

# Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

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

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13.  
Sernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postkassentonto Leipzig Nr. 63673.

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

**Anzeigen** die 6 gespaltene Millimeterhöhe 25 Pf., für den Stellenmarkt 17 Pf.,  $\frac{1}{2}$  Seite M. 325.—,  $\frac{1}{2}$  Seite M. 170.—,  $\frac{1}{4}$  Seite M. 90.—. Der Anzeigenraum wird in der Höhe von Trennungstrich zu Trennungstrich gerechnet. Bei Chiffreanzeigen kommen noch 75 Pf. Gebühren hinzu. Zahlungen ausnahmslos auf Postkassentonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63673, erbeten.

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

## Aktienrecht.

### I.

#### Notverordnung und Reform.

Von Staatssekretär Dr. Dr. Schlegelberger, Berlin.

In der Kundgebung der Reichsregierung zur NotV. des Reichspräsidenten v. 5. Juni 1931 heißt es:

„Auf dem Gebiete des Aktienrechts werden einschneidende Reformarbeiten mit größter Beschleunigung zum Abschluß gebracht werden. Die Neuregelung soll die Gewissenhaftigkeit der Gründung gewährleisten, Mißstände auf dem Gebiete der Kapitalbeschaffung, insbes. durch Ausgabe von Vorratsaktien, beseitigen, sowie die Zuführung neuer Kapitalien erleichtern. Die Neuregelung wird weiter die Befugnisse und Pflichten der Verwaltung ausgestalten, ihre Verantwortung steigern und den Rückgriff gegen sie erleichtern. Sie wird ferner die Verpflichtung der Verwaltung zur Offenlegung auch durch Auskunft in der Generalversammlung und bei der Aufstellung des Geschäftsberichts und der Bilanzen verstärken sowie eine unparteiische Prüfung des Jahresabschlusses sicherstellen. Schließlich wird sie die Rechte der Aktionäre durch Beseitigung der mit der Ausgabe von Mehrstimmrechtsaktien verbundenen Mißstände und durch Ausgestaltung der Minderheitsrechte sichern, Schutz gegen mißbräuchliche Ausnutzung der Aktionärstellung gewähren, sowie Mißbräuchen durch Einschlebung von Tochtergesellschaften entgegenzutreten. Die auf dem Betriebsrätegesetz beruhenden Rechte der Arbeitnehmer bleiben aufrechterhalten.“

Diese feierliche Erklärung rechtfertigte die allgemeine Erwartung, daß die seit fünf Jahren vorbereitete Aktienrechtsreform i. S. einer Gesamtlösung zum Abschluß gebracht werden sollte. Und diese Erwartung war um so sicherer, als man mußte, daß jene Erklärung etwa mit dem Abschluß der Ministerialbesprechungen zusammentraf, die, auf der Grundlage des Vorentwurfs des Reichsjustizministeriums geführt, der Aufstellung eines Regierungsentwurfs dienen sollten. In der Tat zielt die Kundgebung der Reichsregierung auf eine beschleunigte Erledigung der gesamten Aktienrechtsreform auf dem Wege der ordentlichen Gesetzgebung ab. Inzwischen ereigneten sich die bekannten wirtschaftlichen Vorgänge, und diese führten zu dem neuen Problem, ob und in welchem Umfange zur Abstellung schwerer akuter Mißstände auch auf dem Gebiete des Aktienrechts unverzüglich Notmaßnahmen durch eine V. nach Art. 48 RVerf. zu treffen seien. Die den Reformarbeiten

des Reichsjustizministeriums überwiegend günstige öffentliche Meinung wich unvermutet starker Nervosität, als durch eine Indiskretion der Regierungsentwurf für das neue Aktiengesetz vorzeitig bekannt wurde, und zwar in so unzureichender Form, daß man, sehr zu Unrecht, grundstürzende Neuerungen und Überraschungen befürchtete. Diese der Sache nicht förderliche Diskussion rief Freunde und Feinde der Aktienrechtsreform erneut auf den Plan. Neben dem Streitpunkt: „Voll- oder Teilreform“ spielte in Verknüpfung der beiden nebeneinanderlaufenden Probleme die Frage „Gesetz oder Notverordnung“ die Hauptrolle. Schließlich glitt die Aussprache aus der sachlichen Erörterung in parteipolitische Debatten ab. Die unauflösbare Hochspannung löste sich, als unter dem 19. Sept. d. J. eine V. des RPräf. über Aktienrecht erschien. Ist diese NotV. die im Juni verheißene Aktienrechtsreform? Sie ist es nicht und will es nicht sein. Schon der Vergleich des Inhalts dieser V. mit dem Inhalt der Kundgebung sollte einen Zweifel an der Richtigkeit dieser Feststellung nicht aufkommen lassen. Neben den für den Regierungsentwurf vorbereiteten Vorschriften über den Geschäftsbericht und den Jahresabschluß sowie die Bilanzprüfung enthält die NotV. im wesentlichen nur einige Bestimmungen über den Erwerb eigener Aktien, über die Pflichten und Befugnisse des Vorstandes und des Aufsichtsrats, über die Neuwahl der Aufsichtsräte und die Begrenzung der Zahl und Mandate der Aufsichtsratsmitglieder sowie eine Verschärfung der Strafvorschriften. Daß damit das Versprechen der Kundgebung auch nicht entfernt eingelöst sein würde, liegt auf der Hand. Die NotV. kann auch nicht die versprochene Aktienrechtsreform sein. In der Begründung zu dem Vorentwurf des Reichsjustizministeriums heißt es: „Mit der vertieften Behandlung der Aktienrechtsfragen muß die Erkenntnis wachsen, daß es nicht nur wissenschaftlich verfehlt, sondern vom Standpunkt einer die wirtschaftlichen Notwendigkeiten erfassenden Gesetzgebung unheilvoll wäre, wollte man an die Stelle einer organischen Erneuerung des Aktienrechts eine unorganische, mehr oder weniger willkürliche Flickarbeit setzen. Der Mechanismus der Gesetzgebung wird bestimmt durch die Verflechtung der wirtschaftlichen Vorgänge, denen das Gesetz dienen soll. Man kann nicht aus dem Rahmenwerk des modernen Aktienrechts einzelne Teile herauslösen, ohne damit den wirtschaftlichen Organismus schwer zu gefährden.“ Diese Sätze sind auch heute noch Wahrheit. Man kann ein modernes Aktienrecht nicht dadurch „reformieren“, daß man, wie es für die NotV. unausweichlich

