Heft 25 [1737] 64. Jahrgang 22. Juni 1935

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

Herausgegeben von dem Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt **Dr. Walter Raeke**, M. d. R., unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates:
Rechtsanwälte **Dr. Droege**, Hamburg; **Dr. Hawlitzky**, Forst i. L.; **Dr. Mößmer**, München; Prof. **Dr. Erwin Noack**, Halle a. S.; **Dr. Römer**, M. d. R., Hagen; **Dr. Rudat**, Königsberg/Pr.; **Wilh. Scholz**, Berlin; **Dr. Emil Schwartz**, Prenzlau, und Patentanwalt **Dr. Ullrich**, Berlin

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

Verlag: **W. Moeser Buchhandlung**, Inh.: Oscar Brandstetter, **Leipzig C 1**, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673
Geschäftsstelle in Berlin SW 48, Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217

Die Ungarn-Fahrt der deutschen Rechtswahrer

Keine Erholungsreise im landläufigen Sinne ist die in der letzten Juni-Woche stattfindende Fahrt von 500 deutschen Rechtswahrern aller Berufsgruppen in das schöne Ungarland, sondern vor allem ein Bekenntnis der kameradschaftlichen Verbundenheit des deutschen Rechtsstandes mit den Rechtswahrern der befreundeten ungarischen Nation, dieses ritterlichen und tapferen Volkes, das während des Weltkrieges Schulter an Schulter mit uns gegen eine ungeheure Übermacht gekämpft hat, dessen Land — gleich dem unsrigen — nach heldenmütiger Gegenwehr durch einen unvernünftigen Gewaltfrieden zerstückelt wurde, das aber — wie Deutschland — nach Überwindung der kommunistischen Seuche aus eigener Kraft, ohne fremde Hilfe, unter Führung seines genialen Reichsverwesers von Horthy den Wiederaufstieg zur nationalen Größe erlebt und damit nicht nur seine Ehre wiederhergestellt, sondern bei allen Völkern der Erde bewundernde Achtung errungen hat.

Bei der engen Verbundenheit und bewährten Waffentreue zwischen dem ungarischen und dem deutschen Volke ist es eine Selbstverständlichkeit, daß der feierliche Höhepunkt dieser Ungarn-Fahrt deutscher Rechtswahrer, an der viele alte Frontkämpfer teilnehmen werden, in einer Ehrung am Grabe des unbekannten ungarischen Soldaten bestehen wird.

Daneben wird es für die Abgesandten des nationalsozialistischen deutschen Rechtswahrerstandes von besonderem und bleibendem Werte sein, nicht nur die stolzen Denkmäler der ruhmreichen ungarischen Vergangenheit und die vielbesungenen Schönheiten der ungarischen Hauptstadt kennenzulernen, sondern auch mit ihren ungarischen Berufskameraden in einen persönlichen Meinungsaustausch einzutreten über die ihnen wie uns vor allem am Herzen liegenden Probleme der Gestaltung und Anwendung eines auf Treue und Glauben und sozialer Gerechtigkeit beruhenden, wahrhaft volksverbundenen Rechts.

Die deutschen Rechtswahrer grüßen bei Antritt ihrer Ungarn-Fahrt die befreundete ungarische Nation und ihren großen Führer!

Der Stellvertreter des Reichsjuristenführers

Ungarns Justizminister über die ungarische und deutsche Rechtsentwicklung

Ein Mitarbeiter der Juristischen Wochenschrift hatte kürzlich die Möglichkeit, mit dem ungarischen Justizminister Exzellenz Dr. Andor Lázar über die durch Reichsverweser von Horthy angekündigte Rechtsreform in Ungarn zu sprechen. Hierzu gab Exzellenz Lázar folgende Erklärung ab:

„Unsere ungarische Rechtsordnung ist in jeder Hinsicht organisch entstanden. Seit etwa 60—70 Jahren besitzt unser Land ein kodifiziertes Recht, das auch die Reformen von 1848 und das alte ungarische Gewohnheitsrecht in einem großen, einheitlichen System vereinigt. Es beruht auf einheitlichen Rechtsprinzipien, an denen nicht gerüttelt werden soll. Jedoch muß, wenn die Rechtsauffassung der Nation sich ändert, in den Rechtsnormen diesem Wechsel Rechnung getragen werden.

So ist z. B. das Tempo im wirtschaftlichen Leben heute viel rascher als früher; die Prozeßordnung und alle juristischen Einrichtungen müssen sich deshalb diesem rascheren Tempo angleichen. Wir beabsichtigen daher eine durchgreifendere Reform des bürgerlichen wie auch des Strafprozeßrechts, die wohl Verbesserungen und Vereinfachungen, aber keine tiefgreifenden Umwälzungen mit sich bringen wird.

Ferner wird das Presserecht reformiert werden. Der Grundgedanke der Freiheit soll hier unangetastet bleiben, jedoch ein neues Rechtsethos zu Geltung kommen: die Pressefreiheit soll nicht mehr so weit gehen, daß man das Familienleben und ethische Werte aus Sensationshunger vernichten darf. Das Verantwortlichkeitsgefühl einer gewissen Klasse

von Journalisten muß stärker werden. Angelegenheiten rein privater Natur, an denen kein irgendwelches nationales Interesse besteht, sollen nicht mehr an die Öffentlichkeit gezerrt werden. In dieser Beziehung ist man ja in Deutschland, wo man schon durch Beseitigung der Revolver- und Sensationspresse ein gutes Werk getan hat, mit gutem Beispiel vorangegangen.

Auf landwirtschaftlichem Gebiete werden verschiedene grundlegende, wenn auch die bestehenden Rechtsprinzipien nicht berührende Änderungen zu bemerken sein. Ein neues Siedlungsgesetz wird hier den Gedanken der Seßhaftmachung insbesondere von Kleinbauern unter gleichzeitiger größtmöglichster Sicherung ihrer Existenz verwirklichen. — Ferner wird das Fideikommißrecht modernisiert werden müssen, vor allem durch Einführung einer in nationalem Interesse vertretbaren Maximalgröße. Ein Erbhofrecht, ähnlich dem deutschen, ist für Ungarn heute nicht möglich. Jedoch wird man versuchen, einer Reihe fühlbarer Mängel, so insbesondere der Bodenzersplitterung, auf andere Weise abzuhelfen.

Die Zersplitterung des Agrarbesitzes ist in Ungarn überaus groß und ein anerkanntes Übel, weil sie enorme Arbeit- und Materialverluste im Gefolge hat. Es gibt Bauern, welche ihren Besitz von 20—30 Katasterjoch (ein Katasterjoch ist rund zwei Morgen) in nicht weniger als 150 Stücke aufgeteilt, bearbeiten müssen. In einem Dorfe betrug das Ausmaß der zwischen den einzelnen Grundstücken liegenden unbenutzbaren Grundraine allein gegen 150 Katasterjoch! Hiergegen wird man mit einer gerechten und intensiveren Durchführung der sogenannten Kommissation, d. h. einem auf die Zusammenlegung der Einzelstücke in möglichst wirtschaftlicher Form abzielenden Verfahren, angehen müssen.

Im Aktienrecht wird man danach trachten, die Reellität im Geschäftsleben wiederherzustellen und insbesondere die Lage der Aktienminderheiten zu bessern. Mit Interesse habe ich hier beobachtet, wie man in Deutschland dem alten Rechtsgrundsatz von „Treu und Glauben" im Wirtschaftsleben wieder zum Siege verhalf.

Schließlich sind noch einige kleinere Abänderungen in dem gleichfalls etwa 60 Jahre geltenden, der heutigen Rechtsanschauung ebenfalls teilweise nicht mehr entsprechenden Strafrecht in Vorbereitung. Auf allen Gebieten wird man dem heutigen Rechtsempfinden Rechnung tragen.

Was jedoch den seit fünf Jahren vorliegenden Entwurf eines neuen BGB. anlangt, so wird er nicht in allen Teilen aufrechterhalten werden können. Die Auffassungen vom Kapitalismus, von der Solidarität der Nation usw. sind ja augenblicklich so im Flusse, daß man ein Gesetz kaum in der heutigen Zeit für eine lange Periode machen kann. Der Gesetzentwurf befindet sich deshalb zur Zeit in der Hand der Richter, welche aus der Praxis heraus entscheiden sollen, was den Wandel der Zeiten überdauert. — Alles in allem wird auch, wie Sie sehen, in Ungarn tüchtig auf dem Gebiete der Rechtsreform gearbeitet."

Über die auf Einladung des Kgl. Ungarischen Fremdenverkehrssenates für Ende Juni angesetzte Ungarnreise des BNSDJ. äußerte sich Exzellenz Lázar äußerst erfreut:

„Ich halte mich stets auf dem laufenden über die neue deutsche Rechtsentwicklung, welche mich auf allen Gebieten stark interessiert. Ein derartiger Besuch der deutschen Berufskollegen wird mehr als alles andere dazu beitragen, die bestehenden Beziehungen zu vertiefen und unsere gegenseitige Rechtsauffassung, welche in manchen Punkten natürlich verschieden ist, kennenzulernen. Ich persönlich, wie auch viele ungarische Juristen, werde es daher sehr begrüßen, bei dieser Gelegenheit einen tieferen Einblick in das deutsche Rechtsleben zu bekommen. Jedes Land kann ja nur aus der Praxis eines anderen lernen! Ganz besonders würde es mich aber freuen, wenn ich auf diese Weise vielleicht auch den Führer der ‚Deutschen Rechtsfront', Reichsminister Dr. Frank, von dessen Tatkraft und Erfolgen im Kampfe um ein neues deutsches Recht ich schon soviel gehört habe, persönlich kennenlernen würde."

Exzellenz Lázar schloß seine interessanten Ausführungen dann mit folgenden bedeutsamen Worten:

„Ungarn wird die deutschen Freunde in traditioneller Gastfreundschaft aufs beste empfangen! Wir alle aber müssen versuchen, in Europa die durch die Friedensverträge geschaffenen Verhältnisse, mit welchen man im großen und ganzen absolut nicht zufrieden ist, zu bessern. Viele wirtschaftliche Unmöglichkeiten sind aber dadurch zustande gekommen, daß man nicht Juristen, welche für die Zukunft denken, sondern Politiker und insbesondere auch Geschäftsleute, deren Sinn nur auf den Augenblick gerichtet ist, bei der Abfassung der Verträge gefragt hat. Es wäre deshalb sicherlich nur zu Europas Wohle, wenn man den scharf denkenden, kühl abwägenden und gerecht urteilenden Juristen mehr als bisher zu Worte kommen lassen würde!"

Wiederbelebung von Firmen

Zugleich ein Beitrag zur Wandlung der Rechtsanschauung im geltenden Recht

Von Amtsgerichtsrat Groschuff, Berlin

Seitdem der Weltkrieg im Wirtschaftsleben seine verheerenden Spuren gezogen, die Inflation auf dem Trümmerfeld eine Scheinblüte emporgetrieben und die nationale Erhebung wagemutig den Wiederaufbau in Angriff genommen hat, wird die tägliche Registerrechtspraxis von der Frage beherrscht, unter welchen Voraussetzungen einerseits Firmen gelöscht, andererseits gelöschte Firmen wiederbelebt werden können. Kann z. B. eine betriebs- und vertreterlose GmbH. oder AktG., die als einziges Vermögensstück ein überlastetes Grundstück besitzt, ohne Liquidation im Handelsregister gelöscht werden? Muß umgekehrt eine ohne Liquidation gelöschte GmbH. oder AktG. wieder ins Handelsregister eingetragen werden lediglich deshalb, weil sich nachträglich herausstellt, daß ein ihr gehöriges Grundstück unter Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung steht? Ist sie bejahendenfalls als Erwerbsgesellschaft wiedereinzutragen, obwohl die Eintragung als erwerbende Gesellschaft der wahren Sachlage ins Gesicht schlägt? Kann eine GmbH. oder AktG., die ihr Vermögen im Wege der Liquidation ganz oder teilweise versilbert hat, durch Beschluß ihrer Gesellschafter sich in eine erwerbende Gesellschaft noch zurückverwandeln? Hat die Gesetzgebung des Dritten Reichs in die bisherige Rechtsauffassung eine Bresche geschlagen oder gar sie ganz beseitigt?

Die gleichen Fragen tauchen auf bei den — eigener Rechtspersönlichkeit entbehrenden — Personengesamtheiten der OHG. und KommGes. Sie werden in der Praxis sogar bei Einzelfirmen wiederholt angeschnitten.

I. Die Frage der materiellen Wiederbelebung einer Firma korrespondiert grundsätzlich zunächst mit der Frage, welche Voraussetzungen materiell für ihre Gründung vorhanden sein müssen. Diese Vorfrage ist daher zuvor zu klären. Sie ist verschieden zu beantworten einerseits bei Firmen der Einzelkaufleute und der Personengesamtheiten, andererseits bei juristischen Personen.

Die Firma eines Einzelkaufmanns entsteht mit dem Betriebe eines Handelsgewerbes i. S. der §§ 1—3

HGB. In dieser Hinsicht wird — um Wiederholungen zu vermeiden — auf die eingehenden Untersuchungen des Verfassers in JW. 1934, 3030 ff. (zu 1—8) verwiesen, die sich im Ergebnis mit der herrschenden Judikatur decken. Es genügt an dieser Stelle, zusammenfassend daran zu erinnern, daß die Betriebsart eine „großgewerbliche" sein muß, die „kaufmännische" Einrichtungen „erfordert" (z. B.: Buchführung, Korrespondenzakten, getrennte Kassenführung, Kontrollpersonal, Wechselkredit u. dgl.): im Gegensatz zur „kleingewerblichen" Betriebsart, die sich meist mit Barverkehr begnügt, und im Gegensatz zur „handwerklichen" Betriebsart, die lediglich in Ausführung von Facharbeiten durch „gelernte" Handwerker (auch beim motorisierten Großhandwerk) besteht. Für Personengesamtheiten (OHG., KommGes.) gelten die gleichen Grundsätze wie bei Einzelkaufleuten laut ausdrücklicher Vorschrift des §§ 4 Abs. 2 und 6 Abs. 1 HGB.: denn nicht nur finden „die in betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung", sondern es kann „durch eine Vereinigung zum Betriebe eines Gewerbes, auf welches die (sc.: in Abs. 1 des § 4 HGB.) bezeichneten Vorschriften keine Anwendung finden, eine OHG. oder eine KommGes. nicht begründet werden". Demgemäß binden §§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 1 HGB. die Zweckbestimmung einer OHG. und einer KommGes. an den „Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma". Es kommt also für die Entstehung der Kaufmannseigenschaft und damit des Firmenrechts (§§ 29, 17 HGB.) sowohl beim Einzelkaufmann als bei der Personengesamtheit entscheidend an auf das „Vorhandensein" des sog. vollkaufmännischen Handelsgewerbes: Einzelkaufleute und Personengesamtheiten werden mit ihrer Firma ins Handelsregister eingetragen, weil sie dieses „Handelsgewerbe" betreiben. Ob sie dagegen „Vermögen" haben, ist rechtlich unerheblich.

Gerade umgekehrt liegt die Rechtslage bei juristischen Personen. Diese werden ins Handelsregister eingetragen, weil sie „Vermögen" haben und haben müssen, das in Form des Grund- oder Stammkapitals ständig bilanzmäßig in satzungsgemäß eingetragener Höhe zu erhalten ist (§§ 239 ff., 260 ff., 312 ff., 320 Abs. 3, 325, 329 HGB.; §§ 30 ff., 41 ff., 82 Ziff. 3 ff. GmbHG.). Darum gelten sie als Handelsgesellschaften, „auch wenn der Gegenstand nicht in dem Betrieb eines Handelsgewerbes besteht" (§§ 210 Abs. 2, 320 Abs. 3 HGB.; § 13 Abs. 3 GmbHG.). Demgemäß bestimmt schon § 6 Abs. 2 HGB.: „Die Rechte und Pflichten eines Vereins[1]), dem das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt, werden durch die Vorschrift des § 4 Abs. 1 HGB. nicht berührt": d. h. die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura finden auf diese sog. Kapitalgesellschaften Anwendung, gleichviel, ob sie ein Großgewerbe oder aber ein Kleingewerbe, Handwerk oder Nichtgewerbe betreiben. Das bilanzmäßig zu erhaltende Grund- oder Stammkapital bedingt schon für sich allein kaufmännische Einrichtungen, auch wenn der „Betrieb" sie nicht erfordert.

II. Die Wiederbelebung einer Firma ist nicht möglich, wenn sie bereits erloschen, d. h. materiell „tot" ist. Es ist daher das Feld, auf dem eine Wiederbelebung möglich ist, zuvor negativ abzustecken durch die Erörterung, wann eine Firma „erlischt".

Hierüber herrschen in der Praxis verworrene Vorstellungen, weil das Gesetz selbst diese Frage nirgends eindeutig beantwortet. Es sagt vielmehr lediglich in den §§ 31 Abs. 2, 157 Abs. 1, 161 Abs. 2, 302 Abs. 1, 320 Abs. 3, 331 HGB., daß und von wem das Erlöschen formell „anzumelden" ist. Für GmbH. fehlt sogar in dieser Richtung eine ausdrückliche Vorschrift (analog § 302 Abs. 1 HGB.) gänzlich, so daß nach § 13 Abs. 3 GmbHG. lediglich aus § 31 Abs. 2 i. Verb. m. § 6 HGB. die Anmeldepflicht zu folgern ist, die nach unstreitiger Praxis den gesetzlichen Vertretern (wie bei der AktG.) obliegt. Aus dem Schweigen des Gesetzes entnimmt man, daß die Frage des „Erlöschens" der Firma Tatfrage sei. Das ist richtig, beantwortet aber nicht die entscheidende Frage, wann die Tatumstände die Feststellung des Erlöschens der Firma rechtfertigen. Es liegt nahe, die Antwort für die allgemein gültige Formel darin zu finden: Die Firma „erlischt" materiell mit dem Fortfall der Voraussetzungen ihrer materiellen Eintragungsfähigkeit.

1. Tatsächlich erlischt die Firma der juristischen Person grundsätzlich mit dem Verluste des Vermögens. Dies geht deutlich daraus hervor, daß sie grundsätzlich der Versilberung des Vermögens durch Liquidation oder Konkurs bedarf, bevor die Gesellschaft und damit ihre Firma „erlischt" (§§ 301 f., 292 ff., 330 HGB.; §§ 73, 60 ff. GmbHG.). Hat sie kein Vermögen, so bedurfte es nach der bisherigen Rechtsprechung nicht der sinnlos gewordenen Förmlichkeit der Liquidation: Gesellschaft und Firma erlosch vielmehr sofort nach § 31 Abs. 2 HGB., sofern die Gesellschafter das gesellschaftliche Leben nicht fortsetzen wollten, was sich nach Lage des Einzelfalls schon in der Betriebseinstellung offenbart. Dies galt auch dann, wenn der eröffnete Konkurs mangels einer den Kosten des Verfahrens entsprechenden Masse eingestellt (§ 204 KO.) oder, wenn von vornherein die Konkurseröffnung aus diesem Grunde abgelehnt war (§ 107 KO.)[2]). Diese Rechtsprechung ermöglichte zwar verfahrensmäßig die Handelsregisterbereinigung, war aber noch nicht von dem Gedanken getragen, daß es eigentlich das „Vermögen" war, welches allein durch seine zweckgebundene Verselbständigung den Verbleib der juristischen Person im Handelsregister rechtfertigte. Es bestand daher die Gefährdung der Öffentlichkeit weiter, wenn vermögenslose Kapitalgesellschaften mit Fremdkapital oder auch ohne Kapital einen fragwürdigen Betrieb mehr oder minder aufrecht erhielten. Die von der Rechtsprechung des KG. entwickelten Grundsätze über die Unzulässigkeit der Mantelverwertung[3]), die überdies von manchen OLG. abgelehnt wurde[4]), reichten zur Bekämpfung der Mißstände nicht aus. Die dadurch entstandenen Schwierigkeiten löst für das gesamte Reichsgebiet einheitlich das „Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften v. 9. Okt. 1934 (RGBl. I, 914): dieses läßt insbesondere in § 2 die liquidationslose Amtslöschung einer AktG., KommGes. a. A. und GmbH. schon dann zu, wenn sie „kein Vermögen" besitzt, also ohne Rücksicht darauf, ob der Betrieb eingestellt ist oder nicht[5]). Damit ist nicht nur der Rechtsprechung „eine klare gesetzliche Grundlage" geschaffen und ihr „der weitere Weg geebnet"[6]), sondern auch die bisherige Rechtsprechung überholt[6a]) und zugleich rechtlich anerkannt, daß die genannten juristischen Personen als Kapitalgesellschaften mit dem Vorhandensein des Vermögens stehen und fallen[7]). Das Gesetz v. 9. Okt. 1934 geht aber noch weiter und legt die Sonde an das Vermögen selbst, das oft so gering ist, daß es „die Fortführung eines Scheindaseins zahlreicher Gesellschaften ermöglicht, die

[1]) Nach unstreitiger Judikatur sind juristische Personen den Vereinen, weil sie — wie diese — eigene Rechtspersönlichkeit haben, gleichgestellt: Joh. 23, A 105; 34, A 55; RGZ. 68, 180 = JW. 1908, 311; 74, 301 = JW. 1911, 59; vgl. JurRdsch. 1934, 222, zu 2.

[2]) KG.: JFG. 4, 178 ff. = JW. 1927, 1383, 175; vgl. Groschuff: JW. 1934, 944.

[3]) KG. 1 b X 304/32; JFG. 10, 152 ff.; 1 b X 772/32. Vgl. Groschuff: JurRdsch. 1933, 85 ff.

[4]) OLG. Dresden: JFG. 8, 157; OLG. Darmstadt: JFG. 10, 120.

[5]) Vgl. Crisolli-Groschuff-Kaemmel, Umwandlung und Löschung von Kapitalgesellschaften, Anm. 5, 2 u. 3 zu § 2 LöschungsG. (S. 154).

[6]) Amtl. Erl. im RAnz. 1934 Nr. 243; abgedr. bei Crisolli-Groschuff-Kaemmel a. a. O. S. 142.

[6a]) Crisolli-Groschuff-Kaemmel a. a. O., Anm. 2, 3, 5 zu § 2 LöschungsG., S. 154.

[7]) § 2 Ges. v. 9. Okt. 1934 findet nach § 3 übrigens auch auf Genossenschaften Anwendung.

außerstande sind, ihre dringendsten Verpflichtungen, insbesondere steuerlicher Art, zu erfüllen und infolge gänzlichen oder doch überwiegenden Verlustes ihres Aktivvermögens kaum Aussicht auf wirtschaftlichen Wiederaufstieg besitzen... Sie können deshalb im Rechtsleben nicht weiter geduldet, geschweige denn vom Staat als selbständige Rechtspersönlichkeiten (!) anerkannt werden[8])". Um diese lebensunfähigen Gebilde auszuschalten, ordnet § 1 des zit. Ges. für die wichtigsten juristischen Personen — die AktG., KommGes. a. A., GmbH. — zwangsweise die Auflösung an, wenn ein Antrag auf „Eröffnung" des Konkursverfahrens mangels einer den Kosten des Verfahrens entsprechenden Masse rechtskräftig abgewiesen wird[9]). Gleichgültig ist hierbei, ob der Konkursgrund auf Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung beruht[10]). Die Wirkung der erzwungenen Auflösung ist der Eintritt der Liquidation nach allgemeinen Vorschriften[11]). Es ist also bei diesen juristischen Personen schon wegen unzureichenden Vermögens das Endziel des Erlöschens vorbereitet, das nach Durchführung der Versilberung und Verteilung eines etwaigen Überschusses endgültig eintritt. Dies ist gegenüber dem bisherigen gesetzlichen Rechtszustand eine völlige Neuerung[12]), der eine Zwangsauflösung wegen eines zur Wiederaufnahme eines Betriebes nicht ausreichenden Vermögens nicht kennt. Die Rechtsprechung[13]) hatte hier lediglich einen „leeren Mantel" feststellen und seine Verwertung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten oder die zwingenden Gründungsvorschriften als nichtig behandeln können, ohne das positive Ziel einer Handelsregisterbereinigung und damit der Sicherung der Öffentlichkeit vor der Täuschung über den inneren Unwert lebensunfähiger Unternehmungen erreichen zu können. Durch das „Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften" vom 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569) nebst DurchfVO. vom 14. Dez. 1934 (RGBl. I, 1262) ist ein weiterer Ausbau hinsichtlich des Erlöschens der Kapitalgesellschaft und ihrer Firma erfolgt. Danach kann die Kapitalgesellschaft bei Vorhandensein eines „Handelsgewerbes" ihr Vermögen als Ganzes, unter Ausschluß der Liquidation auf eine bestehende oder zu errichtende OHG. oder KommGes. oder einen eingetragenen Einzelkaufmann und mangels eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes auf die Einzelperson oder auf die mehreren Gesellschafter als Gesellschafter bürgerlichen Rechts übertragen (§§ 1, 2, 8, 9, 12, 13, 14 UmwandlG., §§ 1, 2 DurchfVO.): die Umwandlung hat die Wirkung, daß die Kapitalgesellschaft aufgelöst ist und grundsätzlich ihre Firma erlischt" (§§ 4, 5 Abs. 1 UmwandlG.). Diese Umwandlung ist möglich, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eine kapitalkräftige oder kapitalschwache Kapitalgesellschaft handelt: der Unterschied zeigt sich lediglich darin, daß letzterenfalls die Eintragung (im A-Register) als firmenberechtigte Einzelperson oder Personengesamtheit in Frage gestellt ist, weil der Betrieb möglicherweise nur kleingewerblich ist. Nicht genügend bekannt ist, daß eine verständige Handhabung der Umwandlungsgesetzgebung in der Praxis die Aussicht bietet, eine nach dem vorerwähnten Löschungsgesetz v. 9. Okt. 1934 unmögliche Löschung dennoch herbeizuführen. Ist z. B. die Löschung nach § 2 des Ges. v. 9. Okt. 1934 deshalb nicht ausführbar, weil die betriebslose juristische Person noch geringes Vermögen etwa in Form ausstehender Forderungen (z. B. 500 *RM*) hat, so kann der Zweck der Handelsregisterbereinigung dadurch erreicht werden, daß die Kapitalgesellschaft sich in der Weise umwandelt, daß sie dieses geringe Vermögen auf den alleinigen Gesellschafter persönlich oder die mehreren Gesellschafter persönlich als Gesellschafter bürgerlichen Rechts überträgt: das Ziel des Erlöschens kann also hier dann erreicht werden, wenn die Gesellschaft sich im Hinblick auf die Steuerfreiheit zur „Umwandlung" bestimmen läßt, womit in gleicher Weise den Belangen der Gesellschaft, der Gesellschafter, der Gläubiger und der Öffentlichkeit gedient ist[13a]). Auf diese Weise verschwindet die bisherige Firma, ohne daß eine neue Firma an ihre Stelle tritt.

2. Für Personengesamtheiten (OHG., KommGes.) und Einzelkaufleute gelten dagegen andere Grundsätze, die ebenfalls korrespondieren mit den Voraussetzungen ihrer Eintragungsfähigkeit. Ihre Firmen erlöschen mit (endgültiger) Einstellung des „Handelsgewerbes" oder im Fall des § 2 HGB. sofort mit Wegfall einer der Voraussetzungen der §§ 2, 3 HGB. Bei Firmen der Einzelkaufleute ist dies unstreitig[14]). Bei Firmen der Personengesamtheiten ist es dagegen bestritten. Die herrschende ältere Judikatur stellt sie den „juristischen Personen" gleich[15]), obwohl sie weder ein mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattetes verselbständigtes Vermögen haben noch begrifflich überhaupt Vermögen zu besitzen brauchen. Das Vermögen, das die Personengesamtheiten möglicherweise „unter ihrer Firma erwerben" (§ 124 HGB.), ist lediglich ungeteiltes Sondervermögen, das den Gesellschaftern selbst zur gesamten Hand als Vermögenträgern zusteht[15a]). Begriffsnotwendig ist der Personengesamtheit lediglich der „Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma", und dieses Essentiale rückt sie hinsichtlich des Schicksals der „Firma" in die Nachbarschaft der kaufmännischen Einzelperson. Dies wird übersehen. Die Liquidationsvorschriften, die auch dem Recht der OHG. und KommGes. nicht fremd sind (§§ 145, 161 Abs. 2 HGB.), haben eine ganz andere Bedeutung als die für AktG. und GmbH. erlassenen Vorschriften (§§ 294 ff. HGB., §§ 66 ff. GmbHG.)[16]): während diese zwingend eine „Gläubigerbefriedigung" im Fall der Auflösung anordnen, weil die Gläubiger sonst ihren Schuldner, die juristische Person, einbüßen[17]), stellen jene sie ins fakultative Belieben der Gesamthandsgesellschafter, die ja jeder einzeln dem Gläubiger persönlich haften und auch nach Erlöschen der Firma weiter haften; die Liquidation der Personengesamtheit bedeutet demgemäß nicht: Zerstörung der Vermögensgrundlage einer „Rechtspersönlichkeit", wie bei der juristischen Person, sondern lediglich: Auflösung eines Sondervermögens der Gesamthandsgesellschafter, die weiterhin Schuldner bleiben. Die Liquidation der Personengesamtheit bezweckt somit lediglich die interne „Auseinandersetzung" der Gesellschafter, die es auch im Liquidationsfalle auf Grund des § 152 HGB. noch in der Hand haben, einstimmig den Gläubiger von der Befriedigung auszuschließen und auf ihre persönliche Haftung zu verweisen[18]). Hierauf hat Verfasser bereits andernorts mit ausführlicher Rechtsbegründung, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen

[8]) Vgl. Note 6.

[9]) Bei Genossenschaften findet die Auflösung stets schon durch Konkurseröffnung statt, weil nach § 100 Abs. 3 GenG. eine Konkursablehnung mangels Masse nicht zulässig ist.

[10]) § 207 KO., § 63 GmbHG.

[11]) Auf diese nimmt § 1 Ges. v. 9. Okt. 1934 Bezug mit den Worten „außer in den bisher bestimmten Fällen". Vgl. Crisolli-Groschuff-Kaemmel a. a. O., Anm. 13 zu § 1 LöschungsG., S. 150.

[12]) Bereits von Crisolli gefordert im „Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung, Bereinigung und Reinhaltung des Handelsregisters" (Berlin u. Leipzig 1934) S. 15 u. 35 (Nr. 36).

[13]) Vgl. Note 3.

[13a]) Für Liquidationsgesellschaften vgl. hierzu Art. 3 DurchfVO. v. 14. Dez. 1934 (RGBl. I, 1262).

[14]) Vgl. Groschuff: JW. 1934, 941 ff.

[15]) z. B. OLG. 24, 171; RJA. 11, 42; DNotV. 1926, 491. Vgl. aber Note 19.

[15a]) RGZ. 65, 230 f., 227 = JW. 1907, 303; 68, 410, 412 = JW. 1908, 450.

[16]) Groschuff: JurRdsch. 1933, 90 ff.; JW. 1934, 945. Auch Andreae geht in seiner 1935 veröffentlichten beachtenswerten Schrift „Die bei der Liquidation der Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts unberücksichtigt gebliebenen Gesellschaftsschulden" (Druck: Trilsch & Huther, Berlin) von dem Wesensunterschied zweier verschiedener Liquidationsarten — der juristischen Person einerseits, der Gesamthand andererseits — aus. Andreae wendet sich mit zutreffender Begründung ausführlich gegen die Versuche Wimpfheimers und Lastigs, einen einheitlichen Liquidationsbegriff zu konstruieren.

[17]) Gläubigerbefriedigungsliquidation.

[18]) Auseinandersetzungsliquidation.

wird, hingewiesen (JurRdsch. 1933, 90 ff.; JW. 1934, 944 bis 946); er hat seine Untersuchungen schließlich dahin zusammengefaßt: daß vorbehaltlich der im § 131 HGB. gesetzlich normierten Auflösungsgründe, insbesondere der Ziff. 2, die „Firmen" der Personengesamtheiten nach § 31 Abs. 2 HGB. ohne Liquidation durch Verlust ihrer Eintragungsfähigkeit i. S. der §§ 1—3 HGB. — genau wie Firmen der Einzelkaufleute — „erlöschen"[19]).

Hiernach läßt sich aus dem Gesetz selbst ableiten, daß das Vorhandensein von „Vermögen" mit dem Werden und Vergehen der handelsrechtlichen „Firma" einer Personengesamtheit begrifflich nichts zu tun hat. Wollen die Gesellschafter trotz Aufgabe des Handelsgewerbes keine Liquidation des etwa noch vorhandenen ungeteilten Sondervermögens vornehmen, so besteht in Ansehung desselben lediglich die „Gesellschaft" fort: ohne Firmenrecht als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts" (§§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB., §§ 705 ff. BGB.)[20]). Auch § 158 HGB. hat diese Möglichkeit im Sinne: „Vereinbaren die Gesellschafter statt der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung (z. B. Veräußerung des Geschäfts mit Firma an einen von ihnen oder einen Dritten), so finden, solange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, im Verhältnis zu Dritten die für die Liquidation geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung": Gläubiger können also in das Sondervermögen (z. B.: Restvermögen, Valuta) vollstrecken bzw. die Gesamthänder verklagen im ordentlichen oder summarischen Prozeß, obwohl diese keine „Firma" mehr haben. Die Erkenntnis, daß das Bestehen einer „Gesellschaft" mit der Frage des Erlöschens einer handelsrechtlichen Firma nichts zu tun hat, hat neuerdings ihren Niederschlag gefunden in der Umwandlungsgesetzgebung. Denn nach §§ 1, 2 DurchfVO. zum Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften v. 14. Dez. 1934 (RGBl. I, 1262) kann, wenn der Gegenstand des Unternehmens einer AktG., KommGes. a. A. oder GmbH. nicht den gesetzlichen Vorschriften für die Errichtung einer OHG. (§§ 105, 4 HGB.) entspricht, die Umwandlung auch in der Weise erfolgen, daß die Errichtung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts und die Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf sie beschlossen wird. Der § 124 HGB. gilt für Gesellschaften bürgerlichen Rechts nicht[22]). Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts hat keine handelsrechtliche Firma i. S. des § 17 Abs. 1 HGB.[23]), sie hat infolgedessen weder die Möglichkeit, die Firma der Kapitalgesellschaft nach § 5 UmwandlG., § 12 DurchfVO. fortzuführen noch sich eine neue ursprüngliche Firma nach §§ 10 Abs. 3, 12 UmwandlG. beizulegen[24]). Die OHG. und die KommGes. sind nach §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB. lediglich handelsrechtliche Unterformen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts: mit der Grundanschauung der Umwandlungsgesetzgebung steht also die hier vertretene Rechtsanschauung in Einklang, daß die Personengesamtheiten des HGB., wenn sie ihren handelsrechtlichen Charakter durch Aufgabe des Handelsgewerbes verlieren und nicht gemäß §§ 131, 161 Abs. 2, 145 HGB. als handelsrechtliche Liquidationsgesellschaften fortbestehen, das etwa vorhandene Vermögen nur als Gesellschaften bürgerlichen Rechts verwalten können, ihr handelsrechtliches Firmenrecht also nach § 31 Abs. 2 HGB. „erlischt". Das gilt auch bei Vorhandensein von Grundvermögen[25]).

Den hier entwickelten Grundsätzen entspricht auch die gesetzliche Behandlung der Nichtigkeit der Gründung einer OHG. und KommGes. Während bei einer GmbH., AktG. und KommGes. a. A. die wegen wesentlicher Satzungsmängel einzutragende Nichtigkeit gesetzlich den Eintritt in den Liquidationszustand zur Folge hat (§§ 75, 77 GmbHG., §§ 309, 311, 320 Abs. 3 HGB., § 144 Abs. 1 RFGG.) und erst nach Beendigung desselben die Gesellschaft und die Firma erlischt, gibt es eine entsprechende Bestimmung bei Personengesamtheiten überhaupt nicht, weil hier durch Satzung kein Vermögen verselbständigt und zweckgebunden ist, mithin auch den Gläubigern nicht zur Befriedigung bereitgestellt werden muß. Ist bei juristischen Personen der Gesellschaftsvertrag nicht wegen Mängel der Satzung, sondern aus allgemeinen Gründen (z. B.: Geschäftsunfähigkeit eines Gesellschafters) nichtig, so wendet die Praxis entweder § 75 GmbHG., § 309 HGB. analog an oder nimmt sogar Rechtsgültigkeit infolge Eintragung an[25a]); bei Personengesamtheiten jedenfalls ist die „Firma" sofort auf Grund des § 142 RFGG. von Amts wegen zu löschen: etwaiges Vermögen haben die Beteiligten sich unstreitig lediglich gemäß §§ 731 S. 2, 751 ff., 812 BGB. zurückzugewähren, gegebenenfalls im Prozeßwege. Eine Liquidation kann hier gar nicht in Frage kommen, weil die Voraussetzungen des §§ 131, 145 HGB. fehlen, sie kann insbesondere nicht einmal „vereinbart" werden.

III. Nachdem die Frage abgegrenzt ist, welche materiellen Voraussetzungen eine Firma haben muß und wann sie erlischt, kann an die Erörterung gegangen werden, unter welchen Bedingungen eine erloschene Firma „wiederbelebt" werden kann. Die Antwort läßt sich dahin zusammenfassen: nur scheinbar erloschene Firmen können wiederaufleben. Es handelt sich um Fälle des sog. Scheintodes einer Firma[25b]): diese ist in Wahrheit materiell nicht „erloschen", sondern lediglich im Handelsregister zu Unrecht „gelöscht". Es wird hierbei zu erörtern sein, ob es der Wiedereintragung der „gelöschten" Firma unter allen Umständen bedarf.

1. In der Praxis am häufigsten tritt diese Frage dann auf, wenn nach stattgefundener Liquidation die Firma gelöscht ist, nach Löschung aber noch irgendein Vermögensstück sich anfindet, das bei der Liquidation übersehen ist (z. B.: Hypothek; Wegegerechtigkeit; Hinterlegungssumme; Aufwertungsvermögen, das eine Erklärung des Liquidators nötig macht; löschungsfähige Quittung u. dgl.). Die Liquidation war in diesem Falle tatsächlich noch nicht „beendet".

---

[19]) Eine Annäherung an diese Rechtsauffassung enthält bereits KG. 1b X 474/32, wonach trotz entgegenstehenden Willens der Gesellschafter die Tatsache der Betriebseinstellung des Handelsgewerbes den Auflösungstatbestand des § 131 Ziff. 2 HGB. bildet. Vgl. hierzu Groschuff: JurRdsch. 1933, 93 f. u. JW. 1934, 944 rechts oben.

[20]) Die spätere Auseinandersetzung erfolgt dann nach Auflösung dieser BGB.-Gesellschaft gemäß §§ 730 ff. BGB.

[22]) Vgl. Crisolli-Groschuff-Kaemmel a. a. O., § 1 Anm. 18 u. 16 (S. 52, 50).

[23]) Auch ein Recht auf eine nichthandelsrechtliche „Geschäftsbezeichnung" kennt das BGB. nicht. Das Vermögen wird vielmehr von sämtlichen Gesellschaftern unter ihren (vollen) persönlichen Namen zur gesamten Hand erworben und verwaltet. Der Gebrauch einer unpersönlichen Geschäftsbezeichnung kann den Eindruck einer kaufmännischen Firma erwecken und nach § 37 HGB. verfolgt werden (KG. 1b X 574/33; RGRKomm. § 705 Anm. 1; JW. 1906, 452[4]).

[24]) Vgl. Crisolli-Groschuff-Kaemmel a. a. O., § 1 UmwandlG. Anm. 19 (S. 52), § 10 Anm. 23 (S. 114).

[25]) Es könnten also m. E. im Wege der Grundbuchberichtigung die Gesellschafter unter ihren persönlichen Namen zur gesamten Hand als Grundstückseigentümer, Hypothekengläubiger usw. ins Grundbuch eingetragen werden. Die Gesamthandsgesellschaft ist die gleiche geblieben; lediglich der „Name", unter dem sie im bisherigen Handelsgewerbe Geschäfte betrieben hatten, ist weggefallen (§ 17 HGB.). Unterbleibt die Grundbuchberichtigung, so kann trotz Löschung der „Firma" im Handelsregister von den verfügungsberechtigten Gesamthandsgesellschaftern auf Grund des beglaubigten Registerauszugs die Legitimation geführt werden genau wie im Fall der Löschung der von einer OHG. abgeleiteten Firma eines Einzelkaufmanns. (Vgl. Groschuff: JW. 1934, 945 unten und 942 rechts oben.) Gl. M. RGRKomm. § 925 Anm. 2[2]; a. A. RGZ. 136, 402. Über die bei der „Umwandlung" entstehenden Schwierigkeiten vgl. Crisolli: JW. 1935, 842 f.

[25a]) Die nähere Erörterung überschreitet den Rahmen dieses Aufsatzes. Vgl. im übrigen über die Praxis: Brodmann, GmbH. § 75 Note 1, u. § 5 Note 3, der Rechtsgültigkeit verneint und § 75 GmbHG. nicht analog anwendet.

[25b]) Vgl. JW. 1934, 962 f.

Ob aber rechtlich die „Firma" noch nicht „erloschen" war, beantwortet sich verschieden, je nachdem die Firma einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit in Frage steht.

a) Wie oben (sub II) dargelegt, erlischt die Firma einer „juristischen Person" erst mit Erlöschen der Gesellschaft durch völlige Zerstörung ihrer Vermögensgrundlage. Da diese infolge nachträglicher Ermittlung eines Vermögensstückes noch nicht restlos zerstört war, entsprach die Eintragung der Liquidationsbeendigung und des Erlöschens der Firma nicht der wahren Sachlage. Die Eintragung des Erlöschens war daher wegen des tatsächlichen Mangels der Liquidationsbeendigung und des rechtlichen Mangels des Erlöschens der Firma unzulässig: mithin „kann" die Löschung des Löschungsvermerks gem. § 142 RFGG. von Amts wegen erfolgen, so daß die Tatsache des Liquidationszustandes im Handelsregister wieder sichtbar wird. Der bisherige Liquidator ist ohne weiteres zur Fortsetzung der Liquidation legitimiert[26]). Hält der Richter im Hinblick auf die Kannvorschrift die Amtslöschung nicht für „angemessen", so ist auch Anmeldung der „Fortsetzung der Liquidation" möglich und vielfach üblich. Die Gesellschaft besteht also unter ihrer Firma fort[26a]).

Sie besteht aber unter ihrer Firma auch fort ohne Wiedereintragung, weil der Löschungsvermerk nur deklaratorische Bedeutung hat, d. h. lediglich im Handelsregister kundbar macht, daß die Tatsache der Vermögenszerstörung und damit die Folge des Erlöschens eingetreten ist. Ist diese Kundbarmachung aus irgendeinem Grunde unrichtig, so berührt das die Existenz der Rechtspersönlichkeit der juristischen Person unter ihrer Firma nicht: denn die Rechtspersönlichkeit besteht weiter, solange „Vermögen" noch zweckgebunden geblieben ist. Infolgedessen hat die Rechtsprechung[27]) anerkannt, daß eine juristische Person auch ohne Wiedereintragung von einem Gläubiger verklagt werden und ohne Wiedereintragung auch Rechte (z. B. auf Grund der Beteiligung an einer anderen GmbH. oder AktG.) geltend machen kann. Die Wiedereintragung der Firma der juristischen Person, die — insbesondere wegen der Wiederlöschung — vermeidbare Kosten verursacht, hat nur die Bedeutung einer Legitimationserleichterung, indem sie das Handelsregister in Übereinstimmung bringt mit der wahren Sachlage. Diese Registerberichtigung ist aber wegen ihrer vorübergehenden Natur von geringfügigem öffentlichen Interesse und kann daher von diesem Gesichtspunkt aus auch unterbleiben. Dies bringt das Gesetz selbst mit der Kannvorschrift des § 142 RFGG. zum unzweideutigen Ausdruck[28]). Die bloße Legitimation kann in der Regel durch Vorlage auch eines beglaubigten Registerauszugs der gelöschten Firma geführt werden, da die Verhältnisse seit der Löschung meist unverändert geblieben sind. Da es sich nur um eine Legitimationserleichterung zugunsten der juristischen Person handelt, ist ein Gläubiger überhaupt nicht „Beteiligter" i. S. des § 20 RFGG.: er ist weder beschwerdeberechtigt gegenüber einer Löschung noch antrags- und beschwerdeberechtigt für die Wiedereintragung[29]).

Der bisherige Liquidator ist dann Liquidator geblieben: denn seine (unrichtige) Anmeldung der Liquidationsbeendigung war keine Abberufung als Liquidator. Amtliche Bestellung eines Liquidators nach §§ 29, 48 BGB. oder § 66 GmbHG. lediglich aus dem Grunde der Liquidationsfortsetzung kommt daher nicht in Frage, sondern lediglich, wenn er sein Amt niedergelegt hat oder niederlegt, abberufen ist ohne Möglichkeit der Ersatzbestellung durch Gesellschafterbeschluß oder verstorben ist. Nur für AktG. ist nach § 302 Abs. 4 HGB. der bisherige Liquidator erneut oder ein anderer Liquidator zu bestellen. Dies gilt sowohl für den Fall der Wiedereintragung der Firma als des Unterbleibens der Wiedereintragung: es kann letzterenfalls der neue Liquidator seine Legitimation führen auch durch Vorlegung eines Beschlusses des Registergerichts, in dem er zum Liquidator bestellt ist[30]).

Die Fortsetzung der Liquidation — gleichviel, ob Wiedereintragung erfolgt oder unterbleibt — hat zur Voraussetzung, daß Aktivvermögen vorhanden ist. Denn nur dieses ist „Vermögen". „Schulden" allein, denen keine Aktivmasse gegenübersteht, können nicht getilgt werden: die Gesellschaft und ihre Firma ist und bleibt in diesem Fall erloschen. Vorhandensein von Schulden genügt zur Liquidationsfortsetzung aber dann, wenn als Aktivum ein Ausgleichs- oder Regreßanspruch entsteht[31]). Im übrigen ist daran festzuhalten: nur das, was ein ordentlicher Kaufmann noch als Aktivum in seine Bilanz einsetzt, ist Vermögen. Geringwertige, für eine Gläubigerbefriedigung nicht in Betracht kommende Gegenstände (z. B.: abgenutztes Mobiliar, veraltete Maschinen, Reklamedrucksachen, veraltete Packungen), uneinbringliche (dubiose) jahrealte Forderungen, nicht mehr auswertbare Patente, der leere Gesellschaftsmantel, der Firmenwert der sonst vermögenslosen Gesellschaft sind kein „Vermögen". Die Forderungen gegen die Gesellschafter oder deren Rechtsvorgänger auf die restliche Einzahlung des Stammkapitals (§§ 19 ff. GmbHG.) sind nur dann noch „Vermögen", wenn Gläubiger vorhanden und etwaige mithaftende Rechtsvorgänger zahlungsfähig sind: denn bei Zahlungsunfähigkeit steht die Forderung nur auf dem Papier, bei Fehlen von Gläubigern handelt es sich nicht mehr um zweckgebundenes verselbständigtes, sondern um nicht eingezogenes, in Wahrheit also bereits verteiltes Vermögen[32]). Prozesse — auch nicht solche, aus denen im Falle des Obsiegens Vermögen erhofft wird — sind noch kein „Vermögen"[33]). Bestellung der juristischen Person zum „Treuhänder" ist gleichfalls kein Vermögensstück: das Treuhandverhältnis erlischt vielmehr, wenn die treuhänderische juristische Person wegen Vermögenslosigkeit erloschen ist.

Zusammenfassend läßt sich hiernach sagen: die registerrechtliche Löschung einer juristischen Person und ihrer Firma ist für die Frage der Fortdauer ihrer Rechtspersönlichkeit ohne Bedeutung. Von Bedeutung ist allein das Vorhandensein liquidationsfähigen Aktivvermögens. Eine „Wiederbelebung" erloschener Firmen in diesem Zusammenhange gibt es nicht, weil die Firma eben überhaupt nicht erloschen ist. Die Löschung des Löschungsvermerks im Handelsregister ist reine Zweckmäßigkeitsfrage, deren Entscheidung im sachgemäßen Ermessen des Registerrichters liegt, der sich lediglich von der Abwägung privater und öffentlicher Belange leiten läßt. Darum ist es z. B. sinnloser Formalismus, eine juristische Person nur deshalb wiedereinzutragen, weil sich nachträglich herausstellt, daß noch ein der Gesellschaft gehöriges Grundstück unter Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung steht: der Umstand, daß dieses Verfahren unabhängig von der Registereintragung weiter läuft, beweist die Entbehrlichkeit der Wiedereintragung; es ist zwecklos, die Firma wieder einzutragen, wenn niemand daran ein Interesse hat, und nach Beendigung des Zwangsversteigerungsverfahrens die Firma wieder zu löschen. Dasselbe gilt, wenn sich nachträglich herausstellt, daß die gelöschte Gesellschaft noch ein überlastetes

[26]) Vgl. Brodmann a. a. O. § 74 Note 3. Nur bei AktG. ist nach § 302 Abs. 4 HGB. vom Gericht ein Liquidator, der auch der bisherige sein kann, zu bestellen. Vgl. hierzu Peus: JW. 1935 Heft 21.

[26a]) Ist die bisherige Firma nicht mehr i. S. des § 30 HGB. „frei", so muß die später eingetragene einen Unterscheidungszusatz annehmen.

[27]) KG. 1 b X 907/32 = 93 HRB 37023 des AG. Berlin; RGZ. 109, 387; Joh. 45, 184; JFG. 5, 233; RJA. 14, 61. Vgl. Crisolli: JW. 1934, 963; Groschuff: JurRdsch. 1933, 224, zu 3.

[28]) JFG. 1, 212; Joh. 44, 152 a. E.; JW. 1934, 988[4].

[29]) Vgl. Note 27. Vgl. jedoch für AktG. § 302 Abs. 4 HGB., wo die Praxis auch einem Gläubiger ein Antragsrecht wenigstens auf Liquidatorbestellung einräumt. Ist eine GmbH. nicht gelöscht, „fehlt" aber ein Liquidator, so hat hier insoweit auch ein Gläubiger das Antragsrecht aus §§ 29, 48 BGB. (Vgl. Groschuff: JurRdsch. 1933, 223.)

[30]) Vgl. Groschuff: JurRdsch. 1933, 236, zu 7, und 233, zu 4c.

[31]) 92 HRB 16642 des AG. Berlin; RGZ. 119, 134; 109, 387.

[32]) Vgl. Crisolli-Groschuff-Kaemmel a. a. O. § 2 LöschungsG. Anm. 7 (S. 155); Groschuff: JurRdsch. 1933, 85, zu 4 a. E.

[33]) LG. Berlin in 91 HRA 42735 des AG. Berlin.

Grundstück besitzt: ob ein „überlastetes" Grundstück noch ein Aktivvermögen darstellt, kann mit Rücksicht auf die Mannigfaltigkeit der Einzelfälle unerörtert bleiben; auf jeden Fall findet in Ansehung desselben keine „Liquidation" statt, wenn die Liquidatoren eine freiwillige Versilberung nicht erzielt haben, und kann die Versilberung im Zwangsversteigerungsverfahren auch ohne Wiedereintragung der Liquidationsgesellschaft vom Gläubiger wirksamer betrieben werden als es durch einen Liquidator geschehen kann[34]). Das gilt namentlich dann, wenn die Gesellschaft vertreterlos, also an Betriebsaufnahme nicht zu denken ist.

b) Wie oben (zu II) dargelegt, erlischt die Firma einer Personengesamtheit (OHG., KommGes.) mit Aufgabe des Handelsgewerbes, es sei denn, daß die Handelsgesellschaft gemäß §§ 131, 145 HGB. als Abwicklungsgesellschaft handelsrechtlich unter ihrer Firma weiterbesteht. Auch hier ist es möglich, daß nach Löschung sich noch irgendein nichtliquidiertes Vermögensstück anfindet. Wie zu verfahren ist, wenn die Löschung ohne Liquidation erfolgt ist, wird unter 2 erörtert werden. An dieser Stelle interessiert nur der Fall, daß auf Grund der §§ 131, 145 HGB. der Löschung ein Liquidationsverfahren vorangegangen war, weil sich hier eine ähnliche Situation ergibt, wie zu a hinsichtlich der juristischen Personen. Diese Ähnlichkeit beruht aber nicht etwa darauf, daß die Personengesamtheiten eine der juristischen Person gleiche oder gleichartige besondere Rechtspersönlichkeit hätten oder daß für ihr Werden und Vergehen das Vorhandensein von Vermögen begrifflich irgendwie von Bedeutung wäre, sondern lediglich auf der positiven Gesetzesbestimmung der §§ 131, 145 HGB., wonach bei bestimmten auflösungsbegründenden Tatsachen mangels anderweiter Vereinbarung die Auseinandersetzung in Form einer Liquidation zu erfolgen hat, zu der nach § 149 HGB. grundsätzlich auch die Gläubigerbefriedigung gehört. Es ist daher auch hier eine Nachtragsliquidation denkbar.

Der entscheidende Unterschied gegenüber dem Abbau einer juristischen Person liegt aber darin, daß die Gläubigerbefriedigung hier keine begriffswesentliche Aufgabe der Liquidation ist, vielmehr ausschließlich als rein interne Angelegenheit der Gesellschafter in deren eigenem Interesse erfolgt. Sie können daher so, wie sie wollen, liquidieren und auf Grund des § 152 HGB. die Befriedigung einzelner oder aller Gläubiger ausschließen. Sie können daher in jedem Stadium der Liquidation diese beenden und gemäß § 145 HGB. — unbeschadet des § 158 HGB.[35]) — „eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbaren"[36]). Die Fortdauer der Personengesamtheit als handelsrechtlicher Abwicklungsgesellschaft und damit der Untergang der „Firma" hängt also vom Belieben der Gesellschafter ab. Damit ist bei Personengesamtheiten einem Amtslöschungsverfahren aus § 142 RFGG. von vornherein der Boden entzogen, weil die Löschung der Firma nicht wegen des Mangels der Liquidationsbeendigung „unzulässig" war. Wollen die Gesellschafter die Liquidation unter der Firma fortsetzen, so müssen sie daher die Fortsetzung der Liquidation anmelden[37]). Sie werden dies im Hinblick auf die Kostenlast bei vernünftiger Prüfung nur tun, wenn sie triftigen Grund zur Annahme haben, ohne die Wiedereintragung der Firma nicht zum Ziele zu kommen. Die Gesellschaftsgläubiger sind jedenfalls nicht in der Lage, die Wiederaufnahme der „Liquidation" zu veranlassen und sind, solange ungeteiltes Sondervermögen vorhanden ist, auf den Zugriff nach § 158 HGB. und außerdem stets auf die Inanspruchnahme der persönlichen Haftung der Gesellschafter beschränkt[38]).

Wenn auch die Fortsetzung der „Liquidation" in das Belieben der Gesellschafter gestellt ist, so folgt daraus noch nicht ohne weiteres, daß auch die Wiederbelebung der „Firma" der Personengesamtheit in ihrem Belieben steht. Denn der Widerspruch zwischen der Anmeldung der Liquidationsbeendigung und der späteren Anmeldung der Liquidationsfortsetzung wird — wenn dies nicht schon in der Anmeldung oder ihrer Anlage erläutert ist — den Registerrichter veranlassen, mindestens Aufklärung über die Gründe der Liquidationsfortsetzung zu verlangen (§ 12 RFGG.). Hierbei kann sich ergeben, daß die Firma bereits „erloschen" ist, weil liquidationsfähiges Vermögen nicht vorhanden ist, Es gilt hinsichtlich der Voraussetzungen der Fortsetzung der Liquidation also dasselbe, wie für juristische Personen. Es würde auch widersinnig sein, Personengesamtheiten, die „als solche" nicht Träger von Vermögen sind, freier zu stellen als die Träger zweckgebundenen verselbständigten Vermögens. Im Gegenteil ist der Begriff des Vermögens hier enger, weil die Gesellschafter persönlich an die Stelle der erloschenen Gesamthandsgesellschaft treten können und tatsächlich treten. Dies zeigt sich z. B. dann, wenn lediglich eine formale Erklärung der OHG. oder KommGes. erforderlich ist (z. B.: Einwilligung in die Rückzahlung einer Hinterlegungssumme nach § 109 ZPO.): Diese formale Erklärung ist kein „Vermögen"; sie ist infolgedessen nicht, wie bei der juristischen Person, von deren Organ, den Liquidatoren, sondern von den Gesellschaftern selbst abzugeben.

2. In der Praxis am wichtigsten ist aber der Fall, wie zu verfahren ist, wenn die Firma einer Gesellschaft „ohne" Liquidation gelöscht ist, sich nachträglich aber Vermögen anfindet.

Auch hier ist streng zu unterscheiden zwischen „juristischer Person" und „Personengesamtheit".

a) Wie oben zu II ausgeführt, hatte schon die Rechtsprechung die liquidationslose Löschung juristischer Personen nach § 31 Abs. 2 HGB. zugelassen, wenn Vermögen nicht ermittelt war. Dies hatte zur Folge, daß bei nachträglichem Auftauchen von Vermögen, mochte dies auch noch so gering sein, der Löschungsvermerk gemäß § 142 RFGG. von Amts wegen zu löschen war und infolge Fehlens der Liquidationseintragung die juristische Person als Erwerbsgesellschaft wieder in Erscheinung trat[40]). Die Erzwingung eines Liquidationsbeschlusses der Gesellschaft war nicht möglich. Dieses Ergebnis schlug der wahren Sachlage ins Gesicht, wenn weder der Betrieb aufgenommen noch die Liquidation beschlossen und angemeldet wurde. Bedenklicher aber noch waren die Folgen, wenn mit unzureichendem Vermögen der Betrieb aufgenommen wurde, weil die Gefahr bestand, daß die Öffentlichkeit über die Kreditwürdigkeit der tatsächlich wirtschaftlich längst zusammengebrochenen Gesellschaft getäuscht wurde. Mit diesen Mißständen räumt das Löschungsgesetz v. 9. Okt. 1934 (RGBl. I, 914), das — wie gleichfalls zu II erörtert — die bisherige Löschungsrechtsprechung verdrängt und auf eine großzügigere gesetzliche Basis gestellt hat, gründlich auf. In Anerkennung der Tatsache, daß zweckgebundenes „Vermögen" das Erlöschen der Rechtspersönlichkeit zwar hindert, aber, weil dieses zur satzungsgemäßen Betriebsaufnahme nicht ausreicht, noch nicht eine Erwerbsgesellschaft wiederbeleben kann, ordnet es in § 2 Abs. 3 a. a. O. bei Auftauchen eines Vermögensstücks die Zwangsliquidation an[41]). Da der Liquidationszustand bisher aus dem Handelsregister nirgends ersichtlich war und durch bloße

[34]) Über die Zustellung des Zwangsversteigerungsbeschlusses vgl. Groschuff: JurRdsch. 1933, 223 unten. Evtl. würde statt Wiedereintragung der Gesellschaft eine Liquidatorbestellung „zwecks Entgegennahme der Zustellung" durch Beschluß des Registergerichts ausreichen. (Vgl. Note 30.)

[35]) Vgl. oben Text nach Anm. 20.

[36]) Joh. 39, A 112. — Vom Fall der Kündigung eines Gesellschaftergläubigers und des Konkurses abgesehen, wo es der Zustimmung des Gläubigers bzw. Konkursverwalters bedarf (§§ 145 Abs. 2, 131 Ziff. 3, 4 u. 6 HGB.).

[37]) Für Anwendung des § 142 RFGG. dagegen Joh. 34, A 125; RJA. 13, 234; RGZ. 46, 40.

[38]) Ebenso Andreae a. a. O. S. 65 mit Literaturangaben. Vgl. RG.: DJZ. 1930, 1521.

[40]) Vgl. Anm. 2. — Crisolli: JW. 1934, 963.

[41]) Entsprechend dem § 2 Abs. 3 der „VO. über die Eintragung der Nichtigkeit und die Löschung von Gesellschaften u. Genossenschaften wegen Unterlassung der Umstellung" v. 21. Mai 1926 (RGBl. I, 248).

Löschung des Löschungsvermerks gemäß § 142 RFGG. auch nicht in Erscheinung treten kann, ist (auch ohne ausdrückliche Vorschrift) der Liquidationszustand einzutragen. Auf Antrag eines der nach § 2 Abs. 1 und 2 a. a. O. Beteiligten ist vom Registergericht ein Liquidator zu bestellen und gleichfalls einzutragen. Damit ist klargestellt, daß die juristische Person nur als Abwicklungsgesellschaft fortbesteht.

Denkbar aber ist auch der Fall, daß die juristische Person nach eingetretener Vermögenslosigkeit, aber vor Einleitung oder vor Beendigung des Löschungsverfahrens aus § 2 des Ges. v. 9. Okt. 1934 unter ihrer Firma neues Vermögen wieder erwirbt: z. B., um das drohende Löschungsverfahren zu vereiteln, borgt der Geschäftsführer (Vorstand) den Gesellschaftern Geld, wirtschaftet mit diesem Darlehn namens der Gesellschaft und erhält es nach Gewinnerzielung auch zurück. Dieser Fall gehörte auch unter dem bisherigen Rechtszustand keineswegs zu den Seltenheiten[42]). Es fragt sich, ob eine Wiederbelebung durch Einschuß neuen Vermögens zuzulassen ist. Schon nach der bisherigen Rechtsprechung ist und bleibt die durch Vermögensverlust einmal erloschene Gesellschaft tot, wie eine verstorbene natürliche Person: „das Erlöschen würde immer auf den Zeitpunkt zurückzuverlegen sein, in dem die Vermögensgrundlage beseitigt war[43])". Die so einmal erloschene Firma der Gesellschaft besteht nur aus dem Namen und dem Gesellschaftsmantel. Dieser darf nicht mit einem neuen Betrieb und unzureichendem Kapital und, weil die Firma bereits „erloschen" ist, auch mit ausreichendem Kapital nicht aufgefüllt werden. Die Mantelverwertung ist nicht nur nach §§ 138 Abs. 1, 134 BGB. wegen Umgehung der zwingenden Gründungsvorschriften nichtig[43a]), so daß etwaige nach dem Zeitpunkt des Erlöschens gefaßte Gesellschafterbeschlüsse nicht zur Eintragung gelangen dürfen, sondern der Weitergebrauch der Firma schließt auch einen zum Einschreiten nach § 37 HGB. berechtigenden Firmenmißbrauch ein und verpflichtet nach §§ 823 ff., 826 BGB. den Gläubigern gegenüber zum Schadensersatz. Die Löschung der Firma wird daher durch dieses dolose Verhalten der Beteiligten nicht nur nicht gehindert, sondern die Rückverwandlung der erloschenen Gesellschaft — gleichviel, ob gelöscht oder nicht — muß im Interesse der Verkehrssicherheit verhütet werden: es bedarf daher stets der Feststellung, wann das angeblich nachträglich ermittelte Vermögen sich gebildet hat, ob vor oder nach dem Zeitpunkt des Erlöschens; letzterenfalls liegt lediglich eine in Wahrheit nicht eingetragene gleichlautende Gesellschaft vor, die rechtlich nicht zur Entstehung gelangt ist (§ 11 GmbHG., § 200 HGB.). An diesem Rechtszustand hat das Löschungsgesetz v. 9. Okt. 1934 in § 2 nichts geändert. Denn im vorliegenden Fall „besitzt" nur die nicht eingetragene rechtsunwirksame Gesellschaft, die keine GmbH. oder AktG., mithin keine juristische Persönlichkeit ist, Vermögen, nicht aber die eingetragene juristische Person. Eine andere Auslegung ist nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes unmöglich, der dahin geht, wirtschaftlich schwach gewordene Gesellschaften zu beseitigen, weil sie infolge einmal eingetretener Vermögenslosigkeit „erloschen" sind. Die entgegengesetzte Ansicht würde zur Umgehung der zwingenden Vorschriften über die Gründung führen und § 2 LöschungsG. sabotieren. Die dadurch etwa im Einzelfall entstehenden Härten lassen sich durch den Umstand vermeiden, daß § 2 eine sog. Kannvorschrift ist: es ist also möglich, der Tatsache einer erfolgreichen „Betriebsaufnahme" Rechnung zu tragen; der „Betrieb" hindert also zwar — wie zu II 1 ausgeführt — nicht eine Löschung, ermöglicht aber u. U. die Wiederbelebung der materiell erloschenen Firma. Doch ist auf jeden Fall im Interesse der Verkehrssicherheit ein besonders strenger Maßstab anzulegen[44]).

b) Während bei irriger Löschung einer Personengesamtheit, die ihre Liquidation tatsächlich noch nicht beendet hatte, die Firma (auf Grund Anmeldung der Fortsetzung der Liquidation) als Liquidationsgesellschaft wieder eingetragen werden kann, kann nicht ohne weiteres die Firma wiederbelebt werden, wenn eine Liquidation nicht stattgefunden hatte. Die Wiedereintragung als Erwerbsgesellschaft ist nur möglich, wenn das „Handelsgewerbe" tatsächlich niemals aufgegeben war, die Firma also auf Grund tatsächlich unzutreffender Ermittlungen (z. B. unrichtiger Auskunft des Einwohnermeldeamts, unbekannt gebliebene Geschäftslokalverlegung) im amtlichen Erlöschensverfahren (§ 141 RFGG.) oder auf Grund bewußt falscher Anmeldung gelöscht war (§ 31 Abs. 2 HGB.). Fälle dieser Art gehören zu den Ausnahmen, begründen aber, wo sie auftauchen, die Notwendigkeit der Amtslöschung des Löschungsvermerks (§ 142 RFGG.). Eine „Wiederbelebung" der Firma liegt dann nicht vor, weil diese niemals „erloschen" war, sondern lediglich eine Berichtigung des Handelsregisters. (Das gleiche würde übrigens selbstverständlich bei Firmen der Einzelkaufleute zu gelten haben.) Nachträgliche Ermittlung von „Vermögen" dagegen rechtfertigt nicht eine Wiederbelebung der Firma der Personengesamtheit als Erwerbsgesellschaft: weder, wenn ein Handelsgewerbe nicht betrieben wird, noch wenn das endgültig aufgegeben gewesene Handelsgewerbe auf Grund des angefundenen Vermögens wieder aufgenommen wird; es liegt letzterenfalls ein neues Handelsgewerbe vor, das bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 1—3 HGB., wenn es über ein Kleingewerbe oder ein Handwerk hinausgeht (§ 4 HGB.), unter einer ursprünglichen neuen Firma zur Eintragung anzumelden sein würde (§§ 106, 162, 19 HGB.).

Bei folgerichtiger Anwendung der oben zu II entwickelten Grundsätze rechtfertigt aber das Auftauchen von ungeteiltem Sondervermögen nicht einmal die Rückverwandlung in eine Liquidationsgesellschaft. Denn, da hier — im Gegensatz zu den Ausführungen zu II, 2 — eine Liquidation unter der Firma nicht eingetreten, die Firma vielmehr infolge Aufgabe des Handelsgewerbes „erloschen" war, steht keine „Fortsetzung" der Liquidation in Frage. Es ist insbesondere auch nicht möglich, die Fortsetzung der Erwerbsgesellschaft und gleichzeitig einen Beschluß der Auflösung mit Liquidationsfolge (§§ 131 Ziff. 2, 145 HGB.) anzumelden, weil beides miteinander in Widerspruch steht und die Anmeldung der Fortsetzung der Erwerbsgesellschaft der wahren Sachlage ins Gesicht schlägt: denn das „Handelsgewerbe" soll tatsächlich „nicht" fortgesetzt werden und kann unter der früheren Firma nicht wiederaufgenommen werden, weil infolge endgültiger Aufgabe desselben die Firma bereits „erloschen" war. Es ist daher aus Anlaß der Ermittlung ungeteilten Sondervermögens Wiederbelebung auch nur als Liquidationsgesellschaft weder unter Zuhilfenahme des § 142 RFGG. noch auf Grund Anmeldung möglich. Es ist hierzu auch kein Bedürfnis: denn bei Vorhandensein ungeteilten Sondervermögens besteht — wie zu II 2 ausgeführt — auch nach Löschung der „Firma" die „Gesellschaft" gemäß §§ 105 Abs. 2, 162 HGB. i. Verb. m. §§ 730 ff. BGB. fort.

Eine andere Rechtsauffassung ist m. E. nur vertretbar auf Grund positiver Gesetzesvorschrift. Tatsächlich bilden die Fälle, in denen die Auflösung der Gesellschaft infolge eines tatsächlichen Ereignisses eingetreten ist, eine solche Ausnahme: es sind dies die Fälle des Zeitablaufs des Gesellschaftsvertrages, Todes, Konkurses, der Kündigung und gerichtlichen Entscheidung (§ 131 Ziff. 1, 3—6 HGB.). Hier tritt als Folge des Ereignisses grundsätzlich die Liquidation ein. War also in diesen Fällen die Firma gelöscht ohne Liquidation, so ist bei Auftauchen eines Vermögensstücks der Löschungsvermerk von Amts wegen zu löschen (§ 142 RFGG.) und die Anmeldung der Liquidation zu erzwingen; es sei denn, daß die Gesellschafter eine andere Art der Auseinandersetzung als die Liquidation „vereinbart" haben (§ 145 Abs. 1 und 2 HGB.).

c) Bei den bisherigen Untersuchungen war davon ausgegangen, daß die Firma der juristischen Person und der Personengesamtheit durch Löschung aus dem Handelsregister verschwunden ist, tatsächlich aber nicht „erloschen" ist oder

[42]) Vgl. Groschuff: JurRdsch. 1933, 88, zu 5.
[43]) JFG. 4, 178 ff.; 10, 157.
[43a]) Vgl. oben Anm. 3.
[44]) Vgl. Crisolli-Groschuff-Kaemmel a. a. O., Anm. 8 zu § 2 LöschungsG. (S. 156).

nicht erloschen sein soll. Es gibt aber noch eine Löschung, bei der sie nicht verschwindet, sondern nur an einer anderen Stelle des Handelsregisters auftaucht. Es handelt sich um die §§ 31, 35 der in Preußen geltenden AllgVfg. v. 7. Nov. 1899 „über die Führung des Handelsregisters" (JMBl. 313), die eine Rechtsverordnung, also ein „Gesetz" ist[44a]: danach ist im Falle des § 22 HGB. bei Übergang einer Firma des A-Registers (Einzelkaufmann, OHG., KommGes.) auf eine juristische Person (GmbH., AktG., § 33 HGB.) die Firma im A-Register zu „löschen" und im B-Register, wo sie nunmehr hingehört, einzutragen und entsprechend umgekehrt bei Übergang der Firma einer juristischen Person auf einen Einzelkaufmann, eine OHG. oder KommGes. im B-Register zu löschen und nunmehr im A-Register einzutragen bzw. bei Übergang auf eine andere juristische Person an einer neuen Stelle des B-Registers einzutragen. Diese mit Wiedereintragung verbundene „Löschung" wegen Übergangs der Firma hat mit materiellem oder formellem „Erlöschen" nichts zu tun und dient lediglich registertechnisch zur Verhütung der Doppelführung der Firma, die die Entstehung von Gesellschaftsmänteln und Regreßgefahr zur Folge haben kann[45]. Dies Verfahren ist stets zu beobachten, gleichviel, ob die veräußernde Firma sich im Liquidationsstadium befindet oder nicht[46].

Es fragt sich nun, was zu geschehen hat, wenn sich nach Durchführung dieser registertechnischen Löschung noch ein Vermögensstück anfindet, das nach Ansicht der Beteiligten nicht auf den Erwerber der Firma übergegangen ist.

Dieser Fall gehört — wenigstens in der großstädtischen Registerrechtspraxis — keinesfalls zu den Seltenheiten. Es ist in Berlin sogar vorgekommen, daß von den Beteiligten Grundstücke „vergessen" worden sind. Eine Wiedereintragung unter der „bisherigen" Firma kommt — ganz abgesehen von den nach III, 1 und 2 etwa zutreffenden Gründen — schon deshalb nicht in Frage, weil die „Firma" mit dem Geschäft auf einen anderen „übergegangen" ist. Dies wird von den Beteiligten oft übersehen. Durch diese Situation wird die Legitimation zur Verfügung besonders über restliches Grundstücksvermögen empfindlich erschwert. Diese Legitimationsschwierigkeiten sind — sofern nicht ein Rechtsstreit gegenüber dem Erwerber des Geschäfts noch auszutragen ist — grundsätzlich gegenüber dem Grundbuchamt zu beheben (vgl. noch § 12 RFGG.), da das Handelsregister über Eigentumsverhältnisse nichts aussagt. Sie bieten daher keinen Anlaß, von den bisher entwickelten Richtlinien abzuweichen. Die Rechtslage ist danach folgende:

α) Hat eine juristische Person mit dem Geschäft die Firma veräußert, so ist die Gesellschaft infolge Vorhandenseins nichtmitübergegangenen Restvermögens nicht untergegangen, aber ohne Firma. Sie darf indes, weil sie eigene Rechtspersönlichkeit hat, nicht ohne Firma sein. Es ist daher ebenso zu verfahren, wie bei Kenntnis des Vermögensrestes im Zeitpunkt der Veräußerung zu verfahren gewesen wäre: d. h. die Gesellschaft muß durch Satzungsänderung, die hier ausnahmsweise auch im Liquidationsstadium zulässig ist, eine neue Firma annehmen und anmelden (RGZ. 107, 31 = JW. 1923, 830). Die Löschung des Löschungsvermerks erfolgt dann von Amts wegen gemäß § 142 RFGG.

Dies gilt gleichviel, ob vor Löschung Liquidation stattgefunden hatte oder nicht.

β) Hat eine Personengesamtheit (OHG.; KommGes.) das Geschäft mit Firma veräußert, so besteht zwar gleichfalls in Ansehung des restlichen ungeteilten Sondervermögens die Gesellschaft fort. Diese Gesellschaft hat aber keine eigene Rechtspersönlichkeit[47], vielmehr steht das Restvermögen den Gesellschaftern selbst als Vermögensträger zur gesamten Hand zu. Infolgedessen bedarf sie auch nicht einer Firma. Die bisherige Firma kann sie nicht — wie zu III 1 b — wieder annehmen, weil sie ihr nicht mehr gehört; eine neue Firma kann sie nicht annehmen, weil sie kein „Handelsgewerbe" betreibt. Die Gesamthandsgesellschafter müssen das Restvermögen als Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB. i. Verb. m. §§ 730 ff. BGB. liquidieren[48].

Dies gilt infolge Verlustes der Firma auch für die Fälle der Auflösung durch Eintritt eines „Ereignisses" (§ 131 Ziff. 1, 3—6 HGB.) und findet seine besondere Stütze in §§ 158, 145 HGB., wonach statt der Liquidation auch „eine andere Art der Auseinandersetzung" seinerzeit mit intern bindender Wirkung erfolgen konnte[49]. Es gilt gleichviel, ob der registertechnischen Löschung eine teilweise Liquidation vorangegangen war oder nicht, die Veräußerung also ohne Liquidation oder während einer solchen erfolgt war.

3. Während die Zulassung der Wiedereintragung gelöschter Firmen durch die Belange der Öffentlichkeit immerhin nicht unwesentlich beeinflußt wird, läßt sich das gleiche nicht behaupten für die Rückverwandlung einer Liquidationsgesellschaft in eine Erwerbsgesellschaft. Hier stehen lediglich private Belange der Gesellschafter auf dem Spiel. Öffentliche Belange gebieten vielmehr hier die Eindämmung der Rückverwandlungsbestrebungen, weil sie zur Umgehung der Gründungsvorschriften führen können und dadurch den Gläubigerschutz problematisch machen.

a) Bei juristischen Personen hat bekanntlich das RG. in einer grundlegenden Entscheidung (RGZ. 118, 339 ff. = JW. 1928, 633) sich dahin ausgelassen: eine durch Gesellschafterbeschluß aufgelöste, in Liquidation befindliche Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter ohne Neugründung in eine werbende Gesellschaft zurückverwandelt werden, wenn die Liquidation noch nicht beendet und das Stammkapital selbst entweder unversehrt geblieben oder, soweit schon ausgezahlt, wieder hereingebracht ist. — Das gleiche wird für AktG. zu gelten haben.

Das RG. hat damit den Bedürfnissen des Gläubigerschutzes materiell Rechnung getragen. Es hat aber die Frage offengelassen, welche formellen Unterlagen dem Registergericht für die Anmeldung der Rückverwandlung beizubringen sind[50], und dadurch der Ermittlungspflicht des Registergerichts (§ 12 RFGG.) und seinem Ermessen eine Bürde auferlegt, die eine Gefahrenquelle in sich schließt. Es ist insbesondere zweifelhaft, was als Vermögen zurückzubringen ist. Das Stamm- oder Grundkapital ist ein fiktives Vermögen, weil es sofort nach Einlage im Unternehmen arbeitet und als solches verschwindet; es ist daher kein tatsächliches Vermögen, sondern ein Abstraktum. Ist nun bei einem eingetragenen Stammkapital von 20000 *RM*, wenn die GmbH. vor der Liquidation 100000 *RM* Vermögen und 2000 *RM* Schulden hatte, 22000 *RM* oder 100000 *RM* oder wieviel sonst zurückzubringen? Diese Frage ist von den Registerrichtern sehr verschieden beantwortet worden, da einerseits die Gläubiger nur Anspruch auf Vermögen in Höhe des eingetragenen Stammkapitals haben, andererseits aber im Interesse des Gläubigerschutzes die tatsächliche Vermögensgrundlage wiederherzustellen ist.

Noch weiter als das RG. ging das KG. Während das RG. nur die infolge freiwilligen Auflösungsbeschlusses eingetretene Liquidation im Auge hatte, erklärte das KG. (JW. 1934, 1124[1]): auch eine für nichtig erklärte und dadurch kraft Gesetzes zwangsweise in Liquidation getretene GmbH. kann in eine werbende Gesellschaft zurückverwandelt werden, wenn die Nichtigkeit auf einem heilbaren Mangel beruht. Es handelte sich hier um eine Lebensmittelimportfirma mit

[44a]) Joh. 29, 213.

[45]) Vgl. Groschuff: JW. 1934, 950, zu 4.

[46]) Daß diese sog. uneigentliche Umwandlung nicht der „Liquidation" bedarf, ergibt JFG. 7, 198.

[47]) RGZ. 65, 230 f., 227 = JW. 1907, 303; 68, 410, 412 = JW. 1908, 450.

[48]) Vgl. Anm. 45.

[49]) Vgl. Text bei Anm. 16 u. 25.

[50]) Versicherung analog § 8 Abs. 2 GmbHG.? Bekanntmachung der Sacheinlagen nach § 10 Abs. 3 GmbHG.?

einem Stammkapital von 500 *RM*, die erst nach Eintragung des rechtskräftigen (!) Nichtigkeitsbeschlusses im Wege der Neugründung die Gegenstandsänderung in eine Grundstücksverwaltung und die Kapitalserhöhung um 19500 *RM* anmeldete, die neue Einlage aber mit einer Hypothek belegte, die offenbar durch den wirtschaftlichen Wert des belasteten Grundstücks nicht gedeckt war. Das KG. erweiterte somit nicht nur die an sich schon bedenkliche Möglichkeit der Rückverwandlung einer Liquidationsgesellschaft in eine Erwerbsgesellschaft, sondern verband mit ihr — im Widerspruch mit der eigenen Rechtsprechung[51]) — die bedenkliche Zulassung einer Mantelverwertung, indem es die Nachprüfung des Wertes der Sacheinlage untersagte.

Verfasser hat aus diesem Anlaß bereits die Frage aufgeworfen[52]), ob nicht nach nationalsozialistischer Auffassung der Ausgangspunkt — die grundsätzliche Zulassung der Rückverwandlung einer im Liquidationsstadium bereits befindlichen juristischen Person überhaupt — ohne gesetzliche Garantien die Belange der Öffentlichkeit gefährdet, und den Gesetzgeber des Dritten Reichs zur Entscheidung angerufen.

Wenn auch die Regelung allgemein noch nicht erfolgt ist, so ist die Frage doch in ein akutes Stadium getreten durch die Umwandlungs- und Löschungsgesetzgebung und dadurch einer neuen Rechtsanschauung der Weg geebnet, die auch ohne weitere gesetzliche Regelung zur Preisgabe der vom RG. angebahnten und vom KG. weiter gebildeten Judikatur führen muß.

Es war nämlich in der Praxis und Literatur die Frage streitig geworden, ob das UmwandlG. v. 5. Juli 1934 auch auf Liquidationsgesellschaften Anwendung findet. Während dies vielfach bejaht wurde[53]), hat Verfasser dies nur für zulässig erklärt, wenn im Sinne der Entscheidung RGZ. 118, 339 = JW. 1928, 633 neben der Einstimmigkeit der Gesellschafter die Unversehrtheit des Stammkapitals, das also gegebenenfalls wieder aufzufüllen ist, nachgewiesen wird[54]).

Die Streitfrage ist entschieden worden durch Art. 3 DurchfVO. z. UmwandlG. v. 14. Dez. 1934 (RGBl. I, 1262). Danach kann eine AktG., KommGes. a. A. und GmbH., die durch Zeitablauf oder durch Generalversammlungs- (Gesellschafter-) Beschluß aufgelöst ist, umgewandelt werden durch Übertragung ihres Vermögens auf eine bestehende oder zu errichtende OHG., KommGes., eine zu errichtende BGBGes. oder auf einen Einzelkaufmann, solange noch nicht mit der Verteilung des nach der Berichtigung der Schulden verbleibenden Vermögens an die Gesellschafter begonnen ist.

Das bedeutet zunächst, daß die Kapitalgesellschaft aus dem Liquidationsstadium heraus zurückverwandelt werden kann in ein Erwerbsunternehmen, wobei der Umstand, daß das Erwerbsunternehmen statt in anonymer in eigenverantwortlicher Rechtsform wiederauflebt, sich lediglich aus der Tendenz des UmwandlG. erklärt, also hier außer Betracht bleiben kann.

Es bedeutet aber sodann — was in unserm Zusammenhang von entscheidendem Gewicht ist —, daß eine Rückverwandlung durch Wiederauffüllung des Stamm- oder Grundkapitals nach Ansicht des Gesetzgebers nicht möglich ist: ist mit der „Verteilung" des Vermögens bereits „begonnen", so kann das Verteilte zum Zwecke der Rückverwandlung und Umwandlung nicht zurückgebracht werden; es ist vielmehr die Liquidation zu beenden durch Verteilung des Restvermögens; andererseits ist nicht das dem fiktiven Stamm- oder Grundkapital entsprechende Vermögen, sondern das am Bilanzstichtage vorhandene tatsächliche höhere oder niedrigere Vermögen auf die eigenverantwortlichen Personen zu übertragen, doch darf von dem vor Auflösung vorhandenen Vermögen noch nicht ein Pfennig an die Gesellschafter selbst zur Verteilung gelangt sein.

Damit ist — zunächst auf dem Gebiete des Umwandlungsrechts — die vom RGZ. 118, 339 = JW. 1928, 633 eingeleitete Rechtsprechung abgelehnt[55]).

Wie sich aus der halbamtlichen Erläuterung durch Quassowski (DJ. 1934, 1631) ergibt, besteht der Grund für diese Regelung darin, daß „die Prüfung und Feststellung, ob das verteilte Vermögen wieder hereingebracht ist, mit Schwierigkeiten verbunden sein könnte und für das Registergericht, dem sie obliegen würde, eine erhebliche Verantwortung begründen könnte". Hinzutritt, daß nach Quassowski (a. a. O.) durch den Beginn der Vermögensverteilung die Zerstörung der Vermögensgrundlage bereits so weit vorgeschritten ist, daß von einer lebensfähigen Kapitalgesellschaft, in die sie zurückverwandelt werden könnte, überhaupt nicht mehr gesprochen werden kann, diese vielmehr dem Löschungsschicksale endgültig verfallen ist.

Die angegebenen Gründe beschränken sich aber nicht auf den Fall einer in Aussicht genommenen Umwandlung; sie schlagen vielmehr erst recht durch, wenn eine Umwandlung nicht beabsichtigt ist. Denn während im Falle der Umwandlung an die Stelle der beschränkten Haftung die Eigenverantwortung tritt und das Vorhandensein von „Vermögen" für die eventuelle Eintragungsfähigkeit bedeutungslos ist, gilt es im Falle bloßer Rückverwandlung die Vermögensgrundlage wiederherzustellen und die Beschränkung der Haftung mit diesem Vermögen unter Berücksichtigung des Gläubigerschutzes zu sichern.

Man wird daher zu dem Ergebnis gelangen müssen, daß die im Art. 3 DurchfVO. v. 14. Dez. 1934 zum Ausdruck gebrachte neue Rechtsanschauung dahin führt, ganz allgemein die Rückverwandlung einer Liquidationsgesellschaft in eine Erwerbsgesellschaft mindestens auf den Fall zu beschränken, daß mit der Verteilung des Vermögens unter die Gesellschafter noch nicht begonnen ist[56]). Es handelt sich hier um eine Änderung der auf Rechtsanschauung beruhenden Rechtsprechung durch eine im UmwandlG. zum Durchbruch gelangte neue Rechtsanschauung[57]).

Der entscheidende Vorstoß ist dann aber durch das bereits mehrfach erwähnte „Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften usw. v. 9. Okt. 1934 (RGBl. I, 914) erfolgt. Bisher konnte eine Kapitalgesellschaft, bezüglich der ein Antrag auf Konkurseröffnung mangels Masse abgelehnt war, sich als Erwerbsgesellschaft fortsetzen: jetzt ist sie nach § 1 LöschungsG. unrettbar der Liquidation verfallen. Nach dem noch schärferen § 2 a. a. O. kann eine vermögenslose Erwerbsgesellschaft ohne Liquidationsverfahren von Amts wegen gelöscht werden und tritt bei Auftauchen eines Vermögensstücks lediglich Liquidation ein. Wollte man in diesen beiden Fällen, die Anwendung der Rechtsgrundsätze des RG. (RGZ. 118, 339 = JW. 1928, 633) zulassen, so würde der Zweck des Löschungsgesetzes, der die endgültige Beseitigung lebensunfähiger Gebilde erstrebt, vereitelt werden. Nach der amtlichen Begründung ist es überdies für die Anwendung der fraglichen Bestimmungen unerheblich, ob es sich um eine aufgelöste Gesellschaft handelt und ob eine Liquidation stattgefunden hat oder nicht[58])."

Man wird hiernach die neue Rechtsanschauung erst recht gelten lassen müssen, wenn sich die Kapitalgesellschaft aus

---

[51]) JFG. 10, 152 ff., 156. Vgl. die Besprechung des Verf. in JW. 1934, 1126 zu 1.

[52]) JW. 1934, 1125 zu 1.

[53]) Z. B. von Böttcher-Meilicke, Umwandlung und Auflösung von AktG. u. GmbH. (1. Aufl.) S. 19, Note III 3 zu § 1; S. 61, Note II zu §§ 1, 2 StErlG.

[54]) JW. 1934, 2663 f.

[55]) Vgl. Crisolli-Groschuff-Kaemmel a. a. O., Anm. 23 ff. zu § 1 (S. 55 f.); Crisolli: JW. 1935, 177; Quassowski: DJ. 1934, 1631; a. M. Böttcher-Meilicke a. a. O. (2. Aufl.), Note IV 2 zu § 1 (S. 49); gegen ihn Peus: JW. 1935, 1231.

[56]) A. M. nur Böttcher-Meilicke (vgl. oben Anm. 55).

[57]) Die bereits mit § 189 Abs. 1 des Entw. eines Gesetzes über AktG. u. KommGes. a. A. angebahnt war (abgedruckt bei Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, VO. über Aktienrecht S. 437 f.).

[58]) RAnz. 1934 Nr. 243 v. 17. Okt. 1934. (Abgedruckt bei Crisolli-Groschuff-Kaemmel a. a. O. S. 141, 143. Vgl. auch ebd. Anm. 14 zu § 1 LöschungsG., S. 151, u. Anm. 15 zu § 2 S. 162.)

anderen Gründen als aus Zeitablauf oder Gesellschafterbeschluß in Liquidation befindet: insbesondere also im Fall gesetzlicher Zwangsliquidation nach rechtskräftigem Abschluß des Nichtigkeitsverfahrens (§ 141 Abs. 1 RFGG.)[59]).

Beruht dagegen die Auflösung auf Konkurseröffnung[60]) und wird das Verfahren nach Abschluß eines Zwangsvergleichs oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt, so kann die Gesellschaft ohne Neugründung als Erwerbsgesellschaft wiederaufleben (§ 60 Ziff. 4 GmbHG., § 307 Abs. 2 HGB.; ebenso im Spezialfall des § 307 Abs. 1 HGB.). Hier handelt es sich um eine positive Gesetzesbestimmung, die durch § 7 Abs. 2 DurchfVO. v. 14. Dez. 1934 (zum UmwandlG.) nicht beseitigt ist. Voraussetzung ist aber, daß noch „Vermögen" vorhanden ist; andernfalls greift wieder § 2 LöschungsG. v. 9. Okt. 1934 durch, wonach die Gesellschaft und ihre Firma erloschen und deshalb zu löschen ist.

b) Für Personengesamtheiten gestaltet sich die Frage der Wiederbelebung der Firma einfach. Diese können im Liquidationsstadium, sofern sie nur ein „Handelsgewerbe" i. S. der §§ 1—3 HGB. vollkaufmännisch wiederaufnehmen, jederzeit die Rückverwandlung in eine Erwerbsgesellschaft beschließen. Dies ist anerkannten Rechts. Der Rechtfertigungsgrund liegt aber in dem Betrieb des „Handelsgewerbes", nicht in dem Vorhandensein etwaigen „Vermögens": dieses kann vielmehr restlos liquidiert sein[61]). Das gesellschaftliche Gesamthandsband ist dasselbe, da das gemeinschaftliche Ziel — das Handelsgewerbe — dasselbe geblieben ist. Allerdings muß der Rückverwandlungsbeschluß einstimmig gefaßt sein, ausscheidende Gesellschafter müssen also der Fortsetzung der Erwerbsgesellschaft durch die übrigen Gesellschafter zustimmen, widrigenfalls eine neue Gesellschaft vorliegen würde, für die eine ursprüngliche Firma anzumelden wäre (§§ 19, 106, 161 Abs. 2, 162 HGB.)[62]). Scheiden alle Gesellschafter aus, so ist das „Geschäft" — wenn ein solches noch vorhanden sein sollte — zwar dasselbe, die übernehmenden Gesellschafter aber bilden eine neue Gesellschaft, deren Essentialien nach §§ 106, 161 Abs. 2, 162 HGB. anzumelden sind[63]), ob in diesem Fall die „Firma" fortgeführt werden kann oder eine neue ursprüngliche Firma anzumelden ist, richtet sich nicht nach § 24 HGB., sondern nach § 22 HGB., da kein „Ausscheiden" aus einer „bestehenden Gesellschaft", sondern in Wahrheit die „Veräußerung eines Geschäfts" vorliegt: die Veräußerer müssen also in die Fortführung der „Firma" ausdrücklich willigen.

[59]) Die in § 7 Abs. 3 DurchfVO. v. 14. Dez. 1934 zugelassene Ausnahme der Genehmigung des RJM. bezieht sich selbstverständlich nur auf den Umwandlungsfall.

[60]) Nicht im Fall der Konkursablehnung mangels Masse und nicht im Fall der Konkurseinstellung mangels Masse.

[61]) A. M. natürlich die herrschende Meinung, die auch bei Personengesamtheiten das Erlöschen an die Liquidation vorhandenen „Vermögens" bindet, wie wenn eine juristische Person in Frage stände.

[62]) Staub a. a. O. § 138 Anm. 7; Joh. 26, A 219; RGZ. 106, 63 ff. = JW. 1924, 169.

[63]) Vgl. KG.: LZ. 1908, 82.

Die Haftung der eingetragenen Genossenschaft für pflichtwidriges Verhalten des Vorstandes gegenüber Dritten nach § 31 BGB.

A.

Von Rechtsanwalt Dr. Lägel, Chemnitz

In der Rechtsprechung ist schon wiederholt die Frage entschieden worden, ob die Genossenschaft haftet, wenn der Vorstand pflichtwidrig die rechtzeitige Weiterleitung von Kündigungsschreiben von Genossen zum Zwecke ihrer Löschung in der beim RegGer. geführten Liste der Genossen unterläßt. Das RG. (vgl. RG. 68, 348 = JW. 1908, 498 unter Bezugnahme auf die bekannte Entscheidung der VerZivSen. des RG. v. 16. Mai 1904 = RG. 57, 292; 69, 366) hat die Frage verneint, ebenso das OLG. Köln (Urt. v. 17. Aug. 1934 = JW. 1934, 2869[8] und die dort zit. Entscheidungen), in neuerer Zeit besonders auch das LG. Münster (JW. 1934, 1060) und das LG. Altona (JW. 1934, 1295). Sie wird im Schrifttum bejaht von Legart (JW. 1933, 2665, Anm. zu 7), Böttcher (JW. 1934, 1060, Anm. zu 1) und auch von Ruth (JW. 1934, 2869, Anm. zu 8). Die Erläuterungsbücher von Parisius-Krüger, GenG., 12. Aufl., § 69 Anm. 5, und Meyer, GenG., München und Berlin 1934, § 69 Anm. 2, lehnen die Haftung der Genossenschaft ab. Es handelt sich dabei im wesentlichen um die Frage der Anwendbarkeit des § 31 BGB. auf dem Gebiete des Genossenschaftsrechts. Die für diesen Sonderfall wichtige Frage ist ganz allgemein von Bedeutung dafür, ob durch Anwendung des § 31 BGB. die Haftung der eingetragenen Genossenschaft für pflichtwidriges Verhalten des Vorstandes gegenüber Dritten begründet werden kann.

Das RG. hat einmal nebenher ohne Begründung ausgesprochen (vgl. RG. 76, 48 = JW. 1911, 451), daß auf die Genossenschaften mbH. die Bestimmungen der §§ 30, 31 BGB. anzuwenden seien. Diese Ansicht ist zu billigen und muß ohne Einschränkung gelten. Insbes. verdient die Einschränkung, die das RG. selbst in dem eingangs erwähnten Falle gemacht hat (RG. 68, 348 = JW. 1908, 498), keine Anerkennung. Das RG. will nämlich ausnahmsweise nach den für die Genossenschaften bestehenden besonderen Grundsätzen im Interesse der Erhaltung des den Gläubigern verhafteten Gesellschaftsvermögens die Genossenschaft nicht haften lassen, wenn der Beitritt eines Mitglieds durch Betrug des Vorstandes veranlaßt oder das Ausscheiden eines Genossen durch Schuld des Vorstandes nicht angemeldet worden ist. Diese Auffassung kehrt in neueren Gerichtsentscheidungen und im Schrifttum unter Hinweis auf dieses Urteil des RG. wieder. So läßt es sich z. B. nach Ansicht des OLG. Köln a. a. O. mit der für das Wesen der Genossenschaft grundlegenden Publizität ihres Mitgliederstandes nicht vereinbaren, die Genossenschaft unter Anwendung von § 31 BGB. für ein solches Verhalten ihres Vorstandes einstehen zu lassen. Nach dieser Ansicht müßte andernfalls jeder Gläubiger der Genossenschaft und auch jeder Genosse damit rechnen, daß die Zahl der in der Liste verzeichneten haftungsverpflichteten Mitglieder in Wirklichkeit geringer sei. Diese Unsicherheit würde aber, so wird noch ausgeführt, dem Wesen und der Grundlage der Genossenschaft widersprechen, den vom Gesetze gewollten öffentlichen Glauben der Liste zerstören und dadurch die Bedeutung der Liste entscheidend entwerten.

Die Begründung dieser Auffassung geht m. E. deshalb fehl, weil sie das Wesen der Genossenschaft verkennt. Welche Bewandtnis es mit dem bekannten Hinweis auf den sog. öffentlichen Glauben der Liste der Genossen, dem man immer wieder begegnet, und auf das Interesse der Gläubiger an der Richtigkeit der Eintragungen hat, hat bereits Ruth in seiner beachtlichen Abhandlung „Die Berufung des eingetragenen Genossen auf fehlende Betrittserklärung oder auf rechtzeitig erklärten Austritt" = JW. 1934, 2106 f. überzeugend klargestellt. Danach ist die im Schrifttum, namentlich in den Erläuterungsbüchern, der Rechtsprechung des RG. nachgebetete Behauptung von dem öffentlichen Glauben der

Genossenliste rechtlich ganz unhaltbar, weil nach anerkanntem Rechtsgrundsatz die öffentlichen Register, abgesehen von besonders bestimmten Ausnahmefällen, öffentlichen Glauben nicht genießen und wegen der lediglich formalen Nachprüfung der Anmeldungen zum Register auch nicht genießen können. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann hier auf die bedeutsamen Ausführungen von Ruth a. a. O. verwiesen werden. Auch die Begründung des RG., daß die Nichthaftung der Genossenschaft im Interesse der Erhaltung des den Gläubigern verhafteten Gesellschaftsvermögens liege, wird dem Wesen der Genossenschaft nicht gerecht. Im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften, auf die die Begründung des RG. zutreffen mag, hat doch die Genossenschaft rein persönlichen Charakter. Sie ist eine Personalgemeinschaft, die nicht auf der Haftung eines Grund- oder Stammkapitals, sondern auf der persönlichen Haftung der Genossen beruht, wie sich deutlich aus der dem Genossen obliegenden Nachschußpflicht ergibt (vgl. Vohs, Stundung von Geschäftsanteilszahlungen bei Genossenschaften = JW. 1933, 2109). Bei der Genossenschaft ist also die Vermögensbeteiligung nicht Grundlage, sondern Ausfluß der Mitgliedschaft, wie Legart a. a. O. zutreffend betont. Die Genossenschaft wird von dem wieder zur Geltung gekommenen Grundsatz des Einstehenmüssens aller für einen beherrscht. Schon daraus ergibt sich nach meinem Dafürhalten notwendig die Haftung der Genossenschaft für das pflichtwidrige Verhalten ihres gesetzlichen Vertreters nach § 31 BGB. ohne Einschränkung. Ich halte dieses der neueren Rechtsauffassung allein entsprechende Ergebnis besonders auch deshalb für begründet, weil es nach meiner Überzeugung mit dem GenG. durchaus im Einklang steht. Nur wenn eine sondergesetzliche Vorschrift der Haftung der Genossenschaft entgegenstünde, wäre die Anwendbarkeit des § 31 BGB. ausgeschlossen. Die vom LG. Münster in seinem Urt. v. 20. Febr. 1934 a. a. O. ausgesprochene, sich auf ein älteres Urteil des RG. (vgl. RG. 59, 52) stützende, übrigens auch im Schrifttum vertretene Ansicht, daß in dem von ihm entschiedenen Falle die Anwendung des § 31 BGB. schon deshalb außer Betracht zu bleiben habe, weil nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 69 GenG. der Vorstand kraft eigenen Rechts und kraft allein im Gesetz begründeter Pflicht zur Anmeldung der Aufkündigung verpflichtet sei und nicht etwa auf Grund einer Vertretungsbefugnis für die Genossenschaft, halte ich nicht für zutreffend. Ich bin vielmehr gerade der Meinung, daß die dem Vorstand nach § 69 GenG. auferlegte Pflicht diesem als gesetzlichen Vertreter der Genossenschaft (§§ 24, 26 GenG.) obliegt ebenso wie in anderen Fällen, in denen das GenG. dem Vorstand Pflichten auferlegt (vgl. z. B. §§ 57, 99 GenG.). Ebensowenig schlägt m. E. das weiterhin gegen die Anwendung des § 31 BGB. angeführte, meines Wissens auch vereinzelt gebliebene Argument durch, daß ein die Haftung geltend machendes Mitglied der Genossenschaft im Verhältnis zu dieser kein „Dritter" sei. Daß „Dritter" i. S. des § 31 BGB. auch der Genosse ist, der seinen Austritt aus der Genossenschaft erklärt hat, darauf hat schon Ruth (JW. 1934, 2869, Anm. zu 8) mit der zutreffenden Begründung hingewiesen, daß es sich um die durch die Austrittserklärung erzeugte Anwartschaft des Genossen auf Wiederherstellung der körperschaftsfreien Sphäre handele.

Auf einem ganz anderen Blatte steht natürlich die Frage nach der Höhe des dem Dritten nach § 31 BGB. gegen die Genossenschaft zustehenden Anspruchs, in dem eingangs erwähnten Falle besonders die Frage, ob der Anspruch auf vollen Ersatz der Beiträge geht, die der Genosse nicht mehr hätte zahlen müssen, wenn sein Austritt rechtzeitig zur Eintragung in die Liste angemeldet worden wäre.

B.

Von Prof. Dr. Ruth, Frankfurt a. M.

Die vorstehend vertretene Ansicht entspricht durchaus meiner eigenen Auffassung. Nur in einem Punkt weiche ich von der Begründung des Verf. ab: Es erscheint mir nicht ganz einwandfrei, die Genossenschaft als „Personalgemeinschaft" zu bezeichnen und daraus Folgerungen für das Ergebnis in der hier zur Diskussion stehenden Frage zu ziehen. Gewiß ist das persönliche Moment in der Rechtsstellung des Genossen stärker ausgeprägt als in der Mitgliedschaft des Aktionärs. Andererseits steht die Genossenschaft der Personalgesellschaft des Handelsrechts (OHG. und KG.) doch recht fern. Es fehlen die dort charakteristische Pflicht und das Recht zur Mitarbeit, d. h. zur Geschäftsführung und Kontrolle, die persönliche Verbundenheit und Bindung zwischen den Gesellschaftern, die regelmäßig unentbehrliche Einstimmigkeit bei ihren Willensentschlüssen, überhaupt jene individualistische Gestaltung der Rechtsstellung. Die Haftung des Teilhabers bei der Personalgesellschaft ist eine Haftung für eigene Schuld, der Genosse hingegen „haftet" für fremde Schuld (der Genossenschaft als Rechtsperson), und es trifft ihn nach der neusten Fassung des GenG. überhaupt keine Haftung mehr (trotz gleichgebliebener Bezeichnung), sondern nur noch eine Nachschußpflicht.

