein. D. muß eigene, erhebliche Willensentschlüsse fassen dürfen. Durch bloß allgemeine Instruktionen wird die

Firma ausgefertigt. Unter ihr werden auch die Prozesse geführt und ist die Prozeßvollmacht für den vorl. Rechtsstreit ausgestellt. Als Erfüllungsort und Gerichtsstand ist der Sitz der Zweigniederlassung bedungen. Der inländische Betrieb hat eigene Buchführung, in der der Verkehr mit dem Mutterhaus wie mit einer dritten Person über ein besonderes Konto geht, und stellt eigene Bilanzen auf. Über die getätigten Verkäufe werden dem Mutterhaus monatweise Nachweise ohne Benennung der Käufer mitgeteilt, woneben diesem auch noch Durchschläge der Rechnungen wöchentlich zugehen. Nach alledem liegt ein Betrieb vor, der nach seiner inneren Einrichtung auch bei Wegfall des Hauptgeschäfts als eigene Handelsniederlassung fortbestehen könnte.

(RFG., Ur. v. 17. Nov. 1931, II A 371/31.)

Selbständigkeit allerdings nicht berührt. Innerhalb solcher beherrschbaren Grenzen kann sich D. immer noch frei betätigen. Das gilt auch, wenn dies Feld dadurch eingeengt wird, daß bei größeren An- und Verkäufen vorher erst die Genehmigung von A. einzuholen ist. Aber D. darf, wenn es den Charakter einer richtigen Niederlassung bewahren will, nicht bloß Rechts-handlungen vornehmen, die auch die Führung einer örtlich getrennten Betriebsstätte gewöhnlich mit sich bringt. D. verharret dann immer noch auf der Stufe eines gewöhnlichen Handlungsbevollmächtigten.

e) Im Ur. legt der RFG. Gewicht auch darauf, daß der Mietsvertrag, die Preislisten, Rechnungen usw. von D. geschlossen oder versandt sind. Als kumulative Moment mag das gelten. Absolut entscheidend ist es allerdings schwerlich. Der Mietsvertrag mit D. erklärt sich ungezwungen aus dem Wunsch des Vermieters, einen inländischen Haftenden zu haben. Das laufende Konto würde auch ein gewöhnlicher Kassenvorwalter einrichten. Alle genannten Umstände können auch eintreten, wenn sich A. eines Kommissionsnähers oder eines als stiller Vertreter auftretenden Handlungsbevollmächtigten bedient, ohne daß dadurch eine „Niederlassung“ von A. geschaffen würde.

f) Ebenso steht es mit den eigenen Bilanzen von D., wenn sie weiter nichts als die gewöhnlichen inneren Abrechnungen einer Betriebsabteilung darstellen. Solche Verrechnungen kommen selbst im Inland und bei Betriebsabteilungen am Ort der Hauptverwaltung vor, schon um sich über die Rentabilität klarzuwerden.

g) Anders liegt die Sache, wenn die Betriebskonten und Resultate in die offizielle Bilanz der D. GmbH. übernommen werden, so daß es zum mindesten äußerlich so aussieht, als ob es sich um einen eigenen Betrieb derselben handle. Es erscheinen also Bestands- und Erfolgskonten. Solche Positionen gehören streng genommen nicht in die Bilanz einer Organgesellschaft. Eine richtige Organbilanz bleibt vielmehr im wesentlichen unverändert. Indes kann man häufig feststellen, daß selbst zünftige Buchhalter den Organgedanken nicht zu Ende führen und trotz unzweifelhafter Organeigenschaft solche eigentlich fremdartigen Posten auftauchen. Insbes. will es dem Kaufmann nur schwer einleuchten, daß z. B. selbst das Bankkonto, weil der A. gehörig, nicht bei D. aufzuführen ist. Der Schluß aus einer in dieser Weise fehlerhaften Bilanz auf die Selbständigkeit von D. ist demnach keineswegs zwingend. Höchstens ein prima facies Indiz.