und gegeben war, diese oder jene neue Vorschrift einfügt oder einer oder der anderen Bestimmung des geltenden Rechts eine andere Fassung gibt. Reformiert kann ein Aktienrecht nur werden, wenn man geistig die Aktienrechtsprobleme in ihrer Gesamtheit und in ihrem Zusammenhang erfasst und unter sorgfältiger Ausschcheidung der lebendigen und der abgestorbenen Teile der geltenden Rechtsordnung aus einem Guß der heimischen Wirtschaft die rechtliche Gestaltung zur Verfügung stellt, die sie nach ihrer inneren Struktur erfordert. Die RotW. v. 19. Sept. d. J. darf nicht als die verheißene Aktienrechtsreform gelten. Mir ist wohl bekannt, daß sich selbst in den Kreisen, die einer organischen Neuordnung des Aktienrechts in dem angedeuteten Sinne bisher positiv gegenüberstanden, gegenwärtig die Stimmung geltend macht: nachdem in der RotW. einzelne Fragen geregelt seien, sollte man nunmehr von weiteren Reformarbeiten Abstand nehmen. Solchen Erwägungen mit Nachdruck entgegenzutreten, ist mir Pflicht und Gewissen. Begründet wird jener Rat im wesentlichen mit dem Bedürfnis der Wirtschaft nach Ruhe auf diesem besonders empfindlichen Rechtsgebiet. Ich habe mich stets gegen eine nicht unbedingt erforderliche Beunruhigung der Wirtschaft gewandt. Aber es muß offen ausgesprochen werden, daß es auch eine Ruhe des Kirchhofs gibt, und daß, wenn das Recht seinen Beruf, die Wirtschaftsgesetze den Erfordernissen der Gegenwart rechtzeitig anzupassen, nicht erfüllt, es die schwere Verantwortung auf sich läßt, nicht nur sich selbst zu verneinen, sondern auch die Vernichtung des Kredits der schwer um ihre Existenz ringenden Wirtschaft nicht aufgehalten zu haben. Man darf in diesem Zusammenhang nicht vergessen, daß die unter Anspannung aller Kräfte seit Jahren betriebene Aktienrechtsreform ganz gewiß niemals Selbstzweck gewesen ist, sondern der Wiederaufrichtung der deutschen Wirtschaft zu dienen bestimmt war. Auf diesen Zweck sind alle Bestimmungen des Vorentwurfs des Reichsjustizministeriums abgestellt worden, und dieser Zweck kann nur erfüllt werden, wenn die Verheißung der Reichsregierung nicht nur formell, sondern auch nach ihrem sachlichen Inhalte in vollem Umfange erfüllt wird. Als diese Erfüllung wird die RotW. nicht gelten. Inzwischen ist der Regierungsentwurf eines neuen Aktiengesetzes, wie angekündigt, der Öffentlichkeit unterbreitet worden<sup>1)</sup>, um allen beteiligten Kreisen nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Dieser Entwurf will die Einlösung des feierlichen Versprechens der Reichsregierung sein, und er wird durch seine Existenz allen klar vor Augen stellen, daß es sich bei der RotW. ihrem Wesen entsprechend, lediglich um einige vorweggenommene Notmaßnahmen handelte. Der Gedanke einer allgemeinen Reform lebt und der Entwurf wird sich als ein nach Erfüllung seines Wesens drängendes lebenskräftiges Gebilde erweisen. Allen denen, die teils freudig, teils betrübt sich dazu anschicken, der Aktienrechtsreform das letzte Ehrengelicht zu erweisen, sei empfohlen, schleunigst und mit Energie das düstere Feiergewand wieder mit dem schlichten Arbeitsrod zu vertauschen und mit uns zu arbeiten für die endgültige Vollendung der deutschen Aktienrechtsreform.

## II.

## Die Vorschriften der Aktienrechtsnovelle über Publizität, eigene Aktien und Einziehung von Aktien.

Von Ministerialrat L. Duassowski, Berlin.

### I. Publizität.

#### Allgemeines.

Zu den zentralen Problemen der Aktienrechtsreform gehört die Steigerung der Offenlegungspflicht (ebenso Schlegelberger, Probleme des Aktienrechts). Sie bildet — wie bereits in den Erläuterungen zu dem Entwurf des Reichsjustizministeriums ausgeführt worden ist — eine Vorbedingung für die Wiederherstellung und Festigung des Vertrauens in das deutsche Aktienwesen. Sie steht auch im Mittelpunkt der in der Nov. getroffenen Regelung. Allerdings ist ein wichtiger Teil der in Aussicht genommenen Re-

form der Publizität, die Ausgestaltung der Auskunftsertelung in der GenVers., nicht Gegenstand der Nov., vielmehr der weiteren gesetzlichen Behandlung vorbehalten. Gleichwohl bilden die neuen Vorschriften über die Steigerung der Offenlegungspflicht einen bedeutsamen Fortschritt gegenüber dem bisherigen Recht. Ihre Bedeutung ist im Vergleich zu den an sich weitergehenden Publizitätsvorschriften des Entwurfs im gewissen Sinne noch höher einzuschätzen als diese selbst. Denn da gewisse Fragengebiete, wie diejenigen der Borratsaktien, der gebundenen Aktien, der Stimmrechtsaktien einstweilen ungeregelt geblieben sind, ist die erhöhte Publizität, die für diese Arten von Aktien angeordnet ist, das einzige Mittel zur Abhilfe gegenüber hervorgetretenen Unzuträglichkeiten und daher in ihrer Bedeutung noch gestiegen. Der Umstand, daß die Publizitätsvorschriften, d. h. die Vorschriften über den Geschäftsbericht und den Jahresabschluss noch nicht in Kraft getreten sind, ihre Inkraftsetzung vielmehr der Reichsregierung vorbehalten ist (Art. XIII Abs. 2 Satz 1) hat vereinzelt zu der Befürchtung Anlaß gegeben, daß es zu ihrem Inkrafttreten in absehbarer Zeit nicht kommen werde und damit die Reform auf diesem wichtigen Gebiet überhaupt in Frage gestellt sei. Für eine solche Annahme fehlt es durchaus an jeder Grundlage. Die Hinausschiebung des Zeitpunkts für das Inkrafttreten der Vorschriften über den Geschäftsbericht und den Jahresabschluss ist im Zusammenhang mit der Ermächtigung der Reichsregierung zu verstehen, die zur Überleitung erforderlichen Rechts- und allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu erlassen (Art. XIII Abs. 2 Satz 2). Eine solche Überleitung könnte einmal durch die Art der neuen Vorschriften veranlaßt sein, insofern z. B. die vorgeschriebene Art der Bilanzierung eigener Aktien (§ 261 Nr. 2 Abs. 1) nicht ohne Übergang für alle Gesellschaften passen könnte. Sodann könnten angesichts der ungünstigen Wirtschaftslage Abmilderungen der Bilanzierungsvorschriften und überhaupt Erleichterungen in der Bilanzierung sich als geboten erweisen, um nicht die Gesellschaften dem Zwang zu unterwerfen, ihren Vermögensstand der heutigen Lage entsprechend über die Maßen ungünstig darzustellen, obwohl vielleicht in absehbarer Zeit eine Besserung der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht ausgeschlossen ist. Ist aber die Möglichkeit solcher Überleitungsvorschriften in Betracht zu ziehen, so konnten die Publizitätsvorschriften der Nov. nicht in Kraft treten, ohne daß endgültig feststand, ob und in welchem Umfang eine Überleitung notwendig ist. Diese Feststellung zu treffen, ließ die gegenwärtige unsichere Wirtschaftslage aber noch nicht zu.