Nun ist es zwar sehr richtig, daß die Vermögensbeteiligung des Genossen, anders als bei der Kapitalgesellschaft, nicht Grundlage, sondern Ausfluß der Mitgliedschaft ist. Aber deswegen läßt sich noch keineswegs das Vorhandensein eines „Grundkapitals" bei der Genossenschaft leugnen. Nur handelt es sich nicht um ein festes Grundkapital, wie bei der AktG., sondern um ein variables, veränderlich nach der jeweiligen Zahl der Mitglieder und der Höhe ihrer Geschäftsguthaben. Das Privatvermögen der Genossen stellt angesichts der Nachschußpflicht eine Art Reservekapital der Genossenschaft dar. Dieses „Grundkapital" nebst Reserven sucht das GenG. ganz in der gleichen Weise gegen einen Rückfluß an die Genossen zu schützen wie bei der AktG. Das zeigen die Bestimmungen des § 22 GenG. Indes ist damit keineswegs ein Anrecht der Gläubiger, eine Art Beschlagnahme des Genossenschaftsvermögens zu ihren Gunsten wie dort verbunden. Der Genosse hat das unentziehbare Recht zum Austritt und damit auf Herauszahlung seines Guthabens, dem Aktionär ist dieses Recht zwingend entzogen. Deswegen fehlt es bei der Genossenschaft an jeder Sicherheit, daß das Genossenschaftsvermögen niemals wieder an die Mitglieder zurückfließt. Wer sich mit einer Genossenschaft einläßt, kann nicht, wie der Gläubiger der AktG., damit rechnen, daß die Einlagen der Genossen niemals an diese zurückgezahlt werden, und kann ebensowenig damit rechnen, daß jenes sog. Reservekapital der Genossenschaft (d. h. das Recht auf Nachschüsse) nicht zugunsten der Genossen sich verringert. Deshalb, und nur deshalb, ist es unrichtig, die bei der AktG. herausgebildeten Grundsätze über die Nichtanwendbarkeit des § 31 BGB. auf Pflichtverstöße des Vorstands bei Aufnahme von Mitgliedern auf den Mitgliedschaftserwerb bei der Genossenschaft und sogar auf das Ausscheiden der Genossen zu übertragen.

Im übrigen ist die für den Gläubiger bei Anwendung des § 31 auf Genossenschaften erwachsende Beeinträchtigung bei weitem nicht so groß, wie die herrschende Meinung voraussetzt, die offensichtlich die Herauszahlung sämtlicher von dem Genossen gemachten Einlagen und die Entbindung von allen Nachschüssen befürchtet. Ich habe JW. 1934, 2869 gezeigt, daß dieser Schadensersatzanspruch des benachteiligten Genossen sich in der Regel auf ein Minimum reduzieren wird.

Französisches Völkerrecht in Theorie und Praxis / einst und jetzt

Eine Erwiderung zur französischen Protestnote und den Genfer Erklärungen zur deutschen Wiederaufrüstung

Von Herbert Wißmann, Göttingen

Vor kurzem stellte Macdonald die Behauptung auf, es gäbe in der Geschichte nur einen Fall, in dem ein Staat einseitig seine vertraglichen Bindungen gelöst habe. Dies sei Rußland gewesen, das sich über die Abmachungen des Berliner Kongresses 1878, die es — wie die „Times" ausführte — als gleichberechtigte Nation unterzeichnet hatte (im Gegensatz zu dem entrechteten Deutschland von Versailles), einfach unter veränderter Machtlage hinweggesetzt habe. Wir erlauben uns, Herrn Macdonald auf die hier allein seitens Frankreich erfolgten einseitigen Vertragskündigungen hinzuweisen!

Die französischen Proteste zur Einführung der allgemeinen Wehrpflicht in Deutschland versuchen nach der altbeliebten Methode „Haltet den Dieb" über die Tatsache der Nichteinhaltung der in der Präambel zu Teil V des Versailler Diktates eingegangenen allgemeinen Abrüstungsverpflichtung durch den heuchlerischen Vorwurf hinwegzutäuschen, Deutschland habe brüsk den allgemein anerkannten völkerrechtlichen Grundsatz verletzt, daß vertragliche Vereinbarungen nicht einseitig gelöst werden könnten.

Wer die Begründungen früherer französischer Noten und politischer Verlautbarungen in den vergangenen Jahren aufmerksam verfolgt hat, dem ist dieser Hinweis auf den Völkerrechtsgrundsatz der „Heiligkeit der Verträge" seitens Frankreichs nicht neu, und er wird auch nicht überrascht sein, diese völkerrechtliche Belehrung in der Protestnote zum deutschen Wehrmacht-Aufbau-Gesetz zu finden. Waren aber schon früher bei den unter dem Stichwort „Sicherheit für das bedrohte Frankreich" sich stets wiederholenden Reden die französischen Staatsmänner und Politiker von ihren Völkerrechts-Kronjuristen schlecht bedient, wenn sie — ganz abgesehen von der tatsächlichen Machtlage — auf diesen Grundsatz allein immer wieder verwiesen, so erweist sich die in der Protestnote uns Deutschen zugedachte Lektion als ein derart katastrophaler Mißgriff, daß wir deutschen Völkerrechtler die französischen Kollegen von Quai d'Orsay gerne auf eine Repetition der von ihren eigenen französischen Völkerrechtlern aufgestellten Grundsätze hinweisen, um ihr (anscheinend unter der Einwirkung der Taten Adolf Hitlers) schwach gewordenes völkerrechtliches Erinnerungsvermögen wieder etwas aufzufrischen.

Wir erlauben uns, die Herren des Quai d'Orsay mit dem ebenfalls fast allgemein anerkannten Völkerrechtsgrundsatz der „clausula rebus sic stantibus" bekannt zu machen, d. h. jener jedem völkerrechtlichen Vertrage stillschweigend innewohnenden Vereinbarung, daß der Vertragsinhalt unter den zur Zeit herrschenden machtpolitischen Verhältnissen geschlossen wurde und bei völlig veränderter Sachlage einer Revision zugänglich sein soll. Wir halten diesen Hinweis nicht im Hinblick auf unsere Wiederaufrüstung für erforderlich, denn auf diese haben wir — wie auch Reichsaußenminister Frhr. v. Neurath in seiner Erwiderung auf die französischen und italienischen Erklärungen betonte — durch den Vertragsbruch der anderen „hohen Vertragschließenden des Versailler Vertrages" einen im Diktat selbst verankerten Rechtsanspruch!

Wohl aber halten wir angesichts der Tatsache, daß bereits wieder eine gewissenlose Hetzpropaganda uns Deutsche als Verächter jeden Völkerrechts hinzustellen sich anschickt, und angesichts des bereits hier und da in der Weltpresse auftauchenden Wortes vom „Fetzen Papier" eine Entwicklungsstudie für lehrreich und interessant, die die Erläuterungen der französischen Völkerrechtswissenschaft und Politik zu den Problemen der „Heiligkeit der Verträge" und der „clausula rebus sic stantibus" im Völkerrecht aufzeigt.

Daß das nationalsozialistische Deutschland gewillt ist, seine völkerrechtlich vertraglich bindenden Verpflichtungen gewissenhaft zu erfüllen, hat der Führer und Reichskanzler anläßlich der 15-Jahrfeier der NSDAP. in München am 24. Febr. 1935 in die Worte gefaßt:

„Die Welt kann überzeugt sein, daß, wenn wir etwas unterschreiben, wir es dann auch halten. Was wir glauben aus Prinzipien der Ehre oder des Vermögens nicht halten zu können, werden wir nie unterzeichnen. Was wir aber einmal unterzeichnet haben, werden wir treu erfüllen! ... Unser Ja bleibt Ja und unser Nein bleibt Nein!!"

Ein Blick in das vergangene Jahrhundert genügt, um festzustellen, daß Frankreich durchaus nicht immer den Standpunkt der in alle Ewigkeit geltenden „Heiligkeit" drückender Verträge vertreten hat. So sandte im Jahre 1848 die provisorische französische Regierung eine Zirkularnote an die Vertragsmächte des Wiener Kongresses, worin sie erklärte:

„Die Verträge von 1815 bestehen in den Augen der französischen Republik von rechts wegen nicht mehr!"

Sie sah damit die Verpflichtung nicht mehr als verbindlich an, den strategisch wichtigen Punkt Hüningen gegenüber Basel unbefestigt zu lassen. Tatsächlich schritt Frankreich zum Ausbau Hüningens als Festung! —

Napoleon III. wiederholte im Jahre 1863 die Argumente der provisorischen Regierung Frankreichs vom Jahre 1848, nachdem er im Jahre 1859 als Bundesgenosse Sardiniens die Lombardei von Österreich losgerissen und, ebenfalls entgegen den Bestimmungen des Wiener Kongresses, im Jahre 1860 Savoyen erworben hatte. In seinem Rundschreiben an die europäischen Souveräne vom November 1863 äußerte er sich folgendermaßen:

„Wenn man aufmerksam die Lage der verschiedenen Staaten betrachtet, so läßt sich nicht verkennen, daß überall die Verträge von Wien zerstört, abgeändert, unrichtig angewendet oder bedroht sind. Ich beantrage daher die Neuordnung der Gegenwart und die Sicherung der Zukunft durch einen neuen Vertrag!"

Als ein weiteres der zahlreichen Beispiele für Frankreichs Verletzungen des Grundsatzes der Heiligkeit der Verträge sei die Übernahme des Protektorates über Tunis erwähnt, die 1881 trotz feierlicher, in den Jahren 1871 und 1878 übernommener Verpflichtungen durch Frankreich erfolgte.

Es ist uns ein Leichtes, zu diesen historischen Beispielen Tatsachen der jüngsten Geschichte hinzuzufügen, nach denen es für Frankreich ratsamer wäre, von Völkerrechtsbrüchen anderer im Hinblick auf zahlreiche eigene Verletzungen international-rechtlich bindender Abmachungen zu schweigen, wie z. B. die Verletzung der Algeciras-Akte über die marokkanische Frage.

Oder war es etwa nicht Frankreich, dessen Bemühungen in Paris 1919 es gelang, den bindenden völkerrechtlichen Vorfriedensvertrag v. 5. Nov. 1918, der auf der Grundlage der Wilson-Punkte geschlossen war, in sein Gegenteil zu verkehren?! War es nicht Frankreich, das die im Vorvertrag klar und eindeutig formulierte Pflicht, über die Friedensbedingungen mit Deutschland zu verhandeln, d. h. ihm Gelegenheit zur Aussprache zu geben, planmäßig sabotierte und hintertrieb?! War es nicht Frankreich, das entgegen dem völkerrechtlich bindend gewordenen Grundsatz Wilsons „offene Verträge, offen zustandegekommen" von Beginn der Friedenskonferenz an die Geheimdiplomatie der „alten Schule" befürwortete und durchsetzte?!

Der deutsche Staats- und Völkerrechtler Carl Schmitt ließ in seiner 1926 erschienenen Studie „Die Kernfrage des Völkerbundes" dem Bestreben gewisser Großmächte, sich ein

eigenes ihnen genehmes Völkerrecht zu schaffen, eine bittere Kritik zuteil werden (S. 54):

„Die Großmächte proklamieren selbstverständlich bei jeder Gelegenheit ihren Respekt vor dem Recht, aber sie werden es nicht zulassen, daß ein anderer als sie selbst entscheidet, was im konkreten Falle Recht ist. Sie werden sich auch immer die Möglichkeit offenhalten, neben dem internationalen ein partikuläres Völkerrecht zu bilden."

Will Frankreich mit seiner Protestnote und seinen ebenso unberechtigten wie arroganten völkerrechtlichen Vorwürfen erklären, daß im Verhältnis zwischen Frankreich und Deutschland ein besonderes, französischen Wünschen genehmes Völkerrecht gilt — oder wie ist es sonst zu verstehen, daß Frankreich im Verhältnis zu Belgien in Versailles 1919 zu Artikel 31 des Diktates seine Zustimmung gab, in dem die Aufhebung der belgischen Neutralität darauf gestützt wird, daß „die Verträge v. 19. April 1839 den gegenwärtigen Verhältnissen nicht mehr entsprechen", — Frankreich also die „clausula rebus sic stantibus" für seinen Verbündeten ohne weiteres anerkannte?!

Die französischen Politiker und insbesondere ihre völkerrechtlichen juristischen Mitarbeiter setzen bei uns Deutschen und überhaupt in der Welt eine zu geringe Kenntnis der Materie voraus, so als ob nicht jeder objektive Beurteiler wüßte, daß die Rechtslage, auch völkerrechtlich gesehen, völlig eindeutig ist!!

Doch wenden wir uns der französischen Völkerrechtswissenschaft zu, da ja Frankreich sich bemüßigt fühlt, uns Deutschen Lehrmeister und Interpret des Völkerrechts zu sein. Auch hier ist eine fatale Gegensätzlichkeit zwischen dem schulmeisterlich weisen Ton der Note v. 21. März 1935 sowie der folgenden Genfer Erklärung und den früher in Frankreich vertretenen Ansichten festzustellen. Es seien nur einige französische Völkerrechtler der Vorkriegszeit zitiert, deren Lehrmeinungen den unangenehmen Verdacht aufsteigen lassen, daß das geschlagene Frankreich von 1871 ein anderes Völkerrecht bevorzugte als das Frankreich des Sieges von Versailles 1919.

So schreibt Herr Pradier-Fodéré in seinem Werke „Traité de Droit International Public Européen et Américain ... Paris 1885", S. 305 Bd. II:

„Wenn eine durch einen drückenden Vertrag gebundene Nation sich mächtig genug weiß, die Ketten, unter denen sie seufzt, abzustreifen, so wird sie wenig nach den Ewigkeitsartikeln fragen und wird sich keinen Deut um die Nachteile des Vertragsteiles kümmern, welcher sie bis dahin in den Fesseln des Vertrages gehalten hat!"

Oder Herr Piedelièvre ist in seinem Buche „Précis de Droit International Public ... Paris 1894/95", S. 311 der Ansicht, daß Verträge „die Vertragschließenden nur so lange binden, als die Gründe und die Interessen, von welchen sie bestimmt wurden, nicht selbst untergegangen sind!"

Und Piedelièvre fügt hinzu (S. 312):

„Es gibt ein Mittel, um alle Schwierigkeiten zu vermeiden, nämlich selbst die Möglichkeit einer Revision vorzusehen und die Bedingungen dieser Revision von vornherein festzusetzen."

Warum befolgte Frankreich die Mahnung seines Völkerrechtlers nicht in Versailles Anno 1919??

Der französische Schweizer Alphonse Rivier gibt in seinem Werke „Principes du Droit des Gens, Paris 1896" Bd. II S. 40 zum Problem der „Heiligkeit der Verträge" eine Antwort, die wie in Kenntnis unserer heutigen deutschen Lage geschrieben zu sein scheint:

„Alte, abgestorbene Vertragsbestimmungen dürfen den Tätigkeitsdrang des Staates nicht lähmen, der ein lebender Organismus und verurteilt ist, zugunde zu gehen, wenn er nicht fortschreitet. Da es keinen Richter gibt, von welchem sie die Entbindung verlangen können, so werden sich die Staaten manchmal bestimmen lassen, sich selbst zu befreien, strengen Regeln der Sitte zum Trotz, aber kraft des Urrechts der Selbsterhaltung!"

Was aber sagen jene Herren im Auslande, die heute wieder mit der in ganz anderem Zusammenhange gebrauchten Äußerung des ehemaligen Reichskanzlers von Bethmann-Hollweg über den „Fetzen Papier" die öffentliche Meinung zu vergiften trachten, dazu, daß der **Völkerrechtler Alphonse Rivier in dem zitierten Werke Bd. II S. 129 achtzehn Jahre vor Bethmann-Hollweg in Beziehung auf „ewige Verträge" das Wort von „zerrissenen Verträgen" folgendermaßen prägte:**

„Kraft der wesentlichen Rechte der Staaten, des Rechts der Selbsterhaltung und ebensowohl des Rechts der Unabhängigkeit können jene Verträge jederzeit durch einseitigen Willensakt jedes der Vertragsteile zerrissen werden und es muß grundsätzlich festgestellt werden, daß kein Staat je endgültig auf diese Befugnis Verzicht leistet, die immer und notwendigerweise vorbehalten bleibt, selbst dann, wenn der Vorbehalt nicht ausdrücklich formuliert ist. Das ist kein Weg zum Abbau des Grundsatzes der Heiligkeit der Verträge, es ist die Anwendung des Grundsatzes, daß die Freiheit unveräußerlich ist, auf den gemeinsamen Willen der vertragschließenden Staaten!"

Und wenn im gleichen Werke Alphonse Rivier (Bd. II S. 129/30) die Forderung aufstellt, daß „der Staat, der vom Rechte des Rücktrittes von einem Vertrage Gebrauch machen will, vorerst den anderen Vertragsteil zu verständigen und die Änderung des Vertrages zu beantragen hat" —, so hat Deutschland, und daher ist der Hinweis der französischen Note auf Artikel 11 der Völkerbundsatzung abwegig, dieser Forderung französischen Völkerrechts mehr denn einmal entsprochen, indem es darauf hinwies, daß es einen Unterschied zwischen „moralischer" und „sachlicher" Gleichberechtigung nicht anerkennen könne, und kann nun „wenn die andere Vertragspartei aber die Änderung ablehnt, als in seiner Existenz oder Entwicklung bedrohter Staat den Vertrag einseitig lösen auf die Gefahr hin, daß dies zum Kriege führen sollte"! (A. Rivier.)

Frankreich täte also besser daran, in Fragen der Heiligkeit des Völkerrechts äußerste Zurückhaltung zu üben, anstatt die öffentliche Weltmeinung durch unberechtigte Vorwürfe gegen Deutschland aufzuwiegeln, zumal sein eigenes Schuldkonto, wie wir sahen, von Völkerrechtsbrüchen keineswegs frei ist. Deutschland jedoch, das seine Friedensliebe unzählige Male unter Beweis gestellt und nunmehr seine Gleichberechtigung und Sicherheit wieder in seine eigenen Hände genommen hat, bekennt sich mit seinem Führer zu dem Worte Kants:

„Nun spricht die moralisch-praktische Vernunft in uns ihr unwiderrufliches Veto aus:

Es soll kein Krieg sein!"

Der Automatenverkauf in Gast- und Schankwirtschaften

Von Gerichtsassessor Dr. jur. Hans W. Weber, Berlin

I. In seinem Aufsatz „Automatenverkauf, Ladenschlußzeit und Sonntagsruhe" (JW. 1935, 478ff.) befaßt sich Maaß mit der rechtlichen Stellung und Beurteilung des automatischen Verkaufs, wie er sich vor und nach Erlaß des Gesetzes über den Verkauf von Waren aus Automaten vom 6. Juli 1934 (RGBl. I, 585) und der dazu erlassenen AusfVO. v. 14. Aug. 1934 (RGBl. I, 814) darstellt. In diesem Zusammenhang behandelt er auch den Verkauf aus Automaten in Gast- und Schankwirtschaften. Soweit Maaß die organische Verbindung der Warenabgabe mit dem Wirtschaftsbetrieb als gelöst erachtet, wenn der Wirt nicht ausschließlich das Risiko für Gewinn und Verlust beim Automatenbetrieb trage, können seine Darlegungen nicht unwidersprochen bleiben.

1. Zutreffend geht Maaß davon aus, daß nach § 105i

GewO. Gaststätten nicht als offene Verkaufsstellen gelten und somit den Ladenschlußvorschriften nicht unterliegen, soweit der Wirt an seine Gäste Waren zum sofortigen Verzehr an Ort und Stelle abgibt. Hierbei muß es sich, wie auch Maaß hervorhebt, um Waren handeln, auf die sich die Konzession erstreckt (Speisen und Getränke) oder deren Abgabe wie bei Genußmitteln und gewissen Bedarfsgegenständen als Betriebsbestandteil anzusehen ist[1]).

2. Voraussetzung für die Zubehöreigenschaft dieses Verkaufs ist weiter, daß er auf Rechnung des Betriebsinhabers erfolgt. Denn die Zubehöreigenschaft beruht auf der gewerberechtlichen Einheit des Wirtschaftsbetriebes, die durch die (natürliche oder juristische) Person des Betriebsinhabers und nicht bloß durch den räumlichen Zusammenhang mit dem Betrieb der Gast- und Schankwirtschaft getragen wird[2]). Es genügt indessen, daß der persönliche Zusammenhang dadurch gewahrt wird, daß der Wirt als Unternehmer in Erscheinung tritt, indem er den Gewinn und Verlust maßgeblich — wenn auch nicht ausschließlich — trägt[3]).

Die von Maaß geforderte Ausschließlichkeit führt zu einer Verwischung des öffentlichen Rechts mit dem Zivilrecht. Die Erlaubnis, d. h. die auf ihr beruhende öffentlichrechtliche Befugnis ist rein persönlicher Natur; ihr Bestand ist an die Person des Inhabers, nicht an die Betriebsräume geknüpft, wenngleich sie nur mit Beziehung auf bestimmte Räume erteilt wird[4]). Das heißt indessen nicht, daß der Wirt auch sämtliche Handlungen höchstpersönlich vorzunehmen hat, wie Maaß bei folgerichtigem Weiterdenken annehmen müßte. Die höchstpersönliche Natur der Erlaubnis bedeutet vielmehr lediglich, daß sie nur der Person des Antragstellers zur selbständigen Ausübung seines Gewerbes erteilt wird (vgl. auch § 6 GaststättG.) und weder durch Veräußerung noch durch Verpachtung oder Erbgang übertragbar ist[5]). Die Frage, ob die (konzessionierte) Gewerbeausübung selbständig ist, ist also mit der höchstpersönlichen Natur der Erlaubnis nicht gleichbedeutend, sondern von ihr zu unterscheiden. Das Gewerbe muß, um als selbständig zu gelten, nach herrschender Ansicht in Schrifttum und Rechtsprechung im eigenen Namen und unter eigener Verantwortung, in der Regel auch auf eigene Rechnung betrieben werden[6]). Gleicher Meinung ist der von Maaß für seine Ansicht angeführte Landmann-Rohmer[7]). Er hebt ausdrücklich hervor, daß der Gewerbetreibende, auch wenn Gewinn und Verlust infolge Vertrags eine dritte Person treffen, ja sogar wenn der Gewerbetreibende keinen Unternehmergewinn bezieht, unter Umständen als selbständig anzusehen ist, vorausgesetzt, daß er das Geschäft im eigenen Namen betreibt. Demgemäß grenzt Landmann-Rohmer a. a. O. S. 171 den Begriff dahin ab: „Selbständiger Gewerbetreibender ist derjenige, der weder als Stellvertreter, d. i. im Namen und für Rechnung einer anderen Person, noch in einer solchen wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeit von einer Person, daß er als gewerblicher Arbeiter derselben erscheint, ein Gewerbe betreibt."

Es kommt also in der Tat wesentlich darauf an, wer das mit dem Verkauf verbundene Unternehmerrisiko trägt[8]), wobei es also unerheblich ist, ob das Risiko des Wirtes nur gering ist[9]) oder ob sich der Unternehmer vertragsmäßig der Beschränkung des ausschließlichen Warenbezuges von einem Lieferanten unterworfen hat[10]).

3. Da die Wirte in der Regel nicht Eigentümer, sondern Mieter der Automaten sind, so müssen die zwischen Vermieter und Wirt vorliegenden Abmachungen und Verträge daraufhin geprüft werden, ob der Wirt beim Verkauf der zulässigen Waren an seine Gäste noch als selbständiger Gewerbetreibender in dem dargelegten Sinne anzusehen ist. Das ist selbstverständlich ohne weiteres der Fall, wenn der Vermieter dem Wirt den Automaten mietweise zur Verfügung stellt und ihm im übrigen den ganzen Verkaufs- und Bedienungsvorgang (Ankauf der Ware, Füllung des Automaten usw.) überläßt. Meist geht das Geschäft aber so vonstatten, daß der Vermieter gleichzeitig Lieferant der automatisch zu verkaufenden Ware (z. B. der Zigaretten) ist. Der Verkauf erfolgt hier wohl ausnahmslos im eigenen Namen des Wirtes, den kaufenden Gästen ist der Lieferant völlig unbekannt. Der Lieferant stellt aber in der Regel weiter die Bedingung, daß der Wirt die von ihm zu beziehenden Warensorten nur durch den Automaten und nicht über den Schanktisch verkauft, daß die Füllung durch seine — des Vermieters — technisch geschulten Kräfte vorgenommen wird und daß die Kasse von beiden Teilen gemeinsam entleert wird, wobei sich vielfach der Vermieter den Kassen- und zum Teil auch den Automatenschlüssel vorbehält. Aus dem festgestellten Kasseninhalt wird dann nach dem vertraglich ausbedungenen Verhältnis zwischen den Vertragsteilen abgerechnet und ausgezahlt.

Ist die Beteiligung des Wirtes an dem Verkauf nur geringfügig (Umsatzbeteiligung), während im übrigen nicht allein die äußere Abwicklung, sondern auch die für die Verkaufsentwicklung maßgebliche Bestimmung des Geschäfts beim Vermieter liegt, so muß die Stellung des Wirtes allerdings als so abhängig und untergeordnet angesehen werden, daß von einer Selbständigkeit keine Rede mehr sein kann und der Verkauf als auf Rechnung und Verantwortung des Vermieters gehend angesehen werden muß[11]).

Ist dagegen eine maßgebliche Gewinn- und Verlustbeteiligung vorgesehen, so stehen einem solchen Vertrage Bedenken nicht entgegen. Daß die Beteiligung überwiegend sein muß, wird nicht gefordert werden können. Die zwischen den Vertragsteilen bestehende enge Bindung und die Verpflichtung, die betreffende Ware nur vom Vermieter zu beziehen, schließt die Selbständigkeit des Wirtes nicht aus[12]). Seine Verantwortung zeigt sich darin, daß er den Aufstellungsplatz bestimmt, daß er die zum Verkauf gelangenden Sorten (Preislagen und Packungsgrößen) festsetzt, daß er für rechtzeitige und ausreichende Bestellung der Ware zu sorgen hat usw. Auch der Umstand, daß der Vermieter den Kassenschlüssel besitzt und durch seine Leute den Automaten füllen läßt, ändert daran nichts[13]). Der letztgenannte Umstand erklärt sich zum Teil schon aus den technischen Gegebenheiten, da das Gerät nur dann ständig und einwandfrei arbeitet, wenn die Packungen sorgfältig und waagerecht eingelegt und die Schächte genau eingestellt werden. Dem „Schlüsselvorbehalt" (wie ich es kurz nennen möchte) des Verleihers kommt im übrigen eine ähnliche den Lieferanten sichernde Bedeutung zu, wie dem Eigentumsvorbehalt bei sonstigen Lieferungsverträgen, der die Selbständigkeit des Gewerbebetriebes für sich allein nicht in Frage stellen kann. Bildet doch in der Jetztzeit der Eigentumsvorbehalt in der Wirtschaft die

---

[1]) Vgl. Rohmer, Anm. 3h zu § 1 GaststättG. S. 14; Landmann-Rohmer, Anm. 4a zu § 41a GewO. S. 546ff.; Michel, Anm. V, 1 zu § 1 S. 40 und die von beiden angeführte Rechtsprechung; v. Rohrscheid S. 273.

[2]) Vgl. im einzelnen eingehend Michel: R.- u. PrVerwBl. 1931, 910.

[3]) Vgl. Michel a. a. O.

[4]) Rohmer, Anm. 5f zu § 1 GaststättG. S. 21; vgl. auch Michel, Anm. VIII zu § 1 S. 53.

[5]) Vgl. Michel a. a. O. S. 53.

[6]) Michel, Anm. I, 2 zu § 1 S. 26 mit eingehender Rechtsprechung und neuerdings erst wieder PrOVG., Urt. v. 22. März 1934: RVBl. 1935, 199.

[7]) Anm. 2a zu § 14 S. 170.

[8]) Rohmer zu § 1 GaststättG., Anm. 3h S. 14 und Anm. 5b S. 19; Michel, Anm. V, 1 S. 41/42; v. Rohrscheid S. 272 bis 274; PrOVG.: R.- u. PrVerwBl. 1930, 134 und RVBl. 1935, 199.

[9]) 2. StrK. des LG. Fürth, rechtskr. Urt. v. 11. Juli 1934, VerReg. Nr. 554/34; vgl. dazu Urt. BayObLG. in gleicher Sache (Zurückverweisung) v. 28. Jan. 1934, RevReg. II Nr. 310/33; ferner PrOVG.: RVBl. 1935, 199.

[10]) PrOVG. a. a. O.

[11]) Vgl. Michel zu § 1, Anm. I, 2 S. 26 und Anm. V, 1 S. 42 nebst Rechtsprechung; Landmann-Rohmer, Anm. 2a zu § 14 GewO. S. 171; s. auch OVG.: RVBl. 1935, 197—199.

[12]) OVG. a. a. O.

[13]) Gleicher Ansicht ist das angeführte Urteil der StrK. Fürth.

Regel[14]). Überhaupt macht es keinen Unterschied, ob der Lieferant über die Ware im voraus oder nachträglich abrechnet oder ob er sich das Eigentum bis zum endgültigen Absatz an den letzten Verbraucher vorbehält[15]). Der „Schlüsselvorbehalt" und der automatische Verkauf bringen für den Wirt auch einen erheblichen Vorteil doppelter Art mit sich: er braucht die Ware nicht im voraus zu bezahlen, da sie nachträglich aus dem Kasseninhalt beglichen wird, während er seine Gäste auf den Automaten verweisen kann, so daß er vor der Hergabe von Ware auf Kredit und vor den dadurch entstehenden Schäden bewahrt bleibt. Auf der anderen Seite bleibt für den Wirt das Risiko des automatischen Verkaufs, das in dem üblichen Unternehmerwagnis (z. B. Verderb der Ware, Bestellung nichtgängiger Sorten) sowie in der Gefahr des Mißbrauchs (z. B. Falschgeldeinwurf, Diebstahl, mutwillige Beschädigung durch Betrunkene) und in Haftpflichtschäden besteht: Der Automat kann um- oder herunterfallen oder ein Gast kann sich infolge unglücklicher Umstände verletzen (z. B. beim Ziehen die Finger klemmen od. dgl.).

4. Zieht man alle diese Umstände und ferner die Tatsache in Rechnung, daß der Verkauf regelmäßig im eigenen Namen des Wirtes erfolgt — überhaupt die wenigsten Gäste wissen davon etwas, daß der Automat dem Wirt nicht selbst gehört —, so sind rechtliche Zweifel an der selbständigen Gewerbeausübung m. E. nicht mehr möglich. Dies um so mehr, daß sich die Vollziehung der Vorschriften über Ladenschluß und Sonntagsruhe darauf zu beschränken hat, einer mißbräuchlichen Ausnutzung des Gast- und Schankwirtschaftsgewerbes zum Handelsbetrieb an Sonn- und Festtagen entgegenzutreten[16]).

Schließlich beweist auch die Bestimmung in der AusfVO. zum Ges. über den Verkauf von Waren aus Automaten vom 14. Aug. 1934 unter Ziff. 3, wonach bei offenen Verkaufsstellen der Verkauf nach Ladenschluß ausschließlich auf Rechnung des Inhabers der Verkaufsstellen erfolgen muß, daß der Gesetzgeber nach dem Ges. v. 6. Juli 1934 davon ausgegangen ist, daß auch angesichts einer Umsatzbeteiligung eines Dritten der Verkauf auf Rechnung des Verkaufsstelleninhabers erfolge und somit auch nach Ladenschluß zulässig sei. Der Gesetzgeber hat deshalb, Wünschen des Einzelhandels entgegenkommend, die Anforderungen — im Gegensatz zu dem zulässigen Verkauf in Gast- und Schankstätten — dahingehend verschärft, daß der Verkauf ausschließlich auf Rechnung des Einzelhandels erfolgen muß. Ein zwingenderer Umkehrschluß ist kaum denkbar.

II. Daß auch die beteiligten Gewerbekreise den automatischen Verkauf in Gastwirtschaften, der nicht ausschließlich auf Rechnung des Wirtes erfolgt, für zulässig halten, geht daraus hervor, daß sich die Wirtschaftsgruppe Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe, die Fachgruppe Automatenaufstellgewerbe, die Fachuntergruppe Automaten und die Wirtschaftsgruppe Einzelhandel (die frühere Hauptgemeinschaft des deutschen Einzelhandels) kürzlich auf einen Mustervertrag über die Aufstellung von Zigarettenautomaten in Schankbetrieben geeinigt haben, der die Billigung des Reichswirtschaftsministeriums und der Reichswirtschaftskammer gefunden hat. In diesem Vertrag sind die Rechte und Pflichten des Zigarettenlieferanten (Vermieters) und des Wirtes (Mieters) genau abgegrenzt. Wenn es in Ziff. 7 des Vertrages heißt, daß der Gastwirt durch den Automaten im eigenen Namen und unter eigener Verantwortung verkaufe, so ist das keine leere Formel, sondern es bestätigt sich aus dem übrigen Inhalt des Vertrages. Die Verantwortung des Wirtes ist z. B. in Ziff. 4 (Behandlung des Gerätes), Ziff. 7 (Bestimmung der Zigarettensorten und Packungsgrößen), Ziff. 9 (Teilung des Risikos zwischen Vermieter und Mieter zu gleichen Teilen) und vor allem in Ziff. 10 klar herausgestellt: hier ist genau festgelegt, wie hoch die Spanne (Unterschied zwischen Fabrikgrundpreis und Kleinhandelspreis) ist. Von dieser Spanne erhält der Vermieter (Lieferant) ein verhältnismäßig bescheidenes nach dem Umsatz gestaffeltes Entgelt für die Miete und Wartung des Automaten, während dem Wirt der Hauptanteil verbleibt, der sich noch um die Risiko- und Unkostenbeteiligung (Ziff. 9) ermäßigen kann. Damit dürfte, wie die Einigung der Wirtschaftsgruppen beweist, eine allen Teilen gerechtwerdende Lösung gefunden sein, die sicher einmal als Vorbild für ähnliche Verträge dienen kann.

[14]) Vgl. StrK. Fürth a. a. O.
[15]) Vgl. OVG. a. a. O.; StrK. Fürth a. a. O.
[16]) Landmann-Rohmer, Anm. 4 zu § 41 a GewO. S. 547.

Der nationalsozialistische Eigentumsbegriff

Von Dr. Loth, Berlin

Der Begriff des Eigentums wird im BGB. als ein feststehender angesehen; das Gesetz begnügt sich damit, die aus diesem Begriff sich ergebenden Folgen im § 903 BGB. dahin festzulegen, daß der Eigentümer einer Sache, sofern nicht Gesetz und Recht Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von der Einwirkung ausschließen kann. Im ersten Entwurf des § 848 BGB. war vorgeschlagen, eine dahingehende Fassung zu wählen, daß der Eigentümer mit der Sache nach „Willkür" verfahren könne. Die zweite Kommission hat an Stelle der „Willkür" das „Belieben" gesetzt, um damit zum Ausdruck zu bringen, daß der Eigentümer sich nicht über die Gebote der Sittlichkeit (§§ 226, 826 BGB.) hinwegsetzen könne.

Die Begriffsbestimmung vom Eigentum, die vom juristischen Schrifttum der liberalistischen Zeitepoche festgelegt wurde, läßt so recht erkennen, wie die egoistische Selbstbehauptung des Individuums in den Vordergrund gedrängt und die Interessen der Allgemeinheit hintenangesetzt werden. So bezeichnet Stobbe (2. Aufl. Bd. 2 § 78 S. 50) Eigentum als die oberste rechtliche Herrschaft; Stammler (in Konrad: Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 2. Aufl., 3, 304) faßt den Eigentumsbegriff dahin, daß er als Eigentümer einer Sache diejenige Person bezeichnet, deren rechtliches Ermessen für die Sache in letzter Linie nach dem Spruche des Gesetzes maßgebend ist. Einen erheblichen Schritt weiter in der Klärung des Eigentumsbegriffs im Verhältnis zur Allgemeinheit geht Endemann (BGB., 9. Aufl., Bd. II, 1 S. 429), als er fordert, daß es als Aufgabe der staatlichen Ordnung anerkannt werden muß, dem Eigentum diejenige rechtliche Ausgestaltung zu geben, die unter Einschränkung der Einzelwillkür auch das Privateigentum in den Dienst des Gemeinwohls stellt.

Im germanischen Recht kennen wir in der ältesten Rechtssprache keinen egozentrischen Eigentumsbegriff, denn solange die Naturwirtschaft herrschte, war die Nutzung einer Sache derart bedeutungsvoll, daß derjenige, der die Sache zur „Leihe" oder zu „Nutz und Gewere" hatte, dem Eigentümer wenig in der Wertung nachstand. Erst seit dem 13. Jahrhundert trat die Bedeutung des Verkehrswertes der Sache und der Verfügungsmacht über sie entscheidend hervor. Seit dieser Zeit findet sich das Wort „eigen" im Sinne von Eigentumsrecht am Grund und Boden im Gegensatz zur beweglichen Sache, die mit „Fahrnis" bezeichnet wurde. Für ererbtes Grundeigentum finden wir die Bezeichnungen „Arbi" oder „erbe". Daneben besteht der Ausdruck „Eigenschaft", noch erhalten in dem Wort „Leibeigenschaft".

Aus dem zuvor Gesagten ergibt sich, daß Eigentum in seinem Werte der Nutzung gleichstand. Es fand sich am Grund

und Boden auch kein Privateigentum, sondern die Feldmark stand im Eigentum der Dorfgenossen, wie überhaupt der Grund und Boden von Natur zum Gemeingut bestimmt und darum der Privatherrschaft entzogen war (vgl. Weiske, Germania 217, Luft, Wasser, Feuer, Erde sind gemeinschaftlich und leiden kein volles Eigentum). Es wurde das Ackerland nach bestimmter Bebauungsordnung an die Dorfgenossen (Markgenossen) zur Nutzung an den einzelnen verteilt; an der Allmende, dem Wald und Weideland, dem Dorfteiche und Brunnen fand Gemeingebrauch nach Bedürfnis statt, nur Haus, Hof und fahrende Habe standen dagegen im Sondereigentum. Diese genossenschaftliche Bindung zum Gemeinbesitze ließ den absoluten Charakter der Einzelherrschaft zurücktreten. Es herrschte der Grundsatz vor, daß das Eigen nur zum „Nutz und Frommen" der Dorfgenossen verwandt werden durfte.

Der Begriff des Eigentums im BGB., der keinen Unterschied zwischen beweglichem und unbeweglichem, Sonder- und Gemeineigentum mehr macht, steht unter dem Einfluß der naturrechtlichen Lehre des 18. Jahrhunderts und der neueren, seit der französischen Revolution wirkenden Ideen: Die Überschätzung des Eigenwertes und des Eigenrechtes des Individuums macht sich auch bei der Abgrenzung seiner zivilrechtlichen Machtbefugnisse geltend, es wird eine Formulierung des Eigentumsbegriffs üblich, daß Eigentum absolute und schrankenlose Macht sei. Schon in der Vorkriegszeit ist aus sozialen und ethischen Gesichtspunkten heraus die Forderung aufgestellt worden, das Eigentum stärker zu binden und den höheren Zwecken des allgemeinen Wohles dienstbar zu machen. Die Gesetzgebung ist in einigen Fällen dieser Forderung nachgekommen, allein in der Rechtsprechung ist der Grundsatz der Berücksichtigung der Allgemeinheit nicht zur Entwicklung gekommen: Es wurden Eigentumsbeschränkungen nur dann als gegeben anerkannt, wenn Gesetz oder Rechte Dritter dies vorsahen. Eine Ausweitung des Eigentumsbegriffs in dem germanischen Sinne, daß dieses nur zum Nutz und Frommen der Gesamtheit verwertet werden dürfe, ohne daß besondere gesetzliche Bestimmungen oder Rechte Dritter vorlagen, hat die Rechtsprechung bedauerlicherweise nicht vorgenommen, sie steht noch vollkommen im Banne liberalistischer, uns artfremder Rechtsauffassung und kann noch nicht verstehen, daß Eigentum verpflichtet und daß die Verwertung des Eigentums und seine Benutzung unter dem Gesichtspunkte des nationalsozialistischen Grundsatzes „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" zu erfolgen hat.

Diesem heutigen Eigentumsbegriff hat Dr. Heilmann (Deutsches Recht 6. Heft 1935) trefflich lebenswarmen Ausdruck verliehen, als er den Eigentumsbegriff dahin definiert, daß Eigentum nicht mehr ein dem einzelnen unbeschränkt zustehendes Recht ist, sondern ein durch Rücksichtnahme auf die Volksgemeinschaft sozial gebundenes Recht, das eine Verpflichtung in sich schließt. Die Rechtsnormen zur Verwirklichung dieser Pflicht können aber keine Schranken des Eigentums mehr sein.

Die wichtigste Beschränkung der Nachbarrechte nach öffentlichem Recht ergibt sich aus dem alles deutsche Recht der Gegenwart und Zukunft beherrschenden Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" (RGRKomm., 8. Aufl., § 903 S. 184). Danach kann das Eigentum nicht mehr als eine der freien Willkür des einzelnen überlassene Angelegenheit, sondern muß nach diesem Rechtsgrundsatz als eine sozial gebundene Einrichtung angesehen werden. Die Volksgemeinschaft, die durch ihren Staat dem einzelnen das Eigentum gewährleistet und schützt, kann und muß fordern, daß der Eigentümer von seinem Recht (Eigentum) keinen Gebrauch macht ohne oder gar gegen die Rücksicht auf das Allgemeinwohl, sondern daß er seine Herrschaft über das Eigentum, durchdrungen von dem Gefühl der Verantwortung für das Ganze, im Geiste des allgemeinen Besten ausübt. Das gleiche gilt von den Beschränkungen, die der Eigentümer eines Grundstücks zugunsten der Allgemeinheit dulden muß, insbesondere wenn diese auf Nachbargrundstücken dem Allgemeinwohl dienende Anlagen unterhält.

Der der heutigen Rechtsauffassung entsprechende Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" ist nicht etwa neuen Datums: Bereits aus früherer Zeit stammen einige reichsrechtlich geregelte öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen (Grundeigentum in der Umgebung von Festungen, Telegraphenwege, Postgesetz, Denkmalschutz).

Auf dem Gebiete des Privatrechts enthält das BGB. Eigentumsbeschränkungen sowohl für bewegliche als auch für unbewegliche Sachen in dem § 226 BGB. (Schikaneverbot), § 823 BGB. (unerlaubte Handlung), § 826 (Bordellbetrieb), § 904 BGB. (Notstandsrecht für Grundstücke), §§ 867, 1005 BGB. (Aufsuchen und Wegschaffen von Sachen auf fremden Grundstücken) und §§ 905—924 BGB. Außerdem sei in diesem Zusammenhang auf die zwar weniger tief greifenden Beschränkungen des nachbarrechtlichen Anspruchs aus § 26 GewO. verwiesen.

In einigen Fällen hat das RG. den Standpunkt vertreten, daß, wenn Einwirkungen von einem Grundstück infolge Ausübung staatshoheitlicher Rechte ausgehen (z. B. von einem Polizeiarrestlokal), weder Vorkehrungen zur Verhütung der Einwirkungen verlangt werden können, noch die Beseitigung dieser Anlage (RGZ. 84, 303 = JW. 1914, 648). Für einen solchen Anspruch (z. B. auf Unterlassung der Zuführung von Geräuschen und Erschütterungen durch eine elektrischen Strom und Licht erzeugende Dampfmaschine, die für den Unterrichtsbetrieb in einer staatlichen Maschinenbauschule bestimmt ist) ist der Rechtsweg überhaupt ausgeschlossen. Das gleiche gilt für Betriebe im öffentlichen Interesse, die behördlich genehmigt sind, z. B. Artilleriewerkstatt, Postbetrieb, Kanalisation, Eisenbahnanlagen, Kanalbauten. Für irgendwelche überwiegenden Einwirkungen kann hier kein Schadensersatz beansprucht werden, sondern nur Vorkehrungen insoweit, als dadurch keine wesentliche Schädigung der genehmigten Betriebsanlage herbeigeführt wird.

Das Ges. v. 13. Dez. 1933 (Volksertüchtigung) sieht eine Beschränkung des Anspruches des Eigentümers des in Mitleidenschaft gezogenen Grundstücks vor. Dieser Grundsatz ist, wie dargelegt, keineswegs neu, er ist aber richtunggebend für den Geist, der Gesetzgebung und Rechtsprechung jetzt beherrschen soll.

Das Ges. v. 13. Dez. 1933 sollte dem Recht suchenden Richter bei Vorliegen von Eigentumskonflikten zwischen Einzelpersonen und Anstalten, die der Allgemeinheit dienen, den Weg weisen. Es galt, die Lösung bei einem Konflikt zu finden, bei welchem Einzelinteressen und Volksinteressen sich nachbarlich berühren (Deutsche Justiz Nr. 40).

Das KG. sieht nach einem kürzlich verkündeten Urteil in dem Ges. v. 13. Dez. 1933 betreffend die der Volksertüchtigung dienende Versuchsanstalt für Handfeuerwaffen nur eine Ausnahmebestimmung, die eine grundlegende Abänderung der übrigen gesetzlichen Bestimmungen des Nachbarrechts nicht herbeigeführt habe. Dabei verkennt es, daß die bisherige Rechtsprechung auf den Wortlaut des BGB. gar nicht gestützt werden kann, sondern daß sie auf einer Auslegung des Gesetzes aufgebaut ist, die von dem damals herrschenden liberalistischen Geist, ja darüber hinaus von einer selbst damals außergewöhnlichen Überspannung der Individualrechte zuungunsten des Gemeinschaftsgedankens bestimmt ist. Die völlige Umwälzung der Staatsverfassung, insbesondere der Verhältnisse von Einzelpersonen zum Volksganzen, kann nicht ohne Einfluß auf die Auslegung der bestehenden Gesetze bleiben.

Auch das RG. dürfte nicht umhin können, seine Auslegung, die es in laufender Rechtsprechung dem § 906 BGB. gegeben hat, auch insofern weiter noch einer Nachprüfung zu unterziehen, als es den Grundsatz des besseren Rechts wegen Prävention ablehnt (RGRKomm. Anm. 11e Abs. 2). Der § 906 BGB. läßt durchaus eine andere Auslegung zu als diese etwas philologische, abstrakte. Der nationalsozialistische Reichsrichter wird diese konkrete Rechtsauffassung haben.

Das tschechische Zugabegesetz

In der tschechoslowakischen Sammlung der Gesetze und Verordnungen 1935, S. 170, wird das „Gesetz über das Verbot von Zugaben beim Verkauf von Waren oder bei der Ausführung von Leistungen" vom 12. April 1935 (ZugG.) veröffentlicht. Da es sich zum Teil sehr eng an die deutsche Zugaberegelung (ZugVO.) — Teil 1 der NotVO. zum Schutze der Wirtschaft v. 9. März 1932 (RGBl. I, 121) i. d. Fass. des Ges. über das Zugabewesen vom 12. Mai 1933 (RGBl. I, 264) — anlehnt und auch gewisse Berührungspunkte mit dem Rabattgesetz v. 25. Nov. 1933 (RGBl. I, 1011) (RabG.) aufweist, so erscheint eine kurze Betrachtung auch für den reichsdeutschen Juristen von Wert.

§ 1 Abs. 1 ZugG. entspricht dem § 1 Satz 1 ZugVO. nur mit der Erweiterung, daß er es ausdrücklich für gleichgültig erklärt, ob die Zugabe unmittelbar oder durch Vermittlung anderer Personen angeboten, angekündigt oder gewährt wird. Die Zugabe selbst ist im Abs. 2 begrifflich als Sache oder Leistung bestimmt, die in der Regel im wirtschaftlichen Verkehr nur gegen Entgelt erhältlich ist. Das entspricht ungefähr der Auslegung der deutschen Rechtslehre und Rechtsprechung (vgl. Klauer, Zugabewesen, Anm. 5 zu § 1, S. 27).

§ 2 ZugG. erklärt es für das Verbot für belanglos, a) ob die Zugabe ausdrücklich als Geschenk angekündigt wird (vgl. § 1 Abs. 3 Satz 1 ZugVO.); b) ob sie unmittelbar oder auf gesammelte Gutscheine gegeben wird, eine Vorschrift, die in der deutschen ZugVO. — anders § 4 RabG. — fehlt, aber aus Gründen der Klarheit zu begrüßen ist; c) ob sie verschleiert wird (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 und 3 ZugVO.) oder d) ob sie jedem Kunden oder nur dem durch Los bestimmten zugute kommt (vgl. § 1 Abs. 3 Satz 2 ZugVO.).

§ 3 zählt ähnlich § 1 Abs. 2 ZugVO. die nicht als Zugabe geltenden Fälle auf: So behandeln Buchstabe a und b (der deutschen lit. a entsprechend) bedeutungslose Kleinigkeiten, „denen eine vom Standpunkt des Wettbewerbs anstößige Anziehungskraft auf den Kunden (Abnehmer) fehlt", und Reklamegegenstände und -leistungen von geringem Wert, die gem. § 5, dem deutschen Vorbild entsprechend, mit dem nicht zu beseitigenden und deutlich sichtbaren Namen oder der Firma oder der Bezeichnung des werbenden Unternehmens versehen sein müssen, die nach § 11 Abs. 3 des tschech. UnlWG. in Kundenkreisen für das Unternehmen als kennzeichnend gilt. Unter § 3 c und d sind noch Reklameeinrichtungen aufgeführt, sofern sie für einen anderen als den Reklamezweck nicht verwandt werden können, sowie Propagandamittel und -aktionen durch Licht, Schall, Zeitungen, Zeitschriften sowie Reklame- und Firmenzeitschriften. Auch das entspricht der deutschen Rechtsauffassung, die derartige Werbungen nicht als Zugaben ansieht, zumal sie in der Regel unabhängig von dem Abschluß des Hauptgeschäfts sind. Erfreulich ist hierbei die Klarstellung für die Reklame- und Firmenzeitschriften, also die sogenannten „Kundenzeitschriften", deren Behandlung in Deutschland, obwohl in der Gesetzesbegründung ausdrücklich als zulässig bezeichnet, bei uns zeitweilig Schwierigkeiten und Zweifel mit sich gebracht hat (vgl. dazu Klauer, Zugabewesen, Anm. 10 zu § 1, S. 33 ff. und Fußnote 4 auf S. 34). § 3 e und f in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 lassen den üblichen Geld- und Warenrabatt, ähnlich wie § 1 Abs. 2 b und c ZugVO. unberührt, wobei, wie bei uns (lit. c und § 7 Abs. 2 RabG.), für den Warenrabatt Gleichartigkeit der Ware (Leistung) verlangt wird. Von einer weiteren Beschränkung des Rabatts, etwa im Verhältnis zum letzten Verbraucher, wie sie das RabG. enthält, ist abgesehen. Offenbar hat der Gesetzgeber die Bindung an die Üblichkeit, wie sie auch §§ 7, 8 und 9 Ziff. 1 RabG. enthalten, durchweg für ausreichend angesehen. Die Buchstaben h, ch und i entsprechen den Buchstaben d, f und g der ZugVO., wobei die Art der Nebenleistungen (Buchstabe h) etwas eingehender als in der deutschen Fassung bestimmt wird. § 3 Abs. 2 ZugG. ermächtigt die Regierung, nach Anhörung der beteiligten Interessenverbände — das sind gem. § 12 die Handels- und Gewerbekammern und der zuständige zentrale Verband — von dem Zugabeverbot noch andere Sachen und Leistungen auszunehmen. Diese Ermächtigung, die mir recht zweckmäßig erscheint, fehlt in der ZugVO. leider. Infolgedessen besteht in Deutschland ohne Gesetzesänderung keine Möglichkeit, bindend gewisse unschädliche Werbemittel vom Zugabeverbot freizustellen, die an sich vielleicht schon als ausgenommen anzusehen sind. Bei der Engherzigkeit, mit der seit einiger Zeit die Vorschriften der ZugVO. zum Teil — insbes. nach dem Vorbild mancher Einigungsämter und Interessenverbände — ausgelegt werden, besteht so die Gefahr, daß geschäftliche Bequemlichkeit und Beharrungsvermögen über Regsamkeit, Beweglichkeit und geschäftliche Rührigkeit den Sieg davon tragen zum Nachteil der Arbeitskräfte, die in der betreffenden Werbungsart ihren Broterwerb finden (vgl. dazu auch die Verlautbarung des Werberats der deutschen Wirtschaft in dessen Mitteilungsblatt „Wirtschaftswerbung" 1934, Heft 5, S. 32/33; Gottschick: MinBl. für Wirtsch. u. Arbeit 1934, 177 ff.).

Von besonderer Bedeutung ist § 6 ZugG., der im Grundgedanken eine gewisse Ähnlichkeit mit der durch das Gesetz über das Zugabewesen gestrichenen früheren Ziffer e des § 1 Abs. 2 ZugVO. aufweist. Danach sind ebenfalls keine Zugaben Sachen oder Leistungen, die an Stelle oder bis zur Höhe des üblichen Geldrabatts (§ 4 Abs. 1) vom Erzeuger, Großhändler oder anderen Lieferanten ihren Detaillistenabnehmern oder von Detailunternehmungen ihren Kunden gewährt werden („Ersatzwaren und -leistungen"), wenn diese Sachen oder Leistungen den Gegenstand des ordnungsmäßigen Handels (der ordnungsmäßigen Unternehmertätigkeit) dieser Personen und Unternehmungen bilden. Der Unternehmer muß nach Abs. 2 den Kunden darauf hinweisen, daß die Ersatzware in dem Preis eingerechnet ist und ihm das Wahlrecht zwischen Geld und Ersatzware zusteht. Der Kunde kann nach Abs. 3 den Rabatt in bar, bzw. den entsprechenden Abschlag (Nachlaß) vom Preis fordern, wenn er mit dem Preis nicht einverstanden ist, oder der Preis offenbar den Charakter und Zweck eines geringfügigen Entgelts im Sinne des § 2 e hat. Auf den Ersatzcharakter der Ware und das Wahlrecht des Kunden ist in jedem Fall hinzuweisen. Diese die sog. „Wertreklame" weiterhin ermöglichende Regelung unterscheidet sich von der früheren deutschen (§ 1 Abs. 2 e ZugVO.) in zweierlei: einmal muß sich der Wert der Zugabe im Rahmen des üblichen Geldrabatts halten; er ist somit der Höhe nach durch die Üblichkeit beschränkt. Ferner muß die zugegebene Ware der ordnungsmäßigen Unternehmertätigkeit entsprechen. Es ist demnach nicht möglich, daß z. B. ein Kaffeegeschäft Porzellan zugibt. Ob sich diese Regelung in der Praxis bewähren und als ausreichend erweisen wird, erscheint zweifelhaft. Denn Unternehmungen, die verschiedene Warengattungen nebeneinander führen (z. B. Waren- und Kaufhäuser u. dgl.) bleibt die Möglichkeit, ihre von der verkauften Ware wesensfremde Wertreklame beizubehalten, und auch die Nachlaßhöhe läßt noch genügend Spielraum für Zugabemißbrauch und Schädigung des Einzel-, insbes. des Fachhändlers. Immerhin bedeutet diese Lösung einen gewissen Fortschritt gegenüber dem früheren deutschen Vorbild.

Nach § 7 Abs. 1 gelten die Nachlässe (Rückvergütungen usw.) der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und ähnlicher Vereinigungen nebst Kapitaldividenden als üblicher Geldrabatt im Sinne des § 4 Abs. 1 ZugG. Dadurch wird auch hier, wie im deutschen Recht in den §§ 5 und 6 RabG., die Verwandtschaft von Rabatt- und Rückvergütung (vgl. darüber im einzelnen Michel-Weber, Anm. 2 zu § 5 RabG., S. 60—62) zum Ausdruck gebracht. § 7 Abs. 2 ZugG. verbietet jedoch ausdrücklich, diese Verteilungsarten vor dem Jahresabschluß zu gewähren, und erklärt gleichzeitig den sogenannten „festen Rabatt" (über diesen Begriff und die Gründe für seine Einführung s. Michel-Weber a. a. O.) für unzulässig.

§ 8 gestattet den sogenannten „organisierten Rabatt" (vgl. dazu § 4 RabG. nebst Anm. von Michel-Weber) mittels Sparmarken durch Handelsverbände und Rabattvereine. Auch der sogenannte „Eigenrabatt", d. h. die Ausgabe eigener Sparmarken (Gutscheine, Kassenzettel usw.) durch den Gewerbetreibenden selbst muß, wie mir aus § 2 b hervorzugehen scheint, als zulässig gelten. Von einer besonderen Sicherung, nach dem Vorbild des § 4 Abs. 1 Satz 2 RabG. ist hier abgesehen, desgleichen von besonderen Prüfungs- oder Überwachungsbestimmungen für den organisierten Nachlaß, wie sie § 4 Abs. 2 RabG. enthält.

§ 9 Abs. 1 ZugG. verbietet, entsprechend § 1 Abs. 3 ZugVO. die in § 2 a—g zugelassenen Waren (Leistungen) oder die Ersatzwaren (Leistungen) als Geschenk (umsonst usw.) zu bezeichnen. Nach Abs. 2 darf jedoch ausdrücklich die Tatsache hervorgehoben werden, daß im Preise der verkauften Ware (Leistung) die im § 3 Abs. 1 angeführten Sachen (Leistungen) inbegriffen sind. Diese auch für das deutsche Recht zwingende Folgerung, daß es jedenfalls möglich ist, auf die zulässigen Werbemittel sowie darauf hinzuweisen, daß sie wie jede sonstige Werbung (z. B. Licht- und Zeitungswerbung) in die Preise eingerechnet sind, wird merkwürdigerweise letzthin verschiedentlich bestritten, wobei lediglich die ablehnende Einstellung des Wettbewerbers und sein Wunsch Vater des Gedankens sind. — Denn die ZugVO. verbietet nur, die Zugabe als unentgeltlich zu bezeichnen oder sonstwie den Eindruck der Unentgeltlichkeit zu erwecken, gestattet somit Ankündigungen, die diesen Eindruck nicht erwecken.

§ 10 ZugVO. verbietet die sogenannte Hausreklame beim Verbraucher, also die Kundenwerbung durch die in Deutschland sogenannten „Propagandisten" außer für Erzeugnisse, über deren Benutzung, Tätigkeit und Einrichtung der Verbraucher belehrt werden muß. Bei dem Mißbrauch, der zum Teil mit dieser Haus-

werbung verbunden ist, stellt dies zweifellos einen erfreulichen Fortschritt dar, für den bei uns das Vorbild noch fehlt.

§ 11 ZugG. enthält die Strafbestimmungen (Verwaltungsstrafe), § 12 die Verpflichtung für Gerichte und Verwaltungsbehörden, in Zweifelsfällen die zuständige Handels- und Gewerbekammer und den zuständigen zentralen Interessenverband um Äußerung zu ersuchen. Dadurch ist eine Beteiligung und Mitwirkung der betroffenen Gewerbekreise sichergestellt, wie sie bei uns im Einigungsamt (§ 2 des Gesetzes über das Zugabewesen und § 13 RabG.) vorgesehen ist.

§ 14 ZugG. gibt die Befugnis, bei Verurteilung die unzulässigen Zugaben und die dazugehörigen Werbemittel für verfallen zu erklären. § 15 Abs. 1 ermächtigt zur Veröffentlichung nicht nur einer Verurteilung (vgl. § 3 Abs. 3 ZugVO.), sondern ausnahmsweise auch ihrer Gründe (§ 15 Abs. 2 ZugG.) in einer oder mehreren Zeitschriften, namentlich in Fachzeitschriften.

§ 16 behandelt, ähnlich § 2 Abs. 2 ZugVO. und § 12 RabG. den Unterlassungsanspruch, auf den sinngemäß gewisse Bestimmungen des tschechischen UnlWG. Anwendung finden, dessen Vorschriften überhaupt durch das ZugG. nicht berührt werden (§ 17). § 18 bringt die Übergangsvorschriften (vgl. § 5 ZugVO., § 3 Abs. 2 Gesetz über das Zugabewesen, § 14 Abs. 2 RabG.), § 19 ZugG. das Inkrafttreten drei Monate nach Kundmachung.

Ein kurzer Blick auf das neue Gesetz lehrt, daß auch in unserem Nachbarstaat, der sich so gern als Hort liberaler und freiheitlicher Gedanken aufspielt, gewisse Werbearten, wie das Zugabewesen, nicht mehr einem freien, ungezügelten Wettbewerb überlassen werden, sondern daß auch hier gewisse einschränkende und ordnende Bestimmungen als notwendig erschienen sind. Dabei hat, das ist unverkennbar, die deutsche Zugabe- und auch die Rabattgesetzgebung zum Vorbild gedient oder zum mindesten befruchtend und anregend gewirkt. Es wird abzuwarten sein, ob die Entwicklung hierbei stehen bleiben wird, oder ob sich auf die Dauer, wie in Deutschland, auch eine Beseitigung der „Ersatzzugabe" (Wertreklame) oder eine weitere Einschränkung der Rabattbestimmungen als notwendig erweist.

GerAss. Dr. Hans W. Weber, Berlin.

Wechselrechtliche Zweifelsfragen aus der landwirtschaftlichen Entschuldung.

Aus der Fülle der Zweifelsfragen, die die Anwendung des SchRG. auf die Wechselverpflichtungen des Betriebsinhabers ergibt, sollen im folgenden nur einige von denjenigen behandelt werden, die für die Praxis besonders wichtig sind, aber, soweit ersichtlich, bisher weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum erörtert worden sind.

1. Bei Wechselforderungen, die am Entschuldungsverfahren beteiligt sind, greift die Regelung des § 34 SchRG. so weit Platz, als sie in dem Entschuldungsplan (Zwangsvergleich) aufgenommen worden sind. Das bedeutet, daß die Wechselforderung gegen den Betriebsinhaber in eine unkündbare, zinsgesenkte Tilgungsforderung umgewandelt wird. Ist der Wechsel an mehrere Personen indossiert worden, so unterliegen der Regelung des § 34 SchRG. nicht nur diejenigen Wechselforderungen, deren Inhaber in dem Entschuldungsplan (Zwangsvergleich) als Gläubiger aufgenommen worden sind. Das Wechselrecht der Vormänner des jetzigen Inhabers ist zwar durch die Weitergabe des Wechsels nicht erloschen (RGZ. 77, 190 = JW. 1912, 84). Jedoch kann es, solange das Wechselrecht des jetzigen Inhabers fortbesteht, nicht geltend gemacht werden (RGZ. a. a. O.). Deshalb kann eine Anmeldung des Wechselrechts im Konkurse nur von dem jetzigen Wechselinhaber und nur für seine Rechte erfolgen (RGZ. 14, 172). Dasselbe muß aber für die Anmeldung im Entschuldungsverfahren gelten. Infolge der Einheitlichkeit der Wechselschuld werden die gesamten Wechselverbindlichkeiten des Betriebsinhabers einheitlich geregelt. Daher werden auch die Wechselforderungen der Vormänner gegen ihn in unkündbare Tilgungsforderungen umgewandelt.

Geregelt wird nur die Wechselforderung gegen den Betriebsinhaber, nicht gegen die übrigen Wechselverpflichteten. Diese haften in der bisherigen Weise auch dann, wenn sie nur als Bürgen unterzeichnet haben. § 35 SchRG. greift gegenüber der Sonderregelung des § 34 SchRG. nicht Platz (h. M.). Hinsichtlich ihrer Wechselverpflichtung ist es so anzusehen, als ob der Betriebsinhaber aus dem Wechsel in der alten Weise haftet. Daraus sind folgende Folgerungen zu ziehen:

2. Ist der Betriebsinhaber Annehmer und ist danach zur Erhaltung der Ansprüche gegen die übrigen Wechselverpflichteten ein Protest erforderlich, so muß er gegenüber dem Betriebsinhaber rechtzeitig und so vorgenommen werden, als ob ein Entschuldungsverfahren nicht stattgefunden hätte. Soweit ein Protest zur Wahrung der Fristen noch während des Entschuldungsverfahrens stattfinden muß, hat das Entschuldungsgericht, dem der Wechsel eingereicht worden ist (§ 11 Abs. 1 Satz 1 SchRG., Art. 14 der 3. DurchfVO.), ihn dem Gläubiger auszuhändigen. Man kann gegen die Protesterhebung nach Durchführung des Entschuldungsverfahrens nicht einwenden, eine Protesterhebung komme dann nicht in Frage, wenn feststehe, daß der Annehmer den Regreßbetrag nicht oder nicht zur Zeit schulde. Der Protest dient lediglich der Feststellung, daß der Wechsel derjenigen Person vorgelegt worden ist, von der die wechselrechtlichen Leistungen an sich zu holen sind. Darauf, ob und inwieweit gegen den Protestaten ein Wechselanspruch geltend gemacht werden kann, kommt es nicht an. Ein Protest ist z. B. auch bei gefälschtem Akzept erforderlich (vgl. Staub-Stranz, 4 zu Art. 41 WO.).

3. Die gleichen Grundsätze gelten hinsichtlich der Frage, ob der Wechsel in den Fällen des Art. 38 Abs. 1 WechselG. dem Betriebsinhaber als Annehmer zur Zahlung vorgelegt werden muß (vgl. Art. 53 WechselG.).

4. Die Verjährung der Wechselansprüche gegen den Betriebsinhaber ist eine andere als gegenüber den übrigen Wechselschuldnern. Der Lauf der Verjährungsfristen für die Ansprüche gegen den Annehmer beginnt mit dem Verfalltage (Art. 70 Abs. 1 WechselG.). Da die Wechselansprüche gegen den Betriebsinhaber in eine unkündbare Tilgungsforderung umgewandelt werden, bestehen ihm gegenüber mehrere Verfalltage, nämlich so viel, wie Tilgungsraten zu leisten sind. Für jede einzelne Tilgungsrate läuft eine besondere Verjährungsfrist. Entsprechendes gilt für die Verjährung der Ansprüche gegen den Betriebsinhaber als Indossanten oder Aussteller des Wechsels (vgl. Art. 70 Abs. 3 WechselG.). Die Verjährung der Ansprüche gegen die übrigen Wechselverpflichteten ist von der der Ansprüche gegen den Betriebsinhaber unabhängig und bestimmt sich lediglich nach dem bisherigen Wechselrecht.

5. Soweit Wechselzinsen auf Grund des Art. 5 WechselG. zu zahlen sind, werden die bei Eröffnung des Entschuldungsverfahrens bereits rückständigen Zinsen nach den §§ 14, 82 f., 34 SchRG.) in eine unkündbare, mit 4 oder 4½% verzinsliche Tilgungsforderung umgewandelt. Die später fällig gewordenen Zinsen werden zwar nicht umgewandelt, aber herabgesetzt (auf 4 oder 4½%: §§ 84, 14 SchRG.; vgl. auch Art. 9 der 6. DurchfVO.). Zu beachten ist, daß nach Art. 2 Abs. 3 Satz 1 VO. über den Vollstreckungsschutz im landwirtschaftlichen Entschuldungsverfahren v. 27. Dez. 1933 die Verjährung der Ansprüche des beteiligten Gläubigers gegen den Betriebsinhaber während des Entschuldungsverfahrens gehemmt ist.

Ist die gegen den Betriebsinhaber gerichtete Wechselforderung eine Wechselregreßforderung, beruht die Zinsforderung mithin auf Art. 48 f. WechselG., so gilt entsprechendes.

Handelt es sich um eine Zinsforderung gegen den Annehmer unter dem Gesichtspunkt des Verzuges (§ 288 BGB.: Quasowski-Albrecht, 9 zu Art. 39 WechselG.), so sind die bei Eröffnung des Entschuldungsverfahrens bereits aufgelaufenen Zinsen wie sonstige Zinsen zu behandeln. Die später fällig gewordenen Verzugszinsen fallen mit der Aufhebung des Entschuldungsverfahrens (bei Bestätigung des Entschuldungsplans, Zwangsvergleichs) dagegen fort (Art. 10 der 6. DurchfVO.).

6. Kann die Veränderung des Wechselanspruchs gegen den Betriebsinhaber in dem Wechseltext zum Ausdruck gebracht werden? Das Gesetz schweigt. Es handelt sich um einen Fall, in dem der Rechtsprechung die Aufgabe des Gesetzgebers zufällt und festgestellt werden muß, welche Regelung der Gesetzgeber getroffen hätte. Unter dem Gesichtspunkt, daß die wechselrechtlichen Verhältnisse für jeden möglichst klar erkennbar sein müssen, dürfte es gerechtfertigt sein, dem Betriebsinhaber das Recht zuzusprechen, von dem Wechselinhaber eine der neuen, durch das Entschuldungsverfahren herbeigeführten Rechtslage entsprechende Änderung des Wechselinhalts zu verlangen.

7. Wenn nach Durchführung des Entschuldungsverfahrens der Wechsel ohne Änderung seines Inhalts weitergegeben wird, so braucht der Betriebsinhaber jedoch nicht zu befürchten, daß ihm hierdurch gegenüber dem neuen Wechselinhaber seine Einwendungen aus dem Entschuldungsplan (Zwangsvergleich) abgeschnitten werden, auch nicht, wenn der neue Gläubiger beim Erwerb gutgläubig gewesen ist. Bei diesen Einwendungen dürfte es sich um solche handeln, die gegenüber dem gutgläubigen Erwerber sowohl nach Art. 82 WO. als auch nach Art. 17 WechselG. an sich nicht geltend gemacht werden können. Jedoch ist es gerechtfertigt, § 51 Abs. 3 SchRG. entsprechend anzuwenden. Diese Bestimmung schließt die Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gegenüber den sich aus dem Entschuldungsplan (Zwangsvergleich) ergebenden Einwendungen aus. Ihr Grund ist der, daß das Ergebnis des Entschuldungsverfahrens dem Betriebsinhaber auch gegenüber dem gutgläubigen Erwerber erhalten bleiben soll. Dieser Grund trifft für seine wechselrechtlichen Verhältnisse ebenso zu.

AGR. u. LGR. Dr. v. Rożycki-v. Hoewel, Magdeburg.

Zustellungen an die NSDAP.

Die erste Ausführungsbestimmung über die VO. zur Durchführung des Gesetzes zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 29. April 1935 (RGBl. I, 583) enthält wichtige Bestimmungen über die Vertretung der und die Zustellung an die NSDAP. § 15 Abs. 2 und 3 lauten wie folgt:

„Abs. 2: Die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei wird vor den Gerichten und Finanzbehörden ausschließlich durch den Reichsschatzmeister vertreten. Prozeßvollmachten und Vollmachten in Steuerangelegenheiten können nur durch den Reichsschatzmeister erteilt werden.

Abs. 3: Zustellungen können rechtswirksam nur an den Reichsschatzmeister erfolgen."

Es wird darauf hingewiesen, daß die Regelung in § 15 Abs. 3 nicht für die mit eigener Rechtsfähigkeit ausgestatteten, der NSDAP. angeschlossenen Verbände gilt.

Haftpflichtecke

der Allianz und Stuttgarter Verein, Versicherungs-Aktien-Gesellschaft

Armenanwälte der Berufungsinstanz prüft unverzüglich

1. ob (§ 516 ZPO.),
2. wann Urteil erster Instanz zugestellt (z. B. Gerichtsakten einsehen usw.),
3. ob Einstellung der Zwangsvollstreckung oder Wiedereinsetzung zu beantragen ist.

Auch wenn Landgericht Berufungsinstanz, sind große Schäden möglich (Unterhaltssachen).

Aus dem BNSDJ. und der Deutschen Rechtsfront

Reichsjuristenführer Dr. Frank vor den Rechtswahrern Ostpreußens

Am 1. und 2. Juni 1935 fand in Königsberg die erste Gautagung des Gaues Ostpreußen des BNSDJ. statt. In einer großen Kundgebung vor den Rechtswahrern und Volksgenossen führte Reichsminister Dr Frank u. a. aus:

Das Bekenntnis zum Rechtsstand bedeutet heute etwas ganz anderes, als in früheren Epochen unseres öffentlichen Lebens die Zugehörigkeit zum Juristenberufe bedeutete. Der Nationalsozialismus hat auch hier einen ganz großen Ideenwandel herbeigeführt, er hat wie immer nur mit Jahrhunderten und Kontinenten rechnend, auch dieses Problem der Erneuerung des deutschen Rechtslebens von den Trägern der Idee selbst und den fachlich Berufenen aus zur großen Zentralaufgabe des deutschen Rechtsdieners gemacht. Zum erstenmal seit vielen Jahrhunderten wird in Deutschland dieser große Gedanke der Vereinigung von Rechtsseele und völkischem Rechtsgefühl zu einer führenden Aufgabe erhoben. Nur der Nationalsozialismus konnte diese ganz weit gespannte Aufgabe unserer Zeit stellen, und nur er wird diese Aufgabe auch erfüllen können.

Meine Kameraden von der Deutschen Rechtsfront! Wir haben diese Aufgaben übernommen und haben damit weit, weit über den Rahmen unserer früheren fachlichen Besorgungen hinaus uns zum mitwirkenden Faktor der deutschen Geistesgeschichte gestempelt. Denn wir wollen das, was vor einigen Jahrhunderten versank und was allmählich von einer unserem Volke fremden Rechtsauffassung überwuchert wurde, wieder befreien; befreien diese deutsche Rechtsseele und diese deutsche Rechtsgedanklichkeit, von der ausstrahlend die großen geschichtlichen Epochen unseres Volkes zu Fundamenten der europäischen Welt geworden waren. Wir haben daher weit ab von den Bereichen des formellen Denkens einen großen Gedanken unserem Wirken voranzustellen: Nicht formellen Abstraktionen, sondern den Lebensnotwendigkeiten unseres Volkes dienen wir! Wenn geschichtlich etwas am Nationalsozialismus entscheidend ist, dann war es das, daß er den Staat zum Mittel zu dem Zwecke der Wohlfahrtssteigerung machte und jene bürokratische Selbstherrlichkeit früherer Epochen abgelöst hat; und dies durch die weite Verantwortungssteigerung, jeden Volksgenossen zum Repräsentanten der Gemeinschaft zu machen. So haben auch wir das Recht ausschließlich als Mittel anzusehen, dem deutschen Volke zu dienen und nicht einem besonderen Stand.

Dabei möchte ich diese großen Aufgaben in zwei Gruppen teilen. Die erste uns vor allem angehende Problemgruppe war die Organisation des Deutschen Rechtsstandes an sich; die zweite Problemgruppe ist der Aufbau der gedanklichen Konzeption des neuen deutschen Rechts. Die erste Aufgabe ist heute vollendet; die Einheit des Deutschen Rechtsstandes ist partei- und reichsamtlich anerkannt. Es ist ein stolzes Gefühl für alle Träger irgendeiner fachlichen Rechtsaufgabe, zu wissen, daß sie in ihrer organisatorischen Einheit unangetastet von Sonderströmungen und Sonderbestrebungen ihren Aufgaben obliegen können. Zum erstenmal in ihrer Standesgeschichte haben sich der deutsche Richter und Staatsanwalt, der deutsche Rechtsanwalt, der deutsche Referendar, der deutsche Rechtspfleger, der Wirtschaftsrechtler, der Notar, der Verwaltungsjurist und der Hochschullehrer in einem einheitlichen Bunde zusammengefunden und haben nur den einen Ehrgeiz, Träger des Kampfwillens der Bewegung zu sein.

Denn das ist unsere erste und bleibende Aufgabe, daß mit dem äußeren Abschluß unserer Organisation in uns zugleich die Erkenntnis vorhanden ist, daß damit nur eines unserer großen Aufgabengebiete erledigt ist. So wie der Arbeiter in der Deutschen Arbeitsfront, der deutsche Bauer im Reichsnährstand und der Beamte im Beamtenbund organisiert ist, so soll der Rechtswahrer im Deutschen Rechtsstand organisatorisch völlig für sich doch in Gemeinschaftsarbeit mit allen diesen anderen organisatorischen Gruppen unseres Volkes dem deutschen Rechtsleben dienen. Das sind nicht nur rein organisatorische Fragen. Ich möchte diese Einheit und Selbständigkeit der deutschen Rechtswahrerorganisation deshalb so hervorheben, weil in ihr die Anerkennung eines Doppelten liegt. **Die Unabhängigkeit des Richters und des Rechtsanwalts ist eine soziale Voraussetzung des Aufbaues eines Staates. Zum zweiten gehört der Rechtsdiener dem ganzen Volk, denn er ist nicht nur Sachwalter eines Standes, etwa nur des Arbeiters, des Beamten oder Bauern, sondern er hat bei seinen Aufgaben immer an den großen Grundsatz zu denken: „Gemeinnutz vor Eigennutz!"** Ich möchte hier an dieser Stelle mit aller Klarheit betonen, daß der Führer, sowie die Reichsregierung und auch die Reichsleitung der NSDAP. sich eins weiß mit dem deutschen Volke in der Erkenntnis der Notwendigkeit, die richterliche Unabhängigkeit mit allen Machtmitteln des Gesetzes und des staatlichen Aufbaues zu schützen; denn **wir sehen in dieser richterlichen Unabhängigkeit ein Fundament des Glaubens an den Staat unseres Führers** (Beifall). Diese Unabhängigkeit des Richters soll aber auch gerade ein Kennzeichen dafür sein, daß der Staat Adolf Hitlers ein reines Gewissen besitzt. Denn ein Staat, der ethisch stark ist, kann den unabhängigen Richter ertragen. Wir beobachten in diesen Tagen außerhalb unserer Grenzen Ereignisse, die zeigen, daß man die Unabhängigkeit eines Richters dann beseitigt, wenn man im eigenen Lande Volksstämme vernichten oder ausrotten will, deren kulturelle Überlegenheit eine Gefahr bedeutet (stürmische Zustimmung). **Wir haben im Deutschen Reich dem deutschen Richter die Unabhängigkeit gewährleistet gerade deshalb, weil wir an seine Mission glauben, Führer in diesem sozialen Aufbau, Führer in den Spannungen, die zwischen den einzelnen Volksgenossen bestehen, zu sein, ja, auch Ausgleichsfaktor zwischen dem Staat und dem Bürger zu sein. Dieser Unabhängigkeit des Richters entspricht die Unabhängigkeit des freien Rechtsanwalts.** Auch hier muß mit aller Deutlichkeit erklärt werden, daß jeder Angriff auf diese Freiheit der Anwaltschaft, dem Recht des Einzelnen gegenüber einer Machtstellung zu dienen, abgeschlagen wird und diese Freiheit von einem starken Staate wie dem Adolf Hitlers ebenso als ein Bestandteil der Gemeinschaftskultur dieser Zeit geschützt wird. Denn der freie Rechtsanwalt ist in seiner Unabhängigkeit der wertvolle Ausgleichsfaktor zur Unabhängigkeit des Richters. Mein Appell geht auch von dieser Stelle aus dahin: **Erhalten wir diese freie, unabhängige deutsche Rechtsanwaltschaft, denn sie ist einer der Garanten dafür, daß das Vertrauen in den Staat steigt und gewährleistet bleibt.** Ich möchte daher auch hier erklären, daß die Reichsregierung alles tun wird, um die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts in der Wahrnehmung der rechtlichen Interessen der Volksgenossen zu gewährleisten (Beifall).

Wir haben diese große Aufgabe der Herausschälung eines stolzen Rechtswahrerstandes allerdings immer der einen ganz großen Voraussetzung zu unterstellen, daß die Rechtswahrer des Dritten Reiches selbst Repräsentanten der nationalsozialistischen Weltanschauung in ihrer Verpflichtung dem Schicksal des Volkes gegen-

über sind. Wir können die Rechtswahrer nur anerkennen, wenn sie sich voll und ganz zu Soldaten Adolf Hitlers machen; denn der Nationalsozialismus ist nicht etwa die vergängliche Programmatik einer politischen Partei, er ist die weltanschauliche Basis der Totalität des deutschen Menschentums geworden, und auf ihm baut sich das Schicksal unseres Volkes künftig auf. Möge niemand glauben, daß die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei ihren Primat, den Ideengehalt des Staates zu bestimmen, aufgeben wird! Glaube jeder, daß wir, die wir 400 Tote um diese Flagge des Nationalsozialismus zu beklagen haben, mit allem Nachdruck dafür sorgen werden, daß das, was einmal war, in Deutschland niemals wiederkehren wird (stürmischer Beifall). Es wird in Deutschland keinen Klassenkampf, sei es von rechts oder links, mehr geben; es wird in Deutschland keinen politisch sich auswirkenden Hader mehr geben! (Großer Beifall.) Wir werden mit der ganzen Energie derjenigen, die eine Bewegung von einer Gruppe von wenigen Menschen zur entscheidenden Millionenbewegung dieser Zeit emporentwickelt haben, für dieses Ziel sorgen. Wir werden mit dieser gleichen Energie die Repräsentanten der vergangenen Welten zu unterdrücken wissen, wenn es notwendig ist, um dem deutschen Volke endlich die Einheit auf allen Gebieten zu gewährleisten (lebhafter Beifall). Wir haben diese Revolution durchzuführen gehabt, weil sonst das deutsche Volk zugrunde gegangen wäre. Wir können uns dabei auf eines berufen: Ein Mann wie Adolf Hitler kommt in die Geschichte nur, weil dies göttlicher Wille ist! Mögen uns alle, die von Priesterherrschaft, Herrschaft der Reaktion oder der Bürokratie träumen, hassen! **Wir stehen hier kraft der Vollmacht der Geschichte** und niemand anderer als der ewige Gott selbst wird uns diese Vollmacht aus den Händen nehmen (tosender Beifall). Daher muß auch der deutsche Rechtswahrer, weit über die fachlichen Bereiche seines Aufgabengebietes hinaus der Flammenträger dieser Zeit sein. Er muß nach der Methode, die wir immer befolgt haben, mit Ruhe und Beharrlichkeit dem Ziel der Wiedervereinigung von Volk und Recht dienen. Wir haben niemals von Wundern gesprochen, haben niemals behauptet, daß wir Zauberer seien; wir haben immer nur den Appell an das deutsche Volk gerichtet: Ziehe endlich einmal die Folgerungen aus deiner Geschichte! Wir haben im Jahre 1919 begonnen und haben aus diesem kleinen Kreis heraus diesen Appell an das deutsche Gewissen erhoben. Es kann nicht oft und nachdrücklich genug immer wieder jedem einzelnen gesagt werden, daß Ruhe und Beharrlichkeit dem deutschen Rechtsleben die Würde zurückgeben werden, die es unter dem Zusammenbruch auf kulturellem, sozialem und staatlichem Gebiete verloren hatte. Dieser Rechtsansicht muß man folgen, will man dem Führer folgen.

Dabei sehen wir die Politik überhaupt nur als eine Funktion des Rechts an. Rechtspolitik des Nationalismus ist schließlich nur eine andere Bezeichnung für die Gesamtpolitik des Nationalsozialismus, denn alles, was wir politisch erstreben, strömt einmal hinein in einen formvollendeten Rechtssatz. Die Gesetze unseres Führers sind die Grundlagen unseres Lebens. Wir haben nunmehr die Einheit des Rechtsstandes auch dahin ergänzt, daß aus der Vielzahl der einzelnen Länderjustizverwaltungen die große Zusammenschweißung zur einheitlichen deutschen Justizverwaltung erstand. Es ist für uns alle ein beglückendes Gefühl, zu wissen, daß wir jetzt nicht mehr preußische, bayrische oder sächsische Richter und Staatsanwälte haben, sondern daß wir ausschließlich nur einen Diener des deutschen Rechtslebens und der deutschen Rechtsüberzeugung kennen.

Es wird heute sehr häufig das Verhältnis zwischen Partei und Staat einer Erörterung unterzogen. Die NSDAP. ist die Organisation des deutschen Volkes gegenüber dem Staat. Autoritärer Staat oder Führerstaat bedeuten nicht Rechtlosigkeit des Volkes, sondern die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei hat vielmehr die Aufgabe, die flammende Vertreterin der Volksinteressen zu sein. In der großen Einheit von Partei und Staat mündet zum erstenmal in der deutschen Geschichte die Gesamtpolitik in unser aller Gesamtinteresse ein. So kann es auch in der deutschen Justiz nur eine Linie, nämlich die der NSDAP., geben. Daher haben wir als erste große Voraussetzung des Staatsaufbaues die Rechtssicherheit anzusehen. Diese ist der Inbegriff alles dessen, was den einzelnen Bürger im Volksganzen bewegt. Dieser will ja sein Leben aufbauen, sein eigenes Glück zimmern, will für seine Familie arbeiten und will in dieser ersten Zelle der völkischen Gemeinschaft den Schutz des Staates und seines Rechtes haben. Es ist ältestes germanisches Gut, daß in dieser Sphäre des einzelnen die Rechtssicherheit zu Hause ist. **Wehe der Macht, die sich des Rechtes entkleidete und zur leeren Gewalt herabsänke! Hier muß es Aufgabe des nationalsozialistischen Rechtswahrers sein, sich ganz zum Repräsentanten der Rechtssicherheit zu machen. Wiederholt hat der Führer ausgesprochen, daß niemand in Deutschland sicherer leben könnte als unter dem Nationalsozialismus. Wir alle haben dafür zu sorgen, daß diese Rechtssicherheit, wie sie der Führer will, auch verwirklicht bleibt.**

Eine zweite große Aufgabe betrifft das gesamte Gebiet der Rechtsreform. Hier muß wiederum der große Gedanke der Organisation des Staates und der Organisation des Volkes vorantreten. Dabei geht es uns nicht um Vergängliches. Das Staatsrecht des Nationalsozialismus hat einen großen Grundsatz aufgestellt: Einheit des Deutschen Reiches, einheitlicher Staat des deutschen Volkes. Sie werden mir recht geben, wenn ich sage, daß wir nationalsozialistischen Rechtswahrer dem Führer besonders dafür danken müssen, daß er dieses jahrhundertealte Problem jetzt einer Lösung entgegenführt. Die Einheit des deutschen Staates ist die Grundlage für unseren Gesamtaufbau geworden. Ein großes Stück dieser Aufgabe ist bereits erledigt. Die einzelnen Länder haben keine staatlichen Funktionen und keinen Staatscharakter mehr; sie sind heute nur noch Teile des einheitlichen Staatsgebietes des Deutschen Reiches. Es gibt heute nur noch eine Staatsgewalt, nämlich die des Reiches. So können wir heute sagen: Wenn wir dem Nationalsozialismus in der Geschichte nichts anderes nachrühmen könnten als die Beseitigung des Klassenkampfes, des konfessionellen Haders und der Kleinstaaterei, dann wären das allein schon so gigantische Erfolge unserer Bewegung, daß sie tatsächlich Ewigkeitswert beanspruchen könnten (stürmischer Beifall).

Wir haben neben dieser staatlichen Organisation rechtspolitisch die großen Missionen, mit denen wir angetreten sind, verwirklicht. Der deutsche Arbeiter hat durch die Sicherung seiner Ehre, seiner sozialen und wirtschaftlichen Existenz den Anspruch auf seine Arbeitsehre verwirklicht bekommen. Er ist damit aus dem Proletendasein herausgehoben und hineingekommen in die volksgenössische Kameradschaft aller Werktätigen. Wir können sagen, daß es zum erstenmal in der deutschen Geschichte keine Interessenkonflikte im weiten Bereich der nationalen Arbeit rechtlich mehr gibt. Hier müßte man der NSDAP. wieder ein großes Lob aussprechen, denn die Beseitigung des Klassenkampfes war eine der ersten Voraussetzungen dazu, die deutsche Arbeit überhaupt wieder in die Höhe zu bringen. Der deutsche Bauer, aufs schwerste bedroht durch die Entwicklung der Politik der früheren Parteienherrschaft, wurde durch das Erbhofrecht wieder Herr, hat wieder Anspruch mit Recht erworben auf die Fürsorge der Gemeinschaft. Von diesem Bauern, seinem Glück und seiner Wohlfahrt hängt ja die wirtschaftliche, kulturelle und rassische Lage des gesamten Volkes ab. In der Frage der Rasse kommen wir nun in das ureigenste Gebiet des Nationalsozialismus. Das Rassenrecht ist zum erstenmal vom Nationalsozialismus verwirklicht worden. Seien Sie überzeugt, daß auf diesem Gebiet Konzessionen seitens der NSDAP. schon um deswillen nicht zu erwarten sind, weil ja von der Lösung der Rassenfrage die Zukunft unseres Volkes abhängt (tosender Beifall). Wir dürfen den großen geschichtlichen Zusammenhang zwischen Volksaufbau und Blutsubstanz niemals vergessen oder beiseiteschieben. Das mag neu und gänzlich revolutionär wirken. Wir wissen auch, daß in der weiten Welt zu keinem Punkt unseres Parteiprogramms die Meinungen so erhitzt werden wie gerade zu diesem. Wir kennen ja auch die von dieser Rassegesetzgebung Betroffenen und deren Methoden. Wir werden nicht weich, wenn auch die ganze Judenpresse der Welt uns unausgesetzt beschimpft. Wir wissen, daß dieses kommende Jahrtausend ein Ausgleich der Rasseninteressen zu sein hat, und denken gar nicht daran, zu kapitulieren (erneuter stürmischer Beifall). Dabei wird vor allem das Recht der ausschließlichen Fürsorge durch Deutschstämmige anzuvertrauen sein. Ich glaube, daß der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei bei ihrem Vorgehen in der Verwirklichung des Rassenprogramms durchaus Sachlichkeit zugebilligt werden muß. Wir hätten mit unseren Gegnern auch anders umspringen können. Wir sind der Meinung, daß die Milde, die wir unseren Gegnern entgegenbrachten, in gar keinem Maßstab steht zu dem Haß und den Verbrechen, die an unserem Volk von diesen Gegnern begangen wurden. Wir haben diese Milde walten lassen, weil sie der von uns selbstverständlich akzeptierten Kulturhöhe unseres Volkes allein entspricht. Man soll aber hieraus nicht schließen, daß wir etwa nachgiebig geworden sind; man täusche sich nicht. Wir wissen sehr wohl, daß die weite Welt nur eine Sorge hat, es möchten die anderen Völker nicht zu dem gleichen Erwachen auf dem Gebiet der Rasse kommen, wie das im deutschen Volk geschehen ist. Daher auch diese ganzen Bemühungen unserer Gegner. Dabei sind in Berlin heute noch über 40 % der Anwälte Juden. Man kann also nicht sagen, daß wir brutal oder grausam vorgegangen wären. Wir können nur das eine feststellen, daß wir mit diesem Prozentsatz von Juden in der Anwaltschaft, wie ich glaube,

einzig dastehen in der Welt. Wir haben also durchaus auch im Recht den Rassengedanken weiterhin zu vertreten und unermüdlich dafür zu sorgen, daß keine weitere Verschlechterung der Lage des deutschstämmigen Rechtswahrernachwuchses eintritt. Das deutsche Recht hat der deutschen studierenden Jugend vorbehalten zu bleiben (lebhafter Beifall).

Wir haben neben diesem großen Problem der allgemeinen Rassegesetzgebung dann die sehr ernste Aufgabe der Säuberung unseres Volkskörpers auf uns genommen. Die Sterilisierungsgesetzgebung und die Sterilisation desjenigen, der im einzelnen nicht geeignet erscheint, verantwortlicher Träger von Nachwuchs zu sein, ist eine sehr ernste Aufgabe. Auch bezüglich dieser Frage können wir das eine sagen, daß diese Gesetzgebung mit der ganzen Verantwortung vor den kommenden Jahrhunderten des deutschen Volkes eingeleitet wurde. Sie wird auch durchgeführt. Wir glauben nicht daran, daß dadurch irgendwie ein Schaden entsteht, daß man die minderwertigen Elemente eines Volkes einer Sonderbehandlung unterzieht. Wenn wir in die Geschichte anderer Völker sehen, so erkennen wir, daß sie daran zugrunde gingen, daß sie bei dieser ernstesten Aufgabe, die einer Generation gestellt sein kann, versagten. Wir können es nicht mitansehen, daß unsere Irrenhäuser ihren Zugang steigern und die Fürsorge für die unwerten Teile unseres Volkes soviel Nationalvermögen und Blutvermögen kostet, daß die Verantwortung dafür von einer verantwortungsbewußten Regierung nicht getragen werden kann. Mein Appell geht daher an Sie, als deutsche Rechtswahrer. Sorgen Sie dafür, daß das deutsche Volk über die Durchführung dieser Gesetzgebung ganz besonders wertvolle Informationen erhält, und seien Sie überzeugt, daß diese Gesetzgebung nur der Liebe zu unserem Volke entspringt.

Darüber hinaus haben wir an den anderen großen Fundamentalaufgaben der Gemeinschaft rechtlich zu arbeiten. Der Prozeß mußte reformiert werden; auch sind wir mitten in den Arbeiten zur Reform des Deutschen Strafgesetzbuches. Dazu noch einige Worte. Auch auf dem Gebiete des Strafrechts wird der autoritäre Staat den schutzbedürftigen Bürger in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen stellen und nicht den übelwollenden Verbrecher mit einer magna charta umgeben. Es war kein Zufall, sondern historisch notwendige Folge, daß diejenigen, die für den politischen Verfall unseres Staates und Volkes verantwortlich waren, für den gemeinen Verbrecher mehr Sympathie aufbrachten als für den anständigen, schutzbedürftigen Bürger. Es ist kein Zufall, daß die von Juden damals herausgegebene Zeitschrift des Republikanischen Richterbundes unseligen Andenkens und jüdische Gazetten ununterbrochen um Gnade für jeden Verbrecher gemeinster Art winselten, daß sie aber ebensosehr gegen die Nationalsozialisten zu bedrohlichen Strafen gehetzt haben. Wir wollen uns ganz klar darüber sein, daß auf dem Problem der Sicherheit des einzelnen Bürgers vor dem Verbrecher der Führerstaat nur einen Weg beschreiten kann. Wir werden den Verbrecher so lange jagen, bis er sein Werk einstellt. Dieser heutige Staat ist imstande, den Bürger zu schützen, und die Verbrecher mögen vor dem Nationalsozialismus zittern.

Wer gegen die Gemeinschaft fehlt, wird von dieser schuldig gesprochen und bestraft werden (großer Beifall).

Reichsjuristenführer Dr. Frank schloß mit den Worten: Der nationalsozialistische Staat wird die fortwirkende traditionelle Organisation der großen historisch einmaligen entscheidenden Ideenrichtung des Nationalsozialismus sein. Wir wollen in dieser Aufgabe die Erfüllung des Führerwortes erblicken. Haben Sie zur Reichsregierung, zur Reichsleitung der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei und auch zur Führung des Juristenbundes das Vertrauen, daß wir in wohlabgewogenem Interessenausgleich all das, was jemals in der hohen Zeit unserer deutschen Welt dem Recht an Glauben und Vertrauen entgegengebracht wurde, wieder aufblühen lassen wollen. Was Eike von Repgow wie ein Seher in eine immer müder werdende Zeit unseres Rechtslebens hineinschaute, was dann einige Jahrhunderte darauf durch Aufnahme fremder Rechte und fremder Rechtsanschauungen unter einer ganz matt gewordenen Staatlichkeit versank, das soll wieder aufgebaut sein. Das muß für Sie auch der Inhalt Ihres Lebens sein!

Darüber hinaus noch ein kurzes Wort. Mag an Sie herantreten, was immer; mag Sie heute bedrücken was immer; mögen Sie in Ihrem eigenen Leben von Sorgen erschüttert sein; eines hat diese Generation vor vielen voraus, daß wir Zeitgenossen Adolf Hitlers sein dürfen! (Tosender Beifall.) Es werden Generationen kommen, die uns darum beneiden. Wenn wir heute noch nicht den nötigen Abstand besitzen sollten, um diese Persönlichkeit in ihrem gigantischen Ausmaß zu erfassen, so soll in Ihnen doch die Ahnung dieser Größe aufsteigen. Denn glauben Sie, ein zweiter Adolf Hitler würde uns nicht mehr erstehen, wenn wir diesen verließen. Haben Sie daher Vertrauen zu diesem Mann und leiten Sie es weiter!

Vergessen Sie nicht das ganz Gewaltige, was dieser Mann und seine Mitkämpfer, er, seine Partei, seine SA. und SS. geschaffen haben! Er hat dem deutschen Volke das Leben wiedergegeben! (Tosender Beifall.) Wo früher Verfall war, ist heute Aufstieg, wo früher Untreue war, ist heute Treue, wo früher der Unglaube regierte, da steht heute wieder auf dieses Du und Du zwischen den Volksgenossen. Aus dem ewigen, unergründlichen Schicksal unseres Volkes kam dieser feldgraue Soldat zu uns. Wir Rechtswahrer sollen an dieses Recht nicht nur im Innern denken, nicht immer nur an den Streit und den Kampf vor dem Gericht. Denken wir auch an das Recht unseres Volkes der Welt gegenüber. Wo war ein Mann in der deutschen Geschichte, der so dieses unvergängliche, ewige Lebensrecht seines Volkes einer ganzen Welt gegenüber vertrat wie Adolf Hitler? Alle, die einmal früher zweifelten, die früher einmal über diese Partei spöttelten und lachten, sollen in Scham versinken; denn ohne diese Partei wären sie vielleicht heute nicht mehr in Amt und Würden. Wir haben diese Fahne in die Hand genommen, weil sie uns der ewige Gott gab, und wir werden sie hineintragen in die ewige Zukunft unseres Volkes! (Langanhaltender, stürmischer Beifall.)

Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen den Ehrengerichten der Anwaltskammern und den Ehrengerichten des BNSDJ.

(Umdr. Nr. 46/35 v. 3. Juni 1935)

Seit der Schaffung einer Ehrengerichtsbarkeit des BNSDJ. sind die Rechtsanwälte, die dem Bunde als Mitglieder angehören, der Gerichtsbarkeit zweier ehrengerichtlicher Organisationen unterworfen.

Zur Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen den Ehrengerichten der Anwaltskammern und den Ehrengerichten des BNSDJ. ist das nachfolgende Abkommen getroffen worden:

1. Das Ziel dieses Abkommens ist es, widersprechende Entscheidungen der Ehrengerichte der Anwaltskammern und der des BNSDJ. zu vermeiden und nach Möglichkeit auch Doppelverfahren zu verhüten, wenn sie nach der Sachlage irgendwie vermeidbar sind.
2. Entsprechend den verschiedenen Aufgaben der beiden Organisationen ist im Regelfalle nur ein Ehrengericht als zuständige Stelle mit der Verfolgung zu befassen:

   Verstöße gegen die Berufspflichten des Anwalts ohne grundsätzliche weltanschauliche Bedeutung sind nur von den Ehrengerichten der Anwaltskammern zu verfolgen.

   Verstöße gegen die weltanschaulichen Grundsätze des BNSDJ. und gegen Anordnungen der Bundesorgane werden nur von den Ehrengerichten des BNSDJ. verfolgt.
3. In Grenzfällen, in denen beide Ehrengerichte zuständig sind, ist zunächst das Verfahren vor dem Ehrengericht der Anwaltskammer beschleunigt durchzuführen. Ein beim BNSDJ. anhängiges Verfahren ist bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens vor dem Ehrengericht der Anwaltskammer auszusetzen, sofern nicht besondere Umstände die beschleunigte Durchführung des Verfahrens erforderlich machen.

   Ist ein Mitglied des BNSDJ. rechtskräftig zu einer ehrengerichtlichen Strafe verurteilt, so sendet der Vorstand der Anwaltskammer eine Abschrift des Urteils an das zuständige Gauehrengericht des BNSDJ.
4. Die Vorstände der Anwaltskammern und die Ehrengerichte des BNSDJ. werden Bestrafungen von Rechtsanwälten, die Mitglieder des BNSDJ. sind, in jedem Falle einander mitteilen. Diese Mitteilungen sind von dem Empfänger streng vertraulich zu behandeln.

Präsidium der
Reichs-Rechtsanwalts-Kammer:
Dr. Neubert.

Bund National-Sozialistischer
Deutscher Juristen e. V.
Reichsehrengericht
Der Vorsitzende:
Dr. Zarnack.

Amtsgerichtsdirektor Dr. Geffroy kommissarischer Reichsfachgruppenleiter der Richter und Staatsanwälte

Mit Anordnung 5/35 v. 26. April 1935 (Deutsches Recht 1935, 257) hat der Reichsjuristenführer den Amtsgerichtsdirektor Pg. Dr. Geffroy, Potsdam, als kommissarischen Reichsfachgruppenleiter der Richter und Staatsanwälte des BNSDJ. in den Führerstab der Reichsführung des BNSDJ. berufen und ihn zum Herausgeber der Deutschen Richterzeitung bestellt.

Schrifttum

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

Prof. **Hans Großmann-Doerth: Die Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung.** (Nr. 74 der Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausgegeben von Prof. Dr. Ernst Heymann, Berlin.) Marburg 1934. N. G. Elwertsche Verlagsbuchh. (G. Braun). Preis 7,50 RM.