h) Mit Recht legt daher unser Ur. im Schlusssatz Gewicht a) nicht auf jeden der angeführten Punkte vereinzelt, sondern auf das Gesamtbild, das ihre Vereinigung bildet. b) Ferner darauf, daß nach der inneren Einrichtung zu entscheiden ist, ob der Betrieb auch bei Wegfall des Hauptgeschäfts als eigene Niederlassung bestehen könnte. Ich halte diese Formulierung der Gegenprobe für äußerst glücklich. Man amputiere das Hauptgeschäft und betrachte den Inlandsrest, ob ein lebensfähiger Organismus übrig bleibt oder nur disjecta membra. Besonderen Wert lege ich aber auf die Betonung des Innenverhältnisses. Im Gegensatz zum Handelsrecht kommt es steuerlich nicht darauf an, wie D. nach außen auftritt. Insbes. ist also nicht entscheidend, ob sie im eigenen Namen handelt oder nur unter Benennung von A. Allerdings wird man im ersten Falle besonders hohe Anforderungen an die Organqualität zu stellen haben.

2. Der andere Grenzfall ist der, daß D. den Betrieb gar nicht führt, sondern ihm bloß dient. Da ein Ausländer beim Erwerb von Grund- oder Bergwerkeigentum auf Schwierigkeiten stößt, gründet A. eine inländische OrganGmbH., die D., um sie als formalen Rechtsträger zu benutzen. Das Eigentum steht treuhänderisch auf den Namen von D. In Hannover kommt das auch häufig bei Kali- und Überträgen vor. Die Ausschließung bzw. der Betrieb geht dann grundsätzlich die D. nichts an. Praktischerweise sollten daher eigentlich die Berechtigte usw. bei D. nur als Memorialposten vor der Linie oder mit 1 RM erscheinen. Die starre Beschränkung lediglich als Treuhänder wird tatsächlich oft nicht

## Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Ziehe, Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin.

[\*\* Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVerA.) abgedruckt.]

○ Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVerA. (EuM.), abgedruckt.]

1. § 539b RVD. § 539b RVD. setzt nicht voraus, daß ein besonderer von dem technischen Betriebe getrennter kaufmännischer und verwaltender Teil des Unternehmens vorhanden sein muß. Auch ist zur Anwendung des § 539b RVD. nicht erforderlich, daß die unfallbringende Tätigkeit mit dem kaufmännischen und verwaltenden Teile des Unternehmens in einem örtlichen Zusammenhang steht.

(RVerA., Ur. v. 20. Sept. 1932, Ia 9636/30, EuM. 33, 7.) [3.]

2. § 1 AngVersG.; § 1226 RVD. Bankkassenboten, welche in der Hauptsache die Post vom Postamt holen oder dorthin bringen, daneben die Post mit dem Eingangsstempel versehen, Briefe im Eingangsbuch eintragen, die Post im Büro verteilen und die fertige Post versandfertig machen, unterliegen nicht der Angestelltenversicherungs-, sondern der Invalidenversicherungspflicht.

(RVerA., Entsch. v. 16. März 1932, III AV 57/31 B, EuM. 32, 290.) [3.]

## II. Länder.

### Oberverwaltungsgerichte.

#### Preußen.

#### Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräs. Geh. RegR. von Kries u. RA. Dr. Görres, Berlin.

1. PrGewStVD. i. d. Fass. v. 15. März 1927; GmbStG. Eine GmbH. entsteht i. S. des Gewerbesteuerrechts unter der Voraussetzung ihrer nachträglichen Eintragung in das Handelsregister schon vor der Eintragung mit dem Tage der Eröffnung des Gewerbebetriebs auf Grund des Gesellschaftsvertrages. Eine schematische Umrechnung des Ertragsergebnisses eines Kumpfgeschäftsjahres auf ein volles Jahr setzt voraus, daß das Ergebnis des Kumpfgeschäftsjahres eine — wenn auch nur einigermaßen geeignete — Grundlage für die Ermittlung des vollen Jahresergebnisses bietet. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so ist das volle Jahresergebnis im Wege der Schätzung zu ermitteln.)