### Geschäftsbericht.

Als besonders geeignetes Auskunftsmittel ist der Geschäftsbericht anzusehen. Denn in ihm können, wie in den Erläuterungen zum Entwurf hervorgehoben ist, die An gelegenheiten der Gesellschaft in zusammenhängender Darstellung erörtert werden und auch solche Angaben Aufnahme finden, die sich zur Aufnahme in die Bilanz nicht eignen, z. B. weil es sich nicht um schon bestehende Aktiven und Passiven handelt. Andererseits ist gerade über den dürftigen Inhalt des Geschäftsberichts Klage geführt worden. Die Vernachlässigung des Geschäftsberichts durch die Verwaltungen mußte um so befremdender wirken, als die Strukturwandelung der Wirtschaft, insbesondere die Verwendung von Tochtergesellschaften zwar in gewissem Sinne zwangsläufig zu einer Verschlechterung der Bilanzpublizität führen mußte, weil der gesetzliche Bilanzrahmen für die neuen Verhältnisse zu eng geworden war, jedoch eine Verschlechterung der Publizität im Geschäftsbericht keineswegs bedingte (Verhdlg. u. Ber. d. Unteraussch. f. allg. Wirtschaftl. Struktur, Generalber. S. 33). Hier erschienen Reformen unumgänglich, und es bildet demgemäß die Ausgestaltung des Geschäftsberichts wie in dem Entwurf so auch in der Nov. einen wichtigen Teil der Neuordnung der Publizitätsfrage.

Neben der schon nach der bisherigen Fassung des HGB dem Geschäftsbericht zugewiesenen Aufgabe, den Vermögensstand und die Verhältnisse der Gesellschaft zu entwickeln, soll der Geschäftsbericht nach der neuen Fassung weiter der Erläuterung des Jahresabschlusses dienen (§ 260a Abs. 1). Damit ist nur klargestellt, was

<sup>1)</sup> Siehe unten S. 2942 Amtl. Entw. eines Ges. über AktG.

ohnehin schon rechtens war. Denn schon für das bisherige Recht ist angenommen worden, daß der Geschäftsbericht die Bilanz erläutern soll (Staub-Pinner Anm. 23 zu § 260). Wenn weiter vorgeschrieben ist, daß bei der Erläuterung des Jahresabschlusses auch wesentliche Abweichungen von dem früheren Jahresabschluß zu erörtern sind, so soll damit Vorsorge getroffen werden dagegen, daß diese Erläuterungen sich zu eng in dem durch den letzten Jahresabschluß gezogenen Rahmen halten, und erreicht werden, daß bei den Erläuterungen der organische Zusammenhang der Angaben in dem letzten Jahresabschluß mit dem früheren beachtet werde. Daraus, daß im Gegensatz zu dem Entwurf diese Verpflichtung zur Erörterung auf wesentliche Abweichungen beschränkt ist, soll der Auslegung vorgebeugt werden, als ob es der Verwaltung obläge, die Posten des früheren Jahresabschlusses im einzelnen bei ihrer Berichterstattung zum Vergleich heranzuziehen. Dementsprechend kann auch keine Rede davon sein, daß auf diesem Umweg etwa über stille Reserven zu berichten wäre.

Eine Neuerung gegenüber dem bisherigen Recht bildet die Vorschrift des § 260a Abs. 2, wonach in dem Geschäftsbericht auch über die Beziehungen zu einer abhängigen Gesellschaft und einer Konzerngesellschaft zu berichten ist. über die Behandlung, welche die durch die wirtschaftliche Verschlechtung veranlaßten Probleme im allgemeinen durch die Nov. erfahren haben, wird weiter unten im Zusammenhang gesprochen werden. Mit der Vorschrift des § 260a Abs. 2 im besonderen wird ein doppelter Zweck verfolgt. Mit Hilfe der Angaben im Geschäftsbericht soll die notwendige Offenlegung des Verhältnisses zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft und zwischen Konzerngesellschaften allgemein erreicht werden. Die Vorschrift dient ferner zusammen mit anderen Bestimmungen der Nov. dem besonderen Zweck, gewissen Unzuträglichkeiten vorzubeugen, die sich aus der Verschachtelung von Gesellschaften ergeben, namentlich Verschleierungen und Umgehungen der aktienrechtlichen Bestimmungen. Es sollen durch die Angaben im Geschäftsbericht über die Beziehungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft und Konzerngesellschaften Vorgänge offengelegt werden, deren Kenntnis erforderlich ist, um falsche Schlussfolgerungen aus der Bilanz zu vermeiden. Bekanntlich kann der Geschäftsverkehr zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft ebenso zu einer bedenklichen Hochschraubung der Bilanz führen, wie er auch die Möglichkeit bietet, das wirkliche Vermögen und den wirklichen Geschäftsgewinn der Muttergesellschaft herabzudrücken (Flechtheim, Verhdlg. u. Ver. d. Unteraussch. f. allg. Wirtschaftspraxis S. 35). Werden Lieferungen an Tochtergesellschaften in der Bilanz der Muttergesellschaft nicht mit den eigenen Anschaffungs- und Herstellungspreisen angesetzt, sondern wie gewöhnliche Forderungen, die zu buchmäßigen Gewinnen führen können, so läßt sich vielleicht ein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften hierin nicht ohne weiteres erblicken, so bedenklich an sich auch eine Realisierung von Gewinnen durch Veräußerung von Werten an die Tochtergesellschaft sein mag (Flechtheim a. a. O.). Es ist auch von einer ausdrücklichen Vorschrift abgesehen worden, daß Lieferungen an Tochtergesellschaften nur mit dem eigenen Anschaffungs- oder Herstellungspreis anzusetzen sind, obwohl eine solche Regelung, wenigstens für Ein-Mann-Gesellschaften, vorgeschlagen worden ist (Geiser, Verhdlg. u. Ver. d. Unteraussch. f. allg. Wirtschaftspraxis S. 83). Im Geschäftsbericht ist aber auf diese Verhältnisse hinzuweisen. Hierdurch im Zusammenhang mit der Gliederungsvorschrift, daß Forderungen an Tochtergesellschaften gesondert auszuweisen sind (§ 261a Abs. 1 IV 9), wird erst die zum Verständnis der Bilanz notwendige Aufklärung der Sachlage geschaffen. Umgekehrt könnte die Muttergesellschaft der Tochtergesellschaft Vermögensgegenstände unter dem wirklichen Wert übertragen. Überhaupt wären Vermögensverschiebungen, Begründung von Forderungen und Schulden, zum Zwecke der Regulierung der beiderseitigen Bilanzen denkbar. Auch dadurch, daß der Betriebsergebnis der Muttergesellschaft und der Gewinn aus den Beteiligungen nicht besonders ausgewiesen werden, kann eine Verdunkelung entstehen, indem der Einbruch hervorgerufen wird, daß der ausgewiesene Gewinn in erster Linie aus dem gutgehenden Betriebe der Muttergesell-

schaft stammt, während dieser Betrieb in Wahrheit vielleicht mit Verlust gearbeitet hat, und der Gewinn sich aus den Beteiligungen ergeben hat (vgl. Flechtheim a. a. O., Generalber. S. 91). Demgegenüber sollen die Angaben im Geschäftsbericht eine Richtigstellung solcher irreführender Bilanzen erbringen.