Die Abhandlung erörtert im wesentlichen die Berechtigung des Gattungskäufers, sich bei vertragswidriger „Andienung" der Ware durch den Verkäufer vom Vertrage loszusagen. Unter „Andienung" versteht der Verf. die Bestimmung einer konkreten Ware zum Erfüllungsgegenstand, sei es durch Lieferung der Ware, sei es durch Angebot der Ware oder der Dokumente, sei es schließlich durch bloße Erklärung, insbes. durch die Verladeanzeige des Überseehandels (S. 12). Der Verf. schildert zunächst, wie sich im mitteleuropäischen Rechtskreis bei der auf die ädilitische Viehmängelhaftung zurückgehenden Eigenschaftshaftung beim Stückkauf allmählich die Tendenz gezeigt hat, die Wandlungsbefugnis einzudämmen. Dies geschah, indem man die Wandlungsbefugnis bei geringeren Mängeln oder solchen, die die Brauchbarkeit der Ware nicht aufheben, versagte oder indem man dem Verkäufer Nachbesserung gestattete (S. 14—37). Der Verf. weist dann nach, daß die Entwicklungslinie im Recht des Gattungskaufes die gleiche ist. Er zeigt, wie man dem Tatbestand der Lieferung mangelhafter Ware nach anfänglichem Schwanken auch beim Gattungskauf mit der aus dem Stückkauf bekannten Sachmängelhaftung beizukommen suchte. Dies führte zunächst dazu, dem Käufer die Wahl zwischen Wandlung und Minderung zu geben. Aber alsdann versuchte der Jurist, teils als Gesetzgeber, teils als Richter, das Wandlungsrecht zugunsten des Minderungsrechts oder eines Ersatzlieferungsrechts des Verkäufers einzuschränken. Diese Rechtsentwicklung wurde von dem Kaufmann in seinen Geschäftsbedingungen weiter vorwärts getrieben. Das Recht der Ersatzlieferung wurde allgemein ausgebaut. In den industriellen Bedingungen arbeitete man außerdem mit einer weitgehenden Freizeichnung, während man im Rohproduktenhandel das Minderungsrecht zu einem Zwang zur Annahme der Ware unter Preisabzug umgestaltete (S. 28 bis 102). Der Streit um das Lossagungsrecht liegt auch einem Problem zugrunde, das von dem Verf. erstmalig eingehend erörtert wird und die Veranlassung zu seiner Arbeit gegeben hat. Es ist dies die Frage, ob der Käufer einer Überseeware, der die erste in Form der Verladeanzeige oder des Dokumentenangebots erfolgte Andienung als vertragswidrig zurückgewiesen hat, verpflichtet ist, die zweite Andienung anzunehmen. In dieser Frage, die bisher die staatliche Rechtsprechung noch kaum beschäftigt, sondern ihre Erledigung immer vor den Schiedsgerichten der Kaufmannschaft gefunden hat, ist es bisher noch nicht gelungen, eine eindeutige Lösung zu finden (S. 103—111). Schließlich behandelt der Verf. die Folgen der vertragswidrigen Andienung im allgemeinen. Im kontinentaleuropäischen Recht gehören hierher, nachdem die Schlechtlieferung und die vertragswidrige Andienung im Überseehandel ausgeschieden waren, nur mehr die Lieferung von zuviel, zuwenig oder einem aliud. Die deutsche Rechtsprechung unterstellt diese Fälle über § 378 HGB. der Gewährleistungshaftung. Die Geschäftsbedingungen haben sich mit diesen Fällen kaum befaßt. Der englisch-amerikanische Rechtskreis dagegen löst den allgemeinen Tatbestand der vertragswidrigen Andienung nicht in Sondertatbestände auf, sondern behandelt ihn allgemein in dem Sinne, daß der Verkäufer das Recht zu einer zweiten Andienung hat (S. 112—128). Auf Grund einer eingehenden Materialverarbeitung kommt der Verf. für das geltende Recht zu dem Schluß, daß die vertragswidrige Andienung im deutschen und österreichischen Recht, soweit nicht Sondertatbestände (§ 480 BGB.) eingreifen, keine Lossagungsbefugnis gewährt, es sei denn, daß Umstände vorliegen, die dem Käufer das Festhalten am Vertrage unzumutbar machen (S. 129—176). Der Verf. begründet dieses Ergebnis zum Schlusse auch vom gesetzgeberischen Standpunkt aus. Er weist insbes. auf die bekannte Erfahrung hin, daß das Lossagungsrecht von dem Käufer nur dann in Anspruch genommen wird, wenn ihm der Vertrag aus Gründen der Konjunktur nicht mehr behagt. Die Ausführungen des Verf. gipfeln in dem Vorschlag, die vertragswidrige Andienung gänzlich aus der Sachmängelhaftung herauszunehmen und sie dem Recht der positiven Vertragsverletzung zu unterstellen.

Verf. hat sich mit der Schrift ein großes Verdienst erworben. Er hat einen wichtigen Abschnitt aus dem Recht des Gattungskaufes einmal so dargestellt, wie dieses Recht heute wirklich lebt. Er hat sich hierbei richtigerweise nicht auf das staatliche Recht beschränkt, sondern ist in das Recht der Geschäftsbedingungen eingedrungen. Aus diesen Geschäftsbedingungen, so vielgestaltig sie im einzelnen auch sein mögen, hat er die einheitlichen Grundzüge herausgearbeitet. Hierbei stellt er mit Recht fest, daß das Kaufrecht des BGB. lebensfremd ist. Die Vorstellungen, die sich der Schuljurist über vertragswidrige Andienung macht, gehören in der Tat einer vergangenen Epoche an. Mit einer Interessenjurisprudenz im Sinne eines verständigen Ausgleichs zwischen den Interessen des Verkäufers und Käufers hat auf diesem Gebiete noch niemand Ernst gemacht. Die Gegenüberstellung des Rechts, wie es wirklich lebt, mit den Auslassungen maßgebender Lehrbücher und Kommentare, wie sie von dem Verf. vorgenommen wird, wirkt fast belustigend. Es ist kaum übertrieben, wenn der Verf. von einem „Plunder der gemeinrechtlichen Argumente in ihrer ganzen Lebensfremdheit, in ihrer Scholastik, die uns wie Verlogenheit anmutet", spricht. Dem Verf. ist in allen wesentlichen Ergebnissen beizupflichten. Seine Arbeit wird die künftige Entwicklung dieses Abschnitts aus dem Gattungskaufrecht befruchten.

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

Dr. **Otto Michel**, Diplom-Kaufmann, Diplom-Wirtschafter: **Der Gläubigerschutz bei Banken, Versicherungswirtschaften und Zwecksparkassen.** (8. Band der betriebswirtschaftlichen Schriftenreihe. Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h. c. F. Schmidt.) Bühl (Bad.) 1935. Verlag Konkordia AG. Preis 5 RM.

Die eingehende Darstellung des Verf. aus einem Sondergebiet der Wirtschaftswissenschaft erhält ihren besonderen Wert vor allem durch das allgemeine Interesse, was dieser in hohem Maße das völkische Gemeinschaftsleben berührenden Frage in der Öffentlichkeit entgegengebracht wird. Faßt man die dem Buche zugrunde liegenden fachlichen Erörterungen in einem kurzen Satz zusammen, so würde man etwa zu dem Ergebnis kommen, daß der Verf. die Sicherheitstendenz einer, wie er sie nennt, „versorgungsorientierten Gläubigerschaft" und die hieraus abgeleitete besondere Schutztendenz des Staates zur Erörterung stellt. Ein solches Thema darf gerade im Dritten Reiche auf Beachtung rechnen, weil ja die staatliche Schutztendenz in der nationalsozialistischen Wirtschaftspolitik einen betonten Ausdruck findet.

Verf. macht eine theoretische Unterscheidung zwischen erwerbswirtschaftlichen und versorgungswirtschaftlichen privaten Zellen der organisierten Geldwirtschaft. Die Zielsetzung der ersten Gruppe wird als Gewinnstreben nachgewiesen, diejenige der zweiten als die Erfüllung geldwirtschaftlicher Funktionen im Interesse eines begrenzten Personenkreises von Nichterwerbswirten.

An den Fällen der Favag, Danat-Nordwolle und den Hypothekenbankzusammenbrüchen Ende des vorigen Jahrhunderts legt der Verf. dar, daß zwischen den Absichten der Gläubiger und der Wirtschaftsleiter immer dann eine tiefe Kluft sich auftut, wenn das Streben der Unternehmungsleiter nach größtmöglichem Gewinn durch Übernahme zu großer Risiken die ihnen durch den Wunsch der Mehrzahl der Gläubiger nach größtmöglicher Sicherheit auferlegte Verpflichtung völlig überwuchert.

Verf. geht davon aus, daß die Geldwirtschaft im Laufe der Entwicklung immer mehr die Lebensbeziehungen durchdrungen hat. So zeige die heutige Gestaltung eine wachsende Fülle verschiedenartiger Gebilde, die den nach betrieblichen Gesichtspunkten geordneten Wirtschaftseinheiten, etwa der Produktion usw., gleichgeordnet seien. Für charakteristisch für diese Gebilde der modernen Geldwirtschaft, welche speziellen Funktionen sie auch ausüben mögen, hält Verf. die Zusammenballung von Kapitalien aus zahllosen Einzelwirtschaften. In der Betätigung dieser Sammelzellen findet Michel deutlich den Gedanken der Wirtschaftsgemeinschaft ausgeprägt.

Das Gros der Gläubigerschaft der privaten Zellen, z. B. einer Hypothekenbank oder Versicherungsunternehmung, einer Bau- oder Zwecksparkasse oder auch einer Kreditbank habe, welche Zwecke es auch mit seiner geldlichen Verknüpfung mit einer solchen Kapitalsammelzelle verbinden möge, eines gemeinsam, nämlich das Streben

nach Sicherheit. Diese Gläubigerschaft bezeichnet Verf. deshalb als „versorgungsorientiert". Er versteht darunter diejenigen Kreise, welche die Chance hohen Einkommens zugunsten der Sicherheit aufgeben.

Verf. unternimmt alsdann den Versuch, aus den jeweiligen Gesetzesmaterialien nachzuweisen, daß dem deutschen Gesetzgeber der besondere wirtschaftliche Schutz des versorgungsorientierten Publikums bei den privaten Banken, Versicherungswirtschaften und Zwecksparkassen vorgeschwebt hat; er läßt es aber dahingestellt, ob die aus dieser Schutztendenz des Staates hervorgegangenen besonderen gesetzgeberischen Maßnahmen in jedem Falle Schädigungen dieser Gläubigerschaft hintanzuhalten vermögen.

Die dem Staate hinsichtlich des Schutzes der versorgungsorientierten Gläubiger offenkundig vorschwebenden Absichten finden, wie der Verf. eingehend darlegt, ihren Ausdruck auch in verschiedenartigen besonderen Maßnahmen, die über den sonstigen Gläubigerschutz weit hinausgehen. Das Bestreben der Staatsaufsicht gehe dahin, die versorgungsorientierte Gläubigerschaft vor etwaigen wirtschaftlichen Schäden zu schützen, die ihr aus ihrer Verknüpfung mit derartigen Wirtschaftseinheiten erwachsen können. Als besondere Schutzmaßnahmen in dieser Richtung wertet Verf. die „Zulassung" und die „laufende Aufsicht". Der Gesetzgeber sorge weiter durch die „Beschränkung der Gesellschaftsform" vor, indem er Bindung des Grundkapitals, Reserven und weitgehende Publizitätspflicht vorschreibe. Besonders bevorzugt sei die Form der Aktiengesellschaft bzw. Kommanditgesellschaft auf Aktien. Eine weitere Sicherungsmaßnahme des Staates sei die Einführung einer bestimmten Wechselbeziehung zwischen Grundkapital und Geschäftsumfang. Der Staat suche ferner einen Solidi-tätsmaßstab dadurch zu schaffen, daß er Kapitalanlagevorschriften erlasse. Schließlich nehme der Staat eine Einengung des Geschäftskreises vor, indem er den Abschluß relativ riskanter Geschäfte einschränke bzw. verbiete. Daß der Staat sich der versorgungsorientierten Gläubiger privater geldwirtschaftlicher Zellen besonders anzunehmen suche, geht endlich auch deutlich aus den Bestimmungen hinsichtlich der verschiedenen Gläubigervorrechte im Konkursfalle hervor.

Die betriebswirtschaftliche Untersuchung dieser staatlichen Tendenzen zur besonderen Sicherung der versorgungsorientierten Gläubiger stellt einen begrüßenswerten Beitrag zu der allgemeinen Wirtschaftswissenschaft und Wirtschaftspraxis dar.

LGR. Dr. Fraeb, Hanau.

Kaufmännische Ehrengerichtsbarkeit. Verein Berliner Kaufleute und Industrieller. Berlin 1935. Verlag der Zeitschrift des Vereins Berliner Kaufleute und Industrieller. Preis 1 *RM*.

Der Verein Berliner Kaufleute und Industrieller hat als Sonderdruck im Verlage der Zeitschrift des Vereins Berliner Kaufleute und Industrieller den Entwurf einer Ehrengerichtsordnung erscheinen lassen. Besonders die dem Entwurfe angefügte Begründung enthält hervorragende Ausführungen über die Notwendigkeit der Ehrengerichtsbarkeit im Recht des nationalsozialistischen Staates.

Man kann der Begründung nur zustimmen, wenn sie feststellt, daß zu einem Stande, für den eine Ehrengerichtsbarkeit notwendig ist, „nur solche Personen gehören können, die in ihren beruflichen Entscheidungen grundsätzlich unabhängig und selbständig sind. Solchen Personen gegenüber fehlt die Möglichkeit, die Erfüllung der ihnen im Interesse der Allgemeinheit obliegenden Berufspflichten durch die Anweisungs- und Strafgewalt einer übergeordneten Stelle zu erzwingen. An dieser Stelle entsteht für einen Staat, der es ablehnt, sich auf die regulierende Wirkung des freien Spieles der gesellschaftlichen Kräfte zu verlassen, und der doch andererseits die freie Privatinitiative nicht durch ein bürokratisches System ersetzen will, die Notwendigkeit, Ehrengerichte über die Einhaltung der Berufspflichten wachen zu lassen".

Zu dem Entwurf selbst möchte ich nur auf die vorgesehene Gerichtsorganisation hinweisen. Danach sollen die Ehrengerichte der ersten Instanz aus einem Richter als Vorsitzendem und zwei Kaufleuten als Beisitzern bestehen. Der Kaufmännische Ehrengerichtshof für das Deutsche Reich soll aus einem Richter als Vorsitzendem und vier Kaufleuten bestehen.

Es wird zu erwägen sein, ob man bei der letzten Instanz, dem Kaufmännischen Ehrengerichtshof für das Deutsche Reich, neben den vier Kaufleuten nicht drei Richter inkl. dem Vorsitzenden sitzen läßt, es ist dies schon rein praktisch bei der Absetzung von Urteilen von Bedeutung.

Prof. Dr. Noack, Halle (Saale).

Erich Heideck: Die Schätzung von industriellen Grundstücken und Fabrikanlagen sowie von Grundstücken und Gebäuden zu Geschäfts- und Wohnzwecken. Berlin 1935. Verlag von Julius Springer. Preis 16,50 *RM*, geb. 18 *RM*.

Im Schätzungswesen herrscht heute noch wie früher eine große Willkür der einzelnen Schätzer. Es fehlen ihnen einschlägige Richtlinien, die auf Grund des Schätzungsgesetzes vom Juni 1918 im Laufe der Jahre gebildet werden sollten. Dieses Gesetz kam jedoch bis heute nicht zur Durchführung, deshalb blieb der alte schädliche Zustand oft unzuverlässlicher Schätzungen bestehen.

Es ist sehr zu begrüßen, daß ein tüchtiger Schätzer seine eigenen Erfahrungen der Öffentlichkeit in einem Buche übergibt und so dem wichtigen Schätzungswesen dient. Obgleich diese Erfahrungen und Auswertungen besonders auf Berliner Verhältnisse zugeschnitten sind, kann jeder erfahrene Schätzer, auch der Anfänger wie selbst der Laie, diesen Berliner Verhältnissen die eigenen anpassen. Hierzu dienen besondere Tabellen.

Der Verfasser beschreibt im ersten Teil seines Buches die Schätzung von Grundstücken, Gebäuden und maschinellen Anlagen in fünf Abschnitten und ergänzt diese im zweiten Teil durch viele Abbildungen und Zahlentafeln wie folgt:

1. Die Grundstücksbewertung enthält die Verwendungszwecke, die Richtlinien der Bewertung und die in Frage kommenden Steuerbelastungen.

2. Die Bauwerte bauen sich auf Vorkriegswerte auf und berücksichtigen die verschiedenartigen Gebäude, ihre Höhen, Dachformen und ihren Ausbau. 30 Zahlentafeln ergänzen die einzelnen Erläuterungen.

3. Die Wertschwankungen sind, bezogen auf die Reichsindexziffern, in zehn Zahlentafeln dargestellt.

4. Die Wertverminderung unterscheidet die „technische" und „wirtschaftliche" Lebensdauer, ausgewertet in 16 Zahlentafeln.

5. Die Wertbestimmung umfaßt die Versicherungs-, Sach-, Ertrags-, Beleihungs- und Verkaufswerte sowie die frühere Einheitswertbestimmung und die für 1935 in 30 Buchseiten und 3 Zahlentafeln. Zum Schluß betrachtet der Verf. noch die Schätzung in Schadensfällen.

Das Heideck'sche Schätzungsbuch kann zwar nicht alle Merkmale zu Richtlinien so erfassen, wie dies eine jahrzehntelange Aufbauarbeit von Schätzungsämtern ermöglicht hätte, es ist aber heute das Buch, das dem Schätzer eine Fülle von Erfahrungs- und Zahlenmaterial an Hand gibt, das ihn in Zweifelsfällen ausreichend unterstützen kann. Leider ist vom Verleger der Anschaffungspreis mit 16,50 bzw. 18 *RM* viel zu hoch angesetzt.

Dr. Kraemer, Waldenburg (Schl.)

Das neue Deutsche Reichsrecht. Blattsammlung, herausgegeben von StSekr. **Hans Pfundtner** und RA. Dr. **Neubert**, Präs. d. RRAK., unter Mitwirkung von MinR. Dr. **Medicus**. Lieferung 33. Berlin 1935. Industrieverlag Spaeth & Linde. Preis je Blatt 0,04 *RM* und Postgebühr.

Der seit Erscheinen der 1. Lieferung nun schon auf 6 Bände angeschwollene „Pfundtner-Neubert", der wiederholt in der JW. eingehend besprochen worden ist, brachte soeben seine 33. Ergänzungslieferung heraus. Die neue Lieferung bietet dem Bezieher auf 160 Seiten die neuesten Gesetze bzw. die Neufassungen alter Texte mit Erläuterungen und 11 Seiten Inhalts- und Stichwortverzeichnis, die mit zu den wichtigsten Bestandteilen für den Gebrauch dieser umfangreichen Sammlung zählen.

Es würde zu weit führen, alle in der 33. Lieferung wiedergegebenen Gesetze aufzuzählen. Es seien daher nur die wichtigsten genannt. Im Mittelpunkt des Interesses dürfte für den Bezieher des „Pfundtner-Neubert" hier wohl die Devisengesetzgebung stehen, die in einheitlicher Folge begonnen mit dem Gesetz über die Devisenbewirtschaftung, über DurchfVO. und Richtlinien hin die ganze Materie nach dem neuesten Stand erschöpfend zusammenfaßt. Dadurch fallen alle auf den verschiedensten Blättern verstreuten Einzelbestimmungen fort; eine wesentliche Erleichterung für den Benutzer! Unter der Rubrik Finanzwesen erscheint das neugefaßte GemeindeumschuldungsG., unter der Rubrik Rechtspflege u. a. die VO. über die Laufbahn für das Amt des Richters und des StA.

Da der Bezugspreis bei dem ständig wachsenden Umfange des Stoffes an den Bezieher allmählich sehr hohe Anforderungen stellt, hat der Verlag entgegenkommend den Preis für die Blätter, die die Devisengesetzgebung, AusfVO. zum RJagdG., Gemeindeumschuldungs G. und einige andere Bestimmungen enthalten, zum halben Preise geliefert.

L.

Rechtsprechung

Reichsgericht: Zivilsachen

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

**1. Wurde bei käuflicher Übertragung eines Werkes vom Übernehmer die Verpflichtung eingegangen, einem bisherigen, von ihm nicht übernommenen Vorstandsmitglied eine lebenslängliche Pension usw. zu bezahlen, so gelten für die Möglichkeit, diese Bezüge herabzusetzen, die Bestimmungen der NotVO. v. 6. Nov. 1931. Dabei sind die Verhältnisse der Übernehmerin maßgebend. Bei Prüfung, welche Leistungen der Übernehmerin noch zuzumuten seien, sind alle erheblichen Punkte zu berücksichtigen, namentlich auch, welche Vermögensstücke auf die Übernehmerin übergegangen sind, auf denen die Zahlungspflicht für die Pension beruht, und auf welche Vorgänge die eingetretene Vermögensminderung zurückzuführen ist.†)

Der Kl. war seit 1905 Vorstandsmitglied der V.-Werke H. und St. AktG. Er hatte zuletzt einen v. 27. Febr. 1925 datierten, bis 31. Dez. 1931 laufenden Anstellungsvertrag, der mangels einjähriger Kündigung vor Ablauf jeweils um ein Jahr weitergelaufen wäre. Im Jahre 1926 wurde die H.er Werft des „V." nebst Patenten und sonstigen gewerblichen Schutzrechten der H.er und St.er Betriebe von der AktG. W., der Rechtsvorgängerin der am 28. Dez. 1926 in B. gegründeten Bekl. („Deschimag") aufgekauft, wobei die „W." den Kl. nicht mit in ihren Dienst übernehmen wollte. Der Kl. trat in den Ruhestand. Unter den Kaufbedingungen befindet sich in § 20 als Teil des Kaufpreises die „Zahlung der dem Käufer mitgeteilten und von ihm anerkannten vierteljährlich im voraus zahlbaren Pensionsverpflichtungen ab 1. Jan. 1927 mit der Maßgabe, daß die Pensionsberechtigten" — darunter der Kl. mit 60000 *RM* jährlich für seine Lebenszeit und 30000 *RM* Witwenpension, sowie je 6000 *RM* Erziehungsbeihilfe jährlich für seine Kinder als Vollwaisen — „hieraus ohne weiteres unmittelbare Rechte gegen den Käufer und dessen Rechtsnachfolger erwerben". Dabei ist bestimmt, die Käuferin sei verpflichtet, den Verkäufer bis zur Höhe der übernommenen Pensionsverpflichtungen freizustellen, soweit die Berechtigten den Verkäufer oder seine Pensionskasse nicht aus der Haftung entlassen. Dem Kl. wurde nach seinem Ausscheiden die volle Pension, zuletzt durch die Bekl. Deschimag, gezahlt. Mit Schreiben v. 29. Sept. 1932 setzte die Bekl. ihm unter Berufung auf die eingetretene Wirtschaftskrise mit Wirkung v. 1. Jan. 1933 ab seine Pension auf ein Fünftel, also 12000 *RM* jährlich, herab, ebenso die Witwenpension und die Erziehungsbeihilfen für den Fall ihrer künftigen Auszahlung auf den fünften Teil mit 6000 *RM* und 1200 *RM*. Sie stützte diese Maßnahme auf Teil 5 Kap. III der 3. NotVO. v. 6. Sept. 1931 (RGBl. I, 537 [557]) „Herabsetzung übermäßig hoher Dienstvergütungen". Hiermit war der Kl. nicht einverstanden. Er erhob innerhalb der ihm gesetzten Frist bis 15. Nov. 1932 die gegenwärtige Klage, mit der er zunächst für das 1. Vierteljahr 1933 Zahlung weiterer 12000 *RM* (neben anerkannten 3000 *RM*) nebst Zinsen verlangte und weiter die bis zum Schluß aufrechterhaltene Feststellung, beantragte, daß die in dem Schreiben v. 29. Sept. 1932 ausgesprochene Herabsetzung der Witwenpension und der Erziehungsbeihilfe für die Kinder nicht berechtigt sei. Das LG. hat die Unanwendbarkeit der NotVO. auf den vorliegenden Sachverhalt angenommen und der Klage in diesem Umfang stattgegeben.

Das BG. sieht in den Bezügen des Kl. und den künftigen Bezügen seiner Hinterbliebenen Versorgungsbezüge i. S. des § 4 NotVO. v. 6. Okt. 1931. Es findet unter Berücksichtigung der in RGZ. 140, 18 = JW. 1933, 2324 aufgestellten Grundsätze, daß es sich beim Kl. um ein Ruhegehalt, nicht um eine Abfindung handle; die Bezüge seien dem Kl., der, wie als erwiesen angesehen wird, früher keinen Rechtsanspruch auf eine Pension gehabt habe, mit Rücksicht auf seine dem V. geleisteten Dienste in untrennbarem Zusammenhang mit den Übernahmeverhandlungen zwischen V. und W. eingeräumt worden. Insofern, als die Lösung des Verhältnisses zum Kl., den die W. nicht mit habe übernehmen wollen, nur gegen Zahlung einer Entschädigung wegen seines langjährigen Vertrages möglich gewesen sei und daher die Bezüge mit aus diesem Grunde zugebilligt seien, liege eine Abfindung vor.

Die Rev. vertritt die Unanwendbarkeit der NotVO. vom 6. Okt. 1931 mit der Ausführung, die NotVO. sei jedenfalls dann nicht anwendbar, wenn die Bekl. nicht eine bestehende Pensionsverpflichtung übernommen habe.

Hinsichtlich der Unanwendbarkeit der NotVO. ist jedoch der Rev. nicht beizupflichten. Auszugehen ist davon, daß die NotVO. das Herabsetzungsrecht dem Dienstberechtigten gegenüber dem Dienstverpflichteten oder im Falle der Zahlung von Versorgungs- und ähnlichen Bezügen nach § 4 gegenüber dem früheren Dienstverpflichteten und seinen Hinterbliebenen gewährt (Kap. III §§ 1, 4). Es handelt sich um ein aus dem Grunde der Weltwirtschaftskrise im Jahre 1931 mit dem Ziele der Anpassung der deutschen Wirtschaft an die Weltwirtschaft (vgl. Pünder: JW. 1931, 3617) zugelassenes Gestaltungsrecht des aus einem vor der NotVO. abgeschlossenen Dienstvertrag zahlungspflichtigen (gegenwärtigen oder im Falle des § 4 früheren) Dienstberechtigten. Rechtlich läßt sich diese Herabsetzung als Teilrücktritt vom Vertrag wegen veränderter Verhältnisse bezeichnen, wobei nach § 1 für die Zulässigkeit neben der Unzumutbarkeit der Weiterzahlung des Ganzen (oder genauer des Überschießenden) die Geschäfts- oder Vermögenslage des Dienstberechtigten oder die veränderte allgemeine Wirtschaftslage maßgebend sind, die die volle Bezahlung als übermäßig hoch erscheinen lassen müssen. Was nun der Kl. hier samt seinen einstigen Hinterbliebenen zu empfangen hat, für seine Person nach der Herabsetzung durch die Bekl. in Höhe von 12000 *RM* jährlich heute noch ausbezahlt erhält, nach dem insoweit nicht angefochtenen Urt. in Höhe von 22500 *RM* jährlich bekommen soll und nach seinem Revisionsantrag noch in Höhe von 40000 *RM* jährlich fordert, ist, wie der Vorderrichter mit Recht angenommen hat, seinem Wesen nach Versorgungsbezug i. S. des § 4 NotVO., nicht Kaufpreis. Zwar ist richtig, daß die Bekl. in einem Kaufvertrag die Zahlungen an die Pensionsempfänger des V. mit Einschluß des Kl. übernommen hat, und daß die Bekl. mit ihren Zahlungen an die Empfänger, denen dabei zugleich ein unmittelbares Recht hierauf gegenüber der Bekl. ausdrücklich eingeräumt worden ist, ihre Kaufpreisschuld an den V. abzutragen gehabt hat. Aber den Pensionsempfängern ist nicht ein Teil eines bestimmten oder bestimmbaren, dem Verkäufer selbst zu zahlenden Kaufpreises abgetreten worden, wie dies in dem von der Rev. zur Stütze ihrer Ansicht herangezogenen, durch Urt. des 7. ZivSen. des RG. v. 23. Okt. 1934, VII 111/34, entschiedenen Fall eines früheren Direktors der Hanomag gegen die Übernehmerin ihrer Lokomotivbauabteilung der Fall war und zu der Entsch. führen mußte, daß dieser Kaufpreisteil einer Herabsetzung nach der NotVO. durch die Kaufpreisschuldnerin nicht zugänglich sei. Vielmehr liegt hier die Sache so, daß die W. in dem Kaufvertrage in Anrechnung auf den Kaufpreis die Pensionsleistungen übernahm, die der V. schon zu machen hatte, oder die er im Zusammenhang mit dem Kaufgeschäft noch auf sich nehmen mußte. Gegenüber

den Pensionsberechtigten sollte die W. im Wege der befreienden Schuldübernahme an die Stelle des V. als Alleinschuldnerin der Pensionsverpflichtungen treten; das ergibt sich aus der besonderen Bestimmung, die der Kaufvertrag für den Fall trifft, daß „die Berechtigten den Verkäufer oder seine Pensionskasse nicht aus der Haftung entlassen" sollten. Die Zusicherung in dem Kaufvertrage, daß die „Pensionsberechtigten hieraus ohne weiteres unmittelbare Rechte gegen den Käufer und dessen Rechtsnachfolger erwerben" sollten, diente neben einer Klarstellung dieser Rechtslage auch dazu, den Pensionsberechtigten in jedem Falle den Zugriff auf die W. zu ermöglichen. Sie hätten, wenn die beabsichtigte befreiende Schuldübernahme an ihrer Genehmigungsverweigerung scheiterte, im Zweifel keinen unmittelbaren Anspruch gegen die Käuferin erworben (§§ 415 Abs. 3, 329 BGB.); diesen Zweifel löste die Abrede zu ihren Gunsten. Im Verhältnis des V. und der W. war diese Schuldbefreiung allerdings ein Teil der Käuferleistung; das änderte aber weder im Verhältnis des V. noch im Verhältnis der W. zu den Pensionsberechtigten etwas daran, daß diese lediglich ihre Pensionsansprüche gegen einen neuen Schuldner geltend machen konnten, aber keinerlei Kaufpreisansprüche erwarben. Das erhellt ohne weiteres für die Versorgungsberechtigten, die beim Abschluß des Kaufvertrages sich bereits im Genuß einer Pension befanden. Es gilt aber ebenso für den Kl., der im Kaufvertrag keine Sonderbehandlung erfahren hat, und es gilt, wiewohl er bis zum Abschluß des Kaufvertrages weder Pension bezogen noch einen rechtlich gesicherten Anspruch auf eine solche gegen den V. gehabt hat. Auch sein Anspruch an die W.-Bekl. ist seinem Wesen und Inhalt nach Pensionsanspruch, wie der Vorderrichter mit Recht angenommen hat. Das wird weder dadurch in Frage gestellt, daß sein Anspruch auf die Bezüge erst im Augenblick des Zustandekommens des Kaufvertrages rechtlich entstanden ist, soweit es sich um Versorgung mit Ende des Dienstvertrages handelte, noch dadurch, daß in den Bezügen zugleich die Abfindung für die vorzeitige Aufhebung seines Dienstvertrages mit dem V. steckt. Wegen vorzeitiger Aufhebung dieses noch auf fünf Jahre laufenden Dienstvertrages mit beträchtlichen Bezügen — nach dem Anstellungsvertrag jährlich 36000 *RM* Gehalt, 20000 *RM* Unkostenvergütung, 5% Gewinnanteil aus den Erträgnissen jedes Geschäftsjahres mit 14000 *RM* garantiertem Mindestbetrag, Unfallversicherung mit hoher Summe — hätte der Kl. von dem V. eine Entschädigung zu fordern gehabt, wenn es nicht zu einer Einigung zwischen beiden gekommen wäre. Diese Einigung ist, wenn nicht schon vor dem Abschluß des Kaufvertrages für den Fall seines Zustandekommens mit dem vereinbarten Inhalt, so jedenfalls auf das Zustandekommen hin mit diesem Inhalt durch die Annahme der Vertragsleistungen der W. an Stelle des V. dahin getroffen worden, daß der Kl. vom V. statt Schadensersatz und „moralisch" oder nach der Übung beim V. zu erwartender Altersversorgung mit Vertragsende die Zuwendung eines frühzeitigen Pensionsanspruchs in der Gestalt des Zahlungsanspruchs an die W. erhalten und angenommen hat.

Hierbei handelt es sich nun allerdings im Verhältnis zwischen ihm und dem Verkäufer um eine Leistung des V., der der Dienstberechtigte und teils rechtlich, teils „moralisch" Zahlungspflichtige ihm gegenüber allein gewesen ist und Dienstberechtigter i. S. des Dienstvertrages auch allein geblieben ist, nachdem die W. die Dienste des Kl. abgelehnt hat. Nach dem Wortlaut der NotVO. war also als „Dienstberechtigter" zur Herabsetzung der dem Kl. zugewendeten Versorgungsansprüche auch nur der V. berechtigt und waren *seine* Verhältnisse dafür maßgebend. Das kann aber nur gelten, wenn und solange der „Dienstberechtigte" noch in irgendwelchen Rechtsbeziehungen zu dem „Dienstverpflichteten" steht, insbes. gegenüber dem früheren Dienstverpflichteten Schuldner des zur einseitigen reinen Geldzahlungspflicht gewordenen (RArbG. 9, 337, 339) Versorgungsanspruchs ist. Liegt dagegen dem früheren Dienstberechtigten eine solche Zahlungspflicht nicht mehr ob, hat er vielmehr einen anderen zur Zahlung rechtswirksam angewiesen, so daß er selbst von der Pflicht zur Zahlung befreit ist, so kann nach Sinn und Zweck der NotVO. das Herabsetzungsrecht nicht mehr dem früheren Dienstberechtigten zustehen, sondern muß dem jetzt Zahlungspflichtigen zukommen. Der Gesetzgeber der NotVO. wollte mit Rücksicht auf die Wirtschaftsnot jedenfalls insoweit, als kein Eingriff in andere Rechtsverhältnisse und rechtliche Belange in Betracht kommt, die Zahlungserleichterung dem mit der Zahlung Belasteten gewähren, auf den daher das Herabsetzungsrecht nach Maßgabe seiner wirtschaftlichen Verhältnisse übergehen muß. Es hätte keinen Sinn, dem gar nicht mehr interessierten, vollends aber einem gar nicht mehr vorhandenen früheren Dienstberechtigten ein Gestaltungsrecht zu geben, für dessen Ausübung die wirtschaftliche Beziehung zwischen Last und Vermögensstand fehlt. In der gleichen Linie liegen auch die späteren, allerdings bisher nicht in Wirksamkeit getretenen Anordnungen in den folgenden VO. für die subventionierten Unternehmungen — wozu die Bekl. zählte —, schon im § 3 Kap. V VO. v. 4. Sept. 1932 selbst und besonders deutlich im § 7 DurchfVO. dazu. Mit Recht hat der Vorderrichter den Schluß aus der hier erfolgten ausdrücklichen Anordnung auf die Unzulässigkeit der Ausübung des Herabsetzungsrechts nach der NotVO. durch jeden anderen Zahlungspflichtigen als den früheren Dienstberechtigten wegen Fehlens besonderer Bestimmungen in dieser NotVO. abgelehnt. Im Ergebnis ist also jedenfalls aus diesem Grunde dem Vorderrichter darin beizutreten, daß die Bekl. das Herabsetzungsrecht an sich auszuüben befugt ist.

Dem läßt sich nicht entgegenhalten, wie es der Erstrichter getan hat, daß der Verkäufer aus dem Kaufvertrage ebenfalls das Recht habe, Leistung an die Ruhegehaltsempfänger zu fordern, und daß ihm gegenüber eine Herabsetzung der Leistungen nach der NotVO. nicht in Betracht komme, weil es sich zwischen ihm und der Käuferin nicht um einen Anspruch aus einem Dienstvertrag, sondern um einen Anspruch aus einem Kauf handle. In dem Kaufvertrage hat der Käufer allerdings die Zahlung ziffermäßig bestimmter Pensionen übernommen. Diese ziffermäßige Bestimmung kann aber nicht dahin verstanden werden, daß Ruhegehälter in dieser Höhe stets und unter allen Umständen zu zahlen waren. Das ergibt sich schon daraus, daß die Übernahme der Pensionslasten ihrer Natur nach ein gewagtes Geschäft war, dessen in Ziffern ausgedrückte Bedeutung daher nur auf die Zeit seines Abschlusses bezogen werden konnte. Es folgt weiter aus der Interessenlage. Der Verkäufer konnte nur den Zweck verfolgen, sicherzustellen, daß der Käufer die Ruhegehälter usw. in der Weise und bis zu der Höhe zahle, in der sie die Berechtigten jeweils zu fordern hätten. Mehr als die Berechtigten selbst konnte der Verkäufer nicht verlangen. Gibt daher der Gesetzgeber nachträglich dem allein zahlungspflichtigen Käufer das Recht, die Ruhegehälter usw. herabzusetzen und damit die Ansprüche der Berechtigten von Rechts wegen zu beschränken, so verletzt der Käufer nicht seine Vertragspflicht gegenüber dem Verkäufer, wenn er nunmehr nur noch die herabgesetzten Beträge zahlt.

Dagegen ist der Rev. insoweit durch Aufhebung des Urt. in dem dem Kl. ungünstigen Teil bis zur Höhe seines jetzt noch verfolgten Klaganspruches und durch Zurückverweisung in diesem Umfang an das BG. Folge zu geben, als sie rügt, daß der Vorderrichter nicht alle für die Zumutungsfrage und die Angemessenheit der neuen Bezüge erheblichen Punkte berücksichtigt habe. Der Kl. hat die ihm zugesagte Pension durch volle sechs Jahre, ein Jahr über den Zeitpunkt hinaus, auf den sein Dienstvertrag ordentlicherweise durch Kündigung hätte beendigt werden können, unverkürzt genossen. Der Vorderrichter hat ihm nun wegen der besonders schlechten Vermögenslage der Bekl. nach Eintritt von Millionenverlusten für seine Person nur mehr etwas über ⅓ seines Bezuges, das Anderthalbfache des gesetzlichen Mindestbetrages, als „angemessenen" Betrag, der Witwe die Hälfte des zugesagten Betrages als den gesetzlich, § 5 NotVO., nicht zu unterschreitenden Betrag zuerkannt.

Mit Recht beschwert sich die Rev. darüber, daß im Urt. diejenigen Tatsachen keine Berücksichtigung gefunden haben, die über den Zugang an Vermögen bei der W. und in der

Folge bei der Bekl. aus dem Kaufvertrag vorgebracht worden sind, auf dem rechtlich und wirtschaftlich die Zahlungspflicht der Bekl. an den Kl. und einst seine Witwe beruht. Diese Tatsachen bestehen nach dem klägerischen Sachvortrag in einem doppelten: einem sog. „Verschrottungserlös" aus der Versilberung der vom V. durch den Kaufvertrag übernommenen Werte, der den zwischen V. und W. festgesetzten Kaufpreis einschließlich der (nach klägerischem Vorbringen von der Bekl. mit 2 Mill. *RM* bilanzierten) Rentenzahlungen an die Pensionsberechtigten des V. bei weitem überstiegen und der Bekl. erheblichen Gewinn gebracht haben soll, sodann dem Ertrag der nicht versilberten V.-Patente an Lizenzeinnahmen, von denen gesagt wird, sie reichten zu, um die gesamten Rentenzahlungen zu bestreiten. Davon wäre allerdings der „Verschrottungserlös" etwas nachträglichen Verlust Ausgesetztes gewesen, wenn, wie der Vorderrichter ausspricht, seit der Übernahme riesige Vermögenswerte bei der Bekl. verlorengegangen sind. Die Lizenzeinnahmen wären aber etwas längere Zeit Bleibendes, ein Einkommen, das auch jetzt noch den vollen Aufwand für die Pensionszahlungen decken soll, die mit dem Kaufvertrag übernommen worden sind. Beides hat der Vorderrichter im Rahmen seiner Ausführungen darüber, daß die Bezüge des Kl. erheblich herabzusetzen seien, mit dem Satze erledigt: „Mag auch damals der V. zu günstigen Bedingungen übernommen sein, so sind doch seitdem riesige Vermögenswerte verlorengegangen." Nach dem Sinn der Rev., die diesem Beschwerdepunkt einen besonderen Abschnitt widmet, soll die Beschwerde über Nichtberücksichtigung — in erster Linie aus sachlich-rechtlichem Irrtum, in zweiter Linie aus Nichtbeachtung des § 286 ZPO. — nach jeder Richtung erhoben sein, in der die vorgebrachten Tatsachen auf das Urteilsergebnis hätten einwirken können. In Betracht kommen dabei die Unzumutbarkeit der Zahlung der vollen Bezüge nach Treu und Glauben, ohne welche jede Herabsetzung ausgeschlossen ist, und falls diese zu bejahen ist, die Bemessung des angemessenen Betrags, der noch zu zahlen ist. Beide vorgebrachten Tatsachengruppen — der „Verschrottungserlös", erheblichen Gewinn in sich begreifend, und die andauernden Lizenzeinnahmen aus den mitgekauften V.-Patenten — gehören hier dem Gebiet der Vermögenslage der nun an sich zur Vornahme der Herabsetzung befugten Bekl. an. Sie wären daher — anders als im Falle RGZ. 139, 230 (236 mit 231, 234) = JW. 1933, 1010 die Gewinne, die der nicht dienst- und herabsetzungsberechtigten, nur später als Gesamtschuldnerin neben der Dienstberechtigten und mit ihrer Geschäfts- und Vermögenslage allein maßgebenden Erstbekl. eingetretenen Zweitbekl. bei ihrer Verschmelzung mit einer anderen Gesellschaft zugeflossen sein sollten — bei der Prüfung der Frage der Zumutbarkeit der Weiterzahlung der vollen vertraglich übernommenen Bezüge, wie, nach einer Verneinung der Zumutbarkeit einer Vollzahlung, bei der Festsetzung der angemessenen Bezüge mit in Betracht zu ziehen gewesen. Läge die Sache so, daß gerade die unter der Last der Zahlung der Pensionsverpflichtungen übernommene Vermögensmasse oder der an deren Stelle erworbene Geldwert bei der Bekl. erhalten geblieben wäre oder daß ein noch vorhandener Teil der Vermögensmasse (die Patente) andauernd Erträgnisse abwürfe, die zur Deckung der übernommenen Lasten zureichten, so könnten Treu und Glauben die Berücksichtigung dieses Sachverhalts, sei es mit der Wirkung der Verneinung des Rechts zur Herabsetzung oder mit der Wirkung der höheren Festsetzung des angemessenen Betrages bei Zulassung einer Herabsetzung der Bezüge überhaupt, gebieten. Das Nähere nach Maßgabe des festzustellenden tatsächlichen Sachverhalts zu bestimmen, ist Aufgabe des Tatsachenrichters. Daß er aber geglaubt hat, im Hinblick auf die Größe der Gesamtverluste der Bekl. gar nicht auf den Sachverhalt mit diesen besonderen Werten, mit denen die zu erfüllende Leistung einen rechtlichen und natürlichen Zusammenhang aufweist, eingehen zu müssen, ist als ein sachlich-rechtlicher Irrtum zu betrachten, der Abhilfe zwecks Nachholung des Verabsäumten erfordert.

Die Rev. führt weiter Beschwerde darüber, daß der Vorderrichter ein Eingehen auf die Frage abgelehnt hat, worauf die Verluste der Bekl. beruhen, dazu hat der Kl. geltend gemacht, der Verlust, 14 180 000 *RM* nach der vorliegenden Bilanz mit Gewinn- und Verlustrechnung für das 6. Geschäftsjahr 1931, sei schon vor der Wirtschaftskrise von 1931 durch besondere Verwaltungsfehler der Bekl. entstanden. Daß derartige Umstände für die Zumutbarkeit der Fortzahlung der Bezüge nach Treu und Glauben von Bedeutung sein können, ist schon in RGZ. 139, 230 (232) = JW. 1933, 1010 bemerkt. Fortzahlung kommt hierbei sowohl i. S. einer ungekürzten (die zur Zeit nicht mehr verlangt wird), als auch i. S. einer höheren Fortzahlung in Betracht. Hier schlägt auch die andere Revisionsbemerkung ein, es berührte den Kl., worauf er schon im ersten Rechtszug hingewiesen habe, nicht, wenn die Bekl. nicht die Liquidationsüberschüsse (den „Verschrottungserlös") dazu benutzt habe, die Pensionszahlungen, darunter seine eigene, durch Sonderanlagen sicherzustellen. Hiermit wird auch ein zu Lasten der Bekl. gehendes Verschulden der Verwaltung der Bekl. geltend gemacht. Auch diese Punkte bedürfen einer nachträglichen Würdigung.

(U. v. 15. Febr. 1935; II 299/34. — Hamburg.) [K.]

<= RGZ. 147, 84.>

Anmerkung: Die Entsch. ist in den Grundgedanken zutreffend, erweckt aber in Einzelheiten gewisse Bedenken.

1. Nach § 4 der 3. NotVO. des RPräs. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen usw. v. 6. Okt. 1931 Teil 5 Kap. III (Herabsetzung übermäßig hoher Dienstvergütungen) finden die Vorschr. des § 1 entsprechende Anwendung auf Versorgungs- und ähnliche Bezüge eines Dienstverpflichteten oder seiner Hinterbliebenen.

Nach der Entsch. (RG. 140, 18 ff. = JW. 1933, 2324) muß es sich um Bezüge handeln, die einem Dienstverpflichteten gerade mit Rücksicht auf die von ihm früher geleisteten Dienste gewährt werden. Darunter fallen also nicht Abfindungen, durch die man den Verzicht auf die Fortsetzung des Dienstvertrages erkauft. Entscheidend sind nach dieser Entsch. nicht die Höhe der zu zahlenden Beträge, auch nicht die Art der Zahlung, sondern die mit der Übernahme der Zahlungsverpflichtung verfolgte Absicht.

Nun ist es sehr wohl denkbar, daß derartige Bezüge, die einem Dienstverpflichteten zugesagt werden, sowohl Entgelts- wie auch Abfindungscharakter haben. Hier soll anscheinend die überwiegende Absicht entscheiden. Dementsprechend nimmt der Sen. in unserem Falle, wo der Kl. auf eine 20jährige Dienstzeit bei V. zurückblicken konnte, während der Dienstvertrag noch auf fünf Jahre weiterlief, als die überwiegende Absicht an, dem Kl. eine Altersversorgung zu gewähren und ihm nur nebenbei für sein freiwilliges früheres Ausscheiden eine Abfindung zu geben.

Hier regen sich Bedenken. Man kann eine Abfindung auch in Form einer Rente geben. Wie soll es gehalten werden, wenn die Absicht, eine Abfindung zu geben, mehr oder minder gleichwertig neben der Versorgungsabsicht steht und der Versorgungsanspruch mit Rücksicht auf den Abfindungsanspruch erhöht worden ist. Wenn man hier wegen der gewählten Form der Rentenverpflichtung einen überwiegenden Versorgungsanspruch annimmt, läßt man in Wahrheit die Form und nicht die Absicht entscheiden. Richtiger dürfte es sein, zu fragen, wieweit sachlich die Rente dem Versorgungszweck und dem Abfindungszweck zu dienen bestimmt ist.

2. Geht man einmal davon aus, daß der dem Kl. zustehende Zahlungsanspruch den Charakter eines Versorgungsanspruchs haben sollte, dann erscheint die Annahme des Urt. allerdings nur folgerichtig, daß er diesen Charakter auch nicht dadurch verloren hat, daß die Übernahme der Rentenverpflichtung als Kaufpreisteil erfolgte.

Das RG. begründet diese Annahme aus dem Gesichtspunkt der befreienden Schuldübernahme. Nun ist es allerdings richtig, daß bei ihr die Kausalvereinbarung zwischen dem Übernehmer und Urschuldner keinen Teil des Übernahmevertrages selbst darstellt, daß sich vielmehr der Übernehmer an Stelle des bisherigen Schuldners zum Schuldner derselben Schuld macht. Dementsprechend versagt ja auch § 417 BGB. dem Übernehmer Einwendungen aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnis.

Aber der Verwendung dieses Gesichtspunkts in unserem Falle steht entgegen, daß der Kl. bis zum Abschluß des Kaufvertrages zwischen V. und W. noch gar keinen Rechtsanspruch auf eine Pension gegen den V. hatte, sondern nur einen Rechtsanspruch auf Entschädigung wegen etwaiger vorzeitiger Aufhebung seines noch auf fünf Jahre laufenden Dienstvertrages. Wenn man deshalb den Einfluß der Kausalbeziehungen untersuchen will, wird man zutreffender mit den Gesichtspunkten arbeiten, die beim Vertrag zugunsten Dritter entwickelt worden sind (vgl. etwa

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch [12.] § 35 V S. 139 f.). Um seiner moralisch begründeten Pensionszahlungspflicht und seiner rechtlich begründeten Entschädigungspflicht nachzukommen, verpflichtete der bisherige Dienstberechtigte (V.) den übernehmer des Werkes (W.) zur Begr. einer Pensionszahlungspflicht zugunsten des Kl., die an Stelle seiner Verpflichtungen diesem gegenüber treten sollte.

Wenn auch dieser Pensionszahlungspflicht des Versprechenden (W.) im Verhältnis zum begünstigten Dritten ein besonderer Rechtsgrund fehlt, so erhält sie doch hier nach den Parteiabreden ihre inhaltliche Prägung und Beschränkung aus der Beziehung zwischen dem Versprechensempfänger (V.) und dem begünstigten Dritten (Kl.). Auch bei dieser Begr. ist der Anspruch des Kl. als Versorgungsanspruch zu behandeln.

Unsere Fallgestaltung läßt freilich erst recht erkennen, wie schwierig es im Einzelfall sein kann, festzustellen, ob die überwiegende Absicht auf Versorgung oder Abfindung gerichtet war. Gerade vom Standpunkt des übernehmenden Werkes (W.) aus, das nicht in den Anstellungsvertrag mit dem teuren Kl. für fünf weitere Jahre eintreten wollte, drängt sich auf, daß die Rentenzahlung zum Teil Abfindungscharakter für den Kl. hatte. So muß sie aber zum Teil auch das veräußernde Werk gewertet haben.

3. Wenn man den Ruhegehaltscharakter des Klaganspruchs auf der ganzen Linie einmal bejaht, dann erscheint es weiterhin auch folgerichtig, das Herabsetzungsrecht dem Zahlungsverpflichteten zu geben. Da die NotVO. die Herabsetzung der Zahlungspflichten aus solchen Versorgungsansprüchen mit Rücksicht auf die Wirtschaftsnot ermöglichen wollte, würde die Versagung dieses Gestaltungsrechts gegenüber dem Übernehmer einer solchen Versorgungsschuld die Gläubiger aus derartigen Versorgungsansprüchen ganz willkürlich vor anderen begünstigen und den Schuldübernehmer ganz grundlos benachteiligen.

Auf der anderen Seite erhebt sich das Bedenken, daß die Abstellung auf die Verhältnisse des jetzigen Schuldners die Lage des Versorgungsberechtigten verschlechtern könne. Aber darüber dürfen sich die Versorgungsberechtigten nicht beschweren, wenn sie den übernehmer des Werks als Schuldner mit befreiender Wirkung angenommen haben. Die Übernahme derartiger Versorgungsansprüche ist für alle Teile ein gewagtes Geschäft, auch für den Versorgungsberechtigten.

4. Die Härte der Entsch., daß die Verhältnisse des übernehmers maßgebend sind, wird dadurch gemildert, daß das RG. eine besondere Berücksichtigung verlangt der übernommenen Werte, auf denen die Zahlungspflicht des übernehmers beruht, ihrer Schicksale und der Ursachen der Vermögensminderung. Das ist durchaus beifallswert.

Wenn man für den Charakter des Zahlungsanspruchs die überwiegende Absicht entscheiden läßt und ihn zu einem reinen Versorgungsanspruch stempelt, müßte man aber m. E. bei der Berücksichtigung aller Umstände auch den Umstand in Betracht ziehen, daß (und zu welchem Teil) ein Zahlungsanspruch sachlich den Charakter einer Abfindung auf einen rechtlich begründeten Entschädigungsanspruch hat. Der Hinweis darauf, daß der Kl. die volle Pension schon sechs Jahre bezogen habe, bedeutet eine solche Berücksichtigung noch nicht.

Das wird klar, wenn man unterstellt, daß die Vertragschließenden eine ziffernmäßige Trennung zwischen dem Versorgungs- und Abfindungsanteil vorgenommen hätten. Dann würde dieser von dem Kürzungsrecht überhaupt nicht betroffen und jener nur für die Zukunft.

Prof. Dr. Heinrich Lehmann, Köln.

*

**2. Rechtswirkungen satzungsmäßiger Verpflichtung einer Bau- und Siedlungsgenossenschaft, ein von ihr bebautes Grundstück einem Mitgliede zu übereignen.†)

Der BerR. führt unter Bezeichnung einer Anzahl von Entsch. des RG., darunter RGZ. 110, 241 = JW. 1925, 1111; 126, 221 = JW. 1930, 2695 aus, die Mitglieder einer Genossenschaft, deren Zweck es sei, ihren Mitgliedern Wohnungen durch Überlassung von Häusern zu Eigentum zu verschaffen, bekämen ein unentziehbares Recht auf Überlassung des Eigentums schon dann, wenn die Verpflichtung, einem Genossen ein Grundstück auf Verlangen käuflich zu überlassen, in den Satzungen begründet sei und die berufenen Organe der Genossenschaft die Überlassung eines Hauses an den Genossen in satzungsmäßiger Weise beschlossen und diesen Beschluß ihm mitgeteilt hätten. Durch den Beschluß der GenVers. v. 23. Okt. 1921 habe also der bekl. Ehemann ein unentziehbares Recht auf Überlassung des Eigentums an dem Hause Nr. 2 erworben. Denn nach § 2 der Satzung der Kl. sei ihr Zweck der, ihren Mitgliedern Kleinwohnungen in eigens gebauten oder angekauften Häusern durch Überlassung zu Eigentum zu verschaffen, und nach § 11 Nr. 2 seien die Mitglieder berechtigt, sich um käufliche Überlassung eines Hauses zu bewerben. Eine Beschränkung auf Einfamilienhäuser enthielten diese Bestimmungen nicht, sie bezögen sich also auch auf Häuser mit zwei Familienwohnungen. Die Mitgliederversammlung v. 23. Okt. 1921 habe in satzungsmäßiger Weise beschlossen, daß dem Bekl. das Haus Nr. 2 zugewiesen werde, und habe den Beschluß auch dem Bekl. mitgeteilt, der darauf sofort am 6. Nov. 1921 15000 ℳ an die Genossenschaft gezahlt habe. Das hierdurch erworbene unentziehbare Recht habe ihm deshalb nur mit seiner Zustimmung wieder entzogen werden können. Da die Erteilung dieser Zustimmung von der Kl. nicht behauptet worden sei, sei der den Beschluß v. 23. Okt. 1921 wieder aufhebende Beschluß der GenVers. v. 12. März 1922 als wirkungslos zu bezeichnen. Daher sei auch darin, daß die Vorstandsmitglieder S. und M. am 8. April 1922 dem Bekl. das Haus aufgelassen hätten, keine unerlaubte Handlung zu erblicken. An der Begründung dieses unentziehbaren Rechtes habe sich dadurch nichts geändert, daß die Kl. befugt geblieben sei, die Überlassungsbedingungen nach Maßgabe der Satzungen und der auf ihrer Grundlage beschlossenen Bestimmungen noch näher festzusetzen. Die Nichtigkeit einer dieser Überlassungsbedingungen habe demnach auch keine Rückwirkung auf das allgemeine Recht auf Überlassung ausüben können. Wenn also auch die in dem Kaufvertrag v. 8. April 1922 unter den Parteien vereinbarte Bedingung, daß der bekl. Ehemann Mitglied der Genossenschaft bleiben müsse, solange sie bestehe, nichtig gewesen sei, so sei dadurch das Recht des Bekl. auf Überlassung eines Hauses nicht berührt worden. Die Auflassung v. 8. April 1922 habe deshalb nicht des rechtlichen Grundes entbehrt, die Kl. könne somit nicht auf Grund des § 812 BGB. Rückauflassung des Hauses verlangen. Ein solches Recht habe der Kl. aber auch nicht auf Grund der Erwägung zugestanden werden können, daß sie vielleicht das Recht habe, an die Stelle der nichtigen Bestimmung gem. §§ 315, 316 BGB. eine andere zu setzen, z. B. zu verlangen, daß ihr gem. § 2 der Satzungen ein Wiederkaufsrecht eingeräumt werde. Denn abgesehen von der Frage, ob sie ein solches Verlangen jetzt überhaupt noch stellen könne, liege auf jeden Fall bis jetzt kein gültiger Beschluß der zuständigen Organe der Kl. darüber vor, daß an die Stelle der nichtigen Überlassungsbedingung eine andere gesetzt werde. Den in RG. 91, 335 = JW. 1918, 224; 130, 209 = JW. 1931, 798 als selbstverständlich bezeichneten Satz, daß, wer als Genosse ausscheide, somit aufhöre, die Lasten der Genossenschaft zu tragen, auch die Vorteile nicht mehr genießen könne, die sie böte, auf den vorl. Fall zu übertragen, bestünden Bedenken. Denn in den dort entschiedenen Fällen habe es sich um Vorteile gehandelt, die entweder ihrer Natur nach nicht dauernd seien (Darlehen, Rohstoffbezug) oder bei denen die Rückgewähr vertraglich vorgesehen gewesen sei (Wiederkaufsrecht). Hier aber handle es sich um eine Leistung der Genossenschaft, die ihrer Natur nach auf Dauer berechnet, einmalig und endgültig sei (Übertragung von Eigentum), ohne daß ein Vorbehalt wegen der Rückgabe der Leistung gemacht worden sei. Es liege also ein besonders gearteter Fall vor, wobei aus dem Umstand, daß die Leistung ihrer Natur nach auf Dauer berechnet sei, bei dem Mangel eines Vorbehalts der Schluß gezogen werden müsse, daß die Leistung dem Genossen auch bei seinem Austritt aus der Genossenschaft verbleiben solle. Daher könne die Kl. ihren Herausgabeanspruch auch nicht auf den Austritt des Bekl. aus der Genossenschaft stützen. Habe die Kl. aber keinen Herausgabeanspruch an den bekl. Ehemann, so stehe ihr ein solcher auch nicht gegen die Ehefrau zu. Denn wenn das Haus an sie als Miteigentümerin zum halben Anteil aufgelassen worden sei, so habe dies nur geschehen können, weil ihr Ehemann ihr seinen Anspruch auf Auflassung zur Hälfte abgetreten habe, was formlos zulässig gewesen sei. Das sei auch durch die Satzungen der Kl. nicht verboten. Die Abtretung sei auch von der Ver-

tretung der Genossenschaft durch die Auflassung anerkannt worden.

Nicht beigetreten werden kann zunächst der vom BerR., der die Rechtsbeständigkeit des Kaufvertrags v. 8. April 1922 weder ausdrücklich bejaht noch ausdrücklich verneint, vertretenen Ansicht, daß die am gleichen Tag erklärte Auflassung den sie rechtfertigenden Grund durch ein genossenschaftliches Übertragungsrecht des bekl. Ehemannes, der dann seinen Auflassungsanspruch zur Hälfte an seine mitbekl. Ehefrau rechtswirksam abgetreten habe, empfangen habe. Der Rechtsgrund für diese Auflassung v. 8. April 1922 ist allein der an diesem Tag vom damaligen Vorstand der Kl. mit den beiden Bekl. als unmittelbaren Erwerbern durch Kauf zu Miteigentum mit hälftigem Anteil geschlossene Kaufvertrag, und zwar dieser Kaufvertrag mit der Gesamtheit seiner Bedingungen. Wäre dieser Kaufvertrag gem. § 139 BGB. im ganzen nichtig, weil er bestimmt, daß der damals als Mitglied der Genossenschaft angehörige kaufende Ehemann für die gesamte Zeit des Bestehens der Genossenschaft deren Mitglied bleiben müsse und — falls er dahin auszulegen wäre, daß auch die kaufende Ehefrau neben dem Ehemann die Mitgliedschaft erwerben müsse — gleiches auch für sie gilt, und weil diese Best. nicht nur gegen § 5 Abs. 1 der Satzung der Kl., sondern auch gegen die zwingende Gesetzesvorschrift in § 65 Abs. 1 GenG. verstößt und aus diesem Grunde nach § 65 Abs. 3 GenG. ohne rechtliche Wirkung ist, so wäre der Rechtsgrund für die in Wirklichkeit vollzogene Auflassung von Anfang an rechtlich nicht vorhanden gewesen. Die Bekl. wären gem. § 812 Satz 1 BGB. verpflichtet, der Kl. das auf ihre Kosten ohne rechtlichen Grund erlangte Eigentum an dem Grundstück herauszugeben, wie das die Klage fordert, jetzt unter Zulassung einer klägerischen Pflicht zur Ausgleichung der von den Bekl. empfangenen Leistungen. Ein anderes Recht, das am 8. April 1922 aufgelassene Grundstück zu Eigentum übertragen zu erhalten, also namentlich das vom BerR. angenommene genossenschaftliche Übertragungsrecht, das nach der Rspr. des RG. ohne die in § 313 Abs. 1 BGB. für Verpflichtungsverträge zur Grundstücksübertragung vorgeschriebene Rechtsform der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung wirksam sein könnte, wäre nur geeignet, gegenüber dem Herausgabeanspruch nach dem auch dem geltenden Recht angehörenden (RGZ. 126, 383 [385]) Grundsatz: dolo facit, qui petit, quod redditurus est eine Arglisteinrede gegen die Klageforderung zu begründen.

In Wahrheit besteht aber auch ein solches genossenschaftliches Übertragungsrecht nicht, nicht für den bekl. Ehemann und demnach auch nicht für die bekl. Ehefrau, deren Recht, da sie nicht Genossin war und es nicht geworden ist, nur von ihm abgeleitet sein könnte. Der BerR. stützt dieses Übertragungsrecht nicht auf die Satzung der Kl. allein, sondern auf sie in Verbindung mit einem Zuweisungsbeschluß der außerordentlichen GenVers. v. 23. Okt. 1921 und dessen Mitteilung an den bekl. Ehemann. Soweit die Rev. hierzu eine Bemängelung deswegen vorbringt, weil im Urt. gesagt sei, die GenVers. habe „beschlossen und mitgeteilt", während doch eine solche Versammlung eine Mitteilung gar nicht machen könne, auch nur zur Beschlußfassung berufen, nicht aber zur Vertretung der Genossenschaft bei Willenserklärungen gegenüber einem Dritten zuständig sei, erledigt sich der Anstand dadurch, daß der bekl. Ehemann selbst als Vorstandsmitglied in der GenVers. v. 23. Okt. 1921 anwesend war und mitgewirkt, auch in dem vorgelegten Protokollbuch das über die Versammlung aufgenommene Protokoll mitunterzeichnet hat. Einer besonderen Mitteilung des Beschl. der Versammlung an ihn durch den zu seiner Ausführung berufenen Vorstand in anderer Besetzung hätte es unter diesen Umständen für die Entstehung eines durch den Beschl. und seine Eröffnung ihm zufließenden genossenschaftlichen Rechtes nicht mehr bedurft. Nicht geltend gemacht ist von der Rev. der Zweifelspunkt, ob denn dem Bekl. durch den Beschl. der GenVers. überhaupt ein bestimmtes Haus, eben das ihm nachher verkaufte Nr. 2, zugewiesen worden sei, da doch nach der Feststellung des Urt. nur eine Liste derjenigen Genossen, die „ein Haus" käuflich erhalten sollten, bekanntgegeben und angenommen worden ist, im Protokoll selbst es auch nur heißt, „die in Frage kommenden Käufer" seien bekanntgegeben worden, und schwerlich vor dieser Versammlung, in der darüber gestritten wurde, ob die Häuser verkauft werden sollten oder nicht, ausgemacht war, welches einzelne Haus jeder vorgesehene Genosse erhalten würde, und dann der Versammlung auch die Entsch. darüber zugemutet und überlassen worden ist, wem jedes einzelne der 16 Häuser zufallen sollte. Daran würde auch der Umstand nicht ohne weiteres etwas ändern, daß die für den Erwerb vorgesehenen Genossen in einem dieser Häuser bereits wohnten und dann naturgemäß ihre Kaufabsicht auf das bereits bewohnte Haus sich richtete. Dieser Punkt kann aber ausscheiden, ebenso die Frage, ob nicht deshalb, weil über die anderen Häuser verfügt ist, das Recht des bekl. Ehemannes sich nur mehr auf dieses Haus richten kann oder konnte. Denn die Satzung der Kl. gibt dem Genossen nach § 2 Abs. 1 und auch nach § 11 Ziff. 2 ein Recht auf Erwerb eines Hauses zu Eigentum schlechthin nicht; vielmehr überläßt es § 2 der Genossenschaft, ob sie die Häuser, worin den Mitgliedern gesunde und zweckmäßig eingerichtete Kleinwohnungen zu billigen Preisen verschafft werden sollen, zu Eigentum oder in Erbbaurecht oder in Miete geben will, und § 11 a. a. O. gestattet nur dem Mitglied, sich um käufliche Überlassung eines Hauses „zu bewerben", womit zunächst die Freiheit der Genossenschaft, das eine oder andere zu tun, gewahrt ist. Diese Bewerbung soll „nach den hierüber ergehenden besonderen Bestimmungen" geschehen dürfen. Daß aber derartige besondere Bestimmungen, die etwa dem Genossen bei ihrer Einhaltung ein Recht auf ein Haus eingeräumt hätten, bei der Kl. im Okt. 1921 erlassen waren oder später erlassen worden sind, ist von keiner Seite vorgebracht. Offenbar weil es an solchen Bestimmungen fehlte, richtete sich auch der Beschluß der GenVers. v. 23. Okt. 1921 darauf, daß die Häuser an Genossen verkauft werden sollten, was nur heißen kann, daß diesen Genossen erst durch den Kaufvertrag und nach Maßgabe seiner Bedingungen das Recht auf Übertragung eines der Häuser, die zu Geld gemacht werden mußten, erwachsen sollte. Die Häuser, so heißt es im Protokoll, „werden dem Verkauf unterstellt". Hierbei konnte die Versammlung durchaus davon ausgehen, daß der zur Vornahme der Verkäufe berufene Vorstand sich hierbei auch nach den schon in der Satzung enthaltenen Bestimmungen über „Erwerbshäuser" richten, also namentlich gem. § 2 Abs. 2 Satz 2 ein Wiederkaufsrecht „zwecks Ausschluß der Spekulation" vorbehalten werde. Wenn das in dem Kaufvertrag v. 8. April 1922 nicht geschehen ist und die Genossenschaft im Falle der Rechtsbeständigkeit des Kaufvertrags unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten an die Rechtshandlung des sie nach außen vertretenden Vorstands gebunden wäre, so ergibt doch das Ausgeführte, daß der bekl. Ehemann ein genossenschaftliches Eigentumsübertragungsrecht an dem Hause ohne Abschluß eines Kaufvertrages nicht erlangt hat. So, wie in dem vom Vorderrichter angezogenen Fall RGZ. 110, 241 (246) = JW. 1925, 1111, daß Überlassungsbedingungen nur „nach Maßgabe der Satzungen und der auf Grund der Satzungen beschlossenen Bestimmungen noch näher festzusetzen" gewesen wären, liegt hier die Sache nicht. Es fehlt an allen weiteren Bestimmungen, als daß ein Verkauf stattfinden sollte und gemäß der Satzung ein Wiederkaufsrecht vorzubehalten war, und es ist nichts dafür beigebracht, daß der Kl. oder ihrem Vorstand die Bedingungen des Erwerbs im Verhältnis zum bekl. Ehemann nach allen Richtungen einseitig festzusetzen gestattet sein sollte. Mit den in Betracht kommenden Genossen als Käufern war eine vertragliche Einigung herbeizuführen. Danach ist der Abweisungsgrund des BerR. nicht haltbar.

Vielmehr wird nun zu prüfen sein, ob nicht am 8. April 1922 von dem damals beim Verkauf handelnden Vorstand auch ohne die nach beiderseitigem Anerkenntnis ungültige Bedingung des Verbleibenmüssens der Käufer oder wenigstens des Ehemannes und der Besitznachfolger in der Genossenschaft dennoch zu den urkundlichen Bedingungen im übrigen verkauft worden wäre, ob also § 139 BGB. mit seiner grundsätzlichen Bestimmung, daß das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn ein Teil nichtig ist, aus besonderen Gründen keine Anwendung zu finden hat. Dabei wird die Erwägung geboten

sein, ob der Vorstand nicht etwa deswegen von der satzungsmäßig gebotenen Anbedingung des Wiederkaufsrechts der Genossenschaft Abstand genommen hat, weil er eben der nichtigen Bedingung halber des Wiederkaufsrechts entraten zu können glaubte. Weiter wird, falls der BerR. zu der Entsch. gelangt, daß der Vertrag im übrigen trotz der Nichtigkeit der einen Bedingung ebenso abgeschlossen worden wäre, der Einwand der Kl. zu würdigen sein, daß die Bekl. aus diesem Vertrag ihr gegenüber Rechte nicht erlangt hätten, weil die damals handelnden zwei Vorstandsmitglieder als Vertreter der Verkäuferin und der bekl. Ehemann, das damalige dritte Vorstandsmitglied, in gegenseitigem Zusammenwirken, auch durch Abschluß entsprechender Verkäufe über andere Häuser, an die zwei dem Bekl. gegenüber handelnden Vorstandsmitglieder, absichtlich und mit Wissen und Willen auch der bekl. Ehefrau, zum Nachteil der Genossenschaft gehandelt hätten, woraus die Herausgabepflicht als Schadensersatzleistung erwachsen konnte (RGZ. 145, 311 [314/15] = JW. 1935, 1012[5]: Urt. dieses Sen. v. 8. Jan. 1935, II 152/34). Soweit Verjährung des Schadensersatzanspruchs eingetreten und geltend gemacht ist, käme nach § 852 Abs. 2 BGB. immer noch die Pflicht zur Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung in Betracht.

Schließlich geböte sich aber noch eine Nachprüfung, ob nicht im Anschluß an die vom BerR. selbst angeführten Entsch. RGZ. 91, 335 = JW. 1918, 224; 130, 209 = JW. 1931, 798, gegen deren Anwendung auf den vorl. Fall der BerR. Bedenken getragen hat, eine andere Stellung zu der Frage einzunehmen ist, ob der bekl. Ehemann und damit auch seine Ehefrau, die ihr Recht nur durch seine Genossenschaftsmitgliedschaft erlangt hat, zur Herausgabe des Hauses nach Wegfall der Geschäftsgrundlage der Genossenschaftsmitgliedschaft für den Kaufabschluß und dadurch gerechtfertigtem Rücktritt der Kl. vom Vertrag (§ 812 Abs. 1 Satz 2 1. Fall BGB.) verpflichtet ist. Der BerR. trägt hiergegen Bedenken namentlich deswegen, weil hier abweichend von dem Fall RGZ. 130, 209 kein Wiederkaufsrecht vereinbart ist. Aus dem Mangeln des Vorbehalts eines solchen Rechts müsse, so glaubt er, der Schluß gezogen werden, daß die Leistung dem Genossen auch bei seinem Austritt aus der Genossenschaft verbleiben solle. Die Berechtigung dieses Schlusses unterliegt aber Bedenken. Auch hier kommt wieder in Betracht, daß zwar kein Wiederkaufsrecht in dem Kaufvertrag v. 8. April 1922 vorbehalten, wohl aber die notwendige Mitgliedschaft nicht nur des Erwerbers, sondern auch des jeweiligen Eigentümers des Hauses bedungen worden ist. Daraus läßt sich wohl eher der gegenteilige Schluß ziehen, daß kein freies Eigentum an dem Hause erworben werden sollte. Dazu treten die übrigen Bestimmungen der Ziff. VII des Kaufvertrages, die den Käufern der Genossenschaft gegenüber bestimmte Pflichten hinsichtlich der Erhaltung des baulichen Zustandes des Grundstücks auferlegen, der Verkäuferin Besichtigungen, offenbar zu Zwecken der Nachprüfung der Erfüllung dieser Verpflichtungen, vorbehalten, bauliche Änderungen jeder Art, insbes. die Neuerrichtung von Gebäuden, ferner die Aufnahme von Untermietern, den Beginn und die Fortsetzung eines Gewerbe- und Wirtschaftsbetriebs von ihrer Erlaubnis abhängig machen und fordern, daß alles das auch dem zum Erwerb der Mitgliedschaft bei der Genossenschaft zu verpflichtenden Besitznachfolger auferlegt werde. All das spricht für den Willen dauernder Beschränkung des Eigentums durch Rechte der Genossenschaft als solcher, nicht bloß durch Verkäuferrechte, wie sie auch sonst bei Grundstücksverkäufen ausbedungen werden mögen, wenn ein besonderes Interesse des Verkäufers, etwa als Grundstücksnachbar, dazu Anlaß gibt. Das Haus ist dem bekl. Ehemann *als Genossen* verkauft worden, wie der GenVersBeschl. mit der darin liegenden bindenden Weisung an den Vorstand und die jetzt als nichtig betrachtete Geschäftsbedingung unter VII des Kaufvertrages ergibt. Trotz des Geldbedarfs der Genossenschaft war der freie Verkauf an den Meistbietenden, Genossen oder Nichtgenossen, nicht verlangt oder auch nur zugelassen. Die Genossenschaft gedachte sich allem nach mit dem Verkauf ebensowohl an ihre Satzung zu halten, als ihrer Geldverlegenheit zu entledigen. Daß an die bekl. Ehefrau mitverkauft worden ist, woraus die Kl. jetzt zu ihren Gunsten, auch in der Rev., weitreichende Folgen für die Ungültigkeit des Verkaufs von Anfang an ableiten will, ändert nichts. Die Beteiligung der Ehefrau als Miteigentümerin mit hälftigem Anteil bedeutet bei der rechtlichen Natur des Miteigentums nach §§ 1008 ff. BGB. nicht, daß dem Ehemann und Genossen nicht Eigentum am ganzen Anwesen zugefallen ist, sondern nur, daß eine innere Ausgestaltung des Eigentums zwischen den Eheleuten, denen nach dem Zweck der Genossenschaft ein Eigenhaus doch gemeinsam dienen soll, vorliegt, die als solche weder bei dem damals handelnden Vorstand noch jemals sonst bei der Genossenschaft bis zum Austritt des Ehemannes einen Anstand erregt hat. Im Kaufvertrag selbst ist der Eintritt der Ehefrau *neben* dem Ehemann ausdrücklich nicht gefordert, und noch in der BerBegr. hat die Kl. erklärt, die Ehefrau spiele nur die formelle Rolle, und ihr sei das Anwesen nur deswegen zum Miteigentum übertragen worden, weil dies auf dem Lande so üblich sei, woraus dann dort die Folge gezogen wird, sie müsse die gegen ihren Ehemann vorl. Einwendungen auch gegen sich gelten lassen. Derselbe Schluß hätte sich gem. § 404 BGB. für den BerR. aus seiner Annahme einer hälftigen Abtretung des Anspruchs des Ehemanns auf Auflassung ergeben. Es wird keinem Zweifel unterliegen können, daß der Verkauf an die Bekl. nicht abgeschlossen worden wäre, wenn der Ehemann schon zuvor aus der Genossenschaft ausgeschieden wäre oder auch nur gekündigt gehabt hätte. Ist aber die Genosseneigenschaft des bekl. Ehemannes Grundlage des Verkaufs und der Auflassung des Anwesens gewesen, so kann es für die Anwendbarkeit des in den beiden angeführten Entsch. des RG. ausgesprochenen Grundsatzes, daß der Genosse bei seinem Austritt den Verlust der genossenschaftlichen Vorteile, auch wenn es sich um eine Herausgabe handelt, mit in Kauf nehmen muß, nur noch darauf ankommen, ob den Käufern mit dem Verkauf zu dem festgesetzten Preis zuzüglich ihrer im Vertrag nicht erwähnten, aber für die Genossenschaft wegen des Schuldentilgungszwecks bei dem Verkauf der Häuser wesentlichen Vorauszahlung von 15000 PM. am 6. Nov. 1921 wirklich ein *genossenschaftlicher Vorteil zugewendet* worden ist. Diese Frage ist einer Erörterung noch gar nicht unterzogen worden. Wäre sie zu bejahen, weil die Genossenschaft, dazu instand gesetzt durch die ihr zuteil gewordene Schenkung von Grund und Boden und die Geldbeschaffung der Treuhandgesellschaft, die Häuser an die Genossen erheblich unter ihrem gemeinen Verkaufswert zu überlassen sich entschlossen hat, so dürften die Bekl. das Haus, in dessen Übertragung die genossenschaftliche Zuwendung steckt und das nunmehr dem Genossenschaftszweck entfremdet würde, nach ihrem Austritt nicht mehr behalten, sondern müßten es auf Verlangen wegen Wegfalls des Grundes der Zuwendung an die Genossenschaft herausgeben.

Als Verschränkung des Rechts des Genossen zur Aufkündigung ist, wie ein Wiederkaufsrecht (RGZ. 130, 209 [211/12] = JW. 1931, 798), so auch ein solcher Verlust der Genossenvorteile nicht anzusehen (RGZ. 91, 335 = JW. 1918, 224). Natürlich gilt das Gesagte nicht für alle Baugenossenschaften schlechthin. Die Sache wird anders liegen z. B. bei Genossenschaften, die, wie im Falle RGZ. 126, 218 = JW. 1930, 2695, ihren Zweck darin sehen, *den Genossen* in Anpassung an *ihre* Bedürfnisse gegen bestimmte Zahlungen Reihenhäuser zu erstellen, die also ungefähr die Rolle des Bauunternehmers für die einzelnen Genossen spielen, um ihnen Eigenhäuser mit freiem Eigentum zu verschaffen.

Daß dem Herausgabeanspruch der Kl. mit Rücksicht auf die Entgegennahme und Ausnutzung der Leistungen der Bekl. der Einwand der gegenwärtigen Arglist entgegenstehe, wie der erste Richter unter Bezugnahme auf RGZ. 135, 374 = JW. 1932, 2972 ausgesprochen hat, hat der BerR. nicht angenommen. Nach den Klageanträgen sollen diese Leistungen, denen auch die Nutzung des Anwesens durch die Bekl. gegenübersteht, Zug um Zug gegen die Rückübertragung des Anwesens in dem Maße, wie berechtigt, herausgegeben werden.

Für die Kl. handelt es sich um die grundsätzliche und für ihren Bestand erhebliche Frage, ob sie in solchen Fällen nicht nur das Anwesen, sondern auch die Leistungen auf den Geschäftsanteil entbehren muß, und darum, ob, wie sie für den Fall des Obsiegs der Bekl. als bevorstehend hält, dem Beispiel der Bekl. auch die übrigen Erwerber der weiter verkauften 15 Häuser werden folgen können.

(U. v. 12. März 1935; II 324/34. — München.) [K.]

Anmerkung: I. Das RG. setzt sich mit der sehr wichtigen grundsätzlichen Frage auseinander, ob ein satzungsmäßig verbrieftes Mitgliedschaftsrecht auf Übertragung eines Hauses einen wirksamen Anspruch des Genossen auf Übereignung zu enthalten vermag. Die Satzung allein ergibt hier noch nichts für die Annahme eines solchen unentziehbaren Rechts. Sie spricht nur in allgemeiner Form den Genossen die Anwartschaft nach Maßgabe bestimmter Bedingungen auf die Übertragung eines Hauses zu. Dieses Anwartschaftsrecht bleibt als mitgliedschaftsbedingtes Recht der Verfügung der Genossenschaft unterworfen, gehört nicht etwa dem Kreis der körperschaftlichen Individualrechte an und ist, abgesehen von dem Erfordernis satzungsändernder Mehrheit, nur insoweit geschützt, als es nur allen Mitgliedern gleichmäßig entzogen und beeinträchtigt werden kann.

Die rechtliche Situation ändert sich jedoch durch Konkretisierung dieser unbestimmten Anwartschaft, d. h. durch Zuweisung eines bestimmten Kaufobjekts an den Genossen und Übernahme der Verpflichtung durch die Genossenschaft, dieses Haus dem Genossen zu überlassen. Damit verwandelt sich die Anwartschaft in ein unentziehbares Mitgliedschaftsrecht. In Erfüllung dieser Verpflichtung wird sodann der Kaufvertrag geschlossen und die Übereignung vollzogen. Der Kaufvertrag erscheint entbehrlich, wenn die Verpflichtungen der Beteiligten sich schon aus der Satzung oder aus den der Satzung angehängten Geschäftsbedingungen (hier: Richtlinien) ergeben.

Ob im vorl. Falle die Konkretisierung erfolgt ist, hängt von dem Inhalt und der rechtlichen Beurteilung der von der GenVers. gefaßten Beschlüsse (23. Okt. 1921) ab. Zum mindesten ist in dieser Beziehung erforderlich, daß das zu überlassende Haus und der erwerbende Genosse in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise bezeichnet werden, und daß die Gegenleistung des Erwerbers genau bestimmt ist. Die übrigen Vereinbarungen können fehlen; es kann in dieser Beziehung angenommen werden, daß der Genossenschaft das Recht zustehen soll, gem. § 315 BGB. die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen. Daß es an diesen Voraussetzungen hier offensichtlich mangelt, ist dem RG. zuzugeben, wenngleich es m. E. ohne Bedeutung ist, daß der Beschluß nur von „verkaufen" spricht. Daher kommt es auch nicht mehr entscheidend darauf an, ob es einer Mitteilung dieses Beschlusses durch den Vorstand als vertretungsberechtigtes Organ an die Bekl. bedurfte. Die Frage wäre m. E. zu verneinen, während das RG. offenbar den entgegengesetzten Standpunkt vertritt, da es sich bemüht, den Zugang an den bekl. Ehemann festzustellen. Denn die Begründung eines solchen genossenschaftlichen Anspruchs ist allein Sache der GenVers. Das Recht des Genossen kommt durch den Beschluß zustande, einer besonderen Mitteilung an den Genossen bedarf es, wie überhaupt bei sozialrechtlichen Konstitutivakten, nicht; selbst wenn sie erfolgen müßte, so würde eine solche des Versammlungsleiters genügen, da die ausschließliche Vertretungsmacht des Vorstands nur im Verhältnis zu Dritten, nicht im internen Verbandsleben zwingende Vorschrift ist.

Weiterhin wäre es sehr zweifelhaft, ob nicht auch solche Entstehung eines Anspruchs auf Eigentumsübertragung durch einseitige Willenserklärung der Körperschaft der Formvorschrift des § 313 BGB. unterliegt. Das RG. ist, da es höchstens eine Arglisteinrede gegenüber dem Herausgabeanspruch zubilligen will, offenbar geneigt, die Formbedürftigkeit zu bejahen. Der Zweckgedanke des § 313 erfordert dessen Anwendung auch in solchem Fall, obwohl in § 313 lediglich von einer vertraglich begründeten Verpflichtung zur Grundstücksübertragung die Rede ist. Doch ist der Mangel der Form durch die erfolgte Auflassung und Eintragung geheilt.

II. Zutreffend ist auch die Feststellung des RG., daß der später abgeschlossene formelle Kaufvertrag durch das Mitgliedschaftsverhältnis des Käufers entscheidend beeinflußt wird. Sollte dem Erwerber das Haus nur als Genosse überlassen werden — und dafür spricht nahezu alles in dem mitgeteilten Tatbestand —, dann traf ihn die Verpflichtung, nach Beendigung seiner Mitgliedschaft das Haus auf die Genossenschaft oder einen von dieser zu bestimmenden Genossen zurückzuübertragen. Das läßt sich, wie es das RG. tut, durchaus schlüssig mit dem Wegfall der Geschäftsgrundlage und Rücktritt der Genossenschaft vom Kaufvertrag sowie dem daraus resultierenden Anspruch der Gen. aus ungerechtfertigter Bereicherung begründen. Die hierauf bezüglichen Rechtsausführungen sind für Baugenossenschaften, die Wert darauf legen, die von ihnen erstellten Häuser nur in der Hand von Mitgliedern zu belassen, von ganz außerordentlicher Wichtigkeit. Es bedarf hiernach gar nicht der vertraglichen Sicherung für den Fall des Austritts des Käufers aus der Genossenschaft. Sie ist ohne weiteres gegeben, wenn aus der Satzung oder aus den Umständen zweifelsfrei hervorgeht, daß die Genossenschaft Häuser nur an Mitglieder abgeben will und an der Einhaltung genossenschaftlicher Verpflichtungen bei der Verwendung der erworbenen Häuser interessiert ist. Die kläg. Genossenschaft hätte also gar nicht nötig gehabt, die Verpflichtung zur Beibehaltung der Mitgliedschaft in den Kaufvertrag aufzunehmen.

Allerdings ist diese Herausgabepflicht der Bekl., die das Haus in der Inflationszeit erworben haben, mit schweren materiellen Verlusten verbunden. Diese haben sie sich aber selbst zuzuschreiben, da sie sich nicht mit den erworbenen so großen Vorteilen begnügten, sondern obendrein auch noch die Mitgliedschaft als einzige noch verbleibende Belastung loszuwerden suchten. Offen bleibt indes die Frage, ob die Kl. nicht jetzt noch durch Wiedereintritt in die Genossenschaft, dessen Nichtzulassung durch die Kl. dolos wäre, oder durch Veräußerung des Hauses an eine Person, die bereit wäre, die Mitgliedschaft zu erwerben, die Herausgabe abzuwenden vermöchten — gewissermaßen Wiederherstellung der Geschäftsgrundlage.

Die Folgerungen, die ich aus der dargestellten Rechtslage ziehe, sind andere als nach der Meinung des RG., ohne daß jedoch das Ergebnis sich verändert. War die ungültige Vertragsbestimmung entbehrlich, so kann deren Aufnahme in den Vertrag unmöglich nach § 139 BGB. die Unwirksamkeit des Gesamtvertrags zur Folge haben. Außerdem war die Möglichkeit einer Umdeutung nach § 140 zu erwägen. Die ungültige Vereinbarung ist wirksam, wenn man darin lediglich die Übernahme einer Verpflichtung zur Rückübertragung des erworbenen Hauses für den Fall des Verlusts der Mitgliedschaft sieht. Diese Annahme liegt um so näher, als es der Genossenschaft gar nicht so sehr darauf ankam, den Austritt des Genossen zu verhüten — das zeigt die Verpflichtung des Erwerbers, bei Verkauf dem Käufer die Verpflichtung zum Erwerb der Mitgliedschaft aufzuerlegen —, als zu verhindern, daß das Haus in die Hand eines Nichtgenossen geriet. Unzweifelhaft ist ferner die weiter übernommene Verpflichtung, das erworbene Haus nur an Personen zu veräußern, die Mitglied der Genossenschaft zu werden versprechen, nicht ungültig. Die Bedeutung der ungültigen Vereinbarung für den Kaufvertrag wird auch durch den Mangel des Wiederkaufsrechts, das nach Weisung der GenVers. ausbedungen werden sollte, nicht erhöht. Gewiß konnte durch dessen Ausübung, obwohl in erster Linie gegen den „Ausschluß der Spekulation" gerichtet, verhütet werden, daß das Haus in die Hand eines Nichtgenossen geriet oder daß der Erwerber seine Mitgliedschaft aufgab. Deswegen blieb doch jene ungültige Vertragsbestimmung entbehrlich, weil ihr Zweck bereits auf andere Weise erreicht war. Es ist auch wahrscheinlich, daß die Ausübung des Wiederkaufsrechts nach der ihm beigegebenen Zweckbestimmung auf den Fall beschränkt sein sollte, wenn das Haus zu einem den Erwerbspreis übersteigenden Verkaufspreis weiterveräußert wurde, zum mindesten also nicht bloß wegen Aufgabe der Mitgliedschaft durch den Käufer.

Diese Betrachtungen zeigen, daß lediglich der auf die Ungültigkeit des Kaufvertrags gestützte Klagegrund versagt. Wäre der Kaufvertrag wirklich ungültig, so wäre es auch logisch unrichtig, den Herausgabeanspruch außerdem noch mit dem Wegfall der Geschäftsgrundlage und Widerruf des Kaufvertrags durch die Kl. zu begründen. Ein formell ungültiger Kaufvertrag kann nicht noch widerrufen werden.

III. Grundsätzlich als richtig anzuerkennen sind auch die Ausführungen des RG. hinsichtlich der Rückgewähr empfangener genossenschaftlicher Vorteile im Falle des Austritts. Nur ist mir zweifelhaft, ob im vorl. Fall, wenn die vom RG. angedeuteten Voraussetzungen gegeben wären, die Rückgabepflicht sich auf das Haus erstreckt. M. E. kann billigerweise von den Bekl. höchstens gefordert werden, daß sie die besondere Zuwendung, die in der niedrigeren Kaufpreisberechnung liegt, durch entsprechende Geldzahlung ausgleichen. Eine weitergehende Pflicht zur Rückgewähr des Hauses läßt sich nur dann vertreten, wenn man zugrunde legt, daß schon der Verkauf des Hauses an sich, ohne Rücksicht auf die hierbei gewährten Vorteile, eine dem Käufer lediglich in Anbetracht seiner Zugehörigkeit zur Genossenschaft gemachte Zuwendung darstellt. Das scheint allerdings hier der Fall zu sein. Das Ergebnis ist dann dasselbe wie auf Grund der Betrachtungen zu oben II. Der Herausgabeanspruch wäre jedoch nicht wie dort auf Wegfall des rechtlichen Grundes, sondern auf Wegfall des mit der Leistung bezweckten Erfolges (§ 812 Abs. 1) zu stützen.

Prof. Dr. Ruth, Frankfurt a. M.

*

3. § 328 BGB. Die Angehörigen des Mieters einer Familienwohnung haben einen eigenen Vertragsanspruch gegen den Vermieter hinsichtlich der gefahrfreien Beschaffenheit der Mieträume. Der gleiche Anspruch wird im Regelfalle auch bei Mietverträgen über gewerbliche Räume den Gewerbegehilfen des Mieters zuzubilligen sein.†)

Der Kl. zu 1 hat als Mieter im Hause der Bekl. Geschäftsräume inne. Der Kl. zu 2, sein Sohn, war bei ihm als Mechaniker angestellt. Als der Kl. zu 2 den für die Geschäftsräume des Hauses bestimmten allgemeinen Abort aufsuchte, wurde er dort ohnmächtig und fiel in einen brennenden Holzkohlenofen, der zum Auftauen der eingefrorenen Leitung bestimmt war.

Gegenüber den Bekl. als den Vermietern hat das BG. einen vertraglichen Anspruch des Kl. zu 2 auf Schadensersatz anerkannt, dessen Grundlage der Mietvertrag ist, den der Kl. zu 1 mit diesen Bekl. abgeschlossen hat. Aus diesem Vertrage seien die Bekl. verpflichtet, die Mieträume und damit auch den dazu gehörigen Abort so instandzuhalten, daß kein gefahrbringender Zustand bestehe. Diese Vertragspflicht liege ihnen auch dem Kl. zu 2 gegenüber ob, denn insoweit sei der bestehende Mietvertrag ein Vertrag zugunsten Dritter i. S. des § 328 BGB. Zwar enthalte der Vertrag keine ausdrückliche Bestimmung über die Rechte dritter Personen. Die tatsächlichen Umstände ergäben jedoch bei Beachtung des erkennbar von beiden Vertragsteilen gewollten Vertragszwecks und der Verkehrssitte, daß ein solcher Vertrag zugunsten Dritter vorliege. Der Mieter von Geschäftsräumen habe regelmäßig den Willen, seinen Arbeitnehmern bezüglich der gefahrfreien Benutzung der Betriebsräume dieselben Rechte zu verschaffen, die ihm selbst zuständen, zumal er als Arbeitgeber den Arbeitnehmern gem. § 618 BGB. verpflichtet sei, die für ihre Dienstleistung erforderlichen Räume gefahrfrei zu erhalten. Im vorliegenden Falle trete noch hinzu, daß der Kl. zu 1 in seinem Geschäft seine beiden Söhne beschäftige, um deren Wohlergehen er als Vater besonders besorgt sein müsse. Dieser Vertragswille des Kl. zu 1 sei auch für die Bekl. erkennbar gewesen, denn sie seien sich bei der Vermietung bewußt geworden, daß der Mieter das in den Räumen einzurichtende Geschäft nicht ohne Gehilfen betreiben wolle. Sie würden unter diesen Umständen beim Vertragsabschluß auch der Aufnahme einer ausdrücklichen Bestimmung i. S. des § 328 BGB. zugunsten des Kl. zu 2 zugestimmt haben.

Gegen die Annahme eines eigenen Vertragsanspruchs des Kl. zu 2 wendet sich die Rev. mit Unrecht.

In der Rspr. des RG. ist anerkannt, daß die Angehörigen des Mieters einer Familienwohnung, soweit sie in diese Wohnung aufgenommen sind, einen eigenen Vertragsanspruch gegen den Vermieter hinsichtlich der gefahrenfreien Beschaffenheit der Räume haben (RGZ. 91, 24 = JW. 1918, 95; 102, 232; JurRdsch. 1926 Nr. 1494; WarnRspr. 1921 Nr. 96). Aus Mietverträgen über gewerbliche Räume ist dagegen ein solcher Vertragsanspruch der Gehilfen des Mieters bisher nicht allgemein hergeleitet worden. Vielmehr hat der 6. ZivSen. im Urt. v. 26. Okt. 1933, VI 272/33, dazu ausgeführt, wenn man auch nach den Grundsätzen des Vertrags zugunsten Dritter (§ 328 BGB.) für die Familienmitglieder und sonstige Angehörige des Hausstandes des Mieters eine solche Haftung nach dem Willen der Vertragschließenden annehmen könne, so wäre, abgesehen von einer etwaigen ausdrücklichen Erklärung der Vertragsparteien, die Ausdehnung eines solchen Willens auf Büroangestellte des Mieters nur unter ganz besonderen Umständen in Erwägung zu ziehen. Der vorliegende Fall bietet keinen Anlaß, zu dieser Entsch. des 6. ZivSen. und damit zu der Frage nach der Möglichkeit eines Vertragsanspruchs aus § 328 BGB. bei Mietverhältnissen über gewerbliche Räume allgemein Stellung zu nehmen. Vielmehr läßt auch der 6. ZivSen. es unter besonderen Umständen zu, für Angestellte des Mieters den vertraglichen Anspruch aus § 328 BGB. gegen den Vermieter festzustellen. Solche besonderen Umstände weist der vorliegende Fall auf.

Der Kl. zu 1 hat in den von ihm gemieteten Räumen seine beiden Söhne, darunter den Kl. zu 2, als Gewerbegehilfen beschäftigt. An ihrem persönlichen Wohlergehen hatte er als Vater, wie das BG. hervorhebt, noch ein besonderes Interesse. Das BG. führt aus, daß die Vertragsparteien, wenn sie an die Möglichkeit gedacht hätten, daß einer der beim Kl. beschäftigten Söhne durch die ordnungswidrige Beschaffenheit der Mieträume zu Schaden kommen könnte, einen unmittelbaren Vertragsanspruch des Verletzten gegen die beklagten Vermieter vereinbart haben würden. Damit will das BG. offenbar nicht feststellen, daß die Bekl. darum gewußt haben, daß der Kl. Söhne als Gehilfen beschäftigte oder beschäftigen wollte. Vielmehr nimmt es eine ergänzende Vertragsauslegung für den Fall vor, daß die Parteien diesen Umstand gekannt und auch für den Fall Vorsorge getroffen hätten, daß einer dieser Söhne Schaden durch die Beschaffenheit der Räume erlitt. Diese Auslegung ist zulässig und verletzt insbes. keine gesetzlichen Auslegungsvorschriften. Sie ist deshalb für das Revisionsverfahren bindend. Auf sie hat das BG. ohne Rechtsirrtum den Vertragsanspruch des Kl. zu 2 gegründet.

(U. v. 11. März 1935; IV 293/34. — Berlin.) [K.]

Anmerkung: Die Entsch. ist im Ergebnis durchaus zu billigen. Sie wird den Gegebenheiten des Einzelfalles in vollem Umfange gerecht. Leider beschränkt sich das RG. darauf, die Begr. seiner Entsch. aus den Umständen des Einzelfalles zu entnehmen. Es wäre erfreulich gewesen, wenn das RG. Gelegenheit genommen hätte, einen allgemeinen Rechtssatz herauszuarbeiten und dessen Tragweite und Grenzen zu bestimmen. Für die beteiligten Kreise würde dann eine klare Rechtslage geschaffen sein. Es ist ja doch für den Vermieter wesentlich, zu wissen, wie weit bei Abschluß eines Mietvertrages seine Haftung erstreckt wird, und ob ohne sein Zutun der Mieter diese Haftung etwa eigenmächtig erweitern kann (z. B. durch Einstellung von Familienangehörigen anstatt fremder Personen in seinem Betrieb). Die Rechtssätze, die das RG. zur Anwendung bringt, sind bereits durch frühere Entsch., die in dem obigen Urt. zitiert werden, aufgestellt. Zu diesen und zu ihrer rechtlichen Begr. seien nachstehende Bemerkungen gemacht.

Der Stand der Rspr. des RG. ist folgender: Bei einem Mietvertrag über Wohnräume haben die Angehörigen des Mieters, die in die Wohnung mitaufgenommen sind, einen eigenen Vertragsanspruch gegen den Vermieter auf gefahrenfreie Benutzung der Mieträume. Die Begr. für diesen Rechtssatz gewinnt das RG. auf dem Wege ergänzender Vertragsauslegung. „Dem Mieter einer Familienwohnung muß, wenn nicht besondere Umstände eine abweichende Auffassung bedingen, die für den Vermieter erkennbare Absicht unterstellt werden, beim Abschluß des Mietvertrages auch die Interessen der mit ihm zusammenlebenden Angehörigen nach Möglichkeit wahrzunehmen und zu diesem Zwecke ihnen hinsichtlich der gefahrenfreien Beschaffenheit der Wohnräume dieselben Rechte gegen den Vermieter zu verschaffen, die ihm selbst zustehen (§ 328 BGB.)" (RGZ. 91, 24 = JW. 1918, 95). Die Notwendigkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung findet das RG. in dem „gesunden Rechtsgefühl" begründet. Es führt hierzu aus: Ohne eine solche Ausdehnung der Vertragspflichten des Vermieters würden die Angehörigen des Mieters in Schädigungsfällen auf außervertragliche Ansprüche beschränkt sein, insbes. würden sie nicht die Vorteile genießen, die der Mieter auf Grund der Vorschr. der §§ 278, 536 BGB. hat, wonach der Vermieter auch ohne Verschulden für einen bei Vertragsschluß vorhandenen Mangel haftet; eine solche Verschiedenheit in der Gestaltung der Rechtslage stehe im Widerspruch mit dem gesunden Rechtsgefühl und könne deshalb auch nicht den Vertragsabsichten des Mieters entsprechen (RGZ. 91, 24 = JW. 1918, 95). Dieselbe Rechtslage auch bei Mietverträgen über gewerbliche Räume für die Betriebsgehilfen des Mieters anzunehmen, lehnt das RG. grundsätzlich ab, es will sie nur für ganz besondere Ausnahmefälle gelten lassen, von denen es einen in der obigen Entsch. angenommen hat. Leider ist es nicht ersichtlich, mit welcher Begr. diese Ablehnung erfolgt. Das BG., das über den vorl. Fall zu entscheiden hatte, vertritt einen anderen Standpunkt. Es bringt das gleiche Verfahren der Rechtsfindung, welches das RG. bei den Wohnungsmietverträgen angewandt hatte, nämlich die ergänzende Vertragsauslegung, auch bei Mietverträgen über gewerbliche Räume zur Anwendung. Die Notwendigkeit dieses Verfahrens gründet es einmal auf die Verkehrssitte und sodann auf den speziellen Vertragszweck, den es dann aus den Umständen

des Einzelfalles ableitet. Nach der Verkehrssitte habe der Mieter von Geschäftsräumen regelmäßig den auch dem Vermieter erkennbaren Willen, seinen Betriebsgehilfen dieselben Rechte bezüglich der gefahrenfreien Benutzung der Betriebsräume zu verschaffen, die ihm selbst zuständen, denn er selbst sei ja gemäß § 618 BGB. verpflichtet, die für ihre Dienstleistungen erforderlichen Räume gefahrfrei zu erhalten. Durch die Umstände des Einzelfalles werde dieser Vertragswille noch dadurch unterstrichen, daß der Mieter seine Söhne als Gehilfen in seinem Betriebe beschäftige und das familienrechtliche Band eine solche Fürsorge besonders erforderlich mache. Diese Begr. erscheint durchaus beachtlich, sie beruht auf einer Erweiterung der Überlegungen, die das RG. in der oben zitierten Entsch. 91, 24 angestellt hat. Gerade der Hinweis auf die den Unternehmer treffende Pflicht des § 618 BGB. läßt es erforderlich erscheinen, daß der vom RG. für Wohnräume aufgestellte Rechtssatz auch auf gewerbliche Räume übertragen wird. Der vorl. Fall hätte deshalb dem RG. Anlaß geben sollen, seine Rspr. einer Nachprüfung zu unterziehen und für die beteiligten Kreise sowie für die Rechtswahrer klare Verhältnisse zu schaffen.

Bei der Nachprüfung seiner Rspr. hätte das RG. aber auch die Begr. vom Blickpunkt der neuen Rechtslehre aus nachprüfen und evtl. neu aufbauen sollen. Der Rechtssatz, daß die Familienangehörigen des Mieters bezüglich gefahrloser Benutzung der Wohnung eigene Ansprüche gegen den Vermieter haben, ist eine völlige Neuschöpfung der Rspr. des RG. Der Rechtssatz ist inhaltlich durchaus richtig. Er wird den Bedürfnissen der Praxis gerecht und entspricht dem Gedanken der sozialen Fürsorge, der ein Element des Rechts ist. Indessen ist der Weg, auf dem das RG. diesen Rechtssatz gewonnen hat, vom Standpunkt der neuen Rechtslehre aus nicht zu billigen. Man wird den Eindruck nicht los, daß der Weg der ergänzenden Vertragsauslegung nur ein Notbehelf ist, nur eine Krücke, um den als richtig erkannten Rechtssatz zu stützen. Es ist doch lediglich eine Annahme, daß eine Lücke im Vertrage vorliege und der Richter deshalb mit ergänzender Vertragsauslegung eingreifen müsse. Es ist ebenso lediglich eine Annahme, daß der Vermieter mit dem Mieter sich auf eine Ausdehnung seiner Haftung gegenüber den Familienangehörigen geeinigt hätte, wenn ihm ein derartiges Verlangen bei den Vertragsverhandlungen gestellt wäre. Es ist viel eher zu unterstellen, daß in der Regel der Vermieter eine Ausdehnung seiner vertraglichen Haftungspflicht über die Person seines Vertragspartners hinaus ablehnen würde. So bedeutet der Weg der ergänzenden Vertragsauslegung in der Regel eine Vergewaltigung des Vertragswillens des Vermieters. Hier zeigt es sich, daß das reine Vertragsdenken versagt. Die neue Rechtslehre hat die Vorherrschaft des Vertragsdenkens beseitigt und das Gemeinschaftsdenken in den Vordergrund gerückt. Dies zeigt sich im Mietrecht in ganz besonderem Maße: Das Mietecht ist dem Gemeinschaftsdenken besonders zugänglich. Die Praxis hat hier mit der Einführung des Einheitsmietvertrages schon bedeutsame Anfänge gemacht und durch ihn die Vorherrschaft des Gemeinschaftsdenkens im Mietrecht begründet. Aufgabe der Rspr. und Rechtslehre ist es, das gesamte Mietrecht mit dem Gemeinschaftsgedanken zu durchdringen. Auch der vom RG. geschaffene Rechtssatz ist aus dem Gemeinschaftsgedanken heraus zu begründen.