Nach § 11 Abs. 1 GmbStG. i. d. Fass. v. 20. Mai 1898 (RGBl. 846) besteht vor der Eintragung in das HdReg. die GmbH. als solche nicht. Der VerAusSch. nimmt an, daß diese

ganz durchgeführt. Da die D. einmal besteht, benutzt sie der Betrieb wohl auch zu andern Zwecken. Z. B. führt D. das Betriebskassen- und Bankkonto und besorgt buchhalterisch für den Betrieb die Kontrolle der Aus- und Eingänge. Wenn eine solche Vermischung vorliegt, wirkt überzeugend eine Gegenprobe nach Analogie von oben II 1 h. Man fragt sich, ob sich der Betrieb wesentlich ändert, wenn A. statt des Treuhänders D. einen andern nimmt.

Dr. Ernst Fleck, Hannover.

Zu 1. Der erste Teil der Entsch. behandelt die Frage des steuerrechtlichen Beginns einer Erwerbsgesellschaft. Sie wird sich bei allen Steuern des Erwerbs und Beizges ergeben. Sie wird dadurch veranlaßt, daß vielfach die tatsächliche Geschäftsbetätigung der rechtlichen Existenz vorausgeht. Wiederholt hat auch der RFG. Veranlassung gehabt, Stellung zu ihr zu nehmen. Wie das OVG. läßt er die Steuerpflicht eintreten, sobald der die grundsätzlichen Rechtsbeziehungen regelnde Vertrag abgeschlossen und auf Grund dieses Vertrags die geschäftliche Betätigung der Gesellschaft angefangen hat (vgl. insbes. RFG. v. 8. Okt. 1931, IA 149/31; MSBl. 31, 966). Beide Gerichtshöfe gehen von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise aus. Für die Gewerbesteuer kann sich das OVG. dabei noch besonders darauf stützen, daß diese eine Objektsteuer ist, also das Unternehmen als wirtschaftliche Erscheinung in selbständiger Weise den Gegenstand der Steuerveranlagung bildet.

Der gleichheitlichen Behandlung der Kumpfgeschäftsjahre

Best. auch für das Gewerbesteuerrecht gelte, und verneint deshalb das Bestehen eines Gewerbebetriebs der Beschw. vor ihrer handelsregisterlichen Eintragung. Diese Auffassung ist rechtsirrig. Die Gewerbesteuer ist eine Objektsteuer. Veranlagt wird das Unternehmen. Es kommt mithin hier darauf an, ob auf Grund des Gesellschaftsvertrags vor der Eintragung der Beschw. in das HdReg. der Betrieb als solcher eröffnet worden ist (vgl. DVG. 84, 91 ff.; R. u. PrVerwBl. 50, 685). Ist das geschehen, dann ist die Beschw. gewerbesteuerrechtlich schon vor ihrer handelsregisterlichen Eintragung als GmbH. zu behandeln (vgl. RfS. 12, 326; StW. 1928, 1485 Nr. 854 sowie Becker, RAbgD., 7. Aufl., S. 93, Ziff. 13). Die Vorents. war aufzuheben. Der Verlus. wird bei erneuter Entsch. noch folgendes zu beachten haben:

Nach § 16 Abs. 2 GewStW. i. d. Fassung v. 15. März 1927 (GS. 21) ist zwar, wenn der für die Ermittlung des Ertrags maßgebende Zeitraum weniger als zwölf Monate beträgt, sein Ergebnis auf ein volles Jahr umzurechnen und der so ermittelte Jahresertrag der Veranlagung zugrunde zu legen. Das setzt aber nach dem Sinn und Zweck dieser Vorschr. bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise voraus, daß das Ergebnis des Rumpfgeschäftsjahrs eine — wenn auch nur einigermaßen geeignete — Grundlage für die Ermittlung des vollen Jahresergebnisses bietet. Diese Voraussetzung ist jedoch im vorl. Falle nicht gegeben. Das Rumpfgeschäftsjahr umfaßt nur vierzehn Tage. Davon gehen noch die Weihnachtsfeiertage ab. Nach der Erklärung des Gutachters der Beschw. ist das Kalenderjahr als Wirtschaftsjahr aus dem Grunde gewählt worden, weil in den Wintermonaten, zumal Dezember und Januar, die ruhigste Zeit für einen Betrieb wie den der Beschw. sei. Dies ergibt sich auch daraus, daß die Beschw., die im Dezember mit Verlust gearbeitet haben will, den der endgültigen Veranlagung zugrunde gelegten Ertrag des Kalenderjahres 1927 nicht bestritten hat. Bei dieser Sachlage würde eine rein schematische Umrechnung des Ergebnisses des Rumpfgeschäftsjahrs auf ein volles Jahresergebnis nicht dem Sinn und Zweck des Gesetzes gerecht werden. Es ist daher der mutmaßliche Ertrag des Kalenderjahres 1926 durch Schätzung zu ermitteln, wobei das Ergebnis des Rumpfgeschäftsjahrs einschließlich der beiden vorangegangenen Tage zu berücksichtigen ist. Als Anhalt bei dieser Schätzung des Jahresertrags hat alles zu dienen, was zu einer der Wirklichkeit möglichst entsprechenden, wirtschaftlich zutreffenden Besteuerung zu führen vermag (vgl. DVG. 84, 91 ff.). Es wird daher zu diesem Zwecke auch festzustellen sein, welchen Ertrag das Unternehmen i. J. 1926 unter der bisherigen Firma abgeworfen hat. Auch können für die Höhe des Ertrags Vergleichsbetriebe einen Anhalt bieten. Es ist auch zulässig, aus dem von der Beschw. im Kalenderjahr 1927 erzielten Ertrage Rückschlüsse auf den mutmaßlichen Ertrag des Kalenderjahres 1926 zu ziehen.

(PrDVG., 8. Sen., Entsch. v. 7. Juni 1932, VIII GSt 332/30.)

\*

**2. Gewerbesteueramnestie.** Eine wirksame Amnestieanzeige über hinterzogene Gewerbeertragssteuern kann bei der GewStBehörde auch dann noch erstattet werden, wenn das FinA. bzgl. des entsprechenden gewerblichen Einkommens dem Steuerpflichtigen bereits eröffnet hat, von den bisher nicht angegebenen steuerpflichtigen Werten Kenntnis zu haben. Über den notwendigen Inhalt der Amnestieanzeige.

Kaufmann A. in A. richtete am 21. Juli 1931 an den Magistrat daselbst folgendes Schreiben:

„An den Magistrat  
Ich habe in den Jahren 1925 bis 1. April 1931 Einkommensteuer und Umsatzsteuer hinterzogen, somit auch Gewerbesteuer. Mit Bezug auf die kürzlich ergangene NotW. über Steueramnestie zeige ich dies an.“  
Daraufhin wurde der Betrieb des Anzeigenden von dem GewSt-

Ausfch. am 13. Aug. 1931 für die Rechnungsjahre 1926 bis 1930 neu zur Gewerbeertragssteuer veranlagt.

Diese Neuveranlagung ist dem StPfl. angefochten worden. Ihre Höhe wird nicht beanstandet; streitig ist nur, ob die Neuveranlagung im Hinblick auf die Steueramnestie statthaft ist. Der StPfl. bestreitet dies, weil er rechtzeitig Amnestieanzeige erstattet habe. Der GewStAusfch. hält die Steueramnestie deshalb nicht für durchgreifend, weil das Finanzamt bereits vor Eingang der Anzeige Kenntnis von den hinterzogenen steuerpflichtigen Werten erlangt habe, und zwar habe es die nicht angegebenen Werte von sich aus auf Grund einer Buch- und Betriebsprüfung festgestellt.

Die gegen die Steuerveranlagung eingelegten Rechtsmittel (Einspruch und Berufung) blieben erfolglos.

Der RBeschw. des A. gab das DVG. statt.