Wenn neben den allgemeinen Angaben auch Mitteilungen über besondere Vorgänge verlangt werden (§ 260a Abs. 3), so liegt darin zum Teil nichts weiter als die Klarstellung, wie weit die allgemeine Berichterstattungspflicht zu gehen hat, zum Teil erfährt diese aber auch eine Erweiterung. Der Katalog weist gegenüber dem Entwurf einige Änderungen auf. Die umfangreichen Aktienrückkäufe dieses Jahres haben Veranlassung gegeben, Angaben über eigene Aktien zu verlangen. Im Zusammenhang mit den Bestimmungen, die auf eine Reform der Verwaltung gerichtet sind, wird die Angabe der Gesamtbezüge der Mitglieder des Vorstandes und der Mitglieder des Aufsichtsrats vorgeschrieben. Auf eine Berichterstattung über die Fälligkeit langfristiger Verbindlichkeiten, die im Entwurf vorgesehen war, ist verzichtet worden. Es war gegen eine Berichterstattungspflicht dieser Art das Bedenken erhoben worden, daß sie sich kredit-schädigend auswirken könnte; der Zeitpunkt, zu dem langfristige Verbindlichkeiten fällig werden, sei für die Gesellschaft ein besonders kritischer und seine Bekanntgabe ihren Interessen abträglich. Andererseits läßt sich demgegenüber einwenden, und es ist auch eingewendet worden, daß gerade die Kenntnis von der Fälligkeit langfristiger Verbindlichkeiten eine der wichtigsten Unterlagen zur Beurteilung der Kreditfähigkeit darstelle, und daß eben darum ihre Bekanntgabe notwendig sei und den an eine gesteigerte Publizität zu stellenden Anforderungen entspreche. Schließlich hat man die mit einer solchen Mitteilungspflicht für die Gesellschaft verbundenen Gefahren als durchschlagend erachtet. Fortgefallen ist auch die im Entwurf vorgesehene Verpflichtung, zu berichten über in der Bilanz nicht berücksichtigte Rechtsbeziehungen, auf Grund deren Rechte oder Verbindlichkeiten für die Gesellschaft wahrscheinlich entstehen werden, sowie über Verluste, die sich aus der späteren Erfüllung von Lieferungs- oder Abnahmeverpflichtungen oder auf sonstige Weise wahrscheinlich ergeben werden. Es ist dabei berücksichtigt worden, daß die Berichterstattung über noch nicht feststehende Tatsachen und Vorgänge von recht zweifelhaftem Nutzen ist, und unter Umständen das Gegenteil von Klarheit und Wahrheit erzielen kann. Beibehalten worden ist die Pflicht zur Mitteilung der aus der Bilanz nicht ersichtlichen Haftungsverhältnisse einschließlich von Pfandbestellungen und Sicherungsübereignungen sowie von Verbindlichkeiten aus der Begebung von Wechseln und Schecks. Unter Haftungsverhältnissen ist nicht nur die Haftung für fremde Verbindlichkeiten, sondern auch die eigene Haftung der Gesellschaft zu verstehen, wie sie sich z. B. aus dem Besitz nicht voll eingezahlter Aktien ergibt. Zu den Verbindlichkeiten aus der Begebung von Wechseln und Schecks sind auch Giroverbindlichkeiten zu rechnen.

Geblichen ist es auch bei der generellen Schutzklausel, und zwar in der Form, daß die Berichterstattung, die den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaftsablegung zu entsprechen hat, nur insoweit unterbleiben kann, als das überwiegende Interesse einer der beteiligten Gesellschaften oder der Allgemeinheit es erfordert (§ 260a Abs. 4). Es hat also eine Abwägung der Interessen stattzufinden, und zwar nach der Richtung, ob das Interesse der Beteiligten, namentlich der Gläubiger und der Aktionäre, an der Offenlegung übertrifft wird von dem Interesse der Gesellschaft, bzw. einer beteiligten Gesellschaft (abhängige Gesellschaft, Konzerngesellschaft u. dgl.) oder der Allgemeinheit an der Geheimhaltung. Zu solchen überragenden Interessen wird man die Kreditfähigkeit und die Konkurrenzfähigkeit zu rechnen haben. Daß die Schutzklausel nicht unwahre Angaben deckt, bedarf keiner Erwähnung. Die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen der Schutzklausel trifft den, der sich auf sie beruft (Schmölder: JW. 1930, 2631).

#### Jahresabschluss.

##### Wertansätze in der Bilanz.

Neben dem Inhalt des Geschäftsberichts hat die Bilanz

zierung eine weitgehende und neuartige Ausgestaltung durch die Gliederungsvorschriften erfahren. Für die eigentlichen Bewertungsvorschriften, von denen zunächst die Rede sein soll, ist es allerdings im wesentlichen bei dem bisherigen Recht verblieben. Insbes. hält sich das Gesetz frei von der Anerkennung einer der verschiedenen Theorien, die das Bilanzwesen zu erklären versuchen. Immerhin finden sich gewisse Ansätze in der Richtung einer richtigen Erfolgsrechnung, wie sie die von Schmalenbach begründete dynamische Bilanzlehre fordert (vgl. hierzu Ullmann: JW. 1930, 2634).

Es gilt nach wie vor der Grundsatz, daß die Bewertungsvorschriften sowohl für das Anlage- als auch für das Umlaufvermögen Höchstgrenzen vorsehen, über die nicht hinausgegangen werden darf, die aber unterschritten werden dürfen (Ullmann a. a. O. S. 2633; Schmidt: Arch. Rev. Treuh. W. 1931, 208). Dies ergibt sich aus dem Zweck der Bewertungsvorschriften, im Interesse der Gläubiger eine Überbewertung und damit eine Ausschüttung von Grundkapital zu verhindern. Damit ist andererseits die Bildung stiller Reserven grundsätzlich wie nach bisherigem Recht gestattet. Die Bildung stiller Reserven unterliegt aber nicht unerheblichen Einschränkungen. Wie § 260 b klarstellt, gelten hilfsweise die Vorschriften der §§ 38 bis 47 HGB. auch für die Aufstellung des Jahresabschlusses von AktG. und KommGes. a. A. Es findet also auch § 40 Anwendung, wonach in die Bilanz sämtliche Vermögensgegenstände und Schulden aufzunehmen sind. Danach ist die Nichtaufnahme vorhandener Aktiven unzulässig. Ferner ist die neue Vorschrift in § 261 Abs. 3 Satz 3 von Bedeutung, wonach die Beträge der Reservefonds, der Rückstellungen und der Wertberichtigungsposten nicht unter den Verbindlichkeiten der Gesellschaft aufgeführt werden dürfen. Damit ist die Einsetzung nicht vorhandener Passiven für unzulässig erklärt, eine Neuerung, in der Lion (Berl. Tagebl. Nr. 420 vom 6. Sept. 1930) einen fast fünfzigprozentigen Sieg der Anhänger eines radikalen Verbots der stillen Reserven erblickt. Aus der Unzulässigkeit der Nichtaufnahme vorhandener Aktiven und der Aufnahme nicht vorhandener Passiven ergibt sich für die Frage der stillen Reserven, daß diese nur in der Form der Unterbewertung von Aktiven gebildet werden können (ebenso Ullmann a. a. O. S. 2634). Aber auch die Möglichkeit einer heimlichen Unterbewertung von Aktiven ist durch die Nov. gegenüber früher stark eingeschränkt. Die Gliederung der Bilanz in zahlreiche Einzelposten, wie sie durch die Nov. vorgeschrieben ist, erschwert die Vornahme stiller Abschreibungen naturgemäß mehr als eine summarische Zusammenziehung der Bilanzposten. Namentlich das Verbot der Verrechnung von Forderungen mit Verbindlichkeiten (§ 261 a Abs. 3 Satz 2), ferner auch die Notwendigkeit einer weitgehenden Offenlegung im Geschäftsbericht, insbes. der Beziehungen zu abhängigen Gesellschaften und Konzerngesellschaften wirken in der Richtung einer Einschränkung der stillen Reserven (Lion a. a. O.).