Vom Standpunkt der neuen Rechtslehre aus ergibt sich der bedeutsame Satz, daß der Mietvertrag nicht nur Rechtsbeziehungen des Mieters zu der gemieteten Sache schafft, sondern vor allen Dingen personenrechtliche Bindungen herstellt, und zwar zwischen dem Mieter und Vermieter sowie zwischen diesen beiden Vertragsteilen und der Gesamtheit der übrigen Hausgemeinschaft. Diese personenrechtlichen Bindungen, die im heutigen Recht noch sehr stark im Hintergrunde stehen und nur gelegentlich schattenhaft in die Erscheinung treten, müssen vom Gemeinschaftsdenken in den Vordergrund gestellt werden. Nur auf personenrechtliche Beziehungen kann sich eine Gemeinschaft und eine Gemeinschaftsordnung aufbauen. Zur Hausgemeinschaft gehören auch die vom Mieter in seine Wohnung aufgenommenen Familienangehörigen. Auch sie werden von diesen personenrechtlichen Beziehungen, die der Mietvertrag schafft, mitumfaßt. Das zeigt sich einerseits an der Tatsache, daß auch die Familienangehörigen Rechtspflichten treffen, die auf diesem Gemeinschaftsverhältnis beruhen, wie Aufrechterhaltung der Ruhe und Ordnung im Hause, Achtung der Persönlichkeit des Hauswirts und der übrigen Hausgenossen (§ 2 MietSchG.) u. dgl., andererseits auch daran, daß ebenso der Vermieter den Familienangehörigen gegenüber ähnliche aus der Hausgemeinschaft sich ergebende Verpflichtungen trägt (auch hier ist auf § 2 MietSchG. beispielsweise zu verweisen). Schafft also der Gemeinschaftsgedanke im Mietrecht überhaupt Rechtsbeziehungen zwischen dem Vermieter und den in die Hausgemeinschaft aufgenommenen Familienangehörigen des Mieters, und gehen diese auf den Mietvertrag als Rechtsgrund zurück, so liegt nichts näher, als auf diese Gemeinschaft auch den Vertragsanspruch der Familienangehörigen eines Mieters gegen den Vermieter auf gefahrfreie Benutzung der Mieträume zu gründen. Dieser Schluß ist um so zwingender, als sich aus dem Gemeinschaftsgedanken auch eine Fürsorgepflicht der Mitglieder der Gemeinschaft als Rechtspflicht ergibt: Die Familienangehörigen haben ebenso wie der Mieter für fürsorgliche und pflegliche Behandlung der Mieträume und der der Hausgemeinschaft als solcher zur Verfügung stehenden Räume einzustehen, ebenso muß dann der Vermieter aus dieser Fürsorgepflicht heraus dafür Sorge tragen, daß die Mieträume und sonstigen vom Mieter und seinen Familienangehörigen benutzten Räume keine Gefährdung der Personen bei der Benutzung herbeiführen. Der Fürsorgegedanke wird auch in den Entsch. des RG., die zu der zur Erörterung stehenden Frage Stellung nehmen, ausdrücklich hervorgehoben. So spricht das RG. 102, 234 aus, daß die Pflicht des Vermieters zur Erhaltung der Mietssache in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustande eine positive Fürsorgetätigkeit für die Erhaltung der Mietsache erfordert und daß demgemäß der Vermieter bei allen Arbeiten am Grundstück, mögen sie auch in anderen Räumen als den dem Mieter zum ausschließlichen Gebrauch oder zur Mitbenutzung überlassenen vorgenommen werden, darauf bedacht sein müßte, jede Gefährdung oder Beeinträchtigung des Mieters zu vermeiden.

Es kann keinen rechtlichen Unterschied begründen, ob der Mieter Familienangehörige in seinen Hausstand aufnimmt oder fremde Personen. Die in seine Wohnung aufgenommenen Personen haben zur Hausgemeinschaft die gleiche Stellung. Ebenso kann es aber auch keinen rechtlichen Unterschied begründen, ob ein Mieter von gewerblichen Räumen in diese Räume zur Ausübung gewerblicher Zwecke Gehilfen hineinnimmt. Ebenso wie der Mieter eines gewerblichen Raumes zu dem Vermieter und den übrigen Mietern des gleichen Hauses in eine Hausgemeinschaft tritt, so treten auch seine Betriebsgehilfen in diese Hausgemeinschaft ein. Ihnen eine andere Stellung in der Hausgemeinschaft zuzuerkennen als Familienangehörigen des Mieters einer Wohnung, liegt kein rechtlicher Grund vor. Auf dem Wege des Gemeinschaftsdenkens ergibt sich also der gleiche Rechtssatz, den das BG. auf dem Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gewonnen hat: daß nämlich grundsätzlich auch Betriebsgehilfen unmittelbare auf Vertrag beruhende Ansprüche gegen den Vermieter auf gefahrfreie Benutzung der Mieträume haben müssen. Die Entsch., die das RG. im vorl. Falle aus den Umständen des Einzelfalles gewonnen hat, beruht demnach in Wahrheit auf einem allgemeinen Rechtssatz. Dieser braucht aber nicht mehr auf dem Umwege über § 328 BGB. gewonnen zu werden, sondern ergibt sich unmittelbar aus dem Gemeinschaftsdenken.

RA. u. Notar Dr. Roquette, Königsberg i. Pr.

*

**4. §§ 328 Abs. 2, 242 BGB. Dividendengarantieabkommen. Wie bei allen Verträgen zugunsten Dritter ist auch bei Garantieverträgen solcher Art beim Schweigen des Vertrages im Einzelfalle nach Sinn und Zweck des Vertrages zu entscheiden, ob und inwieweit eine unmittelbare Berechtigung des Aktionärs entstehen soll. Der Einfluß einer Zusammenlegung von Aktien auf den Umfang der Dividendengarantie läßt sich nur im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung des Einzelfalles feststellen. Unterschied von Rentabilitätsgarantie und Rentengarantie. Die Rentengarantie kann jeder Veränderung der Aktie folgen, sie kann unverändert bleiben, solange die Aktie selbst trotz einer Veränderung fortbesteht, wie dies im Falle der Verminderung ihres Nennwertes in vollem Umfange oder im Falle der Zusammenlegung in der Vereinigung mehrerer Aktien miteinander möglich ist. Die Garantie kann aber auch den Bestand der Aktie überdauern. Dividendengarantie und clausula rebus sic stantibus.

Das BG. führt aus, die bekl. AktG. habe sich in dem Vertrage mit dem Bankhause A. v. 8. Mai 1930, dem rechtlich die Bedeutung eines Vorvertrages zukomme, verpflichtet, mit der Gesellschaft S.werk ein Abkommen des Inhalts abzuschließen, daß sie den Aktionären des S.werkes gegenüber gehalten sei, für eine Dauer von 30 Jahren selbst oder durch eine von ihr zu benennende Stelle den Dividendenschein jeder S.werk-Stammaktie mit 7% einzulösen. Die

Bekl. habe die Verpflichtung zum Abschluß eines solchen Abkommens mit dem S.werk in der Folge erfüllt. Zum Abschluß eines mit dem S.werk vorgesehenen Arbeitsabkommens sei es zwar nicht gekommen. Dagegen habe die Bekl. durch ein vertretungsberechtigtes Mitglied ihres Vorstandes in der Aufsichtsratssitzung des S.werks v. 10. Dez. 1931 wie in der GenVers. dieses Werkes v. 11. Aug. 1932 Erklärungen abgeben lassen, mit denen sie ihren Willen, sich der S.werk-AktG. gegenüber i. S. des Abkommens v. 8. Mai 1930 zu verpflichten, unzweideutig zum Ausdruck gebracht habe; die Erklärungen seien von den genannten Organen des S.werks unmittelbar angenommen worden; sie hätten daher als der unmittelbare Ausdruck des übereinstimmenden Willens der Bekl. und der S.werk-AktG. zu gelten, daß der in dem Abkommen v. 8. Mai 1930 vorgesehene Garantievertrag zwischen ihnen geschlossen sei. Das Zustandekommen dieser Einigung habe in der Auszahlung der Dividende für 1930 und 1931 eine deutliche Bestätigung erfahren.

Diese Tatsachenwürdigung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Entgegen der Ansicht der Rev. können Bedenken gegen sie nicht schon daraus hergeleitet werden, daß die in Frage kommenden Erklärungen nur mündlich und auch sonst in einer im Geschäftsverkehr zwischen AktG. ungewöhnlichen Form abgegeben worden sind. Die Ungewöhnlichkeit der Form beruhte nach der Ansicht des BG. auf dem Umstande, daß das in dem Vertrage v. 8. Mai 1930 vorgesehene, gleichzeitig mit dem Garantieabkommen abzuschließende Arbeitsabkommen zwischen der Bekl. und dem S.werk aus nicht näher erörterten, anscheinend aber nur formalen Gründen bis zum Zeitpunkte der Garantieübernahme noch nicht hatte vollzogen werden können. Gerade dieser Umstand aber sollte nach den Feststellungen des BG. das Zustandekommen des Garantievertrages *nicht* in Frage stellen. Das BG. stellt fest, es habe dem Willen der Vertragsparteien entsprochen, daß die ursprünglich geplante Verbindung der beiden Abkommen gelöst und der Garantievertrag zwischen der Bekl. und dem S.werk unabhängig von dem Arbeitsabkommen in Kraft gesetzt werden sollte.

Die Rev. rügt, daß das BG. es jedenfalls rechtsirrig unterlassen habe, die Sachlage aus dem Gesichtspunkte der Beschränkung der Erklärungen auf eine „*Übergangsregelung*" zu prüfen.

Die Rüge ist unbegründet. Wenn die Garantieerklärung der Bekl. nicht vorbehaltlos in dem durch das Bankabkommen umschriebenen Umfange abgegeben werden sollte, hätte dies bei der weittragenden Bedeutung der durch sie bewirkten Bindung irgendwie zum Ausdruck gebracht werden müssen, was nicht geschehen ist. Es muß davon ausgegangen werden, daß Vertreter großer Industrieunternehmungen sich der Tragweite rechtsgeschäftlicher Erklärungen bewußt sind und daher bei der Abgabe solcher Erklärungen überlegt zu Werke gehen. Im vorl. Falle hat keine der in Frage kommenden Vorstandsmitglieder, die nach der Feststellung des BG. mit Vollmacht der Bekl. handelten, bei den verschiedenen Erklärungen Veranlassung genommen, irgendwie auf eine zeitliche Beschränkung des Verpflichtungswillens der Bekl. hinzuweisen, obgleich ihnen nicht zweifelhaft sein konnte, daß sowohl in der Aufsichtsratssitzung v. 10. Dez. 1931 wie in der GenVers. v. 11. Aug. 1932 unter der Dividendengarantie nur die Garantie in dem Ausmaße des Bankabkommens verstanden wurde. Die Bekl. muß daher die Erklärungen ihrer Vertreter so gegen sich gelten lassen, wie sie von dem Vertragsgegner unter Berücksichtigung der Umstände nach Treu und Glauben aufgefaßt werden durften und ausweislich der Verhandlungsniederschriften des S.werks aufgefaßt worden sind, dahin nämlich, daß die Dividendengarantie auf 30 Jahre *fest* übernommen sei.

Das BG. prüft sodann die Frage, ob der zwischen der Bekl. und der S.werk-AktG. zustande gekommene Garantievertrag nur für die Versprechensempfängerin Rechte begründet oder daneben den Aktionären der S.werk-AktG. das Recht verliehen hat, die Leistung aus dem Vertrage unmittelbar zu verlangen. Es entscheidet die Frage im Sinne der letzten Alternative, indem es bei dem Fehlen einer ausdrücklichen Parteiabrede hierüber den Umständen des Falles, insbes. dem Zwecke des Garantievertrages, die Absicht der Vertragschließenden entnimmt, daß den Aktionären ein unmittelbarer Leistungsanspruch zugewendet werden sollte. Diese Art des Vorgehens ist zu billigen. Wie bei allen Verträgen zugunsten Dritter ist auch bei Garantieverträgen vorliegender Art beim Schweigen des Vertrages selbst im Einzelfalle nach Sinn und Zweck des Vertrages zu entscheiden, ob und inwieweit eine unmittelbare Berechtigung des Aktionärs entstehen soll, eine Frage, deren Entsch. nur nach der Lage des Einzelfalles getroffen werden kann. Das BG. führt hierzu aus, auch die Rentengarantie vermöge, wie die Rentabilitätsgarantie, dem Interesse der *Gesellschaft* zu dienen. Im vorl. Falle aber sei der Schutz der *Aktionäre* der ausgesprochene Zweck der Garantie gewesen. Das Bankhaus A. habe die Übernahme der Garantie mit Rücksicht auf seine Bankkundschaft, also zu deren Schutz verlangt. Das sei das *einzige* Motiv für die Ausbedingung der Garantieübernahme gewesen. Nun habe aber der Umstand, daß die Bekl. vermöge des Besitzes von fast $^3/_4$ der Aktien des S.werks stets in der Lage gewesen wäre, auf die Entschließungen dieses Werkes einen bestimmenden Einfluß auszuüben, einen Unsicherheitsfaktor für die Aktionäre des S.werks gebildet, der einer engen Auslegung der Garantie entgegenstehe. Hätte man diesen sehr bedeutsamen Unsicherheitsfaktor in den Vertrag hineinnehmen wollen, so hätte man dies beim Vertragsschluß als eine weitgehende Entwertung der Garantie ausdrücklich hervorheben müssen. Dies sei aber nicht geschehen. Der Vorvertrag vom 8. Mai 1930 schweige darüber vollständig. Aus allen diesen Umständen folgert das BG., daß auch die Parteien des Garantievertrages einen möglichst *wirksamen* Schutz der Aktionäre hätten herbeiführen wollen und daher, wenn auch nur stillschweigend, in dem Sinne einig geworden seien, daß aus ihrer Vereinbarung den Aktionären des S.werks unmittelbare Rechte erwüchsen.

Die Ausführungen des BG. bewegen sich ganz im Rahmen des § 328 Abs. 2 BGB. Sie sind in sich schlüssig und auch in ihrem Ausgangspunkte nicht zu beanstanden. Es ist klar, daß die Umstände, die zu dem Abschluß des Vorvertrages v. 8. Mai 1930 geführt haben, bei der Auslegung des späteren Garantievertrages herangezogen werden dürfen und müssen. Denn der Garantievertrag beruht ungeachtet der Verschiedenheit der Parteirollen ersichtlich auf dem Vertrage v. 8. Mai 1930.

Das BG. prüft weiterhin die Frage, welchen Einfluß die Zusammenlegung der Aktien des S.werks auf den Umfang der Dividendengarantie geübt hat, ob entsprechend der Kapitalzusammenlegung im Verhältnis von 4 : 1 die Dividendengarantie der Bekl. sich auf ein Viertel der früheren Höhe verringert hat.

Das BG. hatte hier zu beachten, daß die Dividendengarantie als solche keinen einheitlichen Vertragstypus darstellt, da sie den verschiedensten wirtschaftlichen Zwecken zu dienen vermag. In neuerer Zeit hat sie ein wichtiges Anwendungsgebiet in der Konzentrationsbewegung gewonnen. Jedoch dient sie der Konzernbildung auch außerhalb der eigentlichen Interessengemeinschaftsverträge. Sie kann daher inhaltlich außerordentlich verschieden sein. Was im Einzelfall vereinbart ist, läßt sich nur im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalles feststellen. Dabei ist der Unterschied zu beachten zwischen der *Rentabilitätsgarantie*, die gegeben ist, wenn der Garant dafür einsteht, daß die Gesellschaft einen bestimmten Reingewinn erzielt — bei ihr ist das Risiko des Garanten unübersehbar —, und der bloßen *Rentengarantie*, bei der nur Gewähr dafür geleistet wird, daß die Aktionäre eine gewisse Rente auf ihre Aktien beziehen; sie enthält für den Garanten ein viel geringeres Risiko. Um eine bloße Rentengarantie handelt es sich hier. Beide Typen einer Dividendengarantie sind aber, wie bemerkt, einer sehr verschiedenen inhaltlichen Ausgestaltung fähig. Die Rentengarantie insbes. kann in einer mehr oder minder engen Verknüpfung mit dem Schicksal der Aktie übernommen werden. Sie kann jeder Veränderung der Aktie folgen; sie kann unverändert bleiben, so-

lange die Aktie selbst trotz einer Veränderung fortbesteht, wie dies im Falle der Verminderung ihres Nennwertes (Denomination) in vollem Umfange oder im Falle der Zusammenlegung in der Vereinigung mehrerer Aktien miteinander möglich ist; die Garantie kann endlich überhaupt den Bestand der Aktie überdauern. Was im einzelnen Falle gewollt ist, läßt sich nur durch Auslegung ermitteln. Dieser wird allerdings von vornherein dann eine gewisse Richtung gewesen sein, wenn die Garantie auf ein bestimmtes Aktienkapital zugesagt ist. Hier wird im allgemeinen eine spätere Erhöhung des Stammkapitals keine Erweiterung der Garantie, eine spätere Herabsetzung nur im Falle einer Teilausschüttung des Grundkapitals eine entsprechende Verminderung der Garantie zur Folge haben. Das BG. trägt allen diesen Gesichtspunkten Rechnung, wenn es die Frage aus der Erkenntnis von Anlaß und Zweck der Garantieübernahme zu entscheiden unternimmt.

Auf Grund der Feststellung, daß die Bekl. eine inhaltlich unbeschränkte Garantie in dem oben erörterten Sinne übernommen habe, entscheidet das BG. die Kernfrage des Prozesses, ob die Verpflichtung der Bekl. auch dadurch keine Veränderung erfahren habe, daß die S.werk-AktG. durch die Weltwirtschaftskrise der letzten Zeit veranlaßt worden sei, ihr Stammkapital auf ein Viertel der früheren Höhe herabzusetzen. Es verneint diese Frage mit folgender Begründung: Wenn davon ausgegangen werde, daß der Zweck der Garantie im vorl. Falle nicht auf die Verhinderung der Folgen „künftiger Konzernmaßnahmen" beschränkt gewesen sei, so könne es auch nicht zweifelhaft sein, daß sie in ihrem Inhalte und Umfang grundsätzlich auch nicht durch den Eintritt einer Wirtschaftskrise verändert werde. Bei dieser Sachlage aber komme für die hier zu entscheidende Frage auch der Zusammenlegung des Aktienkapitals der S.werkAktG. keine Bedeutung zu. Die Zusammenlegung sei „nur die buchmäßige Ausdrucksform für den durch die Wirtschaftskrise verursachten Schwund der Substanz des S.werkes" gewesen. Habe aber die Bekl. als Dividendengarantin im vorl. Falle die Folgen der Wirtschaftskrise auf sich zu nehmen, so sei nicht einzusehen, weshalb sich ihre Garantie in dem Augenblick ermäßigen sollte, in dem das S.werk die „buchmäßige" Schlußfolgerung aus der neuen Lage gezogen habe. Dazu komme die Besonderheit des Falles, daß die Entsch. über die Herabsetzung des Stammkapitals im wesentlichen von der Entschließung der Garantin abgehangen habe, die etwa $^3/_4$ des Aktienbesitzes in ihren Händen hatte, ein Umstand, der einen weiteren Unsicherheitsfaktor für die Aktionäre des Werkes gebildet und daher das Bedürfnis einer weiten Auslegung des Garantieversprechens verstärkt habe.

Alle Einwendungen der Rev. dagegen sind Schlußfolgerungen, die sich allein aus der Auffassung der Rev. ergeben, die Garantie der Bekl. trage schon in sich die Beschränkung, daß die Garantin ausschließlich für die Folgen konzernpolitischer Maßnahmen einzustehen habe, eine Auffassung, die, wie gezeigt, mit den vom BG. unangreifbar getroffenen tatsächlichen Feststellungen in Widerspruch steht.

Das BG. gelangt hiernach unter eingehender Würdigung der Umstände des Falles rechtlich einwandfrei zu der Feststellung, daß den außenstehenden Aktionären des S.werks aus der von der Bekl. übernommenen Dividendengarantie nach Maßgabe ihres Aktienbesitzes ohne Rücksicht auf die nach dem Abschlusse des Garantievertrages erfolgte Herabsetzung des Grundkapitals ein unverkürztes, nicht entziehbares Recht auf den 30jährigen Bezug von 7% Dividende der Aktien zusteht, auf die die Garantie zugesagt war. Diese Lösung ist nach den obenerörterten Richtlinien möglich und rechtlich nicht zu beanstanden. Sie erscheint mit Rücksicht auf die Bedeutung, die die Erlangung des wirtschaftlichen Übergewichts in der Elektroindustrie Sachsens für die Bekl. gehabt hat und noch hat, auch nicht unbillig.

Das BG. hat die Frage, ob die Herabsetzung des Stammkapitals der S.werk-AktG. auf die Garantieverpflichtung der Bekl. von Einfluß gewesen ist, in erster Linie vom Vertragsstandpunkte aus verneint. Es prüft aber auch die Frage, ob nicht die Berücksichtigung der nach dem Abschlusse des Garantievertrages eingetretenen Veränderung der allgemeinen Wirtschaftslage als einer der Ursachen der Kapitalsherabsetzung nach dem Grundsatz der clausula rebus sic stantibus zu einer andern Beurteilung führen müsse. Es verneint auch diese Frage, weil es hier an dem Vorliegen eines die Anwendung der Klausel rechtfertigenden, trotz größter Vorsicht nicht vorauszusehenden, ganz ungewöhnlichen Ereignisses fehle (RGZ. 113, 139 = JW. 1926, 2362). Schon der Geschäftsbericht des S.werks vom Mai 1930 weise auf die verschlechterte Wirtschaftslage hin. Deshalb wäre erst recht beim Abschluß des Garantievertrages i. J. 1931 Vorsicht am Platze gewesen. Auch das Ausmaß der Krise sei nicht so ungewöhnlich, daß im vorl. Falle der Grundsatz der Vertragstreue durchbrochen werden müsse. Das Krisenausmaß sei für ein Unternehmen wie die Bekl. verhältnismäßig geringfügig. Das BG. begründet diese Feststellung durch eine Schätzung der aus der Garantieverpflichtung entspringenden, nicht als erheblich anzusehenden Jahresbelastung und zieht daraus den Schluß: Unter diesen Umständen könne auch die lange Dauer der Verpflichtung von der Bekl. nicht ins Feld geführt werden, zumal angesichts der gegenwärtig steigenden Konjunktur nicht feststehe, inwieweit die Bekl. künftig aus der Garantie überhaupt noch in Anspruch genommen werde. Im übrigen handle es sich hier lediglich um Folgen des einmal geschlossenen Vertrages. Die Entwicklung hätte auch so gehen können, daß das S.werk infolge der allgemeinen Wirtschaftslage 30 Jahre lang dividendenlos blieb, ohne daß es zu einer Herabsetzung des Stammkapitals kam. Dann könne kein Zweifel daran obwalten, daß die Berufung auf Treu und Glauben die Bekl. von ihrer Garantiepflicht nicht befreite.

Diese Ausführungen sind rechtlich zu billigen. Es gibt keinen Rechtssatz des Inhalts, daß eine zur Zeit des Vertragsschlusses nicht vorauszusehende nachträgliche Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse den Schuldner von der Verpflichtung zur Vertragserfüllung befreie. Nur unter ganz besonderen Umständen, deren Vorliegen im Einzelfalle sorgsam zu prüfen ist, kann es nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zulässig oder sogar geboten erscheinen, eine Schuldnerverpflichtung als gemildert oder gar erloschen zu behandeln. Darüber herrscht in Rspr. und Schrifttum Übereinstimmung (vgl. Staudinger, BGB. II Einl. z. 2. Abschn. II 3; JW. 1934, 2685). Auch in Fällen vorliegender Art ist daran festzuhalten, daß der Eintritt einer allgemeinen wirtschaftlichen Krise in der Regel nicht einen Umstand bildet, der den Garantieschuldner von der Erfüllung der übernommenen Verpflichtung zu befreien vermag. Die Garantie soll ja gerade die Aktionäre gegen derartige Gefahren schützen.

(U. v. 8. Febr. 1935; II 280/34. — Berlin.) [v. B.]

<= RGZ. 147, 42.>

*

**5. §§ 581, 537 BGB. Auch gesetzliche oder behördliche Gebrauchsverbote können einen Fehler der Miet-(Pacht-)Sache darstellen, wenn sie irgendwelche Beziehungen zu der Miet-(Pacht-)Sache haben. Verbote, die ihren Grund in der Person des Mieters (Pächters) haben, fallen nicht darunter. †)

Die Kl. behauptet, daß auf Grund des Ges. über den Zusammenschluß von Mühlen v. 15. Sept. 1933 und der DurchfVO. v. 5. Nov. 1933 die für die Vermahlung in ihrem Betrieb zugelassene Kornmenge für die Zeit v. 1. Jan. 1934 bis 30. April 1934 auf 1446,09 t festgesetzt worden sei. Die jährliche Vermahlungsfähigkeit der gepachteten Mühle betrage aber 16200 t, die Vermahlungsfähigkeit für vier Monate daher 5400 t. Sie könne deswegen Herabsetzung des Pachtzinses in dem Verhältnis verlangen, in dem die Vermahlungsfähigkeit zu der gesetzlich zugelassenen Vermahlungsmöglichkeit stehe. Der Jahrespachtzins betrage unter Einrechnung der Nebenleistungen 32370 *RM*. Sie habe deswegen für die Monate Jan. bis April 1933 dem Bekl. 7890 *RM* zu viel Pachtzinsen bezahlt. Hiervon fordert die Kl.

mit der Klage einen Teilbetrag von 1100 RM nebst Zinsen zurück. Der Bekl. hat Klageabweisung beantragt und Widerklage erhoben, die sich gegen den von der Kl. behaupteten weiteren Anspruch von 6790 RM richtet.

Die beiden Vorderrichter haben den Anträgen des Bekl. entsprochen.

Die von der Kl. begehrte Herabsetzung des Pachtzinses wird in erster Reihe auf die §§ 581, 537 BGB. gestützt. Der § 537 erfordert, daß durch einen Fehler der Mietsache ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch gemindert wird. Unter dem vertragsmäßigen Gebrauch ist hierbei, wie in § 459 BGB., auch der nach dem Vertrage vorausgesetzte Gebrauch zu verstehen (RGZ. 135, 342 = JW. 1932, 1862). Bei der Pacht, bei der der Verpächter nach § 581 BGB. außer dem Gebrauch der Pachtsache den Genuß ihrer Früchte zu gewähren hat, ist das Erfordernis des § 537 BGB. auch dann gegeben, wenn durch einen Fehler der Pachtsache ihre Tauglichkeit zu der nach dem Vertrage vorausgesetzten Nutzung, also die vertragsmäßige Nutzungsfähigkeit gemindert wird. Das BG. bezweifelt nicht, daß die nach dem Vertrage vorausgesetzte Tauglichkeit der verpachteten Mühle ihre volle Ausnutzungsfähigkeit war, und daß die Parteien diese der Berechnung des Pachtzinses zugrunde gelegt haben. Es lehnt die Anwendung der §§ 581, 537 BGB. nur deswegen ab, weil die nach der Behauptung der Kl. eingetretene Verhinderung der vollen Ausnutzung nicht auf einem Fehler des Pachtgegenstandes beruhe. Der gesetzliche Eingriff habe nur auf den Umfang des Mühlenbetriebes einen gewissen Einfluß. Der Bekl. sei auch weiterhin in der Lage, die in der Überlassung eines Mühlenbetriebes bestehende vertragsmäßige Nutzung zu gewähren.

Dieser Entscheidungsgrund verdient keine Billigung. In der Rspr. des RG. ist anerkannt, daß auch gesetzliche und behördliche Gebrauchsverbote einen Fehler der Miet- oder Pachtsache darstellen können, wenn sie irgendwelche Beziehungen zu der Beschaffenheit der Miet- oder Pachtsache haben (RGZ. 144, 177 = JW. 1934, 1411[2]). Verbote, die ihren Grund in der Person des Mieters oder Pächters haben, fallen nicht darunter. Hier beruht die angeordnete Einschränkung des Gebrauchs und damit der Ausnutzung des Pachtgegenstandes auf seiner besonderen Eigenart, auf seiner Einrichtung zu einem für die Vermahlung von Getreide bestimmten Mühlenbetrieb. Die Person des Pächters spielt hierbei keine Rolle. Die in der Rspr. des RG. geforderte Beziehung zur Beschaffenheit der Pachtsache ist daher gegeben. Sie ist es in so weitgehendem Maße, daß unbedenklich ein Fehler der Pachtsache selbst anzuerkennen ist (RGZ. 94, 268 = JW. 1919, 239).

Die vom BG. für seine Auffassung angeführte Entsch.: RGZ. 90, 374 = JW. 1917, 968 steht nicht entgegen. In dem dort behandelten Falle war durch ein Verbot die Biererzeugung eingeschränkt worden. Dieses Verbot richtete sich gegen die Hersteller des Bieres. Eine unmittelbare Beziehung des Verbots zu der verpachteten Bierwirtschaft war nicht vorhanden. Dafür, daß die Hersteller des Bieres in der Lage sind, dem Pächter einer Bierwirtschaft das von ihm benötigte Bier zu liefern, hat der Verpächter nicht einzustehen.

Für die Auffassung des BG. sprechen auch nicht die für die Erlassung des Ges. v. 15. Sept. 1933 maßgebenden gesetzgeberischen Erwägungen (Pfundtner-Neubert, Das neue deutsche Reichsrecht Bd. 3 Nr. 22). Danach wird der durch das Gesetz zugelassene Eingriff in die Müllereibetriebe damit gerechtfertigt, daß die Müllerei stark übersetzt und ihre Leistungsfähigkeit bei weitem nicht ausgenutzt ist. Die nachteiligen Wirkungen dieser Verhältnisse äußerten sich in ungesundem Wettbewerb und andererseits in unerwünschten Rückwirkungen auf dem Getreidemarkt. Durch die Kontingentierung werde eine im Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum Bedarf gleichmäßige Beschäftigung ermöglicht. Diese allgemeinen, die Müllerei in ihrer Gesamtheit ins Auge fassenden Erwägungen schließen nicht aus, daß im Einzelfalle die angeordnete Einschränkung der Vermahlung sich ungünstig auswirkt. Sie sind auch auf lange Sicht abgestellt. In der Regel werden die für die Müller günstigen Folgen der gesetzlichen Regelung sich erst nach einiger Zeit einstellen können. Gerade dieser Umstand ist aber bei einer Verpachtung des Mühlenbetriebes von Bedeutung. Es kann sein, daß die durch die Einschränkung der Vermahlung zunächst eintretenden Nachteile allein den Pächter treffen und die Vorteile nach Beendigung des Pachtverhältnisses nur dem Verpächter zugute kommen. Mit der Frage, ob und wie ein Ausgleich der während der Dauer des Pachtverhältnisses eingetretenen Nachteile zwischen Pächter und Verpächter stattzufinden hat, beschäftigen sich das Gesetz und die zu ihm erlassenen DurchfVO. v. 5. Nov. 1933 und v. 3. März 1934 (RGBl. I, 175) nicht. Diese Frage ist nach den Vorschriften des BGB. zu entscheiden. Die einschlägige Vorschrift des BGB. ist nach dem Ausgeführten die des § 537 BGB. Nach ihr ist es auch möglich und geboten, etwaige schon während der Pachtzeit zur Auswirkung gelangende Vorteile der gesetzlichen Maßnahmen zu berücksichtigen. Nach § 537 BGB. hat die Minderung des Pachtzinses entsprechend dem § 472 BGB. in der Weise zu erfolgen, daß der vereinbarte Pachtzins nach dem Verhältnis herabzusetzen ist, in dem zur Zeit des Abschlusses des Pachtvertrages der Wert der Pachtnutzung der Sache in mangelfreiem Zustande zum Wert der Pachtnutzung der mangelhaften Sache gestanden haben würde. Zur Ermittlung dieses Verhältnisses ist der angemessene Pachtzins der mangelhaften Sache festzustellen. Der angemessene Pachtzins der mangelhaften Sache wird aber auch von den eingetretenen und den während der in Betracht kommenden Zeit zu erwartenden Vorteilen der Einschränkung der Vermahlung mitbestimmt.

(U. v. 11. März 1935; IV 329/34. — Berlin.) [K.]

Anmerkung: Das Urteil ist nicht frei von Bedenken, die um so schwerer wiegen, als die Entsch. unter der Einwirkung der Umschichtung wirtschaftlicher Verhältnisse und angesichts der mannigfachen wirtschaftlichen Schwierigkeiten, deren Ende nicht abzusehen ist, sehr leicht der Ausgangspunkt einer in ihren Folgen nicht zu übersehenden Rspr. werden könnte. Von der Betriebsminderung infolge beschränkter Zuteilung des Verarbeitungskontingentes zur Betriebsminderung infolge beschränkter Einkaufsmöglichkeit ausländischer Rohstoffe — man denke an beschränkte Devisenzuteilung oder eingeschränkte Rohstoffzufuhr infolge wirtschaftspolitischer Maßnahmen — führt eine gerade Linie. In Fällen dieser Art das Risiko der Betriebsminderung dem Verpächter aufzubürden, erscheint nicht ohne weiteres angängig. Für die durch den Weltkrieg geschaffenen Verhältnisse hat das RG. (vgl. RGZ. 90, 374 = JW. 1917, 968) den Grundsatz aufgestellt, die Betriebsminderung gebe nicht das Recht zur Minderung des Pachtzinses aus § 537 BGB., da sonst die Härten des Krieges auf den Verpächter abgewälzt würden, der die Lasten zu tragen habe. Der gleiche Grundsatz hat aber mutatis mutandis für die Fälle zu gelten, welche durch die veränderte Wirtschaftsweise und durch die Wirtschaftsschwierigkeiten geschaffen werden, bei denen sich Betriebsminderungen und entsprechend Beschränkungen des Fruchtgenusses als Folgen behördlicher Maßnahmen nicht vermeiden lassen. Gewiß soll der Verpächter nicht auf seinem Schein bestehen und unbedingt restlose Erfüllung des Vertrages beanspruchen dürfen, wenn der Vertragszweck nicht mehr voll und ganz erreicht werden kann. Aber schon die Erwägung, daß der Verpächter infolge Minderung des Pachtzinses außerstande gesetzt werden könnte, seine Verpflichtungen zu erfüllen oder eine angemessene Verzinsung des investierten Kapitals zu erzielen, läßt die Rechtslage in einem anderen Lichte erscheinen.

Die Frage der Einwirkung behördlicher Maßnahmen, insbes. durch Gebrauchs- oder Verbrauchsverbote, ist wiederholt Gegenstand reichsgerichtlicher und oberlandesgerichtlicher Rspr. gewesen, einer Rspr., die nicht frei von Schwankungen ist. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen Miet- und Pachtverhältnissen, da bei letzteren der Verpächter außer für die Gebrauchsmöglichkeit auch für den Fruchtgenuß, wie er nach der Gestaltung des Vertrages vorgesehen ist bzw. erwartet werden soll, einzustehen hat. Der Verpächter hat grundsätzlich dafür einzustehen, daß der Pächter die Möglichkeit behält, aus der Pachtsache Früchte zu ziehen, zumal wenn der Pachtzins von dem Umfange des Fruchtbezuges bestimmt wird. Das RG. und ihm folgend eine Reihe OLG. vertreten in ständiger Rspr. den Grundsatz, daß gesetzliche oder behördliche Verbote eine Minderung des Pacht- bzw. Mietzinses aus §§ 581, 537 BGB. nur dann rechtfertigen können, wenn eine unmittelbare Beziehung der behördlichen Maßnahme auf die Sache selbst vorhanden ist, d. h. wenn das gepachtete Unternehmen in seiner Gestaltung oder aber in seinen Auswirkungen unmittelbar beeinflußt wird. So ist eine unmittelbare Beziehung eines behördlichen Verbotes auf ein Miet- bzw. Pachtunternehmen angenommen

worden: im Falle Herabsetzung der Polizeistunde bei einem ausgesprochenen Nachtcafé, weil das Unternehmen in seiner Eigenschaft als Nachtcafé betroffen werde (RGZ. 88, 96 = JW. 1916, 581; OLG. Celle: WarnJahrb. 1919 Nr. 9 u. 32), bei einem behördlichen Tanzverbot, weil dieses die Ausnutzung des Pachtgegenstandes verhindere (RGZ. 89, 203 = JW. 1917, 598; SeuffArch. 93 Nr. 223; OLG. Dresden: OLG. 36, 51), bei einem behördlichen Badeverbot auf Grund kriegsrechtlicher Maßnahmen, weil die Tauglichkeit des Unternehmens von seiner Lage (Insel Borkum) abhängig sei (RGZ. 91, 54 = JW. 1918, 36), bei Behinderung der Benzinbeschaffung für eine Tankanlage auf Grund behördlicher Kriegsmaßnahme (RGZ. 94, 267 = JW. 1919, 239), bei Versagung der Schankerlaubnis, wenn die Verneinung des Bedürfnisses sich aus Zahl, Art, Lage und Entfernung der schon vorhandenen Betriebe ergebe (RGZ. 144, 177 = JW. 1934, 1411; KG.: WarnJahrb. 1934, 51), bei Verbot der Geschäftseröffnung infolge Einzelhandels-Schutzgesetzgebung (KG.: WarnJahrb. 1934, 52 = JW. 1934, 1429), bei polizeilichen Benutzungsverboten (KG.: Soergel Rspr. 1933, 79; OLG. Dresden: OLG. 20, 102) u. a. mehr.

Eine unmittelbare Beziehung behördlicher Maßnahmen auf das Unternehmen wurde verneint bei behördlicher Einschränkung der Biererzeugung, weil der Wirtschaftsbetrieb nach wie vor fortgesetzt werden könne, ohne seinen Charakter einzubüßen (RGZ. 90, 374 = JW. 1917, 968), im Falle Herabsetzung der Polizeistunde bei einem Café, das sowohl Tages- wie Nachtcafé ist (RGZ. 93, 146 = JW. 1918, 568), bei Versagung der Schankerlaubnis, weil diese auf Verneinung des Bedürfnisses beruhe, demnach nicht ihren Grund in der mangelhaften Beschaffenheit der Sache habe (KG.: WarnJahrb. 1933, 57; OLG. Naumburg: OLG. 21, 198), bei Herabsetzung der Polizeistunde auf Grund kriegsbehördlicher Maßnahme, weil diese auf einer Anordnung der Staatsgewalt beruhe und der notwendige Kausalzusammenhang fehle (OLG. Königsberg: SeuffArch. 71 Nr. 6 mit zahlreichen Nachweisen) u. a. mehr.

Wenn das RG. (vgl. RGZ. 90, 374 = JW. 1917, 968) ausführt, die behördliche Maßnahme müsse die Sache unmittelbar beeinflussen, hiervon könne bei einem Biererzeugungsverbot nicht die Rede sein, weil der Betrieb fortgesetzt werden könne, ohne seinen Charakter zu ändern, so ist dieser Entsch. im Ergebnis zuzustimmen. Ob nun der Betriebsumfang eine Verminderung erfährt durch ein teilweises Verbot der Biererzeugung und hierdurch verursachte Absatzverringerung oder aber infolge beschränkter Zuteilung der Arbeitsstoffe und eines sich hieraus ergebenden Betriebsrückganges dürfte, wirtschaftlich betrachtet, im Ergebnis das gleiche sein. Im ersteren Falle richtet sich die Maßnahme gegen den Erzeuger bzw. Hersteller, im letzteren Falle gegen den Verarbeiter; in beiden Fällen trifft sie aber letzten Endes den Betrieb selbst. Die vom RG. vorgenommene Unterscheidung ist formal und berührt nicht den Kern der Sache, zumal es vielfach eine Frage der Wirtschaftstechnik ist, ob das Verbot sich gegen den Hersteller bzw. Erzeuger oder aber gegen den Verarbeiter richtet. Ebensowenig nun, wie der Verpächter dafür einstehen soll, daß den Bierhersteller ein teilweises Herstellungsverbot trifft, kann er dafür einstehen, daß der Müller durch Einschränkung des ihm zur Vermahlung freigegebenen Kontingentes in der Ausnutzung seiner Mühle beschränkt wird. In jedem Falle handelt es sich um das bessere Recht eines Dritten, eben des Staates, der aus wirtschaftlichen Erwägungen Eingriffe vornimmt. Wenn das RGZ. 90, 374 = JW. 1917, 968 ausführt, das Verbot habe lediglich auf den Betriebsumfang einen gewissen Einfluß — ebenso RGRKomm., Note 2 zu § 537, wonach eine bloße Minderung des Umfanges des Fruchtbezuges vom Pächter zu tragen ist —, so hat ein Gleiches zu gelten, wenn der Pächter einer Mühle infolge Einschränkung des Mahlkontingentes daran gehindert wird, die Mühle voll auszunutzen. Die objektive Beschaffenheit der Mühle würde durch die Einschränkung des Kontingentes nur dann berührt, die Mühle ihren Charakter einbüßen, wenn die Einschränkung zum Erliegen der Mühle führte. Solange der Müller nur daran gehindert ist, die Mahlfähigkeit voll und ganz auszunutzen, wird man annehmen dürfen und müssen, daß er das Risiko zu tragen hat. Die gegenteilige Auffassung müßte logischerweise dazu führen, bei erhöhter Mahlfähigkeit — man denke an die durchaus mögliche Maßnahme, aus wirtschaftlichen Erwägungen Mahlkontingente zusammenzulegen, um die Ausnutzungsmöglichkeit der Mühle zu erhöhen — eine entsprechende Erhöhung des Pachtzinses zu gestatten, eine Folgerung, die wirtschaftlich zwar zu rechtfertigen wäre, von der Rspr. aber schwerlich gezogen werden würde.

Hiernach wird man den Grundsatz, daß Betriebseinschränkungen bzw. Minderungen des Fruchtgenusses zu Lasten des Verpächters gehen sollen, nicht unbedingt gelten lassen können, vielmehr annehmen müssen, daß dieses Risiko grundsätzlich vom Pächter zu tragen ist. Der Verpächter genügt seiner Verpflichtung zur Vertragserfüllung dadurch, daß er eine zum Fruchtgenuß objektiv geeignete Sache, im vorl. Falle eine betriebsfertige Mühle, zur Verfügung stellt, ohne dafür einstehen zu müssen, daß der Pächter durch Eingriffe dritter Stellen daran gehindert wird, die Mahlfähigkeit auszunutzen. Von einem Fehler der gepachteten Sache zu sprechen, geht nicht an, widerspricht auch dem Sprachgebrauch, da die Behinderung in der Beschaffung von Arbeitsstoffen nicht als eine fehlerhafte Beschaffenheit der Sache selbst im Sinne eines Sachmangels angesehen werden kann.

Härten lassen sich vermeiden nach den Grundsätzen der Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung. Die §§ 536—538 BGB. schließen, obwohl Sondervorschriften, die Rechtsfolgen der §§ 323, 275 BGB. nicht aus. Die zeitweilige Erfüllungsbehinderung kann im Einzelfalle einer dauernden gleich erachtet werden, so daß die dadurch bedingte teilweise Unmöglichkeit als eine gänzliche zu behandeln ist. Die Voraussetzungen hierfür liegen vor, wenn infolge behördlicher Maßnahme dem Pächter die Möglichkeit genommen ist, die Pachtsache voll auszunutzen und weiter anzunehmen ist, daß es sich nicht um eine bloß vorübergehende Maßnahme handelt. Alsdann besteht die Möglichkeit, den Pachtzins herabzusetzen als Folge einer teilweisen Unmöglichkeit der Leistung, da diese nach der Rechtslehre ein Verschulden nicht voraussetzt.

Die nicht zu verkennenden Schwierigkeiten lassen es ratsam erscheinen, den Pachtzins tunlichst nach dem Umsatz zu bemessen. Hierbei können die Belange des Verpächters durch Vereinbarung eines Mindestpachtzinses gewahrt bleiben, der die Deckung der Betriebsunkosten, soweit sie dem Verpächter obliegen, einschließlich der öffentlichen Abgaben, sowie eine dem Verpächter zuzugestehende angemessene Verzinsung des investierten Kapitals gewährleistet. Diese Art der Pachtzinsvereinbarung würde auch dem Leistungsprinzip gerecht werden, d. h. jenem Grundsatz, der das Wirtschafts- und Rechtsleben immer mehr beherrschen soll und wird.

RA. Dr. Dahm, Düsseldorf.

*

6. § 705 BGB. Wie bei Verträgen der § 242 BGB. schon ganz allgemein zu dem Grundsatz führt, daß jeder Teil bei der Abwicklung des Vertragsverhältnisses dem ihm bekannten besonderen Interesse des anderen Rechnung zu tragen und sein Verhalten so einzurichten hat, daß eine Benachteiligung des anderen tunlichst vermieden wird (RGZ. 101, 49; 122, 251 = JW. 1929, 575), so begreift nach demselben Grundsatze die in § 705 BGB. ausgesprochene Verpflichtung, den Gesellschaftszweck zu fördern, auch die Verpflichtung in sich, alles zu unterlassen, was der Erreichung des Gesellschaftszwecks abträglich sein kann (RG.: JW. 1913, 429[6]).

(U. v. 19. Febr. 1935; II 227/34. — Berlin.) [v. B.]

*

7. § 826 BGB. Der Erwerb einer Aktienmajorität ist sittenwidrig, wenn er aus verwerflichen Beweggründen geschieht, z. B. um einen anderen Großaktionär zu schädigen und kalt zu stellen.

(U. v. 25. Jan. 1935; II 234/34. — Frankfurt a. M.) [K.]

*

****8.** § 903 BGB.; §§ 54, 57, 135 ff. PrAllgBergG. von 1865. Bei Konkurrenz der ausschließlichen Aufsuchungs- und Gewinnungsbefugnis des Bergwerkeigentümers nach § 54 AllgBergG. mit dem aus dem Grundeigentum folgenden Abbaurecht des Sacheigentümers hinsichtlich des von seinem Verfügungsrecht nicht ausgeschlossenen Minerals ist, soweit sich ein gemeinsamer Betrieb nicht durchführen läßt, der zeitliche Vorrang dessen maßgebend, der zuerst mit dem Abbau begonnen hat. Geht danach der Grundeigentümer vor, so schließt das Abbaurecht des Grundeigentümers die Befugnis zur Mitgewinnung des verliehenen Minerals insoweit ein, als bei technisch und wirtschaftlich vernünftig geführtem Betriebe das Grundeigentümermineral ohne Mitgewinnung des verliehenen Minerals nicht abgebaut werden kann. Ein Recht zur Aneignung des gewonnenen, verliehenen Minerals steht aber dem Grundeigentümer gegen den Widerspruch des Bergwerkeigentümers nicht zu.

Mit der Klage macht die Kl. als Pächterin Ansprüche aus Bergwerkseigentum geltend, das vor dem Inkrafttreten des

PrAllgBergG. von 1865 nach den Vorschr. der kurkölnischen BergO. vom Jahre 1669 und des Ges. v. 1. Juli 1821 auf Marmor verliehen worden und, obwohl Marmor nach den §§ 1, 243 PrAllgBergG. seit dem 1. Okt. 1865 zu den vom Verfügungsrecht des Grundeigentümers ausgeschlossenen Mineralien nicht mehr gehört, nach Maßgabe des § 222 das. aufrechterhalten geblieben ist. Die Klage richtet sich gegen Grundeigentümer oder Pächter von solchen. Es handelt sich um den Widerstreit der Rechte des Bergwerks- und des Grundeigentümers, der sich ergibt, wenn der Grundeigentümer in dem verliehenen Bergwerksfelde mit einem von seinem Verfügungsrecht nicht ausgeschlossenen Mineral — hier dem Kalkstein, soweit er nicht Marmor im Sinne der Verleihung ist — zugleich auch Marmor abbaut, dessen Gewinnung der Bergwerkseigentümer als sein ausschließliches Recht in Anspruch nimmt.

Das BG. will zunächst den Begriff „Marmor" im Sinne der Verleihungen, auf die sich die Klage stützt, dahin begrenzen, daß darunter nur lagerartig vorkommender Marmor falle, der für architektonische Zwecke geeignet sei. Indem es die Frage offenläßt, ob als Brauchbarkeit für architektonische Zwecke auch die Verwendbarkeit zur Herstellung von Gegenständen der Kleinkunst genüge, spricht es der Kl. jedenfalls für die Stellen, wo die Bekl. ihre Steinbrüche betreiben, die Berechtigung zum Abbau auf Marmor deshalb ab, weil hier lagerartiges Vorkommen von Marmor äußerstenfalls in Höhe von 5% festgestellt sei und deshalb der wirtschaftliche Wert eines Abbaus auf dieses Mineral von dem der Kalksteingewinnung der Bekl. weit überwogen werde. Dem kann zunächst in der engen Begrenzung des Begriffes „Marmor" und der darauf begründeten Feststellung des Inhalts und Umfangs der Verleihungen nicht beigetreten werden.

Marmor ist eine besondere Art des Kalkgesteins, die als kohlensaurer Kalk vom Kalkstein im engeren Sinne (dichtem oder gemeinem Kalkstein) chemisch nicht verschieden ist. Da nun unstreitig Kalkstein i. e. S. auch unter der Herrschaft der kurkölnischen BergO. von 1669 der Verfügung des Grundeigentümers nicht entzogen, Marmor dagegen Gegenstand des Bergregals war (Brassert, Bergordnungen der Preußischen Lande 1858, Anm. auf S. 542), so bedurfte es anderer als chemischer Abgrenzung des Begriffes „Marmor" innerhalb der Kalkgesteine. Die Vorschr. der kurkölnischen BergO. von 1669 ergibt zur Erläuterung des Begriffes „Marmor" für sich allein nichts; sie setzt ihn als bekannt und nicht zweifelhaft voraus. Wenn deshalb das BG. Gewicht darauf legt, was zur Zeit der Verleihung, also in den Jahren 1863 und 1864, als verleihbarer Marmor angesehen wurde, so ist dagegen, mit dem Vorbehalt, daß die Auffassung der Verleihungsbehörde dem Gesetze selbst nicht widersprach, kein grundsätzliches Bedenken zu erheben. Bei der Auslegung der Verleihungen aber, die, weil es sich um Akte der Staatshoheit handelt (vgl. RGZ. 145, 362 = JW. 1935, 1018[8]), der freien Nachprüfung des RevG. unterliegt, geht das BG. darin fehl, daß es von den Voraussetzungen der Verleihung deren Gegenstand und Inhalt nicht genügend unterscheidet, auf diese Weise Umständen, die für die Frage, ob verliehen werden sollte, in Betracht kamen, ein ihnen nicht zukommendes Gewicht für die Bestimmung des Umfangs der Verleihung beimißt und so im Ergebnis zu einer Nachprüfung der Abbauwürdigkeit des Minerals, mindestens für bestimmte Stellen des verliehenen Feldes, gelangt, die Sache des Verleihungsverfahrens war und mit diesem abgeschlossen sein mußte. (Wird weiter ausgeführt.)

Das wesentliche Merkmal des Begriffes „Marmor" im Sinne der kurkölnischen BergO. und der Verleihungen von 1863 und 1864 ist darin zu finden, daß es sich um Kalkstein handeln muß, der sich für die Verwendung zu künstlerischen oder kunstgewerblichen Zwecken eignet. Diese Begriffsbestimmung schließt die Erfordernisse des schönen Aussehens und der Schneid-, Schleif- und Polierbarkeit, sowie der Freiheit von Verunreinigungen und Umbildungen, die zu der bezeichneten Verwendung untauglich machen, ein. Dagegen kann das Erfordernis der Gewinnbarkeit in Blöcken von bestimmter Größe nur insoweit aufgestellt werden, daß die Brauchbarkeit für künstlerische oder kunstgewerbliche Zwecke noch gewahrt sein muß. Ebensowenig ist eine Beschränkung auf die Eignung für architektonische Zwecke begründet. Der Kl. ist in der Auslegung der Verleihungen von 1863 und 1864 daher dahin recht zu geben, daß das Bergwerkseigentum ihrer Verpächterin jeglichen in den verliehenen Feldern vorkommenden Kalkstein umfaßt, der sich zur Verwendung als Marmor für Zwecke der Kunst oder des Kunstgewerbes eignet.

Hiermit ist aber keineswegs schon die Berechtigung der Klageansprüche gegeben, welche für die Kl. die ausschließliche Befugnis zum Abbau des gesamten, in den Betriebspunkten (Steinbrüchen) der Bekl. anstehenden Gesteins und die Duldung des alleinigen Abbaus der Kl. daselbst auf Marmor in Anspruch nehmen, ferner von den Bekl. die Unterlassung eigenen auch Marmor ergreifenden Abbaus verlangen, sowie die Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht für jeden Eingriff in das ausschließliche Recht der Kl. zur Aneignung von Marmor fordern. Denn neben dem von der Kl. gepachteten Bergwerkseigentum auf Marmor besteht das Eigentum und Gewinnungsrecht der Grundeigentümer an dem in ihren Grundstücken enthaltenen gemeinen Kalkstein, der nicht Marmor ist. Nach der Feststellung des BG. stehen in den Steinbrüchen der Bekl. Kalkstein und Marmor in solchem Zusammenhange an, daß ein getrennter Abbau der beiden Mineralien nicht möglich ist. Die ausschließliche Aufsuchungs- und Gewinnungsbefugnis des Bergwerkseigentümers nach § 54 PrAllgBergG. tritt daher in Widerstreit mit dem aus dem Grundeigentum folgenden Abbaurecht des Sacheigentümers hinsichtlich des von seinem Verfügungsrecht nicht ausgeschlossenen Minerals. Wenn das BG. diesen Widerstreit nach den Umständen des vorl. Falls zugunsten der Grundeigentümer entschieden hat, so ist dem aus den nachfolgenden Erwägungen im Ergebnis beizupflichten.

Das BG. geht davon aus, daß grundsätzlich die Interessen des Eigentümers an der Verwertung des Bodens denen des Bergbauberechtigten weichen müßten. Eine Ausnahme hiervon will es jedoch anerkennen, wenn das Interesse des Grundstückseigentümers über den Wert einer „normalen Bodenbenutzung" hinausgehe und das Interesse an der Ausnutzung der Berggerechtsame unverhältnismäßig übersteige. Was hierbei unter normaler Bodenbenutzung verstanden wird, ist nicht klar gesagt. Soweit etwa damit lediglich der Inhalt der §§ 54, 57, 135 ff. PrAllgBergG. kurz zusammengefaßt werden sollte, würde kein Bedenken zu erheben sein. Eine grundsätzliche Vorzugsstellung des bergrechtlichen Bergbaus vor dem Abbau des Grundeigentümers auf die — diesem gehörigen — Mineralien, die von seinem Verfügungsrecht nicht ausgeschlossen sind, ließe sich dagegen nicht anerkennen, zumal das Bergwerkseigentum gegenüber dem ursprünglichen und umfassenden Grundeigentum ein Sonderrecht von Ausnahmecharakter, ein jus singulare darstellt, wie sich auch schon aus der besonderen Aufzählung der dem Eigentümer entzogenen Mineralien ergibt (§ 1 Abs. 1 PrAllgBergG.: Brassert S. 542 Anm.; Sehling, D. Rechtsv. an den der Verf. des Grundeigentümers nicht entz. Min. 1904, S. 34, 69; Lohmann, Glückauf 1910, S. 761 f.; vgl. auch RGZ. 38, 329). Daß bei Widerstreit des Grundeigentümerabbaus mit dem Bergbau i. e. S. der erstere vorgehen könne, hätte hiernach keiner besonderen Begr. bedurft. Der Meinung, daß, wie sich aus § 57 PrAllgBergG. ergebe, das Recht des Grundeigentümers auf Gewinnung der nicht regalen Mineralien bei einem Zusammenstoß mit dem Gewinnungsrecht des Bergwerkseigentümers durch das letztere ausgeschlossen werde, und daß deshalb z. B. der Grundeigentümer, wenn in seinem Eigentum ein Flöz zutage ausgehe, an dieser Stelle einen Steinbruch nicht anlegen dürfe, kann nicht beigetreten werden. Im Bereiche des Privatrechts, auf dessen Boden die Parteien allein streiten, umschließt nach § 903 BGB. das Eigentum, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, die Berechtigung zur Benutzung der Sache in jeglicher Art. Eine vorbehaltene Einschränkung stellt es zwar dar, wenn die Vorschr. des § 54 PrAllgBergG. (i. Verb. mit Art. 67 Abs. 1 EGBGB.) dem Bergwerkseigentümer die ausschließliche Befugnis einräumt, das ihm verliehene Mineral in seinem Felde aufzusuchen und zu gewinnen, und § 57 das. erweitert diese Befugnis dahin, daß der Bergwerkseigentümer die durch den Betrieb des Bergwerks gewonnenen,

nicht unter den § 1 gehörigen Mineralien zu Zwecken seines Betriebes ohne Entschädigung des Grundeigentümers verwenden darf. Damit ist aber über die Befugnis des Grundeigentümers zum Aufsuchen und Gewinnen der von seinem Eigentum nicht ausgeschlossenen Mineralien nichts anderes gesagt, als daß er mit einer Ausübung dieser Befugnis einen schon begonnenen Betrieb des Bergwerkseigentümers nicht stören und die von diesem im Betriebe des Bergwerks gewonnenen Eigentümermineralien insoweit nicht für sich in Anspruch nehmen darf, als der Bergwerkseigentümer sie zu Zwecken seines Betriebes verwendet. Über diese gesetzlich bestimmten Grenzen hinaus ist das Bergwerkseigentum nach seiner Natur als sonderrechtlicher Beschränkung des grundsätzlich umfassenden Grundeigentums nicht auszudehnen. Vorausgesetzt ist dabei auf seiten des Grundeigentümers freilich ein ernstlich auf den bloßen Abbau des Eigentümerminerals und nicht etwa im Grunde auf die Gewinnung des verliehenen Minerals gerichteter Betrieb, der auch nicht dem § 226 BGB. zuwiderläuft.

Ein Zusammenstoß von Grundeigentümerabbau und Bergbau auf verliehenes Mineral an derselben Stelle des Grubenfeldes muß aber, soweit sich nicht ein gemeinsamer Betrieb durchführen läßt, seine natürliche Lösung finden durch die Anerkennung des Grundsatzes des zeitlichen Vorrangs. Im vorl. Falle betreiben die Bekl. in ihren Steinbrüchen ihren an sich berechtigten Grundeigentümerabbau auf Kalkstein zum Teil seit 50 bis 60 Jahren, ohne hierin bisher von dem jeweiligen Bergwerkseigentümer gestört worden zu sein, und hat in den in Betracht kommenden Bergwerksfeldern ein planmäßiger Abbau auf Marmor überhaupt noch nicht, keinesfalls aber seit den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts stattgefunden. Den Bekl. steht daher gegenüber der Kl. der zeitliche Vorrang zur Seite. Diesen nicht anzuerkennen, lag für das BG. um so weniger Anlaß vor, als die Menge des Grundeigentümerminerals (Kalksteins) die des verliehenen Minerals (Marmors) an den streitigen Betriebspunkten selbst dann noch erheblich überwiegt, wenn man dem Marmor auch die nur kunstgewerblich verwertbaren kleineren Stücke zurechnet und danach im vorl. Falle zu einer Gesamtmenge des in den Steinbrüchen der Bekl. anstehenden Marmors von etwa 45% gelangt. Ein Recht der Kl., den Bekl. die Fortsetzung ihres Abbaus auf Kalkstein in ihren Steinbrüchen zu untersagen, besteht hiernach nicht.

Wenn, wie nach den Feststellungen des BG. im vorl. Falle, ein getrennter Abbau des Grundeigentümer- und des verliehenen Minerals nicht möglich ist, so schließt das Abbaurecht des Grundeigentümers auch die Befugnis zur Mitgewinnung des verliehenen Minerals insoweit ein, als bei technisch und wirtschaftlich vernünftig geführtem Betriebe das Grundeigentümermineral ohne Mitgewinnung des verliehenen Minerals nicht abgebaut werden kann. Unter Mitgewinnung ist jedoch hier lediglich die tatsächliche Lösung von der natürlichen Ablagerungsstätte in dem Sinne zu verstehen, wie § 57 Abs. 2 PrAllgBergG. von den Gewinnungs- und Förderungskosten spricht. Ein Recht zur Aneignung des gewonnenen verliehenen Minerals steht dagegen dem Grundeigentümer (oder seinem Pächter) gegen den Widerspruch des Bergwerkseigentümers nicht zu, auch nicht insoweit, als im umgekehrten Falle der Bergwerkseigentümer nach § 57 Abs. 1 PrAllgBergG. befugt ist, die mitgewonnenen Eigentümermineralien sich behufs Verwendung zu Zwecken seines Betriebes zuzueignen. Eine entsprechende Anwendung letzterer Vorschr. auf den Fall des Grundeigentümerabbaus wird durch die Sonderrechtsnatur des Bergrechts ausgeschlossen. Die tatsächliche Mitgewinnung des Marmors durch die Bekl. innerhalb der Grenzen einer technisch und wirtschaftlich vernünftigen Betriebsführung ist nicht widerrechtlich, weil sie in Ausübung eines Rechtes erfolgt; die rechtliche Zueignung des mitgewonnenen verliehenen Minerals würde dagegen, soweit sie gegen den Widerspruch des Bergwerkseigentümers erfolgt, als ein Eingriff in dessen ausschließliches Recht widerrechtlich sein und Schadensersatzansprüche für diesen begründen. Die Bekl. sind hiernach auf Verlangen der Kl. zur Herausgabe des mitgewonnenen Marmors verpflichtet, jedoch nur gegen Erstattung ihrer vernünftig aufgewendeten Gewinnungs- und Förderungskosten, was sich zwar nicht aus entsprechender Anwendung des § 57 Abs. 2 PrAllgBergG., jedoch daraus ergibt, daß, wenn der Bergwerkseigentümer, der nur ein Gewinnungsrecht hat, den gewonnenen Marmor frei von den Gewinnungskosten erhielte, sich seine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten der Bekl. ergeben würde.

Nicht unmittelbar im Bereiche des hier zu entscheidenden Rechtsstreits liegt die Frage, inwieweit der Bergwerkseigentümer einer Art und Weise des Grundeigentümerabbaus widersprechen darf, die das ihm verliehene Mineral oder jedenfalls dessen wirtschaftlichen Wert vernichtet oder doch vermindert. Die Kl. behauptet, daß der im Wege der Sprengung betriebene Abbau des Kalksteins den mitanstehenden Marmor zerschlägt und damit das verliehene Mineral nach Menge und Güte herabsetzt, während die Bekl. den Standpunkt zu vertreten scheinen, daß anders als durch Sprengungen ein wirtschaftlicher Abbau nicht getrieben werden könne. Das BG. führt die bestehende Zerklüftung des Gesteins auf tektonische Verschiebungen und Faltungen zurück, will dagegen keinesfalls in nennenswertem Umfang einen Zusammenhang mit den von den Bekl. zur Gewinnung des Kalksteins vorgenommenen Sprengungen erkennen. Rechtlich ist dazu zu sagen, daß bei dem Widerstreit der zusammenstehenden Interessen Treu und Glauben im Verkehr von den Bekl. eine Betriebsführung fordern, welche die Belange des Bergwerkseigentümers berücksichtigt, soweit dies nur wirtschaftlich möglich ist. Außerhalb des Privatrechtsgebietes liegt dagegen die Frage, inwieweit etwa öffentliche Belange, insbes. die der Gesamtvolkswirtschaft, die Gewinnung eines Minerals von geringerem Werte auf Kosten eines wertvolleren gestatten.

Im Ergebnis erweist sich hiernach die Abweisung der Klage durch die Vorinstanzen als rechtlich bedenkenfrei. Zu einem Zweifel in Betreff des Umfangs der Abweisung konnte nur Veranlassung geben, daß sich unter den Anträgen der Kl. auch der findet, den Bekl. jede Aneignung solchen Kalkgesteins zu untersagen, das sich schneiden, schleifen und polieren lasse, und die Bekl. für schadensersatzpflichtig zu erklären wegen jedes Eingriffs in das ausschließliche Marmoraneignungsrecht der Kl. Insoweit könnte die Abweisung als in Widerspruch stehend erscheinen mit der oben getroffenen Feststellung, daß die Bekl. im Bereiche ihres Grundeigentümerabbaus zwar zur tatsächlichen Mitgewinnung, nicht aber gegen den Widerspruch der Kl. auch zur rechtlichen Aneignung des angetroffenen Marmors berechtigt seien. Indessen hat die Kl. diesen Einzelantrag hier offenbar nur im Rahmen und auf dem Boden ihres umfassenderen Anspruchs auf Unterlassung jeden Kalksteinabbaus seitens der Bekl. überhaupt im Sinne eines Ausflusses dieses Anspruchs gestellt, so daß er für den vorl. Rechtsstreit, in dem es sich um die grundsätzliche Berechtigung des Eigentümerabbaus der Bekl. handelte, dessen Schicksal teilen mußte.

(U. v. 8. März 1935; V 365/34. — Hamm.) [v. B.]

*

9. §§ 906, 1004, 852 BGB. So wenig wie ein früheres Bestehen eines schädigenden Betriebs einem Nachbarn für ein erst später erbautes Haus den Schutz der §§ 1004, 906 BGB. nimmt (keine Berücksichtigung der „Prävention"; vgl. RGZ. 70, 152 = JW. 1909, 111), steht jahrelang unbeanstandetes Nebeneinanderbestehen des schädigenden Betriebes und des beeinträchtigten Grundstücks in seiner jetzigen Beschaffenheit einem an sich nach § 1004 BGB. und § 26 GewO. begründeten Anspruch entgegen. Jede erneute unzulässige Einwirkung löst einen neuen Anspruch auf Schadensersatz aus. Der einzelne Anspruch kann nach § 852 BGB. verjähren. Aber eine Rechtfertigung unzulässiger Einwirkungen in ihrer Gesamtheit durch „Verschweigen" gibt es nicht.

(U. v. 22. Febr. 1935; V 303/34. — Oldenburg.) [v. B.]

*

10. § 271 HGB.; § 224 BGB. Ein Generalversammlungsbeschluß ist absolut nichtig, wenn er seinem Inhalt nach gegen die guten Sitten verstößt. Liegt der Sittenverstoß in der Art des Zustandekommens, wird insbes. trotz Einhaltung des formalen Rechtes ein an sich erlaubter Zweck mit Mitteln erzielt, die vom Standpunkt eines redlichen anständigen gesellschaftlichen Geschäftsverkehrs nicht zu billigen sind und im Ergebnis gegen den allgemeinen Grundsatz des Aktienrechts verstoßen, daß sämtliche Aktionäre Anspruch auf gleichmäßige Behandlung haben, so ist Anfechtbarkeit gegeben. Der Umstand, daß eine Handlung noch nicht gegen das Schikaneverbot (§ 226 BGB.) verstößt, schließt nicht aus, daß sie einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält.

Das BG. stellt mit Recht fest, daß nicht die absolute Nichtigkeit der Beschlüsse der AktG., sondern nur die Anfechtbarkeit in Frage kommt, da die Beschlüsse nicht ihrem Inhalte nach gegen die guten Sitten verstoßen, sondern der Sittenverstoß nur in der Art ihres Zustandekommens liegt (RGZ. 115, 379 = JW. 1927, 1348; 131, 141 = JW. 1931, 2976). Es steht auch in Einklang mit der Rspr. des RG., daß trotz Einhaltung des formalen Rechtes ein GenVersBeschl. im Hinblick auf die Art seines Zustandekommens gegen die guten Sitten verstoßen kann, weil es eben nicht allein auf den äußeren Inhalt und die formale Rechtsbeständigkeit des Beschlusses ankommt, sondern weil dabei auf die sich aus der Maßnahme ergebende Wirkung für die Gesellschaft selbst und die nicht zur Mehrheit gehörenden Aktionäre, auf die Beweggründe und den Zweck des Vorgehens der Mehrheit entscheidendes Gewicht zu legen ist. Ein die Anfechtung begründender Sittenverstoß kann dann vorliegen, wenn ein an sich erlaubter Zweck mit Mitteln erzielt wird, die vom Standpunkt eines redlichen anständigen gesellschaftlichen Geschäftsverkehrs nicht zu billigen sind und im Ergebnis gegen den allgemeinen Grundsatz des Aktienrechts verstoßen, daß sämtliche Aktionäre Anspruch auf gleichmäßige Behandlung haben (RGZ. 107, 72; 112, 14 = JW. 1926, 543). Von diesem Standpunkt aus hat es das RG. in RGZ. 112, 109 als Treu und Glauben widersprechend und als einen Verstoß gegen die guten Sitten des aktienrechtlichen Verkehrs erklärt, wenn die Mehrheit in der GenVers. die nach dem Gesetz oder der Satzung zweifellos bestehenden Mängel in der Hinterlegung der Aktien (§ 255 HGB.) dazu benutzte, um einen großen Teil der in der Versammlung erschienenen Aktionäre von der Mitwirkung bei der bevorstehenden Beschlußfassung auszuschließen, statt, wie es den Anschauungen eines redlichen anständigen Geschäftsverkehrs entsprochen hätte, die Beschlußfassung in der GenVers. auszusetzen und durch eine Vertagung denjenigen Aktionären, welche in entschuldbarer Weise die Voraussetzungen für die Ausübung des Stimmrechts nicht erfüllt hatten, Gelegenheit zu geben, die Förmlichkeiten nachzuholen. Das RG. hat betont, daß in diesem Zusammenhang es auch von wesentlicher Bedeutung war, daß die Hinterlegung zwar von den Satzungsbestimmungen der verkl. Gesellschaft abgewichen habe, daß die Abweichung aber nicht nur überhaupt vielfach am Sitze der verkl. Gesellschaft für ausreichend zur Erfüllung derartiger Satzungsvorschriften erachtet worden sei, sondern auch bei zwei früheren GenVers. der verkl. Gesellschaft selbst keinem Widerspruch begegnet sei und die Gesellschaft keine Veranlassung genommen habe, ihre Bedenken dagegen in der Bek. oder durch eine entsprechende Anweisung an die Hinterlegungsbank zum Ausdruck zu bringen. Dieser Rspr. liegt der Gedanke zugrunde, daß ein die Anfechtung rechtfertigender Sittenverstoß besteht, wenn durch irgendwelche unlauteren Machenschaften ein Beschluß durchgesetzt wird, der bei ordnungsmäßigem Vorgehen nicht die erforderliche Mehrheit gefunden hätte (vgl. Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von GenVersBeschl. bei AktG., S. 117). Als ein Verstoß gegen die guten Sitten muß es deshalb auch angesehen werden, wenn die Verwaltung oder die Mehrheit die in der einfachen Bek. des GenVersTermins in dem von nichtamtlichen Stellen nicht oder selten gehaltenen Reichsanzeiger liegende Gefahr, daß eine Bek. nicht gelesen wird, bewußt ausnutzt, um unbequeme Aktionäre oder Aufsichtsratsmitglieder von der Ausübung ihrer Rechte fernzuhalten. Dies gilt um so mehr, wenn von einer bisher bestehenden Übung der persönlichen Benachrichtigung der Aktionäre, durch die gerade die in der öffentlichen Bek. liegende Gefahr beseitigt werden sollte, zu einer Zeit abgewichen wird, in der eine neue, außerordentliche GenVers. mit dem hier in Betracht kommenden Gegenstand der Beschlußfassung nicht zu erwarten war, nachdem kurz vorher die Neuwahl des Aufsichtsrates stattgefunden hatte. Hinzu kommt, daß die Beschlußfassung für die Kl. auch wegen der Satzungsbestimmung über die Aufsichtsratsvergütung von großer persönlicher Bedeutung war.

Die Rev. glaubt, die Ausübung des Rechtes zur Einberufung der GenVers. auf satzungsmäßigem Wege sei nach dem auch auf dem Gebiete des Aktienrechtes verwendbaren § 226 BGB. nur dann unzulässig gewesen, wenn die Bekl. damit keinen anderen Zweck als den einer Schädigung der Kl. verfolgt hätte. Die Bekl. habe aber vorgetragen und unter Beweis gestellt, daß sie ein berechtigtes Interesse an der Entfernung der Kl. aus dem Aufsichtsrat hatte, weil die Kl. ihr ungerechtfertigte und gesellschaftsschädigende Schwierigkeiten machte; sei daher mangels gegenteiliger Feststellungen des BG. das Verhalten der Organe der Bekl. als durchaus zulässig zu erachten, so könne darin, wenn überhaupt und nur unter besonders erschwerenden Umständen, an denen es hier fehle, eine Sittenwidrigkeit gefunden werden.

Der Angriff ist nicht begründet. Der Umstand, daß eine Handlung noch nicht gegen das Schikaneverbot verstößt, schließt nicht aus, daß sie nach den Gesamtumständen des Falles einen Verstoß gegen die guten Sitten des im Einzelfalle in Frage kommenden Rechtsverhältnisses, hier des aktienrechtlichen Verhältnisses, insbes. bei der Familiengesellschaft darstellt. Selbst wenn die Bekl. ein berechtigtes Interesse an der Entfernung der Kl. aus dem Aufsichtsrat hatte, konnte der eingeschlagene Weg gegen die guten Sitten verstoßen. Was die Bekl. zur Begründung ihres berechtigten Interesses in tatsächlicher Beziehung vorbringt, kann auch den gewählten Weg nicht rechtfertigen. Die Kl. hat nur von ihren Rechten Gebrauch gemacht, wenn sie einen früheren Beschluß anfocht, weil die GenVers. ihrem von der Bekl. später als berechtigt anerkannten Rechte auf Vertagung nicht nachkam und wenn sie einem Versprechen der Verwaltung, den Mangel zu beseitigen, nicht vertraute; ebenso verhält es sich, wenn die Kl. den Bilanzgenehmigungsbeschluß durch Klage anficht. Daß dadurch eine schwere Schädigung der Gesellschaft eintrat, ist nicht ersichtlich. Es ist insbes. nicht erkennbar, warum gerade die alsbaldige Entfernung der Kl. aus dem Aufsichtsrat notwendig war, und warum nicht die satzungsmäßige Neuwahl abgewartet werden konnte.

(U. v. 13. Nov. 1934; II 190/34. — Celle.) [v. B.]

*

11. § 355 HGB. Voraussetzung des echten Kontokorrents ist nicht beiderseitige Kreditierung, sondern — i. Verb. m. der tatsächlichen Handhabung der Buchung — der Wille der Parteien darüber, daß sie ihre Geschäftsverbindungen in der Form des eigentlichen Kontokorrents abwickeln wollen.

Der Wortlaut des § 355 HGB. könnte allerdings zu der Ansicht führen, daß Voraussetzung des echten Kontokorrents beiderseitige Kreditierung sei. Dieser Standpunkt ist aber nicht derjenige der Rspr. des RG., zum mindesten jetzt nicht mehr. Was die frühere Rspr. betrifft, so sind schon vor dem Urt. in RGZ. 95, 19 Entsch. ergangen, in denen ausgeführt ist, daß der ausdrückliche oder aus den Umständen zu entnehmende Wille der Parteien darüber entscheide, ob sie ihre Geschäftsverbindung in der Form eines eigentlichen Kontokorrents abwickeln wollen (RGZ. 88, 374 = JW. 1916, 1477; JW. 1892, 374). Deutlich ist dies auch in BankArch. 21, 385 ausgesprochen. Nachdem durch § 65 AufwG. die

Frage, ob Kontokorrent bzw. laufende Rechnung bestehe oder nicht, eine bis dahin ungeahnte Bedeutung erlangt hatte, haben gerade die Banken den Standpunkt vertreten, daß der Wille der Parteien und die tatsächliche Handhabung der Buchung dafür entscheidend sei, nicht die Natur der Rechtsverbindung. Damit sind sie auch durchgedrungen (RGZ. 115, 393 = JW. 1927, 972; 117, 34 = JW. 1927, 1837; 118, 139 = JW. 1927, 2907; 120, 342 = JW. 1928, 1795; 123, 386 = JW. 1929, 1392; 124, 232 = JW. 1929, 2334; Warn. 26 Nr. 27, 39).

(U. v. 27. Febr. 1935; I 154/35. — Berlin.) [K.]

*

**12. §§ 55, 59 BörsG. Soll durch die freiwillige Abtretung einer Grundschuld die Terminsschuld des nicht börsentermingeschäftsfähigen Bekl. endgültig und mit der Wirkung getilgt werden, daß keinerlei persönliche Verbindlichkeiten des Bekl. aus den Börsentermingeschäften mehr übrig bleiben, so liegt ein typischer Fall des § 55 BörsG., und nicht des § 59 BörsG. vor, so daß der Bekl. gegenüber der Geltendmachung der abgetretenen Grundschuld den Terminseinwand nicht erheben kann, diesen vielmehr mit der Abtretung verloren hat.

Der Bekl., ein nicht börsentermingeschäftsfähiger Gastwirt, ist seit 1918/19 Eigentümer zweier Grundstücke in K. Blatt 2720 und 5070. Seit Jahren steht er im Geschäftsverkehr mit der Kreditbank in K., einer Abteilung des Bankvereins für die Provinz H., der seit 1922 alle Geschäftsanteile der Kl. besitzt.

Der Geschäftsverkehr des Bekl. mit der Kreditbank lief seit 1926 über zwei Konten: ein „Scheckkonto" für den regelmäßigen Eingang und Ausgang von Geldern und ein „Effektenkonto" für die Verrechnung der Umsätze aus Börsenterminsgeschäften. Infolge mißglückter Spekulationen wies das Effektenkonto seit dem Frühjahr 1927 einen wachsenden Schuldsaldo des Bekl. auf. Die Kreditbank verlangte daher Sicherungen. Der Bekl. ließ zunächst am 1. Juni 1927 für sich auf Blatt 2720 eine Eigentümergrundschuld von 30000 GM. eintragen und den Grundschuldbrief der Kreditbank zugehen. Am 3. Jan. 1928 ließ er auf Blatt 5070 für sich eine weitere Eigentümergrundschuld von 20000 GM. eintragen und den Grundschuldbrief wiederum der Kreditbank zustellen. Am 20. Sept. 1928 wurde seinen Anträgen gemäß auf Blatt 2720 eine Grundschuld von 10000 GM. für die Kreditbank eingetragen und der Brief der Gläubigerin ausgehändigt. Demnächst wollte sich die Bank aber nicht mehr mit diesen Sicherungen begnügen, sondern drängte auf Abdeckung der beiden Konten. Da der Bekl. keine Barmittel dazu besaß, wurde vereinbart: Die Kl. sollte ihm gegen Abtretung der drei Grundschulden 60000 *RM* zur Verfügung stellen; damit sollte er die Kreditbank befriedigen. In Ausführung dieses Abkommens wurden folgende notariell beglaubigte Urkunden verlautbart: Die Kreditbank trat die Grundschuld von 10000 GM. zunächst an den Bekl. ab; demnächst trat der Bekl. alle drei Grundschulden „unter Übergabe der Grundschuldbriefe" und mit der Bestimmung, daß „die Briefe der neuen Gläubigerin ausgehändigt werden sollten", an die Kl. ab. Diese reichte die Abtretungsurkunden nebst den Grundschuldbriefen dem GBA. zur Umschreibung ein, was demnächst geschah. Die Grundschuldbriefe gingen an die Kl. zurück. Sie schickte der Kreditbank einen Barscheck über 60000 *RM* mit der Bitte, den Betrag als Gegenwert für die Grundschulden dem Bekl. auszuhändigen. Der Bekl. quittierte sodann bei der Kreditbank über den Empfang der 60000 *RM* und zahlte das Geld gleichzeitig zur Gutschrift auf sein Effektenkonto ein. Dieses Konto wies damals eine Schuld von noch rund 19700 *RM* auf. Es ergab also nach Gutschrift der 60000 *RM* ein Haben von rund 40300 *RM*. Dieses Haben übertrug die Bank gemäß einer Anweisung des Bekl. auf dessen Scheckkonto, das damals eine Schuld von rund 44000 *RM* aufwies und nunmehr bis auf einen Rest von etwa 4000 *RM* abgedeckt wurde. Auf dem ausgeglichenen Effektenkonto sind seitdem keine Buchungen mehr erfolgt; das Scheckkonto lief weiter.

Die Kl. verlangt mit der Klage die Zahlung rückständiger Zinsen von den Grundschulden. Das LG. hat die Klage abgewiesen, weil der Bekl. der Kreditbank den Terminseinwand (§§ 52, 53, 59 BörsG.) hätte entgegensetzen können und die Kl. diesen Einwand auch gegen sich gelten lassen müsse (§§ 1157, 1192 BGB.). Das OLG. hat den Bekl. zur Zahlung rückständiger Zinsen aus den grundschuldbelasteten Grundstücken verurteilt.

Den Kern des Rechtsstreits bildet die Frage, ob der Bekl. der Kl. den Terminseinwand nach §§ 52, 53, 54, 59 BörsG. entgegenhalten kann. Das BG. verneint diese Frage mit folgender Begründung: Freilich hätte sich die Kreditbank, solange sie die Grundschuld über 10000 GM. und den Grundschuldbrief über 30000 GM. nur als Sicherheiten für die unverbindliche Börsenterminschuld des Bekl. in Händen gehabt habe, aus diesen Sicherheiten nicht befriedigen dürfen. Die Sach- und Rechtslage habe sich aber völlig dadurch geändert, daß die Kl. Ende 1928 die Grundschulden gegen Vergütung des Nennbetrags übernommen habe. Damit sei die Verbindung zwischen der Terminschuld des Bekl. bei der Kreditbank und den vom Bekl. an die Kl. nicht etwa nur sicherungshalber, sondern endgültig zu Volleigentum abgetretenen Grundschulden vollständig gelöst worden. Infolgedessen sei der Terminseinwand der Grundschuldhaftung gegenüber erledigt. Das bliebe selbst dann so, wenn man die Kreditbank und die Kl. als eine Einheit behandeln wollte. Denn dann läge in der Übernahme der Grundschulden zum Nennwert zwecks Ausgleichs der Terminschuld keine Vereinbarung i. S. des § 59, sondern eine Leistung gem. § 55 BörsG., nämlich eine Annahme an Erfüllungsstatt (§ 364 Abs. 1 BGB.).

Diese Begründung hält der Rev. stand. Der Bekl. meint, der Gedankengang des BG. verkenne den Kernpunkt seiner Verteidigung, beachte nämlich nicht genügend die Tatsache, daß die Kl. als „Einmann-GmbH." mit der Kreditbank wirtschaftlich eines sei, daß also beide Gesellschaften ihm gegenüber nichts aus der lediglich ihre Rechtspersönlichkeit betreffenden Verschiedenheit herleiten dürften. Trage man dieser Tatsache gebührend Rechnung, so stelle das Verfahren der Übernahme der Grundschulden durch die Kl. unter Vergütung des Gegenwerts an die Kreditbank nur einen wohldurchdachten Versuch dar, auf einem Umweg die Terminschulden des Bekl. bezahlt zu machen, bevor er hätte ahnen können, was beabsichtigt gewesen sei.

Damit wird die Rev. dem angefochtenen Urteil nicht gerecht. Zwar hat das BG. zunächst in Anlehnung an RGZ. 85, 380 = JW. 1915, 34[19] die Rechtslage unter dem Gesichtspunkt erörtert, daß die Kreditbank und die Kl. getrennte Rechtspersönlichkeiten sind. Es mißt dieser Verschiedenheit aber durchaus keine entscheidende Bedeutung für das Ergebnis bei, sondern prüft im weiteren Verlauf seiner Ausführungen die Rechtslage auch von dem Standpunkt aus, daß dem Bekl. gegenüber beide Gesellschaften als eine Einheit zu betrachten seien. Hier liegt der Schwerpunkt der Entscheidungsgründe. Der Gedankengang des BG. ist: Mit den Vorgängen Ende 1928 erlosch der Terminseinwand des Bekl. auch dann, wenn man diese Vorgänge nicht, wie es ihrem äußeren Hergang vielleicht entspricht, in zwei selbständige Geschäftskreise zerlegt, nämlich einerseits einen Grundschuldenkauf (und seine Erfüllung) zwischen der Kl. und dem Bekl., andererseits eine Bezahlung der persönlichen Schulden des Bekl. bei der Kreditbank mit dem Erlös aus jenem Kauf. Geht man vielmehr mit dem Bekl. von der rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit aller damals vorgenommenen Geschäfte aus, so bleibt doch für sämtliche Beteiligten, insbesondere den Bekl., eine Tatsache unerschüttert: Durch die freiwillige Abtretung der Grundschulden gegen eine Vergütung von 60000 *RM* sollten die persönlichen Schulden des Bekl. bei der Kreditbank, namentlich die Terminschuld, endgültig und mit der Wirkung getilgt werden, daß keinerlei persönliche Verbindlichkeit des Bekl. aus den Börsenterminsgeschäften mehr übrig blieb. Dann liegt aber ein typischer Fall des § 55 und nicht des § 59 BörsG. vor (vgl. RGZ. 77, 277 = JW. 1912, 156). Im entscheidenden Punkte abweichend lag daher der

im RGUrt. v. 8. Mai 1915 (WarnRspr. 1915 Nr. 177) behandelte Fall, wo an die Stelle der Terminschuld als neue persönliche Verpflichtung eine Darlehnsschuld gesetzt und zur Sicherung dieser Darlehnsschuld Grundschulden unter Umwandlung in Hypotheken abgetreten waren. Dort blieb der Terminseinwand auch der Darlehnsschuld und den sie sichernden Hypotheken gegenüber gerade deshalb erhalten, weil § 55 BörsG. ein Leistungsgeschäft verlangt, das in Höhe des Geleisteten eine persönliche Verbindlichkeit des Terminschuldners an den Termingläubiger nicht zurückläßt oder neu begründet. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Falle aber erfüllt. Der Bekl. sollte und wollte durch die Abtretung der Grundschulden an die Kl. seine Terminschuld bei der Kreditbank endgültig und ohne jeden persönlichen Schuldrest tilgen. Damit verlor er den Terminseinwand gegenüber den abgetretenen Grundschulden, hinter denen keine persönliche Verpflichtung mehr stand (vgl. RGZ. 73, 143 = JW. 1910, 389). Ob der Bekl. bei der Vornahme des dem § 55 BörsG. genügenden Leistungsgeschäfts wußte, daß die erfüllte Terminschuld unverbindlich war, ist ohne Belang (vgl. RGRKomm., 8. Aufl., Bd. 2 § 762 Anm. 3). Eine Verpflichtung der Kreditbank, ihn etwa vor der Leistung insoweit aufzuklären und dadurch seine Erfüllungsbereitschaft vielleicht zu erschüttern, bestand nicht. Daß die Kl. ihn aber in dieser Richtung arglistig getäuscht oder sonst in unsittlicher Weise behandelt hätte (vgl. RGZ. 90, 254 = JW. 1917, 223), dafür fehlt jeder Anhalt. Von unlauteren Machenschaften der Kreditbank gegenüber dem Bekl. kann nicht schon deshalb gesprochen werden, weil jene die Grundschulden nicht sich selbst an Zahlungsstatt abtreten, sondern bei dem Leistungsgeschäft auf die Terminschuld des Bekl. die Kl., ihre Tochtergesellschaft, mitwirken ließ. Aus welchen Gründen das auch geschehen sein mag, dem Bekl. als leistungswilligen Terminschuldner konnte es einerlei sein, ob er seine Schuld tilgte durch Hingabe der Grundschulden an die Termingläubigerin selbst oder durch Abtretung an die Kl. unter Verrechnung des ihm zur Verfügung gestellten Abtretungsentgelts auf seine Terminschuld bei der Kreditbank. Wenn die Rev. aber den Leistungswillen des Bekl. und seine Erkenntnis, daß durch die Abtretung der Grundschulden die endgültige und restlose Abdeckung der Terminschuld erreicht werden sollte, in Zweifel zu ziehen versucht, so scheitert sie an den klaren tatsächlichen Feststellungen des BG., wonach Bedenken gegen den Leistungswillen des Bekl. und seine Erkenntnis vom Zweck und Ziel der ganzen Vorgänge nicht auftauchen können.

(U. v. 27. Febr. 1935; V 350/34. — Kiel.) [v. B.]

*

13. I. § 1 WechselG. Ein Wechsel ist nichtig, der in seinem Text die Anweisung enthält, nach Maßgabe eines bestimmten Vertrages zu zahlen. Solche Zusätze widersprechen der abstrakten Natur des Wechsels.

II. §§ 140, 783 BGB.; § 363 Abs. 1 Satz 1 HGB. Die Frage, ob bei einem nichtigen gezogenen Wechsel die Ausstellererklärung in eine Anweisung nach § 783 BGB. oder § 363 Abs. 1 Satz 1 HGB. umgedeutet werden kann, ist zu verneinen.

I. Der Klagewechsel enthält im Text unter dem in roter Tinte gefertigten Vermerk „Bei Sicht" einen gleichfalls mit roter Tinte geschriebenen Zusatz folgenden Wortlauts: „Laut Abkommen-Schreiben der H.-Werke in Z. v. 19. Nov. 1931." Die Ansicht des BG. von der Nichtigkeit dieses Klagewechsels ist zutreffend. Zusätze der vorliegend in Betracht kommenden Art widersprechen der abstrakten Natur des Wechsels und verbieten sich auch mit Rücksicht auf die Umlaufsfähigkeit dieses Orderpapiers. Schon das ROHG. hat entschieden, daß ein Wechsel ungültig ist, der in seinem Text die Anweisung enthält, nach Maßgabe eines bestimmten Vertrags zu zahlen (ROHG. 21, 169). An dieser Rspr. hat das RG. in Übereinstimmung mit dem Schrifttum festgehalten (vgl. RGZ. 9, 115). In seiner Entsch. v. 17. Jan. 1928 — II 396/27 —, in der ausgeführt ist, daß der Wechsel als Umlaufpapier die Voraussetzungen der Zahlungspflicht erschöpfend enthalten muß und daß das Recht aus dem Wechsel nicht von Umständen und Vorgängen abhängig gemacht werden darf, die außerhalb des Wechsels liegen und aus ihm nicht erkennbar sind, hat das RG. unter Hinweis auf Art. I der im Jahre 1913 im Haag beschlossenen „Einheitlichen Wechselordnung" die allgemeine Geltung jener Grundsätze hervorgehoben, die nunmehr in Art. 1 Nr. 2 des Deutschen WechsG. v. 21. Juni 1933 ihren gesetzlichen Ausdruck gefunden haben.

II. Wie das RG. in der Entsch. v. 8. Okt. 1929, II 93/29 (JW. 1930, 1376) ausgeführt hat, widerspricht es von vornherein den Verkehrsanschauungen, einen gezogenen nichtigen Wechsel als anderes Rechtsgeschäft aufrechtzuerhalten, da tatsächlich in den allerseltensten Fällen anzunehmen ist, daß die Beteiligten bei Kenntnis der Nichtigkeit des von ihnen beabsichtigten Wechselvertrags ein anderes Rechtsgeschäft mit minder strengen Folgen für den Verpflichteten und minderen Rechten für den Berechtigten abgeschlossen haben würden. Wählen die Parteien die abstrakte Wechselverpflichtung in der Form des Akzepts, des Indossaments oder der Ausstellung eines gezogenen Wechsels, so wollen sie in aller Regel nur eine Wechselverpflichtung eingehen bzw. wechselmäßige Rechte erwerben, da ihren wirtschaftlichen und rechtlichen Interessen nur im Rahmen des Wechsels, wie er sich nun einmal im Verkehr herausgebildet hat und zu einem wichtigen Handelsinstrument in allen Kulturstaaten geworden ist, und nicht auf irgendeine sonstige Weise gedient werden kann. Dabei übersieht die angezogene Entsch. nicht, daß allerdings bereits mehrfach von den Gerichten ausgesprochen worden ist, daß ein ungültiger eigener Wechsel als kaufmännischer Verpflichtungsschein nach § 363 Abs. 1 Satz 2 HGB. aufrechterhalten werden kann (RGZ. 48, 223). Es berührt auch die Richtigkeit des in der angezogenen Entsch. aufgestellten Grundsatzes nicht, wenn durch andere Erkenntnisse des RG. die Aufrechterhaltung der Unterschrift unter einen nichtigen eigenen Wechsel als abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis des Ausstellers nach §§ 780, 781 BGB. als möglich bezeichnet ist (RGZ. 136, 207 = JW. 1932, 2611), während die Frage, ob beim nichtigen gezogenen Wechsel die Ausstellererklärung in eine Anweisung nach § 783 BGB. oder § 363 Abs. 1 Satz 1 HGB. umgedeutet werden kann, in Rspr. und Schrifttum eine verschiedene Beantwortung gefunden hat. Der erk. Sen. hat diese Frage in der Entsch. v. 8. Okt. 1929 für den Regelfall verneint und damit im Schrifttum Widerspruch (vgl. JW. 1930, 1376), aber auch Zustimmung gefunden. — Vgl. auch RGZ. 130, 82 = JW. 1930, 3761, wo die Frage für den dort zu entscheidenden Fall aus anderen Gründen unentschieden gelassen worden ist. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, daß das RG. stets die Ansicht vertreten hat, die schriftliche Form des Wechsels vermöge die fehlende schriftliche Form eines Bürgschaftsvertrages in aller Regel nicht zu ersetzen (RGZ. 48, 152; 94, 85; 96, 136 = JW. 1919, 718).

Diesen Rechtsgrundsätzen will das BG. Rechnung tragen, wenn es die Frage, ob sich die Wechselunterschrift des Bekl. in einen zivilrechtlichen Tatbestand, insbes. in den hier in Betracht kommenden Tatbestand eines Bürgschaftsvertrages, Schuldbeitritts- oder Garantievertrages umdeuten lasse, mit der Begründung verneint, für eine Bürgschaftserklärung fehle schon die nötige Schriftform, während für die Umdeutung in einen Schuldbeitritts- oder Garantievertrag aus dem Grunde kein Raum sei, weil sich nicht ohne weiteres sagen lasse, daß jemand, der sich wechselmäßig zur Sicherung einer fremden Schuld verpflichten wolle, auch die weit schwereren Rechtsfolgen des Garantievertrags oder des Schuldbeitritts in den Kauf genommen hätte.

Der Entsch. kann aber im Ergebnisse nicht beigetreten werden. Das BG. hat nicht beachtet, daß die Klage nicht auf den Wechsel allein, sondern auch auf das der Wechselzeichnung zugrunde liegende Rechtsverhältnis, eben jenes Abkommen v. 19. Nov. 1931, gestützt war. Es bedurfte daher, um zu einem nicht wechselrechtlichen Verpflichtungsgrunde zu gelangen, nicht des Umweges über die Umdeutung der Wechselerklärung. Aus dem Abkommen, das in dem Briefe der

H.-Werke v. 19. Nov. 1931 wiedergegeben ist, erhellt, daß sich die H.-Werke nicht mit der AktG. als Schuldnerin begnügen wollten; vielmehr sollte auch der Bekl. persönlich für die Schuld der AktG. einstehen. Das BG. hätte daher auf dieser Grundlage untersuchen müssen, ob sich nicht hieraus schon eine zivilrechtliche Haftung des Bekl. als Bürge oder Mitschuldner ergab und ob die Wechselhingabe nicht nur der Verstärkung dieser Haftung und ihrer leichteren Durchsetzbarkeit dienen sollte.

(Urt. v. 12. Febr. 1935; II 307/34. — Berlin.) [v. B.]

*

14. Art. 11, 17 WechsG. Auch der Inhaber eines Kautionswechsels ist zur Klage schon durch den Besitz des Papiers legitimiert. Der Nichtbesitz der dem Klagewechsel zugrunde liegenden Forderung stellt die Klagebefugnis des durch den Besitz des Papiers Legitimierten nicht in Frage.

Zur Begründung des Anspruchs aus dem Wechsel bedarf es weder des Nachweises eines Kausalgeschäfts, noch darf die Wechselverpflichtung von dem Bestande des Kausalgeschäfts abhängig gemacht werden, unbeschadet der aus diesem herzuleitenden Einreden, die dem ersten Nehmer, unter bestimmten Voraussetzungen auch dem späteren Erwerber des Wechsels gegenüber geltend gemacht werden können. Vom Kautionswechsel gilt nichts anderes. Die bloße Tatsache, daß der Wechsel nur als Kaution gegeben ist, ist kein begründeter Einwand. Auch der Inhaber eines Kautionswechsels ist zur Klage schon durch den Besitz des Papiers legitimiert (LZ. 1907, 138). In Ermangelung entgegenstehender Abreden verpflichtet sich der Geber eines Kautionswechsels, dem Kautionsgläubiger bei Verfall nach Wechselrecht zu zahlen (ROHG. 17, 281). Der Zweck der Sicherstellung würde nicht erreicht, wenn das Papier nicht ohne Substantiierung und Nachweis einer bestimmten Forderung ausgeklagt werden könnte (ROHG. 16, 103). Die Hingabe eines Kautionswechsels berechtigt den Schuldner allerdings im gegebenen Falle zur Geltendmachung des rein persönlichen Einwandes, daß der Wechselnehmer weder zur Zeit einen Anspruch hat, noch daß aus dem zu sichernden Rechtsverhältnisse in Zukunft ein solcher zu erwarten ist. Für diesen Einwand trägt aber er die Beweislast (RG., Recht 1908, 213 Beil. 2). Es kann also nicht gesagt werden, daß die Übertragung eines Kautionswechsels wirksam nur gleichzeitig mit der Übertragung der zu sichernden Forderung erfolgen könnte. Der Nichtbesitz der dem Klagewechsel zugrunde liegenden Forderung stellt die Klagebefugnis der durch den Besitz des Papiers legitimierten Kl. nicht in Frage.

(U. v. 23. Nov. 1934; II 217/34. — Köln.) [v. B.]

*

****15.** § 15 FinAusglG. v. 9. April 1927; Abschnitt 2 § 2 VO. v. 26. Juli 1930; Kap. IV § 15 VO. v. 18. März 1933; §§ 157, 683 BGB. Wenn auch die eingangs angeführten Gesetzesbestimmungen den Gemeinden gestatteten, auswärtige Brauereien als „Einführer" von Bier mit der Steuer zu belasten, so war es doch grundsätzlich Sache der einzelnen Steuerordnungen, inwieweit sie von diesem Recht Gebrauch machten, ob sie insbesondere neben dem Wirt auch die auswärtige Brauerei zur Steuer heranzogen. In dieser Hinsicht kommt es jeweils auf die Auslegung der betr. Steuerordnung an. Die auswärtige Brauerei handelt nicht gemäß dem Interesse des Wirtes, wenn sie für ihn die Steuer verauslagt, nachdem er ein Gesuch um Stundung oder Erlaß eingereicht hat. Wenn ein Wirt in der schuldlosen Meinung, zur Verweigerung der Zahlung solcher verauslagter Steuerbeträge berechtigt zu sein, deren Zahlung verweigert und die Brauerei daraufhin die Lieferung von Bier verweigert, den Wirt also nötigt, sein Bier anderweit zu beziehen, wenn er nicht überhaupt schließen will, kann sie nicht die Vertragsstrafe wegen Bezugs fremden Bieres verlangen. †)

Die Kl., eine Brauerei in D., gewährte dem Bekl. ein Darlehn und lieferte ihm Bier für seine Gastwirtschaft in H. Nach dem Vertrage v. 26. Sept. 1929 war er verpflichtet, seinen Bierbedarf ausschließlich von ihr zu ihren jeweiligen Ortspreisen zu beziehen und bei Zuwiderhandlung für jedes anderweitig bezogene Hektoliter ein Drittel des Einkaufspreises als Vertragsstrafe zu zahlen; jedoch war es ihm gestattet, bis zwanzig Hektoliter jährlich von einer anderen Brauerei zu beziehen. Als der Vertrag geschlossen wurde, war noch ein Abkommen v. 6. Dez. 1927 zwischen der Stadtgemeinde H., dem Wirte-Verein daselbst und dem Verband Rheinisch-Westfälischer Brauereien in Kraft, wonach die Brauereien die städtische Biersteuer von den Wirten einzogen und an die Steuerkasse abführten. Bei diesem Verfahren blieb es bis zum 31. März 1931. In den folgenden beiden Jahren hatten die Wirte in H. die Steuer unmittelbar abzuführen. Am 24. März 1933 wurde zwischen der Stadtgemeinde H. und dem genannten Brauereiverbande eine neue Vereinbarung getroffen, wonach die Brauereien mit Wirkung v. 1. April 1933 für die von ihnen belieferten Wirte die Abrechnung und Zahlung der Biersteuer übernahmen, nachdem ihnen in einem Schreiben des Bürgermeisters mitgeteilt worden war, daß die Brauereien, die Bier in eigenen Wagen nach H. lieferten, als „Einführer" des Biers steuerpflichtig seien. Infolgedessen setzte die Kl. v. 1. April 1933 ab den Wirten in H., unter ihnen dem Bekl., wiederum die Biersteuer in Rechnung, diesem für April und Mai 1933 mit Beträgen von insgesamt 38 *RM*. Der Bekl. will wegen Geschäftsrückgang Aussicht gehabt haben, daß ihm die Stadtverwaltung die Biersteuer erlasse oder doch stunde, und lehnte es ab, die Steuerbeträge an die Kl. zu bezahlen. Darüber kam es zum Streit. Der Bekl. bestellte bei der Kl. Bier ohne Steuerzuschlag weiter, die Kl. lehnte aber die Ausführung dieser Bestellungen ab, und nunmehr bezog der Bekl. sein Bier von anderen Brauereien.

Die Kl. erhob Klage mit dem Antrage, den Bekl. zu verurteilen, daß er seinen gesamten Bierbedarf bei ihr beziehe, ihr über die Mengen des seit dem 15. Mai 1933 anderweitig bezogenen Bieres Auskunft erteile, für jedes Hektoliter des von anderer Seite bezogenen Bieres 12,50 *RM* als Vertragsstrafe und endlich den Restbetrag ihrer letzten Rechnung von 38 *RM* zahle.

LG. wies die Klage ab, BG. gab ihr statt. RG. hob auf, wies die Rev. zurück, insoweit die Klage auf Auskunfterteilung und auf Zahlung von Vertragsstrafe abgewiesen war, und verwies im übrigen zurück.

Während das LG. den Betrag der Biersteuer nicht zum „jeweiligen Ortspreis" rechnet, legt das BG. Gewicht darauf, daß der Bekl. nach dem Vertrage verpflichtet ist, Bier von der Kl. zu „deren" jeweiligen Ortspreisen zu beziehen. Darum meint es, entscheidend sei nur, daß die Kl. vom Bekl. keine höheren Beträge verlange als von den anderen Wirten in H. für die entsprechende Biermenge, und es komme weder darauf an, wer gegenüber der Stadtgemeinde Steuerschuldner sei, noch darauf, ob die Biersteuer neben dem Bierpreis gesondert berechnet werde.