Mit Recht weist der Beschw. gegenüber den Ausführungen des Verlus. darauf hin, daß die bloße Kenntnis der Steuerbehörde von den nicht angegebenen steuerpflichtigen Werten nicht genüge, um den Eintritt der Amnestiefolge auszuschließen. § 18 Nr. 3 SteueramnestieW. v. 23. Aug. 1931 (RGBl. I, 449) schreibt ausdrücklich vor, daß die Befreiung von der Nachzahlungspflicht nur insoweit nicht eintritt, als dem StPfl. vor dem 18. Juli 1931 eröffnet worden ist, daß die Steuerbehörde Kenntnis von den bisher nicht angegebenen steuerpflichtigen Werten habe. § 20 Nr. 3 DurchfBest. zur SteueramnestieW. v. 24. Aug. (RGBl. I, 455) hebt ausdrücklich hervor, daß die Möglichkeit, Amnestie zu erlangen, durch eine bloße Kenntnis der Steuerbehörde noch nicht ausgeschlossen werde; nur wenn dem StPfl. vor dem 18. Juli 1931 eröffnet worden sei, daß die Behörde Kenntnis von den bisher nicht angegebenen Werten habe, könne Steueramnestie nicht in Betracht kommen.

Eine derartige Eröffnung ist vor dem genannten Zeitpunkt seitens der Gewerbebesteuerbehörde nicht erfolgt. Die Eröffnung seitens des FinA. über die Kenntnis von der hinterzogenen Einkommen- und Umsatzsteuer vermag, worauf der Beschw. mit Recht hinweist, die fehlende Eröffnung der Gewerbebesteuerbehörde nicht zu ersetzen. Allerdings hätte die Amnestieanzeige über nicht angegebene Gewerbeerträge nach §§ 16 und 17 Abs. 1 Nr. 4 SteueramnestieW. v. 23. Aug. 1932 i. Verb. m. § 10 Abs. 1 der genannten DurchfBest. gleichzeitig mit der Amnestieanzeige wegen der Einkommensteuer und der Umsatzsteuer bei dem zuständigen FinA. erstattet werden können, wobei dahingestellt bleiben mag, ob eine Anzeige wegen Hinterziehung von gewerblichem Einkommen nicht ohne weiteres auch die Folgen der Amnestie für die Gewerbeertragssteuer (vgl. §§ 17 I Nr. 4; 18 Nr. 2 SteueramnestieW.) herbeiführt haben würde. Die Eröffnung des FinA., die dem StPfl. gegenüber vor dem 18. Juli 1931 erfolgt ist, wirkt jedoch nicht zugleich für die Gewerbebesteuerbehörde (vgl. Bülow, Zur Steueramnestie bei der Gewerbebesteuer: DStZ. 1931, 404). Es war daher dem StPfl. unbenommen, auch nach der Eröffnung des FinA. bei der zuständigen Gewerbebesteuerbehörde gem. § 10 Abs. 2 DurchfBest. Amnestieanzeige zu erstatten. Hätte die Gewerbebesteuerbehörde die Amnestiefolgen für die Gewerbebesteuer ausschließen wollen, so hätte sie dem StPfl. gem. § 18 Nr. 3 SteueramnestieW. i. Verb. m. § 20 DurchfBest. rechtzeitig, d. h. vor dem 18. Juli 1931, eröffnen müssen, daß sie Kenntnis von den bisher nicht angegebenen Werten habe. Da sie dies unterlassen hat, so war der StPfl., auch wenn die Steuerbehörde von den hinterzogenen Werten Kenntnis besaß, berechtigt, durch rechtzeitige Amnestieanzeige die Wohlthat der Steueramnestie für sich in Anspruch zu nehmen. Die Anzeige ist von ihm rechtzeitig erstattet. Es fragt sich schließlich nur noch, ob die Anzeige den Erfordernissen des § 14 DurchfBest. genügte. Man könnte daran zweifeln, weil die Höhe der hinterzogenen Werte in der Anzeige nicht angegeben ist. Der Senat ist jedoch der Ansicht, daß bei der Auslegung der Amnestievorschr. nicht engherzig verfahren werden darf. Der StPfl. soll vertrauensvoll das schuldhaft Ver-