Für die Bewertung des Anlagevermögens verbleibt es bei dem Ansatz zum Anschaffungs- oder Herstellungspreis abzüglich der Abschreibung (§ 261 Nr. 1). In Übereinstimmung mit dem Entwurf wird eine dem Wertverlust der Anlage entsprechende Abschreibung vorgeschrieben, während nach der bisherigen Fassung des Handelsgesetzbuchs der abzuschreibende Betrag der Abnutzung gleichkommen mußte. Die Notwendigkeit der Abschreibung besteht also nicht nur bei einem durch den Gebrauch verursachten Wertverlust, sondern bei einem Wertverlust jeder Art. Hierher gehören Fälle, in denen der Anlagegegenstand, z. B. die Maschine, durch technische Fortschritte, namentlich neue Erfindungen, überholt wird, oder durch einen Wechsel der Mode, durch eine Änderung der Markt- oder sonstigen Wirtschaftslage an Wert verliert. Die Abschreibungen brauchen jedoch nicht, wie dies im Entwurf vorgesehen war, gleichmäßig auf die einzelnen Bilanzabschnitte innerhalb der Gesamtdauer der Verwendung oder Nutzung verteilt zu werden, vielmehr ist nur eine Verteilung auf die mutmaßliche Gesamtdauer der Verwendung oder Nutzung vorgeschrieben. Gegen das Erfordernis der gleichmäßigen Abschreibung waren nicht unbeachtliche Bedenken erhoben worden. Man hat darauf hingewiesen, daß sich aus dem Erfordernis der gleichmäßigen Abschreibung für die Gesellschaft der Zwang ergäbe, Abschreibebelastungen, die

auf die ersten Jahre unmittelbar nach der Anschaffung der Anlage entfallen sollten, auf spätere Jahre zu verschieben; dies sei unwirtschaftlich, weil die Abschreibungen in den ersten Jahren, in denen die Anlage das Beste leisten werde, am größten sein müßten; es dürfte nicht das letzte Jahr mit demselben Abschreibungsbetrag wie das erste Jahr belastet werden. Es ist in diesem Zusammenhang auf die vielfach übliche Abschreibung vom Buchrest anstatt vom ursprünglichen Anschaffungswert hingewiesen worden; eine vernünftige Degression der Abschreibung müsse zulässig bleiben. Es wurde ferner geltend gemacht, daß eine dem tatsächlichen Wertverlust eines Jahres, etwa der Ausbeute eines Bergwerks, entsprechende Abschreibung möglich bleiben müsse, und darauf hingewiesen, daß das Erfordernis der gleichmäßigen Abschreibung einen Zwang zur Bildung stiller Reserven bedeuten könne, insofern der Anfang der Abschreibung, der sich aus dem Gesetz der Gleichmäßigkeit der Abschreibungen ergebe, über den bisherigen wirklichen Wertverlust hinausgehen könnte. Es hat nicht an Stimmen gefehlt, die gegenüber diesen namentlich von Schmalenbach (Vortrag i. d. Handelshochsch. Leipzig v. 6. Dez. 1930) erhobenen Forderungen das System der gleichmäßigen Abschreibungen verteidigten, und zwar mit der Begründung, daß der Gesellschaft in der Verteilung der Abschreibungen kein allzu weiter Spielraum gelassen werden dürfte; es genüge, daß mit Rücksicht auf den Charakter der Bewertungsvorschriften als Höchstbewertungsvorschriften eine niedrigere Bewertung der Anlage selbst zulässig sei; darüber hinaus auch in der Verteilung der Abschreibungen der Gesellschaft Freiheit zu lassen, sei der Bilanzklarheit abträglich. Man hat jedoch auf das Erfordernis der gleichmäßigen Abschreibung, in dem man einen wirtschaftlich unzweckmäßigen Zwang erblickte, verzichtet. Es ist der Gesellschaft überlassen, die sachgemäße Verteilung der Abschreibungen nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Bilanzierung vorzunehmen.

Eine Änderung gegenüber dem Entwurf hat auch die Behandlung der Anlageeffekten erfahren. In dem Entwurf waren für sie genau die gleichen Vorschriften über Bewertung und Abschreibung vorgesehen wie für eigentliche Anlagen. Es ist zwar daran festgehalten, daß ebenso wie die Anlagen selbst auch die Anlageeffekten ohne Rücksicht auf einen geringeren Wert zum Anschaffungspreis in der Bilanz aufgeführt werden können. Es würde sich sonst die unerwünschte Folgerung ergeben, daß eine Gesellschaft, die eine Anlage unmittelbar besitzt, besser gestellt wäre als eine Gesellschaft, die eine Anlage mittelbar, nämlich in Gestalt einer Beteiligung besitzt. Die unmittelbar besitzende Gesellschaft wäre zum Ausweis eines Konjunkturverlustes nicht verpflichtet, wohl aber die mittelbar besitzende Gesellschaft. Es ist daher bei der Regelung des Entwurfs insoweit verblieben, als für Wertpapiere, die dauernd zum Geschäftsbetrieb der Gesellschaft bestimmt sind, nicht anders als für Anlagen ein Ansatz zum Anschaffungspreis zugelassen ist. Dabei sind unter Wertpapieren dieser Art nicht nur Beteiligungen, sondern auch sonstige Wertpapiere, namentlich zins- und rententragende Wertpapiere zu verstehen. Die auf die eigentlichen Anlagen zugeschnittene Vorschrift, daß in Höhe des Anteils an dem etwaigen Wertverlust bei seiner Verteilung auf die Gesamtdauer der Verwendung oder Nutzung abzuschreiben sei, ist jedoch den Besonderheiten, die sich aus dem Wertpapiercharakter der Anlageeffekten ergeben, angepaßt worden. Hier mußte eine elastischere Regelung getroffen und der Gesellschaft allgemein nur eine Abschreibung nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Bilanzierung zur Pflicht gemacht werden. Danach werden Kursverluste bei festverzinslichen Wertpapieren Abschreibungen regelmäßig nicht erforderlich machen. Denn bei einem Dauerbesitz, bei dem die Gesellschaft mit der Rückzahlung der Papiere zum vollen Betrage im Falle der Kündigung oder Auslosung rechnen kann, werden Kurseinbußen im allgemeinen ohne Einfluß auf die Bewertung in der Bilanz sein. Soweit in Sondergesetzen abweichende Bilanzierungsvorschriften enthalten sind, hat es hierbei sein Bewenden (vgl. z. B. § 56 Verf. Aufw. G. v. 6. Juni 1931, RW. I, 315).