Diese Auslegung der Vertragsbestimmung verstößt, weil sie auf die berechtigten Interessen des Bekl. keinerlei Rücksicht nimmt, gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und damit gegen § 157 BGB. Richtig ist zwar, daß die Kl. den Bekl. in ihren Rechnungen nicht schlechter stellen darf als die anderen Wirte in H. Aber dadurch allein, daß sie sich daran hält, wird der Steuerbetrag noch nicht zu einem Bestandteil des vertraglich geschuldeten Ortspreises. Ihn zum Preise zu rechnen, wäre dann gerechtfertigt gewesen, wenn die Kl. selbst als Gesamtschuldnerin mit dem Bekl. gegenüber der Stadtgemeinde Steuerschuldnerin gewesen wäre. Da die Parteien darüber einig sind, daß die Steuer im Endergebnis auf den Verbraucher abgewälzt werden kann, so hätte die Kl. die Biersteuerleistungen, die sie als Steuerschuldnerin an die Stadtgemeinde entrichtete, unter der im weiteren Sinne

zu verstehenden Bezeichnung des „Ortspreises" dem Bekl. als vertraglich geschuldete Beträge in Rechnung stellen können. Es wäre alsdann auch nicht darauf angekommen, ob sie das in einem Gesamtbetrage tat oder ob sie die Biersteuerbeträge in der Rechnung gesondert aufführte, da der Bekl. sie ihr vertraglich schuldete. Anders lag es aber, wenn sie nicht selbst Steuerschuldnerin gegenüber der Stadtgemeinde war. Denn alsdann bezahlte sie die Steuerschuld des Bekl., besorgte also ein fremdes Geschäft und konnte Erstattung der von ihr verauslagten Beträge, wie die Rev. mit Recht geltend macht, nur unter den Gesichtspunkten der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der ungerechtfertigten Bereicherung, nicht aber auf Grund des Vertrages vom Bekl. fordern. Das mag bis zum 31. März 1931 unbeanstandet geschehen sein, änderte sich aber, sobald der Bekl. Schwierigkeiten hatte, die Biersteuerbeträge aufzubringen, und an die Stadtgemeinde mit Gesuchen um Stundung oder Erlaß herantrat. Von da ab entsprach es nicht mehr seinem Interesse (§ 683 BGB.), wenn die Kl. die Steuerbeträge für ihn verauslagte; und ob er dadurch bereichert wurde, hing ebenfalls von dem Erfolg seiner an die Stadtverwaltung gerichteten Gesuche ab. Mit dieser Interessen- und Rechtslage setzt sich das BG. in Widerspruch, indem es den Vertrag dahin auslegt, daß die Kl. die von ihr verauslagten Steuerbeträge als Bestandteil des „Ortspreises" auch dann habe in Rechnung stellen können, wenn sie nicht selbst Steuerschuldnerin war. Daran kann es auch nichts ändern, wenn sie das bei allen Wirten in H. getan hat und die andern es sich haben gefallen lassen.

Hiernach hat das BG. rechtlich geirrt, indem es geglaubt hat, die Frage dahingestellt lassen zu können, wer Steuerschuldner war. Das RevG. ist nicht in der Lage, diese Frage von sich aus zu entscheiden. Denn wenn es den Gemeinden auch reichsgesetzlich gestattet war, auswärtige Brauereien als „Einführer" von Bier mit der Steuer zu belasten (§ 15 des Ges. v. 9. April 1927 [RGBl. I, 91]; VO. v. 26. Juli 1930 2. Abschn. § 2 [RGBl. I, 311]; VO. v. 18. März 1933 Kap. IV § 15 [RGBl. I, 109]), so war es doch grundsätzlich Sache der einzelnen Steuerordnungen, inwieweit die Gemeinden von diesem Recht Gebrauch machten, ob sie insbes. neben dem Wirt auch die auswärtige Brauerei zur Steuer heranzogen. Etwas anderes ist auch in dem Urt. des PrOVG. v. 15. Nov. 1932 nicht ausgesprochen worden. Die einzelnen Gemeindesteuerordnungen enthalten aber kein revisibles Recht. In H. scheinen nach der Ausführungsanweisung v. 27. Juni 1927 die auswärtigen Brauereien nicht neben den einheimischen Wirten Steuerschuldner gewesen, und es scheint dies erst durch den i. J. 1934 in Kraft getretenen Nachtrag zur BierstO. vom 22. März 1932 geändert worden zu sein, wonach Empfänger und Absender des Biers Gesamtschuldner der Steuer sind. Indessen müssen diese Fragen dem Tatrichter überlassen bleiben.

Das BG. wird hiernach die Klageanträge insoweit nochmals zu prüfen haben. Sollte sich ergeben, daß die Kl. zwar nicht in der Vergangenheit berechtigt war, die Biersteuerbeträge vom Bekl. zu erheben, daß darin aber durch den Nachtrag zur Steuerordnung eine Änderung eingetreten ist, so würde zu prüfen sein, ob die Änderung dem Bekl. die Möglichkeit läßt, Stundung oder Erlaß der Steuer mit Wirkung auch gegenüber der Kl. zu erlangen. Sollte das zu verneinen sein, so müßte weiter geprüft werden, ob die Geschäftsgrundlage des Vertrages v. 26. Sept. 1929 durch die Änderung so stark erschüttert ist, daß der Vertrag mit dem bisherigen Inhalt nach Treu und Glauben nicht mehr aufrechterhalten werden kann und ein billiger Ausgleich zu suchen, nötigenfalls dem Bekl. der Rücktritt zu gestatten ist (§§ 242, 326 BGB.; vgl. RGZ. 121, 133 f. = JW. 1928, 1805; 146, 133, 65 = JW. 1931, 2708; 141, 217 = JW. 1933, 1644 u. a.).

Schon jetzt kann aber das RevG. nach § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO. über die Klage insoweit entscheiden, als die Kl. Auskunft über die Biermengen haben will, die der Bekl. anderweit bezogen hat, und als sie Vertragsstrafe begehrt. Die Frage, ob sie dem Bekl. die Biersteuer in Rechnung stellen durfte, war rechtlich zum mindesten so zweifelhaft, daß dem Bekl. kein Verschulden trifft, wenn er die Bezahlung dieser Beträge abgelehnt hat (vgl. RGZ. 146, 144 = JW. 1935, 1490[8]). Der Mangel eines Verschuldens würde für sich allein den Bekl. freilich noch nicht von der Vertragsstrafe befreien. Denn die Strafe ist auf ein Unterlassen gesetzt, nämlich darauf, daß der Bekl. es unterläßt, von anderen Brauereien Bier zu beziehen. Besteht aber die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so ist die Vertragsstrafe nach § 339 Satz 2 BGB. mit der Zuwiderhandlung verwirkt, wobei es grundsätzlich nicht auf Verschulden ankommt (RGR-Komm. § 339 BGB. Anm. 2). Indessen ist der Bekl. zu der Zuwiderhandlung doch nur dadurch veranlaßt worden, daß die Kl. ihn wegen seiner Weigerung, die Biersteuer zu bezahlen, nicht mehr beliefert hat. Ob sie darin richtig gehandelt hat, ob sie die Streitfrage nicht auch unter Weiterbelieferung hätte zum gerichtlichen Austrag bringen können, bedarf hier keiner Untersuchung. Denn jedenfalls war der Bekl., wenn er seine Wirtschaft nicht überhaupt schließen wollte, durch ihr Verhalten genötigt, sein Bier anderweit zu beziehen. Daß auch in einem solchen Fall die Strafe verwirkt sein sollte, wäre mit Treu und Glauben unvereinbar und ist daher, wenn nicht schon unter dem Gesichtspunkt richtiger Vertragsauslegung (§ 157 BGB.), so doch jedenfalls nach der allgemeinen, dem § 339 BGB. vorgehenden Best. des § 242 BGB. über gehörige Vertragserfüllung abzulehnen. Daraus ergibt sich die Abweisung des Verlangens nach Zahlung der Vertragsstrafe und des damit zusammenhängenden Verlangens nach Auskunfterteilung.

Im übrigen mußte die Sache zurückverwiesen werden.

(U. v. 1. April 1935; VI 541/34.) — Düsseldorf.) [H.]

Anmerkung: Das Urteil enthält ein lehrreiches Beispiel dafür, wie einschneidend eine Änderung des Steuerrechts auf einen vor der Änderung geschlossenen Vertrag wirken kann. Das RG. erkennt als Vertragsinhalt, d. h. hier als Bestandteil des von der Brauerei mit dem Wirt vereinbarten „jeweiligen Ortspreises" des Bieres auch den Biersteuerbetrag an, den die auswärtige Brauerei der Gemeinde gezahlt hat, aber nur dann, wenn die Brauerei nach dem Gemeindebiersteuerrecht Steuerschuldnerin ist. Im anderen Falle kann die Brauerei die Erstattung der von ihr gezahlten Biersteuer von dem Wirt nicht aus dem Rechtsgrunde des Vertrages verlangen, sondern es kommen nur die Gesichtspunkte der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der ungerechtfertigten Bereicherung, also außervertragliche Rechtsgründe in Betracht. Dem ist beizutreten. Im vorl. Falle ist es anscheinend so, daß die Brauerei nach der älteren Gemeindesteuerordnung nicht Steuerschuldnerin war, es aber durch Änderung der Gemeindesatzung wurde. Dann gehörte nach der Änderung die Steuer zu den vom Wirt vertraglich geschuldeten Ortspreis des Bieres. Zu dessen Zahlung hält das RG. den Wirt für verpflichtet, „wenn dieser nach der Steuerordnung die Möglichkeit hat, Stundung oder Erlaß der Steuer auch mit Wirkung gegenüber der Brauerei zu erlangen". Wenn auch nicht gerade die spezielle Steuerordnung, so wird doch das die einzelne Ortssatzung ergänzende Gemeinde-(Landes-)Steuerrecht eine Stundung oder Erlaß auch mit Wirkung gegenüber der Brauerei zulassen. Denn wenn auch beim Gesamtschuldverhältnis (Brauerei — Wirt) grundsätzlich eine Stundung oder Erlaß nur gegenüber dem Gesamtschuldner wirkt, der sie beantragt, so kann doch sowohl die Stundung wie der Erlaß von der Steuerbehörde auch für alle Gesamtschuldner ausgesprochen werden. — Solange dies aber nicht geschieht, ist die Brauerei Steuerschuldner und sie kann Zahlung des von ihr gezahlten oder zu zahlenden Steuerbetrags als Teil des „Ortspreises" vom Wirt, der solange an den Vertrag gebunden ist, verlangen. Nur für den Fall, daß das Steuerrecht dem Wirt keine Möglichkeit gibt, „Stundung oder Erlaß der Steuer mit Wirkung gegenüber der Brauerei zu erlangen", gibt das RG. dem LG. die Prüfung auf, „ob die Geschäftsgrundlage des Vertrages ... durch die Änderung so stark erschüttert ist, daß der Vertrag mit dem bisherigen Inhalt nach Treu und Glauben nicht mehr aufrechterhalten werden kann ..." Für diese m. E. fernliegende Möglichkeit ist die vom RG. geforderte Prüfung gerechtfertigt.

Im übrigen soll noch folgendes in steuerlicher Hinsicht bemerkt werden:

Unbedenklich ist die Ansicht des RG., daß die einzelnen Gemeindebiersteuerverordnungen den Steuerschuldner zu bestimmen haben. Reichsrechtlich (§ 15 Abs. 3 FinAusglG.) ist nur vorgeschrieben, daß außer von dem in der Gemeinde Bier Herstellenden die Biersteuer nur von demjenigen erhoben werden darf, „der Bier in die Gemeinde

einführt". Dazu kann die liefernde auswärtige Brauerei gehören, wenn die Steuerordnung den „Einführer" als Steuerschuldner bestimmt (wegen des Begriffs „Einführer" vgl. außer dem im RG.-Urteil angeführten Urteil des PrOVG. auch das Urteil dieses Gerichts v. 23. Okt. 1934, II C 40/34: JW. 1935, 319; siehe aber auch das zum Abdruck in der amtl. Samml. bestimmte Urteil des Umsatzsteuersen. des RFH. V A 325/34 v. 8. Febr. 1935: Kartei, UmsStG. 1934, § 5 Abs. 1 R. 1, 2). Das erwähnte Urteil des PrOVG. vom 23. Okt. 1934 ist nicht nur für die Frage der Gesamtschuldnerschaft vom ortsansässigen Wirt und auswärtiger Brauerei von Bedeutung, sondern auch in anderer Hinsicht. Dort ist nämlich die Frage erörtert, von wann an nach der betr. Steuerordnung und dem Komm.-AbgG. die Verjährungsfrist auch für die einführende Brauerei läuft, wenn der Wirt die Einfuhr des Bieres angemeldet hat. Nach dem Urteil des PrOVG. ist der Beginn der Verjährungsfrist für beide (Wirt und Brauerei) gleich. Es ist dies ein Gegenstück zu der oben besprochenen Frage, ob Stundung oder Erlaß beim Wirt auch zugunsten der Brauerei wirkt. Ein Unterschied besteht jedoch insoweit, als die Stundung oder der Erlaß je nach ihrem Inhalt auch zugunsten der Brauerei wirkt oder nicht, der Beginn der Verjährungsfrist aber gegen den Wirt und Brauerei gleich ist.

SenPräs. Arlt, München.

*

16. §§ 89, 133 Nr. 2, 137 KO.

1. Aus § 137 ergibt sich die Pflicht des Gläubigerausschusses, ein Mitglied, notfalls auch einen Vertreter, aus seiner Mitte zu bestimmen und der Hinterlegungsstelle namhaft zu machen, damit dieses Mitglied die in § 137 vorgeschriebene Mitzeichnung vornehme.

2. Trifft die Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses nach § 89 mit einer solchen der zur Hinterlegungsstelle bestellten Bank aus § 137 zusammen, so hat der Konkursverwalter die Wahl, gegen welchen der beiden Schuldner er vorgehen will.

3. Die für die Regel bestehende Pflicht des Konkursverwalters, zur Führung von Prozessen die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen, entfällt, wo die eigene Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses in Frage steht.

(U. v. 31. Jan. 1935; VI 491/34. — Braunschweig.)

[H.]

*

****17.** § 323 ZPO.; RGes. v. 18. Aug. 1923; PrVO. vom 8. Sept. 1923; § 32 RErbhofG. Herabsetzung von Altenteilen. Die Vorschriften des RGes. v. 18. Aug. 1923 und der PrVO. v. 8. Sept. 1923 sind in Kraft geblieben. Neben dem dort für die Herabsetzung eröffneten, besonderen Verfahren ist auch der Rechtsweg zulässig. Auch wenn in dem Vertrag, der den Altenteil geschaffen hat, die zugrunde gelegten Verhältnisse nicht erwähnt sind, ist doch die damalige Sachrechtslage als Ausgangspunkt zu nehmen. Zur Herabsetzung können nicht nur umstürzende, sondern auch andere Änderungen von großem Ausmaß führen; auch der Rechtsgedanke des § 32 RErbhofG. kann herangezogen werden. †)

Die Bekl. hat am 24. April 1901 mit ihrem damaligen Verlobten und späteren Ehemann einen Ehe- und Erbvertrag geschlossen. Hiernach stand ihr im Falle ihres Überlebens am Nachlaß des Ehemannes der Nießbrauch bis zum 25. Lebensjahr des Anerben zu. Außerdem hatte sie nach Ablauf des Nießbrauchs einen nach Kräften der Stelle angemessenen Altenteil zu beziehen. Als der Ehemann der Bekl. 1914 starb, war Anerbin die am 25. Juli 1905 geborene gemeinschaftliche Tochter Elma. Mit dieser schloß die Bekl. am 8. April 1925 einen Vertrag, worin sie auf das Nießbrauchsrecht verzichtet und ihr dagegen ein nach Art und Umfang der Leistungen im Vertrage genau angegebener Altenteil eingeräumt wird. Unter anderem ist vorgesehen, daß die Altenteilerin, falls sie von der Stelle fortziehen will, ein jährliches Taschengeld von 2500 *RM* neben dem Anspruch auf freien Arzt, freie Arznei, freie Pflege und Pflegerin erhalten soll. Dieser Altenteil ist auf dem Grundbuchblatt des etwa 70 ha großen Hofes eingetragen.

Die Tochter Elma hatte später die Ehe mit dem Kl. geschlossen und ist am 27. Jan. 1926 bei der Geburt eines Kindes gestorben. Auch das Kind ist bald darauf gestorben. Der Kl. ist Alleinerbe des Kindes und dadurch Eigentümer des mit dem Altenteil belasteten Hofes geworden. Er ist auch Eigentümer eines zweiten Hofes. Die Bekl. hat den Hof nach dem Erbfall verlassen und das Taschengeld von 2500 *RM* jährlich sowie Krankheitskosten gefordert. Nachdem der Kl. die Gültigkeit des Altenteilsvertrages und den Wegzug der Bekl. bestritten hatte, ist er durch rechtskräftiges Urteil des AG. in A. v. 24. April 1928 zur Zahlung des jährlichen Taschengeldes von 2500 *RM* verurteilt worden. Im jetzigen Rechtsstreit verlangt der Kl. Herabsetzung des Taschengeldes und Beschränkung seiner Pflicht zur Bezahlung von Badereisen.

Das BG. ist davon ausgegangen, daß die Wirksamkeit des Vertrages v. 8. April 1925 und das Recht der Bekl. zum Wegzug vom Hofe gegenüber dem rechtskräftigen Urt. des AG. A. v. 24. April 1928 nicht mehr angegriffen werden können. Es erblickt die Klagegrundlage in § 323 ZPO., wonach die Änderung des Urt. begehrt werden kann, wenn eine wesentliche Veränderung derjenigen Umstände eingetreten ist, welche für die Verurteilung zur Entrichtung der Leistungen oder für die Bestimmung ihrer Höhe maßgebend waren. Eine solche wesentliche Veränderung sei aber nicht eingetreten. Bei dem Urt. sei für die Bestimmung der Höhe des Unterhaltsanspruchs allein der Vertrag v. 8. April 1925 maßgebend gewesen. Der Kl. habe damals nur den Rechtsgrund, nicht die Höhe des Anspruchs bestritten; die Einkommensverhältnisse der Parteien, insbes. die Bedürftigkeit der Bekl. und die Ertragsfähigkeit des belasteten Hofes, seien damals ganz außer Betracht geblieben. Die Klage würde nur dann Erfolg haben können, wenn die nach dem rechtskräftigen Urt. zugebilligten Leistungen den vertraglich festgesetzten Leistungen wegen Veränderung der maßgebenden Verhältnisse aus irgendwelchen Gründen nicht mehr entsprächen. Der Umfang der Leistungen aus dem Vertrage habe sich aber inzwischen nicht geändert. Der Vertrag könne nicht dahin ausgelegt werden, daß die Höhe der Rente durch den notwendigen Unterhalt der Bekl. und durch die Ertragsfähigkeit des Hofes beschränkt sein solle, denn im Vertrage sei ausdrücklich und ohne Beschränkung die Jahressumme von 2500 *RM* festgesetzt und für den Fall einer Währungsschwankung sogar ihr Goldwert bestimmt. An dem klaren Wortlaut müsse jede andere Auslegung scheitern. Aus der Aussage des Notars ergebe sich auch, daß die Tochter Elma auf dem hohen Betrag bestanden habe, obwohl sie auf die schwere Belastung des Hofes hingewiesen worden sei. Die Rente sei nur unter dem Gesichtspunkt vereinbart worden, der Bekl. eine unabhängige Zukunft zu sichern.

Auch aus der allgemeinen Wirtschaftskrise rechtfertige sich die Änderung nicht. Von dem Grundsatz, daß Verträge zu halten seien, dürfe eine Ausnahme nur bei außerordentlichen Wirtschaftskatastrophen, wie z. B. die Inflation i. J. 1923 eine gewesen sei, gemacht werden. Die gegenwärtige Notlage der Landwirtschaft komme dafür nicht in Betracht, selbst wenn der Reinertrag des Hofes um die Hälfte gemindert sei.

Die Herabsetzung der Rente könne auch nach dem RGes. v. 18. Aug. 1923 i. Verb. m. der PrVO. v. 8. Sept. 1923 nicht erfolgen, denn nach diesen Vorschr. könnten ebenfalls nur außergewöhnliche Vorgänge, wie die Inflation, beachtet werden, nicht aber eröffneten sie die Möglichkeit, vertragliche Unterhaltsrenten jeder Wirtschaftskrise anzupassen. Die landwirtschaftliche Krise könne als ein so außergewöhnlicher Vorgang nicht angesehen werden, wie ihn diese Vorschr. zur Voraussetzung hätten. Übrigens würde eine Herabsetzung der Rente hier auch nicht der Billigkeit entsprechen. Der hoffremde Kl. habe 1926 den wertvollen, teilweise aus Marschländereien bestehenden Halbmeierhof, der damals nur mit dem Altenteil der Bekl. belastet gewesen sei, geerbt. Außerdem sei er Eigentümer eines Vollmeierhofs von gut 59 ha Größe, der ebenfalls zum Teil aus Marschländereien bestehe. Wenn auch beide Höfe belastet seien und der Reinertrag zurückgegangen sei, so sei doch

keine Herabsetzung der Altenteilsleistungen geboten. Die Bekl. habe auf dem Hofe ihres Ehemannes viele Jahre gearbeitet. Deshalb sei es recht und billig, daß sie von diesem Hofe völlig ausreichenden Unterhalt beziehe, zumal ihre Tochter sie auf jeden Fall habe gut versorgen wollen. Selbst die allerdings schwere Verpflichtung des Kl., der Bekl. freien Arzt und Arznei, Pflege und Pflegerin in Krankheitsfällen zu gewähren, vermöge eine Herabsetzung nicht zu rechtfertigen.

Auch bzgl. der Badereisen könne der Kl. nicht durchdringen. Nach dem Vertrage könne die Bekl. die außergewöhnlichen Kosten in Krankheitsfällen ersetzt verlangen, ohne daß diese Leistung auf eine bestimmte Summe begrenzt sei. Veränderte wirtschaftliche Verhältnisse kämen schon deshalb nicht in Betracht, weil die Kosten für Badereisen und Kuren inzwischen nicht teurer geworden seien. Ein Anspruch auf Begrenzung der Kosten im einzelnen Falle auf einen bestimmten Betrag bestehe nicht. Vielmehr habe der Kl. jede durch Krankheit der Bekl. notwendig gewordene Badereise voll zu ersetzen.

Diese Begr. kann den Angriffen der Rev. nicht standhalten.

Der Anspruch der Bekl. auf Zahlung des Taschengeldes und auf Erstattung der Kosten von Badereisen sind Ansprüche auf Geldbezüge aus dem Altenteilsvertrage v. 8. April 1925. über die anderweitige Festsetzung solcher Bezüge trifft das RGes. v. 18. Aug. 1923 (RGBl. I, 815) und im Anschluß an dieses die PrVO. über die anderweitige Festsetzung von Geldbezügen aus Altenteilsverträgen v. 8. Sept. 1923 (GS. 433) Bestimmungen. Diese Vorschr. sind, wenngleich sie aus den Bedürfnissen zur Zeit der Geldentwertung entstanden sind, auch weiterhin in Geltung geblieben und auch auf Geldbezüge anwendbar, die nach der Festigung der Mark vereinbart worden sind (REntsch. des KG. v. 1. Dez. 1932, 17 Y 29/32 = JW. 1933, 706; JFG. Erg.-Bd. 12, 158). Ihrer Anwendung steht es nicht entgegen, daß die Geldbezüge durch gerichtliches Urt. oder durch Vergleich festgesetzt oder zugesprochen worden sind (REntsch. des KG. v. 12. Jan. 1925, 17 Y 124/24; JFG. Erg.-Bd. 3, 202). Sie können u. U. zu einer Herabsetzung der Geldleistungen führen (REntsch. des KG. vom 29. April 1933, 17 Y 14/33 = JW. 1933, 1532; JFG. Erg.-Bd. 12, 161).

Hiernach hätte der Kl. den Antrag auf Herabsetzung der Geldleistungen in dem durch die angeführten Vorschr. geschaffenen besonderen Verfahren stellen können. Dieses besondere Verfahren schließt aber den ordentlichen Rechtsweg nicht aus. Für das Sonderverfahren gelten nach § 7 PrVO., soweit es Altenteilsansprüche betrifft, gewisse Vorschr. der PrPachtschO., nicht aber diese oder auch nur ihre Verfahrensvorschriften im ganzen. Unter den in Geltung gebrachten Vorschr. der PachtschO. befindet sich keine, die den Rechtsweg ausschlösse. Es kann deshalb unerörtert bleiben, in welchem Umfange an die Stelle der PachtschO. v. 27. Sept. 1922, auf welche die VO. verweist, auch für diese Verweisung die späteren preußischen Pachtschutzbestimmungen getreten sind, und inwieweit sich für diese PachtschO. die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges etwa geändert hat. Keinesfalls ist der Rechtsweg für den vorl. Fall ausgeschlossen (vgl. REntsch. des KG. vom 7. Nov. 1924, 17 Y 57/24; JFG. Erg.-Bd. 3, 204, und vom 12. Jan. 1925, 17 Y 124/24; JFG. Erg.-Bd. 3, 202). Mit Recht ist also das BG. in die sachliche Prüfung des Anspruchs eingetreten.

Die Ausführungen, mit denen das BG. sachlich zur Abweisung der Klage gelangt, sind jedoch nicht frei von Rechtsirrtum. Es geht richtig davon aus, daß es sich bei dem Anspruche auf Herabsetzung der festen Jahresrente um eine Klage aus § 323 ZPO. handelt, mit der die Abänderung des Urt. v. 24. Jan. 1928 verlangt, und daß dieses Begehren mit der Veränderung der Verhältnisse begründet wird. Die Klage kann also insoweit nur Erfolg haben, wenn eine wesentliche Veränderung derjenigen Verhältnisse eingetreten ist, welche für die damalige Verurteilung maßgebend waren. Eine solche Veränderung verneint das BG. deshalb, weil der jetzige Kl. in jenem Prozeß die Angemessenheit der Leistungen gar nicht bestritten habe, weil aber auch der Altenteilsvertrag auf das Unterhaltsbedürfnis der Bekl. einerseits, die Leistungsfähigkeit des Hofes andererseits gar nicht abgestellt sei. Mit Recht macht die Rev. hiergegen geltend, das BG. hafte zu sehr am Wortlaut des Vertrages und untersuche nicht ausreichend, ob nicht sonstige Umstände eine andere Auffassung des damaligen Parteiwillens erforderlich machten.

Zunächst kann es nicht entscheidend darauf ankommen, ob der Bekl. in dem amtsgerichtlichen Rechtsstreit Einwände gegen die Angemessenheit der Geldleistungen erhoben hat. Auch wenn er es nicht getan hat und deshalb eine Entsch. über die Höhe der Leistungen unter dem Gesichtspunkte ihrer Angemessenheit sich erübrigte, das Gericht also nur zu prüfen hatte, ob die Leistungen in dieser Höhe im Vertrage vorgesehen waren, ändert das nichts daran, daß für die Bemessung der Leistungen gewisse Verhältnisse maßgebend gewesen sein müsen oder doch können. Ließen sich diese Verhältnisse aus dem Urt. nicht ersehen, weil es zu ihnen keine Stellung genommen hat und zu nehmen brauchte, so konnten sie sich aus dem Inhalt und der Entstehungsgeschichte des Altenteilsvertrages ergeben. Dessen ist sich das BG. aber auch bewußt gewesen. Doch schließt es aus dem Wortlaut des Vertrages und der Aussage des Notars, daß die Höhe der Rente nicht durch das Bedürfnis der Bekl. und die Ertragsfähigkeit des belasteten Hofes beschränkt sein sollte. Es ist aber nicht einzusehen, inwiefern dieser Schluß durch die Aufnahme einer Goldklausel in den Vertrag gerechtfertigt werden könnte. Diese Goldklausel konnte nur den Zweck haben, die Bekl. vor Schädigungen zu bewahren, wenn durch Währungsverfall der festgesetzte Betrag an Wert einbüßte. Nicht aber ist daraus irgend etwas für die Frage zu entnehmen, ob der Anspruch der Bekl. auch in unveränderter Höhe bestehen bleiben sollte, wenn er für den Verpflichteten unbillig drückend wurde, weil sich die damaligen wirtschaftlichen Verhältnisse zu seinen Ungunsten verändert haben, insbes. die Ertragsfähigkeit des Hofes sich erheblich vermindert hat. Ebensowenig ist das aus der Feststellung zu entnehmen, daß die Tochter Elma auf dem hohen Betrag beim Vertragsschluß bestand, obgleich sie auf die schwere Belastung des Hofes hingewiesen war. Die Tochter konnte in dem Bestreben, ihrer Mutter eine gute Versorgung zu sichern, wohl darauf ausgehen, den Hof und den jeweiligen Hofbesitzer erheblich zu belasten, ihn auch zu besonders sparsamer Wirtschaft mit Bezug auf die Rentenpflicht zu nötigen, sie brauchte aber dabei doch nicht den Willen zu haben, die Fortführung der Wirtschaft auf dem Hofe durch die Rentenpflicht selbst dann gefährden zu lassen, wenn der durch eine wirtschaftliche Veränderung verursachten Not des Hofes kein wirklich beachtliches Bedürfnis der Bekl. gegenüberstand. Die Aussage des als Zeugen vernommenen Notars ergibt, daß die Tochter im Anschluß an die Erklärung, die hohe Belastung schade nichts, sie wolle, daß ihre Mutter ordentlich gesichert sei und gut leben könne, weiter geäußert hat, der Hofeigentümer könne sich ja danach verhalten. Das BG. hat keine Stellung dazu genommen, ob nicht auch dieser Zusatz für die Ermittlung des Vertragswillens Bedeutung hat. In dieser Richtung konnte auch die Tatsache ins Gewicht fallen, daß die Tochter damals davon ausgehen mußte, daß sie selbst neben ihrem künftigen Ehemann, dem Kl., die Altenteilslast zu tragen hatte.

Weiterhin läßt sich aber auch das Bedenken nicht von der Hand weisen, daß das BG. bei der Prüfung, ob die Rücksicht auf Treu und Glauben und die Billigkeit eine Herabsetzung der Leistungen fordert, von irrigen rechtlichen Gesichtspunkten ausgegangen ist. Es hebt mehrfach hervor, daß die Änderung sowohl nach §§ 157, 242 BGB., wie auch nach dem Ges. v. 18. Aug. 1923 und der PrVO. v. 8. Sept. 1923 nur zulässig sei, wenn eine so katastrophale Wirtschaftsänderung eingetreten wäre, wie es die Inflation war. Für diese Meinung beruft es sich auf die Rspr. des RG., insbes. auf die Urt. des 5. ZivSen. v. 11. März 1933, V 3/33 (HöchstRRspr. 1933 Nr. 802) und des RArbG. v. 10. Aug. 1932, RAG 168/32 (RArbG. 11, 323; JW. 1932, 3219) und v. 21. Jan. 1933, RAG 270/32 (JW. 1933, 1276). Doch gerade diese Urt. zeigen, daß die Auffassung des BG. für den vorl. Fall nicht zutrifft, denn sie heben hervor, die Gesetzgebung habe überall dort eingegriffen, in denen eine Berücksichtigung der Wirtschaftsänderungen von geringerem Ausmaße notwendig er-

schien. Für Altenteilsleistungen ist ein solcher Eingriff durch das RGes. und die PrVO. über die anderweite Festsetzung der Geldbezüge aus Altenteilsverträgen erfolgt, und zwar auch für die Zeit nach der Währungsfestigung, indem diese Vorschr. unverändert in Geltung gelassen worden sind. Sie lassen eine Änderung auch der nach Abschluß der Geldentwertung in fester Währung oder sogar mit einer der Entwertung vorbeugenden Klausel festgesetzten Geldleistungen wegen veränderter Verhältnisse zu, sofern die Änderung der Billigkeit entspricht. Es war also nur zu prüfen, ob die Billigkeit die verlangte Änderung erfordert. Dazu kann es nicht einer so grundstürzenden Veränderung bedürfen, wie es die Geldentwertung des Jahres 1923 war, denn sonst würde eine Anwendung der Vorschr. auf die nach dieser Zeit vereinbarten Leistungen ganz oder nahezu völlig ausgeschlossen sein. Das aber kann nicht der Sinn der Regelung sein.

Das BG. hätte deshalb prüfen müssen, ob nicht in der veränderten Wirtschaftslage und vor allem in dem Zusammenbruch der Landwirtschaft, wie er sich durch mehrere Jahre unaufhaltsam vollzogen hat, ein Anlaß zu einer von der Billigkeit gebotenen Leistungsänderung gegeben ist. Allerdings müssen an die Voraussetzung für eine solche Änderung erhebliche Anforderungen gestellt werden; sie dürfen aber nicht so hoch gespannt werden, daß das Gesetz praktisch außer Geltung gebracht wird. Der Niedergang der Landwirtschaft ist nicht einer Konjunkturschwankung gleichzusetzen, ist vielmehr in seinen Grundlagen und seinem Ausmaße von solcher allgemeinen Bedeutung, daß eine umfangreiche Gesetzgebung zum Schutze der Landwirtschaft notwendig geworden ist. Die neue Gesetzgebung will, wie im Vorspruch des RErbhofG. v. 29. Sept. 1933 (RGBl. I, 685) besonders hervorgehoben ist, das Bauerntum erhalten und die Bauernhöfe vor Überschuldung schützen. Dies geschieht, weil man die außerordentliche Bedeutung des Bauerntums für das Bestehen des Volkes und des bäuerlichen Besitzes für die Volkswirtschaft erkannt hat. Das BG. hat es unterlassen, darüber Feststellungen zu treffen, ob der belastete Hof ein Erbhof ist. Die deswegen von der Rev. vorgebrachte Rüge einer Verletzung des § 139 ZPO. ist begründet. Nach den obwaltenden Verhältnissen lag es nahe, daß der Hof, der in der Höferolle eingetragen war, als Erbhof in Betracht kommt. Deshalb hätte das BG. durch Befragung der Parteien zur weiteren Aufklärung in dieser Richtung beitragen sollen. Hätte es die Frage aufgeworfen, so würde es erfahren haben, daß die Anerkennung als Erbhof den Gegenstand eines Verfahrens bildete und nahe bevorstand. Ausweislich der Grundakten ist der Hof am 12. Mai 1934, also wenige Tage nach der Verkündung des BU., in die Erbhöferolle eingetragen und die Erbhofgemeinschaft v. 22. Mai 1934 auch auf dem Grundbuchblatt vermerkt worden. Wenn es sich aber bei dem belasteten Hofe um einen Erbhof handelt, so kann bei der Entsch. nach Billigkeit, wie sie die Sondervorschriften über Altenteilsleistungen erfordern, auch das Gebot des § 32 RErbhofG. in Betracht zu ziehen sein, wonach unter billiger Berücksichtigung der Verhältnisse der Beteiligten stets so zu entscheiden ist, daß der Hof bei Kräften bleibt. Diese Anordnung ist gerade im Zusammenhang mit den Rechten der nach dem RErbhofG. Versorgungsberechtigten getroffen. Fällt der auf dem Vertrage von 1925 beruhende Altenteil auch nicht unmittelbar unter § 32, so muß der in dieser Vorschr. enthaltene Rechtsgedanke doch auch für diesen Altenteil maßgebend sein, denn auch dieser Altenteil ist bestimmt, der aus dem Hofe hervorgegangenen früheren Besitzerin eine Versorgung aus diesem Hofe zu geben. Es wird deshalb ganz besonderer Umstände bedürfen, um eine Auslegung des Altenteilsvertrages dahin zu rechtfertigen, daß die vereinbarte Leistung auch dann unverändert bleiben soll, wenn sie den Hof gefährdet.

Schließlich hat das BG. die Klageabweisung auch noch mit der Erwägung begründet, die Billigkeit rechtfertige keine Abänderung, denn der Kl. sei Besitzer noch eines zweiten wertvollen Hofes und könne deshalb die Last tragen. Auch hier besteht das Bedenken, ob der Altenteilsvertrag als Grundlage des Geldanspruchs eine solche Erwägung zuläßt. Es hätte beachtet werden müssen, daß der Altenteil in der außergewöhnlichen Höhe nicht vom Kl., sondern von der Tochter der Bekl. zugesagt worden ist. Die Tochter war damals die Eigentümerin des Hofes, auf dem der Altenteil lastet, und es liegt auf der Hand, daß die Beteiligten mit einem baldigen Ableben der Tochter nicht rechneten, daß sie also für die Dauer die Tochter als die Verpflichtete ansahen und in dem Hof die einzige Quelle erblickten, aus der die Mittel zur Befriedigung der Altenteilsansprüche flossen. Unter diesen Umständen ist nicht ohne weiteres einzusehen, daß der Kl., der wider Erwarten Erbe des Hofes geworden ist, nach der Billigkeit verpflichtet wäre, auch seinen anderen Hof ohne jede Begrenzung zur Befriedigung der Kl. zu verwenden, selbst wenn die angemessene Unterhaltung der Kl. so hohe wie die vereinbarten Leistungen nicht erforderlich machen sollte. Auch in dieser Richtung bedarf es einer erneuten Prüfung nach den dargelegten rechtlichen Gesichtspunkten.

Für die Verpflichtung zur Bezahlung von Badereisen trifft das bisher Ausgeführte sinngemäß zu, denn auch hierbei handelt es sich um Geldleistungen aus dem Altenteilsvertrage.

(U. v. 21. Febr. 1935; IV 177/34. — Celle.) [K.]

<= RGZ. 147, 94.>

Anmerkung: Der Kl., ein Erbhofbauer, beantragt, die Geldleistungen aus einem i. J. 1926 abgeschlossenen Altenteilsvertrage, die i. J. 1928 rechtskräftig festgestellt worden sind, in Anpassung an die veränderten Verhältnisse herabzusetzen. OLG. und RG. gehen mit Recht davon aus, daß die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nicht etwa deshalb ausgeschlossen ist, weil die Sache vor das AnerbG. gehöre; denn die in § 32 RErbhofG. geregelte Befugnis des AnerbG., die Beziehungen zwischen dem Anerben und den weichenden Erben zu regeln, bezieht sich einmal nur auf Erbfälle aus der Zeit nach dem 30. Sept. 1933 und ferner nur auf die gesetzlichen Ansprüche aus §§ 30, 31 RErbhofG., dagegen nicht auf vertraglich geregelte Ansprüche (vgl. meinen Komm. z. RErbhofG., 3. Aufl., S. 190, 233; LG. Detmold v. 6. Febr. 1934 bei Vogels-Hopp, ErbhRspr. § 32 Nr. 1; LG. Detmold v. 28. März 1934: JW. 1934, 1596; ErbhGer. München: DNotZ. BayBeil. 1934, 113; ErbhGer. Rostock: JW. 1934, 2790; LErbhGer. Celle: JW. 1935, 367 mit Anm. von Weh).

Die Neufestsetzung sollte an sich nach dem besonderen Einigungsverfahren erfolgen, das in dem RGes. v. 18. Aug. 1923 (RGBl. I, 815) vorgesehen und in der preuß. VO. v. 8. Sept. 1923 (GS. 433) näher geregelt ist. In Übereinstimmung mit der Rspr. des KG. nimmt das RG. jedoch an, daß die Zuständigkeit des AG. als Einigungsamt nicht ausschließlich ist, und daß die ordentlichen Gerichte im Rahmen eines auf § 323 ZPO. gestützten Verfahrens die Vorschriften der AnpassungsVO. v. 8. Sept. 1923 anwenden dürfen.

Zu begrüßen ist es, daß das RG. darüber hinaus bei Erbhöfen auch die Beachtung des Rechtsgedankens des § 32 RErbhofG. fordert, daß also im Zweifel die Versorgungslasten unter Berücksichtigung der Verhältnisse der Beteiligten so zu bemessen sind, daß der Hof bei Kräften bleibt. Auch im übrigen bestehen gegen die Ausführungen des Urteils, das den Belangen der Erbhöfe verständnisvoll Rechnung trägt, keine Bedenken.

MinR. Dr. Vogels, Berlin.

*

****18.** § 1025 ZPO. Parteien sind befugt, mit Bezug auf den Inhalt eines zu erlassenden Schiedsspruchs sich einer Regelung zu unterwerfen, die den Schiedsrichtern die Befugnis zur sachlich-rechtlichen Umgestaltung oder Neuordnung der zwischen den Parteien bestehenden rechtlichen Verhältnisse einräumt, so zu einer Umgestaltung in der Art, daß die zwischen den Parteien bestehende OHG. in eine KommGes. übergeleitet wird. †)

Die Parteien sind die alleinigen Gesellschafter der in Liquidation befindlichen OHG. in Firma Maschinenfabrik A. In einer Urkunde v. 28. Juni 1933 haben sie sich „zwecks Beilegung eines Streites, die Maschinenfabrik A. und das Hausgrundstück X. betreffend, mit einem Schiedsspruch, der nach Anhörung beider Parteien gefällt wird von einem Schiedsgericht, bestehend aus Oswald G. usw., einverstanden" erklärt. Die Schiedsrichter erließen einen Schiedsspruch, worin u. a. die Überleitung der OHG. Maschinenfabrik A. in eine KommGes. mit dem Antragsteller als persönlich haftenden Gesellschafter und dem Antragsgegner als Kommanditisten angeordnet wurde. Das OLG. gab dem Antrage, den Schiedsspruch für vollstreckbar zu erklären, statt. Die Rev. wurde zurückgewiesen.

Das LG. hatte den Antrag auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs abgewiesen, weil dem Schiedsgericht, das an Stelle des staatlichen Gerichts Rechtsverhältnisse festzustellen gehabt habe, nicht die Aufgabe habe übertragen werden können, eine neue Gesellschaft unter den Parteien zu bilden. Die Parteien hätten das Schiedsgericht zu einer Tätigkeit bestellen wollen, die ihm nach dem Gesetz nicht habe eingeräumt werden können. Dagegen hält der BerR. den Schiedsvertrag der Parteien v. 28. Juni 1933 für gültig. Daß der Schiedsspruch zu einem anderen Ergebnis gelangt sei, als es von einem ordentlichen Gerichte habe ausgesprochen werden können, ändere an seiner Gültigkeit nichts. Das Schiedsgericht habe, ohne für die Vollstreckbarkeit seines Spruchs fürchten zu müssen, in sehr weitem Umfange die Billigkeit walten und gesetzliche Bestimmungen außer acht lassen, auch die Auseinandersetzung unter den Parteien in anderer Weise beendigen können, als es im Gesetze vorgeschrieben sei. Insbes. sei es befugt gewesen, dies aus Gründen der Billigkeit und der Zweckmäßigkeit in der von ihm geordneten Weise zu tun, daß das Vermögen der OHG. zum Zwecke der Auseinandersetzung einer von den Parteien neu zu bildenden Gesellschaft (KommGes.) zugeführt werde. Dabei geht auch der BerR. von der Feststellung aus, daß die Parteien eine solche von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Regelung in das Ermessen des Schiedsgerichts gestellt hätten.

Der Meinung des BerR. ist im Ergebnis beizupflichten. Die Angriffe der Rev. sind nicht gerechtfertigt. Daß der Schiedsvertrag den Schiedsrichtern Befugnisse zuweist, die über den Rahmen einer rein erkennenden Tätigkeit hinausgehen, macht ihn nicht ohne weiteres ungültig (§ 1041 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.). Ohne Grundlage ist zunächst die Annahme der Rev., daß das Schiedsgericht den Streit der Parteien über die Auseinandersetzung nur im Rahmen des § 155 HGB. habe entscheiden können. Denn bei der OHG. ist es, wenn nicht eine der hier nicht vorliegenden Ausnahmen in Betracht kommt, ausdrücklich in die Hand der Gesellschafter gelegt, eine andere Art der Auseinandersetzung als die gesetzliche zu vereinbaren (§ 145 Abs. 1 HGB.). Insbes. können sie abmachen, daß die Liquidation unterbleiben und statt dessen die Gesellschaft in irgendeiner erlaubten Form fortgesetzt werden solle. Sie können eine derartige Verabredung im Streitfalle auch im Wege des gegenseitigen Nachgebens, also im Rahmen eines Vergleichs, zum Zwecke der Beseitigung des Streits treffen. Einer solchen Abmachung steht auch der Umstand nicht entgegen, daß die Parteien schon vorher die Liquidation beschlossen hatten; denn die Gesellschafter können unbeschadet etwaiger Gläubigerrechte die Liquidation aufschieben oder unterbrechen, wenn dies durch wichtige Gründe gerechtfertigt wird. Demnach liegt die Voraussetzung vor, daß die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen (§ 1025 Abs. 1 ZPO.). Als die Aufgabe der Schiedsrichter ist in § 1025 Abs. 1 ZPO. die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit bezeichnet. Dieser Begriff setzt aber keineswegs voraus, daß durch den Urteils- (Schieds-) Spruch nur Rechtsfolgen festgestellt werden könnten, die das sachliche Recht aus einem Tatbestande unmittelbar entstehen läßt. Auch die Aufgabe des staatlichen (Prozeß-) Richters ist nicht auf solche Rechtsfindung im engeren Sinne beschränkt. Denn die Prozeßordnung kennt neben den Verurteilungs- und den Feststellungsklagen in einer Reihe von Fällen auch die sog. Rechtsgestaltungsklagen, die keinen sachlich-rechtlichen Anspruch, sondern nur ein unter den Parteien bestehendes Rechtsverhältnis geltend machen und unmittelbar auf die Erreichung des rechtserzeugenden oder rechtsvernichtenden Richteraktes gerichtet sind. Wenn auch deren Anwendungsgebiet naturgemäß ein beschränktes ist, so ist doch nicht einzusehen, welches rechtliche Bedenken bestehen sollte, das die Parteien daran hindern könnte, die sachliche Umgestaltung eines zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses in die Hand von Schiedsrichtern zu legen, sofern es sich nur um ein Rechtsverhältnis handelt, über das sie selbst innerhalb der bestehenden Rechtsordnung nach ihrem eigenen Ermessen sachlich verfügen können. Die im voraus erklärte Bindung der Schiedsparteien, sich darin, um den zwischen ihnen bestehenden Streit zu beendigen, dem Spruche von Schiedsrichtern zu unterwerfen, die ihr Vertrauen genießen oder die nach bestimmten Regeln auszuwählen sind, steht mit der Rechtsordnung nicht in Widerspruch, und wenn nach der getroffenen Abrede die Schiedsrichter gehalten sind, in einem förmlichen Verfahren nach Art des in den §§ 1025 ff., 1034 Abs. 2 ZPO. geordneten die ihnen übertragene Regelung des Rechtsverhältnisses vorzunehmen, so ist ihnen damit die „Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit" übertragen, wie sie der Schiedsvertrag begrifflich voraussetzt. Daß unter den Parteien Streit über die Fortsetzung der zwischen ihnen bestehenden Gesellschaft bestand, ist vom BerR. festgestellt. Insoweit handelt es sich um einen Streit, der auch vor den ordentlichen Richter gebracht werden konnte, eine Streitigkeit, für die sogar im ordentlichen Streitverfahren die Rechtsgestaltungsklage vorgesehen ist (§§ 133, 140, 161 HGB.; vgl. RG. 71, 254 = JW. 1909, 467). Der Hinweis der Rev., im vorliegenden Falle sei das schiedsrichterliche Verfahren nicht auf eine Streitentscheidung abgestellt, sondern auf Ersatz einer solchen durch sog. Rechtsgestaltung nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit, in Wahrheit nach Willkür, ist verfehlt. Denn Streitentscheidung und Rechtsgestaltung sind keine begrifflichen Gegensätze. Vielmehr kann Streitentscheidung, wie schon hervorgehoben, in den dafür geeigneten Fällen auch durch Rechtsgestaltung vor sich gehen. Zur Entscheidung nach billigem Ermessen ist auch der Staatsrichter in weitem Ausmaße befugt (vgl. § 319 BGB.). Die Rev. stellt es mit Willkür auf gleiche Stufe; das ist nicht zu billigen. Daß der ordentliche Richter nicht hätte berufen sein können, über die Auflösung der Gesellschaft oder die Ausschließung eines Gesellschafters hinaus durch Urteilsspruch die Unterlagen für die Umwandlung der bestehenden Gesellschaftsform oder für die Begründung einer neuen Gesellschaft zu schaffen, ist für die Frage der Rechtsgültigkeit des Schiedsvertrags ohne ausschlaggebende Bedeutung. Denn die Schiedsrichter stehen mit Bezug auf das von ihnen einzuschlagende Verfahren auch sonst freier als die an die Prozeßordnung gebundenen Staatsrichter, und auch die Parteien sind befugt, hinsichtlich des Verfahrens für die Schiedsrichter bindende Vorschriften zu vereinbaren, soweit in dieser Hinsicht nicht gesetzliche Schranken bestehen (§ 1034 Abs. 2 ZPO.). Es ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb nicht die Parteien befugt sein sollten, mit Bezug auf den Inhalt des zu erlassenden Schiedsspruchs sich einer Regelung zu unterwerfen, die den Schiedsrichtern die Befugnis zur sachlich-rechtlichen Umgestaltung oder Neuordnung der zwischen den Parteien bestehenden rechtlichen Verhältnisse in dem Maße einräumt, wie es im vorliegenden Falle geschehen ist. Wie weit in derartigen Fällen die Parteien gehen sollten, ist in aller Regel eine Frage des Vertrauens und der Zweckmäßigkeit, nicht eine Frage des Rechts. Ein Ausnahmetatbestand, der in diesem Punkte eine abweichende Beurteilung rechtfertigen könnte, liegt nach dem Parteivortrage nicht vor.

Ein solcher Ausnahmetatbestand ist auch nicht dem Umstande zu entnehmen, daß der Schiedsspruch u. a. vorsieht, über etwaige künftige Rechtsstreitigkeiten aus dem neubegründeten Gesellschaftsverhältnisse solle in beschränktem Umfange wiederum ein Schiedsgericht entscheiden. Denn der Schiedsspruch begründet für die Schiedsparteien kraft ihrer im voraus vereinbarten Bindung die (sachlich-rechtliche) Verpflichtung zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrags, dessen Inhalt im Schiedsspruch im einzelnen festgelegt ist und auch die Unterwerfung unter ein neues Schiedsgericht umfaßt. Dessen Einsetzung findet demnach ihre Rechtsgrundlage in einer Vereinbarung (§ 1025 ZPO.), zu deren Abschlusse die Parteien nach dem Schiedsspruch gehalten sind. Daß hinsichtlich der neuen Bindung der Parteien an ein künftiges Schiedsgericht etwa aus der neuen Regelung in § 1027 ZPO. i. Verb. m. Art. 9 Nr. III, 5 Ges. v. 27. Okt. 1933 (RGBl. I, 780, 788) rechtliche Bedenken abgeleitet werden könnten, ist schon deshalb ausgeschlossen, weil beide Teile Kaufleute sind (§ 1027 Abs. 2 ZPO., §§ 343 f. HGB.).

Ob im übrigen der Spruch der Schiedsrichter, soweit er die Anordnung der Bildung einer KommGes. enthält, inhaltlich Mängel der Entscheidungsfindung aufweist, ist im jetzigen Verfahren nicht zu prüfen. Dies gilt insbes. auch hinsichtlich

der von der Rev. bemängelten Bestimmung eines Wettbewerbverbots gegenüber dem Kommanditisten. Auf sachliche Mängel solcher Art könnte das Abweisungsbegehren des Antragsgegners nur im Rahmen des § 1041 Abs. 1 Nr. 2, § 1042 Abs. 2 ZPO. gestützt werden. Ein beachtlicher Verfahrensmangel läge dagegen vor, wenn das Schiedsgericht sich durch seinen Ausspruch mit dem Schiedsvertrag in Widerspruch gesetzt hätte (§ 1041 Abs. 1 Nr. 1, § 1042 ZPO.). Ein Fall dieser Art wäre der, daß das Schiedsgericht ohne die Zustimmung der Parteien den Streit durch die Anordnung der Bildung einer KommGes. entschieden hätte. So liegt der Sachverhalt aber nicht. Denn die Parteien haben in ihren beiderseitigen Sachanträgen an das Schiedsgericht sich ausdrücklich damit einverstanden erklärt, daß die Auseinandersetzung auch durch die Fortführung des Geschäfts in anderer Rechtsform bewirkt werde. Aus dem Tatsachenvorbringen der Parteien ist auch nichts für die Annahme zu gewinnen, daß die Anerkennung des Schiedsspruchs gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen würde (§ 1041 Abs. 1 Nr. 2, § 1042 Abs. 2 ZPO.).

(U. v. 1. Febr. 1935; VII 313/34. — Dresden.) [H.]

Anmerkung: Die Entsch. erweckt Bedenken.

Das RG. erörtert die Frage, ob ein Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt werden kann, der auf Grund eines Vertrages erlassen worden ist, in welchem sich die Parteien „zwecks Beilegung eines Streites die OHG. betreffend" einem Schiedsgericht unterwerfen, und in welchem sie insbesondere den Schiedsrichtern die Befugnis zuerkennen, bei der Beilegung dieses Streites über eine rein erkennende Tätigkeit hinaus die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisse in sachlich-rechtlicher Hinsicht umzugestalten und neuzuordnen. Auf Grund dieses Schiedsvertrages war ein Schiedsspruch gefällt worden, der die Überleitung der zwischen den Parteien bestehenden OHG. in eine KommGes. anordnete. Das RG. ist der Ansicht, daß gegen einen derartigen Schiedsspruch rechtliche Bedenken nicht erhoben werden könnten, und daß er auch daher für vollstreckbar zu erklären sei.

Die Ausführungen, mit denen das RG. seine Ansicht begründet, können jedoch nicht überzeugen, da zu der wichtigsten Vorfrage nicht eindeutig Stellung genommen wird, ob nämlich im vorliegenden Falle überhaupt ein Schiedsvertrag und demnach ein schiedsrichterliches Verfahren i. S. der §§ 1025 ff. der ZPO. vorliegt. Nach § 1025 ZPO. hat „die Vereinbarung, daß die Entsch. einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen soll, insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen". Ein Schiedsvertrag und ein schiedsrichterliches Verfahren i. S. dieser Vorschrift liegt also nur dann vor, wenn „die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter" erfolgen soll. Liegt diese Voraussetzung vor, dann ist ein Schiedsvertrag zulässig und gültig „insoweit, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen". Das RG. prüft nun in der vorliegenden Entsch. in erster Linie, ob die Parteien berechtigt gewesen wären, einen dem Schiedsspruch entsprechenden Vergleich abzuschließen und kommt mit der Feststellung, daß die Parteien selbstverständlich gemäß § 145 Abs. 1 HGB. imstande gewesen wären, statt der Liquidation der bestehenden OHG. jede andere Art der Auseinandersetzung im Wege des Vergleiches zu vereinbaren, zur Feststellung der Gültigkeit des Schiedsvertrages und zur Anordnung der Vollstreckbarkeit. Bevor jedoch die Gültigkeit des Schiedsvertrages nach Maßgabe des § 1025 ZPO. geprüft wurde, hätte zunächst geprüft werden müssen, ob überhaupt ein Schiedsvertrag i. S. dieser Vorschrift vorliegt, ob die Parteien überhaupt ein schiedsrichterliches Verfahren gewollt haben. Denn die Vorschriften der §§ 1025 ff. ZPO. finden nur auf Schiedsverträge im eigentlichen Sinne, nicht jedoch auf Verträge ähnlichen Inhalts Anwendung (vgl. Stein-Jonas § 1025, II, 1).

Wie bereits erwähnt liegt ein Schiedsvertrag und ein schiedsrichterliches Verfahren i. S. des X. Buches der ZPO. nur vor, wenn es auf die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit gerichtet ist. Die Schiedsrichter sollen an Stelle der an sich berufenen ordentlichen Gerichte einen Rechtsstreit entscheiden. „Entscheiden" bedeutet aber begrifflich: nach Feststellung des Tatbestandes die sich aus diesem nach Maßgabe der Gesetze, der Billigkeit oder der Handelsbräuche für den einzelnen Fall ergebenden Rechtsfolgen aussprechen. Ob dieser Ausspruch nun durch eine Verurteilung, eine Feststellung oder Rechtsgestaltung zum Ausdruck kommt, ist gleichgültig. Immer liegt dann eine echte Entsch. vor, wenn Rechtsfolgen festgestellt werden. Aber auch nur dann! Auch ein Gestaltungsurteil ist eine echte Entsch. Das führt das RG. in der vorliegenden Entsch. selbst aus, indem es feststellt, daß Rechtsgestaltung und Streitentscheidung keine Gegensätze seien. Es ist daher nicht recht verständlich, wie es in derselben Entsch. aus dem Umstande, daß die ZPO. auch Rechtsgestaltungsklagen kennt, folgern will, daß auch die Tätigkeit des ordentlichen Richters „nicht nur auf die Rechtsfindung im engeren Sinne beschränkt sei". Die hier gegebene Definition der „Entsch. einer Rechtsstreitigkeit" ist auch, soweit ich sehe, in Literatur und Rspr. bisher unbestritten. So führt Stein-Jonas in Vorbem. II, 3 zu § 1025 ZPO. folgendes aus: „Das Verfahren muß auf die Entsch. einer Rechtsstreitigkeit gerichtet sein, der Schiedsrichter muß die Aufgabe haben, durch Subsumtion von Tatsachen unter Rechtssätze die rechtlichen Beziehungen der Parteien festzustellen". Seuffert führt (12. Aufl. zu § 1025) aus: „Ein schiedsrichterliches Verfahren i. S. der ZPO. liegt nur vor, wenn der oder die Schiedsrichter über die Rechtsstreitigkeit zu entscheiden, das ist durch einen dem Urt. entsprechenden Spruch die aus dem ermittelten Tatbestande nach Maßgabe der Gesetze oder nach aequitas sich ergebenden Rechtsfolgen auszusprechen haben. Ist durch Vereinbarung oder durch andere rechtsgeschäftliche Verfügung bestimmt, daß ein Dritter eine Leistung seinem Belieben oder nach billigem Ermessen bestimmen soll, so findet kein schiedsrichterliches Verfahren i. S. der ZPO. statt".

Geht man hiervon aus, so ergibt sich, daß im vorliegenden Falle ein Schiedsvertrag und insbesondere ein Schiedsspruch i. S. der ZPO. nicht gegeben ist. Schon der Wortlaut des zwischen den Parteien abgeschlossenen Schiedsvertrages spricht dagegen. Die Parteien haben nämlich die Schiedsrichter nicht bestellt zur „Entscheidung" der zwischen ihnen bestehenden Rechtsstreitigkeiten, sondern ausweislich des Tatbestandes des reichsgerichtlichen Urt. „zwecks Beilegung eines Streites, die Maschinenfabrik A. usw. betreffend". Hiernach könnte man vielmehr an die Vereinbarung einer Gütestelle als an die eines Schiedsrichters denken. Aber selbst wenn man von dem Wortlaute des Schiedsvertrages absieht, kommt man zu demselben Ergebnis. Schon die den Schiedsrichtern erteilte Befugnis, die Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien umzugestalten und nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit neuzuordnen, verbietet die Annahme eines schiedsrichterlichen Verfahrens i. S. der ZPO. jedenfalls insoweit, als die Schiedsrichter von dieser Befugnis Gebrauch machen. Hierbei kann dahingestellt bleiben, ob nicht ein echtes schiedsrichterliches Verfahren dann vorgelegen hätte, wenn die Schiedsrichter von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht hätten. Diese Befugnis hat jedoch keinerlei prozeßrechtliche, sondern lediglich materiellrechtliche Bedeutung. Die Parteien verpflichteten sich nämlich durch den Abschluß dieses Schiedsvertrages schuldrechtlich, die Willenserklärungen abzugeben, die erforderlich sind, um die von den „Schiedsrichtern" für richtig befundene Neuregelung in bezug auf die Rechtsbeziehungen durchzuführen. Das führt das RG. im vorletzten Absatz seiner Entscheidungsgründe selbst aus. Es handelt sich also nicht um einen Schiedsvertrag i. S. des § 1025 ZPO., sondern um einen Vertrag, auf den die Bestimmungen der §§ 317, 318 BGB. zum mindesten analoge Anwendung finden müssen. Die Parteien vereinbaren, daß die Bestimmung der von ihnen gegenseitig zu bewirkenden Leistungen durch Dritte zu erfolgen habe, und zwar nach billigem Ermessen (§ 317 Abs. 2 BGB.), und verpflichten sich, die also bestimmten Leistungen zu bewirken. Der „Schiedsspruch", durch welchen die Gründung einer KommGes. angeordnet wird, ist somit nicht ein Rechtsgestaltungsurteil, sondern lediglich die vertraglich vereinbarte Bestimmung der geschuldeten Leistung. Die Leistung besteht in der Abgabe der zur Gründung der KommGes. erforderlichen Willenserklärungen. Diese entsteht nicht mit der Fällung des „Schiedsspruches", sondern mit der Abgabe der geschuldeten Willenserklärungen. Mit Recht führt aber Seuffert in der oben angegebenen Stelle aus, daß die Vereinbarung, daß ein Dritter eine Leistung bestimmen solle, kein Schiedsvertrag i. S. der ZPO. sei.

Wenn man im vorliegenden Falle überhaupt von einer Rechtsgestaltung durch die Schiedsrichter sprechen will, so kann dies nur dann möglich sein, wenn man dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrage die Auslegung gibt, daß dadurch den Schiedsrichtern seitens beider Parteien die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht unter gleichzeitiger Befreiung von dem Verbot des § 181 BGB. dergestalt gegeben wurde, daß diese befugt sein sollten, auf Grund dieser Vollmacht die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien nach billigem Ermessen zu gestalten. Dann allerdings würde der „Schiedsspruch" die zu gründende KommGes. bereits zur Entstehung bringen, also eine echte Rechtsgestaltung sein. Dann aber würde erst recht kein schiedsrichterliches Verfahren i. S. der ZPO. vorliegen. Der „Schiedsspruch" wäre dann nichts anderes als ein zwischen den Parteien abgeschlossener Vertrag. Die „Schiedsrichter" wären Vertreter der Parteien.

Ob allerdings eine derartige Auslegung des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages möglich ist, ist zweifelhaft.

Es ergibt sich somit, daß im vorliegenden Falle auf Grund

der getroffenen Vereinbarungen ein schiedsrichterliches Verfahren i. S. des X. Buches der ZPO. nicht stattgefunden hat und auch nicht stattfinden konnte, weil die Schiedsrichter nicht zur „Entscheidung" eines Rechtsstreits berufen waren. Es liegt somit ein Schiedsspruch i. S. des § 1040 ZPO. überhaupt nicht vor; der gefällte Spruch konnte daher auch nicht für vollstreckbar erklärt werden. Hieraus folgt selbstverständlich nicht, daß der Schiedsspruch ohne rechtliche Bedeutung ist. Er behält, wie oben dargestellt, seine Bedeutung, indem er die schuldrechtlichen Verpflichtungen zwischen den Parteien feststellt, deren Erfüllung gegebenenfalls erzwungen werden kann. Hierzu bedarf es jedoch einer besonderen Klage, und zwar, wenn nichts anderes vereinbart worden ist, vor den ordentlichen Gerichten. Prozeßrechtliche Bedeutung kommt ihm dagegen nicht zu. Aber auch in materiellrechtlicher Hinsicht unterscheidet sich dieser „Schiedsspruch" von einem Schiedsspruch i. S. des § 1040 ZPO. Während nämlich der Schiedsspruch i. S. der ZPO. in materieller Hinsicht nicht nachgeprüft werden kann und daher auch Wirksamkeit hat, wenn er unter Verletzung materiellen Rechtes erlassen oder offenbar unbillig ist, kann gemäß § 319 Abs. 1 BGB. ein Spruch, durch welchen, wie im vorliegenden Falle, eine Leistung durch Dritte bestimmt wird, im Falle der offenbaren Unbilligkeit für unverbindlich erklärt und durch einen Spruch der ordentlichen Gerichte ersetzt werden (vgl. hierzu Stein-Jonas, Vorbem. II, 3, vor § 1025 ZPO.). Über weitere Unterschiede vgl. die §§ 317—319 BGB.

RA. Alfred Herriger, Düsseldorf.

Reichsgericht: Strafsachen

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

19. § 65 Abs. 2 StGB. Für den i. S. des § 104 Nr. 2 BGB. geschäftsunfähigen Volljährigen kann zum Zweck der Strafantragsstellung ein Pfleger bestellt werden. Für diesen Pfleger beginnt die dreimonatliche Antragsfrist erst mit dem Zeitpunkt, in dem er in seiner Eigenschaft als Pfleger von der Tat und dem Täter Kenntnis erlangt hat.

Die Verletzte selbst konnte einen Strafantrag nicht stellen, befindet sich vielmehr in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden, nicht bloß vorübergehenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit, ist also nach § 104 Nr. 2 BGB. geschäftsunfähig. Daher ist nach § 65 Abs. 2 StGB. nur ihr gesetzlicher Vertreter zur Stellung des Strafantrags berechtigt. Gesetzlicher Vertreter kann in diesem Fall sein der Vormund (§§ 1793, 1896 BGB.), der vorläufige Vormund (§ 1906 BGB.) und der Pfleger (§§ 1909 Abs. 3, 1910 BGB.). Ob ein gesetzlicher Vertreter bestellt ist und wer als solcher in Frage kommt, bedarf noch der Feststellung. Es wird hierzu darauf hingewiesen, daß für den i. S. von § 104 Nr. 2 BGB. geschäftsunfähigen Volljährigen zum Zwecke der Strafantragstellung ein Pfleger bestellt werden kann (RGUrt. v. 31. Mai 1910, 5 D 1256/09; abgedr. GoltdArch. 58, 182). Für diesen Pfleger würde die dreimonatliche Antragsfrist erst beginnen mit dem Zeitpunkt, in dem er in seiner Eigenschaft als Pfleger von der Tat und dem Täter Kenntnis erlangt hat.

(4. Sen. v. 3. Mai 1935; 4 D 448/35.) [Hn.]

*

20. § 213 StGB. Um § 213 StGB. auszuschließen, genügt es nicht, daß der Täter überhaupt irgendeine, vielleicht nur geringfügige Veranlassung zu der Mißhandlung gegeben hat; vielmehr muß er dem anderen einen genügenden Anlaß gegeben haben, ihn zu mißhandeln (vgl. 2 D 209/29 v. 11. April 1929: JW. 1930, 919[23]).

(1. Sen. v. 19. März 1935; 1 D 122/35.) [Hn.]

*

21. §§ 267, 268 StGB. Beitragsmarken der Mitglieder des Deutschen Arbeiterverbandes des Baugewerbes als öffentliche oder private Urkunden. Stempeln gewisse Merkmale einen Gegenstand zum Wertzeichen, so vermögen sie nicht zugleich dessen Urkundeneigenschaft zu begründen.

Durchgreifende Bedenken sind zu erheben, soweit der BeschwF. wegen schwerer Urkundenfälschung verurteilt worden ist.

Wie die Feststellungen ergeben, war in der Kasse des Deutschen Arbeiterverbandes des Baugewerbes insofern ein Fehlbetrag entstanden, als Beitragsmarken im Gesamtwerte von etwa 1000 *RM*, die vorher für die vom Juni bis Okt. 1933 getätigten Aufnahmen von Mitgliedern vereinnahmt worden und in die Mitgliedsbücher einzukleben waren, nicht vorhanden waren. Auf Veranlassung und im Einverständnis des jetzigen BeschwF. M. bestellte daraufhin der Mitangekl. S. am 12. Dez. 1933, um den Fehlbetrag in der Kasse zu decken, bei dem Zeugen B. 10000 Beitragsmarken im Werte von 1,25 *RM* für das Stück. B. fertigte die ihm in Auftrag gegebenen Marken an, ohne zu wissen, daß nur die von der Verbandsleitung ausgegebenen Marken verwendet werden durften. Am 14. Dez. 1933 holte S. die bestellten Marken gegen Zahlung von 46 *RM* ab und führte davon am nächsten Morgen in einem unbewachten Augenblick 1000 Stück in den vorhandenen echten Markenbestand ein. Er verkaufte auch 90 fälschlich angefertigte Beitragsmarken an den Zeugen H., den Kassierer des DAdB., und händigte sie diesem aus. In mehrere Mitgliedsbücher waren auch fälschlich angefertigte Beitragsmarken geklebt worden. Nach der tatsächlichen Annahme der StrK. handelte S. allenthalben im Einverständnisse mit dem für den Fehlbetrag in der Kasse verantwortlichen BeschwF. M., beide sind insoweit auch als Mittäter verurteilt worden.

Nach der Auffassung der StrK. sind die Beitragsmarken als solche Urkunden, und zwar öffentliche. Die StrK. erachtet die Merkmale der schweren Urkundenfälschung i. S. der §§ 267, 268 Nr. 2 StGB. als nachgewiesen. Sie hat jedoch die Urkundeneigenschaft der Beitragsmarken als solcher überhaupt nicht begründet. Das Merkmal der Öffentlichkeit folgert sie daraus, daß „nach der reichsgesetzlichen Regelung die NSDAP. mit ihren sämtlichen Gliederungen, also auch der Arbeitsfront, zu der der DAdB. gehört, eine öffentlich-rechtliche Korporation sei; demnach seien auch die Beitragsmarken des DAdB. als öffentliche Urkunden anzusehen". Rechtsirrig ist hierbei schon die Annahme, daß den Beitragsmarken als solchen bereits die Urkundeneigenschaft beizumessen sei. Zwar hat RGSt. 48, 278 in einem ähnlichen Falle die Urkundeneigenschaft von Beitragsmarken eines Bäcker- und Konditorenverbandes schon vor ihrem Einkleben in das Mitgliedsbuch, also vollkommen losgelöst von ihrer späteren bestimmungsgemäßen Verwendung, bejaht. Dagegen hat RGSt. 62, 203, auf das der Kürze halber verwiesen wird, mit überzeugender Begr. dargelegt, daß diejenigen Merkmale, die einen Gegenstand zum Wertzeichen stempeln — um solche Wertzeichen handelt es sich bei Beitragsmarken der hier in Frage kommenden Art — nicht seine Urkundeneigenschaft begründen können. Der erk. Sen. schließt sich dieser Auffassung an. Soweit er damit gleichfalls von der Entsch. des 2. StrSen.: RGSt. 48, 278 abweicht, bedarf es aus den in RGSt. 62, 206 vorl. Abs. dargelegten Gründen, die auch hier zutreffen, keiner Anrufung der VerStrSen.

Aber auch das Merkmal der Öffentlichkeit der Urkunden wird durch die angeführte Begr. der StrK. nicht nachgewiesen. Nach den Feststellungen bildet der DAdB. erst seit 1934 einen Teil der Arbeitsfront. Die fälschliche Anfertigung der Beitragsmarken ist aber schon zwischen dem 12. bis 15. Dez. 1933 vorgenommen worden. Zu jener Zeit war auch die Arbeitsfront noch nicht an die NSDAP. angegliedert. Vielmehr ist erst durch § 3 VO. über die Deutsche Arbeitsfront v. 24. Okt. 1934 (Nr. 299 „Völkischer Beobachter" v. 26. Okt. 1934) bestimmt worden, daß die Deutsche Arbeitsfront eine Gliederung der NSDAP. i. S. des Ges. zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 1. Dez. 1933 (RGBl. I, 1016) ist. Da schon hiernach nicht angenommen werden kann, daß der DAdB. zugleich mit der Arbeitsfront als Gliederung der NSDAP. bereits zur Tatzeit eine Körperschaft des öffentlichen Rechts gewesen sei, würde im gegebenen Falle, selbst wenn die Beitragsmarken als solche Urkunden wären,

das Merkmal der Öffentlichkeit dieser Urkunden ohne weiteres entfallen.

Wie indes der Zusammenhang der Urteilsgründe ergibt, waren die Beitragsmarken dazu bestimmt, in die Mitgliedsbücher eingeklebt zu werden, um als Nachweis für die geschehene Zahlung der Eintrittsgelder und der Wochenbeiträge zu dienen. Durch das vorgeschriebene und ordnungsmäßig erfolgte Einkleben in die Mitgliedsbücher wurde daher im Falle der Echtheit der Beitragsmarken nunmehr ein Beweismittel gegen den Verband für die ordnungsmäßige Entrichtung der Eintrittsgelder und Wochenbeiträge geschaffen (vgl. RGSt. 48, 278). Erst dadurch wurden sie beweiserhebliche Privaturkunden i. S. des § 267 StGB., so daß, falls die Beitragsmarken, wie hier, unecht waren, mit dem Einkleben falsche Privaturkunden hergestellt wurden. Soweit daher nach den bisherigen Feststellungen einzelne falsche Beitragsmarken bereits in die Mitgliedsbücher eingeklebt waren, würden, falls ausreichend festgestellt wäre, daß sich der Beschw.F. M. oder S. zum Einkleben dritter gutgläubiger Personen als Werkzeuge bedient hätte, und daß auch von den hiernach fälschlich angefertigten Urkunden, etwa den Zeugen H. und M. gegenüber, oder in sonstiger Weise zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch gemacht worden sei, insoweit keine rechtlichen Bedenken gegen die Annahme einer von M. und S. gemeinsam begangenen Privaturkundenfälschung bestehen. Soweit aber die fälschlich angefertigten Beitragsmarken noch nicht in die Mitgliedsbücher eingeklebt waren, nötigte schon der bisher festgestellte Sachverhalt die StrK. zu der Prüfung, ob die Anfertigung dieser Beitragsmarken in der von § 268 StGB. geforderten Absicht und in der weiteren Absicht vorgenommen worden sei, die Falschstücke später in Mitgliedsbücher einkleben und von den so zustande gekommenen falschen Urkunden zum Zwecke der Täuschung im Rechtsleben Gebrauch machen zu lassen. Wäre dies festgestellt worden, so würde insoweit strafbarer Versuch des Verbrechens gegen §§ 267, 268 Nr. 1 StGB. vorliegen, der jedoch, soweit es zu der Vollendung der gewinnsüchtigen Urkundenfälschung in dem erörterten Sinne gekommen ist, im Hinblick auf die insoweit gegebene natürliche Handlungseinheit in der vollendeten Tat dergestalt aufgehen würde, daß nur eine einzige, vollendete Tat in Betracht käme.

(5. Sen. v. 28. Jan. 1935; 5 D 532/34.) [W.]

*

22. Der Verrat eines Geschäftsgeheimnisses (früherer § 9 Abs. 1, jetziger § 17 Abs. 1 UnlWG.) und die Verwertung des Verrats zum eigenen Vorteil (früherer § 9 Abs. 2, jetziger § 17 Abs. 2 a. a. O.) sind begrifflich und inhaltlich verschiedene Straftaten, auch wenn der Täter des Abs. 2 das Geheimnis von dem Täter nach Abs. 1 erhalten hat (RGSt. 31, 93, 95).

Es ist nun richtig, daß die Straftaten nach § 12 Abs. 1 und 2 enger miteinander verflochten sind als die des § 17 a. a. O.; denn es wird die Regel sein, daß das Versprechen der Geschenke und ihr Gewähren (§ 12 Abs. 1) gleichzeitig mit dem Versprechenlassen und der Annahme (§ 12 Abs. 2) erfolgt. Trotzdem müssen auch die Taten nach § 12 Abs. 1 u. 2 ebenso wie die nach § 17 Abs. 1 u. 2 als begrifflich und inhaltlich verschiedene Straftaten, ähnlich wie bei der aktiven und passiven Bestechung (RGSt. 55, 31, 33), angesehen werden. Es kommt deshalb auch der Gesichtspunkt der Beteiligung in jenem weiteren Sinne, wie sie in den Entsch. RGSt. 5, 268, 272; 7, 35; 20, 54; 28, 178; 33, 161; 35, 20 behandelt ist, nicht weiter in Betracht.

Der Strafantrag trifft alle, die an „der" Tat beteiligt sind; aber er wirkt nicht, soweit eine andere Tat in Frage steht oder eine Beteiligung strafbaren Charakters nicht vorliegt, also die „Identität" der Tat nicht gegeben ist.

Wie das RG. in RGSt. 68, 70, 74, 119, 263, 267 ausgesprochen hat, ist der Begriff des Beauftragten i. S. der strafrechtlichen Vorschrift des § 12 UnlWG. im weitesten Sinne aufzufassen; er ist nicht nach bürgerlich-rechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmen, maßgebend sind vielmehr, ähnlich wie beim strafrechtlichen Begriff des Bevollmächtigten i. S. des § 266 Abs. 1 Nr. 2 StGB. a. F., die tatsächlichen Verhältnisse. Danach fällt unter den Begriff „Beauftragter" jeder, der für den geschäftlichen Betrieb befugtermaßen tätig wird und weder Angestellter noch Inhaber des Betriebes ist.

(2. Sen. v. 18. Febr. 1935; 2 D 1205/34.) [Hn.]

*

23. § 312 HGB. Die Vorstandsmitglieder einer AktG. können sich zu deren Nachteil einer Untreue auch dann schuldig machen, wenn sie nicht mehr dem Vorstand angehören und nur noch dessen Geschäfte vorläufig weiterführen. Dies auch dann, wenn sie eine Rechtshandlung als Vertragsgegner der Gesellschaft vornehmen.

In der Rspr. des RG. ist anerkannt, daß Vorstandsmitglieder einer AktG. oder einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft sich einer Untreue auch dann schuldig machen können, wenn sie eine Rechtshandlung nicht in ihrer Eigenschaft als Vorstand, sondern als Vertragsgegner der von ihnen vertretenen Gesellschaft vornehmen (RGSt. 26, 136; 58, 391; Urt. 1 D 505/28 und 1 D 603/33; vgl. auch RGSt. 36, 69). In dem Urt. 1 D 505/28 ist mit Bezug auf eine Erhöhung der Bezüge des Vorstandes ausgeführt: „Wohl aber ist der strafbare Tatbestand ohne Zweifel dann gegeben, wenn der Vorstand in Kenntnis dessen, daß nach der Art des Unternehmens oder der allgemeinen Wirtschaftslage ein so hoher Betrag nicht herausgewirtschaftet werden kann, einen schwachen und ihm ergebenen Aufsichtsrat für eine starke Erhöhung seiner Bezüge zu gewinnen versteht." Damit soll aber nicht gesagt sein, daß nur unter solchen Voraussetzungen Untreue angenommen werden könne. Sie wird aber dann zu verneinen sein, wenn die vereinbarten Zuwendungen sich in angemessenen oder den üblichen Grenzen halten oder wenn besonders hohe Bezüge durch außergewöhnliche Leistungen des Begünstigten gerechtfertigt sind. Eine allgemeine Regel kann nicht aufgestellt werden, es kommt immer auf den Einzelfall an.

In dem Vertrag über die Ablösung einer Option hat das LG. eine Untreuehandlung nach § 312 HGB. gefunden, damals war der Anstellungsvertrag des Angekl. bereits abgelaufen. Das würde die Anwendung des § 312 HGB. nicht rechtsnotwendig ausgeschlossen haben. Denn nach der ersichtlichen Annahme des LG. hat der Angekl. in der Zwischenzeit die Geschäfte des Vorstandes mit Zustimmung des Aufsichtsrats (§ 247 HGB.) weitergeführt. War das der Fall, dann hatte er gegenüber der Gesellschaft dieselbe Treupflicht wie zuvor. Auch als ihr Vertragsgegner durfte er nicht absichtlich zu ihrem Nachteil handeln, ohne sich nach § 312 HGB. strafbar zu machen (vgl. RGSt. 41, 265; 62, 15; 64, 81).

(2. Sen. v. 25. Febr. 1935; 2 D 1469/35.) [W.]

*

****24.** §§ 22 Ziff. 1, 2, 3, 61 Ziff. 2 StPO. Als „verletzt" i. S. der genannten Vorschriften ist nur der unmittelbar Verletzte zu erachten. Der Gesellschafter einer durch eine strafbare Handlung geschädigten GmbH. gilt nicht als Verletzter. Nach § 61 Ziff. 2 StPO. darf von der Beeidigung eines Zeugen nur abgesehen werden, wenn bei ihm eine das Zeugnis beeinflussende, dem Angekl. ungünstige Gesinnung hervortritt.

Die Beschwerde des Angekl. über die Verweigerung des vom Verteidiger gestellten Antrags auf Vereidigung des Zeugen P. dringt durch.

Das LG. nahm zu dem Antrag durch den Beschluß:

„Der Zeuge bleibt gem. § 61 Nr. 2 StPO. unbeeidigt" ohne nähere Begründung Stellung. Dieses Verfahren ist nach mehreren Richtungen gesetzwidrig.

Aus dem Beschluß kann gefolgert werden, daß das LG. den Zeugen für verletzt erachtete. P. hatte nach dem Inhalt der Akten als Geschäftsführer der GmbH. K. & Co. Verträge mit dem Angekl. abgeschlossen. Das LG. stützte die Verurteilung des Angekl. auf die Annahme, daß er das Vermögen dieser Gesellschaft durch betrügerische Machenschaften geschädigt habe.

Der in § 61 Nr. 2 StPO. enthaltene Begriff des Verletzten deckt sich mit dem, den § 22 Nr. 1, 2 und 3 StPO. ins Auge faßt. Diese Vorschrift, die den Verletzten, dessen Ehefrau und die mit ihm durch Verwandtschaft oder Verschwägerung in bestimmten Linien und Graden verbundenen Personen von der Ausübung des Richteramts ausschließt, will ebenso wie § 61 Nr. 2 StPO. den Gefahren vorbeugen, mit denen zu rechnen ist, wenn gewisse gegen den Beschuldigten voreingenommene Personen Einfluß auf die Sachgestaltung gewinnen. Als verletzt kann aber i. S. dieser Vorschriften nur eine Person gelten, die von dem als strafbar gekennzeichneten Angriff auf ein geschütztes Rechtsgut unmittelbar betroffen wird, also — bei den Verbrechen und Vergehen gegen das Vermögen — durch die strafbare Handlung einen unmittelbaren Nachteil an ihrem Vermögen erleidet. Der Ausdehnung des Begriffs des Verletzten auf die nur mittelbar geschädigten Personen stehen grundsätzliche Erwägungen entgegen; sie würde insbesondere jede zuverlässige Begrenzung unmöglich machen.

Verwirklicht sich der schädliche Erfolg am Vermögen einer Gesellschaft, so kommt es für die Beurteilung der Frage, ob die Gesellschafter unmittelbar geschädigt sind, auf die Gesellschaftsform an. Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die keine selbständige Rechtspersönlichkeit besitzt, steht das Eigentum am Gesellschaftsvermögen nach § 718 BGB. der Gesamtheit der Gesellschafter zu. Jeder Gesellschafter nimmt unmittelbar an dem Schaden teil, der dem Gesellschaftsvermögen widerfährt. Dasselbe trifft auf die OHG zu. Wenn § 124 HGB. ihr eine rechtliche Selbständigkeit in gewissen Grenzen einräumt, so ist sie doch keine juristische Person (RG. 114, 93 = JW. 1926, 2906). Vielmehr ist für sie die rechtliche Stellung der Gesellschafter so geordnet, daß diese in ihrer jeweiligen Vereinigung als die Eigentümer des Gesellschaftsvermögens angesehen werden müssen (RGSt. 37, 415; 46, 77).

Anders verhält es sich mit der AktG. nach § 210 HGB., mit der KommGes. a. A. nach § 320 HGB. und mit der GmbH. nach § 13 GmbHG. Die letztere stellt — ebenso wie die beiden ersteren — als juristische Person eine von ihren Gesellschaftern verschiedene Rechtspersönlichkeit dar (RG. 122, 162 = JW. 1929, 651; 129, 53 = JW. 1931, 39). Das Vermögen einer juristischen Person gehört dieser; seine Verringerung bewirkt für die beteiligten Personen nur einen mittelbaren Schaden (RGSt. 37, 415).

Hieraus folgt, daß der Zeuge P. als Verletzter auch dann nicht gelten konnte, wenn er etwa — was noch nicht erhoben ist und sich gem. § 6 Abs. 2 GmbHG. aus seiner Bestellung zum Geschäftsführer nicht ohne weiteres ergibt — Gesellschafter jener GmbH. gewesen sein sollte.

Übrigens wäre das gerügte Verfahren auch dann fehlerhaft gewesen, wenn die als Betrug beurteilte Handlung des Angekl. das Vermögen des Zeugen, dessen Vereidigung das LG. verweigerte, unmittelbar geschädigt hätte. Die in der Sitzungsniederschrift beurkundete Stellungnahme des Gerichts erscheint zumal um deswillen als bloße Willkür, weil aus den Gründen des angefochtenen Urt. entnommen werden kann, daß die Zuverlässigkeit des Zeugnisses des P. von vornherein und bis zur abschließenden Würdigung keinem Bedenken begegnete. Das LG. glaubte, die im Gesetz gebotene Möglichkeit, von der Vereidigung abzusehen, genüge ohne weiteres zur Ablehnung des vom Verteidiger vorgebrachten Antrags. Es achtete nicht auf Sinn und Zweck der anzuwendenden Vorschrift und erkannte nicht, daß das Gesetz zur Einschränkung der Eide v. 24. Nov. 1933 (RGBl. I, 1008) den Grundsatz des Eideszwangs aufrechterhält und eine Ausnahme in § 61 Nr. 2 StPO. nur für die Fälle zuläßt, in denen eine das Zeugnis beeinflussende, dem Angekl. ungünstige Gesinnung des Zeugen bemerkbar wird. Der Senat verweist hierzu auf RGSt. 68, 310 = JW. 1934, 2980[21].

(4. Sen. v. 26. Febr. 1935; 4 D 76/35.) [W.]
<= RGSt. 69, 127.>

*

**25. §§ 249, 261 StPO. Bei der Urteilsfällung kann nicht nur der Inhalt solcher Schriftstücke berücksichtigt werden, die in der Hauptverhandlung zum Zwecke des Urkundenbeweises verlesen worden sind. Wird ein Schriftstück in Zusammenhang mit einem Vorhalt verlesen, so stellt der Vorhalt, nicht aber die vorgehaltene Urkunde das Beweismittel dar. Ein bloßer Vorhalt einer Urkunde bedarf nicht der Festlegung im Sitzungsprotokoll.†)

In dem angefochtenen Urt. ist der Inhalt von Urkunden ganz oder zum Teil, oft nur in wenigen Zeilen, wörtlich wiedergegeben.

Die Rev. rügt insoweit Verstöße gegen §§ 261 StPO., da die in Frage kommenden Urkunden in der Hauptverhandlung nicht verlesen worden seien. Sie geht offenbar von der Rechtsauffassung aus, daß der Inhalt einer Urkunde stets nur dann in dem Urteil wiedergegeben und verwertet werden dürfe, wenn diese Urkunde in der Hauptverhandlung verlesen worden sei. Das beruht auf einer Verkennung des Wesens des Urkundenbeweises.

Urkunden gehören — abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmefällen — zu den im Strafverfahren zugelassenen Beweismitteln. Sollen sie als solche benutzt werden, um über ihren Inhalt Beweis zu erheben, so kann das nur in der in § 249 StPO. vorgeschriebenen Form geschehen; sie müssen in der Hauptverhandlung verlesen werden (RGSt. 59, 100).

Damit ist aber nicht gesagt, daß der Inhalt eines Schriftstückes bei der Urteilsfällung stets nur dann berücksichtigt werden dürfte, wenn das Schriftstück auch zum Zwecke des Urkundenbeweises verlesen worden ist. In der Rspr. des RG. ist vielmehr anerkannt, daß der Inhalt einer nicht selbst als Beweismittel in Frage kommenden Urkunde grundsätzlich auch auf andere Weise, z. B. durch Vorhalt oder Befragung der Angekl. oder von Zeugen oder Sachverständigen, zur Kenntnis des Gerichts gebracht und demgemäß auch der Urteilsfällung zugrunde gelegt werden kann (Urt. 2 D 10/33; 1 D 181/31: JW. 1929, 1048; RGSt. 54, 13; 61, 9, 72; 64, 78). Über die Form, in der ein solcher Vorhalt zu geschehen hat, enthält die StPO. keine Vorschriften. Er kann auch durch Verlesung erfolgen (RGSt. 54, 13; 61, 9, 72; Urt. 2 D 1393/34). Diese Form des Vorhaltes wird regelmäßig wünschenswert sein, wenn es auf den Wortlaut der betreffenden Urkunde ankommt. Nur darf eine solche Verlesung nicht dazu benutzt werden, den Unterschied zwischen einem reinen Urkundenbeweis und einem Beweis durch Vernehmung von Angekl., Zeugen oder Sachverständigen zu verwischen (RGSt. 64, 78). Denn der Vorhalt dient nicht dazu, einen Urkundenbeweis zu ersetzen oder zu umgehen, sondern er hat nur den Zweck, im Rahmen der sonstigen Vernehmungen Erklärungen der Auskunftspersonen herbeizuführen. Erfolgen solche Erklärungen, so sind sie und nicht etwa die vorgehaltene Urkunde das Beweismittel (RGSt. 64, 78; Urt. 1 D 181/31).

Daraus ergibt sich folgendes: Ein bloßer Vorhalt kann in den Fällen nicht genügen, in denen weder die Angekl. noch irgendeine der in der Hauptverhandlung als Zeugen oder Sachverständige vernommenen Personen den Inhalt der in Frage stehenden Urkunde aus eigener früherer Wahrnehmung bestätigen können (JW. 1928, 1939; 1930, 936), oder in denen sie ihn bestritten oder wenigstens nicht bestätigt haben (RGSt. 54, 13; 61, 72; JW. 1931, 953; Urt. 1 D 225/32 und 1 D 1379/31 = JW. 1932, 310). Aus diesem Grunde hat der erk. Sen. in einem Verfahren wegen Meineides die Nichtverlesung des über die falsche Aussage aufgenommenen Protokolls in der Hauptverhandlung beanstandet, weil bei dem grundsätzlichen Bestreiten der Angekl. nicht nur allgemein der Inhalt der früheren Aussage, sondern ihr Wortlaut, ihr Umfang und Zusammenhang und die Art und Weise, wie die Vernehmung erfolgte, von Bedeutung war (RGSt. 65, 420). Ein Zwang, die Niederschrift über die Zeugenaussage in jedem Falle zu verlesen, besteht aber nicht (DRZ. 1933 Rspr. Nr. 117).

Unzulässig ist es aber in den Fällen, in denen nur ein

Vorhalt einer Urkunde erfolgt ist, nicht die darauf abgegebenen Erklärungen, sondern den Beweis durch die Urkunde selbst den Feststellungen zugrunde zu legen (Urt. 1 D 181/31).

Ein bloßer Vorhalt einer Urkunde bedarf, da er eben kein Urkundenbeweis ist, keiner Beurkundung in der Verhandlungsniederschrift (Urt. 3 D 742/20; JW. 1928, 818: 1929 1048; 1931, 853; Urt. 2 D 10/33).

Deshalb rechtfertigt der Umstand, daß ein Teil der im Urt. wörtlich wiedergegebenen Urkunden ausweislich des Protokolls in der Hauptverhandlung nicht verlesen worden ist, nicht die Annahme, daß der Inhalt dieser Urkunde nicht in verfahrensrechtlich zulässiger Weise zum Gegenstande der Hauptverhandlung gemacht worden ist.

Welche Schlüsse aus den Erklärungen der Angekl. oder Auskunftspersonen zu den vorgehaltenen Urkunden zu ziehen waren, in welcher Weise sie bei der Urteilsfindung zu berücksichtigen, und in welcher Form sie in den Urteilen wiederzugeben waren, war Sache des erk. Gerichts.

(2. Sen. v. 24. Jan. 1935; 2 D 1330/34.) [W.]

<= RGSt. 69, 88.>

Anmerkung: Die Revisionsangriffe betreffend im Urt. verwertete, aber nach der Verhandlungsniederschrift nicht verlesene Urkunden sind sehr häufig. Meist sind sie aussichtslos, weil das RG. dem § 249 StPO. eine Auslegung gegeben hat, die die Verwertung von Urkunden gestattet, ohne daß ihre Verlesung und deren Feststellung im Protokoll gemäß § 273 erforderlich ist. Grundsätzlich wird an dem Erfordernis der Verlesung festgehalten, wenn die Urkunde als solche unmittelbar als Beweismittel dienen soll. Regelmäßig wird dies der Fall sein, wenn sie die Straftat verkörpert, wie z. B. die gefälschte Urkunde, die briefliche Beleidigung oder Verleitung zum Meineid; aber auch, wenn sie wie z. B. das Protokoll über die meineidige Aussage die inkriminierte Straftat wiedergibt und der Inhalt und Wortlaut nicht ganz unstreitig ist. Von diesem Falle abgesehen läßt das RG. in weitem Umfange die Verwertung der Urkunde und ihres gedanklichen Inhalts im Urt. zu, ohne daß sie verlesen oder ihre Verlesung protokolliert ist. Zunächst kann dies in der Form des Inhaltsberichts durch den Vorsitzenden geschehen. Hierbei handelt es sich um einen Ersatz der Verlesung, die bei umfangreichem Urkundenmaterial häufig entbehrlich und zwecklos ist. Das RG. hat in letzter Zeit den Protokollierungszwang für diese Inhaltskonstatierung verneint. Außerdem können Urkunden und ihr Inhalt durch den in der vorliegenden Entsch. behandelten Vorhalt gegenüber den Auskunftspersonen (Angekl., Zeugen und Sachverständigen) in den Prozeß eingeführt werden. Der Vorhalt ist nicht wie der Inhaltsbericht ein Ersatz für die Verlesung, sondern ein Vernehmungsbehelf: die Urkunde wird dem Angekl. oder den Zeugen vorgehalten, um sie zu einer Erklärung hierüber zu veranlassen. Der Vorhalt bezweckt mithin die Feststellung der Existenz der Urkunde und ihres Inhalts nicht durch die Produzierung der Urkunde selbst als Beweismittel, sondern durch die Stellungnahme und Erklärungen der Auskunftspersonen. Infolgedessen kann der Vorhalt auch durch Verlesung, ja sogar durch Verlesung sonst nicht verlesbarer Urkunden, erfolgen, wie z. B. der Protokolle über die polizeiliche Vernehmung des Angekl. und der nicht erschienenen Zeugen. Selbstverständlich darf diese zum Zweck des Vorhalts erfolgende Verlesung nicht zur Umgehung der §§ 251 ff. oder sonstiger Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens führen. Wird dem Angekl. z. B. das Protokoll über seine polizeiliche Vernehmung vorgehalten oder vorgelesen und bestreitet er, die darin niedergelegten Angaben gemacht zu haben, so muß der vernehmende Beamte hierüber als Zeuge gehört werden. Gibt der Angekl. die Richtigkeit der Niederschrift, z. B. die protokollierten Geständnisse, zu, so kann das Gericht trotz Leugnens in der Hauptverhandlung und trotz der Behauptung einer unzulässigen Einwirkung bei der Vernehmung die frühere Aussage als richtig und maßgebend zugrunde legen (RGSt. 58, 298).

RA. Theodor Klefisch, Köln.

Ehrengerichtshof bei der Reichsrechtsanwaltskammer

26. 1. Erfordernis eines Eröffnungsbeschlusses im Verfahren nach § 21a RAO.

2. Zulässigkeit eines Vertretungsverbots auch in diesem Verfahren. †)

I. Das in der RAO. geregelte Verfahren umfaßt nicht nur das ehrengerichtliche Strafverfahren, sondern auch das ehrengerichtliche Verfahren, soweit es sich auf die den Ehrengerichten durch die RAO. zugewiesenen Aufgaben bei der Entscheidung über die Zulassung (§ 16 Abs. 2) und seit dem Ges. v. 20. Juli 1933 auch bei der Entscheidung über die Zurücknahme einer Zulassung (§ 21a) bezieht. Weder im Ges. von 1933 noch in dem den § 21a erweiternden Ges. vom 20. Dez. 1934 (RGBl. I, 1258) ist über das Verfahren nach § 21a etwas Besonderes bestimmt worden. Die Annahme des Ehrengerichts, in diesem Verfahren bedürfe es keines Eröffnungsbeschlusses, kann daher nur darauf gegründet werden, daß sie entweder aus einer ausdrücklichen Vorschrift der RAO. oder aus dem Sinn und Zweck des § 21a selbst abzuleiten wäre. Weder das eine noch das andere trifft jedoch zu.

Von den Zwecken, die der in der StPO. vorgesehene Eröffnungsbeschluß verfolgt, kommen hier für das ehrengerichtliche Verfahren zwei in Betracht. Für das Gericht selbst soll der im Verfahren zu behandelnde und damit in der Entscheidung zu beurteilende Tatsachenstoff bezeichnet und abgegrenzt werden. Derjenige, gegen den sich das Verfahren richtet, soll hierüber Klarheit haben. Der Eröffnungsbeschluß ergibt somit verfahrensrechtlich die Grundlage für das zu erlassende Urteil. Für das ehrengerichtliche Strafverfahren ist dieses Erfordernis überdies ausdrücklich ausgesprochen worden, wie sich aus den §§ 78, 80, 84 RAO. i. Verb. m. § 66 klar ergibt. Für das Verfahren, das die Zulassung nach Maßgabe des § 16 Abs. 2 betrifft, war und ist allerdings im § 93 Abs. 1 bestimmt worden, daß es keines Eröffnungsbeschlusses bedarf. Diese Vorschrift ist, wie bereits angedeutet, weder im Ges. v. 1933 noch in dem von 1934 auf das Verfahren nach § 21a ausgedehnt worden. Es fehlt also an einer ausdrücklichen Ausnahmevorschrift für dieses Verfahren nach § 21a. Die Vorschrift im § 93 Abs. 1 kann aber nicht sinngemäß auf das Verfahren nach § 21a angewendet werden.

Bei dem Verfahren nach § 16 Abs. 2 handelt es sich um die Zulassung eines (noch oder wieder) außerhalb der Rechtsanwaltschaft Stehenden zur Rechtsanwaltschaft. Es kommt nur auf sein Verlangen in Gang, also nicht gegen seinen Willen. Er kann es auch jederzeit wieder nach seiner eigenen Entschließung ohne richterliche Entscheidung sein Ende finden lassen; § 93 Abs. 4. Die verfahrensrechtliche Grundlage seiner Entschließung bildet der Bescheid der Justizverwaltung, der nach § 16 Abs. 1 den Grund der Versagung angeben und gemäß § 93 Abs. 3 auf sein Verlangen durch schriftliche Angabe der ihm zur Last gelegten Tatsachen erläutert werden muß. Daß es sich nur um die Tatsachen handeln kann, die dem Versagungsbescheid zugrunde liegen, bedarf keiner weiteren Darlegung. Nur über diese darf im Urteil entschieden werden. Beim Verfahren nach § 16 Abs. 2 vertritt somit der Versagungsbescheid die Stelle des Eröffnungsbeschlusses und für einen solchen förmlichen Beschluß ist überhaupt kein Raum. Diese Folgerung ergibt sich bereits aus § 16 Abs. 2 i. Verb. m. § 66. Daraus, daß sie im § 93 Abs. 1 noch ausdrücklich ausgesprochen wird, läßt sich demnach für das Verfahren nach § 21a nichts Grundsätzliches entnehmen; dafür ist auch die den § 16 Abs. 2 ergänzende Vorschrift im § 93 Abs. 3 belanglos.

Demgegenüber handelt es sich beim Verfahren nach § 21a um die Zurücknahme der Zulassung eines bereits zur Rechtsanwaltschaft Gehörenden. Es wird unabhängig von seinem Willen, gegen seinen Willen, eingeleitet, und er kann sich ihm nur dadurch entziehen, daß er seine Zulassung freiwillig aufgibt — wobei es in diesem Zusammenhang nicht auf die Frage ankommt, ob und inwieweit das noch zulässig ist, wenn das Verfahren bereits beim Ehrengericht anhängig geworden ist. Wird die im § 21a vorgesehene Voraussetzung der Zurücknahme festgestellt, so muß die Zurücknahme der Zulassung ausgesprochen werden, nach § 21a i. d. Fass. des Ges. von 1933, sowie in den Fällen des § 5 Nr. 5 und 7 des Ges. von 1934 nach Rechtskraft der ehrengerichtlichen Entscheidung, während zu § 5 Nr. 6 des Ges. von 1934 eine zeitliche Sonderregelung Platz greift. Die ehrengerichtliche Entscheidung nach § 21a kommt also mit diesen Maßgaben in ihrer Bedeutung einem auf Ausschließung aus der Rechtsanwaltschaft

lautenden Urteil im ehrengerichtlichen Verfahren gleich. Wenn der Gesetzgeber es bei dieser Sachlage für angemessen erachtet hat, die im § 21a aufgeführten Tatbestände — zunächst nach dem Ges. von 1933 nur die des § 5 Nr. 6 a. F., sodann nach dem Ges. von 1934 aber die des § 5 Nr. 5, 6 und 7 n. F. — bei Prüfung der Frage, ob ein Rechtsanwalt durch Zurücknahme der Zulassung aus der Rechtsanwaltschaft im Allgemeininteresse zu entfernen sei, der Beurteilung im ehrengerichtlichen Verfahren zu unterbreiten, so bedarf es beim Fehlen besonderer Ausnahmebestimmungen keiner näheren Begründung, daß diese Prüfung nur in einem Verfahren durchgeführt werden soll und darf, in dem der zu beurteilende Tatsachenstoff sowohl für das Gericht wie für den Rechtsanwalt klar festgelegt und umschrieben worden ist. Daß diesem Erfordernis auch dadurch hätte Genüge geleistet werden können, daß eine in ihren Einzelheiten näher zu bestimmende Antragsschrift der Staatsanwaltschaft vorgeschrieben worden wäre, ist nicht zu verkennen. Der Gesetzgeber hat diesen Weg jedoch nicht beschritten. Daher muß daran festgehalten werden, daß es eines förmlichen Eröffnungsbeschlusses bedarf. Das bietet auch den Vorteil, daß eine richterliche Vorprüfung stattfindet, die zum mindesten wünschenswert ist, damit Sachen, in denen die Sachlage bereits ohne mündliche Verhandlung dahin beurteilt werden kann, daß die Voraussetzungen des § 21a nicht vorliegen, ausgeschieden werden, ohne daß es noch zur mündlichen Verhandlung kommt.

Hiernach muß das Verfahren eingestellt werden, da kein Eröffnungsbeschluß vorliegt. Der Einleitung eines neuen ordnungsmäßigen Verfahrens steht diese Einstellung nicht entgegen.

II. Damit wird das vom Ehrengericht gleichzeitig angeordnete Vertretungsverbot hinfällig; es ist aufzuheben.

Es mag jedoch bemerkt werden, daß der EGH. nach den Erörterungen unter I kein durchgreifendes Bedenken gegen die Annahme gehabt hat, daß im Verfahren nach § 21a die Vorschriften über die Anordnung des Vertretungsverbots sinngemäße Anwendung zu finden haben.

(1. Sen. Entsch. v. 8. Mai 1935; G 4/35.)

Anmerkung: 1. Mit diesem Urteil schließt sich der 1. Sen. des EGH. der Entsch. des 2. Sen. v. 19. Febr. 1935, G 128/34 an.