innerhalb der obigen Steuergruppen, mit der der zweite Teil der Entsch. sich beschäftigt, stehen die voneinander abweichenden Best. der einzelnen Gesetze entgegen. Einkommen- und Körperschaftsteuer gehen von der Besteuerung der bei der Veranlagung abgelaufenen Steuerabschnitte aus. Sie erfassen diese nach ihrem tatsächlichen Ergebnis, auch wenn sie die normale Dauer eines Jahres nicht haben (§§ 25 Abs. 1, 10 Abs. 4 EinkStG.; §§ 12, 13 KörperStG.). Nur für die Festsetzung der Vorauszahlungen ist bei vorausgegangenen verkürzten Steuerabschnitten eine Umrechnung vorgeschrieben (§ 97 EinkStG.). Bei der Gewerbebesteuer und zwar nicht bloß nach § 16 PrGewStW. (vgl. auch § 34 GewStNotW., ebenso § 50 e VdG-GewStG.) findet dagegen die Veranlagung für das kommende Rechnungsjahr statt, wobei das tatsächliche oder angenommene Ergebnis des vorausgegangenen Jahres maßgebend sein soll. Es muß daher stets von einem vollen Jahresbetrag des Gewerbeertrages aus-

gegangen werden. Soweit der zugrunde gelegte Ertrag nicht das Ergebnis eines vollen Kalender- oder Wirtschaftsjahrs darstellt, soweit lediglich ein verkürzter Steuerabschnitt der Veranlagung vorhergegangen ist, muß deshalb dessen Ergebnis auf ein Jahresergebnis umgerechnet werden. Über die Umrechnung selbst enthalten die Gesetze keine besondere Vorschrift. Sie ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Steuerrechts über die Gesetzesanwendung, insbes. § 9 RAbgD., vorzunehmen. Man wird dem obigen Ur. nur beitreten können, wenn es unter Ablehnung schematischer Behandlung in freier Weise hierfür heranzieht, was geeignet ist, dem von ihm näher bezeichneten Sinne und Zweck der Best. zu entsprechen. Es ist zu erwarten, daß der RfS., wenn er auf Grund des Gewerbebesteuerrahmengesetzes oder des § 97 EinkStG. in ähnlichen Fällen zu entscheiden haben sollte, den gleichen Standpunkt einnehmen wird.

RA. Prof. Dr. S. Strauß, Mannheim.

schwiegene aufdecken und soll in seinem Vertrauen geschützt werden, vorausgesetzt, daß er die zwingenden Formschranken einhält. Daher ist die eingangs im Wortlaute mitgeteilte Amnestieanzeige dahin auszulegen, daß mit dem Hinweis auf hinterzogene Einkommen- und Umsatzsteuer Bezug genommen ist auf die über diese Vorgänge beim FinA. geführten Akten, die ihrerseits, da unstrittig das FinA. auf Grund von ihm veranlaßter Buch- und Betriebsprüfung die hinterzogenen Werte vorher ermittelt hatte, die Höhe der hinterzogenen Gewerbebeiträge ohne weiteres erkennen ließen. Dies gilt um so mehr, als es sich um Werte handelte, bei denen im Falle der Amnestieanzeige eine Nachzahlung gem. § 17 I Nr. 4 SteueramnestieB.D. nicht in Frage kommt.

(PrDVG., 8. Sen., Entsch. v. 4. Okt. 1932, VIII GST 350—354/32.)

## Essen.

### Hessischer Verwaltungsgerichtshof.

**3.** Art. 23 HessGemUmlG. v. 7. Aug. 1920 i. d. F. Fass. v. 22. März 1929. Filialsteuer. Die Abgabe elektrischer Energie ist nicht dem Warenhandel i. S. der auf Grund des HessGemUmlG. erlassenen Filialsteuervorschriften gleichzustellen. Die Bestimmungen über die Erhebung einer Filialsteuer, die in erster Linie den Schutz des einheimischen Gewerbes bezwecken, sind als Ausnahmenvorschriften eng auszulegen.

Ein Elektrizitätswerk in Essen hat das elektr. Kraftwerk in B. käuflich erworben und versorgt die Bewohner von B. mit elektr. Energie von auswärts, während das Kraftwerk in B. stillgelegt wurde.