Für die Bewertung des Umlaufvermögens bleibt es bei dem Niederstwertprinzip: es ist der Anschaffungswert oder der niedrigere Zeitwert anzusetzen. Eine bemerkenswerte Neuerung der Nov. sowohl gegenüber dem Entwurf als auch im Verhältnis zum bisherigen Recht ist in der ausdrücklichen Vor-

chrift zu erblicken, daß auch eigene Aktien der Gesellschaft nach diesem Prinzip zu bilanzieren sind. Es ist also unzulässig, die eigenen Aktien unter die Aktiven zum Nennbetrag ohne Rücksicht auf einen niedrigeren Anschaffungspreis oder Börsen- bzw. Marktpreis am Bilanzstichtage anzusetzen. Dies war im Schrifttum schon für das bisherige Recht angenommen worden (Blau, Der deutsche Ökonomist, 1931, S. 918; Hachenburg, Köln. Ztg. Nr. 264 v. 17. Mai 1931). Auch in Börsenkreisen hatte man wohl überwiegend eine derartige Bilanzierung abgelehnt, und sich auf den Standpunkt gestellt, daß eigene Aktien buchmäßig wie normale Effektenbestände behandelt werden müssen, daß sie also entweder zum Anschaffungskurs oder zum Börsenkurs, und zwar jeweils zum niedrigeren von beiden aktiviert werden müssen (Frankfurter Ztg. Nr. 418 v. 8. Juni 1931). Es ist nunmehr außer Zweifel gestellt, daß eigene Aktien nicht als dauernde Beteiligung, sondern wie ein normaler zur Veräußerung bestimmter Effektenbestand zu behandeln sind. Eigene Aktien der Gesellschaft sind also entweder zum Anschaffungskurs oder zum Börsenkurs des Bilanzstichtags, und zwar jeweils zum niedrigeren von beiden, zu aktivieren. Der Gesellschaft steht es frei, statt dessen den möglichen Verkaufspreis einzusetzen, wenn er niedriger sein sollte als der nach dem Gesetz anzusetzende Wert (vgl. Hachenburg a. a. D.). Es ist also sowohl die Pariverbuchung billiger erworbener Aktien und damit ein positiver Buchgewinn ausgeschlossen, als auch die Pariverbuchung solcher Aktien, deren Börsenkurs nach dem Ankauf unter Pari gesunken ist, nicht zugelassen und damit die Vermeidung eines Buchverlustes unmöglich gemacht.

Gebilligt ist es bei dem Verbot des Entwurfs, den Geschäftswert oder Firmenwert, den sogen. goodwill, zu aktivieren. Nur wenn die für die Übernahme eines Unternehmens bewirkte Gegenleistung die Werte übersteigt, die den einzelnen Vermögensgegenständen im Zeitpunkt der Übernahme beizulegen ist, darf der Unterschied, wie dies auch schon im Entwurf vorgesehen war, gesondert unter die Aktiven aufgenommen werden. Geändert ist jedoch die Art und Weise, in der dieser Aktivposten zu tilgen ist. Nach dem Entwurf sollte von diesem Aktivposten jährlich ein Teilbetrag abgeschrieben werden, der in Bilanzabschnitt eingetretene Wertminderung entspricht. Diese Art der Abschreibung ist bemängelt worden mit der Begründung, daß danach der Zwang zur Abschreibung nicht sofort einsetze, sondern erst mit dem Eintritt einer Wertminderung, und es der Gesellschaft schwer fallen werde, die Abschreibung gerade in der Zeit der Wertminderung, also dann vorzunehmen, wenn das Geschäft im Verfall begriffen sei (Schmalenbach a. a. D.). Diesen Bedenken ist Rechnung getragen worden. Es ist der Gesellschaft nunmehr jährliche sofort einsetzende Abschreibung, und zwar in angemessenem Umfang zur Pflicht gemacht (§ 261 Nr. 4).

Eine Änderung hat auch die Vorschrift des Entwurfs über die Behandlung der Anleihen in der Bilanz erfahren. Es soll fortan — dies war schon in dem Entwurf vorgesehen — der Gesellschaft, wie es auch für Hypothekenbanken zugelassen ist, die Disagiorechnung bei Anleihen, die unter dem Parikurs ausgegeben werden, erlaubt sein. Anleihen sind mit ihrem Rückzahlungsbetrag unter die Passiven aufzunehmen. Dies entspricht, wie Schmid a. a. D. S. 209 mitteilt, der bisherigen Übung. Es ist nunmehr zugelassen, den Unterschied zwischen dem Ausgabepreis und dem höheren Rückzahlungsbetrag gesondert unter die Aktiven aufzunehmen. Der Unterschiedsbetrag ist durch jährliche Abschreibungen zu tilgen. Es wird also vermieden, daß bei einer Anleihe, deren Ausgabebetrag niedriger als der Rückzahlungsbetrag ist, das Jahr der Ausgabe den ganzen Unterschiedsbetrag als Verlust zu tragen hat. Ist eine Anleihe zu 90% ausgegeben und zu parirückzahlbar, so würde, wenn man auf der Passivseite den Rückzahlungsbetrag mit 100 und auf der Aktivseite den Erlös mit 90 ansetzt, das Jahr der Ausgabe den Unterschied von 10 als Verlust zu tragen haben. Da dieser Unterschied als verflehter Zins anzusprechen ist, so rechtfertigt es sich, ihn durch Abschreibungen auf die Gesamtdauer der Anleihe zu verteilen. In dieser grundsätzlichen Behandlung der Anleihen hat sich gegenüber dem Entwurf nichts geändert. Die Art der Abschreibung des Disagio hat jedoch eine Änderung erfahren. Nach dem Entwurf sollte das Disagio mit den Beträgen getilgt werden, die in dem Tilgungsjahr auf das Disagio entfallen. Demgegenüber ist es namentlich von Schmalen-

bach a. a. D. als unzulässig bezeichnet worden, eine Abschreibung des Disagio nur vorzuschreiben, wenn und insoweit eine Tilgung erfolge, und für geboten erachtet worden, mit der Abschreibung des Disagios sogleich zu beginnen und auch die Jahre mit Disagioabschreibungen zu belasten, die an der Rückzahlung der Anleihe nicht beteiligt sind. Diesen Bedenken ist Rechnung getragen und demgemäß bestimmt worden, daß der eingesezte Aktivposten durch jährliche Abschreibungen zu tilgen ist, die auf die gesamte Laufzeit der Anleihe verteilt werden müssen (§ 261 Nr. 5).