Ich habe diese Ansicht in meinem Komm. zur RAO., Anm. II zu § 93 bekämpft, mich aber davon überzeugen müssen, daß de lege lata an dem Erfordernis eines Eröffnungsbeschlusses auch im Verfahren nach § 21a festgehalten werden muß. Die Gründe sind im Urteil G 4/35 eingehend dargelegt. Die strengen verfahrensrechtlichen Vorschriften können z. B. nicht beiseitegeschoben werden.

Für innerlich berechtigt halte ich dieses Erfordernis freilich nicht. Dabei mag dahingestellt bleiben, ob im neuen Strafprozeß überhaupt für einen Eröffnungsbeschluß noch Raum ist, ob nicht vielmehr der StA. als Trägerin des staatlichen Strafverfolgungswillens ein Anspruch darauf zugebilligt werden muß, daß auf eine von ihr für erforderlich gehaltene Anklage zur Hauptverhandlung geschritten wird.

Denn das Verfahren nach § 21a RAO. ist kein Strafverfahren, sondern lehnt sich nur in den äußeren Formen an das ehrengerichtliche Strafverfahren an. Das Ehrengerichtsverfahren hat teils strafrechtliche, teils verwaltungsrechtliche Aufgaben zu erfüllen. In den Fällen der §§ 16 und 21a RAO. liegen die Aufgaben auf verwaltungsrechtlichem Gebiete. Die allgemeinen Normen des verwaltungsrechtlichen Verfahrens müßten also auch auf diese Verfahren Anwendung finden. Die Zwangsjacke des Strafprozesses ist für dieses Verfahren zu eng. Nirgends aber finden wir im Verwaltungsstreitverfahren die Notwendigkeit eines Eröffnungsbeschlusses.

Rechtspolitisch wird also auch für das Verfahren nach § 21a RAO. die Beseitigung des Eröffnungsbeschlusses, dafür freilich ein eingehender Begründungszwang für den das Verfahren in Gang setzenden Antrag der StA. anzustreben sein.

Noch besser freilich wäre die Anlehnung an das Zwangspensionierungsverfahren des Beamtenrechts, d. h. die Einführung eines begründeten Vorbescheides, der die Rücknahme der Zulassung in Aussicht stellt und dagegen den Rekurs im ehrengerichtlichen Verfahren eröffnet; dann wäre auch die Gleichartigkeit des Verfahrens aus § 21a mit dem aus §§ 16, 93 RAO. erreicht.

2. Vgl. auch Neubert, RAO., Anm. 3 zu § 91a.

Dr. Neubert, Präs. der RRK.

Reichserbhofgericht

27. §§ 21 Abs. 3, 25 Abs. 1 RErbhofG.

1. Anerbensitte hat in einer Gegend bestanden, wenn die Hofbesitzer die ungeteilte Vererbung ihres Besitzes als feststehende Regel betrachtet haben, an die der einzelne gebunden war.

2. a) Altestenrecht ist als der in einer Gegend herrschende Brauch anzusehen, wenn die Übertragung des ungeteilten Hofes auf den Ältesten auf Grund eines als verpflichtend empfundenen Herkommens allgemein oder doch überwiegend üblich war.

b) Der Umstand, daß der Älteste in der Regel tatsächlich den Hof bekommen hat, genügt allein zur Feststellung eines Altestenrechts nicht.[1])

Wenn zweifelhaft ist, ob und welcher Brauch in einer Gegend für die Vererbung ländlichen Grundbesitzes besteht, hat das AnerbG. gem. § 21 Abs. 3 RErbhofG. auf Antrag eines Beteiligten zu entscheiden. Der jüngere Bruder, Kaspar M., ist zur Stellung des Antrages befugt, da mangels eines bestimmten Brauchs Jüngstenrecht gilt und in diesem Falle der Erbhof ihm als Anerben zugefallen sein würde. Das AnerbG. und das ErbhGer. haben über die Frage, ob in der Gegend von S. (Württemberg) beim Inkrafttreten des RErbhofG. Altestenbrauch geherrscht hat, bei Personen, die mit den Verhältnissen der Gegend vertraut sind, Erhebungen angestellt, die Folgendes ergeben haben:

Der zuständige Bezirksnotar in W. hat erklärt, in dem Bezirk habe weder Altesten- noch Jüngstenrecht gegolten. Die Eltern hätten sich vielmehr die freie Verfügung vorbehalten. Allerdings in den meisten Fällen den Hof dem ältesten Sohn gegeben. Wenn sie den Hof aber aus irgendeinem Grunde einem anderen Kind übergeben hätten, hätte sich der Älteste damit zufrieden gegeben. Nach den Feststellungen des Bezirksnotars sind von den 9 Erbhöfen, die in S. außer dem M.schen Hof vorhanden sind, 6 von den Eltern ererbt. Einen davon hat der zweite Sohn, 5 der jüngste erhalten. Das Bürgermeisteramt soll nach der Angabe des Bezirksnotars hierzu erklärt haben, daß in S. nicht etwa Jüngstenrecht gegolten habe, wie vielleicht aus den vorgenannten Zahlen geschlossen werden könne. In S. wie in der übrigen Gemeinde sei es die Regel gewesen, daß der Hof dem ältesten Sohn übergeben sei. Übergabe an ein anderes, zweites oder jüngstes Kind habe eine Ausnahme gebildet, wenn entweder der älteste Sohn bereits einen Hof besessen oder ein wichtiger Grund zu seiner Übergehung vorgelegen habe. Der Bezirksnotar i. R. G., der von 1907 bis 1920 Grundbuchbeamter in H. war, hat seine Ansicht dahin geäußert, daß in dem Bezirk von einem bestimmten Brauch hinsichtlich des Altestenrechts nicht gesprochen werden könne. Der Hof sei immer demjenigen Kinde übergeben, das nach Meinung der Eltern am besten dazu getaugt habe. Johann F., seit acht Jahren Anwalt in S., hat bekundet, daß es in S. seither Brauch gewesen sei, den Hof dem ältesten Sohn zu übergeben. Ein jüngerer Sohn habe nur in Ausnahmefällen den Hof bekommen. Der Ortsbauernführer in H. hat Altestenrecht als Regel bezeichnet. Der Kreisbauernführer ist der Ansicht, daß in der Gegend allgemein Altestenrecht gegolten habe, jedoch nicht ausnahmslos. Kaspar M. hat eine Aufstellung eingereicht, die 99 Höfe in der Gemeinde H. betrifft. 2 Höfe müssen hierbei ausscheiden, weil bei ihnen die Übergabe noch nicht vollzogen ist. Von den übrigen 97 sind 4 geteilt, 50 dem ältesten Sohn, 43 einem jüngeren oder jüngsten Sohn oder einer Tochter übergeben. Von diesen 43 Höfen hat in einem Falle der Älteste verzichtet, in 13 anderen Fällen hatte er einen anderen Beruf (als Pfarrer oder Beamter) oder hatte weggeheiratet. Das Bürgermeisteramt H. hat unter Zustimmung des Ortsbauernführers berichtet, es könne nicht gesagt werden, daß in S Altesten- oder Jüngsten r e c h t bestehe.

Altestenrecht ist als der in einer Gegend herrschende Brauch anzusehen, wenn die Übertragung des ungeteilten Hofes auf den Altesten in der bäuerlichen Bevölkerung der Gegend auf Grund eines entsprechenden, als verpflichtend empfundenen Herkommens allgemein oder mindestens überwiegend üblich war. Der Umstand,

[1]) Durch diese Entsch. ist der Beschl. des ErbhGer. Stuttgart v. 29. Juni 1934 — ENr 6/34 (JW. 1934, 2861) aufgehoben worden. Das ErbhGer. Stuttgart hatte in seinem Beschl. nur auf die tatsächliche Übung abgestellt ohne zu prüfen, ob diese Übung auch auf der Überzeugung verpflichtender Bindung beruhte.

daß der Älteste in der Regel tatsächlich den Hof bekommen hat, genügt allein zur Feststellung eines Ältestenrechts nicht. Die gewohnheitsmäßige Übertragung des Hofes auf den Ältesten muß als eine Art Zwang gelten, von dem nur in besonderen Fällen abgewichen werden kann; die Hofesübertragung an den Ältesten darf nicht auf freier Entschließung des Bauern beruhen. Bestimmt der Hofbesitzer in freier Wahl den Ältesten zum Nachfolger, so besteht freies Bestimmungsrecht des Bauern, nicht ein Brauch im Sinne des Ältestenrechtes.

Die Aufstellung über die Hofübergaben zeigt, daß der Grundbesitz nur in vier Fällen unter die Miterben verteilt ist. In der überwiegenden Zahl der Fälle (93) haben die Hofbesitzer den Hof ungeteilt einem der Kinder übertragen oder vererbt. Da von dem herrschenden Ortsbrauch nur in einer verschwindenden Zahl von Fällen abgewichen ist, ist die Annahme gerechtfertigt, daß die Hofbesitzer die ungeteilte Vererbung ihres Besitzes als feststehende Regel betrachtet haben, an die der einzelne gebunden war. Daraus folgt, daß in der Gegend von S. Anerbensitte bestanden hat.

Aus der Aufstellung über die Hofübergaben ergibt sich ferner, daß in 50 von 93 Fällen ungeteilter Vererbung der älteste Sohn den Hof bekommen hat und daß in 14 anderen Fällen aus besonderen Gründen (in 13 Fällen hatte der Älteste weggeheiratet oder einen anderen Beruf ergriffen, in einem Fall hatte er verzichtet) von der Übertragung des Hofes an den Ältesten abgesehen ist. Ob die Zuteilung des Hofes an den Ältesten in den 50 Fällen auf Grund alter Gewohnheit geschehen ist oder ob andere Kinder nicht vorhanden waren oder für die Übernahme des Hofes nicht in Betracht kamen, ist nicht ersichtlich. Selbst wenn diese 50 Fälle als Ausfluß des Ältestenbrauches angesehen und auch die erwähnten 14 Fälle dazu gezählt werden, bleibt doch immer noch eine erhebliche Zahl von Hofübertragungen (29 Fälle im Verhältnis zu 64 Fällen), bei denen ein anderes Kind den Hof erhalten hat, ohne daß zur Übergehung des Ältesten ein Grund vorlag. Dieses Zahlenverhältnis bestätigt die Auffassung des gegenwärtigen und des früher in S. amtierenden Bezirksnotars, die beide durch ihre amtliche Tätigkeit in enge Berührung zur Bauernschaft gekommen sind, und übereinstimmend annehmen, daß der Hofbesitzer sich die freie Best. des Nachfolgers vorbehalten hat und ein fester Ältestenbrauch, dem sich jeder Bauer stillschweigend unterworfen hat, nicht bestanden hat. In gleichem Sinne haben auch der Bürgermeister und der Ortsbauernführer, also den Verhältnissen unmittelbar nahestehende Persönlichkeiten, erklärt, daß zwar Übertragung des Hofes an den Ältesten gebräuchlich war, aber sich ein Ältestenrecht nicht herausgebildet habe. Wenn aber bei dem in Betracht kommenden Teile der Bevölkerung nicht die Rechtsüberzeugung vorhanden war, daß der älteste Sohn den Hof bekommen müsse, sofern nicht besondere Umstände die Übertragung an ihn ausschließen, kann von einem Ältestenrecht nicht gesprochen werden. Auf Grund der vorgenommenen Ermittlungen wird angenommen werden können, daß freies Bestimmungsrecht des Hofeigentümers gegolten hat. Jedenfalls ist Ältestenrecht als herrschender Brauch nicht festzustellen.

(RErbhGer., Beschl. v. 5. März 1935, 3 RB 328/34.)

Erbhofgerichte

28. § 15 RErbhofG. Die Ausübung eines Handwerks (Maurer) durch den Eigentümer einer erbhoffähigen Besitzung steht der Erbhofeigenschaft des Hofes und der Bauernfähigkeit des Eigentümers nicht im Wege, wenn dieser die Bewirtschaftung des Hofes leitet.†)

Der Bauer und Maurer August H. besitzt in F. ein Anwesen mit 10,774 ha, von denen 8,680 ha landwirtschaftlich nutzbar sind. Wenn der Besitzer seinem Maurerberufe nachgeht, wird das Anwesen von seinem 25 Jahre alten Sohne Heinrich bewirtschaftet, der nach der Angabe des Bürgermeisters die Fähigkeit besitzt, das Anwesen im Falle der Übernahme ordnungsmäßig zu bewirtschaften. Der Kreisbauernführer hat gegen die beabsichtigte Eintragung in das gerichtliche Verzeichnis Einspruch eingelegt, weil der Besitzer nicht als bauernfähig zu erachten sei, da er den Maurerberuf ausübe. Das AnerbG. hat trotzdem die Erbhofeigenschaft festgestellt. Die Ermittlungen hätten ergeben, daß sich das Anwesen schon seit mehreren Generationen im Besitze der Familie H. befinde. Das neben dem landwirtschaftlichen Beruf ausgeübte Maurerhandwerk stehe der Bauernfähigkeit nicht entgegen.

Der Kreisbauernführer hat gegen diesen Beschluß Beschwerde eingelegt und seine Begründung noch dahin erweitert, daß der Hof keine Ackernahrung darstelle, und daß daher H. den Maurerberuf ausüben müsse; ferner lasse die durchaus mangelhafte Bewirtschaftung des Anwesens erkennen, daß der Besitzer unfähig sei, sein Besitztum in bäuerlicher Betriebsform zu bewirtschaften. Die Beschwerde ist unbegründet.

Die zuständige Landwirtschaftsstelle hält eine Ackernahrung für gegeben. Nach ihrer Aussage gehören zu dem Anwesen durchaus nicht die schlechtesten Grundstücke in der Gemeindeflur. Die Erträge der Mehrzahl der Felder und Wiesen sind befriedigend. Auch gibt die Landwirtschaftsstelle an, daß nach Ansicht verschiedener Bauern aus der Gemeinde, darunter der Bürgermeister und der Ortsbauernführer, eine Ackernahrung zweifellos vorhanden ist.

Auch das ErbhGer. erachtet gleich dem AnerbG. und der Landwirtschaftsstelle eine Ackernahrung für gegeben. Gegen die Bauernfähigkeit des Besitzers als solche (wie Ehrbarkeit usw.), konnte nichts Nachteiliges vorgebracht werden. Einzig der ausgeübte Maurerberuf soll den Mangel der Bauernfähigkeit herbeiführen. Dies trifft nicht zu. H. sitzt auf seiner Scholle. Er läßt sie, soweit er durch seinen Maurerberuf daran verhindert ist, durch seinen Sohn bewirtschaften, wie er sie in den früheren Jahren teils selbst, teils in Gemeinschaft mit seinem Vater bewirtschaftet hat. Die Leitung liegt immer in seinen Händen. Der landwirtschaftliche Betrieb ist auch gegenüber dem Maurerhandwerk nicht zum Nebenberuf geworden; der Hof soll das Rückgrat der ganzen Lebenshaltung des Besitzers sein, wie er auch später einmal vom Sohn des Besitzers übernommen werden soll, der keinerlei Handwerk gelernt hat und nur im landwirtschaftlichen Betriebe tätig gewesen ist. Die beruflichen Einnahmen als Maurer sind auch nicht, wie der Kreisbauernführer meint, ersichtlich dringend notwendig, um Familie und Anwesen zu erhalten; dazu genügen die Einnahmen aus dem Anwesen selbst.

(ErbhGer. b. OLG. Bamberg, Beschl. v. 13. Febr. 1935, Eh B R 611/34.) [S.]

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen.

Die Erbhofeigenschaft ist an zwei Voraussetzungen geknüpft; sachlich ist ein land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb von bestimmter Größe, persönlich ein bauernfähiger Alleineigentümer erforderlich. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt; die Einwände des Kreisbauernführers sind widerlegt, bestritten bleibt lediglich die Bauernfähigkeit wegen des Nebenberufes. Aber auch hieran kann kein Zweifel bestehen. H. leitet selbst die Bewirtschaftung seines Anwesens, dessen Zustand nicht gerade zu Bedenken Anlaß gibt. Seine Familie ist seit Generationen mit dem Hof verwachsen, auch er ist dort groß geworden. Der Hof bildet den Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen und soll es auch in Zukunft bleiben. Die Tatsache allein, daß H. noch einen zweiten Beruf ausübt, vermag an seiner Bauernfähigkeit und damit an der Erbhofeigenschaft seines Anwesens so wenig zu ändern, wie ein zweiter Betrieb (Doppelbetrieb), etwa gewerblicher Art, in der Hand desselben Eigentümers. Würde man der Auffassung des Kreisbauernführers folgen, so gäbe es bei gemischten und Doppelbetrieben (Landwirtschaft und Gewerbe) wohl selten einen Erbhof, weil der Eigentümer, sofern er auch den Gewerbebetrieb leitet, einen Nebenberuf ausübt und damit nicht bauernfähig ist.

Unter Bauernfähigkeit ist nicht allein ein fachliches Können, das in der Übergangszeit einer milderen Beurteilung bedarf, zu verstehen, sondern vielmehr nach dem Sinn und Zweck des RErbGer. eine bäuerliche Haltung und Einstellung. Der Eigentümer muß sich mit dem Schicksal seines Hofes verbunden fühlen, in ihm die Heimat seines Geschlechtes und seine Lebensgrundlage sehen. Er darf ihm nicht lediglich Anlagekapital oder Kreditgrundlage sein.

Diese Auffassung führt dazu, daß ein fachlich bestens vorgebildeter Landwirt, der z. B. den Güterhandel betreibt, nicht Erbhofeigentümer wird, weil ihm die bäuerliche Haltung fehlt, während ein Beamter zugleich Bauer sein kann, obwohl er zur Bewirtschaftung seines Hofes eines tüchtigen Verwalters dringend bedarf. Dieser subjektive Gesichtspunkt sollte m. E. auch bei der Beurteilung gemischter Betriebe neben den objektiven (Teilbarkeit, Verhältnis von Gewerbebetrieb zu Landwirtschaft usw.) eine gebührende Berücksichtigung finden.

Dr. Hanns Kirchmann, Aichach.

Oberlandesgerichte: Zivilsachen

Berlin

29. §§ 1, 8, 14 UmwandlG. v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569); § 6 DurchfVO. v. 14. Dez. 1934 (RGBl. I, 1262). Eine Kapitalgesellschaft kann durch Übertragung des Vermögens auf einen einzelnen Gesellschafter auch im Einverständnis sämtlicher Gesellschafter nur dann umgewandelt werden, wenn der übernehmende als sog. Hauptgesellschafter zu mindestens $^9/_{10}$ an dem Gesellschaftskapital beteiligt ist.

Gesellschafter der GmbH. sind Frau E. mit Geschäftsanteilen von 21 000 *RM* und Artur O. mit Geschäftsanteilen von 3000 *RM*. Beide haben zu notariellem Protokoll vom 19. Jan. 1935 beschlossen, die Gesellschaft durch Übertragung ihres Vermögens auf die erstgenannte Gesellschafterin umzuwandeln. Eine entsprechende Anmeldung ist vom Registerrichter zurückgewiesen, weil das Gesetz eine derartige Umwandlung nur zulasse, wenn der das Vermögen übernehmende Gesellschafter Geschäftsanteile in Höhe von mindestens $^9/_{10}$ des Stammkapitals besitze. Dem ist das LG. auf eine Beschw. hin beigetreten. Die weitere Beschw. hatte ebenfalls keinen Erfolg.

Das Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569) ermöglicht in den §§ 2, 14 die Umwandlung einer GmbH. durch Übertragung des Vermögens auf eine OHG., wenn sich in deren Hand alle Anteile befinden, und in den §§ 9, 14 die Umwandlung unter Errichtung einer OHG., an der alle bisherigen Gesellschafter sich beteiligen. Ferner kann nach §§ 1, 8, 14 das Vermögen einer Gesellschaft, deren Geschäftsanteile sämtlich in einer Hand vereinigt sind, auf den alleinigen Gesellschafter übertragen werden. Aus diesen Vorschr. ergibt sich, daß das Gesetz die bezweckte Erleichterung der Abkehr von anonymen Kapitalgesellschaftsformen zur Eigenverantwortung „des Unternehmers" (vgl. den einleitenden Vorspruch) grundsätzlich nur mittels einer bloßen Änderung der rechtlichen Beziehungen sämtlicher an dem Unternehmen beteiligten Personen gewähren, aber nicht bei dieser Gelegenheit auch ein völliges Ausscheiden einzelner ermöglichen wollte. Dieser Grundsatz wird in der DurchfVO. v. 14. Dez. 1934 (RGBl. I, 1262) lediglich dahin eingeschränkt, daß der Gesamtheit der Gesellschafter eine Mehrheit von mindestens $^9/_{10}$ des Stammkapitals und dem Alleingesellschafter der sogenannte Hauptgesellschafter, daß heißt ein solcher, der mindestens $^9/_{10}$ der Geschäftsanteile besitzt, gleichgestellt werden. Die Umwandlung soll nämlich nicht schon daran scheitern, daß eine ganz geringe Mehrheit von Gesellschaftern aus irgendwelchen Gründen die Eigenverantwortung nicht mit übernehmen will. Lehnen aber Gesellschafter, die mit mehr als $^1/_{10}$ an der Gesellschaft beteiligt sind, die Übernahme der Eigenverantwortung ab, so soll eine Umwandlung durch Übertragung des Vermögens auf die übrigen Gesellschafter sogar im Einverständnis sämtlicher Gesellschafter nicht zulässig sein. Das ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus den Vorschr. der DurchfVO. Danach kann die Gesellschaft auch durch Mehrheitsbeschluß in eine OHG. (§ 3) oder in eine bürgerliche Gesellschaft (§ 1) umgewandelt werden, aber nur in eine solche, an der alle zustimmenden Gesellschafter beteiligt sind. Die Zustimmung muß nun nach § 4 Abs. 2 von einer Mehrheit erteilt werden, die mindestens $^9/_{10}$ des gesamten Stammkapitals umfaßt. Daraus folgt, daß sich an der neuen OHG. auf jeden Fall Gesellschafter mit mindestens $^9/_{10}$ der Geschäftsanteile beteiligen müssen. Gleiches gilt nach § 6 Abs. 2 von der Umwandlung durch Übertragung des Vermögens auf einen Gesellschafter, der nicht sämtliche Anteile in seiner Hand vereinigt. Eine solche Umwandlung ist nur zulässig, wenn dieser Gesellschafter mindestens zu $^9/_{10}$ an dem Stammkapital beteiligt und wenn er ferner der einzige ist, der die Eigenverantwortung übernehmen will. Nur das kann gemeint sein, wenn die DurchfVO. von einem Gesellschafter spricht, in dessen Hand sich mindestens $^9/_{10}$ des Stammkapitals befinden und der allein der Umwandlung zustimmt. Das Gesetz versteht eben unter einem „zustimmenden" Gesellschafter nur einen solchen, der selbst bereit ist, als Gesellschafter einer Personalgesellschaft oder als Einzelperson in die bisherigen Rechte und Pflichten der Kapitalgesellschaft einzutreten. Dann ergibt aber die gesetzliche Begriffsbestimmung des für eine Übernahme des Vermögens der Gesellschaft in Betracht kommenden „Hauptgesellschafters" zweifelsfrei, daß das Vermögen der Gesellschaft auf einen geringer beteiligten Gesellschafter auch im Einvernehmen mit den übrigen nicht soll übertragen werden können. Es wäre übrigens auch nicht ersichtlich, mit welchem anderen Mindestanteil der übernehmende Gesellschafter denn sonst an der Gesellschaft sollte beteiligt sein müssen.

Unbegründet ist auch der Einwand der weiteren Beschw., daß mittels Umwandlung der GmbH. in eine bürgerliche Gesellschaft der beiden bisherigen Gesellschafter und weiter mittels Übertragung des Vermögens dieser letzteren Gesellschaft auf die eine Gesellschafterin dasselbe Ergebnis hätte erreicht werden können. Das Ergebnis wäre nämlich in diesem Falle durchaus nicht dasselbe, sondern ein wesentlich anderes. Einmal würde das Vermögen der GmbH. nach seinem Übergange auf die bürgerliche Gesellschaft nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die eine Gesellschafterin übergehen, und ferner würde, was besonders bedeutsam ist, auch der andere Gesellschafter für die Verbindlichkeit der umgewandelten GmbH. haftbar werden (§§ 4, 14 des Gesetzes, § 1 Abs. 2, § 2 der DurchfVO.). Gerade dieser als Folge der Umwandlung eintretenden Haftung soll sich ein Teil der Gesellschafter nur im Rahmen einer Gesamtbeteiligung von höchstens $^1/_{10}$ entziehen dürfen.

Die Vorinst. haben also mit Recht angenommen, daß das Erfordernis der $^9/_{10}$-Beteiligung des übernehmenden Gesellschafters auch dann gelte, wenn sämtliche Gesellschafter mit der Umwandlung durch Übertragung des Vermögens auf jenen Gesellschafter einverstanden sind (ebenso Crisolli-Groschuff, Umwandlungsgesetz, § 8 Anm. 17 ff. und § 10 Anm 11; Böttcher-Meilicke, 2. Aufl., S. 113).

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 4. April 1935, 1 Wx 174/35.) [Sch.]

*

30. §§ 705 f. BGB.; §§ 105, 145, 152 HGB.; §§ 22, 48 GBO. Im Falle der Umwandlung einer OHG. — gleichviel ob diese noch als solche, oder ob sie als Liquidationsgesellschaft besteht — in eine aus denselben Personen bestehende Gesellschaft des bürgerlichen Rechts können Grundstücke der bisherigen OHG. ohne Auflassung im Berichtigungswege auf den Namen der Gesellschafter als Miteigentümer in Gesamthandgemeinschaft einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts umgeschrieben werden.

Als Grundstückseigentümerin ist die „OHG. Fr. G." in Ch. eingetragen. Durch notariellen Vertrag haben die bisherigen Gesellschafter eine GmbH. unter der Firma „Fr. G. GmbH." gegründet und in diese das von der OHG. betriebene Handelsgeschäft mit Aktiven und Passiven, unter Ausschließung des Grundstücks, eingebracht. In weiterer notarieller Verhandlung vom gleichen Tage haben die bisherigen Gesellschafter ferner erklärt, daß die OHG. infolge der Neugründung aufgehört habe, zu existieren, und daß deshalb zwischen ihnen hinsichtlich des Grundstücks eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehe; über diese haben sie dann eine nähere Regelung getroffen. Die OHG. ist daraufhin im Handelsregister gelöscht worden. Nunmehr haben die bisherigen Gesellschafter in beglaubigter Urkunde dem GBA. gegenüber unter Hinweis auf die überreichten beiden notariellen Urkunden nebst Handelsregisterauszug beantragt, die Namensbezeichnung der Grundstückseigentümer dahin richtigzustellen, daß die Gesellschafter das Grundstück nicht mehr unter dem Namen der OHG., sondern unter ihrem eigenen Namen zur gesamten Hand in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum Eigentum haben.

Das GBA. hat den Antrag unter Hinweis auf die Entsch. RGZ. 136, 402 = JW. 1932, 2604 mit der Begr. abgelehnt, daß hinsichtlich der von der Einbringung in die GmbH. ausgeschlossenen Grundstücke die bisherige OHG. als Liquidationsgesellschaft bestehen geblieben sei und der Übergang des Eigentums auf die von den bisherigen Gesellschaftern der OHG. gebildete Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur im Wege der Auflassung erfolgen könne.

Die Beschw. der Antragsteller wurde zurückgewiesen. Das LG. führt unter Ber. auf die Entsch. RGZ. 129, 260, insbes. S. 268 = JW. 1930, 2938 aus: Eine Umwandlung der Gesellschaftsform erfolge im Wege der Satzungsänderung und sei da ausgeschlossen, wo sie auf eine Änderung des rechtstypischen Charakters der Gesellschaft abziele; das letztere sei hier der Fall; die OHG. sei, insbes. durch Annäherung an die juristische Person rechtstypisch derart besonders gestaltet, daß eine — gesetzlich ausdrücklich nicht vorgesehene — Umwandlung in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts begrifflich ausgeschlossen sei und noch weniger in Frage kommen könne, daß mit Wegfall der Wesensmerkmale der OHG. ipso jure eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts übrigbliebe, falls die Gesellschafter in einem Gesellschaftsverhältnis blieben. Rechtlich liege hier Auflösung der OHG. und Neugründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor. Es handle sich auch nicht um eine Gesamtrechtsnachfolge oder um eine Rechtsnachfolge kraft Gesetzes, sondern um eine Sonderrechtsnachfolge kraft Vereinbarung.

Die weitere Beschw. hatte Erfolg.

Die Entsch. RGZ. 136, 402 = JW. 1932, 2604 = JFG. 9, 6 betraf den Fall, daß bei Fortbestand der bisherigen OHG. Grundstücke aus deren Vermögen ausgesondert und fortan Gesamthandeigentum der bisherigen Gesellschafter als Teilhaber einer neugegründeten Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein sollten. Für jenen Fall hat das RG. in Übereinstimmung mit dem im Vorlegungs-

beschluß vertretenen Standpunkt des KG. eine Auflassung für notwendig erachtet, weil zwar nach wie vor die einzelnen Gesellschafter gesamthänderische Grundstückseigentümer geblieben seien, jedoch durch sie in beiden Fällen verschiedene, mit weitgehender rechtlicher Selbständigkeit ausgestattete, rechtlich nicht völlig gleichgestaltete Sondervermögensmassen verkörpert würden. Das RG. hat aber seine Entsch. grundsätzlich auf den Fall beschränkt, daß die bisherige OHG. und die aus deren Gesellschaftern gebildete Gesellschaft bürgerlichen Rechts nebeneinander fortbestehen sollen. Dagegen hat es den Fall der Umwandlung einer OHG. in eine andere Gesellschaftsform als besonderen Grundsätzen unterliegend von der Erörterung ausgeschlossen.

Den gleichen Standpunkt wie das RG. hat der RFH. in der Entsch. RFH. 25, 291 vertreten. Auch der Senat 1 a des KG. hat sich diesem Standpunkt in den Entsch.: JW. 1933, 124 und 1934, 989 angeschlossen, während er für einen Fall der hier vorl. Art, nämlich der Umwandlung einer im Abwicklungsstadium befindlichen OHG. in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in der Entsch.: JFG. ErgBd. 11, 213 = HöchstRRspr. 1932 Nr. 202 keine Veränderung des Eigentums i. S. des § 55 Abs. 1 PrGKG., sondern einen unter § 60 daselbst fallenden, die Identität des Eigentumsträgers nicht verändernden Rechtsvorgang erblickt und sich für Fälle der dort behandelten Art die Beibehaltung dieses Standpunktes auch gegenüber der Entsch. RGZ. 136, 402 = JW. 1932, 2604 in der Entsch. JW. 1933, 124 vorbehalten hat.

Die Entsch. des RG. steht auch nach der Auffassung des hier entscheidenden Senats einer abweichenden Beurteilung des vorl. Falles, der Umwandlung einer OHG. — mag sie noch als solche oder schon im Zustand der Abwicklung bestehen — in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nicht entgegen. Der für die Entsch. des RG. leitende, bei Nebeneinanderbestehen der OHG. und einer aus ihren Gesellschaftern gebildeten Gesellschaft des bürgerlichen Rechts allerdings ausschlaggebende Gesichtspunkt der Selbständigkeit der in der OHG. einerseits und in der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts andererseits vertretenen Vermögensmasse tritt dann zurück, wenn die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nicht neben die bestehenbleibende OHG. tritt, sondern die letztere sich in die erstere verwandelt, als selbständiges Rechtswesen in der bisherigen Form zu bestehen aufhört und in einer anderen Rechtsform fortlebt. In solchem Falle ist für die rechtliche Möglichkeit des Übergangs des Eigentums an dem Vermögen der OHG. auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht der Gesichtspunkt der Selbständigkeit beider Vermögensmassen, sondern der Gesichtspunkt der den Übergang von der einen in die andere ermöglichenden Gleichartigkeit beider Gesellschaftsformen entscheidend. Die Gleichartigkeit der in der OHG. einerseits und in der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts andererseits bestehenden Vermögenseinheiten schließt die Selbständigkeit der einen Gesellschaftsform gegenüber der anderen nicht aus; diese Selbständigkeit wirkt sich aber vermögensrechtlich nur aus, wenn beide nebeneinander bestehen.

Der vom RG. unterstützend verwertete Gesichtspunkt der nicht ganz gleichartigen Gestaltung beider Gesellschaftsformen soll nach der Auffassung des Senats, worauf der gerade in diesem Zusammenhang gemachte Vorbehalt hinsichtlich der Umwandlung hinweist, nicht besagen, daß die Grundwesensform beider Gesellschaftsarten rechtlich so verschieden sei, daß die Umwandlung der einen in die andere rechtlich ausgeschlossen sei.

Der aus der Entsch. RGZ. 129, 260 = JW. 1930, 2938 für die Frage der Umwandlungsfähigkeit entnommenen Ausgangserwägung des LG., daß eine im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehene Umwandlung einer Gesellschaftsform in eine andere durch bloße Satzungsänderung da ausgeschlossen sei, wo sie nicht ohne Änderung des rechtstypischen Charakers der bisherigen Gesellschaftsform denkbar sei, ist zwar zuzustimmen, nicht aber der daran geknüpften, für seine Entsch. maßgebenden Erwägung, daß zwischen der OHG. und der Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine rechtstypische, die Umwandlung der einen in die andere ausschließende Verschiedenheit bestehe.

Von einer rechtstypischen Verschiedenheit mehrerer Gesellschaftsformen kann nur dann gesprochen werden, wenn sie sich in ihren wesentlichen Artmerkmalen unterscheiden, wie es bzgl. der AktG. und der KommGes. a. A. vom RG. in der Entsch. RGZ. 129, 260 zutreffend angenommen ist, bzgl. des Verhältnisses der OHG. zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts aber nicht anerkannt werden kann. Die bürgerliche Gesellschaft ist nach § 705 BGB. ein vertragsmäßiger Zusammenschluß mehrerer Personen zwecks Förderung eines gemeinschaftlichen Zweckes unter Bildung einer gegenüber dem sonstigen Vermögen der Mitglieder gem. §§ 718 ff. BGB. verselbständigten, ihnen gesamthänderisch zustehenden Vermögenseinheit, die durch einen Mitgliederwechsel grundsätzlich als solche nicht berührt wird (§§ 736—738 BGB.).

Die OHG. ist nach § 105 HGB. eine zum Zweck des Betriebes eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gegründete Gesellschaft, also eine die vorerwähnten Wesensmerkmale der Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufweisende Personenverbindung mit dem besonderen Zweck des Betriebes eines Handelsgewerbes, die mit Rücksicht auf diesen Zweck durch handelsrechtliche Normen besonders ausgestaltet ist. Sie ist also gegenüber der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht eine artverschiedene — rechtstypisch andere —, sondern eine in ihren Grundmerkmalen artgleiche Gesellschaftsform, die sich nur hinsichtlich des ihrem Zwecke angepaßten Maßes der vermögensrechtlichen Verselbständigung von der Gesellschaft bürgerlichen Rechts unterscheidet (vgl. besonders §§ 124, 131 Ziff. 3 HGB., § 209 KO.); sie kann daher als „Unterart" oder „Abart" der Gesellschaft bürgerlichen Rechts bezeichnet werden.

Die Umwandlung der OHG. in die Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder umgekehrt bedeutet also nicht eine Änderung der für die umzuwandelnde Gesellschaftsform, insbes. die vermögensrechtliche Verbundenheit wesentlichen Artmerkmale (anders bei Ersetzung des gesamthänderischen Eigentums einer Erbengemeinschaft oder fortgesetzten Gütergemeinschaft durch ein gesellschaftliches Gesamthandeigentum, hierüber KGJ. 51, 180 und 45, 230), sondern lediglich eine Änderung des Zweckes bei unveränderter Wesensform, nämlich bestehenbleibender Verbindung der bisherigen Gesellschafter als Träger des Einheitsvermögens.

Wie eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ohne Änderung ihres Grundwesens und ihrer Vermögensträgerschaft dadurch in eine OHG. verwandelt werden kann, daß ihr statt des bisherigen Zweckes durch Vertrag der Gesellschafter der Betrieb eines Handelsgewerbes als Zweck bestimmt wird, so muß das gleiche auch für den umgekehrten Fall gelten, daß eine OHG. durch Aufgabe des Handelsgewerbebetriebes und Einführung einer anderen Zweckbestimmung in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts umgewandelt wird. Aus dem Fehlen einer diese Zulässigkeit aussprechenden ausdrücklichen Gesetzesbestimmung, wie sie beispielsweise § 332 HGB. für die Umwandlung einer KommGes. a. A. in eine AktG. enthält und wie sie durch das Ges. v. 5. Juli 1934 und die DurchfVO. hierzu v. 14. Dez. 1934 (RGBl. I, 569, 1262) über Umwandlung von Kapitalgesellschaften geregelt ist, kann die Unzulässigkeit nicht gefolgert werden, weil bei der Artgleichheit beider Gesellschaftsformen zu einer solchen Best. kein Anlaß vorlag.

Wie in Rspr. und Schrifttum allgemein anerkannt ist, hat eine bei Auflösung der OHG. durch Übertragung des Geschäftsvermögens mit Firma auf eine andere Rechtsperson beschlossene Zurückbehaltung einzelner Vermögensgegenstände zur eigenen weiteren Verwaltung der bisherigen Gesellschafter zur Folge, daß trotz der Auflassung hinsichtlich dieser Gegenstände die bisherige OHG. als Abwicklungsgesellschaft bestehen bleibt, daß die bisherige OHG. sich in der letzteren ohne Veränderung der Rechtsträgerschaft fortsetzt. Es ist aber kein rechtlicher Grund ersichtlich, aus welchem es den Gesellschaftern versagt sein sollte, diese Abwicklungsgesellschaft dadurch in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts umzuwandeln, daß sie die von der Geschäftsübertragung ausgenommenen Gegenstände in der Verbindung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zurückbehalten. Die in § 149 HGB. für das Liquidationsverfahren vorgeschriebene Umsetzung des Vermögens der Gesellschaft in Geld hat nicht die Bedeutung, daß die Gesellschafter (Liquidatoren) unter allen Umständen gezwungen sein sollen, die von dem Geschäftsverkauf ausgeschlossenen Gegenstände, insbes. Grundstücke, durch Veräußerung in Geld umzusetzen. Die Vorschr. des § 152 HGB. läßt vielmehr erkennen, daß der übereinstimmende Wille der Beteiligten, das sind hier ausschließlich die Gesellschafter (vgl. § 146 Abs. 2 S. 2 HGB.), über Verwaltung und Verwertung des bei Auflösung der OHG. vorhandenen Geschäftsvermögens entscheidend sein soll. Bei anderer Auffassung würden die Gesellschafter ihre Absicht, die Grundstücke in gesellschaftsmäßiger Form weiterzuverwalten, nur durch Rückerwerb und Einbringung in eine neugegründete Gesellschaft erreichen können. Das wäre eine durch die Zwecke der Liquidation nicht gebotene, wirtschaftlich nicht zu rechtfertigende Erschwerung, die nicht im Sinne der auf Erleichterung der Umwandlung von Gesellschaftsformen gerichteten Gesetzgebung liegen würde, läßt doch die erwähnte VO. v. 14. Dez. 1934 in §§ 7, 8 sogar die Umwandlung einer in Liquidation befindlichen Kapitalgesellschaft — AktG. und KommGes. a. A. — in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zu, solange noch nicht mit der Verteilung des Vermögens begonnen ist.

Wie die OHG. während ihres Bestehens als produktive Gesellschaft in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts umgewandelt werden kann, so muß das gleiche auch für sie im Zustande der Liquidation (Abwickelung) gelten, zumal anerkanntermaßen die

Liquidationsgesellschaft jederzeit in eine produktive Handelsgesellschaft zurückverwandelt werden kann.

Die Umwandlung des den Gesellschaftern in ihrer Verbindung in Form einer OHG. zustehenden Geschäftseigentums in das gesamthänderische Eigentum einer aus ihnen bestehenden bürgerlichen Gesellschaft kann allerdings nicht ipso jure, d. h. nicht ohne weiteres als Folge des Ausschlusses von der Geschäftsübertragung eintreten; sie setzt vielmehr eine entsprechende Willenseinigung der Gesellschafter voraus, die jedoch ebenso wie der — nicht mit Einbringung von Grundstücken verbundene — Gesellschaftsvertrag überhaupt keiner Form bedarf. Eine dahingehende Willenseinigung ist im vorl. Falle in der oben wiedergegebenen Best. der notariellen Verhandlung zu sehen, da sie den Willen der Gesellschafter erkennen läßt, zwecks gemeinschaftlicher Verwaltung und Verwertung des Grundstücks dieses in gesamthänderischer Verbindung einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zu behalten.

Durch die vorgelegte Urkunde wird also in der nach §§ 22, 29 GBO. erforderlichen Form nachgewiesen, daß die Gesellschafter der bisher im Grundbuch als Eigentümerin eingetragenen OHG. Fr. G. unter Fortfall dieses handelsrechtlichen Einheitsnamens gesamthänderische Miteigentümer des Grundstücks sind. Einer dies im Grundbuch kundbarmachenden Umschreibung gem. §§ 22, 48 GBO. steht also rechtlich nichts im Wege.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 31. Jan. 1935, 1 X 633/34.) [Sch.]

*

31. §§ 105, 131 Ziff. 4, 139 HGB. Wird eine OHG. nach dem Tode eines Gesellschafters mit dessen Erben fortgesetzt, so wird jeder einzelne Miterbe vorbehaltlich der Rechte aus § 139 HGB. trotz Aufrechterhaltung der Erbengemeinschaft unbeschränkt haftender Gesellschafter.

Als Gesellschafter der OHG. sind im Handelsregister die Kaufleute M. und H. L. eingetragen. Der letztere ist am 14. April 1932 verstorben und von seiner Witwe R. L. sowie von seiner Tochter E. L. beerbt worden. Demnächst wurde zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, daß R. und E. L. in Erbengemeinschaft an die Stelle ihres Erblassers getreten seien, und zwar unter Ausschluß von der Geschäftsführung und von der Vertretung. Das Registergericht lehnte die Eintragungen ab, weil eine Erbengemeinschaft nicht Mitglied einer OHG. sein könne. Dem trat das LG. auf eine Beschw. der Antragsteller bei. Die hiergegen gerichtete weitere Beschw. hatte keinen Erfolg.

Nach § 131 Ziff. 4 HGB. wird die OHG. durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, sofern sich aus dem Gesellschaftsvertrage nicht ein anderes ergibt. Es mag hier unterstellt werden, daß der nicht vorliegende Gesellschaftsvertrag eine Best. über die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters enthält. Auch für diesen Fall ist aber den Vorinst. im Ergebnis darin beizustimmen, daß die Gesellschaft nicht mit einer Erbengemeinschaft fortgesetzt werden kann.

Zu der Frage, in welcher Rechtsform die mehreren Erben eines verstorbenen Gesellschafters gegebenenfalls das Gesellschaftsverhältnis fortsetzen, hat das RG. in RGZ. 16, 56 ff. schon unter der Geltung des früheren Rechtes Stellung genommen, und zwar dahin, daß jeder einzelne Erbe ohne weiteres persönlich haftender Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten eines solchen werde. An dieser Auffassung hat es in JW. 1912, 475[23] und Recht 1917 Nr. 457 für das jetzt geltende Recht festgehalten. Das KG. hat sich dem in KGJ. 49, 109 mit eingehender Begr. angeschlossen, ebenso das OLG. Dresden in KGJ. 49, 268. Auch im Schrifttum wird nahezu ausschließlich diese Rechtsansicht vertreten.

Zur Begr. setzt das KG. sich zunächst mit dem in der vorl. Sache von den BeschwF. wiederholten Hinweise darauf auseinander, daß eine Erbengemeinschaft als Inhaberin eines früher von dem Erblasser als Einzelkaufmann betriebenen Handelsgeschäftes anerkannt wird. Dem wird entgegengehalten, daß die Erbengemeinschaft gerade in die von dem HGB. festgelegte Form der OHG. nicht hineinpasse, weil sie hinsichtlich der Schuldenhaftung nicht als Einheit anzusehen sei, die einzelnen Miterben aber nicht, wie es zum Begriffe der OHG. nach § 105 HGB. gehöre, unbeschränkt mit ihrem ganzen Vermögen, sondern u. U. nur mit dem Nachlasse für die Schulden der Gesellschaft haftbar gemacht werden könnten. Endlich wird ausgeführt, daß der § 139 HGB. mit der Annahme des Eintritts einer Erbengemeinschaft in die OHG. unvereinbar sei.

Ferner hatte vorher das KG. in KGJ. 44, 132 ausgesprochen, daß bei der KommGes. an die Stelle eines verstorbenen Kommanditisten die Gesamtheit seiner Erben in Erbengemeinschaft trete, und daß ein einzelner Miterbe die Stellung als selbständiger Kommanditist nur durch den Abschluß eines besonderen Vertrages erlangen könne. Dieser Auffassung hat sich das RG. in RGZ. 123, 366 = JW. 1929, 1361 = JFG. 6, 1 angeschlossen. Die BeschwF. meinen, daß für den Fall der Beerbung eines persönlich haftenden Gesellschafters (bei der OHG. oder bei der KommGes.) nichts anderes gelten könne. Dem ist zuzugeben, daß sich eine verschiedene Behandlung der beiden Fälle entgegen der Ansicht des LG. nicht schon allein aus dem Bestehen der Sondervorschrift des § 177 HGB. rechtfertigen läßt, wonach der Tod des Kommanditisten eine Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge hat. Denn dasselbe gilt nach §§ 131 Ziff. 4, 161 Abs. 6 HGB. beim Vorhandensein einer entsprechenden Best. des Gesellschaftsvertrages auch von dem Tode des persönlich haftenden Gesellschafters. Für die Zulassung der Erbengemeinschaft als Rechtsnachfolgerin eines Kommanditisten werden aber in den vorbezeichneten Entsch. noch andere Gründe geltend gemacht, die zum Teil aus der Besonderheit der Stellung des Kommanditisten entnommen werden, insbes. vom RG. die Eigenart der Kommanditeinlage, die den Erben bis zur Auseinandersetzung nur zur gesamten Hand zustehen könne. Eine Erörterung des Gewichtes dieser Gründe, die im Schrifttum vielfach Widerspruch erfahren haben, würde indes hier zu weit führen. Denn die im vorl. Falle allein zur Beurteilung stehende Frage, ob eine Erbengemeinschaft als persönlich haftender Gesellschafter an die Stelle ihres Erblassers treten kann, ist ganz unabhängig davon, zu welchen Folgerungen ihre Bejahung oder Verneinung für einen anderen Fall, nämlich den der Beerbung eines Kommanditisten, möglicherweise zwingen würde. Sie kann jedenfalls, wie noch dargelegt werden soll, nur i. S. der schon bisher allgemein vertretenen Ansicht entschieden werden. Wenn also wirklich, wie die BeschwF. geltend machen, der Fall der Beerbung eines Kommanditisten im wesentlichen gleich läge, so würde sich daraus lediglich die Notwendigkeit ergeben, die in KGJ. 44, 132; RGZ. 123, 366 = JW. 1929, 1361 vertretene Meinung aufzugeben. Das steht aber hier nicht zur Erörterung.

Es mag dahingestellt bleiben, ob es schon mit dem Begriffe der OHG. (§ 105 HGB.) unvereinbar ist, daß mehrere Miterben in Erbengemeinschaft die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters einnehmen. Jedenfalls ergibt sich aus der Sondervorschrift des § 139 HGB. mit aller Deutlichkeit, daß eine solche Gestaltung der Rechtslage nicht i. S. des Gesetzes liegt. Danach kann gegebenenfalls jeder Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, daß ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn entfallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird. Das entspricht schon nicht der Rechtsstellung, die einem Miterben innerhalb einer Erbengemeinschaft zukommt. Denn ein solcher kann grundsätzlich nicht ohne Mitwirkung der übrigen Miterben handeln. Nach § 139 Abs. 2 soll er aber u. U. sogar befugt sein, einseitig sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zu erklären. Auch die Ausdrucksweise spricht dafür, daß das Gesetz den Miterben als selbständigen Gesellschafter ansieht. Von einem „Verbleiben" des einzelnen Miterben „in der Gesellschaft" und von einem „Ausscheiden aus der Gesellschaft" dürfte nicht die Rede sein, wenn er der Gesellschaft lediglich durch Vermittlung der als eigentliche Gesellschafterin erscheinenden Erbengemeinschaft angehören würde. Er könnte dann nur in Ansehung der zum Nachlasse gehörenden Gesellschafterstellung in der Erbengemeinschaft verbleiben oder aus ihr ausscheiden. Vor allem aber würde die Regelung des § 139 vom Standpunkte der BeschwF. aus ihren Hauptzweck verfehlen. Das Gesetz will, indem es den Erben in Abs. 3 eine kurz bemessene Frist zur Ausübung der Rechte aus Abs. 1 und 2 stellt, möglichst bald Klarheit über die Art ihrer Haftung schaffen. Das ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus Abs. 4: „Scheidet innerhalb der Frist des Abs. 3 der Erbe aus der Gesellschaft aus oder wird innerhalb der Frist die Gesellschaft aufgelöst oder dem Erben die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt, so haftet er für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden nur nach Maßgabe der die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des bürgerlichen Rechtes." Damit sollen die Möglichkeiten einer Erhaltung der Haftungsbeschränkung ersichtlich erschöpft sein. Die Setzung der Frist wäre für den häufigsten Fall des Vorhandenseins mehrerer Erben zwecklos, wenn trotz ihrer Versäumung die Erbengemeinschaft weiterhin nur nach Maßgabe der erbrechtlichen Vorschr. haften sollte. Haften aber die einzelnen Miterben nach fruchtlosem Ablaufe der Frist persönlich unbeschränkt für die Schulden der Gesellschaft, so sind sie eben nach § 105 HGB. persönlich haftende Gesellschafter.

Dem BeschwF. kann nicht zugegeben werden, daß diese Gestaltung der Rechtslage mit den Vorschr. des bürgerlichen Rechtes in unlösbarem Widerspruch stände. Allerdings geht der Nachlaß als Ganzes auf die mehreren Erben grundsätzlich in der Weise über, daß sie nur gemeinsam in die Rechtsstellung des Erblassers eintreten und an den einzelnen Nachlaßgegenständen zur gesamten Hand berechtigt werden. Dieser Grundsatz hindert aber rechtlich

nicht, daß zufolge einer gesetzlichen Sonderregelung, wie sie § 139 HGB. trifft, jeder Miterbe selbständiger Gesellschafter mit einer unmittelbaren Beteiligung an dem Gesellschaftsvermögen wird. Auch praktisch wäre das nur dann bedenklich, wenn damit der Auseinandersetzung der Miterben vorgegriffen würde. Etwas Derartiges ist aber ausgeschlossen, wenn man annimmt, daß die aus dem Gesellschafterrechte fließenden Ansprüche, soweit sie übertragbar sind, also von dem Gesellschafterrechte selbst getrennt werden können (das sind die Ansprüche auf den Gewinnanteil und auf den Auseinandersetzungsanteil), der Erbengemeinschaft zustehen, mithin zum Gegenstande der Erbauseinandersetzung gemacht werden können und müssen. Daß etwaige Gläubiger eines Miterben dies aus dem Handelsregister nicht ersehen können, ist unerheblich. Denn das Handelsregister ist nicht dazu bestimmt, über außergesellschaftliche Rechtsverhältnisse hinsichtlich der den Gesellschaftern zustehenden übertragbaren Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis Auskunft zu geben.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 21. Febr. 1935, 1 Wx 65/35.) [Sch.]

*

32. §§ 260, 262a HGB. i. d. Fass. der VO. über Aktienrecht v. 19. Sept. 1931 (RGBl. I, 493); §§ 1, 2 der 7. DurchfVO. v. 8. Juni 1934 (RGBl. I, 491). Der Vorstand einer AktGes. ist verpflichtet, die Generalversammlung wegen des Jahresabschlusses auch dann innerhalb der Frist des § 260 Abs. 2 HGB. abzuhalten, wenn die vorgeschriebene Bilanzprüfung noch nicht abgeschlossen ist; die Vorschrift des § 262a HGB. steht dem nicht entgegen. Der Vorstand kann daher ohne Rücksicht hierauf zur Abhaltung der Generalversammlung im Ordnungsstrafverfahren angehalten werden. Verzögert der Bilanzprüfer den Abschluß der Prüfung aus sachlich nicht gerechtfertigten Gründen (z. B. wegen Nichtvorliegens des Jahresabschlusses einer Tochtergesellschaft oder wegen schwebender Sanierungsverhandlungen), so ist unter Umständen auch ein Ordnungsstrafverfahren gemäß § 2 i. Verb. m. § 1 Abs. 1 Satz 2 der 7. DurchfVO. v. 8. Juni 1934 (RGBl. I, 491) gerechtfertigt.

Durch die Vfg. des Registergerichts v. 3. Sept. 1934 wurde den beiden Vorstandsmitgliedern der X.-AktG. aufgegeben, binnen vier Wochen die ordentliche GenVers. für das Geschäftsjahr 1933 abzuhalten und das aufzunehmende notarielle Protokoll in Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift einzureichen, bei Vermeidung des Ordnungsstrafverfahrens (vgl. §§ 259 Abs. 5, 260 HGB. i. Verb. m. §§ 14, 319 HGB.). Die Gesellschaft antwortete in einer Erklärung v. 1. Okt. 1934, daß infolge schwebender Sanierungsverhandlungen die Bilanz für das Geschäftsjahr 1933 nebst Gewinn- und Verlustrechnung noch nicht endgültig habe festgestellt und daher auch der GenVers. zur Genehmigung nicht habe vorgelegt werden können; mit Rücksicht hierauf bat sie um Fristverlängerung. Das Registergericht lehnte diese mit der Begr. ab, daß die vorzunehmende Sanierung die Hinausschiebung der GenVers. nicht rechtfertigen könne, und gab den beiden Vorstandsmitgliedern nunmehr durch Vfg. v. 13. Okt. 1934 gem. § 132 FGG. auf, innerhalb vier Wochen bei Vermeidung einer Ordnungsstrafe von 50 *RM* der Vfg. v. 3. Sept. 1934 nachzukommen oder das Unterlassen durch Einspruch zu rechtfertigen. Die Vorstandsmitglieder erhoben hiergegen rechtzeitig Einspruch mit folgender Begr.: Die Anstrengungen des Vorstandes, den Prüfungsvermerk der gem. § 262a HGB. mit der Bilanzprüfung beauftragten Treuhand-V. AktG. für die Bilanz 1933 zu bekommen, seien bisher erfolglos gewesen; die Treuhand-V. AktG. stelle sich auf den Standpunkt, daß sie den Prüfungsvermerk erst geben könne, wenn sie die geprüfte Bilanz der Y.-AktG., einer Tochtergesellschaft der X.-AktG., von deren Aktienkapital diese 70 % besitze, in Händen habe; hieraus ergäben sich jedoch Verzögerungen, da das Geschäftsjahr der Y.-AktG. mit dem 31. März abschließe; im übrigen werde auf die Eingabe v. 1. Okt. Bezug genommen. In dem daraufhin vom Registergericht anberaumten Einspruchstermin v. 13. Nov. 1934 hat der erschienene Terminsvertreter eine Bescheinigung der Treuhand-V. AktG. überreicht, in der diese bestätigt, daß sie nach ihrer Auffassung den Bestätigungsvermerk erst geben könne, nachdem sie sich an Hand eines ausreichenden Prüfungsberichts für die Y.-AktG. oder auf Grund eigener Prüfungen ein klares Bild über dieses Unternehmen verschafft habe.

Das Registergericht hat den Einspruch zurückgewiesen und zugleich die angedrohte Ordnungsstrafe von 50 *RM* festgesetzt.

Hiergegen haben die Vorstandsmitglieder der X.-AktG. rechtzeitig sofortige Beschw. eingelegt. Sie machen geltend: Die Vorlage einer zwar mit dem einfachen Prüfungsvermerk versehenen, aber möglicherweise unzutreffenden Bilanz an die GenVers. würde mit den kaufmännischen Gepflogenheiten und Grundsätzen sowie mit der selbstverständlich zu beobachtenden Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns schlechterdings nicht in Einklang zu bringen sein; für die Vorstandsmitglieder der Gesellschaft sei es — auch im Interesse der Gesellschaftsgläubiger — oberste Pflicht, erst dann die Bilanz endgültig mit ihren Namen zu decken, wenn sie die Billigung der Wirtschaftsprüfer gefunden habe; der Prüfungsbericht über die Y.-AktG. sei inzwischen zwar eingegangen und sofort auch der Treuhand-V. AktG. zugänglich gemacht; diese müsse sich nun aber erst an Hand dieses Berichts und auf Grund eigener Prüfungen ein klares Bild über die Tochtergesellschaft machen, die einen wesentlichen Teil der Bilanzsumme der X.-AktG. ausmache.

Das LG. hat die sofortige Beschw. durch Beschl. v. 20. Dez. 1934 zurückgewiesen. Es führt aus: Für die mit dem 31. Dez. 1933 abzuschließende Bilanz der X.-AktG. könne grundsätzlich nur die für den 31. März 1933 aufgestellte Bilanz der Tochtergesellschaft berücksichtigt werden; es gehe nicht an, die Bilanz der Tochtergesellschaft v. 31. März 1934 abzuwarten, und es sei im allgemeinen auch durchaus möglich, die Bilanz der X.-AktG. auch ohne die Bilanz der Tochtergesellschaft für das Geschäftsjahr 1933/34 aufzustellen und in einem Zusatz zu dem Bilanzbestätigungsvermerk darauf hinzuweisen; auch die Überlastung des Bilanzprüfers könne die BeschwF. nicht entschuldigen; in einem solchen Falle sei es Sache der Gesellschaft, andere Bilanzprüfer rechtzeitig zu wählen.

Hiergegen haben die Vorstandsmitglieder rechtzeitig weitere sofortige Beschw. erhoben. Sie machen folgendes geltend: Seit Monaten schwebten umfangreiche Sanierungsverhandlungen für die X.-AktG. Unter diesen Umständen sei es für den Wirtschaftsprüfer zur Zeit unmöglich, den Prüfungsbericht fertigzustellen, weil der Wert der Beteiligung an der Y.-AktG. von dem Ausgange dieser Sanierungsverhandlungen abhänge. Ohne den Prüfungsvermerk könne die Bilanz nach § 262a HGB. einer GenVers. nicht vorgelegt werden. Auch die Stellung eines Antrages gem. § 262b Abs. 4 HGB. auf Bestellung eines anderen Bilanzprüfers durch das Gericht komme nicht in Betracht, da der bisherige Bilanzprüfer nicht aus in seiner Person liegenden, sondern nur aus sachlich gerechtfertigten Gründen zur Zeit verhindert sei, die Prüfung abzuschließen. Somit könne von einem schuldhaften Unterlassen des Vorstandes, das die Voraussetzung für ein Ordnungsstrafverfahren sei, nicht die Rede sein.

Die weitere Beschw. hatte keinen Erfolg.

Gemäß § 260 Abs. 2 HGB. hat der Vorstand in den ersten drei, spätestens in den ersten sechs Monaten des Geschäftsjahres für das verflossene Geschäftsjahr den Jahresabschluß sowie einen Geschäftsbericht dem Aufsichtsrat und mit dessen Bemerkungen der GenVers. vorzulegen. Diese Vorschr., die inhaltlich schon vor der VO. über Aktienrecht v. 19. Sept. 1931 (RGBl. I, 493) bestand, wird durch die in dieser VO. begründete und in den DurchfVO. hierzu weiter ausgebaute Bilanzprüfungspflicht in keiner Weise berührt. Insbesondere hat der § 262a Abs. 1 HGB., wonach die Bilanzprüfung vorzunehmen ist, bevor der Jahresabschluß der GenVers. zur Beschlußfassung vorgelegt wird, nicht etwa den Sinn, daß der Vorstand von der Pflicht, den Jahresabschluß binnen der in § 260 Abs. 2 HGB. bestimmten Frist der GenVers. vorzulegen, solange entbunden ist, als die Bilanzprüfung nicht abgeschlossen ist. Vielmehr hat der Vorstand dafür zu sorgen, daß der Bilanzprüfer so zeitig bestellt wird, daß bei fristgemäßer Abhaltung der GenVers. das Prüfungsergebnis dem Aufsichtsrat bereits vorgelegen hat und dieser daher gem. § 262e HGB. hierzu hat Stellung nehmen können. Gelingt dies trotz aller Bemühungen des Vorstandes ausnahmsweise nicht, dann ist die GenVers. trotzdem fristgemäß abzuhalten und dieser hierbei der von dem Vorstand gefertigte Jahresabschluß vorzulegen. Die Abhaltung einer solchen GenVers. ist auch nicht etwa zwecklos. Ihr gerade liegt es nunmehr ob, sich darüber schlüssig zu werden, welche Schritte im gegebenen Falle zu tun sind. Sie wird daher insbes. zunächst vom Vorstand und Aufsichtsrat Rechenschaft darüber fordern können, worauf es beruht, daß der Prüfungsbericht dem Aufsichtsrat noch nicht vorliegt. Falls die Verzögerung in der Person des gewählten Bilanzprüfers liegt, kann die GenVers. auch einen anderen Bilanzprüfer wählen; tut sie dies nicht, ist sogar der einzelne Aktionär befugt, beim Registergericht zu beantragen, daß an Stelle des „an dem rechtzeitigen Abschluß der Bilanzprüfung verhinderten" Prüfers ein anderer Prüfer bestellt wird (§ 262b Abs. 4 HGB.). Übrigens ist sogar eine Beschlußfassung über den Jahresabschluß, bevor die Bilanzprüfung beendet ist, nicht völlig ausgeschlossen. Denn die Pflichtprüfung ist, wenn auch der Schutz öffentlicher Interessen für ihre Einführung mit maßgebend gewesen ist, doch vorwiegend eine interne Angelegenheit der Gesellschaft; mit Rücksicht hierauf hat man bei Verabschie-

dung der VO. bewußt davon abgesehen, zu bestimmen, daß der Jahresabschluß vor Beendigung der Bilanzprüfung nicht verabschiedet werden dürfe, weil man befürchtete, daß damit u. U. der ganze Geschäftsbetrieb des Unternehmens zum Erliegen kommen könnte (vgl. Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, VO. über Aktienrecht zu § 262 a Anm. 6 S. 282). Ob eine vor Beendigung der Bilanzprüfung erfolgte Beschlußfassung über den Jahresabschluß anfechtbar sein würde (vgl. Schlegelberger-Quassowski-Schmölder a. a. O.), kann hier dahingestellt bleiben.

Ebensowenig kann der Vorstand die Nichtabhaltung der GenVers. damit rechtfertigen, daß noch das Bilanzergebnis einer Tochtergesellschaft oder das Ergebnis schwebender Sanierungsverhandlungen abgewartet werden solle. Die Jahresbilanz dient dazu, ein Bild von der Geschäftslage zu geben, wie diese sich am Schlusse des betreffenden Geschäftsjahres darstellt; sie kann daher durch spätere Ereignisse grundsätzlich nicht beeinflußt werden; keinesfalls darf die Bilanz der Tochtergesellschaft abgewartet werden, wenn diese Bilanz zeitlich nach dem hier maßgebenden Stichtage abschließt. Mit Recht weist das LG. darauf hin, daß ein solches Abwarten künftiger Ereignisse den Jahresabschluß auf völlig ungewisse Zeit hinausschieben würde. So hat auch der Senat bereits im Beschl. v. 6. Okt. 1911 (RJA. 11, 220), wo ebenfalls Sanierungsbestrebungen vorgeschützt waren, ausgeführt: „Die ordentliche GenVers., in der die Aktionäre über die Frage der Gesellschaft Aufklärung erhalten und zur Meinungsäußerung über die Geschäftsführung verstattet werden sollen, muß nach der gesetzlichen Vorschr. unbedingt alljährlich abgehalten werden. Irgendeinen Grund, die Veranstaltung der GenVers. zu unterlassen, kennt das Gesetz nicht. Durch die Nichteinberufung derselben begehen die Vorstandsmitglieder unter allen Umständen eine grobe Pflichtwidrigkeit." Ähnlich heißt es auch in dem Beschl. des Sen. v. 11. Juli 1933, 1 b X 368/33: „Die Pflicht zur alljährlichen Einberufung der GenVers. ist dem Vorstand ohne Einschränkung auferlegt, und, soweit ihrer Erfüllung Schwierigkeiten entgegenstehen, ist die Bilanz so aufzustellen und der GenVers. zur Genehmigung vorzulegen, wie es den Umständen nach möglich ist; die kritische Lage, in der sich die AktG. anscheinend befindet, macht eine Befolgung der Vorschr. nur um so dringender." An dieser Beurteilung der Obliegenheiten des Vorstandes hat sich durch das Hinzutreten der Bilanzprüfungspflicht, die nur eine größere Zuverlässigkeit des Jahresabschlusses gewährleisten soll, nichts geändert. Übrigens verkennt auch der Bilanzprüfer seine Pflicht, wenn er wegen Nichtvorliegens der Bilanz einer Tochtergesellschaft (vgl. hierzu Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, VO. über Aktienrecht, § 262 a, Anm. 5, S. 279) oder gar wegen schwebender Sanierungsverhandlungen den Abschluß der Prüfung hinausschiebt. Verzögert er den Abschluß der Prüfung aus derartigen sachlich nicht gerechtfertigten Gründen, wie sie der BeschwF. anführt, so wird der Vorstand sogar in Erwägung zu ziehen haben, ob darin nicht ein Fall der Verhinderung des Bilanzprüfers i. S. des § 1 Abs. 1 Satz 2 der 7. DurchfVO. v. 8. Juni 1934 (RGBl. I, 491) zu sehen ist und ob er nicht aus diesem Grunde verpflichtet ist, bei dem Registergericht die Bestellung eines anderen Bilanzprüfers zu beantragen; auch hat ihn das Gericht hierzu u. U. durch ein weiteres Ordnungsstrafverfahren anzuhalten (§ 2 VO. v. 8. Juni 1934).

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 21. März 1935, 1 Wx 85/35.) [Sch.]

*

33. §§ 55, 57 GmbHG. Kapitalerhöhung — Übernahme einer Stammeinlage — durch Aufrechnung mit Dividendenansprüchen.

Der alleinige Gesellschafter der ... GmbH., die W. W. Ph. J. in Amerika beschloß:

„Das Stammkapital der Gesellschaft wird um 9000 *RM*, also von 20 000 *RM* auf 29 000 *RM*, erhöht. Die neuen Geschäftsanteile nehmen am Gewinn der Gesellschaft vom 1. April 1934 ab teil. Die neuen Stammeinlagen sind in Geld zu leisten, und zwar in voller Höhe vor der Anmeldung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister.

Namens der W. W. Ph. J. übernehme ich auf das erhöhte Stammkapital eine Stammeinlage von 9000 *RM*. Die Übernahme erfolgt unter dem Vorbehalt, daß die zuständige Devisenbewirtschaftungsstelle es genehmigt, daß die W. W. Ph. J. mit ihrem Anspruch auf Zahlung von 10 000 *RM* für das Jahr 1932 ausgeschüttete Dividende in Höhe von 9000 *RM* gegen den Anspruch auf Einzahlung der übernommenen Stammeinlage aufrechnet."

Der Geschäftsführer meldet die Erhöhung des Stammkapitals unter Beifügung einer Ausfertigung dieser Verhandlung nebst den sonst erforderlichen Erklärungen und einer Bescheinigung des LFinA. über Genehmigung der Verwendung der Dividende in Höhe von 9000 *RM* zur Verrechnung auf die Stammeinlageschuld von 9000 *RM* beim Handelsregister an mit der Versicherung, daß die neue Stammeinlage voll einbezahlt sei, und daß die eingezahlten Beträge sich in seiner freien Verfügung befänden.

Das RegG. beanstandete die Anmeldung zunächst durch befristete Vfg. v. 19. Juli aus dem Grunde, weil nach der Verhandlung vom 12. Juni 1934 die neue Stammeinlage in Geld zu leisten, statt dessen aber unzulässigerweise eine Forderung gegen die Gesellschaft eingebracht sei.

Die vom Geschäftsführer erhobene Beschw. wurde vom LG. zurückgewiesen. Seiner weiteren Beschw. war Erfolg zu geben.

Das LG. führt aus: „Dem BeschwF. sei zuzugeben, daß die Aufrechnung einer in dem Gesellschafterbeschluß vorgesehenen Zahlung gleichzusetzen sei. Die Übernahme der auf das erhöhte Kapital zu leistenden Stammeinlage werde aber unter dem Vorbehalt der Genehmigung der zuständigen Devisenbewirtschaftungsstelle erklärt. Diese Erklärung könne rechtlich nur so aufgefaßt werden, daß die Übernahme erst mit der Erteilung der Genehmigung wirksam werde. Sie habe in diesem Augenblick in der im § 55 Abs. 1 GmbHG. geforderten Form der gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung von dem Übernehmer erklärt werden müssen. Das sei hier nicht geschehen. Die vor der Genehmigung in der erwähnten Form geschehene Erklärung reiche nicht aus."

Diese Ausführungen können mit der weiteren Beschw. nur dahin aufgefaßt werden, daß das LG. eine an einen Vorbehalt oder eine Bedingung geknüpfte Übernahme einer Stammeinlage für unzulässig halte; denn in dem Zeitpunkt, in welchem der Vorbehalt oder die Bedingung sich durch Erteilung der Genehmigung der Devisenbewirtschaftungsstelle erledigen, wird die Übernahme zu einer vorbehaltlosen — unbedingten. Wenn das LG. einen in diesem Zeitpunkt in der Form des § 55 Abs. 1 GmbHG. erfolgte Übernahmeerklärung für notwendig hält, so verneint es damit schlechthin die Zulässigkeit bedingter Übernahmeerklärungen. Das LG. hatte, da es das vom Registerrichter erhobene Bedenken nicht anerkannte, sondern einen anderen behebbaren Mangel annahm, von seinem Standpunkt aus der ersten Beschw. stattgegeben und eine Zwischenverfügung anderen Inhalts dem RegG. aufgeben oder selbst erlassen müssen.

Der Standpunkt des LG. kann jedoch rechtlich nicht gebilligt werden. Den Zwecken des Gesetzes ist genügt, wenn zur Zeit der Anmeldung das erhöhte Kapital durch Übernahme gedeckt und die gesetzlich geforderten Leistungen auf die übernommenen Stammeinlagen erfolgt sind (§ 57 Abs. 1, 2 GmbHG.). Deshalb werden im Schrifttum allgemein Bedenken gegen bedingte Übernahmeerklärungen für den Fall nicht erhoben, daß die Bedingung oder der Vorbehalt zur Zeit der Anmeldung sich erledigt haben, d. h. daß der Vorbehalt gegenstandslos geworden oder die der Übernahmeerklärung beigefügte aufschiebende Bedingung eingetreten ist, während bei auflösender Bedingung deren Ausfall zur Zeit der Anmeldung feststehen muß. Die Übernahme ist im vorliegenden Falle an die Bedingung geknüpft, daß die beabsichtigte Verwendung des Anspruchs auf Auszahlung von Dividende zur Erfüllung der Einlagepflicht im Wege der Aufrechnung durch die Devisenbewirtschaftungsstelle genehmigt wird. Der Eintritt dieser Bedingung ist durch die eingereichte Bescheinigung des LFinA. bewiesen. Die Aufrechnung selbst ist nicht — was nach § 388 BGB. unzulässig gewesen wäre — bedingt erklärt, sondern für den Fall der Genehmigung der Devisenbewirtschaftungsstelle zur beabsichtigten Verwendung der Forderung unbedingt in Aussicht genommen. Die Tatsache der Verrechnung selbst ist durch die gem. §§ 57 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG. vom Geschäftsführer bei der Anmeldung abgegebene Versicherung dargetan.

Die Annahme des LG., daß die Aufrechnung mit dem Anspruch auf Auszahlung von Dividende hier im Sinne des Erhöhungsbeschlusses als eine Geldleistung und nicht als eine Sachleistung — Einbringung einer Forderung — anzusehen sei, ist dagegen rechtlich zu billigen, da durch Aufrechnung mit einer vollwertigen frei verfügbaren Gegenforderung der Umweg der Auszahlung und Wiedereinzahlung vermieden wird, was insbes. bei dem Vorhandensein eines einzigen Gesellschafters keinen vernünftigen Sinn hätte (RGZ. 96, 227 = JW. 1926, 1153[1]).

(KG., ZivSen. 1 b, Beschl. v. 10. Jan. 1935, 1 b X 605/34.)

Eingesandt v. RA. Heinrich Richter, Berlin.

*

34. §§ 20, 140 FGG. Betrifft ein Firmenmißbrauchsverfahren die Firma einer GmbH., so stehen Einspruchs- und Beschwerderecht außer dem Geschäftsführer auch der GmbH. zu.

Die O.-Gmb. ist in das Handelsregister eingetragen. Das RegGer. hat das Firmenmißbrauchsverfahren eingeleitet. Die Gesellschaft hat Einspruch erhoben. Ihr Einspruch ist verworfen, die von ihr eingelegte sofortige Beschwerde ist zurückgewiesen worden. Ihre weitere sofortige Beschwerde ist im wesentlichen erfolglos geblieben.

Das Beschwerderecht der BeschwF. ist schon im Hinblick auf die Kostenentscheidung des LG. zu bejahen. Auch unabhängig von diesem

Gesichtspunkte muß der BeschwF. das Beschwerderecht und auch das Recht des Einspruchs gegenüber der das Firmenmißbrauchsverfahren einleitenden Verfügung zuerkannt werden. Gerade auch im Rahmen des Firmenmißbrauchsverfahrens muß oberster Grundsatz für das Gericht sein, daß die Angelegenheit sachlich zutreffend erledigt wird, und daß die Beteiligten nicht wegen formeller Versehen mit Strafe belegt werden (vgl. KGJ. 31, A 206, 212—213). Die Verletzung dieses obersten Grundsatzes ist aber unvermeidlich, wenn das Einspruchs- und Beschwerderecht der GmbH. für das Firmenmißbrauchsverfahren verneint wird. Das Gesetz selbst fordert ein Einschreiten gegen diejenige Person, die ein ihr nicht zustehendes Firmenrecht gebraucht, also ein Einschreiten gegen die GmbH., die „durch" ihren Geschäftsführer die zu beanstandende Firma gebraucht (§ 140 FGG.). Das Einschreiten kann allerdings nur in der Weise erfolgen, daß die Strafe dem Geschäftsführer angedroht und ihm gegenüber verhängt wird. Zur Unterlassung des Gebrauchs der Firma soll aber auf diese Weise die GmbH. selbst „angehalten" werden (§ 37 HGB.) und nicht, jedenfalls nicht nur ihr gegenwärtiger Geschäftsführer. Der Satz, daß im Ordnungsstrafverfahren nicht gegen juristische Personen eingeschritten werden könne (vgl. JFG. 10, 87), ist daher nur in dem Sinne aufrechtzuerhalten, daß sich dies Einschreiten unmittelbar gegen physische Personen richtet. Mittelbar soll jedoch — jedenfalls im Firmenmißbrauchsverfahren — gerade die juristische Person durch dies Einschreiten getroffen werden. Denn in Wahrheit handelt es sich um ihre Angelegenheit (vgl. KGJ. 31, A 206, 212 Zeile 7—8) und auch um eine etwaige Beeinträchtigung ihrer Rechte (vgl. § 20 FGG.). Diese Erwägungen legen die Auffassung nahe, daß nach dem Sinn des Gesetzes in einem Firmenmißbrauchsverfahren, das die Firma einer GmbH. zum Gegenstande hat, der in erster Linie „Beteiligte", der in der Hauptsache „Betroffene" und „Beeinträchtigte" in Wahrheit die GmbH. ist. Zum mindesten führt gerade die Fassung des Gesetzes dazu, daß Einspruch und sofortige Beschwerde vielfach namens der GmbH. erhoben werden. Soll daher dem an die Spitze dieser Betrachtung gestellten obersten Grundsatz entsprochen werden, so muß das Einspruchs- und Beschwerderecht der GmbH. anerkannt werden. Es erscheint in vielen Fällen nicht angängig, den ausdrücklich namens der GmbH. erhobenen Einspruch und die ausdrücklich namens der GmbH. eingelegte sofortige Beschwerde in Erklärungen des Geschäftsführers umzudeuten, um zu einem jenem obersten Grundsatz entsprechenden Ergebnis zu gelangen. Mag eine solche Deutung bei der OHG. vielfach möglich sein (KGJ. 31, A 206, 210 ff.), bei der GmbH. würde es sich sehr häufig (und so auch im vorl. Falle) um eine mit der Wirklichkeit nicht im Einklang stehende reine Fiktion handeln. Die Erwägungen, auf Grund deren die Entsch. KGJ. 31, A 206 das Einspruchsrecht der OHG. verneint (vgl. z. B. auch Schlegelberger, FGG., § 133 Anm. 3), können nicht als durchgreifend erachtet werden. Es ist auch nicht angängig, das Beschwerderecht in der hier maßgeblichen Beziehung anders zu behandeln als das Einspruchsrecht (vgl. KGJ. 31, A 206, 210 unten).

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 4. Okt. 1934, 1 b X 393/34.) [Sch.]

*

35. § 139 FGG.; §§ 262a, 266, 299 HGB.; §§ 1, 2 der 7. DurchfVO. z. Nov. v. 19. Sept. 1931 v. 8. Juni 1934 (RGBl. I, 491). **Die Beschw. gegen die Festsetzung einer Ordnungsstrafe ist auch noch nach deren Bezahlung zulässig. Die Vorschrift des § 262a HGB. über die Pflichtprüfung des Jahresabschlusses und des Geschäftsberichts der AktG. ist während der Liquidation nicht anwendbar.**

Das Registergericht hat dem Liquidator der Tr.-AG. in Liquidation aufgegeben, innerhalb 2 Wochen bei Vermeidung einer Ordnungsstrafe von 50 *RM* der Verpflichtung nachzukommen, die Bestellung eines Bilanzprüfers bei Gericht zu beantragen bzw. sofort eine Generalversammlung zu dessen Bestellung einzuberufen oder das Unterlassen durch Einspruch gegen diese Verfügung zu rechtfertigen. Den vom Liquidator erhobenen Einspruch, in dem die Anwendbarkeit der Vorschr. des § 262a HGB. (über Bilanzprüfung) auf das Liquidationsstadium verneint wird, hat der Registerrichter als unbegründet zurückgewiesen und die angedrohte Ordnungsstrafe gegen ihn festgesetzt. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschw. hatte keinen Erfolg. Der weiteren sofortigen Beschw. ist stattgegeben worden.

Zutreffend ist das LG. davon ausgegangen, daß die sofortige Beschw. zulässig war, obgleich die festgesetzte Ordnungsstrafe vor Einlegung der sofortigen Beschw. bezahlt worden war. Dies folgt schon daraus, daß die sofortige Beschw. nicht nur die Festsetzung der Ordnungsstrafe zum Gegenstand hat, sondern auch die ihr zugrunde liegende Verwerfung des Einspruchs und daß sie insbes. auch darauf gerichtet ist, an Stelle dieser Verwerfung eine Entsch. herbeizuführen, durch welche die das Ordnungsstrafverfahren einleitende Verfügung aufgehoben wird (vgl. Schlegelberger, FGG. § 139 Anm. 1 Abs. 3). Im übrigen wird durch die Zahlung der Ordnungsstrafe die Hauptsache nicht einmal insoweit erledigt, als die Festsetzung der Ordnungsstrafe in Frage steht; wird nämlich diese Festsetzung aufgehoben, so ist der gezahlte Betrag zu erstatten.

In der Sache selbst nimmt das LG. allerdings mit Recht an, daß § 262a HGB. nicht ein „Anhängsel" des § 262 HGB. sei, und daß infolgedessen aus der im § 299 Abs. 2 HGB. angeordneten Unanwendbarkeit des § 262 HGB. auf das Liquidationsstadium nicht geschlossen werden könne, es sei hier auch § 262a HGB. nicht anwendbar. Nach § 262a ist die Bilanzprüfung darauf zu richten, ob der Jahresabschluß sachgemäß aufgestellt ist und mit der Inventur und den Geschäftsbüchern übereinstimmt, und ob ferner bei der Aufstellung des Jahresabschlusses und des Geschäftsberichts unter Berücksichtigung der Buchführung der Gesellschaft die Vorschr. der §§ 260, 260a und b, 261a bis e, 262 HGB. richtig angewandt sind. Es handelt sich hier also um die Prüfung des gesamten Jahresabschlusses und des Geschäftsberichts, während die Vorschrift des § 262 HGB. lediglich die Bildung eines Reservefonds zur Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlustes zum Gegenstande hat. § 262a könnte daher — wenn er überhaupt als „Anhängsel" bezeichnet werden könnte — höchstens als Anhängsel der sämtlichen den Jahresabschluß und den Geschäftsbericht betreffenden Vorschr. gelten, d. h. auch von solchen Vorschr., die auf das Liquidationsstadium anwendbar sind.

Den weiteren Darlegungen des BeschwG. kann jedoch nicht zugestimmt werden. Das BeschwG. führt aus: Als Hauptbeweismittel für die Verneinung der Frage werde im Schrifttum angeführt, daß die Liquidationsbilanz nicht eine Gewinn- und Verlustermittlung wie die Bilanz der tätigen (aktiven) Gesellschaften, sondern eine Gewinnverteilung bezwecke und vorbereite. Es sei nicht einzusehen, daß diese Begr. gegen die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Prüfung von Liquidationsbilanzen spreche. Die Verteilung des Vermögens sei für die Aktionäre und die Gläubiger der Gesellschaft wichtiger, zum mindesten ebenso wichtig wie die Verteilung des Jahresgewinnes. Aktionäre und Gläubiger hätten ein dringendes Interesse daran, daß gerade die Vermögensverteilung in einwandfreier Weise vorbereitet werde und die Organe der Gesellschaft bei dieser Vorbereitung durch eine unabhängige Stelle überprüft würden. Die Praxis habe beispielsweise gezeigt, daß von den Liquidatoren einzelne Aktivposten der Bilanz, trotzdem sie verteilungsreif seien, noch länger festgehalten würden, und andererseits, daß noch nicht verteilungsreife Posten verteilt worden seien. Solche Mißgriffe der Liquidatoren könnten am ehesten durch Bilanzprüfungen verhindert werden. Es sei in diesem Zusammenhange zu beachten, daß Liquidationen sich oft über Jahre hindurch hinzögen. Wenn das Gesetz die Nachprüfung gesunder tätiger AktG. für erforderlich halte, so bestehe diese Notwendigkeit noch eher bei den Bilanzen in Liquidation befindlicher Gesellschaften, deren Liquidation oft darin ihre Ursache habe, daß die Gesellschaft innerlich „krank" sei.

Diese Erwägungen sind sehr beachtlich, soweit sie die Frage betreffen, ob es zweckmäßig ist, daß auch im Liquidationsstadium eine Pflichtprüfung stattfindet. Im Schrifttum wird aber zur Begr. der vom LG. abgelehnten Auffassung nicht geltend gemacht, die Erstreckung der Pflichtprüfung auf das Liquidationsstadium sei nicht zweckmäßig. Es wird vielmehr darauf hingewiesen, daß den Hauptgegenstand der Pflichtprüfung die Innehaltung von solchen Vorschr. bilde, die auf die besonderen Bilanzen des Liquidationsstadiums nach § 299 HGB. nicht anwendbar seien (Horrwitz-Ullmann, Komm. zum neuen Aktienrecht S. 167). In ähnlichem Sinne äußern sich zu dieser Frage Schlegelberger-Quassowski-Schmölder (VO. über Aktienrecht, 1932, S. 272 f.). Dieser Gesichtspunkt, dem eine gewisse, wenn auch nicht ausschlaggebende Bedeutung zuzusprechen ist, stellt nicht — wie das LG. meint — das Hauptbeweismittel der im Schrifttum herrschenden Lehre dar. So betonen insbes. Schlegelberger-Quassowski-Schmölder a. a. O. S. 273, wichtiger sei ein weiterer Gesichtspunkt: Die Pflichtprüfung verursache regelmäßig nicht unerhebliche Kosten. Es sei sehr wohl denkbar, daß diese Kosten in vielen Fällen außer jedem Verhältnis zu dem im Liquidationsstadium noch vorhandenen Vermögen ständen. In solchen Fällen würde unter Umständen die Durchführung der Pflichtprüfung, die doch in erster Linie dem Interesse der Aktionäre und Gläubiger zu dienen bestimmt sei, gegen deren Interesse ausschlagen können. Dies könne unmöglich die Absicht des Gesetzes sein. Das LG. meint hierzu, den von ihm angestellten, oben wiedergegebenen Erwägungen gegenüber müsse die Kostenfrage zurücktreten. In Wahrheit darf jedoch nicht gefragt werden, welche Erwägungen nach der Auffassung des Gerichts zurücktreten müssen; es muß vielmehr geprüft werden, welchen Erwägungen nach dem Sinne des Gesetzes die maßgebende Bedeutung zukommt. Gerade der von Schlegelberger-Quassowski-Schmölder in den Vordergrund gestellte Kostengesichtspunkt zeigt nun zunächst, daß es überaus beachtliche Erwägungen geben kann, um deretwillen die Absicht des Gesetzes dahin gegangen sein mag, trotz Berücksichtigung der gewichtigen Gründe, die für die

Erstreckung der Pflichtprüfung auf das Liquidationsstadium sprechen, von einer solchen Erstreckung Abstand zu nehmen. Die Frage muß daher dahin gestellt werden, ob Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß tatsächlich die Absicht des Gesetzes die soeben bezeichnete Richtung gehabt hat. Es zeigt sich, daß mehrere solche Anhaltspunkte vorhanden sind, die in ihrer Gesamtheit zu der Annahme zwingen, daß § 262a HGB. nicht auf das Liquidationsstadium zu erstrecken ist.

Zunächst scheint allerdings die allgemeine Best. des § 294 Abs. 2 HGB., nach der grundsätzlich bis zur Beendigung der Liquidation „die Vorschr. der vorausgehenden Titel" zur Anwendung kommen, für den Standpunkt des LG. zu sprechen. Dem steht jedoch die Sonderbest. des § 299 Abs. 2 HGB. entgegen. Diese Vorschr. zeigt, daß gerade für das Gebiet der Bilanzen (§§ 260—265) und der Prüfung von Geschäftsvorgängen (§§ 266—267) eine ausdrückliche und erschöpfende Klarstellung der Frage, inwieweit „die Vorschr. der vorausgehenden Titel" zur Anwendung kommen, geboten erschien. Ist aber dies der Standpunkt des Gesetzgebers, so spricht bei der Besonderheit des § 262a HGB. das Fehlen einer ausdrücklichen Best. für das Liquidationsstadium nicht gegen, sondern für die herrschende Auffassung. Es kommt hinzu, daß es jedenfalls nahegelegen hätte, für die Liquidationseröffnungsbilanz eine ausdrückliche Regelung zu treffen, wenn § 262a HGB. auch für das Liquidationsverfahren hätte gelten sollen; denn § 262a HGB. behandelt nur Jahresabschlüsse; es ist aber nicht einzusehen, warum die Liquidationseröffnungsbilanz anders als die Liquidationsjahresbilanz behandelt werden sollte, wie das Registergericht annimmt (vgl. Schlegelberger-Quassowski-Schmölder a. a. O. S. 273).

Wichtiger als der soeben erörterte Gesichtspunkt sind zwei weitere Umstände. In § 185 Abs. 2 des Entwurfs II eines Gesetzes über AktG. und KommGes. a. A. ist für das Liquidationsstadium ausdrücklich vorgesehen, daß die dem § 262a entsprechende Vorschr. über die Prüfung des Jahresabschlusses — Entwurf II § 120 — außer Anwendung bleibt (vgl. den Abdruck bei Schlegelberger-Quassowski-Schmölder a. a. O. S. 474). Schon dies zeigt, welcher der einander entgegenstehenden, oben wiedergegebenen Zweckmäßigkeitserwägungen die für die Fassung des Gesetzes maßgebenden Persönlichkeiten die ausschlaggebende Bedeutung beigemessen haben. § 185 Abs. 2 des Entw. II muß aber im Zusammenhalt mit §§ 1, 2 der 7. DurchfVO. v. 8. Juni 1934 (RGBl. I, 491) berücksichtigt werden. Diese VO. ist erlassen worden, nachdem bereits streitig geworden war, ob § 262a HGB. auch auf das Liquidationsstadium zu beziehen ist. Sie bestimmt, daß dann, wenn die Generalversammlung bis zum Ablauf des Geschäftsjahres Bilanzprüfer nicht gewählt hat, der „Vorstand" die Bestellung von Bilanzprüfern bei dem Gericht des Sitzes der Gesellschaft zu beantragen hat (§ 1 Abs. 1), und daß dies Gericht die „Mitglieder des Vorstandes" zur Befolgung der Vorschr. des § 1 Abs. 1 (und des § 262d HGB.) durch Ordnungsstrafen anzuhalten hat. Es darf bei dem damaligen Stand der Literatur als sicher gelten, daß dann, wenn § 262a HGB. nach der Auffassung des RJM. auch für das Liquidationsstadium gelten würde, in dieser VO. v. 8. Juni 1934 neben dem Vorstand die Liquidatoren genannt worden wären, zumal bei Berücksichtigung des § 185 Abs. 2 Entw. II (vgl. auch z. B. die Fassung des § 319 HGB.). Der Fassung des Art. 3 Abs. 2 der 1. DurchfVO. v. 15. Dez. 1931 (RGBl. I, 760), in dem gleichfalls nur der Vorstand und nicht auch die Liquidatoren genannt sind, ist mit Rücksicht auf den Zeitpunkt dieser VO. nicht die gleiche Bedeutung beizumessen; immerhin kann auch diese Best. zur Unterstützung der herrschenden Auffassung herangezogen werden (vgl. im übrigen auch — hinsichtlich der Genossenschaft — JFG. 11, 162 sowie die ausdrückliche Best. des Art. I § 64b Ges. z. Änderung des GenG. v. 30. Okt. 1934 (RGBl. I, 1077).

Jedenfalls muß — wie bereits betont — aus einem Zusammenhalt der sämtlichen, für die herrschende Auffassung hier angeführten Gesichtspunkte geschlossen werden, daß diese Auffassung der Absicht des Gesetzes entspricht.

Es kann auch nicht zur Entkräftung dieser Auffassung auf die Änderung des § 266 HGB. hingewiesen werden. Denn nach der dem Gesetz zugrunde liegenden Auffassung mag die Aufstellung der Bilanz als ein „Vorgang" der Geschäftsführung anzusehen sein, so daß nach dieser Auffassung auch jetzt noch auf Grund des § 266 HGB. eine Bilanznachprüfung dadurch erreicht werden kann, daß bestimmte Vorgänge bei der Bilanzaufstellung als Gegenstand des Prüfungsbegehrens bezeichnet werden (vgl. Schlegelberger-Quassowski-Schmölder a. a. O. S. 337). Es kann hiernach nicht der Annahme von Schlegelberger-Quassowski-Schmölder (ebd.) entgegengetreten werden, daß das Gesetz die neue Fassung des § 266 HGB. auch für das Liquidationsstadium als ausreichend angesehen habe, weil die Geschäftsführung der Liquidatoren, auch soweit sie sich auf die Aufstellung einer Liquidationsbilanz beziehe, gegebenenfalls einer Sonderprüfung nach den §§ 266, 267 HGB. unterworfen werden könne.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 21. März 1935, 1 Wx 157/35.)
[Sch.]

36. §§ 142, 144, 16 FGG. Eine Löschung im Handelsregister, die gemäß §§ 142 ff. FGG. mangels Erhebung des Widerspruchs erfolgt ist, kann nicht wegen Fehlens eines materiellen Löschungsgrundes, sondern nur wegen eines wesentlichen Verfahrensmangels beseitigt werden. Die unrichtige Datierung der Zustellungsurkunde macht die Zustellung (der Benachrichtigung von der Löschungsabsicht) nicht unwirksam, wenn sich das richtige Datum anderweit urkundlich feststellen läßt.

Das Registergericht hatte den Vorstand der A.-B.-Bank AG., unter Best. einer dreimonatigen Frist zur Geltendmachung eines etwaigen Widerspruchs, durch Vfg. v. 26. April 1934 benachrichtigt, daß es die Gesellschaft gem. § 144 Abs. 1 FGG. i. Verb. m. §§ 309, 182 Abs. 2 Ziff. 1 HGB. wegen Unzulässigkeit des Firmenbestandteils „Bank" (§ 18 Abs. 2 HGB.) zu löschen beabsichtige. Da ein Widerspruch innerhalb der Frist nicht erhoben wurde, trug das Gericht die Nichtigkeit der Gesellschaft in das Handelsregister ein. Am 16. Aug. 1934 regte die Gesellschaft an, die Eintragung der Nichtigkeit im Handelsregister wieder zu löschen und von der Nichtigkeitserklärung der Gesellschaft abzusehen. Das Registergericht wies dies Begehren zurück. Die hiergegen eingelegte Beschw. hatte keinen Erfolg. Auch die weitere Beschw. blieb im Ergebnis erfolglos.

Wie der Senat bereits in seiner Entsch. v. 17. Nov. 1922 (JFG. 1, 260) ausgesprochen hat, kann eine Löschung im Handelsregister, die gem. §§ 142 ff. FGG. mangels Erhebung des Widerspruchs erfolgt ist, nicht wegen Fehlens eines materiellen Löschungsgrundes — im Wege eines neuen Löschungsverfahrens — beseitigt werden. Zur Geltendmachung von Einwendungen gegen die Löschung ist der Widerspruch bestimmt. Ist ein solcher nicht erhoben, so „darf" die Löschung erfolgen. Ihre Unzulässigkeit kann daher nicht daraus hergeleitet werden, daß ein materieller Löschungsgrund gefehlt habe. Die Einleitung eines neuen Löschungsverfahrens — zwecks Beseitigung der von Amts wegen erfolgten Löschung — kann vielmehr nur damit begründet werden, daß das erste Löschungsverfahren an einem wesentlichen verfahrensrechtlichen Mangel gelitten habe; nur in einem solchen Falle ist die erfolgte Löschung „wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig". Als Beispiele von verfahrensrechtlichen Mängeln, die hier in Frage kommen, nennt der erwähnte Beschluß eine dem Gesetz nicht entsprechende Fristbestimmung und den Nichtablauf der Frist bei Vornahme der Löschung.

Im vorl. Falle leidet das Verfahren, das zur Löschung geführt hat, nicht an einem wesentlichen verfahrensrechtlichen Mangel. Die Vfg. v. 26. April 1934 ist zwar nach dem Wortlaut der Zustellungsurkunde erst am 30. „Mai" 1934 zugestellt worden. Wäre diese Angabe richtig, dann wäre die am 10. Aug. 1934 erfolgte Löschung vor Ablauf der dreimonatigen Frist erfolgt, und die Eingabe v. 15./16. Aug. 1934 könnte als ein rechtzeitiger Widerspruch angesehen werden. Tatsächlich handelt es sich aber bei der Angabe des Monats „Mai" um einen Schreibfehler. Die Vfg. v. 26. April 1934 ist laut Aktenvermerk am 28. April 1934 zur Post gegeben worden und laut Poststempel am 30. April 1934 vollzogen zurückgesandt worden. Ferner befindet sich hinter dem Datum der Zustellungsurkunde ein Aktenvermerk v. „2. Mai 1934", der darauf hinweist, daß wohl der 30. April gemeint sei. Die Zustellung kann somit nicht am 30. Mai 1934 stattgefunden haben. Vielmehr handelt es sich um eine auf einem offensichtlichen Schreibfehler beruhende, „unrichtige Beurkundung", die „durch anderweite Beweise aufgeklärt und berichtigt" wird und daher die Zustellung selbst grundsätzlich nicht ihrer Rechtswirksamkeit beraubt (vgl. hierzu z. B. RGZ. 17, 405, 413 f.; 51, 163, 164; 109, 267 f. = JW. 1925, 758; 124, 27; 133, 369 = JW. 1932, 653; 1930, 3310 = HöchstRRspr. 30, 1861; LZ. 32, 680; Stein-Jonas, ZPO., § 190 I a. E.; Baumbach, ZPO., § 191 Anm. 3). Der Mangel der Zustellungsurkunde muß auch bei Berücksichtigung des Zwecks des § 16 FGG. als unwesentlich im Sinne der obigen Ausführungen erachtet werden: entscheidend ist, daß die Tatsache der Zustellung — abgesehen von ihrem Zeitpunkt — durch die Zustellungsurkunde selbst bewiesen wird, und daß sich der Ablauf der dreimonatigen Frist bei Vornahme der Löschung aus den in den Akten enthaltenen amtlichen Vermerken einwandfrei ergibt. Der Fehler der Urkunde ist somit „nach seiner konkreten Bedeutung unwesentlich", und der Zweck der Zustellung, die Übergabe des Schriftstücks, ist vollständig und rechtzeitig erreicht (vgl. RGZ. 133, 369 = JW. 1932, 653). § 142 FGG. ist hiernach nicht anwendbar. Die weitere Beschw. ist somit nicht begründet.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 17. Jan. 1935, 1b X 601/34.) [Sch.]

*

37. §§ 124, 91 Abs. 2 ZPO.; § 1 ArmAnwG.; § 50 RAGebO.; § 628 BGB. Der ArmAnw., der den Wechsel in der Person des ArmAnw. verschuldet, kann dadurch sein Beitreibungsrecht aus § 124 ZPO. insoweit verlieren, als es für seinen Nachfolger erwächst. †)

Ursprünglich war RA. T. der Kl. als ArmAnw. für die BerInst. beigeordnet worden. Auf Grund von Differenzen, die zwischen ihm und seiner Partei im Laufe des Rechtsstreits entstanden waren, haben sowohl RA. T. selbst als auch die Kl. beantragt, RA. T. als ArmAnw. zu entlassen und der Kl. einen anderen Anwalt beizuordnen. Nachdem das KG. zunächst seinen früheren Beschluß dahin geändert hatte, daß der Kl., weil sie zum Teil zur Tragung der Kosten in der Lage sei, das Armenrecht nur noch wegen der Gerichtskosten bewilligt würde, ist ihr dann doch auch wegen der Anwaltsgebühren das Armenrecht bewilligt und RA. E. als Pflichtanwalt beigeordnet worden.

Nach rechtskräftiger Beendigung des Prozesses haben nunmehr beide ArmAnw. die Festsetzung ihrer Armenanwaltskosten aus § 124 ZPO. gegen die unterlegene Partei beantragt. Dem Antrag des RA. T. ist durch Beschl. v. 28. Jan. 1935 in vollem Umfange entsprochen worden. Für RA. E. hat dagegen der UrkB. durch Beschl. v. 6. Febr. 1935 nur die weitere Verhandlungsgebühr festgesetzt, im übrigen aber das Gesuch zurückgewiesen, weil eine Notwendigkeit des Anwaltswechsels nicht dargetan sei.

Gegen den ersten Beschl. v. 28. Jan. 1935 hat der Bekl. Erinnerung eingelegt mit der Begr., daß von ihm keinesfalls die Kosten zweier Anwälte der Kl. zu erstatten seien, und daß deshalb mindestens, so lange zu befürchten sei, daß auch für RA. E. die vollen Anwaltskosten festgesetzt würden, die endgültige Entsch. über den Festsetzungsantrag des RA. T. auszusetzen sei. Das LG. hat durch den jetzt angefochtenen Beschluß die Erinnerung mit der Begr. zurückgewiesen, daß für RA. T. als ersten Anwalt auf jeden Fall die in seiner Person verdienten Gebühren festzusetzen seien und Einwendungen aus der Festsetzung für RA. E. dagegen nicht hergeleitet werden könnten.

Die hiergegen gerichtete sofortige Beschw. des Bekl. ist begründet. Es handelt sich hier um die Festsetzung auf Grund des § 124 ZPO., d. h. um das dem ArmAnw. einer Partei vom Gesetz zugestandene Beitreibungsrecht gegen die unterlegene Partei, also um eine vom ArmAnw. an Stelle der Partei, soweit seine eigenen Kosten in Frage kommen, betriebenes Kostenfestsetzungsverfahren. Daraus ergibt sich bereits, daß die Frage der Erstattung nach denselben Gesichtspunkten wie jede andere Kostenerstattung unter den Parteien zu beurteilen ist, im Falle des Anwaltswechsels auf Seiten der armen Partei mithin die Frage der Notwendigkeit dieses Wechsels gem. § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO. zu prüfen ist. Der Umstand, daß es sich nicht um Wahlanwälte, sondern um der Partei vom Gericht beigeordnete ArmAnw. handelt, ist dabei unerheblich. Denn dieser Anwaltswechsel geht stets zurück auf den Wechsel des Auftragsverhältnisses der Partei (so grundsl. Entsch. des Sen. v. 27. Febr. 1932; bei Gaedeke, Kostenrechtsprechung 1934 Nr. 170 = JW. 1935, 798[22]). Nun hat zwar der Senat in seiner grundsätzlichen Entsch. vom 19. Nov. 1929 (Gaedeke, Kostenrechtsprechung Nr. 172 = JW. 1935, 798[21]) ausgesprochen, daß der Anspruch des ArmAnw. aus § 124 ZPO. durch einen Wechsel in der Person des ArmAnw. nicht berührt werde, und daß der ArmAnw. durch den Umstand, daß an seiner Stelle später ein anderer ArmAnw. bestellt wird, weder seinen Anspruch an die Staatskasse, noch sein Recht aus § 124 ZPO. verliert. Diese Entsch. steht aber nur scheinbar in gewissem Widerspruch zu den soeben dargelegten Grundsätzen über die Kostenerstattung beim Anwaltswechsel. Denn sie geht davon aus, daß die Grundlage für beides, nämlich der Gebührenanspruch an die Partei selbst durch den Anwaltswechsel nicht berührt worden ist. Nur für diesen Fall und unter dieser Voraussetzung bleiben die erwähnten Rechte des ausscheidenden ArmAnw. unangetastet und erleiden durch die Rechte des neu eintretenden ArmAnw. keinerlei Beeinträchtigung. Denn daß u. U. für diesen letzteren sein Gebührenanspruch gegen die Partei und damit gegen die Staatskasse infolge der bereits für den ersten ArmAnw. entstandenen Gebühren gewisse Einschränkungen erleiden kann, wirkt sich auf die Rechte des ersten ArmAnw. nicht aus.