Das Elektrizitätswerk wurde in der Stadt B. zur Filialsteuer herangezogen.

Der VGH. hat unter Aufhebung des gegenteiligen Urteils des FinGer. von der Steuer freigestellt.

Nach der Ver. Ortsfassung sind entsprechend der Ermächtigung des HessGemUmlG. solche Gewerbetreibende zur Filialsteuer herangezogen worden, die im Gemeindebezirk B., ohne in ihm ihren Wohnsitz oder Hauptbetriebsitz zu haben, Verkaufsstellen oder Lager unterhalten, von denen aus Waren zum Verkauf abgegeben werden. Ferner sind Versicherungs-, Bank-, Kredit- und Warenhandelsunternehmen zur Zahlung einer Filialsteuer verpflichtet worden, wenn sie im Gemeindebezirk, ohne in ihm ihren Hauptbetriebsitz zu haben, Betriebsstätten unterhalten. Nach beiden Besteuerungsvorschriften sollte also der auswärts domizilierte Warenhandel einer besonderen Gewerbesteuer unterworfen werden. Der für die Steuerpflicht erforderliche Tatbestand läßt sich für das Unternehmen des Elektrizitätswerks in B. nicht feststellen, ohne dem klaren Wortlaut der Vorschrift Gewalt anzutun. Denn die Umformeranlage der Beschw. kann man nicht als „Lager oder Verkaufsstelle“ bezeichnen, von der aus die Elektrizität wie eine Ware abgegeben wird. Entscheidend für die Anwendbarkeit der Satzung auf den Betrieb der Beschw. in B. ist die Frage, ob die Abgabe des elektr. Stroms nach dem Willen des Gesetzgebers und nach dem Sinne der hier in Rede stehenden Steuervorschriften dem Warenhandel gleichzustellen, ob also die Elektrizität hier steuerlich wie eine Ware zu behandeln ist.

Bei der Beurteilung dieser Frage kann die Tatsache allein nicht ausschlaggebend sein, daß unter „Waren“ nur körperliche Gegenstände zu verstehen sind und die Elektrizität ein körperlicher Gegenstand nicht ist. Tatsächlich ist in einer Reihe von Fällen in der Rpr. des Steuerrechts wie des bürgerlichen Rechts der elektr. Strom rechtlich den körperlichen Gegenstand gleichgestellt worden (vgl. RStB. 14, 25 und RStB. 1930, 166 Nr. 215; RG. 67, 229; 86, 12). In diesen Fällen wurde mit Rücksicht auf die Besonderheit der in Betracht kommenden Verhältnisse eine analoge Behandlung der Elektrizität mit körperlichen Sachen für angebracht gehalten und darauf hingewiesen, daß im Verkehr der elektr. Strom vielfach wie eine Ware behandelt werde. Steuerrechtlich ist diese analoge Behandlung bisher auf das Gebiet der Umsatzsteuer beschränkt und mag dort ihre Berechtigung haben, weil diese Steuer möglichst umfassend alle Lieferungen und Leistungen ergreift, die entgeltlich ausgeführt werden. Anders liegen die Verhältnisse bei der Filialsteuer, die als eine Sondersteuer der Gewerbesteuer nach der ihr eigenen besonderen Zweckbestimmung auszulegen ist. Wie sich aus den Motiven des Gesetzes und den Verhandlungen der gesetzgebenden Körperschaften ergibt, soll diese Sondersteuer die Möglichkeit geben, das einheimische