#### Gliederung des Jahresabschlusses.

In den neuen Gliederungsvorschriften kommt das Prinzip der Bilanzklarheit in besonderem Maße zur Geltung. Denn sie dienen dem Zweck, durch eine weitgehende Aufteilung der einzelnen Posten den Jahresabschluß möglichst klar und durchsichtig zu machen. Allerdings sind mit dieser Methode gewisse Gefahren verbunden. Die unvermeidliche Aufstellung eines Schemas führt dazu, Normen zu schaffen, die, wenn sie für Unternehmungen aller Art passen sollten, allzu behrbar und weit gefaßt sein müssen, umt damit an Wirksamkeit einbüßen, oder die, wenn eine zu große Weitschichtigkeit vermieden werden soll, eben nicht für Unternehmungen aller Art passen. Die Nov. hat in Übereinstimmung mit dem Entwurf darauf Bedacht genommen, eine sehr ins einzelne gehende Gliederung vorzuschreiben, um ihr erhöhte Wirksamkeit zu sichern. Der Gefahr, auf diese Weise eine nicht für alle Arten von Unternehmungen passende Norm zu schaffen, ist dadurch vorgebeugt, daß der Gesellschaft ausnahmsweise ein Abweichen von dieser Norm gestattet wird (§ 261a Abs. 1). Es wird also ein zwar ins einzelne gehende Schema für die Gliederung gegeben, aber nicht als starres Gesetz, sondern nur als Regel, von der abzuweichen nicht ausgeschlossen ist. Die Möglichkeit eines Abgehens von der Regel ist im übrigen eine beschränkte. Nicht schon die individuelle Eigenart des Unternehmens, nicht der besondere Aufbau der Gesellschaft, ihre Organisation u. dgl. rechtfertigen ein Abweichen von dem Schema; ein solches ist vielmehr nur dann gestattet, wenn es der Geschäftszweig, dem die Gesellschaft angehört, bedingt. Eine weitere mit dem Erlaß von Gliederungsvorschriften verbundene Gefahr könnte darin liegen, daß mit solchen Vorschriften neue Anfechtungsgründe geschaffen werden und damit die Rechtsicherheit beeinträchtigt wird. Dadurch würden die Vorteile, die sich für die Beteiligten an sich aus einer sorgfältigen Gliederung des Jahresabschlusses ergeben, in vielen Fällen leicht in das Gegenteil verkehrt werden. Um diese unerwünschte Folge zu vermeiden, wird die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Nichteinhaltung der Gliederungsvorschriften ausdrücklich ausgeschlossen (§ 261e). Eine Vorschrift, die auch die Geltendmachung der Nichtigkeit wegen Verletzung der Gliederungsvorschriften ausschließt, erübrigte sich. Die Nichtigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses kommt nur in Frage, soweit der Beschluß sich seinem Inhalt nach mit zwingenden Gesetzesbestimmungen oder mit im öffentlichen Interesse gegebenen Vorschriften in Widerspruch setzt (vgl. Staub-Pinner, Anm. 17 zu § 273). Um derartige Vorschriften handelt es sich bei den Gliederungsvorschriften aber nicht. Sie sind allein im Interesse der Beteiligten gegeben. Sie sollen, wie erwähnt, die Bilanzklarheit fördern, die wiederum dem Zweck dient, den Beteiligten einen möglichst sicheren Einblick in die Lage der Gesellschaft zu gewähren (vgl. § 260b Abs. 2). Die Gliederungsvorschriften enthalten aber bindende Anweisungen für die Verwaltungs- und Aufsichtsorgane. Sie sind von dem Vorstand bei der Aufstellung der Bilanz zu beachten, ferner vom Aufsichtsrat, wenn er die vom Vorstand aufgestellte Bilanz prüft, und vor allem von den Bilanzprüfern. Gerade im Zusammenhang mit der Einführung der Pflichtprüfung gewinnen die Gliederungsvorschriften Bedeutung, insofern sie einen wertvollen Anhalt und eine wichtige Grundlage für die von den Prüfern auszuübende Kontrolle bieten.

Die Ausgliederung der Bilanz in besonderen soll erkennen lassen, wie das Anlagevermögen sich zum Umlaufvermögen verhält, welche Vermögensbeziehungen sich aus der Verflechtung mit anderen Unternehmungen ergeben, und in welchem Maße die Gesellschaft flüssig ist. Die weitgehende Gliederung macht es unvermeidbar, daß Forderungen oder

Verbindlichkeiten unter mehrere Posten fallen. Der Entwurf sah für einen solchen Fall vor, daß bei dem Posten, unter dem die Forderung oder Verbindlichkeit ausgewiesen wird, die Mitzugehörigkeit zu den anderen Posten ersichtlich gemacht würde. Es ist berücksichtigt worden, daß mit zahlreichen doppelten und dreifachen Überschneidungen in der Praxis zu rechnen ist. Das Erfordernis, die Mitzugehörigkeit der betreffenden Forderung oder Verbindlichkeit zu den anderen Posten zu vermerken, erschien daher als zu weitgehend, aber auch als unzweckmäßig, da durch eine Häufung derartiger Vermerke die Übersichtlichkeit der Bilanz leiden kann. Es ist daher in Abschwächung der im Entwurf enthaltenen Bestimmung ein Vermerk über die Mitzugehörigkeit zu anderen Posten der Gesellschaft nur insoweit zur Pflicht gemacht, als dies zur klaren und übersichtlichen Bilanzierung erforderlich ist (§ 261a vorletzter Satz). Letzten Endes ist hiermit dem Ermessen der Gesellschaft ein weiterer Spielraum eingeräumt.

Bei den Gliederungsvorschriften im einzelnen ist namentlich auch auf eine Verbesserung der Publizität im Falle der Verschlebung von Gesellschaften Bedacht genommen. Forderungen an abhängige Gesellschaften und Konzerngesellschaften sowie Verbindlichkeiten gegenüber solchen Gesellschaften sind gesondert auszuweisen. Auch Beteiligungen einschließlich der zur Beteiligung bestimmten Wertpapiere müssen als besonderer Posten aufgeführt werden. Es ist also fortan unzulässig, den Effektenbesitz, der sich als konzernmäßige Beteiligung darstellt, mit dem Effektenbesitz zusammenzuziehen, der den Charakter der Kapitalanlage in Wertpapiere hat. Damit ist die Einblicksmöglichkeit in die Verhältnisse der Gesellschaft erheblich verbessert (vgl. hierzu Generalbericht S. 91).

Eine noch größere Bedeutung für die Offenlegung als die Gliederung der Bilanz dürfte die Gliederung der Gewinn- und Verlustrechnung haben. Auch sie ist in der Nov. vorgesehen. Allerdings wird nicht die Aufstellung einer Bruttorechnung verlangt. Eine solche würde die Bekanntgabe des Umsatzes bedeuten, die schon mit Rücksicht auf den ausländischen Wettbewerb der Gesellschaft nicht zugemutet werden kann und auch vom Standpunkt des Allgemeininteresses unerwünscht ist. Andererseits soll nicht die Aufstellung einer bloßen Nettorechnung genügen. Vielmehr geht die Nov. einen Mittelweg. Sie schreibt eine Gewinn- und Verlustrechnung vor, die gewissermaßen den Veredelungsprozess im Betrieb zur Darstellung bringen soll (so Schmalenbach a. a. D.). Es soll auf der rechten Seite der Bruttogewinn angegeben werden, bei dem vom Umsatz bereits die gekauften Materialien abgezogen sind, nicht aber Löhne, Gehälter, soziale Abgaben und dergleichen. Diese sollen vielmehr auf der Sollseite zur Darstellung kommen. Es ist gegen diese Regelung eingewendet worden, daß mit ihr etwas verlangt würde, was innerhalb einer ordnungsmäßigen Buchführung gar nicht durchgeführt werden könnte; es könne nicht verlangt werden, daß die Löhne, Gehälter und sozialen Abgaben auf der Sollseite der Gewinn- und Verlustrechnung zu erscheinen haben, weil dieser Aufwand zum Teil in den Vorräten an Fertig- und Halbfabrikaten in der Bilanz zu aktivieren sei (Köln. Volksztg. Nr. 617 vom 4. Dez. 1930). Dieser Kritik scheint eine mißverständliche Auffassung zugrunde zu liegen. Verlangt wird nicht die Angabe des im Selbstkostenwert des Umsatzes stehenden Aufwandes an Löhnen, Gehältern und sozialen Abgaben, sondern es soll der betr. Aufwand des Geschäftsjahres, also die im Geschäftsjahr angefallenen Gehälter, Löhne und sozialen Abgaben und dergleichen angegeben werden. Derartige Aufwendungen müssen aber in jeder bilanzmäßigen Buchhaltung in ihrem Jahresumfang erfasst werden, ganz ohne Rücksicht auf ihre Verrechnung und Verteilung auf Fabrikatgruppen (Geldmacher: Köln. Volksztg. Nr. 624 v. 8. Dez. 1930). Im übrigen ist in Ergänzung der Vorschriften des Entwurfs ausdrücklich bestimmt, daß auf der Seite der Erträge auch der Rohgewinn aufzuführen ist; denn selbstverständlich muß der Rohgewinn auf der Ertragsseite hinzukommen, damit das Gewinn- und Verlustkonto ordnungsmäßig saldiert werden kann (Geldmacher a. a. D.).