In denjenigen Fällen jedoch, in denen infolge der Bestellung des zweiten ArmAnw. der Gebührenanspruch des ausscheidenden Anwalts in Mitleidenschaft gezogen wird, kann die Auswirkung auf dessen Ersatzanspruch an die Staatskasse und auf das Festsetzungsrecht aus § 124 ZPO. nicht ausbleiben. Ein solcher Fall ist nach der Rspr. des Senats dann gegeben, wenn der ArmAnw. sein Mandat freiwillig niedergelegt — z. B. infolge freiwilliger Aufgabe der Zulassung zur Anwaltschaft —. Er verliert dann insoweit seinen Gebührenanspruch gegenüber der Partei und damit auch an die Staatskasse, als dieselben Gebühren für den neu zu bestellenden ArmAnw. entstehen (Entsch. v. 19. Sept. 1934 bei Gaedeke Nr. 354 = JW. 1934, 2496[13]). Die Rechtslage ist aber dieselbe, wenn der ArmAnw. seine Entlassung als ArmAnw., d. h. die vorzeitige Beendigung seines Mandats durch sein Verhalten verschuldet. Denn hier greifen dieselben rechtlichen Erwägungen Platz wie vorher. Nach § 50 RAGebO., auf welche § 1 ArmAnwG. verweist, i. Verb. m. § 628 BGB. steht dem ArmAnw. ein Anspruch auf Vergütung für seine Tätigkeit insoweit nicht zu, als seine bisherigen Dienste für seine Partei kein Interesse haben. Das trifft insoweit zu, als die Partei dem neu eintretenden Anwalt gegenüber zur nochmaligen Zahlung derselben Gebühren — wozu regelmäßig ohne weiteres die Prozeßgebühr gehört — verpflichtet ist. Das hat der Senat für den Fall des freiwilligen Ausscheidens des Wahlanwalts (wegen Aufgabe der Zulassung) bereits anerkannt (vgl. Entsch. v. 21. April 1934; Gaedeke Nr. 156 = JW. 1934, 2170[1]). Ob aber die — vorzeitige — Beendigung des Auftrags des Anwalts durch freiwillige Aufgabe oder durch unbegründete Kündigung (so Entsch. v. 1. März 1933 bei Gaedeke Nr. 155), ob von einem Wahlanwalt oder von einem ArmAnw. verursacht worden ist, macht für die rechtliche Beurteilung keinen Unterschied. Entscheidend ist allein, ob ein vom Anwalt zu vertretendes Verhalten vorliegt.

Die Auffassung, als ob durch die Tatsache der Beiordnung dem ArmAnw. nun auch unbedingt im Falle des Obsiegens seiner Partei ein Recht aus § 124 ZPO. verbrieft wäre, trifft daher nach dem Dargelegten ebenso wenig zu, wie es richtig ist, daß im Falle des § 124 ZPO. die Frage des Anwaltswechsels und seine Notwendigkeit nicht zu prüfen ist.

Betrachtet man unter den angegebenen Gesichtspunkten den zur Entsch. stehenden Fall, so ergibt sich folgendes: RA. T. hatte im ersten Verhandlungstermin darauf hingewiesen, daß in einer Gebührenklage, die er selbst gegen die Kl. erhoben habe, diese eingewendet habe, geisteskrank zu sein. Er hat hinzugefügt, daß er Bedenken habe, ob das Gericht an einer Prüfung der Prozeßfähigkeit der Kl. vorbeigehen könne, daß allerdings seine persönliche Ansicht dahin gehe, daß Bedenken gegen die Prozeßfähigkeit der Kl. nicht bestünden. Nach den eigenen späteren Mitteilungen des RA. T. sind die Differenzen zwischen ihm und der Kl., die schließlich zu der Bestellung eines anderen ArmAnw. an seiner Stelle geführt haben, aus dieser seiner Mitteilung an das Gericht heraus entstanden. Die Kl. hat ihm vorgeworfen, daß er Schuld daran sei, wenn sie den Prozeß verlieren werde, denn er hätte dem KG. von ihrem Einwand der Nichtgeschäftsfähigkeit im Gebührenprozeß keine Mitteilung machen dürfen. Der Senat muß dieser Auffassung der Kl. beitreten. Der Anwalt, dessen Verhältnis zu seiner Partei — und das gilt auch für den beigeordneten Pflichtanwalt — eine besondere Treupflicht mit sich bringt (zu vgl. insbes. RG. 113, 269 = JW. 1926, 2086), darf unter keinen Umständen ohne zwingende, entweder im allgemeinen Interesse der Rechtspflege oder im besonderen Interesse seiner eigenen Partei liegende Gründe Tatsachen vorbringen, die geeignet sein können, seiner Partei zu schaden und die darüber hinaus sogar erkennen lassen, daß sie nur aus einer persönlichen Einstellung des Anwalts gegen die Partei geltend gemacht werden, ohne sachlich für die zu treffende Entsch. irgendwie von Bedeutung oder gar der Partei nützlich zu sein. RA. T. hat auch selbst den Einwand des Kl. nicht für stichhaltig angesehen, ist sich also bewußt gewesen, hier ohne genügenden Grund die Rechtsstellung der Kl. möglicherweise schädigende Angaben zu machen. Ein solches Verhalten des Anwalts stellt sich als schuldhafte Verletzung seiner Vertragspflichten der Partei gegenüber dar. Mag selbst daraufhin die Kl. sich dem Anwalt gegenüber ungebührlich benommen haben, so ist dieses Verhalten doch nur durch das sachwidrige Vorgehen des RA. T. verursacht worden und ändert nichts an der Tatsache, daß die aus dieser Gesamtsituation heraus erforderlich gewordene Beiordnung eines anderen ArmAnw. an Stelle des RA. T. von diesem verschuldet worden ist.

Die vorzeitige Beendigung des Mandats ist also von RA. T. verschuldet worden. Da nun sämtliche für RA. T. entstandenen Kosten auch für seinen Nachfolger, RA. E., nochmals entstanden sind, hat RA. T. insoweit seinen Vergütungsanspruch an die arme Partei, damit aber auch sein Recht aus § 124 ZPO. dem unterlegenen Bekl. gegenüber verloren, so daß die zu seinen Gunsten getroffene Kostenfestsetzung nicht aufrechterhalten werden konnte.

Demgemäß mußten sowohl der angefochtene Beschluß als auch der Kostenfestsetzungsbeschluß v. 28. Jan. 1935 aufgehoben und der Festsetzungsantrag des RA. T. zurückgewiesen werden.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 16. März 1935, 20 W 1671/35.)

*

Anmerkung: Der obenstehende Beschluß gibt zu Bedenken in mehrfacher Hinsicht Anlaß.

1. Aus dem prozessualen Recht der obsiegenden Partei auf Kostenersatz gegen die im Rechtsstreit unterlegene Partei *verselbständigt* § 124 ZPO. zugunsten des beigeordneten ArmAnw. — wie des beigeordneten GVollz. — das Recht, seine Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurteilten Gegner beizutreiben. Geschützt ist dieses Recht dadurch, daß ihm gegenüber § 124 Abs. 2 ZPO. Einreden des unterlegenen Gegners aus der Person der armen Partei ausschließt — daher auch grundsätzlich die arme Partei weder durch Verfügung noch durch Vereinbarung mit dem Gegner in dies Recht eingreifen kann — und nur die Durchführung einer in der gleichen Kostenentscheidung ausgesprochenen Kostenverteilung zuläßt. Da das Beitreibungsrecht des ArmAnw. gewährt wird, damit es ausgeübt werden kann, beinhaltet es zugleich das Recht des ArmAnw., den Antrag auf Kostenfestsetzung — als Vorstufe der Beitreibung — selbständig auf den eigenen Namen zu stellen.

Das Beitreibungsrecht des ArmAnw., seine Durchführung und sein Verhältnis zu dem Kostenerstattungsanspruch der Partei selbst bietet manche Schwierigkeiten, denen die Praxis mit verschiedenen Konstruktionen beizukommen versucht (vgl. JW. 1932, 3575 ff.). Infolge seines Ursprungs aus dem Recht der Partei gegen den unterlegenen Gegner ist es auch seinem *Umfang* nach *abhängig* von der Regelung, die die Kostenfolge in dieser Hinsicht in der ZPO. erfahren hat. Welche Kosten der unterlegene Gegner *insgesamt* zu erstatten hat, richtet sich daher auch beim Wechsel der ArmAnw. und für deren Recht nach § 91 Abs. 2 ZPO. (s. a. RG. 15, 393). § 91 Abs. 2 ZPO. beschränkt nun bekanntlich im Verhältnis zum unterlegenen Gegner die Erstattungsfähigkeit der Kosten mehrerer Anwälte dahin, daß diese in ihrem über die Kosten eines Anwalts hinausgehenden Betrage zu erstatten sind, soweit der Anwaltswechsel notwendig war. Daher entscheidet sich hiernach gegenüber dem Gegner auch, ob und inwieweit bei welchem von den mehreren ArmAnw. das Beitreibungsrecht entsteht. Welche Möglichkeiten von Konkurrenzen sich hierbei praktisch ergeben können, zeigen die Ausführungen JW. 1932, 3575 ff., auf die verwiesen sein mag.

Wird im einzelnen Fall die Erstattungsfähigkeit der mehreren Kosten verneint und entsteht daher das Beitreibungsrecht für den einen oder anderen ArmAnw. ganz oder teilweise nicht — nicht handelt es sich dabei um einen „Verlust" dieses Rechtes, wie das KG. es aus Überstreckung anderer Grundsätze (s. u. 2) nennt — so wirkt dies auf die Ansprüche der verschiedenen ArmAnw. gegen die eigene Partei wie gegen die Staatskasse rechtlich *nicht* zurück. Denn § 91 Abs. 2 ZPO. bezieht sich nur auf das Verhältnis zum Gegner, ebenso § 124 ZPO. Daher bleiben die Ansprüche des einzelnen ArmAnw. gegen Partei und Staatskasse, gleichviel wie im Kostenfestsetzungsverfahren gegenüber dem Gegner die Entsch. aus § 91 Abs. 2 imEinzelfalle ausfallen mag, *unberührt*, so daß auch die Staatskasse — darin nicht anders wie eine Partei rechtlich gestellt, dieser gegenüber aber im Vorteil infolge der niederen Bemessung der Armenanwaltsgebühren — die Kosten mehrerer Anwälte zu zahlen hat, auch wenn sie gegen die unterlegene Partei nur Anspruch auf Erstattung der Kosten eines ArmAnw. hat. Es verbleibt ihr aber das Recht auf Ersatz sämtlicher Kosten nach deren Zahlung gegen die Partei selbst (§ 5 ArmAnwG.).

Im Gegensatz zu der in der Praxis überwiegenden Auslegung des § 91 Abs. 2 ZPO., die zutreffenderweise darauf abstellt, ob der Wechsel in der Person des Prozeßbevollmächtigten *objektiv* notwendig gewesen ist, hat das KG. bereits in der Entsch.: JW. 1934, 2170 seine Auslegung des § 91 Abs. 2 dahin *verengt*, § 91 Abs. 2 verlange als Grund des Anwaltswechsels ein schicksalsmäßiges, zufälliges, von der betreffenden Partei weder von sich aus noch von ihr hinsichtlich ihres ersten Anwalts zu vertretendes Ereignis. Um sich nicht den Vorwurf zuzuziehen, es vermenge unstatthafterweise (vgl. *Baumbach*, ZPO., Einl. II, 8 letzter Abs.) Prozeßrecht und materielles Recht und übertrage auf jenes zivilrechtliche Grundsätze des Verschuldens und der Haftung für dieses, erklärt zwar das KG. a. a. O., es lege den bürgerlich-rechtlichen Begriff des Verschuldens nicht zugrunde, es genüge vielmehr jedes vertretbare Handeln in Beziehung auf den Prozeß, kommt aber im Ergebnis doch auf den hier unstatthaften zivilistischen Maßstab, insbes. durch die Beurteilung der hinter dem Anwaltswechsel liegenden Gründe, hinaus. Wenn überhaupt im Zivilprozeß Verschulden irgendwo berücksichtigt werden kann, so kommt lediglich prozessuales Verschulden in Frage, d. h. Verabsäumung der im Prozeß nötigen Sorgfalt (*Baumbach* a. a. O.). Da dies in § 91 Abs. 2 nach dessen Fassung nicht anwendbar ist, so zeigt sich, daß die vom KG. a. a. O. selbst als überwiegend bezeichnete gegenteilige Auslegung die richtige ist.

2. An sich ist richtig, daß ein Erstattungsanspruch für die Partei gegenüber dem unterlegenen Gegner nur gegeben ist, soweit ihr selbst gegenüber Gebührenansprüche des Anwalts entstanden sind.

Die Entsch. KG.: JW. 1934, 2170 hatte zur Frage der Ansprüche des Anwaltes, der seine Zulassung aufgibt, gegen seine Partei keine eigene Stellung genommen, sondern gem. § 91 Abs. 2 ZPO. für das Verhältnis zum Gegner ausgesprochen, daß auch bei Bejahung des Gebührenanspruches aus § 50 RAGebO. die Erstattungsfähigkeit gegenüber dem Gegner mangels Notwendigkeit des Anwaltswechsels verneint werden kann. Wie der weitere Verlauf der Rspr. des KG.: von JW. 1934, 2496 an bis zur vorl. Entsch. zeigt, ist die Rspr. des KG. darauf gerichtet, bei dem Anwaltswechsel, den das KG. nicht als „schicksalsmäßig bedingt" anzusehen geneigt ist, den Gebührenanspruch des ersten Anwalts gegenüber der Partei „untergehen" zu lassen — Verlustkonstruktion —, um damit dreierlei zu erreichen, nämlich 1. die Staatskasse fast völlig von einer Zahlung der Gebühren an mehrere Anwälte freizuhalten, 2. zu beseitigen, was sich möglicherweise sonst ergibt, daß sich die Ersatzansprüche der Staatskasse, die sie durch Leistung ihrerseits erhält, gegen den unterlegenen Gegner und gegen die Partei nicht decken, während § 5 ArmAnwG. in korrekter Beachtung der rechtlich maßgebenden Verschiedenheiten: § 50 RAGebO. einerseits — § 91 Abs. 2 andererseits dies in Kauf nimmt, 3. um verfahrensmäßig die Grundlage zu gewinnen, bereits im Erstattungsverfahren zwischen ArmAnw. und Staatskasse in dieser Richtung entscheiden zu können. Alles dies ist *rechtlich unhaltbar*.

Obwohl das KG. in der oben abgedruckten Entsch. ausspricht, daß das zur Beurteilung der Gebührenansprüche des ArmAnw. maßgebende Verhältnis dasjenige zur Partei ist, ist keine dieser Entsch. — was nebenbei hervorgehoben sein möge — über dieses Verhältnis im Hauptpunkt ergangen, auch nicht — entgegen der Anführung im obigen Beschluß — die Entsch. KG.: JW. 1934, 2170, sondern nur entweder über das Verhältnis zwischen ArmAnw. und Staatskasse oder über das von Partei bzw. ArmAnw. und Gegner.

3. Im Verhältnis des Anwalts zu seiner Partei bestimmt § 50 RAGebO., daß die Kostenansprüche des Anwalts bei vorzeitiger Beendigung seines Auftrages gerade nicht untergehen. Die in § 50 RAGebO. sich anschließende Fassung: „unbeschadet der aus einem Verschulden sich ergebenden zivilrechtlichen Folgen" stellt sachlich, sprachlich wie gesetzestechnisch klar, daß es sich bei Geltendmachung der zivilrechtlichen Folgen eines behaupteten Verschuldens vielmehr um eine *Einwendung* der Partei handelt, die begrifflich die Fortdauer des Gebührenanspruches voraussetzt und über die nur in einem eigenen Rechtsstreit entschieden werden kann. Das RG. hat bereits in seiner Entsch. 33, 370 ausgeführt, daß infolge der besonderen Natur des Auftrages zur Prozeßführung und der öffentlich-rechtlichen Stellung des RA. die Freiwilligkeit der Mandatsniederlegung durch diesen nicht genügt, um den Gebührenanspruch des Anwalts zu beseitigen oder zu vermindern. Es begründet dies insbes. mit folgenden, auch heutigentags noch voll zutreffenden Erwägungen: „Es kann bei der Erteilung wie bei der Übernahme des Prozeßauftrages nicht als der Vertragswille der Beteiligten angesehen werden, daß der Anwalt die Vertretung unter allen Umständen bis zur Beendigung der Instanz durchführe. Das verbietet sich von der einen Seite dadurch, daß dem Anwalt auf die Dauer der Prozeßinstanz nur eine beschränkte Einwirkung zusteht, andererseits dadurch, daß ihm der Auftrag erteilt und von ihm übernommen wird wegen seiner Stellung als Anwalt beim Prozeßgericht, nicht aber umgekehrt mit der Verpflichtung, diese Stellung beizubehalten, um den Auftrag zu Ende führen zu können. Es kann daher auch nicht als vertragswidriges Verhalten des Anwaltes angesehen werden, wenn er aus Gründen, deren Würdigung *nur* seiner *eigenen* Erwägung überlassen bleiben kann, seine Stellung aufgibt und deshalb die bis dahin geführten Prozesse unerledigt läßt, dies wenigstens so lange nicht, als nicht *besondere Umstände* konkurrieren, welche ein Verschulden des Anwaltes darstellen, z. B. Übernahme eines Auftrages unter Verschweigen der schon bestehenden Absicht, die Zulassung aufzugeben". Wie hier ganz klar zum Ausdruck kommt, hat das RG. damit die Folgerung daraus gezogen, daß, was ja auch sonst oft genug betont wird, der Anwalt Organ der Rechtspflege ist. Nicht die Aufgabe der Zulassung, sondern erst *besondere*, hinzutretende Umstände sind es also, die von der Partei dem Gebührenanspruch des Anwaltes als verschuldensbegründende Umstände entgegengehalten werden können. Überdies sind sie als materiellrechtliche weder schematisch, noch können sie schematisch beurteilt und entschieden werden.

Man kann auch § 50 RAGebO. nicht seiner Maßgeblichkeit dadurch entkleiden, indem man ihn mit § 628 BGB. verbindet, und diese Verbindung dann formelhaft anwendet. Denn § 50 RAGebO. ist für das Vertragsverhältnis zwischen Anwalt und Partei Sonderregelung *an Stelle* des § 628 BGB. (vgl. OLG.

Düsseldorf: LZ. 1918, 654 im Anschl. an RG. 33, 370). Erst er beseitigt nämlich die Inferiorität, in die gerade § 628 BGB. den Dienstleistenden gegenüber seinem Vertragspartner trotz des gegenseitigen gesteigerten Vertrauensverhältnisses (§ 627 BGB.) durch die ungleiche Ausgestaltung der beiderseitigen Rechte bei einer Kündigung (vgl. § 628 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB.) bringt. Übrigens ist auch für § 628 Abs. 1 BGB. — dort als Verlustgrund ausdrücklich behandelt — das Vorliegen eines wirklichen Verschuldens erforderlich, da man sonst zu unannehmbaren Konsequenzen (Staudinger § 628 Anm. IV 2) gelangt, und den Sinn der Vertrauensregelung (§ 627) wieder aufhebt (vgl. Staudinger § 627 Anm. I letzter Abs.).

4. Der ArmAnw. steht in einem doppelten Rechtsverhältnis, in einem privatrechtlichen zur Partei und infolge des Beiordnungsbeschlusses in einem öffentlich-rechtlichen zum Staat. Beide Verhältnisse bestehen gesondert nebeneinander (vgl. KG.: JW. 1935, 789 mit Anm. Bach ebenda). Die Bemessungsgrundlage für die Gebührenansprüche des ArmAnw. ist in beiden Rechtsverhältnissen identisch infolge der Verweisung, die § 1 ArmAnwG. hinsichtlich der Vorschriften der RAGebO. enthält. Dadurch wird auch für das Verhältnis von ArmAnw. zur Staatskasse § 50 RAGebO. mit ergriffen, und zwar so wie er ist. Eine Inhaltsänderung wird bei ihm nicht herbeigeführt. Die Ausführungen über seine Bedeutung in der vorangegangenen Ziffer gelten auch hier. Hinzu kommt: Wie das KG.: JW. 1935, 789 eingehend darlegt, ist eine Weigerung der Staatskasse, dem ArmAnw. Gebühren zu zahlen, nur aus zwei Gründen gerechtfertigt: einmal wenn ein Ersatzanspruch für den ArmAnw. nicht entstanden ist, und ferner wenn der entstandene Anspruch wieder untergegangen ist. Abgelehnt wird dort daher mit Recht, daß die Staatskasse den Einwand erheben könnte, daß die Partei selbst berechtigt wäre, dem ArmAnw. ihrerseits Einwendungen aus dem Vertragsverhältnis (wozu gerade § 50 RAGebO. gehört) entgegenzusetzen. Wie das KG. dort noch des näheren darlegt, beruht dies darauf, daß sich das Festsetzungsverfahren zur Entsch. solcher Fragen nicht eignet. Der Grund hierfür liegt darin, daß die Verfahren zur Kostenfestsetzung wie zur Erstattung aus der Staatskasse dem Urteil angehängte Verfahren sind, und daher lediglich Verfahren mit begrenzter Prüfung sind, nämlich um die Höhe der bereits in und durch das Verfahren bis zum Urteil bestimmbar gewordenen Kosten zu bestimmen. Ist danach nur Nichtentstehung bzw. Untergang eines Anspruches auf eine bestimmte Gebühr von der Staatskasse hier zu prüfen, so fällt der Einwendungstatbestand aus § 50 RAGebO. gerade nicht darunter.

5. Ebensowenig, wie überhaupt die freiwillige Aufgabe der Zulassung an sich „Verlustgrund" für die Ansprüche des Anwalts ist, oder ein Verschulden des Anwalts beinhaltet, ebensowenig ist es übrigens auch i. S. des § 628 BGB. ein Verschulden. Hier wird besonders deutlich, daß das KG. eine dem gesetzten Recht zuwiderlaufende Rspr. treibt. Daß die sog. freiwillige Aufgabe der Zulassung durch den Anwalt kein Verschulden darstellt, muß selbst das KG. einsehen. Da es aber sein Ziel festhält, behandelt es dieses kein Verschulden enthaltende Verhalten durch Gleichstellung als Verschulden (vgl. KG.: JW. 1934, 2496). Es zeigt sich somit, daß das KG. nicht nur Regel und Ausnahme, Inhalt und Wirkung im § 50 RAGebO. umkehrt, sondern auch noch den herangezogenen § 628 BGB. zum Nachteile des Anwaltes seines Verschuldensmomentes entkleidet. Denn um es zu wiederholen: § 628 verlangt wirkliches Verschulden, sonst führt er zu unannehmbaren Konsequenzen

Diese treten denn hier auch ein. Gleichstellung eines Verhaltens ohne Verschulden mit einem verschuldeten Verhalten ist nicht nur rechtlich ein Widerspruch in sich, da Verschulden und Nichtverschulden sich ausschließende Gegensätze sind, sondern auch ein gewaltsames Ergebnis. Daß fiskalische Gründe gerade an dieser Stelle nicht zum Zuge kommen, ist von mir in der Anmerkung: JW. 1935, 789 dargelegt worden. Es bleibt, daß der Anwalt für eine oft jahrelange mühevolle und verantwortungsvolle Tätigkeit leer ausgeht. Erforderlich dürfte es noch sein darauf hinzuweisen, daß die sog. freiwillige Aufgabe der Zulassung durch den Anwalt in Wirklichkeit, betrifft sie doch die ganze Existenz des Anwalts, abgesehen von seltenen Ausnahmefällen keine wirklich freiwillige ist. Stellt man sich auf den Standpunkt, daß der Anwaltswechsel wegen seiner Gründe ein Verschulden beinhalten kann, oder jedenfalls die Konstruktionsgrundlage für eine Gleichstellung mit einem solchen abgibt, dann müssen diese Gründe wirklich und ernsthaft geprüft werden, nicht aber formelhaft und schematisch. Das wäre dann mindestens nobile officium eines Gerichts gegenüber dem Anwalt als Organ der Rechtspflege. Wer da prüft wird finden, daß die Ursache bis auf seltene Ausnahmefälle nur eine Folgeerscheinung der außergewöhnlichen Notlage ist, die unter den Anwälten herrscht, von denen bekanntlich fast zwei Drittel ihre Existenzgrundlage verloren haben, daß also die sog. freiwillige Aufgabe der Zulassung hiernach weder eine freiwillige noch eine aus persönlichen Gründen ist, sondern Folge des Schicksals ihres Berufs.

Auch aus der öffentlich-rechtlichen Stellung des RA. und seiner als ArmAnw. kann nicht gefolgert werden, daß der ArmAnw. dem Staat gegenüber pflichtwidrig handle, wenn er seine Zulassung während eines Prozesses aufgibt. Der Anwalt steht nicht, wie der Beamte, in einem vollen öffentlich-rechtlichen Pflicht- und Treuverhältnis zum Staat. Sein Beruf ist ein sog. staatlich gebundener Beruf. Aber nicht einmal dort, wo — wie beim Beamten — das volle Treuverhältnis besteht, begründet das vorzeitige Aufhören des Beamten mit der Dienstleistung den Verlust seiner bis dahin entstandenen Ansprüche. Selbst für ihn, obwohl ihn der Staat standesgemäß besoldet, gibt es keine entsprechende Pflicht zum „Ausharren".

6. Was schließlich den zur Entsch. stehenden Fall anlangt, so kann dieser m. E. nach den tatsächlichen Feststellungen, wie sie das KG. in seinem Beschluß mitteilt, nicht hinreichend beurteilt werden. Denn m. E. ist nicht mit Sicherheit daraus zu entnehmen, ob die Bedenken, die der erste ArmAnw. hinsichtlich der Prozeßfähigkeit der armen Partei in vorsichtiger Form geäußert hat, nur die Prozeßfähigkeit dieser Partei im vorl. Rechtsstreit betraf, oder auch den sachlichen Streitstoff zuungunsten der von ihm vertretenen Partei berührte. Ist nur das erstere der Fall gewesen, so wird man m. E. auch zu einer der Beurteilung des KG. entgegengesetzten Beurteilung des Verhaltens des Anwaltes gelangen können. Da ein Mangel in der Prozeßfähigkeit die Unwirksamkeit jeder Prozeßhandlung dieser Partei zur Folge hat, auch zur Prozeßabweisung führt und selbst ein ergehendes Urteil unter die Gefahr der Nichtigkeitsklage (§ 579 Ziff. 4 ZPO.) von vornherein stellt, kann man die Äußerung des ersten Anwaltes als noch im Rahmen der ihm als Rechtswahrer obliegenden pflichtgemäßen Abwägung zwischen den allgemeinen Interessen der Rechtspflege und dem besonderen Interesse seiner eigenen Partei liegend betrachten. Wenn der Anwalt hinzugefügt hat, er betrachte diese Bedenken selbst nicht für stichhaltig, so zeigt dies, daß er das Bedenken in möglichst vorsichtiger Form hat äußern wollen. Für eine Deutung in anderer Richtung liegt — wenigstens nach den zum Ausdruck gelangten tatsächlichen Feststellungen — kein hinreichender Anhalt vor. Die frühere Gebührenklage dieses Anwalts gegen die Partei deutet nicht notwendig in dieser anderen Richtung. Denn wenn von dieser Klage her noch eine Verstimmung zwischen Anwalt und Partei fortgedauert hätte, hätte jedenfalls der Anwalt, wenn nicht auch schon die arme Partei, vor Beginn einer Tätigkeit die Bestellung eines anderen Anwaltes als ArmAnw. veranlaßt.

RA. Dr. P. Bach, Freiburg i. Br.

*

Naumburg

38. § 50 RAGebO.; § 628 BGB. Die erstere Vorschrift gilt auch für das Verhältnis zwischen Staatskasse und ArmAnw. Auch freiwilliges Ausscheiden aus der Anwaltschaft und eine darauf beruhende Mandatskündigung durch den Anwalt läßt in aller Regel den Anspruch des ArmAnw. auf bereits entstandene Gebühren unberührt. Fortfall des Interesses an der bisherigen Leistung des ArmAnw. i. S. des § 628 Abs. 1 Satz 2 kann jedenfalls dann nicht als durch die Mandatskündigung hervorgerufen angesehen werden, wenn die bisherige Tätigkeit des ArmAnw. den Sachverhalt soweit geklärt hatte, daß die Rechtsverfolgung völlig aussichtslos erschien und daher die Bestellung eines neuen ArmAnw. nicht erfolgen durfte. †)

Der frühere RA. Dr. B. in X. war dem Kl. durch Beschl. des LG. in X. v. 4. Mai 1932 als ArmAnw. beigeordnet worden. Dr. B. ist kurz vor Beendigung des Rechtsstreits, als durch zwei eingehende eidliche Gutachten namhafter Psychiater für den Kl. die Aussichtslosigkeit seiner auf § 1569 BGB. gestützten Scheidungsklage feststand und die Klage, wie dann auch geschehen, im nächsten Termin abgewiesen werden mußte, aus der Anwaltschaft freiwillig ausgeschieden, weil er als nichtarischer Anwalt durch die politische Umwälzung und den dadurch bedingten katastrophalen Rückgang der Praxis sich dazu gezwungen sah. Durch Kostenfestsetzungsbeschl. v. 10. Nov. 1933 sind die ihm aus der Staatskasse zu erstattenden Gebühren auf 77,80 *RM* festgesetzt und ausbezahlt worden. An Stelle des Dr. B. wurde nunmehr dem Kl. ein zweiter ArmAnw. beigeordnet, dessen Kosten auf 51,40 *RM* festgesetzt sind. Auf Erinnerung der Staatskasse setzte der UrkB. der Geschäftsstelle die Gebühren und Auslagen des Dr. B. neu auf 26,80 *RM* fest und brachte hierbei die dem zweiten ArmAnw. angefallenen Gebühren und Auslagen mit der Begr. in Abzug, daß der ArmAnw. keinen Anspruch auf Ersatz seiner Gebühren aus der Staatskasse habe, wenn er aus der Anwaltschaft freiwillig ausscheide und dem neu bestellten ArmAnw. die gleichen Gebühren noch einmal

zu ersetzen seien. Das LG. hat der hiergegen gerichteten Erinnerung des Dr. B. stattgegeben und den ursprünglichen Festsetzungsbeschluß wiederhergestellt. Gegen diesen Beschluß hat die Staatskasse Beschw. eingelegt. Sie ist der Ansicht, daß der Beschwerdegegner wegen freiwilliger Aufgabe seiner Anwaltstätigkeit die Gebühren und Auslagen vom Staate nicht ersetzt verlangen könne, weil er entsprechend den Vorschr. des BGB. nur dann Ersatz verlangen könne, wenn er einen — hier nicht vorliegenden — wichtigen Grund zur Niederlegung des Vertretungsauftrages habe. Im übrigen sei die bisherige Tätigkeit des RA. Dr. B. für die Partei und damit die Staatskasse ohne Interesse geworden, da ja die Staatskasse infolge der Kündigung dem zweiten ArmAnw. zum Teil die gleichen Gebühren habe erstatten müssen. Der Beschwerdegegner erblickt in der durch die Verhältnisse erzwungenen Aufgabe seiner Anwaltstätigkeit einen wichtigen Grund für die Kündigung des einzelnen Mandats.

Der Beschw. ist aus folgenden Erwägungen der Erfolg versagt worden: Nach § 1 ArmAnwG. werden im Falle der Bewilligung des Armenrechts dem für die arme Partei bestellten RA. die Gebühren und Auslagen aus der Staatskasse ersetzt. Die durch diese Vorschr. gegebene Ersatzpflicht des Staats schafft aber zwischen ihm und dem ArmAnw. kein Rechtsverhältnis, das nach den Vorschr. des BGB., wie der BeschwF. es will, zu beurteilen sein würde. Vielmehr entsteht durch die Bestellung zum ArmAnw. ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen Staat und ArmAnw. Der Staat übernimmt nicht privatrechtlich an Stelle der armen Partei die Verpflichtung zum Ersatz der Gebühren, sondern gibt als Hoheitsträger aus sozialen Billigkeitsgründen hierdurch der armen Partei die Möglichkeit, ihre Rechte in einem Rechtsstreit durchzusetzen. Die Grundsätze über den Auftrag oder über das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung können deshalb unmittelbar zwischen dem Staat und dem ArmAnw. keine Anwendung finden.

Grundsätzlich ist aber der Anspruch des ArmAnw. an die Staatskasse von der Frage des Gebührenanspruchs des Anwalts an die Partei abhängig. Der Staat ersetzt dem ArmAnw. nach Maßgabe der Sätze des ArmAnwG. nur die Kosten, auf deren Entrichtung ihm aus dem Dienstverhältnis gegen die Partei, wenn er Wahlanwalt wäre, ein Anspruch zustehen würde. Auf diesem Wege ist mittelbar in der Tat auch der Erstattungsanspruch des ArmAnw. gegen die Staatskasse den gleichen Einwendungen ausgesetzt, wie sie ihm von der Partei selbst auf Grund Dienstvertragsrechtes entgegengehalten werden können.

Welche Einwendungen die Partei erheben kann, ergibt sich aus § 50 RAGebO. i. Verb. m. § 628 BGB. Nach ersterer, grundsätzlich für jedes anwaltliche Dienstverhältnis geltenden Vorschr. stehen dem Anwalt bei Aufhebung des Auftrages aus irgendwelchem Grunde (z. B. Tod, Kündigung, Aufgabe der Anwaltschaft) seiner Partei gegenüber die bereits entstandenen Gebühren zu. Derselbe Gedanke ergibt sich aus § 628 Abs. 1 Satz 1. Auch für das freiwillige Ausscheiden aus der Anwaltschaft (RGZ. 33, 369) läßt die Rspr. mit zutreffenden Erwägungen nur dann eine Ausnahme zu, wenn der Anwalt bei Übernahme des Auftrages die Absicht verschwiegen hat, sich in Kürze löschen zu lassen, ein Fall, der hier unzweifelhaft nicht vorliegt. Im übrigen ergeben aber auch die vom Beschwerdegegner glaubwürdig dargelegten Gründe, daß er den Anwaltsberuf tatsächlich nicht freiwillig, sondern unter dem Druck des katastrophalen Rückganges seiner Praxis, wie er für ihn als Nichtarier durch die allgemeine Volksstimmung und die Entziehung des Notariats eintrat, aufgegeben hat. Unter diesen Umständen kann jedenfalls, auch wenn der Beschwerdegegner als bereits vor dem 1. Aug. 1914 zugelassener Anwalt die Rücknahme der Zulassung gegen seinen Willen gemäß dem Ges. v. 7. April 1933 (RGBl. I, 188) nicht zu befürchten hatte, nicht davon die Rede sein, daß die Herbeiführung der Löschung durch den Beschwerdegegner selbst ihm als Verschulden i. S. der oben erörterten Rspr. anzurechnen ist. Zu der im Endergebnis abweichenden, für den Fall einer wirklich freiwilligen Aufgabe des Anwaltsberufs ergangenen Entsch. des KG. v. 19. Sept. 1934 (20 W 5496/34, abgedr. in Der Deutsche Rechtspfleger 1934, 546 = JW. 1934, 2496[13]) brauchte daher insoweit nicht Stellung genommen zu werden. Soweit das KG. in den Gründen den Erstattungsanspruch des ArmAnw. gegen die Staatskasse der Unterstellung unter die Vorschr. des § 50 RAGebO. überhaupt entziehen zu wollen scheint, sind seine Ausführungen über die Stellung des ArmAnw., so bedeutsam sie für eine zukünftige Gesetzgebung sein mögen, mit dem geltenden Gesetzesrecht nicht vereinbar. Ist danach davon auszugehen, daß die Einstellung der Berufsausübung durch RA. Dr. B. einen wichtigen Grund zur Kündigung des Auftragsverhältnisses gegenüber der Partei darstellte, so würde der Gebührenanspruch nur dann entfallen, wenn die bisherige Tätigkeit des ArmAnw. infolge der Kündigung des Auftragsverhältnisses für die Partei kein Interesse gehabt hätte (§ 628 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Es mag dahingestellt bleiben, ob es der Sachlage entspricht, diese Frage, wie es das KG. a. a. O. tut, lediglich danach zu beantworten, ob in der Person des neuen ArmAnw. Gebühren noch einmal entstehen, die schon in der Person des bisherigen ArmAnw. entstanden waren. Denn wenn auch dem neuen ArmAnw. gebührenrechtlich in gewissem Umfange die gleichen Gebühren erwachsen können und daher gezahlt werden müssen, wie sie der ursprüngliche Anwalt erhalten hat, so ist doch eben der Prozeß durch den ursprünglichen ArmAnw. bis zu einem im Zeitpunkt seines Ausscheidens gegebenen Grade gefördert worden, und diese Leistung des ursprünglichen ArmAnw. in der Richtung der Vorbereitung und Durchführung des Prozesses verliert nicht dadurch das Interesse für die Partei, daß sie für die weitere Tätigkeit des neuen Anwalts zum Teil noch einmal die gleichen Gebühren — z. B. Prozeß- und Verhandlungsgebühr — gebührenrechtlich entrichten muß. Ganz besonders geartet liegt aber der Fall hier. Nachdem zwei eidliche Gutachten die Geisteskrankheit der beklagten Ehefrau verneint haben, war die auf § 1569 BGB. gestützte Klage völlig aussichtslos, so daß dem Kl. das Armenrecht hätte entzogen werden können. Jedenfalls bot die Mandatsniederlegung des Beschwerdegegners dem LG. hinreichenden Anlaß, nunmehr erneut die Aussichten des Rechtsstreits zu prüfen. Mag man auch grundsätzlich der armen Partei das Recht zugestehen, in die Lage versetzt zu werden, über das Ergebnis einer ihr ungünstigen Beweisaufnahme mündlich zu verhandeln und zu diesem Zwecke bei Fortfall des bisherigen ArmAnw. einen neuen zu erhalten, so muß ein solches Recht jedenfalls in einem so krassen, völlig aussichtslosem Fall, wie hier, verneint werden. Wollte man daher, selbst entgegen den oben geäußerten Bedenken, mit dem KG. Fortfall des Interesses an den bisherigen Leistungen schon dann annehmen, wenn die Kündigung des Auftragsverhältnisses durch den bisherigen Anwalt die Bestellung eines neuen Anwalts notwendig gemacht hat, so würde es eben im vorl. Falle an einer solchen Notwendigkeit wegen völliger Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung gefehlt haben. Dann ergibt sich aber auch vom Standpunkt des KG. aus, daß der Kl. an den bisherigen Leistungen des Beschwerdegegners nicht deshalb kein Interesse mehr hatte, weil bereits entstandene und an den ursprünglichen Anwalt gezahlte Gebühren infolge der Kündigung in der Person des neuen Anwalts noch einmal entstanden, sondern deshalb, weil das Prozeßergebnis im Zeitpunkt des Ausscheidens des ursprünglichen Anwalts die völlige Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung klargestellt hatte. Es fehlt also an dem für die Anwendung des § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB. notwendigen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Kündigung des Auftragsverhältnisses durch den Beschwerdegegner und dem Fortfall des Interesses an seinen bisherigen Leistungen in der Person des Kl. Diese Erwägungen muß sich nach geltendem Recht auch die Staatskasse entgegenhalten lassen. Danach war ihre Beschw. als unbegründet zurückzuweisen.

(OLG. Naumburg [Saale], 6. [Kosten-] ZivSen. ,Beschl. v. 17. Dez. 1934, 6 W 293/34.)

Ber. von OLGR. Reitzenstein, Naumburg (Saale).

Anmerkung: Die große Bedeutung dieses verständnisvollen Beschlusses für das Anwaltsrecht liegt darin:

1. Das OLG. Naumburg hält an der vom RG. 33, 369 eingeschlagenen Rspr. als auch heute noch geltend fest. Die freiwillige Aufgabe der Zulassung eines Anwalts stellt für den Wahl- wie ArmAnw. kein Verschulden hinsichtlich der bis dahin von ihm noch nicht völlig abgewickelten Sachen dar, so daß die freiwillige Aufgabe der Zulassung weder von der Partei noch von der Staatskasse als Einwand dem Gebührenanspruch des Anwalts entgegengehalten werden kann, auch die Aufgabe nicht etwa gar von sich aus Verlustgrund für diese Ansprüche ist. Nur zu ihr besonders hinzutretende Umstände können ein Verschulden begründen.

2. Ebenso zutreffend ist das Ergebnis des OLG. Naumburg, daß eine Aufgabe der Zulassung infolge eines katastrophalen Rückganges der Praxis keine freiwillige ist. Denn eine solche Aufgabe der Zulassung ist — abgesehen von dem konkreten Fall der Entsch. — Folge des nicht vom einzelnen Anwalt abhängigen notvollen Schicksals seines Berufes, damit weder für ihn eine freiwillige Aufgabe der Zulassung noch eine aus persönlichen Gründen.

3. Zu begrüßen ist die Deutlichkeit, mit der das OLG. Naumburg ausspricht, daß die Auslegung, die § 50 RAGebO., vor allem im Verhältnis des ArmAnw. zur Staatskasse, durch das KG. erhält, dem geltenden Recht widerspricht (s. a. meine Anm. JW. 1935, 789 und 1800). Dieser Widerspruch einer solchen Rspr. wirkt noch unerträglicher, wenn er vergröbert wird durch eine formelhafte und schematische Anwendung. In Wirklichkeit wird bei solcher Rspr. nicht mehr geprüft: Liegt eine wirkliche freiwillige Aufgabe der Zulassung vor? Sondern es werden die Gründe der sog. Freiwilligkeit der Aufgabe der Zulassung übergangen. Ergebnis dieser Rspr.: Der Sinn des § 50 RAGebO. wird in sein Gegenteil verkehrt!

4. Ergänzend sei bemerkt: § 628 Abs. 1 BGB. hat Verschulden zur Grundvoraussetzung. Er kommt deshalb bei vorl. Sachlage nicht zum Zuge. Jedenfalls kann aber auch bei ihm der Wegfall des

Interesses nicht unabhängig von der Verschuldensfrage beantwortet werden, insbes. nicht lediglich danach, ob in der Person des neuen Anwalts Gebühren noch einmal entstehen. Das hieße auch noch den Sinn des § 628 Abs. 1 BGB. in sein Gegenteil verkehren.

5. Darüber, daß die Staatskasse nicht den Einwand gegenüber dem Erstattungsanspruch des ArmAnw. erheben kann, daß die Partei selbst berechtigt wäre, dem ArmAnw. ihrerseits Einwendungen aus dem Vertragsverhältnis entgegenzusetzen, vgl. KG.: JW. 1935, 789 nebst meiner Anm. ebda.

RA. Dr. P. Bach, Freiburg i. Br.

*

39. § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO.; § 31 Ziff. 2 RAO. Notwendigkeit des Anwaltwechsels, wenn der bestellte ArmAnw. im Laufe des Rechtsstreits erfährt, daß er vor Jahren als Generalsubstitut eines anderen Anwalts in derselben Rechtssache einmal für den Gegner aufgetreten ist. Verschulden des ArmAnw. bei Annahme des Auftrags beseitigt den gegen den unterlegenen Gegner gerichteten Erstattungsanspruch aus § 124 ZPO. Maß der Anforderung an die Sorgfaltspflicht des Anwalts. †)

Durch Beschluß v. 7. Juli 1934 war dem Kl. der RA. A. in X. als ArmAnw. beigeordnet. Im Termin v. 22. Sept. 1934 stellte sich durch eine Bemerkung des Erstbekl. heraus, daß RA. A. ihn in einem Prozeß aus dem Jahre 1930 vor dem AG. in X. in zwei Terminen als Generalsubstitut des RA. B. vertreten hatte. Dieser Prozeß war dem gleichen Streitstoff entsprungen, wie der vorliegende, und wurde zwischen dem jetzigen Kl. und dem jetzigen Erstbekl. wegen rückständiger Hypothekenzinsen geführt. Auf seine Anzeige vom 3. Okt. 1934 wurde deshalb RA. A. von seinen Pflichten als ArmAnw. des Kl. entbunden. An seiner Stelle wurde dem Kl. RA. C. als ArmAnw. beigeordnet. RA. A. wurden die gesetzlichen Gebühren aus der Staatskasse erstattet. Nach obsiegendem Urteil beantragte RA. C. gemäß § 124 ZPO. die Festsetzung seiner und des RA. A. Kosten gegen die unterlegenen Bekl. Durch Beschluß v. 12. Dez. 1934 wurde diesem Antrage unter geringfügigen Absetzungen entsprochen. Hiergegen legten die Bekl. Erinnerung ein, in der sie bemängelten, daß in dem Beschluß sowohl für RA. A. als auch für RA. C. je eine Prozeß- und Verhandlungsgebühr angesetzt sei. Gegen den die Erinnerung zurückweisenden Beschluß des LG. richtet sich die sofortige Beschwerde der Bekl. Sie wurde aus folgenden Erwägungen für unbegründet erachtet:

Nach § 91 Abs. 2 ZPO. sind die Kosten mehrerer Anwälte nur insoweit zu erstatten, als in der Person des Anwalts ein Wechsel eintreten mußte. Die Partei, die die Kosten mehrerer Anwälte erstattet verlangt, hat also darzulegen, daß dieser Wechsel notwendig und diese Notwendigkeit nicht von ihr verschuldet war. Unverschuldeter Wechsel wird anzunehmen sein, wenn die Partei den Wechsel weder verhindern noch von vornherein vermeiden konnte. Dieser allgemeine Grundsatz hat in der Rspr. seine Ergänzung dahin gefunden, daß auch der Anwalt selbst den Wechsel nicht verschuldet haben darf, da ihm in diesem Falle in der Regel ein Gebührenanspruch gegen die Partei nicht zusteht und die Partei nur solche Kosten vom Gegner erstattet verlangen kann, die sie selbst wirklich aufwenden mußte. Dies gilt auch für den im eigenen Namen geltend gemachten Erstattungsanspruch des ArmAnw. gegen den unterlegenen Gegner mit der Maßgabe, daß der ArmAnw. nach § 124 ZPO. die Erstattung solcher Kosten vom unterlegenen Gegner nicht verlangen kann, die er eben wegen eines von ihm verschuldeten Anwaltswechsels von der eigenen Partei, wenn sie nicht arm wäre, ebenfalls nicht erstattet verlangen könnte.

Nach § 31 Ziff. 2 RAO. hätte RA. A. dem Kl. die Gewährung seiner Berufstätigkeit versagen müssen, da er i. J. 1930 in der demselben Streitstoff entsprungenen Sache vor dem AG. in X. für den Erstbekl. als Vertreter des beurlaubten RA. B. tätig gewesen ist. Unstreitig ist er damals in zwei Terminen für den Erstbekl. aufgetreten und hat in einem Termin zur Sache verhandelt. Dieses Tätigwerden verpflichtete RA. A. zur Ablehnung des Auftrages auch dann, wenn es sich damals nur um eine ganz vorübergehende Ferienvertretung und um ein einmaliges Verhandeln für den Erstbekl. handelte. Bei der Beauftragung des RA. A. mit der Wahrnehmung seiner Belange hatte der Kl. von dem gesetzlichen Hinderungsgrunde für die Annahme des Auftrages keine Kenntnis. Im Zeitpunkt der Bestellung des RA. A. brauchte der Kl. also nicht damit zu rechnen, daß dieser nicht in der Lage sein würde, den Prozeß durchzuführen. Den Kl. trifft also an der Notwendigkeit des Anwaltswechsels kein Verschulden. Aber auch RA. A. ist frei davon. Von einem Verschulden auf seiner Seite könnte nur dann gesprochen werden, wenn er in Kenntnis oder in fahrlässiger Unkenntnis des gesetzlichen Hinderungsgrundes den Auftrag angenommen und damit den den Wechsel begründenden Umstand in den Zeitpunkt des Vertragabschlusses gelegt hätte. Es liegt kein Grund zu der Annahme vor, daß RA. A. sich bewußt über die Vorschriften der RAO. hinweggesetzt hätte. Es kann ihm aber auch nicht als fahrlässig angerechnet werden, daß er bei der Annahme des Auftrages des Kl. sich seiner früheren Tätigkeit für den Erstbekl. nicht mehr entsann. Das ist verständlich, wenn man berücksichtigt, daß seitdem annähernd vier Jahre verflossen waren, und daß RA. A. nur als Generalsubstitut, ohne vorher mit dem Bekl. selbst verhandelt zu haben, während einer kurzen Vertretungszeit in zwei Terminen aufgetreten ist. Die damalige AG.-Sache betraf zudem einen so einfachen Sachverhalt und war von vornherein für den Erstbekl. derartig aussichtslos, daß in den ganzen Akten außer der Widerspruchsschrift v. 16. Juli 1930, die eine Begründung des Widerspruchs nicht enthält, nicht ein einziger sachlicher Schriftsatz des Erstbekl. enthalten ist. Es ist daher durchaus verständlich, wenn sich RA. A. bei der Annahme des Auftrags des Kl. dieser Sache nicht mehr entsann, und er handelte daher auch nicht schuldhaft, wenn er nicht vor Annahme des Auftrags noch Erkundigungen darüber einzog, ob er vielleicht früher einmal die Gegenpartei vertreten habe. Eine solche Anforderung würde eine Überspannung der Sorgfaltspflicht darstellen, wie sie bei kurzfristigen Anwaltsvertretungen nach billigem Ermessen keinesfalls angebracht erscheint. Nach vorstehendem ist der Hinderungsgrund, der RA. A. zur Niederlegung der Vertretung des Kl. zwang, erst in dem Augenblick gegeben gewesen, in dem RA. A. von seiner früheren Tätigkeit für den Erstbekl. Kenntnis erhalten hat. Dieser Fall trat erst während des Prozesses ein, wobei noch darauf hingewiesen sein mag, daß RA. A. bereits i. J. 1933 als Vertreter des Kl. gegen den Erstbekl. tätig gewesen ist, sich also offenbar damals schon seiner früheren Tätigkeit für den Bekl. nicht mehr erinnert hat. Vom Zeitpunkt der Kenntniserlangung an waren Anwalt und Partei nunmehr vor die Notwendigkeit gestellt, den Prozeßvertreter zu wechseln. Danach hat das LG. die Kosten des RA. A. mit Recht als erstattungsfähig angesehen.

(OLG. Naumburg [Saale], 6. [Kosten-] ZivSen., Beschl. v. 10. April 1935, 6 W 25/35.)

Ber. von OLGR. Reitzenstein, Naumburg (Saale).

Anmerkung: Der Beschluß hält sich von einer Überspannung der Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Anwalts frei, geht der Gestaltung des zu beurteilenden Falles wirklich nach und gelangt so zu einer zutreffenden Beurteilung. Folgerichtig behandelt er daher auch hier den Anwaltswechsel als notwendigen i. S. des § 91 Abs. 2 ZPO.

Seine Begründung gibt Anlaß zu zwei ergänzenden Bemerkungen:

1. Der Beschluß prüft im Hinblick auf § 91 Abs. 2 ZPO., ob der gesetzliche Hinderungsgrund des § 31 Abs. 2 RAO. im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zwischen Partei und Anwalt für einen von beiden erkennbar war. Dieser Ansatzpunkt der Prüfung ist für das Verhältnis von Wahlanwalt und Partei zutreffend. Vorliegendenfalls geht aber die Beiordnung als ArmAnw. voraus. Damit ist an sich der Ansatzpunkt der Prüfung auf den Empfang des Beiordnungsbeschlusses zu verlegen. Nach der Gestaltung des vorl. Falles war auch in diesem Zeitpunkt das Vorliegen des Hinderungsgrundes nicht erkennbar. Wäre er aber sodann schon bei der ersten Besprechung zwischen ArmAnw. und Partei erkennbar geworden, so daß es nicht zu einem Vertragsabschluß zwischen Partei und Anwalt gekommen wäre, so hätte auch dann nicht nur der Anwaltswechsel selbstverständlich und notwendig eintreten müssen, sondern es wäre auch dann bereits ein Gebührenanspruch des bis dahin beigeordneten Anwalts gegen Staatskasse und Partei erwachsen, der aus den Gründen des obigen Beschlusses zu einer Kostenerstattung durch den Gegner gem. § 91 Abs. 2 ZPO. führt. Denn der Beiordnungsbeschluß ist für den zum ArmAnw. bestellten RA. amtlicher Tätigkeitsauftrag (vgl. meine Anm. JW. 1935, 789) und enthält einen unabhängig vom Zustandekommen eines Vertragsabschlusses mit der armen Partei wirksamen Zwang zur Fürsorge für diese (vgl. Stein-Jonas § 115 V 2). Im Umfang der so schon vor und unabhängig von einem Vertragsabschluß verwirklichten Tätigkeit entsteht daher auch für den Anwalt die entsprechende Gebühr.

2. Richtig ist, daß das Beitreibungsrecht des ArmAnw. aus § 124 ZPO. von § 91 ZPO., daher auch von dessen Abs. 2, abhängig ist, sowie, daß nach ihm die obsiegende arme Partei und ihr beigeordneter Anwalt gegenüber dem unterlegenen Gegner Kostenerstattungsansprüche nur geltend machen können, soweit gegenüber der Partei selbst entsprechende Gebührenansprüche des Anwalts entstanden sind.

Ausgangspunkt ist also die Frage des Entstehens bzw. Nichtentstehens von Gebührenansprüchen des Anwalts gegen die Partei. Nicht aber ist es für das Verhältnis zum Gegner von rechtlicher Er-

heblichkeit, ob diese Ansprüche schon inzwischen erloschen sind. Eine rechtliche Betrachtungsweise, die den Anwalt beim sog. von ihm verschuldeten Anwaltswechsel seiner Gebührenansprüche für „verlustig" erachtet, ruft daher Bedenken hervor. Abgesehen von einem so seltenen Ausnahmefall wie Parteiverrat, bei dem ein Gebührenanspruch rechtlich nicht entsteht (vgl. § 654 BGB.), sind die Verlustfälle in Wirklichkeit Fälle, in denen der Gebührenanspruch des Anwalts entstanden ist und fortdauert, ihm aber möglicherweise eine materiellrechtliche Einrede der Partei oder eine Aufrechenbarkeit mit einem Gegenanspruch gegenübersteht. Beides beendet nicht unmittelbar den Anspruch, sondern wird erst wirksam durch eine Rechtshandlung der Partei, der Geltendmachung der Einrede oder des Vollzuges der Aufrechnung. Da die Gründe, die ein Erlöschen der Forderung des Anwaltes herbeiführen, wie Erfüllung, Aufrechnung usw., entsprechend der Natur des Schuldverhältnisses als rein persönliches, noch dazu materiellrechtliches Beziehungsverhältnis zwischen Anwalt und Partei aus Umständen erwachsen, die sich in diesem Verhältnis ereignen, damit außerhalb des Prozeßverhältnisses zwischen Partei und Gegner liegen, kann § 91 ZPO. die Erstattungspflicht des Gegners, die eine ausschließlich prozessuale Folge seines Unterliegens ist, nicht von ihnen abhängig machen, sondern nur vom Entstehen dieser Ansprüche, wie es auch § 91 Abs. 1 ZPO. mit den Worten „erwachsene" Kosten zum Ausdruck bringt. Deshalb gewährt § 91 in seinem Abs. 2 eine selbständige, prozessuale und daher im Einzelfall auch nur so begründbare Einschränkungsmöglichkeit hinsichtlich des Umfanges der auf seiten der obsiegenden Partei entstandenen und vom unterlegenen Gegner zu erstattenden Kosten.

RA. Dr. P. Bach, Freiburg i. Br.

Reichsarbeitsgericht

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden

** **40.** §§ 2, 10, 11, 14, 36 ArbOG. Der Kündigungsschutz der Vertrauensratsmitglieder beginnt erst mit der Ablegung des feierlichen Gelöbnisses am Tage der nationalen Arbeit, nicht schon mit der Berufung zum Vertrauensmann. Doch kann eine Kündigung gegenüber dem Vertrauensmann, die vor dem Tage der nationalen Arbeit erfolgt, sittenwidrig und nichtig sein, wenn sie nur bezweckt, den berufenen Vertrauensmann an der Ausübung des Amtes zu hindern. Verzögert der Betriebsführer die Ablegung des Gelöbnisses, so kann hierin eine Verletzung der Treupflicht gegenüber der Gefolgschaft und den durch die Abstimmung zu Vertrauensmännern berufenen Gefolgschaftsmitgliedern, sowie auch eine Verletzung der sozialen Ehre der berufenen Vertrauensmänner liegen.

Für die RevInst. handelt es sich nur noch darum, ob die unwirksame fristlose Entlassung des Kl. mit Ablauf der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist die Beendigung des Dienstverhältnisses herbeigeführt hat oder ob sie dem Kl. gegenüber als befristete Kündigung nicht wirken konnte, weil er vom Betriebsführer auf die Liste der Vertrauensmänner gesetzt und die Liste bei der Abstimmung gebilligt worden war. Der Kl. ist der Meinung, daß ihm bereits seit dieser Berufung der Kündigungsschutz des § 14 ArbOG. zugute kommen müsse, ihm also nur unter den dort in Abs. 1 Satz 2 angeführten Voraussetzungen sein Dienstverhältnis habe gekündigt werden können. Deshalb hat er in den vorderen Rechtszügen die Feststellung begehrt, daß ihm der Kündigungsschutz aus § 14 ArbOG. zustehe. Dieser Antrag war ungenau und unsachgemäß. Denn der Kl. vertritt weiter die Ansicht, daß auch dann, wenn der Kündigungsschutz des § 14 Abs. 1 Satz 2 nicht schon mit der Berufung zum Vertrauensmann, sondern erst mit dem Beginn des Amtes eintreten sollte, die Entlassung vom 28. Juni 1934 nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes ihm gegenüber wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nicht die Wirkungen einer befristeten Kündigung gehabt habe. Auf die Feststellung des Fortbestehens des Dienstvertrages trotz etwaiger befristeter Kündigung kommt es ihm also insoweit an. Für die Entsch. über diese Frage ist zwar die Beantwortung jener im Schrifttum umstrittenen Rechtsfrage der Auslegung der gesetzlichen Kündigungsbestimmung bedeutsam, aber nur als Vorfrage.

Während das ArbG. im Anschluß an die Ansicht von Dersch (ArbOG. § 14 Anm. 4a) angenommen hat, daß nach dem Geiste des Gesetzes der Kündigungsschutz bereits mit der Berufung des Gefolgsmannes zum Vertrauensmann eintreten müsse, ist das LArbG. der herrschenden Meinung des Schrifttums (vgl. Mansfeld-Pohl, ArbOG. § 14 Anm. 3b aa, Anm. 4; Hueck-Nipperdey-Dietz, ArbOG. § 14 Anm. 21 II 1b) gefolgt, die dahin geht, daß nach dem klaren Wortlaut des § 11 ArbOG. das Amt des Vertrauensrats erst nach der Verpflichtung — also regelmäßig am 1. Mai — beginne und erst von da ab der Vertrauensmann den Kündigungsschutz genieße. Der Zusammenhang der gesetzlichen Best. (§§ 5 f., insbes. 5 Abs. 1 Satz 2, 6, 10, 11, 13, 16) ergibt, daß der Vertrauensrat mit Einschluß des Betriebsführers unter dessen Leitung eine geschlossene Gemeinschaft bildet und das Amt der Mitglieder des Vertrauensrats nicht vor der Ablegung des feierlichen Gelöbnisses beginnen kann.

Der Kündigungsschutz des § 14 ArbOG. steht also dem Kl. nicht zur Seite.

Gleichwohl macht die Rev. mit Recht geltend, daß die am 28. Juni 1934 ausgesprochene, als solche nach den einwandfreien Ausführungen der Vorderurteile unwirksame fristlose Entlassung dem Kl. gegenüber nicht die Wirkung einer befristeten Kündigung haben konnte.

Der Inhaber der beklagten Firma als Führer des Betriebes hatte mit dem Kl. als Betriebszellenobmann dieses Betriebes gemäß § 9 ArbOG. und § 1 der 2. DurchfVO. v. 10. März 1934 (RGBl. I, 187) die der Gefolgschaft zum Zwecke ihrer Stellungnahme vorzulegende Liste der Vertrauensmänner und ihrer Stellvertreter aufgestellt. Er hat diese Liste, auf der auch der Kl. zum Vertrauensmann vorgeschlagen wurde, der Gefolgschaft bekanntgegeben und zur Abstimmung gestellt. Sie wurde am 10. April 1934 von der Gefolgschaft gebilligt. Der Inhaber der Bekl. hat das Ergebnis am gleichen Tage bekanntgegeben und dem Kl. mitgeteilt (§ 10 der 2. DurchfVO.). Eine Beanstandung beim Treuhänder der Arbeit (§§ 13, 14 der 2. DurchfVO.) erfolgte nicht. Deshalb war der Inhaber der Bekl. verpflichtet, am 1. Mai 1934 an der Betriebsstätte die Gefolgschaft zu versammeln und vor ihr mit den durch die Abstimmung berufenen Vertrauensmännern als Vertrauensrat das im § 10 ArbOG. vorgeschriebene feierliche Gelöbnis abzulegen (5. DurchfVO. v. 13. April 1934 [RGBl. I, 310]). Durch die bestimmte, befehlende Sprache des § 10 und den vorgeschriebenen Inhalt des feierlichen Gelöbnisses tritt deutlich hervor, welche Bedeutung der Gesetzgeber der Ablegung dieses Gelöbnisses am Tage der nationalen Arbeit und damit der feierlichen Einführung des Vertrauensrats in sein Amt beilegt. Es soll dadurch in besonders ernster Weise kundgegeben werden, daß nach dem Willen des Gesetzgebers zwischen dem Führer des Betriebes und der Gefolgschaft eine enge Arbeitsgemeinschaft besteht und bestehen soll, daß alle Betriebsangehörigen miteinander verbunden sind und unter Hintansetzung selbstsüchtiger Belange im Betriebe zum gemeinen Nutzen von Volk und Staat nach Kräften den Betriebszweck zu fördern haben (§ 1 ArbOG.). § 10 legt also dem Führer des Betriebes eine bedeutsame Pflicht auf. Diese Pflicht hat der Inhaber der Bekl. dadurch, daß er die feierliche Verpflichtung des berufenen Vertrauensrats weit über den 1. Mai 1934 hinauszögerte, nämlich sie erst auf Drängen des Treuhänders am 28. Juni 1934 vornehmen ließ, erheblich verletzt. Denn nur bis zu dem auf den 1. Mai folgenden Werktag hätte das Gelöbnis verschoben werden dürfen, und dies auch nur mit Zustimmung des Treuhänders der Arbeit, wenn infolge der räumlichen Entfernung des Betriebes von dem Orte der allgemeinen Feier des 1. Mai durch eine vorhergehende Betriebsversammlung die Teilnahme der Betriebsangehörigen an der gemeinsamen Feier der Bevölkerung wesentlich erschwert gewesen sein würde (vgl. 5. DurchfVO.). Handelt es sich insoweit zunächst nur um die Verletzung öffentlich-rechtlicher Vorschr., so doch zugleich auch um die Verletzung der Treupflicht, die dem Inhaber des Betriebes gegenüber der Gefolgschaft und den durch die Abstimmung zu Vertrauensmännern berufenen Gefolgschaftsmitgliedern oblag.

Das Gesetz will (§§ 5, 7), daß in Betrieben mit in der Regel mindestens 20 Beschäftigten ein Vertrauensrat zur Erfüllung der im § 6 geregelten Aufgaben vorhanden ist. Es legt daher dem Führer des Betriebes im § 9 die Verpflichtung auf, im Einvernehmen mit dem Betriebszellenobmann im März jeden Jahres die Liste der Vertrauensmänner und deren Stellvertreter aufzustellen, damit die Gefolgschaft dazu in geheimer Abstimmung Stellung nehme. Kommt zwischen ihm und dem Obmann eine Einigung über die vorzuschlagenden Vertrauensmänner und deren Stellvertreter nicht zustande oder führt die Abstimmung zu keinem dem Gesetz entsprechenden Ergebnis, billigt insbes. die Gefolgschaft die Liste nicht, so kann nach § 9 Abs. 2 der Treuhänder der Arbeit Vertrauensmänner und Stellvertreter in der erforderlichen Anzahl berufen. Daraus folgt, daß der Führer des Betriebes, wenn von ihm mit dem Betriebszellenobmann eine Liste aufgestellt, sie zur Abstimmung gestellt und ihr von der Gefolgschaft zugestimmt worden ist, nunmehr der Inhaber des Betriebes der Gefolgschaft gegenüber und den durch die Abstimmung berufenen Vertrauensmännern verpflichtet ist, diese am gesetzlich festgelegten Termin ihr Amt antreten zu lassen. Es folgt dies auch aus der Betriebsgemeinschaft, in der der Führer des Betriebes und seine Gefolgschaft nach § 1 ArbOG. miteinander verbunden sind, und aus den Pflich-

ten, die nach § 2 der Führer des Betriebes und die Gefolgschaft gegeneinander haben. In § 2 kommt deutlich zum Ausdruck, daß zwischen dem Führer des Betriebes und seiner Gefolgschaft ein Treueverhältnis besteht. Wenn dort ausgesprochen worden ist, daß die Gefolgschaft dem Führer des Betriebes die in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue zu halten hat, der Führer aber für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen hat, so besagt das, daß der Treue der Gefolgschaft die Pflicht der Treue des Betriebsführers gegenübersteht. Darüber aber setzt er sich hinweg, wenn er der von ihm selbst aufgestellten Liste der Vertrauensmänner nach ihrer Billigung durch die Gefolgschaft ohne beachtlichen Grund hinterher die Anerkennung versagt und ohne beachtlichen Grund die berufenen Vertrauensmänner ihr Amt nicht antreten läßt. Es liegt darin zugleich eine Verletzung der sozialen Ehre der berufenen Vertrauensmänner. Daß aber die Ausschließung eines einzelnen von der Ablegung des allgemeinen feierlichen Gelöbnisses des Vertrauensrats ohne triftigen Grund für ihn besonders ehrverletzend ist, liegt auf der Hand. Das Amt des Vertrauensmannes ist nach § 13 ArbOG. ein Ehrenamt. Dadurch, daß der Führer des Betriebes mit dem Betriebszellenobmann ein Mitglied der Gefolgschaft auf die Liste der Vertrauensmänner setzt, bringt er zum Ausdruck, daß er dieses Mitglied für würdig und für geeignet erachtet, das Ehrenamt mit seinen Rechten und Pflichten wahrzunehmen und das feierliche Gelöbnis des § 10, wonach u. a. der Vertrauensmann in seiner Lebensführung und Diensterfüllung den Betriebsangehörigen Vorbild sein soll, abzulegen. Hat er die Liste zur Abstimmung gestellt und die Zustimmung der Gefolgschaft zu ihr erlangt, so kann er keinesfalls vom Tage der nationalen Arbeit an das berufene Vertrauensratsmitglied von seinem Amte ausschließen, auch nicht durch Kündigung, es sei denn, daß dazu ein wichtiger Grund oder doch ein beachtlicher wirtschaftlicher Grund vorliegt. Selbst der Verdacht, daß ein Grund zur fristlosen Entlassung vorliegen könnte, genügt insoweit nicht, da dieser Grund nach § 14 Abs. 1 Satz 2 ArbOG. auch nach der feierlichen Verpflichtung, also nach Antritt des Amtes als Vertrauensmann, geltend gemacht werden kann. Daß aus den dargelegten Gesichtspunkten eine Kündigung gegenüber dem berufenen Vertrauensmann, die vor dem Tage der nationalen Arbeit erfolgt, unzulässig sein kann, ist ebenfalls nicht zu verkennen. Besteht der Kündigungsschutz des § 14 nach dessen Wortlaut auch erst vom Tage des Amtsantritts, so kann doch schon in der Zwischenzeit eine Kündigung sittenwidrig und nichtig sein, z. B. wenn sie nur bezweckt, den berufenen Vertrauensmann an der Ausübung des Amtes zu hindern. Der Betriebsführer muß bemüht sein, in dieser Beziehung auch nur den Schein des Mißbrauchs seiner Machtstellung und der Ehrenkränkung (§ 36 Nr. 1 ArbOG.) und damit der Verletzung seiner Treupflicht (§ 35 ArbOG.) zu erwecken. Darf man auch nicht so weit gehen, daß der berufene Vertrauensmann vor der Verpflichtung bei aus wirtschaftlichen Gründen notwendig werdenden Entlassungen bevorzugt wird, so wird doch regelmäßig die Kündigung eines solchen, wenn sonst keine Entlassungen erfolgen, verletzend wirken und, wenn für sie kein beachtlicher Grund vorliegt, den Verdacht erwecken, daß sie nur zur Verhinderung der Amtsübernahme erfolge. Ein wirtschaftlicher Grund zur Kündigung des Dienstverhältnisses des Kl. lag aber nach den Feststellungen des BG. nicht vor. Er war bereits seit Nov. 1925 im Betriebe tätig und ein ausgezeichneter und sicherer Arbeiter. Daß er, wie die Eingabe des Inhabers des Bekl. v. 27. April 1934 an den Gaubetriebszellenobmann ergibt, in seiner Tätigkeit als Zellenobmann dem Inhaber der Bekl. mißfallen hatte, gab diesem keinen Grund, die feierliche Verpflichtung des Vertrauensrats hinauszuschieben und, nachdem seine Eingabe an den Gaubetriebszellenobmann keinen Erfolg gehabt hatte, am 28. Juni 1934 den Kl. von der Verpflichtung durch unberechtigte Entlassung auszuschließen. Es kommt entgegen der Meinung des BG. auch nicht darauf an, ob der Inhaber der Bekl. glaubte, den Kl. entlassen oder sein Dienstverhältnis kündigen zu dürfen, sondern darauf, daß er vermöge des dem Dienstvertrage nach dem ArbOG. innewohnenden Treueverhältnis und den Pflichten gegenüber der Gefolgschaft ohne beachtlichen Grund dem Kl. seine Stellung nicht kündigen konnte, ein solcher Grund nicht vorlag und das ganze Verhalten ihm gegenüber wegen des ehrverletzenden Charakters so sehr gegen die guten Sitten verstieß, daß es schlechterdings nicht zu entschuldigen ist. Es mag sein, daß dem Inhaber der beklagten Firma dies alles nicht voll zum Bewußtsein gekommen ist, aber die gesamten Tatumstände waren ihm bekannt, die nach der dem ArbOG. zugrunde liegenden sittlichen Anschauung sein Verhalten als wider die guten Sitten verstoßend kennzeichnen. Danach kann er sich nicht darauf berufen, daß er sich der Sittenwidrigkeit seines Tuns nicht bewußt gewesen sei (RGZ. 97, 255; 120, 144 = JW. 1928, 2461; 136, 240 = JW. 1932, 2399). Die Kündigung war mithin nichtig (§ 138 BGB.).

(RArbG., Urt. v. 20. Febr. 1935, RAG 248/34. — Hamburg.)

****40a.** § 2 Abs. 2 ArbOG. Aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des Betriebsführers ist ein Anspruch des Beschäftigten auf Urlaub nicht abzuleiten. Ein solcher Anspruch ergibt sich vielmehr nur aus einzelvertraglicher Vereinbarung oder aus Tarifordnung oder Betriebsordnung.

Das BG. glaubt den Urlaubsanspruch aus § 2 Abs. 2 ArbOG. herleiten zu können, wonach der Führer des Betriebes für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen hat, während diese ihm die in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue zu halten hat. Dieser Vorschr. entnimmt es die allgemeine Verpflichtung des Unternehmers, den Arbeitnehmer unter gewissen Bedingungen einige Tage hintereinander von seiner Arbeitsverpflichtung bei Fortzahlung des Lohnes zu befreien, damit er sich von der Arbeit des Jahres erholen kann. Es ist sich dabei bewußt, daß die Vorschr. über die Bedingungen der Entstehung und das Ausmaß des Urlaubsanspruchs nichts enthält, meint jedoch, in dieser Hinsicht habe die nähere Regelung wegen der Verschiedenheit der Arbeitsverhältnisse der richterlichen Best. im Einzelfalle überlassen bleiben sollen und müssen. Es betont dabei selbst die Schwierigkeit solcher Feststellung und führt aus, der Umstand, daß der Kl. nicht dauernd angestellt gewesen, sondern im Bedarfsfalle stets neu eingestellt worden und bei jedesmaliger Beendigung des Bedarfs aus dem Betriebe ausgeschieden sei, habe die Entstehung seines Urlaubsanspruchs nicht verhindern können, seine Zugehörigkeit zur Gefolgschaft folge daraus, daß er seit 1. Okt. 1933 nur verhältnismäßig kurze Zeit die Arbeit ausgesetzt habe und daher ganz überwiegend für die Bekl. tätig gewesen sei. Vor der letzten großen Arbeitsperiode des Kl., die vom 31. Mai bis 28. Juli 1934 dauerte, sei freilich das Bestehen eines Urlaubsanspruchs noch sehr zweifelhaft gewesen, jedenfalls sei der Anspruch aber nicht lange vor dem 28. Juli 1934 entstanden. Weiter bezeichnet das BG. das Verlangen eines sechstägigen Urlaubs als nicht zu hoch, ohne dafür allerdings eine nähere Begr. zu geben.

Gegen eine solche Ableitung des Klageanspruchs aus § 2 Abs. 2 ArbOG. wendet sich die Rev. mit Recht. Das BG. verkennt die Bedeutung der erwähnten Vorschr. Sie will mit ihrer Gegenüberstellung der Fürsorgepflicht des Führers des Betriebes einerseits und der Treuepflicht der Gefolgschaft andererseits die neue Auffassung des Arbeitsverhältnisses kennzeichnen und den Geist zum Ausdruck bringen, der fortan die Arbeitsbeziehungen erfüllen und beherrschen soll. Die bisherige Auffassung des Arbeitsverhältnisses als eines rein schuldrechtlichen, in welchem Arbeitgeber und Arbeitnehmer ohne innere Verbundenheit mit entgegengesetzten Belangen einander gegenüberstanden, ist der eines mehr personenrechtlichen Verhältnisses gewichen, in welchem der Führer des Betriebes und die Gefolgschaft zu einer auf gegenseitiges Vertrauen gegründeten Betriebsgemeinschaft miteinander verbunden sind. Aus dieser Auffassung heraus sind nunmehr die gesetzlichen oder vertraglichen Bedingungen des einzelnen Arbeitsverhältnisses und die aus ihnen folgenden gegenseitigen Rechte und Pflichten der in der Betriebsgemeinschaft verbundenen Arbeitsparteien auszulegen. Dagegen kann und will die Vorschr. des § 2 Abs. 2 die gerade wegen der Vielgestaltigkeit des Arbeitslebens in jedem einzelnen Falle notwendige besondere Regelung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine Rahmenbestimmung ersetzen, deren Ausfüllung durch den Richter niemals die Sicherheit verbürgen könnte, deren die Arbeitsbedingungen des einzelnen Arbeitsverhältnisses bedürfen. Ausführungen wie die, mit denen das BG. die Entstehung und den Umfang des Klageanspruchs zu begründen versucht, entbehren jedes festen Maßstabes und müssen mehr oder weniger auf Willkür hinauslaufen. Die erwähnte Gesetzesvorschrift bildet also keine Grundlage für einen allgemeinen Urlaubsanspruch aus Arbeitsverhältnissen. Für einen Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers sind vielmehr nach wie vor allein die Best. des einzelnen Arbeitsvertrages maßgebend geblieben, die sich jetzt aus der besonderen einzelvertraglichen Vereinbarung oder einer Betriebsordnung oder einer Tarifordnung ergeben.

(RArbG., Urt. v. 23. März 1935, RAG 264/34. — Stettin.)

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Senatspräsidenten Arlt und Bodenstein und den Reichsfinanzräten Ott und Sölch

[✕ Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt]

✕**40 b.** Deutsch-schweizerisches Doppelbesteuerungsabkommen v. 15. Juli 1931 (RGBl. 1934, II, 38 = RStBl. 1934, 199 ff.); §§ 3 Abs. 2 KörpStG. 1925; §§ 3 Abs. 2, 48 EinkStG. 1925. Der Rechtsgrundsatz des Urt. I A 123/31 v. 25. April 1933 (RFH. 33, 91) über die Erfassung eines Teiles des im Ausland liegenden Zentralvermögens ausländischer Versicherungsgesellschaften wird durch das deutsch-schweizerische Doppelbesteuerungsabkommen v. 15. Juli 1931 nicht berührt.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 30. April 1935, I A 13/35.)

*

40 c. Deutsch-schweizerisches Doppelbesteuerungsabkommen v. 15. Juli 1931 (RGBl. 1934, II, 38 = RStBl. 1934, 199 f.). Ein Steuerpflichtiger mit dem Wohnsitz in Deutschland unterliegt mit seinen Bezügen aus einer Familienstiftung, die ihren Sitz in der Schweiz hat, der deutschen Einkommensteuer.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 27. März 1935, VI A 898/34.)

*

41. § 16 Abs. 1 EinkStG. Ein Direktor eines industriellen Unternehmens, der nebenher ohne Entschädigung als Dozent an einer Technischen Hochschule wirkt, kann die ihm durch die Lehrtätigkeit erwachsenden Unkosten als Werbungskosten geltend machen, wenn die Lehrtätigkeit der Ausübung des Hauptberufs dienlich ist.

Der BeschwF. ist Direktor bei einem industriellen Werk und im Nebenberuf Dozent an der Technischen Hochschule. Einnahmen aus seiner Lehrtätigkeit hat er nicht. Er verlangt den Abzug von 1000 *RM* Werbungskosten, die ihm durch diese Tätigkeit entstanden seien.

Die Vorinstanzen haben den Abzug abgelehnt. Das FinGer. hat ausgeführt, der BeschwF. übe seine Lehrtätigkeit aus, um den Hochschullehrerberuf einzuschlagen und schließlich eine Professur zu erhalten; es handle sich also bei den von ihm geltend gemachten Kosten um Kosten der Vorbereitung auf einen Beruf, die weder als Werbungskosten noch als Sonderleistungen abgezogen werden könnten. Durch die akademische Tätigkeit würden allerdings Stellung und Titel erworben, die geeignet seien, das Fortkommen in einem anderen Berufe zu fördern. In diesem Falle bestehe aber nur ein mittelbarer Zusammenhang zwischen diesen Aufwendungen und der anderen Einkommensart. Auch die Verkehrsauffassung rechne solche Kosten, wie z. B. auch die Promotionskosten, zu den Aufwendungen für die Lebenshaltung. Der Einwand des BeschwF., er habe auf Grund seiner Lehrtätigkeit einen Ruf an die Technische Hochschule in X. erhalten und, weil er den Ruf abgelehnt habe, sei ihm von seinem Werk das Gehalt erhöht worden, so daß die geltend gemachten Werbungskosten mit seinen Einnahmen aus unselbständiger Arbeit zusammenhingen, greife nicht durch.

Die RBeschw. ist begründet.

Der Auffassung des FinGer., daß die vom BeschwF. geltend gemachten Aufwendungen Kosten der Vorbereitung auf einen Beruf darstellen, kann nicht zugestimmt werden. Nach Lage des Falles, zumal bei Berücksichtigung der Angabe des BeschwF., er habe einen Ruf an die Technische Hochschule in X. abgelehnt, ist kaum anzunehmen, daß der BeschwF. seine Lehrtätigkeit ausübt, um sich auf den Hochschullehrerberuf vorzubereiten. Der BeschwF. verwertet offensichtlich bei seiner Lehrtätigkeit dieselben Fachkenntnisse, auf denen seine Stellung bei seinem Werk beruht. Es kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß die Lehrtätigkeit den BeschwF. wissenschaftlich fördert und damit auch der Ausübung seines Hauptberufes dienlich ist. Dafür spricht, daß die Arbeitgeberin des BeschwF. ihm die Ausübung der Lehrtätigkeit gestattet. Unter diesen Umständen besteht eine so nahe Beziehung zwischen dieser Tätigkeit und dem Hauptberuf des BeschwF., daß es zulässig erscheint, die durch die Lehrtätigkeit verursachten Ausgaben als Werbungskosten, die mit den Einnahmen des BeschwF. aus seiner Stellung bei seinem Werk zusammenhängen, zu behandeln. Diese Art der Behandlung steht nicht in Widerspruch zu der bisherigen Rspr. des erk. Sen.: schon in RFH. 21, 84 ist der Begriff der mit den Einnahmen aus unselbständiger Arbeit zusammenhängenden Werbungskosten in ähnlicher Weise weit ausgelegt worden.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 16. Jan. 1935, VI A 734/34.)

*

✕**42.** §§ 2 Nr. 1, 4, 10, 13 KörpStG.; § 215 Abs. 2 u. 4 RAbgO.

1. Bei der geschäftsführenden GmbH. eines Syndikats ist steuerlich nicht nur die Vereinbarung anzuerkennen, daß sie die Erzeugnisse der Lieferwerke ohne eigenen Gewinn für Rechnung der Lieferwerke absetzen soll (vgl. I A 247/31 v. 27. Okt. 1931 [RStBl. 1932, 58, StW. 1932 Nr. 48]). Darüber hinaus ist für die Körperschaftsteuer auch eine Vereinbarung rechtserheblich, wonach die GmbH. das ihr für ihre übrige Tätigkeit syndikatseigenen Charakters überlassene und das durch diese Tätigkeit entstehende sogenannte gebundene Vermögen nur zu treuen Händen ihrer Mitglieder besitzen soll. Das gilt auch für den Fall, daß die geschäftsführende GmbH. nicht alle Merkmale einer Organgesellschaft aufweist.

2. Bei einer geschäftsführenden GmbH. eines Syndikats, die bei Anwendung des Rechtssatzes unter 1 objektiv körperschaftsteuerfrei ist, muß der Gewinn gemäß § 215 Abs. 2 u. 4 RAbgO. selbständig und einheitlich nach den Grundsätzen des KörpStG. berechnet und festgestellt werden. In dem Feststellungsbescheid ist auch eine Feststellung darüber zu treffen, wer an dem festgestellten Gewinn beteiligt ist und wie der festgestellte Betrag sich auf die einzelnen Mitgliedswerke verteilt. Der auf die einzelnen Beteiligten entfallende Betrag ist dann dem übrigen steuerpflichtigen Gewinn der beteiligten Mitgliedswerke zuzurechnen. †)

Aus dem Vorbescheid:

Die Verbands-GmbH. wurde am 14. März 1925 gegründet. Gegenstand des Unternehmens ist der Verkauf von Fabrikaten der Gesellschafter für Rechnung des Syndikats und die Übernahme von Kontrollen und sonstigen Aufträgen für das Syndikat. Die Gesellschaft soll nur im Interesse des Syndikats tätig sein und nicht eigene Gewinnerzielung bezwecken. Die Veräußerung eines Geschäftsanteils oder von Teilen eines Geschäftsanteils ist nur mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung zulässig. Der Zustimmungsbeschluß bedarf einer Dreiviertelmehrheit. Die Gesellschafter des Syndikats (vgl. hierzu den heute bzgl. des Syndikats ergangenen Vorbescheid I A 402/32) und die Gesellschafter der Verbands-GmbH. (der BeschwF.) sind die gleichen Personen. Die GmbH. ist nach § 9 der Satzungen des Syndikats als dessen Geschäftsführerin bestellt. Sie handelt in allen Fällen im eigenen Namen und ist auch zu gerichtlicher und außergerichtlicher Vertretung des Syndikats berechtigt.

Neben den satzungsgemäßen Aufgaben hat das Syndikat eine Reihe von wirtschaftlich wichtigen Nebenaufgaben, die Regelung des Handelsverkehrs, des Auslandsabsatzes, Ausschaltung ungesunden Wettbewerbs, Finanzierung der angeschlossenen Werke, Anstellung von Versuchen, Propaganda, Aufkauf von Werken usw. übernommen.

Außer dem Vertrieb der syndizierten Erzeugnisse hat sich die Pflichtige mit dem An- und Verkauf von Grundstücken stillgelegter Werke und mit Aktienerwerb befaßt, auch Gewinn und Verlust aus Kapitalverzinsung und Devisengeschäften erzielt.

Die Pflichtige hat in ihren Körperschaftsteuererklärungen keine Gewinne angegeben, da sie nach ihrem Gesellschaftsvertrag keine eigene Gewinnerzielung bezwecke und auch kein Einkommen gehabt habe.

Gegen die Heranziehung zur Steuer hat sie wieder geltend gemacht, daß sie weder Eigentum noch Einkommen habe. Alles Inventar und sonstiges Betriebsvermögen gehörten nicht der GmbH., sondern dem Syndikat; da dieses eine nicht rechtsfähige Gesellschaft bürgerlichen Rechtes sei, gehörten in Wirklichkeit diese Gegenstände den Mitgliedern des Syndikats zur gesamten Hand. Daß die Aufwendungen für diese Gegenstände durch die Bücher der GmbH. gelaufen seien, sei unwesentlich, da die GmbH. die Aufgabe habe, das Syndikat nach außen hin als deren geschäftsführendes Organ im Auftrag seiner Mitgliedswerke zu vertreten. Die Aufführung der Gegenstände in den Büchern der Pflichtigen sei daher aus rein praktischen Erwägungen erfolgt und nicht deshalb, weil die Absicht der Beteiligten dahin gegangen sei, der Pflichtigen das Eigentum an den genannten Gegenständen zu verschaffen. Eigentümer zur gesamten Hand seien vielmehr nach wie vor die Mitgliedswerke. Auch eine Aktivierung immaterieller Werte könne nur anteilsmäßig bei den einzelnen Mitgliedswerken erfolgen. Sie selber werde, da sie für eigene Rechnung keine Geschäfte tätige, durch die Ausschaltung einer Konkurrenz weder begünstigt noch benachteiligt. Im übrigen werde auch die Aktivierungsmöglichkeit dieser sog. immateriellen Werte bestritten.

Das FinA. hat die Einwendung der Pflichtigen, sie habe als Organ des Syndikats kein eigenes Einkommen, nicht als zutreffend

anerkannt. Zuzugeben sei, daß die Pflichtige Organ des Syndikats sei. Aus dieser Tatsache folge aber noch nichts für die hier allein zur Erörterung stehende Frage der objektiven Steuerpflicht. Auch ein Organ könne eigenes Einkommen haben. Richtig sei lediglich, daß, wie auch sonst bei Verkaufsgesellschaften, die Erzielung eigenen Gewinns ausgeschlossen werden könne. Dies könne in doppelter Form geschehen. Einmal in der, daß die Verkaufsstelle den Verkauf der syndizierten Erzeugnisse ausschließlich für Rechnung — zunächst — der ihr übergeordneten Vereinigung der Mitgliedswerke, ihrer Geschäftsherrin, vornehmen solle, also verpflichtet werde, alles, was sie aus diesen Verkäufen erlange, abzüglich allein der zur Deckung ihrer Geschäftsunkosten benötigten Beträge an diese abzuführen. Zum anderen in der Form, daß sie die Werte, die sie in — wenn auch stillschweigender — Abänderung der primären Vereinbarung gänzlichen Gewinnausschlusses tatsächlich nicht abführe, lediglich zu treuen Händen für die Vereinigung der Mitgliedswerke besitzen und verwalten solle. Für das Vorliegen solcher Vereinbarungen bestehe aber keine Vermutung. So habe der RFH. in seinem Urt. v. 27. Febr. 1929 (I A 556/28 = RStBl. 1932, 57), dessen Gründe nicht veröffentlicht worden seien, die in der Verkaufsstelle des betreffenden Syndikats zurückbehaltenen Unkostenüberschüsse mangels gegenteiliger Best. der Satzungen als Gewinn der Verkaufsstelle angesehen. Die Urt. III A 415/29 v. 20. Febr. 1930: RStBl. 1930, 251 = StW. 1930 Nr. 88 und III A 54/28 v. 20. Nov. 1930: RStBl. 1931, 795 = StW. 1931 Nr. 533 hätten das Bestehen eines Treuhandverhältnisses abgelehnt, da besondere Umstände, z. B. ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarungen gegeben sein müßten, um ein derartiges Verhältnis annehmen zu können. Wenn daher auch derartige, den Ausschluß eigenen Gewinns bezweckende Vereinbarungen an sich zulässig seien, so müsse doch grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß, soweit nicht die Satzungen ausdrücklich das Gegenteil bestimmten, die sich aus zurückbehaltenen Beträgen ergebenden bilanzmäßigen Überschüsse eigenen Gewinn der Verkaufsstelle begründeten. Die Entscheidung der Frage, ob die im Streitfall in Betracht kommenden Überschüsse nach den oben wiedergegebenen Grundsätzen eigenes Einkommen der Pflichtigen seien, liege auf tatsächlichem Gebiet. Aus den Best. des § 2 des Gesellschaftsvertrags und der §§ 17 Abs. 2 und 26 der Satzungen des Syndikats ergebe sich, daß sie aus den erzielten Verkaufserlösen kein Einkommen haben könne, ebenso auch nicht aus den ihr zur Bildung der Rücklagen zufließenden Beträgen. Die Pflichtige sei daher berechtigt, in ihren Bilanzen Ausgleichsposten nicht nur in Höhe der Verkaufserlöse, sondern auch in Höhe der ihr wieder zufließenden Gegenwerte der jährlich zu bildenden Rücklage bzw. der an ihre Stelle tretenden Werte anzusetzen.

Dagegen seien die im Widerspruch zu den Satzungen den Verkaufserlösen entnommenen Beträge für steuerlich zu aktivierende Aufwendungen für materielle und immaterielle Werte eigenes Einkommen der Pflichtigen. Die in den Satzungen getroffene Best. gänzlichen Gewinnausschlusses sei durch die tatsächliche Handhabung überholt. Hierin sei eine stillschweigende Änderung der Vereinbarungen über den Gewinnausschluß zu erblicken, die rechtlich zulässig und erheblich sei. Es sei insbes. vom RFH. anerkannt, daß die angestellte Gesellschaft (Verkaufsstelle) nur einen Teil der erzielten Verkaufserlöse abzuführen habe (Entsch. des RFH. 17, 119). Das gelte auch für die Vereinbarungen, daß die Pflichtige gewisse Werte nur als Treuhänderin für die Gesamtheit der Mitgliedswerke besitzen solle. Wie aus dem klaren und eindeutigen Wortlaut des § 26 der Satzungen ersichtlich sei, beziehe sich diese Vereinbarung nur auf die Rücklagen und die mittels dieser beschafften Werte. Ein innerer Grund, diese Vereinbarung auch auf die hier streitigen Werte zu beziehen, liege daher nicht vor, zumal da eine Vermutung für ein derartiges Treuhandverhältnis ebensowenig wie für das Vorliegen eines Gewinnausschlusses bestehe. Auch auf den Streitfall hätten daher die Darlegungen des Urt. VI A 1651/29: RStBl. 1930, 59 = StW. 1930 Nr. 29 (vgl. auch I A 473/27: RStBl. 1928, 360 = StW. 1928, 846) Anwendung zu finden, in denen ausgeführt sei, daß, wenn eine Firma ihren gesamten Jahresgewinn an eine andere Firma abzuliefern habe, diese einen steuerpflichtigen Gewinn nicht erzielt habe, es sei denn, daß sich nach den steuerlichen Bewertungsvorschriften ein höherer Jahresgewinn ergäbe als der abzuführende Betrag. Dabei werde noch darauf hingewiesen, daß es bei den hier in Betracht stehenden materiellen und immateriellen Werten überhaupt zweifelhaft sein könne, ob es möglich sei, das eigene Recht der Pflichtigen an diesen Werten im Wege der Vereinbarung auszuschließen. Was die immateriellen Werte aus den von der Pflichtigen abgeschlossenen Schutzverträgen angehe, so müsse aus § 35 der Satzungen, wonach die Geschäftsstelle des Syndikats (die Pflichtige) zur Wahrnehmung gemeinsamer Interessen nach Weisung der Hauptversammlung Schutz- und sonstige Verträge mit anderen Firmen, Syndikaten oder Vereinigungen abschließen könne, gefolgert werden, daß ihr auch die hierzu nötigen Beträge zu eigenem Rechte überlassen seien.

Im Berufungsverfahren hat die Pflichtige ihre Auffassung aufrechterhalten, daß sie kein eigenes steuerpflichtiges Einkommen bezogen habe. Nicht sie, sondern die Gesellschaft bürgerlichen Rechts habe die von ihr als dem geschäftsführenden Organ verwalteten Vermögensgegenstände aus eigenen Mitteln angeschafft, deren Wert weder nach bürgerlich-rechtlichen noch nach steuerrechtlichen Begriffen in ihr Eigentum übergegangen seien und daher auch nicht eigenes Einkommen der Gesellschaft darstellen könnten. Alle zurückbehaltenen Beträge seien von der Gesellschaft lediglich als Treuhänderin der Mitglieder verwaltet worden. Soweit diese Beträge nicht unmittelbar zu verausgaben oder in Sachwerten angelegt seien, müßten sie bei Ablauf des Vertrags den Berechtigten im Verhältnis ihrer Einzahlungen ausgezahlt werden. Sämtliche Sachwerte ständen im Eigentum der Verbandsmitglieder. Beim Ausscheiden eines Mitglieds müsse ihm sein Anteil von dem zurückbehaltenen Vermögen in bar ausgezahlt werden.

Das FinGer. hat den Steueranspruch „dem Grunde nach unter Ablehnung der steuerrechtlichen Beachtlichkeit der Gewinnausschlußvereinbarung in voller Höhe der sich aus ordnungsmäßigen Steuerbilanzen ergebenden Gewinne unter Einrechnung einer normalen Verkaufsprovision und des sonstigen Gewinns eines Gewerbebetriebs für gerechtfertigt erklärt". Es hat folgendes ausgeführt: Der Gewinn, der dadurch entstehe, daß gegenüber den Ansätzen der Handelsbilanzen nach den Grundsätzen des Steuerrechts Mehraktivierungen in den Steuerbilanzen für die Anschaffung von materiellen und immateriellen Werten vorzunehmen seien, sei bei der Pflichtigen zu erfassen. Auf diese nur steuerbilanzmäßig vorhandenen Überschüsse beziehe sich weder die Gewinnausschlußvereinbarung noch das Treuhandverhältnis. Sie bildeten daher eigenes Einkommen der Pflichtigen, das ihr von ihrer Organgesellschaft, dem Syndikat, dauernd überlassen worden sei.

Im Gegensatz zur Rechtsansicht des FinA. sei das FinGer. der Überzeugung, daß, wenn überhaupt, körperschaftsteuerlich eine Erfassung des durch die Rücklagenbildung und die Früchte der Rücklagen entstehenden Einkommens nur bei der Pflichtigen erfolgen könne, da nach den getroffenen Vereinbarungen eine Abführungspflicht dieser Beträge an die Organobergesellschaft des Syndikats oder ein Treuhandverhältnis zu dessen Gunsten nicht in Frage komme. Die Frage, ob die Rücklagenbildung als solche eine Körperschaftsteuerpflicht nach sich ziehe, sei vom FinGer. verneint worden. Eine Rücklagenbildung als solche könne eine Körperschaftsteuerpflicht niemals zur Folge haben. Für die Bejahung oder Verneinung der Körperschaftsteuerpflicht komme es darauf an, ob die Rücklage aus steuerpflichtigen Einkünften oder ob sie aus Einlagen der Gesellschafter gebildet sei. Treffe letzteres zu, so sei die Rücklagenbildung als weitere Einzahlung i. S. des KapVerkStG. (§§ 6a oder 6b) anzusehen, die nur geeignet sei, den Wert der Gesellschaftsrechte zu erhöhen.

Die Frage der Besteuerung der Rücklagenbildung stehe und falle daher mit der Frage, ob und in welcher Höhe der Pflichtigen ein eigener Gewinn aus Gewerbebetrieb zuzurechnen sei. Dies sei nur der Fall, wenn entgegen der getroffenen Gewinnausschlußvereinbarung eine Bildung der Rücklage aus Eigengewinn der Pflichtigen an sich möglich sei.

Dagegen seien aus der gebildeten Rücklage sich ergebende Einkünfte irgendwelcher Art auf jeden Fall bei der Pflichtigen steuerpflichtig, da weder Gewinnausschlußvereinbarungen noch Treuhandverhältnis diese Steuerpflicht aufzuheben vermöchten. Die Rücklagenbildung sei in Erfüllung des wesentlichen Gesellschaftszweckes der Pflichtigen erfolgt. Das ihr zu diesem Zwecke von den Gesellschaftern überlassene Kapital sei daher in seiner körperschaftsteuerrechtlichen Funktion dem sehr gering gehaltenen Eigenkapital der Gesellschaft, mit dem sie ihre satzungsmäßigen Aufgaben unmöglich erfüllen könne, gleichzustellen. Die Einkünfte aus dem Eigenkapital wie aus dem zusätzlichen Rücklagenkapital seien unbedingt körperschaftsteuerpflichtig. Weder die Gewinnausschlußvereinbarung, die sich nur auf die sonstige gewerbliche Betätigung der Gesellschaft beziehe, noch das Treuhandverhältnis zugunsten der einzelnen Gesellschafter habe die Kraft, die Steuerpflichtigkeit dieser Beträge auszuschließen.

Bei der grundlegenden Vereinbarung völligen Gewinnausschlusses durch entsprechende Preisvereinbarung erhebe sich zunächst die Frage, ob ein derartiger Gewinnausschluß vom Standpunkt des Steuerrechts aus rechtserheblich und in vollem Umfange anzuerkennen sei, oder ob der Anerkennung dieser Vereinbarung bestimmte gesetzliche Grenzen gesetzt seien. Aus den Best. des KörpStG. könne nur gefolgert werden, daß die Pflichtige, die sich der einzelnen darin vorgesehenen Rechtsformen bediene, auch der entsprechenden Besteuerung unterliegen solle, ohne Rücksicht darauf, welche Art von Betrieben sie tatsächlich unterhalte. Auch die einem Kartell als Organ dienende GmbH. müsse sich in das System des KörpStG. einfügen. Seien die Genossenschaften nur in ganz bestimmtem Umfange steuerlich privilegiert (z. B. § 11 Nr. 4), so könne man nicht annehmen, daß eine zu den Erwerbsgesellschaften gehörende Gesellschaft (abgesehen vom gesetzlich vorgesehenen Fall der Gemeinnützigkeit) sich selbst in einem noch über die Genossenschaftsprivilegierung hinausgehenden Umfang von der Steuer durch Privatvereinbarungen befreien könne. Dies müsse um so mehr gelten, als die Kartelle zusammen mit den Ge-

nossenschaften wirtschaftlich zu den sog. Förderungsgemeinschaften gehörten (Geiler, Kommentar 1923 S. 256). Der Unterschied zwischen einem Kartell mit Doppelgesellschaft und einer Genossenschaft bestehe wirtschaftlich darin, daß in Form von Genossenschaften sich Kleingewerbetreibende zusammenschlössen, während sich die Großindustrie vorwiegend der juristischen Form der Doppelgesellschaft bedienten, um den kartellmäßigen Zusammenschluß durchzuführen. Habe z. B. ein Kartellorgan ein Vermögen von etwa 30 Millionen, das in Beteiligungen, Effekten, Grundbesitz usw. angelegt sei, so könne man nicht annehmen, daß der Ertrag dieses Vermögens dadurch steuerfrei werde, daß sich in den Satzungen des Syndikats die typische Formel über den vollkommenen Gewinnausschluß durch entsprechende Preisgestaltung, verbunden mit der Treuhandeigentumvereinbarung für allen Mehrerwerb findet. Gäbe man dieser Parteivereinbarung eine solche Wirksamkeit, so hieße dies das System des Körperschaftsteuerrechts geradezu auf den Kopf stellen. Es würde so ein Typus der „erwerbslosen Erwerbsgesellschaft mit gewinnlosem Gewinn und eigentumslosem Eigentum" geschaffen, das im Gesetz nicht vorgesehen sei. Diese Erwägungen führten zu der Schlußfolgerung, bei einer Erwerbsgesellschaft den Gewinnausschluß zugunsten ihrer Teilhaber niemals schlechthin für zulässig zu erachten, da dadurch der Erwerbsgesellschaft ein begriffliches essentiale, die „theoretische Gewinnmöglichkeit", durch Vereinbarung genommen werde. Das Ziel des juristischen Denkens müsse stets die klare Herausarbeitung der gesetzlichen Grundbegriffe bleiben. Das dialektische Denken schlage einen Irrweg ein, wenn es sich dazu herbeilasse, künstliche und in sich widerspruchsvolle Denkgebilde zu erzeugen, die weder vor dem gesunden Menschenverstand noch vor der juristisch geschulten Vernunft Geltung haben könnten.

Sei eine grundsätzliche Zulässigkeit der Gewinnausschlußvereinbarung abzulehnen, so zerfalle die Gewinnausschlußvereinbarung vom steuerlichen Gesichtspunkt aus in zwei Vereinbarungen, in eine echte Gewinnausschlußvereinbarung, soweit der Gewinn auf die wirtschaftliche Tätigkeit der Gründerwerke zurückzuführen sei, und in eine Vereinbarung der Gewinnausschüttung, soweit der Gewinn auf der Tätigkeit des Kartells beruhe. Die Besteuerung der Erwerbsgesellschaft richte sich aber prinzipiell nicht nach dem Gewinn, den sie sich selbst subjektiv zumesse, sondern nach dem Gewinn, der nach den objektiven gesetzlichen Merkmalen ihr zugerechnet werden müsse.

Gegen diese Schlußfolgerung sei nicht einzuwenden, daß ja auch im Falle der Organschaft der Typus „der erwerbslosen Erwerbsgesellschaft" von der Rspr. zugelassen worden sei. In diesem Falle sei der Typus nur zugelassen im Verhältnis der Untergesellschaft zur Obergesellschaft, die, mit dieser eine wirtschaftliche Einheit bildend, deren Funktion als Steuerträgerin übernehme. Dagegen sei es steuerlich ausgeschlossen, daß die Teilhaber einer steuerpflichtigen Körperschaft deren Funktion als Steuerträgerin mitübernähmen. Würde man diese begriffliche Unmöglichkeit zulassen, so würde das einer vollkommenen Aushöhlung der für Erwerbsgesellschaften geltenden subjektiven und objektiven Steuerpflicht gleichkommen.