Gewerbe, insbes. das Kleingewerbe vor der auswärtigen Konkurrenz zu schützen. Wenn die Steuer auch als eine Einnahmequelle für die Gemeinden eine gewisse Bedeutung hat, so ist doch der Schutz des einheimischen Gewerbes ihr eigentlicher Zweck geblieben. Unter diesem Gesichtspunkte ist die Anwendbarkeit der Filialsteuervorschriften auf den Betrieb der Beschw. abzulehnen, weil ein ähnliches Unternehmen in B. nicht besteht. Aber es ist auch rechtlich nicht angängig, dem elektr. Strom im Sinne der hier in Rede stehenden Steuerbestimmungen als eine Ware zu behandeln bzw. das Unternehmen der Beschw. als ein Warenhandelsunternehmen zu betrachten. Der VGH. ist mit dem PrDVG. (Entsch. v. 2. Juli 1929, VIII C 26/28) der Auffassung, daß die Vorschr. über die Filialsteuer als Ausnahmestimmungen eng auszulegen sind und daß deshalb hier eine Ausdehnung des Warenbegriffs auf andere als körperliche Gegenstände nicht zulässig erscheint, wenn dies auf anderen Rechtsgebieten auch angebracht ist. Der Ansicht des angefochtenen Urteils, daß der elektr. Strom seiner wirtschaftlichen Bedeutung nach als Ware zu behandeln sei, kann auch im Hinblick auf § 4 (jetzt 9) RAbgD. nicht zugestimmt werden, da bei der Auslegung von Steuergesetzen stets deren Zweck in erster Linie zu berücksichtigen ist.

(HessVGH., Ur. v. 12. März 1932, Nr. VGH 75/31.)

## Hamburg.

### Hamburgisches Oberverwaltungsgericht.

Bericht von Landgerichtsdirektor Dr. Kraß, Hamburg.

**I.** § 5 BörG.; HambBörD. Klage auf Zulassung zur Börse.

Es handelt sich bei dem Gegenstand des Rechtsstreites nach heutigen Anschauungen um ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis.

Die Börsen sind nach § 1 BörG. der Aufsicht der Landesregierungen unterstellt, die wiederum die Aufsicht den Handelsorganen übertragen können. Nach § 5 BörG. muß die Zulassung zur Börse in einer Börsenordnung geregelt sein. Der Hamburger Senat hat in der BörD. v. 15. Febr. 1918 die Aufsicht über die Börse der Handelskammer übertragen. Er hat den Besuch der Börse von dem Besitze einer von der Handelskammer auszustellenden Einlaßkarte abhängig gemacht und den Erlaß der näheren Bestimmungen über die Zulassung der Handelskammer überlassen. Diese hat in der Bek. v. 1. Nov. 1921 bestimmt, daß über die Zulassung ein Ausschuß der Handelskammer entscheidet mit Beschränkung an die Handelskammer und weiterer Beschwerde an die Dep. f. Handel, Schifffahrt und Gewerbe, deren Entsch. endgültig ist. Damit ist an sich ein die Verwaltungsklage ausschließender besonderer Rechtsweg bestimmt.

Gleichwohl sind die angefochtenen Bescheide des Zulassungsausschusses und der Handelskammer aufzuheben, da sie mit so schwerwiegenden Mängeln behaftet sind, daß sie als nichtig angesehen werden müssen, und da dies auszusprechen die Verwaltungsgerichte nach ständiger Rpr. auch dann befugt sind, wenn gegenüber nur ansprechbaren Bescheiden ihre Zuständigkeit entfällt.

Die Nichtigkeit der angefochtenen Bescheide beruht darauf, daß die Vorwürfe, die zur Ablehnung der Börsenzulassung des Kl. geführt haben, sich einzig auf den Vater des Kl. als den früheren Inhaber der klägerischen Firma beziehen. Mag auch wirtschaftlich betrachtet der Vater des Kl. auch jetzt noch wesentlichen Einfluß auf die Firma haben, so ist nach dem Gesetz für eine Firma doch allein der Firmeninhaber verantwortlich und deshalb kann es auch allein darauf ankommen, ob gegen den Kl. selbst etwas vorliegt, was seine Nichtzulassung rechtfertigt.

(HambOVGH., Ur. v. 23. Nov. 1932, AZ 58/32.)

## Die Zellerschen Umwertungszahlen.

Monatsdurchschnitte	Geldwertzahlen	Wohlstandszahlen	Umwertungszahlen
September 1932	1,195 Bill.	100,0 %	1,20 Bill.
Oktober	1,190 "	100,0 %	1,19 "
November	1,188 "	100,0 %	1,19 "
Dezember	1,184 "	100,0 %	1,18 "