Auch die Tatsache, daß es sich im Streitfall nicht um eine ungewöhnliche Rechtsform handle, diese Rechtsform bei Kartellen vielmehr allgemein üblich sei, könne die steuerliche Anerkennung dieser Rechtsform nicht zur Folge haben. Die allgemeine Üblichkeit einer Rechtsform könne eine Befreiung von der Steuerpflicht nur dann herbeiführen, wenn im Gesetz selbst eine Best. enthalten sei, die auf das im Wirtschaftsleben übliche verweise. Eine solche Verweisung sei im Gesetz nicht enthalten, vielmehr sei im § 4 KörpStG. ein ausdrücklicher Hinweis darauf enthalten („gelten ohne Rücksicht auf die Art ihres Betriebs"), daß bei der Definition von Erwerbsgesellschaften eine Bezugnahme auf die Art des konkreten Betriebs ausgeschlossen sein solle. Ihre Rechtsnatur und die sich aus dieser ergebende subjektive und objektive Steuerpflicht sollten hier gerade durch die wirtschaftlichen Verhältnisse des konkreten Falles nicht berührt werden. Der normative Charakter des Grundbegriffs des Körperschaftsteuerrechts dulde nicht, daß irgendwelche Üblichkeiten des Wirtschaftslebens diesen Grundgedanken in sein Gegenteil verkehrten. Die Norm „Erwerbsgesellschaften sind als solche subjektiv und objektiv steuerpflichtig" gelte ganz unabhängig von den wirtschaftlichen Gebräuchen der als Erwerbsgesellschaft definierten Körperschaften.

Auch im vorl. Falle vermöge daher der Umstand, daß Vereinbarungen, wonach Gewerbebetriebe von Kartellkörperschaften auf Rechnung ihrer Mitglieder laufen sollen, allgemein üblich seien, die normale Körperschaftsteuerpflicht dieser Kartellgesellschaften als Erwerbsgesellschaften nicht auszuschließen. Die Frage, was bei einer Erwerbsgesellschaft als verschleierte Gewinnverteilung zu versteuern sei, sei davon abhängig, was der Erwerbsgesellschaft objektiv als Gewinn zuzurechnen sei. Es gebe auch verschleierte Gewinnentstehungen, die nicht verteilt werden. Beide Fälle, der der verschleierten Gewinnverteilung und der der verschleierten Gewinnentstehung seien Anwendungsfälle des Satzes, daß der objektiv zurechnungspflichtige Gewinn zu versteuern ist. Bei der Prüfung der Frage, was im Streitfall als Gewinn zu versteuern sei, müsse zwischen dem Vertrieb der syndizierten Erzeugnisse und dem sonstigen Gewerbebetriebe unterschieden werden. Bei dem Vertrieb der syndizierten Erzeugnisse habe die BeschwF. wirtschaftlich eine dem Kommissionär ähnliche Stellung. Sie verkaufe die syndizierten Erzeugnisse im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung, wobei über die Art der Abrechnung vom typischen Kommissionsvertrage abweichende Vereinbarungen getroffen worden seien. Unter diesen befinde sich die des völligen Gewinnausschlusses, jedoch unter Ersetzung der Unkosten. Hier liege insoweit eine verdeckte Gewinnausschüttung vor, als die Pflichtige auf den ihr an sich zustehenden Provisionsgewinn von vornherein zugunsten ihrer Gesellschafter verzichtet habe. Bei dem sonstigen Gewerbebetrieb seien die beim Verkauf von Material, Grundstücken, Devisen usw. erzielten Gewinne einschließlich der Zinssalden, die aus Kapitalvermögen entstehen, zu versteuern.

Das FinGer. könne somit bezüglich der grundsätzlichen Gültigkeit einer Gewinnausschlußvereinbarung der Rspr. des RFH. nicht folgen, der eine solche Vereinbarung anscheinend grundsätzlich und uneingeschränkt steuerlich anerkennen wolle. Nach den vom FinGer. dargelegten Rechtsgrundsätzen sei daher die Steuerbilanz der Pflichtigen unter Einsetzung eines normalen, in Hundertsätzen vom Umsatz zu errechnenden Provisionssatzes neu aufzustellen — die übrigen Gewinne bzw. Verluste eines Gewerbebetriebs seien bereits in den Steuerbilanzen verarbeitet. Der sich dann ergebende Gewinn sei zur Körperschaftsteuer heranzuziehen. Soweit die Rücklage aus den zu versteuernden Gewinnen gebildet sei, sei sie körperschaftsteuerpflichtig, in dem darüber hinausgehenden Umfang sei sie kapitalverkehrsteuerpflichtig.

Mit der RBeschw. begehrt das FinA., die objektive Steuerpflicht der BeschwF. dem Grunde nach auf die in der Einspruchsentscheidung als steuerpflichtig angesehenen Beträge (Vermögensvermehrung zu eigenem Recht) zu beschränken. Auch die Pflichtige hat RBeschw. eingelegt, mit der sie die Anerkennung ihrer objektiven Steuerbefreiung begehrt.

Da die RBeschw. der Pflichtigen vollständige Befreiung von der Körperschaftsteuer begehrt und sich deshalb im Falle der Stattgabe eine Entsch. über die RBeschw. des FinA. erübrigt, scheint es zweckmäßig, zunächst die RBeschw. der Pflichtigen zu behandeln. Sie ist begründet.

Zwischen den Vorbehörden und der Pflichtigen besteht Einigkeit, daß die Pflichtige als GmbH. auf Grund der Vorschr. der §§ 2 Nr. 1, 4 Abs. 1 KörpStG. als inländische Erwerbsgesellschaft grundsätzlich der unbeschränkten Körperschaftsteuerpflicht unterliegt. Diese subjektive Steuerpflicht wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß die BeschwF. Organ (Angestellte) eines anderen Unternehmens oder einer Personenmehrheit, einer ihre verschiedenen Gesellschafter umschließenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist (vgl. Entsch. des RFH. 19, 267 ff.). Denn eine rechtlich selbständige Gesellschaft bleibt auch dann subjektiv steuerpflichtig und kann auch eigenes Einkommen haben, wenn sie als Organ anzuerkennen ist (vgl. Entsch. des RFH. 26, 124 und die dort weiter angezogenen Entsch.; vgl. auch Evers, Komm. z. KörpStG., 2. Aufl., S. 864 ff.; außerdem das Gutachten des 1. und 3. Sen. v. 26. Juli 1932, I D 2/31 und III D 2/32; Entsch. des RFH. 31, 297 [299] und Entsch. des RFH. 34, 228). Es ist auch dem FinGer. darin zuzustimmen, daß die willkürliche Ausschaltung der Körperschaftsteuerpflicht einer Erwerbsgesellschaft durch Maßnahmen der Gesellschafter steuerlich nicht zugelassen werden kann (vgl. hierzu z. B. I A 641/29 v. 18. Sept. 1930: RStBl. 1930, 714 = StW. 1930 Nr. 1223). Wenn in diesem Urt. ausgesprochen worden ist, eine Vereinbarung derart, daß eine GmbH. alle ihre Geschäfte zwar im eigenen Namen, aber unmittelbar für Rechnung ihrer Gesellschafter abschließt, so daß die Gesellschaft keinen Gewinn erzielen kann, grundsätzlich unter § 5 RAbgO. (§ 10 RAbgO. 1931) falle, sofern die Vereinbarung zur Umgehung der Körperschaftsteuerpflicht getroffen ist, so darf daraus nicht geschlossen werden, daß jede Vereinbarung, wonach eine Gesellschaft ohne Entgelt für ihre Gesellschafter tätig sein soll, steuerlich unmöglich und unbeachtlich wäre. Es sei in dieser Hinsicht auf das Urt. I A 247/31 v. 27. Okt. 1931: RStBl. 1932, 58/60 oben) verwiesen, das darlegt, welche Bedeutung dem Urt. I A 641/29: RStBl. 1930, 714 beizulegen ist. Der RFH. hat denn auch in besonderen Ausnahmefällen die steuerliche Wirksamkeit von Gewinnausschlußvereinbarungen zwischen Erwerbsgesellschaften und ihren Gesellschaftern anerkannt. So hat er Vereinbarungen zwischen echten Ein- und Verkaufsgesellschaften und ihren Gesellschaftern und zwischen den Ein- und Verkaufsgenossenschaften, die ihren Geschäftsbetrieb auf den Kreis ihrer Mitglieder beschränken, und ihren Mitgliedern, wonach die Gesellschaften bzw. Genossenschaften ohne Entgelt für die Gesellschafter bzw. Genossen tätig sein sollen, auch steuerlich für zulässig erklärt (vgl. z. B. I A 556/28 v. 27. Febr. 1929: RStBl. 1932, 57; I A 401/30 v. 9. Juni 1931: RStBl. 1932, 57; I A 247/31 v. 27. Okt. 1931: RStBl. 1932, 58 und I A 378/30 v. 16. Sept. 1932: RStBl. 1932, 1025 = StW. 1933 Nr. 100) Bei echten Ein- und Verkaufsgesellschaften sind solche Vereinbarungen auch dann anzuerkennen, wenn sie nicht formell alle Merkmale einer Organgesellschaft aufweisen. Handelt es sich um Organgesellschaften, dann hängt es von

der Vereinbarung zwischen Dienstherrn und Angestellten (Organ) oder von für den Angestellten bindenden Weisungen des Dienstherrn ab, ob der Angestellte (das Organ) Einkommen besitzt oder nicht (vgl. Entsch. des RFH. 26, 124 und die dort weiter angezogenen Entsch.; außerdem auch Evers, Komm. z. KörpStG., 2. Aufl., S. 864 ff.). Mit dieser Rspr. steht es nicht im Einklang, wenn das FinGer. im Streitfall grundsätzlich die Zulässigkeit einer Gewinnausschlußvereinbarung verneint hat. Dem FinGer. sind auch die Entsch. des RFH. bekannt gewesen. Es glaubt jedoch, sich dieser Rspr. nicht anschließen zu sollen. Die Erwägungen, die den RFH. zu seiner Rspr. veranlaßt haben, ergeben sich aus seinen Entsch. Sie sind außerdem in dem Gutachten RFH. 31, 297 (299/300) eingehend dargelegt. Die Angriffe gegen die Rspr. sind zum Teil auf die Befürchtung zurückzuführen, daß die Steuerpflichtigen sich unberechtigte steuerliche Vorteile verschaffen könnten. Es mag auch mit Hilfe der Organtheorie versucht worden sein, unberechtigte steuerliche Vorteile zu erlangen. Derartigen Versuchen kann aber im Rahmen der Rspr. entgegengetreten werden (vgl. z. B. I A 191/31: Entsch. des RFH. 34, 228 ff. und I A 439/32 v. 18. Febr. 1933: Entsch. des RFH. 33, 63). Von den Vertretern des Schrifttums, die zur Rspr. des RFH. über die Organtheorie eingehend Stellung genommen haben, sei Popitz, Komm. z. UmsStG., 3. Aufl., S. 306 angeführt. In abwägender Beurteilung gelangt er zu folgendem Ergebnis: „Man kann die Frage aufwerfen, ob die Rspr. des RFH., die für Einzelfälle manche Zweifel offenläßt, nicht besser hätte anders gehen und im Interesse der Rechtssicherheit an dem starren Grundsatz festhalten sollen, daß juristische Personen immer umsatzsteuerrechtlich selbständig seien. Eine solche Lösung hätte indessen die Wucht der Tatsachen gegen sich gehabt. Dies hätte sicher zu einem Eingreifen der Gesetzgebung geführt." Was hier Popitz für die Umsatzsteuer sagt, gilt dem Grunde, wenn vielleicht auch nicht dem Grade nach, ebenso für die Körperschaftsteuer.

Nach alledem hält der Sen. auch nach Prüfung der vom FinGer. gegen die Rspr. des RFH. geltend gemachten Gründe an seinem bisher vertretenen Rechtsstandpunkt fest. Da sonach die Rechtsauffassung des FinGer., die eine Gewinnausschlußvereinbarung im Streitfall grundsätzlich für steuerlich unzulässig erklärt, mit der Rspr. des RFH. nicht im Einklang steht, war seine Entsch. wegen Rechtsirrtums aufzuheben.

Die Sache ist spruchreif. Das FinA. ist in Übereinstimmung mit der Pflichtigen davon ausgegangen, daß die Pflichtige ein Organ des Syndikats (Vereinigung der Mitgliedswerke) sei. Daß es dabei den Organbegriff, wie er sich in der Rspr. zur Körperschaftsteuer herausgebildet hat, verkannt hätte, ist nicht ersichtlich. Diese Rspr. hat ein Organverhältnis nur dann angenommen, wenn das abhängige Unternehmen (hier die Pflichtige) finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das beherrschende Unternehmen, etwa nach Art einer bloßen Geschäftsabteilung, eingeordnet ist (vgl. Entsch. des RFH. 22, 183 und die dort angeführten weiteren Entsch.). Der RFH. hat auch anerkannt, daß ein Organverhältnis gegenüber einer Personenmehrheit, die sich in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammengeschlossen hat, möglich ist (vgl. Entsch. des RFH. 19, 267). Diese Gesellschaft bürgerlichen Rechts — hier das Syndikat — braucht nicht selbst ein Unternehmen zu besitzen. Wie in dem Urt. I A 641/29 v. 18. Sept. 1930: RStBl. 1930, 714 = StW. 1930 Nr. 1223, ausgeführt ist, ergibt sich aus der Entsch. RFH. 29, 267 nur, daß die Gesellschaft bürgerlichen Rechts bei einer Mehrheit von selbständigen Dienstherren nur die Aufgabe zu erfüllen hat, die Dienstherren zu einer gleichmäßigen Behandlung der Organgesellschaft zu nötigen. Besitzt die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht selbst ein Unternehmen, wie es hier nach der heute ergangenen Entsch. I A 402/32 — das Syndikat betreffend — der Fall ist, dann genügt es für die Anwendung der Organtheorie, wenn jeder Gesellschafter ein Unternehmen besitzt, in das die Organgesellschaft eingeordnet ist. Zur Annahme, daß einer der Gesellschafter der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft keinen Betrieb hätte, fehlt nach den Akten und den Vorentscheidungen jede Veranlassung.

Ist die Pflichtige hiernach als Organgesellschaft anzuerkennen, dann bleibt sie an sich doch subjektiv steuerpflichtig. Es hängt nur von den zwischen Dienstherrn und Angestellten getroffenen Vereinbarungen oder von den für den Angestellten bindenden Weisungen ab, ob der Angestellte (das Organ) Einkommen besitzt. Dem FinA. ist auch insoweit zuzustimmen, daß eine Vermutung, eine Organgesellschaft könne kein eigenes Einkommen haben, nicht besteht. Es gilt vielmehr Vertragsfreiheit für die Frage, ob eine Organgesellschaft ihre Dienste dem Dienstherrn unentgeltlich zur Verfügung zu stellen oder ob sie dafür eine und etwa welche Entlohnung zu beziehen hat (vgl. Entsch. des RFH. 26, 124). Die Rspr. des RFH. erkennt auch die Möglichkeit an, daß eine juristische Person ebenso wie eine physische Person zum Teil einen selbständigen Gewerbebetrieb ausübt, also eigengewerblichen Gewinn erzielen kann, zum Teil als Angestellte eines anderen Unternehmens tätig ist. Es ist auch der Fall denkbar, daß nach den Vereinbarungen zwischen der Ober- und Untergesellschaft letztere nur einen Teil der Erträgnisse an die Obergesellschaft abzuführen verpflichtet ist. Allerdings müssen sich dann die Vereinbarungen auf ein bestimmt abgegrenztes Tätigkeitsgebiet des Organs erstrecken und grundsätzlich für eine längere Dauer bestimmt sein. Sie müssen sich außerdem auf das volle Geschäftsergebnis der bestimmt abgegrenzten Tätigkeitsgebiete erstrecken (vgl. Entsch. des RFH. 34, 228).

Es war hiernach im Streitfall zu prüfen, inwieweit die Pflichtige nach den Vereinbarungen mit ihrem Dienstherrn eigenes Einkommen haben sollte. In dieser Hinsicht ergibt sich aus § 2 der Satzungen der Pflichtigen, daß Gegenstand ihres Unternehmens der Verkauf von Fabrikaten der Gesellschafter für Rechnung des Syndikats ist, und daß sie nicht eigene Gewinnerzielung bezweckt. Nach § 17 Abs. 2 des Syndikatsvertrags besteht der Preis, den die Pflichtige ihren Mitgliedern zu zahlen hat, da sie „lediglich ein Organ des Syndikats" ist, in einem nach bestimmten Vorschr. berechneten und verteilten Gesamterlös der weiterveräußerten Waren abzüglich der Rücklage, der Handlungsunkosten und Verluste des Syndikats. Dabei ist nochmals ausdrücklich bestimmt, daß die Pflichtige aus den Verkäufen keinen Nutzen haben soll, anderseits aber durch die Mitglieder gegen jeden Verlust geschützt ist. Aus diesen Best. kann nur gefolgert werden, daß die Pflichtige aus der Verkaufstätigkeit für die Mitglieder kein Einkommen haben sollte.

Die Vorbehörden haben zutreffend darauf hingewiesen, daß die Pflichtige auch noch andere Aufgaben zu erfüllen hat. Auch insoweit ist sie nur für das Syndikat tätig. Das ergibt sich aus § 2 Abs. 2 ihrer Satzungen, wo ausdrücklich bestimmt ist, daß sie nur im Interesse des Syndikats tätig sein soll. Die hieraus gezogenen Gewinne sollen kein eigenes Einkommen der Pflichtigen sein, wie sich aus der ebenfalls im § 2 Abs. 2 enthaltenen Best. ergibt, die Pflichtige bezwecke nicht eigene Gewinnerzielung. Daß die Pflichtige auch für andere Personen als das Syndikat tätig geworden wäre und daraus Gewinne erzielt hätte, die ihr eigenes Einkommen wären, ist nicht behauptet worden und nicht anzunehmen.

Der Sen. vermag jedoch der Auffassung des FinA. nicht zu folgen, daß die aus dem Verkaufserlöse entnommenen Beträge für steuerlich zu aktivierende Aufwendungen für materielle und immaterielle Werte eigenes Einkommen der Pflichtigen seien. Das FinA. erkennt zwar an, daß nach den Satzungen jeglicher eigene Gewinn der Pflichtigen ausgeschlossen sein solle. Es ist aber der Meinung, diese Best. sei durch die tatsächliche Handhabung überholt, in der eine stillschweigende Änderung der Vereinbarung über den Gewinnausschluß zu erblicken sei. Die Tatsache, daß die Pflichtige die Mittel, die sie zur Erledigung der für ihre Dienstherrin getätigten Geschäfte benötigte, den Verkaufserlösen entnommen hat, rechtfertigen jedoch nicht den Schluß, diese Mittel seien der Pflichtigen zu eigenem Einkommen überlassen worden. Das FinA. zieht diese Folgerung aus § 26 der Satzungen, der bestimmt, daß die Pflichtige nur die Rücklage oder die mit ihr beschafften Gegenstände als Treuhänderin für die Gesamtheit der Mitgliedswerke besitzen solle. Dem kann der Sen. nicht beitreten. Ob die Rücklage von den Gesellschaftern zur Verfügung gestellt wird oder ob das geschäftsführende Organ die zur Erledigung seiner Aufgaben erforderlichen Mittel aus den den Mitgliedern zustehenden Erlösen zurückbehält, ist wirtschaftlich dasselbe. Daß diese Beträge nach dem Willen der Mitglieder zur eigenen Verfügung der BeschwF. bleiben sollten, kann bei einer sinngemäßen Auslegung der Best. des § 2 der Satzungen der BeschwF. und des § 17 Abs. 2 und § 26 des Syndikatsvertrages nicht angenommen werden. Aus diesen Best. kann vielmehr nur gefolgert werden, daß die BeschwF. kein eigenes Einkommen haben und daß sie das, was ihr von den Mitgliedern überlassen wird, nur als Treuhänderin der Mitglieder besitzen sollte. Daraus folgt, daß auch der aus der Verwaltung und Verwendung des Treuhandvermögens fließende Gewinn nicht Einkommen der BeschwF., sondern der Dienstherrin, also des Syndikats und da dieses nach der heute ergangenen Entsch. I A 402/32 kein selbständiges Unternehmen und daher nicht Einkommensträgerin ist, der in ihm zusammengeschlossenen einzelnen Mitgliedswerke ist.

Zum gleichen steuerlichen Ergebnis führt es, wenn die BeschwF. nicht alle Merkmale einer Organgesellschaft aufweisen würde. In dem Urt. I A 247/31 v. 27. Okt. 1931 (RStBl. 1932, 58 = StW. 1932 Nr. 48) ist ausgesprochen, daß die Vereinbarung, die Verkaufs-GmbH. eines Kartells solle die Erzeugnisse der Lieferwerke ohne eigenen Gewinn für Rechnung der Lieferwerke absetzen, steuerlich auch selbst dann anzuerkennen sei, wenn die Verkaufsgesellschaft nicht sämtliche Merkmale einer Organgesellschaft aufweise. Dieselben Erwägungen, die zur Aufstellung dieses Rechtssatzes geführt haben, lassen es als gerechtfertigt erscheinen, auch die Vereinbarung steuerlich anzuerkennen, daß eine Syndikats-GmbH. nicht nur keinen Gewinn aus ihrer Verkaufstätigkeit für das Syndikat haben, sondern daß sie auch die ihr zur Erledigung von weiteren, den Aufgaben des Syndikats entsprechenden Hilfsgeschäften überlassenen Mittel nur als Treuhänderin der Mitglieder besitzen und verwenden soll. Die Notwendigkeit, die sich zwangsläufig aus der Stellung und der Verkaufstätigkeit der Syndikate und ihrem Bestreben nach Beherrschung des Marktes ergibt, hat dazu geführt, daß sich die Tätigkeit der Syndikate nicht nur auf die Überwachung, Verteilung und Verkaufstätigkeit und der

zur unmittelbaren Förderung des Verkaufs erforderlichen Maßnahmen beschränkt, sondern daß das Syndikat auch zeitweise Maßnahmen treffen muß, die über die engere Verkaufstätigkeit hinausgehen, die aber entsprechend der Aufgabe des Syndikats als Hilfsgeschäfte syndikatseigenen Charakters anzusehen sind. Hierunter fallen z. B. die Errichtung oder der Erwerb von Bürohäusern, der Erwerb von Anteilen an fremden Unternehmungen, ganzer Konkurrenzunternehmungen und dergleichen. Auch insoweit erfüllen die Syndikate nicht Selbstzwecke, sondern wollen durch ihre Tätigkeit lediglich die Mitgliedswerke fördern. Diese Tätigkeit führt in der Hand des Syndikats zu besonderer Vermögens- und Einkommensbildung. So wie sich die Rspr. bisher entwickelt hat, ist es vertretbar, auch die Vereinbarung, wonach das durch die übrige Tätigkeit syndikatseigenen Charakters entstehende sog. gebundene Vermögen der Syndikats-GmbH. nur zu treuen Händen für ihre Mitglieder zustehen soll, steuerlich anzuerkennen. Da im Streitfall eine solche Vereinbarung in den Best. des Syndikatsvertrages enthalten ist, scheidet auch bzgl. des bei der BeschwF. gebundenen Vermögens die objektive Steuerpflicht aus.

Bereits oben ist ausgeführt, daß die Rspr. über die Organtheorie und die Ein- und Verkaufsgesellschaften nicht dazu führen darf, den Steuerpflichtigen unberechtigte steuerliche Vorteile zu verschaffen. Sie ist nur um der berechtigten Bedürfnisse der Wirtschaft willen aufgebaut worden. Als berechtigt könnte jedoch ein Wunsch nicht anerkannt werden, Gewinne, die durch die Tätigkeit der Organe oder der Ein- oder Verkaufsgesellschaften erzielt werden, überhaupt steuerfrei zu lassen. Wenn nach den bestehenden Vereinbarungen eine Organgesellschaft ihr Geschäftsergebnis an die Muttergesellschaft abzuführen hat, so ist zunächst der Gewinn für die Organgesellschaft nach den Vorschriften des KörpStG. zu berechnen und der so berechnete Gewinn dann dem Gewinn der Muttergesellschaft zuzurechnen (Entsch. des RFH. 33, 63). Also nicht der etwa nach der Handelsbilanz des Organs ausgewiesene und der Muttergesellschaft zugeführte Betrag, der je nach Wunsch der Beteiligten beliebig gering berechnet werden kann, ist maßgebend, sondern das nach den gesetzlichen Vorschr. zu errechnende Einkommen. Zur Vermeidung der Doppelbesteuerung sind von diesem aber bei der Zusammenrechnung die bereits an die Muttergesellschaft abgeführten Gewinnbeträge von dem nach den Grundsätzen des KörpStG. errechneten Gewinn des Organs in Abzug zu bringen.

Dieselben Grundsätze sind auch bei einer Verkaufs-GmbH. eines Kartells anzuwenden, sei es, daß sie Organ des Kartells ist, sei es, daß sie nicht alle Merkmale eines Organs aufweist. Der Unterschied besteht hier nur darin, daß nicht einer Obergesellschaft der Gewinn der Verkaufs-GmbH. zuzurechnen wäre. Vielmehr sind alle im Kartell zusammengeschlossenen Mitgliedswerke an dem Gewinn der Verkaufs-GmbH. beteiligt. In diesem Falle ist der Grundgedanke des Urt. des RFH. 33, 63 dadurch zu verwirklichen, daß der Gewinn der Verkaufsgesellschaft nach den Grundsätzen des KörpStG. nach § 215 Abs. 2 und 4 RAbgO. selbständig und einheitlich berechnet und in dem Feststellungsbescheid auch eine Feststellung darüber getroffen wird, wer an dem festgestellten Gewinn beteiligt ist und wie der festgestellte Betrag sich auf die einzelnen Beteiligten verteilt. Der auf die einzelnen Beteiligten entfallende Betrag ist dann dem übrigen steuerpflichtigen Gewinn der beteiligten Mitgliedswerke zuzurechnen.

Aus dem Urteil:

Das Vorbringen der Beteiligten in der mündlichen Verhandlung gibt keine hinreichende Veranlassung zur Änderung der im Vorbescheid vertretenen Rechtsauffassung.

Das FinA. bestreitet nicht, daß Gewinnausschlußvereinbarungen bzgl. des aus der Verkaufstätigkeit fließenden Einkommens steuerlich anzuerkennen seien. Entsprechend seinem bisherigen Vorbringen vertritt es jedoch erneut die Auffassung, die steuerlich zu aktivierenden, aus dem Verkaufserlöse entnommenen Aufwendungen für materielle und immaterielle Werte seien eigenes Einkommen der Pflichtigen. Der Sen. bleibt bei der in dem Vorbescheid vertretenen Rechtsauffassung, daß bei einer geschäftsführenden GmbH. eines Syndikats für die Körperschaftsteuer auch eine Vereinbarung rechtserheblich ist, wonach die GmbH. das ihr für ihre übrige Tätigkeit syndikatseigenen Charakters überlassene und das durch diese Tätigkeit entstehende sog. gebundene Vermögen nur zu treuen Händen ihrer Mitglieder besitzen soll; dies gilt auch für den Fall, daß die geschäftsführende GmbH. nicht alle Merkmale einer Organgesellschaft aufweist. Im Streifalle ist eine solche ernstlich gewollte, rechtserhebliche Vereinbarung gegeben. Zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft müssen die Rechtsverhältnisse klar gestaltet sein, wenn die Gesellschaft nicht Gefahr laufen will, daß die Steuerbehörde aus der Unklarheit der Vereinbarungen nachteilige Schlüsse zieht. Es können nur ernstlich gemeinte und von den Gesellschaften und Gesellschaftern tatsächlich beachtete, nicht nur vorgetäuschte Vereinbarungen Berücksichtigung finden (vgl. hierzu die Ausführungen in dem heute ergangenen, das Syndikat betreffenden Urt. I A 402/32). Für die Beurteilung der Frage, ob getroffene Vereinbarungen ernstlich gewollt sind, werden die Bilanzen der Gesellschaft und der Gesellschafter wichtige und oft sogar entscheidende Anhaltspunkte geben. War wirklich ein Treuhandverhältnis ernstlich gewollt, dann wird die Gesellschaft — wenn sie sich nicht den berechtigten Vorwurf machen lassen will, unrichtig zu bilanzieren — das sich in ihren Händen befindende, für die Gesellschafter treuhänderisch verwaltete Vermögen nicht als ihr eigenes in den Bilanzen angeben, anderseits werden die Gesellschafter das ihnen gehörende Vermögen in ihren Bilanzen nicht unberücksichtigt lassen dürfen. In dieser Hinsicht scheinen allerdings die Bilanzen der Pflichtigen nicht einwandfrei zu sein. Es scheint auch nach den Erklärungen des Vertreters der Pflichtigen keineswegs sicher, ob die Gesellschafter dem Umstand, daß die Pflichtige nur Treuhänderin des ihr überlassenen Vermögens sein soll, in ihren Bilanzen Rechnung getragen haben. Wenn der Sen. ausnahmsweise für die Vergangenheit davon absieht, aus dieser Tatsache die Folgerung zu ziehen, ein Treuhandverhältnis bzgl. der gebundenen Werte sei nicht ernstlich gewollt gewesen, so hat er sich von der Erwägung leiten lassen, daß bis zum Erlaß dieser Entsch. erhebliche Zweifel über die Rechtslage insbes. darüber bestehen konnten, ob Vereinbarungen der in Frage stehenden Art die steuerliche Anerkennung finden würden. Daß solche Zweifel auch tatsächlich bestanden haben, geht schon daraus hervor, daß die bilanzmäßige Behandlung bei den einzelnen Beteiligten offenbar eine verschiedene gewesen ist. In Zukunft werden jedoch aus der bilanzmäßigen Behandlung Schlüsse auf den ernstlichen Willen der Beteiligten gezogen werden müssen.

Das FinA. hat auf verwaltungsmäßige Schwierigkeiten hingewiesen, denen bei Syndikaten mit großer Mitgliederzahl die Auswertung der nach § 215 Abs. 2 und 4 RAbgO. zu treffenden einheitlichen Feststellungen begegnen kann. Solche Schwierigkeiten sind nicht zu leugnen. Da aber alle in Betracht kommenden Steuerpflichtigen an der Mitarbeit interessiert sind, werden die Schwierigkeiten nicht unüberwindlich sein. Der im Urt. eingeschlagene Weg muß jedenfalls erprobt werden, da andernfalls Doppelbesteuerungen, die auch vom FinA. nicht geleugnet werden, unvermeidlich sind.

(RFH., 1. Sen., Vorbesch. v. 25. Sept. 1934, Urt. v. 22. Jan. 1935, I A 401/32.)
〈= RFH. 37, 151.〉

*

× 43. §§ 5, 6 KörpStG. Zur Frage der subjektiven Steuerpflicht eines von einer Anzahl von Werken geschlossenen, in die Form einer nicht rechtsfähigen Personenvereinigung (Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder nicht rechtsfähiger Verein) gekleideten Syndikats, das seine Geschäfte durch eine von den Mitgliedern gegründete GmbH. führen läßt. †)

Aus dem Vorbescheid:

Das FinGer. hat das Syndikat von der Körperschaftsteuer freigestellt. Rechtlich sei das Syndikat eine sog. Doppelgesellschaft, d. h. eine Gesellschaft, deren Organ eine juristische Person sei. Wirtschaftlich betrachtet sei das Syndikat ein Kontingentierungskartell mit Zentralisation des Absatzes, verbunden mit einer Kontingentierung der Produktion und einem finanziellen Risikoausgleich. Dem Syndikat sei außerdem eine Reihe besonderer, gemeinsamen Interessen dienender Aufgaben übertragen, und zwar

1. Regelung des Handelsverkehrs;
2. Regelung des Auslandsabsatzes (Teilnahme am kontinentalen und internationalen Verband);
3. Fernhaltung eines ungesunden Wettbewerbs durch Aufkauf von Werken, Abschluß von Schutzverträgen, Ankauf von Alt- und Neumaterial;
4. selbständige kaufmännische Aufgaben, z. B. Finanzierung der angeschlossenen Werke, Beschickung von Ausstellungen, Anstellung von Versuchen, Propaganda usw.;
5. Thesaurierungsaufgaben, z. B. Schaffung eines Reservefonds, Ankauf von Werken;
6. innerorganisatorische Aufgaben: Mitgliederkontrolle, Strafbefugnisse.

Nach diesem gegenüber einem reinen Verkaufskartell stark erweiterten Aufgabenkreis handle es sich wirtschaftlich hier um eine Zusammenstellung verschiedenartiger Zweckgemeinschaften: Verkaufs-, Propaganda-, Patent-, Versuchsgemeinschaft und Finanzkonsortium. Dieser große Aufgabenkreis bedinge einen umfangreichen Verwaltungsapparat, der von einem Generaldirektor und vier Direktoren mit einem entsprechend großen Verwaltungsapparat bewältigt werde. Aus diesem Aufbau des Syndikats habe das FinA. mit Recht die Folgerung gezogen, daß die Verbands-GmbH. Angestellte und Organ des Syndikats sei.

Das FinGer. ist auch der Auffassung des FinA. beigetreten, daß das Syndikat subjektiv körperschaftsteuerpflichtig sei. Nach den vom RFH. aufgestellten Rechtssätzen seien als Voraussetzungen der Steuerpflicht nach § 6 a. a. O. anzusehen, daß die Vereinigung einen vom

Wechsel ihrer Mitglieder unabhängigen dauernden Bestand habe und über eine Organisation verfüge, die ihr ein selbständiges Auftreten im Wirtschaftsleben ermögliche. Ihre Tätigkeit und Organisation müsse so sein, wie sie in nicht wesentlich anderer Form auch bei einer AktG. oder GmbH. sein würde. Die Mitglieder müßten daher sich und die Vereinigung als etwas Verschiedenes empfinden und die Einkünfte der Vereinigung als Einkünfte dieser und nicht ihrer selbst ansehen. Diese Voraussetzungen seien im Streitfall gegeben. Der Gesellschaftsvertrag bezeichne sich als „Satzungen", spreche von Organen und Mitgliedern. Beschlüsse würden gem. § 6 wie bei Vereinen mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefaßt. Die Vereinigung sei abweichend von der Rechtslage bei Gesellschaften des BGB. (§ 28) vom Ausscheiden eines Mitglieds durch Konkurs oder Kündigung unabhängig (§ 26). Der Zusammenschluß sei auf längere Zeit berechnet. Auch aus dem umfangreichen technischen und kaufmännischen Apparat, den sich das Syndikat in der Verbands-GmbH. geschaffen habe, könnten unbedenklich Schlußfolgerungen auf die wirtschaftliche und juristische Stabilität der Vereinigung gezogen werden. Wenn schon Liefmann (Kartelle und Trusts S. 30) für normale Verkaufskartelle den Gebrauch des Wortes Gesellschaft als irreführend bezeichne, so könne beim Syndikat, einem Kartell mit einer großen Zusammenballung wirtschaftlicher Nebenaufgaben, erst recht nicht von einer Gesellschaft im bürgerlichrechtlichen Sinne die Rede sein. Es sei vielmehr selbst als Unternehmerin anzusehen, die durch ihre Geschäftsführerin, die Verbands-GmbH., am Wirtschaftsleben teilnehme und nicht mit der Gesamtheit ihrer Mitglieder identifiziert werden könne.

Im Gegensatz zu dem FinA. hat das FinGer. aber die objektive Steuerpflicht verneint. Was zunächst das Organverhältnis anlange, so stehe die Abrechnungspraxis unmittelbar mit den Mitgliedern gem. § 17 des Syndikatsvertrags in einem gewissen Gegensatz zu § 9 der Satzungen des Syndikats und § 2 des GmbH.-Vertrags. Nach diesen Best. solle die GmbH. den Verkauf für Rechnung des Syndikats vornehmen. Tatsächlich erfolge jedoch der Verkauf für Rechnung der einzelnen Mitglieder. Verrechnungen zwischen dem Syndikat und der GmbH. kämen deshalb überhaupt nicht vor. Erstere habe demgemäß auch keine eigene Buchführung. Da das Organverhältnis ohne praktische Auswirkung bleibe, könne ihm auch steuerlich irgendwelche Auswirkung nicht zuerkannt werden.

Auch die Rücklagenbildung sei, wie sich aus den Vertragsbestimmungen ergebe, nicht eine treuhänderische Vermögensbildung beim Syndikat, sondern eine solche bei den Mitgliedern unmittelbar. Deshalb sei in den Satzungen der Ausdruck „Gesamtheit der Mitglieder" gewählt. Die Gesamtheit der Aktionäre sei nicht mit der AktG. identisch, ebensowenig die Gesamtheit der Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins mit dem Verein als solchem. Hätte ein Treuhandverhältnis zugunsten des Syndikats als solchem vereinbart werden sollen, so hätte dieses selbst oder doch mindestens der Vorsitzende als Organ der einheitlichen Willensbildung genannt werden müssen. Jeder Zweifel daran, daß das Syndikat hier nicht gemeint, sondern die gesamten einzelnen Mitglieder, werde dadurch überwunden, daß außerdem noch die treuhänderische Beteiligung jedes einzelnen Mitglieds an der Rücklage nach Maßgabe seiner Einzahlungen festgesetzt sei, und daß im Falle des Ausscheidens eines Mitglieds sogar ein entsprechender Herauszahlungsanspruch gegeben sei. Das Syndikat sei vielmehr, da ihm die Rücklage zur Verfügung gestellt werde, als Treuhandnehmer anzusehen; Treugeber seien die einzelnen Mitglieder.

Das FinA. rügt in der RBeschw. unrichtige Anwendung des bestehenden Rechtes sowie Verstöße gegen den klaren Inhalt der Akten. Es begehrt, die objektive Steuerpflicht des Syndikats entsprechend der Einspruchsentscheidung anzuerkennen.

Die RBeschw. des FinA. ist nicht begründet, da der Entsch. des FinGer. im Ergebnis zuzustimmen ist.

Es kann dahingestellt bleiben, ob das Syndikat als ein nicht rechtsfähiger Verein oder als eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts anzusehen ist. Es ist richtig, daß bei Wirtschaftsgebilden der hier in Frage stehenden Art in Wissenschaft und Praxis die Meinungen, ob sie nach ihrer Rechtsform nicht rechtsfähige Vereine oder Gesellschaften des bürgerlichen Rechts darstellen, auseinandergehen. So sieht z. B. Schultze-Schlutius: Vierteljahrsschrift für Steuer und Finanzrecht Jahrg. 1932 Heft 4 unter III S. 773ff. die Kartellvereinigung als nicht rechtsfähigen Verein an, während Geiler („Gesellschaftsrechtliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts", Mannheim, Berlin, Leipzig 1922, S. 29) und Mirow („Die Kartelle und Syndikate im Steuerrecht" in der von Bühler herausgegebenen steuerrechtlichen Schriftenreihe, Heft 2 § 3) in ihr eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts erblicken wollen. Für die steuerrechtliche Beurteilung des Syndikats erübrigt sich die Entsch., welcher Auffassung der Vorzug zu geben ist. Wie das Syndikat mit Recht geltend macht, ist § 6 KörpStG. in beiden Fällen anwendbar. Gerade mit Rücksicht darauf, daß die Abgrenzung zwischen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und dem nicht rechtsfähigen Verein noch keineswegs geklärt ist, hat das KörpStG. davon abgesehen, die umstrittenen Rechtsbegriffe als Unterscheidungsmerkmal für das Vorhandensein der Steuerpflicht aufzustellen (vgl. Evers, Komm. z. KörpStG. 1925, 2. Aufl., Anm. 7 zu § 5 S. 306). § 6 KörpStG. bestimmt, daß bei nicht rechtsfähigen Personenvereinigungen — also auch bei nicht rechtsfähigen Vereinen — die Steuerpflicht nur gegeben ist, wenn ihr Einkommen nicht nach dem KörpStG. oder EinkStG. unmittelbar bei einem anderen Steuerpflichtigen steuerbar ist. Hiernach ist die Frage zu stellen, wer als Einkommensträger zu gelten hat, ob das Syndikat oder die in ihm verbundenen einzelnen Mitgliedswerke. In der Entsch. Bd. 15 S. 311 hat der RFH. für das Körperschaftsteuerrecht ausgesprochen, zur Annahme einer körperschaftsteuerpflichtigen Personenvereinigung sei erforderlich, daß die Personen, die zu der Vereinigung zusammengeschlossen sind, zur Erreichung eines bestimmten Zwecks planmäßig und dauernd zusammenwirken müssen. Das FinGer. hat richtig darauf hingewiesen, daß die Vereinigung der Mitgliedswerke einen vom Wechsel ihrer Mitglieder unabhängigen dauernden Bestand hat und über eine Organisation verfügt, die ihr ein selbständiges Auftreten im Wirtschaftsleben ermöglicht. Das Syndikat hat sich auch mit der Gründung der Verbands-GmbH. einen umfangreichen technischen und kaufmännischen Apparat geschaffen und sich durch die Best. des Vertrags wirtschaftliche und juristische Festigkeit gegeben. Diese Tatsachen genügen aber noch nicht für den Nachweis, daß als unmittelbarer Bezieher des Einkommens nicht die Mitgliedswerke, sondern das Syndikat anzusehen ist. Es kommt darauf an, wer im Innenverhältnis sich als Unternehmer darstellt, so daß nicht ohne weiteres entscheidend ist, wie die Dinge nach außen erscheinen. Vgl. hierzu Becker, EinkStG. § 29 Anm. 41 d, wo ausgeführt ist, daß als Unternehmer anzusehen sei, für wessen Rechnung der Betrieb unmittelbar, auch gegebenenfalls durch einen Treuhänder, geführt werde.

Für die Beantwortung der Frage, ob das Syndikat — die Vereinigung der Mitgliedswerke — als ein von seinen Mitgliedern zu unterscheidender Organismus oder ob unmittelbar die einzelnen Mitgliedswerke als Einkommensträger anzusehen sind, ist im wesentlichen die Verkehrsauffassung entscheidend (vgl. Entsch. des RFH. 25, 284 und die Ausführungen bei Evers, Komm. z. KörpStG. 1925, 2. Aufl., Anm. 4, 5 und 7 zu § 5). Es wird daher geprüft werden müssen, ob nach der Verkehrsauffassung die Vereinigung der Mitgliedswerke ein Werkzeug in der Hand der Gesellschafter darstellt, mit dem diese unter Wahrung der Selbständigkeit ihrer Einzelbetriebe ihren Zweck verfolgen, oder ob sie ein selbständiges, eigene Zwecke verfolgendes Unternehmen ist (vgl. Evers, Komm. z. KörpStG., 2. Aufl., Anm. 4 zu § 6 S. 314/315, und Kennerknecht, Komm. z. KörpStG. § 6 Anm. 10 S. 55/56). Die Verkehrsauffassung wird anknüpfen an die Absichten der Beteiligten, wie sie aus den vertraglichen Vereinbarungen, aus dem Geschäftsgebaren und der bilanzmäßigen Handhabung zu entnehmen sind. Diese werden in der Regel Aufschluß darüber geben, ob die Mitglieder selber die Vereinigung und sich als etwas Verschiedenes empfinden und die Einkünfte der Vereinigung als Einkünfte dieser und nicht ihrer selbst ansehen müssen (vgl. Urt. I Aa 238/29 v. 26. Juli 1929: RFH. 25, 284). Nach den Satzungen des Syndikats kann aber nicht angenommen werden, daß die Vereinigung der Mitgliedswerke als Einkommensträger gelten sollte. Sie lassen vielmehr erkennen, daß es der Wille der Mitglieder ist, durch den Zusammenschluß die eigene Wirtschaft zu fördern, nicht aber ein neues Wirtschaftssubjekt mit eigenen Interessen ins Leben zu rufen. Eine Absicht, eine Vereinigung ins Leben zu rufen, die ihren Mitgliedern gegenüber ein selbständiges, gleichgeordnetes Unternehmen darstellt, ist nicht erkennbar. Insbes. wird dies durch die zutreffende Feststellung des FinGer. dargetan, daß sowohl die Gewinnausschlußvereinbarung mit dem Organ, der Verbands-GmbH., als auch die Abmachungen bzgl. der Rücklagenbildung nicht zugunsten der Vereinigung selbst (des Syndikats), sondern zugunsten der einzelnen Mitglieder erfolgt sind, und daß tatsächlich die Verbands-GmbH. nicht für Rechnung der Vereinigung, sondern für Rechnung der einzelnen Mitglieder verkauft hat.

Die Auffassung des FinGer. und des FinA., die in Form einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder eines nicht rechtsfähigen Vereins geschaffene Vereinigung der Mitgliedswerke sei als selbständige, am Wirtschaftsleben beteiligte Unternehmerin und damit als Einkommensträgerin anzusehen, kann sich auch nicht auf die allgemeine Verkehrsauffassung stützen. Es sei in dieser Hinsicht z. B. nur auf „Die Umsatzsteuer der Verkaufssyndikate": DStZ. 1919/20, 61; „Steuerrecht und bürgerliches Recht": BankArch. 20/21, 57; Geiler, „Organisationsformen" S. 12 u. 26; „KörpStG. v. 30. März 1920" S. 187ff.; „Das neue KörpStG." (ErgBd.), Anhang I C Anm. 23 S. 263ff. verwiesen, die übereinstimmend die Auffassung vertreten, daß Kartelle (Syndikate) bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise keine Erwerbsgesellschaften seien, sondern daß sich ihr Zweck darin erschöpfe, den bestehenden Einzelwirtschaften der Mitglieder zu dienen und sie zu fördern. Ebenso erblickt Nicklisch („Das Steuerproblem der Kartelle", die Betriebswirtschaft) (ZhR. 1931 Heft 11 S. 305ff.) in einem Kartell in keinem Falle eine neue Unternehmung. Vgl. außer-

dem Mirow, „Die Kartelle und Syndikate im Steuerrecht", erschienen in der von Bühler herausgegebenen steuerrechtlichen Schriftenreihe Heft 2 S. 39 ff., und insbes. auch Evers, Komm. z. KörpStG., 2. Aufl., § 6 Anm. 4 S. 314/15, und Kennerknecht, Komm. z. KörpStG. § 6 Anm. 10 S. 55/56. Schultze-Schlutius will allerdings die Kartellvereinigung auch für den Bereich der Körperschaftsteuer als ein jedem einzelnen seiner Mitglieder rechtlich und wirtschaftlich selbständig gegenübertretendes Unternehmen ansehen (vgl. Vierteljahresschrift für Steuer- und Finanzrecht, Sonderdruck aus Jahrg. 1932 Heft 4 S. 773 ff., insbes. S. 787/88). Er stützt sich dabei auch darauf, der RFH. habe sowohl für die Umsatzsteuer als auch für die Vermögensteuer anerkannt, daß die von den Mitgliedswerken gebildete Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine steuerfähige Rechtspersönlichkeit sei. Es ist richtig, daß der RFH. für die Umsatzsteuer diese Auffassung vertreten hat (vgl. z. B. RFH. 15, 312 [315]; 20, 83 [85] und Entsch. V A 961/30 v. 21. Nov. 1930: RStBl. 1932, 359). Ebenso hat der RFH. ausgesprochen, daß eine Vereinigung von Zechenbesitzern, die eine diesen gemeinschaftlich gehörende Fabrik für gemeinschaftliche Rechnung durch eine GmbH. als ihr Organ betreiben läßt, für das Vermögensteuerrecht einer vermögensteuerpflichtigen OHG. gleichzustellen sei (vgl. RFH. 26, 173 ff.). Die für die Umsatzsteuer und die Vermögensteuer ergangenen Entsch. sind jedoch nicht ohne weiteres für die Körperschaftsteuer anwendbar. Bei der Umsatzsteuer handelt es sich um Vorgänge des täglichen Geschäftsverkehrs; sie sollen nach den besonderen Grundsätzen des Umsatzsteuerrechts beurteilt werden. Auch das Vermögensteuerrecht unterscheidet sich schon hinsichtlich der subjektiven Steuerpflicht von dem Körperschaftsteuerrecht. So sind nach dem VermStG. z. B. OHG. vermögensteuerpflichtig, nicht aber nach dem KörpStG. körperschaftsteuerpflichtig. Selbst wenn man also mit dem für die Vermögensteuer ergangenen Urt. die Kartellvereinigung (Gesellschaft bürgerlichen Rechts) als OHG. ansehen würde, wäre sie noch nicht subjektiv körperschaftsteuerpflichtig, ihr Einkommen wäre vielmehr anteilig bei den einzelnen Gesellschaftern als gewerbliches Einkommen zu versteuern (§ 29 Nr. 3 EinkStG.). Außerdem sei darauf hingewiesen, daß das Urt. ausdrücklich hervorhebt, es entspreche dem Sinn und Zweck des VermStG., die „Vereinigung vermögensteuerrechtlich einer OHG. gleichzustellen, d. h. sie mit ihrem Betriebsvermögen zur Vermögensteuer heranzuziehen und dafür die Anteile der einzelnen Gesellschaft von dem gemeinschaftlichen Vermögen freizulassen (§ 46 RBewG.)". Hiermit ist klar zum Ausdruck gebracht, daß eine doppelte Erfassung des Vermögens, und zwar einmal bei der Vereinigung und dann anteilmäßig bei den Gesellschaftern, nicht in Frage kommen kann. Würde man für die Körperschaftsteuer die Vereinigung der Mitgliedswerke als selbständiges, von den Mitgliedswerken zu unterscheidendes Unternehmen und somit als Einkommensträgerin ansehen, so würde dies zu einer doppelten Erfassung des Gewinns — einmal bei der Vereinigung und dann anteilig bei den Gesellschaftern, an die er abgeführt wird — führen können. Das soll § 6 KörpStG., eine Vorschrift, die weder das UmsStG. noch das VermStG. kennt, verhüten.

Auch die Tatsache, daß das Syndikat sich neben dem Vertrieb der syndizierten Waren mit wirtschaftlich wichtigen Nebenaufgaben befaßt hat, kann es nicht zu einem selbständigen Einkommensträger neben den Mitgliedswerken machen. Daß es auch insoweit lediglich die Wirtschaft der Mitgliedswerke fördern und nicht selbständige Unternehmerin neben den Mitgliedswerken sein soll, ergibt sich eindeutig aus der Best. des Syndikatsvertrags, wonach die Geschäftsstelle (die Verbands-GmbH.) zur Wahrnehmung gemeinsamer Interessen nach Weisung der Hauptversammlung der Gesellschaft Schutz- und sonstige Verträge mit anderen Firmen, Syndikate oder Vereinigungen abschließen kann (§ 25 der Syndikatssatzungen), und daß die dem Syndikat zur Verfügung zu stellende Rücklage oder die mittels dieser beschafften Gegenstände nicht im Eigentum der Geschäftsstelle stehen, daß sie vielmehr als Treuhänder für die Gesamtheit der Mitglieder zu verwalten hat, und daß jedes einzelne Mitglied daran nach Maßgabe der geleisteten Einzahlungen beteiligt ist (§ 26 a. a. O.).

Hiernach kann das Syndikat nicht als Einkommensträger und damit subjektiv steuerpflichtig gelten. Die Entsch. des FinGer., durch die das Syndikat von Körperschaftsteuer freigestellt wurde, ist daher im Ergebnis gerechtfertigt.

Aus dem Urteil:

Das Vorbringen in der mündlichen Verhandlung enthielt keine neuen, wesentlichen, tatsächlichen oder rechtlichen Gedanken, die zu einer Änderung der im Vorbescheid vertretenen Rechtsauffassung hinreichenden Anlaß geboten hätten. Die Ausführungen des Vorbescheids können daher in das Urt. übernommen werden.

Der Vertreter des FinA. hat ausgeführt, daß das Steuerrecht von dem Gedanken der wirtschaftlichen Betrachtungsweise beherrscht werde. Das besage, richtig verstanden, einmal, daß die Verhältnisse für die steuerrechtliche Beurteilung so zu sehen seien, wie sie sich etwaigen rechtlichen Beiwerks entkleidet, tatsächlich darstellten, zum andern, daß für eine möglichst gleichmäßige Besteuerung Sorge zu tragen sei, nötigenfalls über den Rahmen der Rechtsform hinaus. Aus diesem Grundgedanken sei zu folgern, daß alle Zusammenschlüsse, bei denen das wirtschaftliche Wollen das gleiche sei, auch steuerlich gleich behandelt werden müßten, ohne Rücksicht auf die im einzelnen Falle getroffenen Parteivereinbarungen. Das FinA. ist auch der Auffassung, daß solche wirtschaftlichen Zusammenschlüsse für alle Steuerarten grundsätzlich gleich zu behandeln seien.

Das Gebot einer gleichmäßigen Besteuerung aller Steuerpflichtigen wird in der Tat dazu führen müssen, solche Gebilde, die die gleichen wirtschaftlichen Ziele verfolgen, steuerlich nach gleichen Grundsätzen zu behandeln. Das kann aber weder dazu führen, die Rechtsform außer acht, noch die besonderen Vereinbarungen unberücksichtigt zu lassen, die diejenigen getroffen haben, die jene Wirtschaftsgebilde ins Leben riefen. Da das KörpStG. die Steuerpflicht auf die Rechtsform stützt, kann bei Prüfung der subjektiven Steuerpflicht die Rechtsform im Wege der wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht beiseite geschoben werden. So hat der RFH. in ständiger Rspr. auch eine wirtschaftlich unselbständige Gesellschaft, eine Organgesellschaft, stets als subjektiv steuerpflichtig angesehen (vgl. z. B. RFH. 26, 124 und die dort weiter angeführten Entsch., außerdem Gutachten I D 2/31, III D 2/32 v. 26. Juli 1932: RFH. 31, 297 [299]) und die Entsch. der Frage, ob und inwieweit eine Organgesellschaft objektiv eigenes Einkommen haben soll, lediglich von den Vereinbarungen zwischen Dienstherrn und Angestellten oder von den bindenden Weisungen des Dienstherrn abhängig gemacht. Es geht nicht an, das Wirtschaftsleben nach einer einheitlichen Schablone zu beurteilen. Auch bei Auslegung des § 9 RAbgO. hat im Vordergrunde der Erwägungen der Gedanke zu stehen, daß die Steuerpflichtigen grundsätzlich nicht beschränkt sind in der Wahl der Mittel, mit denen sie ein wirtschaftliches Ziel erreichen wollen. Was in einem Falle sich als zur Erreichung eines bestimmten wirtschaftlichen Wollens geeignet erweist, kann in einem anderen Fall, in dem das gleiche wirtschaftliche Ziel erstrebt wird, unzweckmäßig sein. Es darf in dieser Hinsicht auch auf das Urt. I A 271/31 v. 19. Sept. 1933: RFH. 34, 194 (197) verwiesen werden.

Das FinA. glaubt, die im Vorbescheid vertretene Rechtsauffassung stehe nicht im Einklang mit der Rspr., die ohne juristische Persönlichkeit organisierte, wirtschaftliche Vereine und Verbände als Einkommensträger i. S. des § 6 KörpStG. aufgefaßt habe. Insbes. bezieht sich das FinA. auf das Urt. I A 196/32 v. 6. Dez. 1932: RFH. 32, 161 = RStBl. 1933, 329 = StW. 1933 Nr. 234, in dem ein in die Rechtsform der Einheitsgesellschaft ohne juristische Persönlichkeit gekleidetes Kontingentierungskartell als Einkommensträger und auch als Erwerbsgesellschaft aufgefaßt sei. Auf dieses Urt. kann sich das FinA. schon deshalb nicht stützen, weil in ihm eine ganz andere Streitfrage zu entscheiden, die subjektive Steuerpflicht aber gar nicht in Zweifel gezogen war. Daß auch nicht rechtsfähige Personenvereinigungen subjektiv körperschaftsteuerpflichtig und selbst Einkommensträger i. S. der §§ 5 und 6 KörpStG. sein können, ist niemals zweifelhaft gewesen.

Im Vorbescheid ist u. a. ausgeführt, für die Beantwortung der Frage, ob das Syndikat ein von seinen Mitgliedern zu unterscheidendes Organismus sei, oder ob unmittelbar die einzelnen Mitgliedswerke als Einkommensträger anzusehen seien, müsse im wesentlichen die Verkehrsauffassung entscheidend sein; diese werde anknüpfen an die Absichten der Beteiligten, wie sie aus den vertraglichen Vereinbarungen, aus dem Geschäftsgebaren und der bilanzmäßigen Handhabung zu entnehmen seien. Das FinA. greift diese Ausführungen mit der Einwendung an, daß die Begriffe „Verkehrsauffassung" und „Auffassung der Beteiligten" sich nicht deckten. Für das Steuerrecht seien sie sogar u. U. ganz entgegengesetzte Begriffe. Dieser Einwand ist im gewissen Sinne berechtigt. Es ist allerdings nicht leicht, die Verkehrsauffassung über so eigenartige Gebilde wie Syndikatszusammenschlüsse in den verschiedenen Formen festzustellen. Nahestehende und fernerstehende, kapitalfeindliche und kapitalfreundliche, gründliche und oberflächliche Beurteiler werden in ihrer Auffassung auseinandergehen. In derartigen Fällen ist es gerechtfertigt, auch die Ansichten der Beteiligten über die Bedeutsamkeit und die verschiedenen Auswirkungen der von ihnen ins Leben gerufenen Gebilde und die geschlossenen Verträge zum Worte kommen zu lassen. Darunter sind die ehrlichen, wirklichen Auffassungen der Beteiligten zu verstehen, nicht die vorgetäuschten, auf die Steuerauswirkungen hin zurechtgelegten Ansichten. Aber nicht jede Auffassung, die steuerlich günstig ist, muß um deswillen als eine vorgetäuschte, mit den wirklichen Absichten und Zielen nicht in Einklang stehende, abgelehnt werden.

In dem Urt. vom heutigen Tage I A 401/32 über die Steuerpflicht der Verband-GmbH. ist darauf hingewiesen, welche Bedeutung die Bilanzierung der einzelnen Gesellschafter besitzt. Wenn der Sen. den vom FinA. in seiner Tragweite ganz richtig erkannten Schritt getan hat, für eine vielleicht nicht eindeutige oder noch gar nicht herausgebildete allgemeine Verkehrsauffassung die Auffassung der Beteiligten als genügend gelten zu lassen, so muß auf der anderen Seite

gefordert werden, daß dann wenigstens die Auffassung der Beteiligten offen und einheitlich sich aussprechen muß. Es genügt dann nicht, daß etwa der wirtschaftlich oder zahlenmäßig überwiegende Teil der Gesellschafter den auf ihn entfallenden Anteil des Treuhandvermögens und des Einkommens in seiner Bilanz ausweist. Eine solche bilanzmäßige Behandlung wird von allen Mitgliedern gefordert werden müssen, so daß es im eigenen Interesse jedes einzelnen Syndikatsmitglieds liegt, die andern Mitglieder zu einheitlichem Vorgehen zu bewegen. Wenn so in Zukunft das Einkommen und das Vermögen lückenlos erfaßt wird, werden die Bedenken des FinA. gegen das Ergebnis des Urt. gemildert werden.

(RFH., 1. Sen., Vorbesch. v. 25. Sept. 1934, Urt. v. 22. Jan. 1935, I A 402/32.)

〈= RFH. 37, 169.〉

Anmerkung zu Nr. 42 u. 43: I. Zum erstenmal hat der RFH. zu der so außerordentlich wichtigen Frage der steuerlichen Behandlung der in die Form der Doppelgesellschaft gekleideten Syndikate Stellung genommen. Er hat damit kein völliges Neuland betreten, da er die einzelnen Gesichtspunkte schon in früheren Entsch. erörtert und entschieden hat, aber hier findet sich die erste — vorläufig wohl endgültige — Zusammenfassung aller dieser Erwägungen, die in eine Anzahl kurzer klarer Sätze ausmünden. Diese Sätze werden die Rspr. der Zukunft beherrschen, wie wenn sie durch Gesetz festgelegt wären.

Die Entwicklung der Rspr. bis Ende 1930 ist in den Ausführungen StW. 1931 Sp. 481ff. zusammengefaßt, die weitere Rspr. wird in den beiden neuen Entsch. so ausführlich geschildert, daß es nicht notwendig erscheint, hier den bisherigen Gang der Rspr. noch einmal darzustellen.

II. Das Syndikat ist in Form der üblichen Doppelgesellschaft gebildet: Die als Geschäftsführerin dienende GmbH. empfängt ihre Weisungen nicht unmittelbar von den einzelnen Werken, sondern von der Gesamtheit der Werke. Diese Gesamtheit steht als zweite Gesellschaft neben der GmbH. (daher: „Doppelgesellschaft"), es besteht keine völlige Klarheit darüber, ob diese Gesamtheit der Werke eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts darstellt oder einen nicht rechtsfähigen Verein. Dieser Unterschied ist vom Schrifttum für erheblich gehalten worden, der RFH. kommt aber zu dem Ergebnis, daß es auf diese Rechtsform nicht ankommt, und er sieht daher von der Entsch. der Frage ab.

Die Beurteilung der Steuerfragen durch die Rechtsmittelbehörden ist eine sehr verschiedene gewesen: Das FinA. hat das Syndikat, d. h. die neben der GmbH. bestehende Vereinigung der Werke, für subjektiv körperschaftsteuerpflichtig gehalten und mit den erzielten Überschüssen veranlagt, während es bei der GmbH. zwar auch die subjektive Steuerpflicht bejaht, aber nur einen Teil der erzielten Überschüsse zur Steuer heranzieht. Das FinGer. bejaht die subjektive Steuerpflicht für beide Gesellschaften, stellt aber das Syndikat mangels eigener Einkünfte ganz frei, während es die GmbH. mit sämtlichen Überschüssen zur Steuer heranzieht. Der RFH. erklärt das Syndikat für subjektiv steuerfrei, die GmbH. ist zwar subjektiv steuerpflichtig, hat aber kein eigenes körperschaftsteuerpflichtiges Einkommen. Im Ergebnis kommt es darauf heraus, daß der rechnerisch erzielte Überschuß des Syndikats einen Teil des eigenen Gewinnes der einzelnen Werke darstellt.

III. Die Körperschaftsteuerpflicht des Syndikats selbst hängt sowohl nach altem wie nach neuem Körperschaftsteuerrecht davon ab, ob das Einkommen nach dem KörpStG. oder dem EinkStG. „unmittelbar bei einem anderen Steuerpflichtigen zu versteuern ist", ob also die Tätigkeit des Syndikats einen eigenen selbständigen Zweck verfolgt oder ob es nur dazu dient, die Zwecke der einzelnen Mitglieder zu fördern. Daß die Entsch. dieser Frage von der Verkehrsauffassung abhängt, ist selbstverständlich; die Schwierigkeit besteht eben darin, wie diese Verkehrsauffassung festzustellen ist, wenn tatsächlich die Verkehrsauffassung nur aus der Auffassung der Beteiligten entnommen werden kann. Mit erfreulicher Deutlichkeit lehnt aber der RFH. den Gedanken ab, daß diese Auffassung der Beteiligten, weil sie zu steuerlich günstigen Ergebnissen führt, deshalb allein schon abgelehnt werden müsse. Die „ehrlichen, wirklichen" Auffassungen der Beteiligten, wie sie den wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechen, werden als Verkehrsauffassung anerkannt, und das ist einer der wichtigsten Gedanken, die die Entsch. tragen.

Allerdings müssen diese wirklichen Auffassungen der Beteiligten aus äußeren Umständen entnommen werden, und dafür wird der Art der Bilanzierung der einzelnen Werke erhebliches Gewicht beigelegt. Wenn die einzelnen Werke selbst den rechnerisch auf sie entfallenden Anteil am Gewinn des Syndikats in ihre Bilanz aufnehmen, so ergibt sich daraus ihre Auffassung über die steuerlich richtige Behandlung dieses Gewinnes, der unmittelbar bei ihnen zu versteuern ist. Erfolgt diese Aufnahme in die Bilanz aber nicht, so haben die Werke selbst die unmittelbare Steuerpflicht nicht gewollt, und das Syndikat muß als solches besteuert werden, mag man es bürgerlich-rechtlich als nicht rechtsfähigen Verein oder als Gesellschaft ansehen.

Hier greift aber der andere außerordentlich wichtige Satz des RFH. ein, nach dem es für die Vergangenheit nicht so entscheidend auf die Behandlung der Gewinne in den einzelnen Werksbilanzen ankommen soll. Für die Zeit bis zum Erlaß dieser Entsch. wird nicht nur bei diesem Syndikat, sondern auch bei allen anderen Syndikaten der Art der Bilanzierung noch keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden können, während es für die Zukunft entscheidend darauf ankommen wird, daß wirklich sämtliche dem Syndikat angeschlossenen Werke ihre Bilanzen nach den vom RFH. aufgestellten Grundsätzen aufbauen. „Der im Urt. eingeschlagene Weg muß jedenfalls erprobt werden", das ist der Grundsatz, der für die weitere Entwicklung und die praktische Ausgestaltung im Vordergrund zu stehen hat. Sollte sich diese Art der Bilanzierung aus irgendeinem Grunde nicht überall durchführen lassen, so muß mit einer Änderung der Rspr. gerechnet werden.

IV. Bei der Behandlung der GmbH. ist der Ausgangspunkt durch die frühere Rspr. festgelegt. Sie kann Organgesellschaft sein und muß dann als solche behandelt werden, d. h. sie bleibt grundsätzlich körperschaftsteuerpflichtig, hat aber die Möglichkeit, mit der Muttergesellschaft Vereinbarungen über die Frage des Einkommens zu treffen, die sich allerdings auf das gesamte Tätigkeitsgebiet oder wenigstens auf das volle Geschäftsergebnis eines bestimmt abgegrenzten Tätigkeitsgebietes erstrecken müssen. Wenn man die GmbH. nicht als Organ betrachtet, so ist jedenfalls für den vorl. Fall das Ergebnis das gleiche, weil ja die GmbH. als Verkaufsgesellschaft tätig ist, und weil hier auch ohne Vorhandensein des Organverhältnisses derartige Vereinbarungen möglich und steuerlich anzuerkennen sind. Soweit es sich daher um die Beträge handelt, die die GmbH. an das Syndikat oder an die Werke tatsächlich abführt, ergeben sich keine besonderen Schwierigkeiten.

Nun hat aber die GmbH. im Rahmen ihrer Tätigkeit auch noch andere Aufgaben zu erfüllen als den reinen Verkauf, sie sammelt Vermögen an, um sich dadurch in den Stand zu setzen, ihre Verkaufstätigkeit für das Syndikat zweckmäßiger oder günstiger auszuüben. Hier setzen die Zweifel ein, ob nicht die GmbH. diese Mittel als eigenes Einkommen bezieht. Wäre das der Fall, so müßte natürlich zunächst wieder geprüft werden, ob es sich wirklich um körperschaftsteuerpflichtige Gewinne handelt oder etwa um steuerfreie Mitgliedsbeiträge von den einzelnen Werken. Auf diese Unterscheidung weist das FinGer. mit Recht hin.

Im allgemeinen ist der RFH. mit der Anerkennung eines Treuhandverhältnisses für das Gebiet der Gewinnermittlung sehr zurückhaltend gewesen, er hat klare ausdrückliche Vereinbarungen verlangt, und hier enthält die Satzung ausdrücklich nur die Best., daß die Rücklage und die mit ihr beschafften Gegenstände der GmbH. als Treuhänderin der Werke zustehen sollten, während über die übrigen Gegenstände, die z. B. aus den Erträgnissen der Rücklage angeschafft waren, eine ausdrückliche Vorschrift fehlte. Hier konnte nur mit einer großzügigen Entsch. geholfen werden, die der RFH. gefunden hat: Es ergibt sich aus der Gesamtheit der Vereinbarungen und aus dem Zwecke des Syndikats, daß das gesamte Vermögen der GmbH., das diese zur Erfüllung ihrer Zwecke benötigt, ihr nur als Treuhänderin der Werke zustehen soll, und deshalb hat die GmbH. auch insoweit kein eigenes Einkommen. Auch hier wird zur Vermeidung von Steuerumgehungen gefordert, daß die Verhältnisse in Zukunft in den Bilanzen klar zum Ausdruck kommen müssen (siehe oben zu III).

V. Wer an diese Entsch. mit der Paragraphenlupe herangeht, wird vielleicht die Möglichkeit finden, einzelne Steine des Gebäudes herauszureißen und es damit ganz zum Einsturz zu bringen: Es hätte auch anders entschieden werden können. Aber darauf kann es nicht ankommen, der RFH. sieht seine Aufgabe nicht darin, Steuerpflichten überall da festzustellen, wo es nur irgendwie möglich ist, sondern sucht den Weg, den berechtigten neuen Formen der Wirtschaft steuerlich gerecht zu werden, und von diesem Gesichtspunkt aus ist den Entsch. in vollem Umfange beizustimmen.

RA. Dr. Delbrück, Stettin.

*

44. § 35 KapVerkStG. Die Übertragung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Übereignung von Aktien unterliegt der Börsenumsatzsteuer auch dann, wenn sie nur zum Zwecke der Sicherung des Abtretungsempfängers wegen eines dem Abtretenden eingeräumten Kredits vorgenommen worden ist. †)

Der Kaufmann A., der im Febr. 1930 und Mai 1931 von der S.-Gesellschaft Aktien der AktG. X. im Nennbetrage von 312500 RM

gekauft hatte, hat nach teilweiser Bezahlung des auf 2000000 *RM* vereinbarten Kaufpreises durch schriftliche Erklärung v. 8. Juni 1931 seine Rechte aus dem vorbezeichneten Kaufvertrage, insbes. seinen Anspruch auf Lieferung der Aktien, an die beschwerdeführende GmbH. abgetreten, und zwar zur Sicherheit für einen ihm von der BeschwF. eingeräumten Kredit. Die BeschwF. hat alsdann die S.-Gesellschaft als Schuldnerin von der Abtretung in Kenntnis gesetzt und später gegen sie wegen Nichtlieferung der Aktien Klage auf Schadensersatz erhoben.

Streitig ist, ob die vorbezeichnete Abtretung des Lieferungsanspruchs an die BeschwF. als ein börsenumsatzsteuerpflichtiges Anschaffungsgeschäft i. S. des § 35 KapVerkStG. anzusehen ist. Das ist, nachdem das FinA. die Börsenumsatzsteuer auf 3000 *RM* festgesetzt hatte, in beiden Vorentscheidungen bejaht worden. Zur Begr. der RBeschw. macht die Veranlagte nach wie vor geltend, daß ein Anschaffungsgeschäft nicht vorliege, weil A. mit der Abtretung seines Lieferungsanspruchs ihr gegenüber eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums an den Ausstellungsaktien nicht übernommen habe und die Abtretung außerdem nicht endgültig, sondern nur zu Sicherungszwecken geschehen sei.

Die RBeschw. kann keinen Erfolg haben, da das BU. nach keiner Richtung hin einen Rechtsirrtum erkennen läßt.

Anschaffungsgeschäfte sind entgeltliche Verträge, die auf Verschaffung des Eigentums an börsenumsatzsteuerpflichtigen Wertpapieren gerichtet sind (vgl. § 18 Abs. 1 des neuen KapVerkStG. von 1934, das an dem bisherigen feststehenden Begriffe des Anschaffungsgeschäfts nichts hat ändern wollen. In welcher Weise das Eigentum dem Erwerber verschafft werden soll, ist für den Begriff des Anschaffungsgeschäftes ohne Bedeutung. Es wird also keineswegs vorausgesetzt, daß die eine Vertragspartei sich gerade ausdrücklich verpflichtet hat, das Eigentum an den Wertpapieren, das ihr bereits zusteht oder das sie sich erst noch verschaffen will, selbst auf den Vertragsgegner zu übertragen, oder daß sich eine solche Übereignungspflicht aus der gewählten Vertragsbezeichnung (Kauf, Lieferungsvertrag usw.) ergibt. Ein Anschaffungsgeschäft liegt vielmehr auch dann vor, wenn lediglich vereinbart worden ist, daß die eine Vertragspartei einen Übereignungsanspruch, der ihr bereits gegen einen Dritten zusteht oder den sie für sich durch Abschluß eines Anschaffungsgeschäfts gegen einen Dritten begründen will, auf den Vertragsgegner gegen Entgelt zu übertragen habe. Auch eine solche Vereinbarung ist auf Verschaffung des Eigentums an den Wertpapieren gerichtet, zumal die ihren Übereignungsanspruch gegen Entgelt übertragende Vertragspartei nach § 437 BGB. dem Vertragsgegner dafür haftbar ist, daß der Anspruch rechtlich besteht. Wenn bei dem Wertpapierkauf die Begr. des schuldrechtlichen Übereignungsanspruchs der Börsenumsatzsteuer unterliegt, so fehlt es auch an jedem inneren Grunde, die entgeltliche Übertragung eines solchen Anspruchs steuerlich anders zu behandeln, da auch eine solche Übertragung einen Umsatz der Wertpapiere darstellt, wie er von der Börsenumsatzsteuer getroffen werden soll. Dies gilt auch dann, wenn der Übereignungsanspruch, wie im vorl. Falle, noch mit der Verpflichtung zu der vereinbarten und noch nicht völlig bewirkten Gegenleistung verknüpft ist. Dementsprechend hat der erk. Sen. bereits in seinem Urt. II A 353/28 v. 25. Sept. 1928 (Mrozek, Steuerkartei Rechtsspr. 36 zu § 35) ausdrücklich entschieden, daß auch die Übertragung eines Anspruchs auf Abtretung eines GmbH.-Anteils der Börsenumsatzsteuer unterliege. Für den vorl. Fall einer Übertragung des Anspruchs auf Übereignung von Aktien kann keine andere Beurteilung Platz greifen. Auch im Schrifttum ist, soweit ersichtlich, nirgends eine andere Auffassung vertreten (vgl. Keßler, KapVerkStG., 2. Aufl., Anm. 10 und 19 zu § 35). Der gegenteilige Standpunkt der BeschwF. würde bedeuten, daß nach Begr. eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Übereignung von Wertpapieren der börsenumsatzsteuerpflichtige Handel mit diesen Papieren steuerfrei durch den Handel mit dem vorbezeichneten Übereignungsanspruch mit demselben wirtschaftlichen Ergebnis ersetzt werden könnte. Das kann nicht im Sinne des Gesetzes liegen.

Unerheblich für die streitige Steuerpflicht ist der Umstand, daß im vorl. Falle die Abtretungserklärung v. 8. Juni 1931 nicht ein entsprechendes schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft zeitlich vorausgegangen ist. Es genügt, daß der Rechtsgrund dieser Abtretung in einem schuldrechtlichen entgeltlichen Geschäfte besteht, wie ja auch einer Übereignung von Wertpapieren die Eigenschaft eines steuerpflichtigen Anschaffungsgeschäfts nicht um deswillen abzusprechen ist, weil sie mit dem ihr zugrunde liegenden schuldrechtlichen Geschäfte zusammenfällt.

Schließlich steht auch der mit der Abtretung des Lieferungsanspruchs im vorl. Falle verfolgte Sicherungszweck der Annahme eines steuerpflichtigen Anschaffungsgeschäfts nicht entgegen. Der Sicherungszweck hat lediglich die Wirkung, daß das Anschaffungsgeschäft nur als ein bedingtes angesehen werden kann, wodurch nach ausdrücklicher Vorschr. des § 43 KapVerkStG. die Steuerpflicht nicht ausgeschlossen wird. Auch das entspricht ständiger Rspr. des RFH., von der abzugehen kein Anlaß vorliegt (vgl. die bereits im BU. angeführten Entsch. RFH. 13, 135; 19, 24, ferner die Urt. II A 664/26 v. 5. April 1927, II A 494/26 v. 17. Dez. 1926 Mrozek, Steuerkartei, Rechtsspr. 21 und 25 zu § 35 KapVerkStG.).

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 15. März 1935, II A 80/34.)

Anmerkung: Hätte der RFH. der RBeschw. stattgegeben, so wäre es eine Frage sehr kurzer Zeit gewesen, bis sich der gesamte Börsenverkehr auf den neuen steuerfreien Weg „umgestellt" hätte. Deshalb ist die Entsch. in ihrem Hauptteil in vollem Umfang zu begrüßen und zu billigen. Man kann nicht, wie es hier die Beteiligten wollten, die Entsch. ausschließlich auf die zivilrechtlichen Fragen abstellen, es kommt auf die wirtschaftlichen Vorgänge an, und danach ist die Abtretung eines derartigen Lieferungsanspruchs das gleiche wie die Übernahme einer Lieferungsverpflichtung selbst.

Der wirtschaftliche Zweck eines Anschaffungsgeschäfts ist auf jeden Fall unerheblich. Es ist feststehende Rspr., daß die Steuerpflicht auch dann entsteht, wenn die Lieferung der Wertpapiere nur zu Sicherungszwecken erfolgt; Entsprechendes muß dann gelten für den Fall der bloßen Abtretung eines Lieferungsanspruchs.

Es wird sich darüber streiten lassen, ob diese ständige Rspr., die ja stark an den formalen Vorgang anknüpft, nicht doch einmal geändert werden sollte. Die sicherungsweise Übertragung von Wertpapieren verfolgt wirtschaftlich einen ganz anderen Zweck als die Übertragung zu freiem Eigentum, es handelt sich hier nicht um einen eigentlichen „Kapitalverkehr", und deshalb sollten diese Geschäfte von der Steuer freigestellt werden.

RA. Dr. Delbrück, Stettin.

*

45. § 8 Nr. 10 GrErwStG. Der Erwerb von Grundstücken zum Bau der Reichsautobahnen ist ein Erwerb für Zwecke öffentlicher Straßen und daher nach § 8 Nr. 10 grunderwerbsteuerfrei. †)

Die BeschwF. hat für den Bau der Reichsautobahnen mehrere Grundstücke erworben und ist für diesen Grundstückserwerb gemäß §§ 1, 4 GrErwStG. zu einer Reichsgrunderwerbsteuer von 884,55 *RM* veranlagt worden.

Einspruch und Berufung der BeschwF., mit denen sie Steuerfreistellung begehrte, blieben erfolglos.

Ihre Rechtsbeschwerde ist begründet.

Zutreffend hat zwar das FinGer. angenommen, daß die Steuerbefreiung nicht auf § 10 der 1. VO. zur Durchführung des Gesetzes über die Errichtung eines Unternehmens „Reichsautobahnen" vom 7. Aug. 1933 (RGBl. II, 521) gestützt werden kann, da dort nur eine Befreiung von direkten Steuern vorgesehen ist, wogegen es sich bei der Grunderwerbsteuer um eine indirekte Steuer (Verkehrssteuer) handelt.

Die Entsch. des FinGer. ist aber gleichwohl aufzuheben, da sie rechtsirrtümlich die Befreiungsvorschrift des § 8 Nr. 10 Satz 1 GrErwStG. für nicht anwendbar hält. Nach dieser Vorschrift ist Grunderwerbsteuer nicht zu erheben beim Erwerb von Grundstücken für Zwecke öffentlicher Straßen. Streitig ist, ob die Reichsautobahnen als öffentliche Straßen anzusehen sind. Das FinGer. will zu Unrecht bei den Reichsautobahnen weder das Merkmal der Straße noch auch das der Öffentlichkeit als gegeben ansehen.

Straße ist ein Unterbegriff des Wegs. Unter „Straßen" werden dauerhaft befestigte, regelmäßig benutzbare Wege verstanden, die vornehmlich dem nichtschienengebundenen Verkehr (Kraft- und andere Wagen und Räder, Reiter und Fußgänger) dienen (vgl. Elster, Wörterbuch der Volkswirtschaft, 3. Bd. S. 550). Die Rspr. des RFH. hat den Begriff der Straße i. S. der vorerwähnten Befreiungsvorschrift nicht eng gefaßt, vielmehr in den Begriff der Straße Wege mit einbezogen. So werden bereits in der Entsch. v. 6. Juni 1922, II A 108/22 (Mrozek, Kartei, Rechtsspruch 6 zu § 8 Nr. 10 Satz 1) unter öffentlichen Straßen, die für den allgemeinen Verkehr von Fuhrwerken, Fußgängern usw. bestimmten Wege verstanden und nach der Entsch. v. 6. Febr. 1923, II A 10/23 (Rechtsspruch 10 a. a. O.) tritt Steuerfreiheit ein, wenn das Grundstück unmittelbar der Anlegung oder Erweiterung eines öffentlichen Weges dient. Nach § 2 des Ges. über die Errichtung eines Unternehmens „Reichsautobahnen" v. 27. Juni 1933 (RGBl. II, 509) sind die Kraftfahrbahnen öffentliche Wege. Selbst wenn man den Begriff Straße i. S. der Steuerbefreiungsvorschrift eng fassen will, sind deren Merkmale als eines dauerhaft befestigten Weges gegeben. In einer jeden Zweifel ausschließenden Weise aber wird der Charakter der Reichsautobahnen als Straßen festgestellt in § 1 des Ges. über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung v. 26. März 1934 (RGBl. I, 243), der unter anderem bestimmt: Die deutschen Straßen, soweit sie dem Verkehr von Ort zu Ort dienen, werden in folgende Straßengruppen eingeteilt: 1. Kraftfahrbahnen (Gesetz über

die Errichtung eines Unternehmens „Reichsautobahnen" usw.) ... Auch ist in dem § 8a des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die Errichtung eines Unternehmens „Reichsautobahnen" v. 18. Dez. 1933 (RGBl. I, 1081) von dem Straßenkörper der Reichsautobahnen die Rede.

Das FinGer. will weiter die Reichsautobahnen als öffentliche Straßen deswegen nicht anerkennen, weil sie nach § 2 des Gesetzes v. 27 Juni 1933 ausschließlich für den allgemeinen Verkehr mit Kraftfahrzeugen bestimmt sind, daher seiner Ansicht nach der Verkehr auf ihnen kein allgemeiner sei. Der Begriff des allgemeinen Verkehrs und der Öffentlichkeit setzt jedoch keineswegs voraus, daß die Straße für verschiedene Verkehrsarten angelegt ist. Wenn die Entsch. des Senats als öffentliche Verkehrsarten i. S. des § 8 Nr. 10 GrErwStG. den Fuhrwerks- und den Fußgängerverkehr nennen, so will diese Aufzählung weder erschöpfend sein, noch soll damit gesagt sein, daß die Straße gleichzeitig für verschiedene Verkehrsarten angelegt und bestimmt sein muß, um als öffentliche Straße zu gelten. So ist in der eingangs erwähnten Entsch. v. 6. Juni 1922 von den für den allgemeinen Verkehr von Fuhrwerken, Fußgängern usw. bestimmten Wegen die Rede, und in der Entsch. v. 24. Febr. 1931, II A 20/31 (Mrozek, Kartei, Rechtsspruch 38 zu § 8 Nr. 10 Satz 1) wird von der Ermöglichung und Erreichung des öffentlichen Verkehrs, insbesondere für Fußgänger und Fuhrwerke gesprochen. Der Begriff des allgemeinen Verkehrs wird jedenfalls, wie auch Germershausen-Seydel in „Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen" (4. Aufl., Bd. I S. 4 unten) mit Recht betont, durch eine Beschränkung des Gebrauchs nach Art und Zweck des Weges (Fuß-, Reit-, Radfahr-, Automobilwege usw.) nicht ausgeschlossen, sofern der Weg für diesen in Rede stehenden Zweck jedermann offensteht. Dies trifft aber für die Autobahnen hinsichtlich des Verkehrs mit Kraftfahrzeugen zu. Im übrigen sind auch die Reichsautobahnen Straßen, die in die vorhandenen Wegeverbindungen organisch eingegliedert werden, indem sie durch zahlreiche Anschlußstellen (Auffahrten, Abfahrten, Zubringerstraßen usw.) mit dem vorhandenen Straßensystem verbunden werden. An dem Charakter der Öffentlichkeit der Reichsautobahnen ändert auch nichts der Umstand, daß nach § 7 des Gesetzes v. 27. Juni 1933 dem Unternehmen „Reichsautobahnen" das Recht zusteht, Benutzungsgebühren zu erheben. Denn der Begriff der Öffentlichkeit einer Einrichtung setzt nicht notwendig — wie das FinGer. aus der bisherigen Rspr. des RFH. folgern zu müssen glaubt — eine Unentgeltlichkeit der Benutzung voraus. Ausschlaggebend ist nicht, ob die Anlage jedermann ohne Erfüllung besonderer Voraussetzungen, d. h. unentgeltlich, sondern daß sie jedermann unter den gleichen Voraussetzungen und Bedingungen zugänglich ist. Auch wenn daher für die Benutzung der Reichsautobahnen eine Gebühr erhoben werden sollte, so wird auch dann gegen Entrichtung der tarifmäßigen Gebühren die Benutzung der Anlagen in gleicher Weise jedem Kraftfahrzeug offenstehen.

Da hiernach für den Erwerb der Grundstücke zum Bau der Reichsautobahnen die Voraussetzungen der Befreiungsvorschrift des § 8 Nr. 10 Satz 1 GrErwStG. gegeben sind, ist die BeschwF. unter Aufhebung der Vorentscheidungen von der Grunderwerbsteuer freizustellen.

Anders wäre die Rechtslage, wenn die BeschwF. Grundstücke nicht zum Bau von Autostraßen, sondern z. B. zur Schaffung eines Dienst- oder Verwaltungsgebäudes erwerben würde. Ein solcher Erwerb würde, da nach der ständigen Rspr. des Senats Steuerfreiheit nur eintritt, wenn das Grundstück unmittelbar der Anlegung einer öffentlichen Straße dient, nicht steuerbegünstigt sein (RFH. v. 28. Nov. 1922, Bd. 11 S. 50 und v. 6. Febr. 1923, II A 10/23; Mrozek, Kartei, Rechtsspruch 10 a. a. O.).

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 8. Febr. 1935, II A 33/35 S.)

Anmerkung: Die Entsch. ist bei dem beträchtlichen Umfang des für die Reichsautobahnen notwendigen Grundstückserwerbes von erheblicher praktischer Bedeutung. Sie ist in jeder Hinsicht überzeugend begründet und im Ergebnis befriedigend. Zweckmäßig ist der Hinweis am Schluß der Entsch., daß nach der ständigen Rspr. des RFH. der nur mittelbar dem Straßenbau dienende Grundstückserwerb an der Vergünstigung nicht teilnehme. Bei der Förderung, die das große soziale Werk der Reichsautobahnen naturgemäß verdient, liegt der Wunsch nahe, es möge der Gesetzgeber ergänzend eingreifen. Indessen wird es hier wohl genügen, wenn in geeignetem Umfange von der Möglichkeit Gebrauch gemacht wird, die Steuer im Verwaltungswege aus Gründen der Billigkeit zu erlassen.

RA. Dr. August Bergschmidt, Berlin.

*

46. § 12 GrErwStG. Werden schon bisher auf den Grundstücken eingetragene Grunddienstbarkeiten, die in Nutzung eines Grundstücks bestehen, neben dem Kaufpreis vom Grundstückserwerber übernommen, so ist eine steuerliche Hinzurechnung des Wertes der Grunddienstbarkeiten zum Veräußerungspreis nach § 12 GrErwStG. nicht statthaft.

Der BeschwF. erwarb durch Kaufvertrag v. 25. Nov. 1931 die Grundstücke Pl. Bl. 101 und 102 für 49 000 RM und wurde am 9. Juli 1932 als Eigentümer grundbuchlich eingetragen. Im Hinblick darauf, daß der BeschwF. auf den Grundstücken lastende Grunddienstbarkeiten (Wassersammel- und Durchleitungsrechte, Begehungsrechte am Mühlgraben, Rechte zum Führen, Betreiben und Unterhalten einer Starkstromleitung) mit übernommen hatte, rechnete die Steuerstelle nach § 12 GrErwStG. dem Kaufpreis von 49 000 RM die von ihr mit 8585 RM bewerteten Grunddienstbarkeiten hinzu und veranlagte den BeschwF. zu einer Grunderwerbsteuer nebst Zuschlägen von 2953,05 RM.

Im Einspruchswege bestritt der BeschwF. die Zulässigkeit der steuerlichen Hinzurechnung des Wertes der Grunddienstbarkeiten zum Kaufpreis. Sein Einspruch wurde als unbegründet zurückgewiesen, ebenso seine Ber.

Die RBeschw. ist begründet. Hauptstreitgegenstand ist die Frage, ob der Wert der Grunddienstbarkeiten dem Veräußerungspreis nach § 12 GrErwStG. steuerlich hinzuzurechnen ist. Der Senat hat zu der Frage schon Stellung genommen (RFH. vom 13. Okt. 1931, II A 529/31, RFH. 29, 348; Mrozek, Steuerkartei, Rechtsspr. 14 zu § 13 und Rechtsspr. 3 zu § 12 Abs. 2 Satz 1 Abt. II), indem er die Zurechnung des Wertes der auf dem Grundstück lastenden Grunddienstbarkeiten zu dem Meistgebot als rechtsirrig beanstandete. Hierbei fällt es nicht ins Gewicht, daß es sich dort um einen Steuerfall nach § 13, nicht — wie hier — nach § 12 GrErwStG. handelte. Denn, wie die Urteilsbegründung ergibt, kann die Frage der Zurechenbarkeit der Grunddienstbarkeit i. S. des § 13 nur unter gleichzeitiger Rücksichtnahme auf die §§ 11 und 12 GrErwStG. beantwortet werden. So wird auch von Ott (StW. 1932, Teil I Spalte 713) betont, daß die besondere Vorschr. des § 13, soweit nicht die Eigenart der Zwangsversteigerung entgegensteht, aus § 12 zu ergänzen und zu erläutern ist. Aus der notwendigen Ineinklangbringung von Wert (§ 11) und Preis (§ 12) kommt die vorerwähnte Entsch. mit Recht zu dem Ergebnis, daß es für die Frage der Zurechenbarkeit von Lasten zum Veräußerungspreis darauf ankommt, wie die Lasten nach den Anschauungen des Verkehrs auf den Wert des Grundstücks einwirken. Es dürfen daher bei § 12 dem Veräußerungspreis nicht hinzugerechnet werden solche Lasten, mit deren Wegfall der Eigentümer des Grundstücks oder seine Rechtsnachfolger in absehbarer Zeit nicht rechnen, die also im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Grundstücken der in Betracht kommenden Art als eine dauernde wertmindernde Eigenschaft des Grundstücks (§ 11) empfunden werden, wie dies bei den auf dem Grundstück haftenden Grunddienstbarkeiten der Fall ist, die zu irgendeiner Benutzung des Grundstücks berechtigen. Es werden also nach der vorerwähnten Entsch. v. 13. Okt. 1931 diese Grunddienstbarkeiten als dauernde Lasten des Grundstücks betrachtet und unter diesem Gesichtspunkt als wertmindernde Eigenschaften des Grundstücks angesehen, die schlechthin ihre Hinzurechnung zur Gegenleistung ausschließen. Den gleichen Standpunkt vertritt auch Ott (StW. 1932, Teil I, insbes. Spalten 722—724), der auch in der Belastung des Grundstücks mit einer Grunddienstbarkeit, weil diese dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks zusteht, eine dauernde Last des belasteten Grundstücks erblickt, also die Grunddienstbarkeit als wertmindernde Eigenschaft bei dem zu ermittelnden Einheitswert ansieht. Stellt aber die schon bisher auf dem Grundstück eingetragene Grunddienstbarkeit, die in der Nutzung des Grundstücks besteht, als eine dauernde Last eine Eigenschaft des Grundstücks dar, ist also das so beeigenschaftete Grundstück bewertet, so kann auch nur für das so beschaffene Grundstück und nicht für das unbelastete Grundstück die Gegenleistung bestimmt werden. Im Hinblick auf die Wechselwirkung von Bewertung und Preisbestimmung kann also, was Ott mit Recht hervorhebt, das, was sich als dauernde Last des Grundstücks und damit als Eigenschaft des Grundstücks darstellt, nicht unter dem Gesichtspunkt einer Hinzurechnung nach § 12 dem Preis im engeren Sinne hinzugerechnet werden. Werden, wie vorliegend, schon bisher auf dem Grundstücke eingetragene Grunddienstbarkeiten, die in der Nutzung des Grundstücks bestehen, neben dem eigentlichen Preis vom Grundstückserwerber übernommen, so ist daher keine steuerliche Hinzurechnung zum Veräußerungspreis i. S. des § 12 GrErwStG. statthaft (vgl. RFH. v. 12. April 1932, II A 560/31, RFH. 31, 244, insbes. 248). Dies hat das FinGer. verkannt. Seine Entsch. ist daher ebenso wie die Einspruchsentscheidung aufzuheben. Die Grunderwerbsteuer nebst Zuschlägen ist nach dem Veräußerungspreis von 49 000 RM unter Berücksichtigung der Übernahme der Steuer durch den Erwerber anderweit auf 2512,80 RM festzusetzen. Die Kosten des gesamten Rechtsmittelverfahrens fallen dem Reich zur Last.

Es bedarf keiner Erörterung, ob, wie Ott annimmt, die

Rechtslage eine andere wäre, wenn der Erwerber erst im Kaufvertrag die Bestellung einer Grunddienstbarkeit neben dem Kaufpreis übernimmt, da es sich um einen solchen Fall hier nicht handelt.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 18. Jan. 1935, II A 390/34.)

*

× 47. § 1 Nr. 1 UmsStG. 1926 u. 1932; § 138 HGB.; § 738 BGB. Wird eine OHG. nach dem Gesellschaftsvertrag beim Ausscheiden eines Gesellschafters von den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt, so ist zwar für die dem ausgeschiedenen Gesellschafter gewährte Abfindung, nicht aber außerdem noch für die Anwachsung der Gesellschafterrechte die Umsatzsteuer zu entrichten. Dies gilt auch dann, wenn bei einer nur aus zwei Personen gebildeten OHG. der eine Gesellschafter ausscheidet und der andere nach dem Gesellschaftsvertrag das Unternehmen fortsetzt.

Zwischen A. und B. bestand eine OHG. Als B. die Gesellschaft i. J. 1931 kündigte, übernahm A. auf Grund des Gesellschaftsvertrags „das Geschäft mit Aktiven und Passiven nebst der Firma" als Alleininhaber. B. hat bei seinem Ausscheiden die Hälfte des vorhandenen Warenbestandes aus dem bisherigen gemeinschaftlichen Vermögen zu freiem Eigentum erhalten. Hierfür ist die Umsatzsteuer entrichtet. Hierüber besteht auch kein Streit. Das FinA. verlangt die Umsatzsteuer auch für die andere Hälfte des Warenlagers, die dem A. allein verblieben ist.

Das FinA. geht davon aus, daß bis zum Ausscheiden des B. die OHG. als solche nach § 124 HGB. Eigentümerin des ganzen Warenlagers war; aus Anlaß des Austritts des B. habe jeder der beiden Gesellschafter das Alleineigentum an der Hälfte des Warenlagers unmittelbar aus dem Vermögensbestand der OHG. erlangt; jeder dieser beiden Eigentumsübergänge müsse nach § 1 Nr. 1 UmsStG. zur Umsatzsteuer herangezogen werden, ganz gleich, ob man den Hergang mehr von der handelsrechtlichen oder von der wirtschaftlichen Seite aus beurteile.

Das FinGer. hat den Warenübergang in das Alleineigentum des A. von der Umsatzsteuer freigestellt; die RBeschw. des FinA. ist nicht begründet.

Mit dem Ausscheiden des B. ist das gesamte bisher gemeinschaftliche Vermögen dem A. zu alleinigem Eigentum angewachsen; dieser war nach dem Gesellschaftsvertrage berechtigt, das Geschäft in seinem eigenen Namen und auf seine Rechnung unter der bisherigen Firma weiterzuführen und hatte dafür dem B. eine Abfindung in sinngemäßer Anwendung des § 738 BGB. zu gewähren. B. empfing diese Abfindung in Gestalt der Hälfte des Warenlagers. Die Leistung dieser Abfindung liegt innerhalb der gewerblichen Tätigkeit des nunmehrigen Einzelkaufmanns A., das Entgelt dafür ist in der vorangegangenen Aufgabe der Gesellschaftsrechte zu erblicken, die B. besessen hatte und die nunmehr dem A. angewachsen sind. Dieser Leistungstausch hat sich also — im Gegensatz zur Meinung des FinA. — zwischen B. und A. vollzogen. Letzterer hat dafür die Umsatzsteuer entrichtet (vgl. RFH. V A 344/25 v. 29. Jan. 1926: RStBl. 1926, 128 Nr. 109). Die im Alleineigentum des A. verbliebene andere Hälfte der Waren unterlag aber keinem derartigen Leistungsaustausch. Bürgerlichrechtlich sind diese Waren weder von B. noch von der OHG. an A. veräußert worden. Aber auch wirtschaftlich erschöpft sich die in der Verfügungsmacht über diese Waren eingetretene Änderung in der Tatsache, daß A. die Gesellschaftsrechte des B. „vereinnahmt hat". Darüber hinaus ist kein Entgelt gezahlt, es sind aber auch keine Waren an A. geliefert worden, denn nur durch die Aufgabe der Gesellschaftsrechte des B. ist A. wegen der Vereinigung aller Gesellschafterrechte in seiner Hand zum Alleinunternehmer geworden.

Das FinA. kann sich zur Unterstützung seiner RBeschw. auch nicht auf das Urt. des erk. Sen. v. 7. Okt. 1932, V A 30/32: RStBl. 1933, 288, berufen. Damals hatten die Gesellschafter einer OHG. die Auflösung ihrer Gesellschaft in einem gerichtlichen Vergleich beschlossen (§ 131 Nr. 2 HGB.), und dabei vereinbart, eine Versilberung des Gesellschaftsvermögens zum Zwecke der Erlösverteilung (Liquidation) zu unterlassen und statt dessen die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens selbst unter sich zu verteilen. Der Senat hat diese Verteilung des Gesellschaftsvermögens ebenso für umsatzsteuerpflichtig erklärt, wie wenn die aufgelöste Gesellschaft ihre Waren und sonstigen Vermögensstücke einzeln oder im ganzen versilbert hätte. Das Entgelt für die im Wege der Naturalteilung zugewiesenen Vermögensgegenstände wurde im Verzicht auf die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens (§ 149 HGB.) erblickt. Die Herausgabe von Vermögenswerten aus den Beständen einer Personalgesellschaft an die Gesellschafter gegen Aufgabe der Gesellschafterrechte ist nach Auffassung des Senats grundsätzlich ein umsatzsteuerpflichtiges Geschäft z. B. auch dann, wenn die Gesellschafter die empfangenen Werte sofort wieder in ein neu gebildetes gesellschaftliches Unternehmen einbringen. Da somit nicht nur eine Veräußerung der Waren zum Zwecke der Erlösverteilung (Liquidation), sondern auch eine an Stelle der Liquidation vorgenommene unmittelbare Verteilung der Warenbestände unter die ehemaligen Gesellschafter die Umsatzsteuerpflicht auslösen würde, hat sich das FinGer. in der Begr. seines an sich zutreffenden Standpunkts insofern — wenigstens in der Ausdrucksweise — vergriffen, als es die Durchführung einer Liquidation als entscheidendes Merkmal für die Frage der Umsatzsteuerpflicht ansieht. Entscheidend ist im gegebenen Falle allein, daß das Warenlager oder andere Werte dem A. nicht geliefert wurden und daß er insoweit auch kein Entgelt gezahlt hat. A. hat keine Gesellschaftsrechte aufgegeben, es sind ihm im Gegenteil die Gesellschafterrechte des B. zugewachsen, und für diese Vereinnahmung hat A. die Umsatzsteuer bezahlt; die Gesellschaft ist übrigens auch nicht i. S. des § 131 HGB. „aufgelöst" worden, sondern sie hat durch die Vereinigung aller Mitgliedsrechte in einer Person ihr begriffliches Ende gefunden. Dabei ist das Unternehmen mit seinen bisherigen Beständen — unbeschadet der Abfindung an B. — erhalten geblieben. A. ist lediglich alleiniger Geschäftsinhaber geworden; die bloße Änderung des Eigentümers und der Wechsel in den Herrschaftsbefugnissen ist aber für sich allein kein steuerpflichtiger Tatbestand nach dem Umsatzsteuerrecht. Die Entsch. der streitigen Frage kann deshalb nicht anders ausfallen, als wenn von drei oder mehreren Gesellschaftern einer ausgeschieden wäre und die verbliebenen die Gesellschaft fortgesetzt hätten.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 18. Jan. 1935, V A 5/34 S.)

*

48. § 1 Nr. 1 UmsStG. 1926 u. 1932. Zahlungen, die von den für die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zu einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts verbundenen Firmen nach Maßgabe der tatsächlichen oder vermuteten Inanspruchnahme der Gesellschaftseinrichtung an eine GmbH. als Organ der Gesellschaft geleistet werden, sind Entgelte für Sonderleistungen auch dann, wenn sie lediglich der Deckung der Unkosten der GmbH. dienen.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 11. Jan. 1935, V A 140/34.)

*

49. §§ 1 Nr. 1, 2 Nr. 5 UmsStG. 1926; §§ 1 Nr. 1, 2 Nr. 9 UmsStG. 1932. Die durch eine private Kleinbahn erhobenen Stand-, Lager- und Wiegegelder, Aufbewahrungs- und Signierungsgebühren sind umsatzsteuerpflichtig.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 17. Dez. 1934, V A 804/32.)

*

50. §§ 1 Nr. 1, 2 Nr. 5, 8 Abs. 1 u. 7 UmsStG. 1926; §§ 1 Nr. 1, 2 Nr. 5, 8 Abs. 1 u. 7 UmsStG. 1932. Die Leistungen im sogenannten Wagenübergangsverkehr auf Grund des Übereinkommens über die gegenseitige Benutzung der Güterwagen im Bereiche des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen sind umsatzsteuerpflichtig; als Entgelt unterliegen der Steuer nicht nur die etwa vereinnahmten baren Spitzenbeträge für unausgeglichen gebliebene Mehrleistungen, sondern auch alle sachlichen Gegenleistungen im Naturalausgleich.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 17. Dez. 1934, V A 658/32.)

*

51. §§ 1 Nr. 1, 2 Nr. 7 UmsStG. 1926. Bringen die Gesellschafter einer OHG. Vermögen dieser Gesellschaft in eine Kapitalgesellschaft ein, so liegen hierin zwei Veräußerungen des Vermögens, nämlich von der OHG. an die Gesellschafter und von den Gesellschaftern an die Kapitalgesellschaft. Die zweite Veräußerung ist nach § 2 Nr. 7 UmsStG. 1926 umsatzsteuerfrei, die erste ist umsatzsteuerpflichtig.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 21. Dez. 1934, V A 728/33.)

*

× 52. § 1 Nr. 1 UmsStG. 1926 u. 1932. Eine ständige Orchestervereinigung (Teilungsorchester), die, ohne langfristige Vertragsverhältnisse einzugehen, bei fortgesetzt wechselnden Auftraggebern spielt, ist i. S. des Umsatzsteuerrechts gewerblich selbständig. Sie ist mit den vollen vereinnahmten Entgelten umsatzsteuerpflichtig.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 1. Febr. 1935, V A 256/34 S.)

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18II. Stellvertreter: Carl-Herbert Wechmann, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20. — Für die Anzeigen verantwortlich in Vertr.: H. Schlüßler, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13.
Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. — DA. I. Vj. 35: 21530.