Ergänzung und Änderung der Vorschriften über den Jahresabschluss.

Die Vorschriften über den Jahresabschluss sind durch verschiedene Ermächtigungen einer Ergänzung und Ausdehnung,

aber auch einer Abänderung zugänglich gemacht. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß und warum den Gesellschaften ausnahmsweise ein Abweichen von den Gliederungsvorschriften gestattet worden ist. Darüber hinaus war zu berücksichtigen, daß für eine Reihe von Gesellschaften die Gliederungsvorschriften der Nov. überhaupt wenig geeignet sind. Um auch bei solchen Gesellschaften eine zweckentsprechende Gliederung des Jahresabschlusses sicherzustellen, ist, wie es schon nach dem Entwurf vorgesehen war, der Reichsregierung die Ermächtigung erteilt worden, Formblätter vorzuschreiben, die statt der Gliederungsvorschriften der Nov. für die Aufstellung des Jahresabschlusses maßgebend sein sollen (§ 261 d Nr. 1). Auch im Wege der Zulassung von Ausnahmen von den Vorschriften über die Gliederung des Jahresabschlusses zugunsten von Gesellschaften geringeren Umfangs oder von besonderer Art (Art. XIV Abs. 2 Nr. 2) kann dem Bedürfnis nach einer Anpassung der Gliederungsvorschriften an die Eigenart der Gesellschaften entsprochen werden. Als Gesellschaften besonderer Art kommen u. a. Familiengesellschaften, gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, aber auch Banken, Hypothekenbanken und Versicherungsellschaften in Betracht.

Eine weitere Ermächtigung soll den Erlaß von Vorschriften über den Jahresabschluss für Konzerngesellschaften ermöglichen. Sie dient dem Zweck, für den Fall einer konzernmäßigen Bindung mehrerer Unternehmungen den Beteiligten einen besseren Einblick in die Verhältnisse des Konzerns selbst und der einzelnen Konzerngesellschaften zu verschaffen. Dabei steht im Vordergrund die Aufstellung von Konzernbilanzen. Eine solche Konzernbilanz wäre in der Weise denkbar, daß sie unter Aufrechnung aller gegenseitigen Forderungen und Verpflichtungen der einzelnen Gesellschaften die Forderungen und Verpflichtungen der einzelnen Konzernmitglieder nach außen zusammengezählt aufweist (Coper: Berliner Tagebl. Nr. 426 v. 10. Sept. 1931). Bekanntlich hat der Linoleumkonzern eine solche konsolidierte Konzernbilanz aufgestellt. Jedoch sind die Buchungs- und Bilanzierungsmethoden von Konzernen wenig gefestigt. Bestimmte Grundsätze für die Aufstellung von Konzernbilanzen haben sich noch nicht herausgebildet. So erklärt es sich, daß man sich zunächst auf den Erlaß einer Ermächtigung beschränkt hat, die der Reichsregierung die Möglichkeit gibt, bei fortschreitender Entwicklung richtunggebend einzugreifen.

#### Die wirtschaftliche Verschlebung von Gesellschaften.

Auch an den durch die wirtschaftliche Verschlebung verursachten Problemen, also an den Fragen, die sich aus dem Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft und zwischen Konzerngesellschaften ergeben, geht die Nov. nicht vorüber. Allerdings wird in der Nov. nicht anders wie in dem Entwurf davon abgesehen, das Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft von Grund aus zu klären und gesetzlich zu regeln. Die Entwicklung ist hier noch nicht abgeschlossen. Die Nov. beschränkt sich vielmehr darauf, das Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft und zwischen Konzerngesellschaften in einzelnen Ausprägungen zu erfassen.

Demgemäß ist eine Regelung der Frage unterblieben, ob und inwieweit Mutter- und Tochtergesellschaft als ein einheitliches Gebilde anzusehen sind. Vereinzelt ist sowohl in der Rechtsprechung als im Schrifttum bekanntlich die Einheits-theorie vertreten worden, wenigstens unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Identität zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft, und namentlich für den Fall der Einmangungsgesellschaft, also der 100%igen Beteiligung (vgl. RG. 108, 41 = JW. 1924, 679; Fay, KartRdsch. 1922, 22; Friedländer, ZStR. 1926, 13 ff.). Gegen die Einheits-theorie wendet sich Flechtheim, der darauf hinweist, daß die Muttergesellschaft durch ihren Aktienbesitz gewissermaßen das Reinvermögen der Tochtergesellschaft besitzt, nicht aber die einzelnen Aktiven, daß vor allem jede Gesellschaft ihre eigenen Gläubiger hat, denen nur der Zugriff auf die Aktiven ihres Schuldners offensteht; zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft bestehen Schuldverhältnisse und finden Vermögensübergänge statt, und zwar auch bei 100%iger Beteiligung (Flechtheim, Recht und Wirtschaft 1922 S. 381 ff.; JW. 1924, 679; Wbldg. u. Ver. d. Unteraussch. f. allg. Wirtschaftstr. S. 22 ff.; ZStR. 1928, 388). Von dieser Auffassung aus wird

man auch an die Auslegung und Anwendung derjenigen Vorschriften der Nov. heranzugehen haben, die das Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft und zwischen Konzerngesellschaften betreffen.

Bei der Begriffsbestimmung der Tochtergesellschaft oder wie es in der Nov. heißt, der abhängigen Gesellschaft, wird darauf abgestellt, daß das Unternehmen — Handelsgesellschaft oder bergrechtliche Gewerkschaft — unter dem beherrschenden Einfluß einer AktG. oder KommGes. a. N. steht (§ 226 Abs. 4). Dagegen ist nicht entscheidend, worauf diese Einflußnahme beruht. Neben Kapitalbeteiligungen kommen die Verträge und die Verschuldungen zwischen den Gesellschaften, ferner der Einfluß der Muttergesellschaft auf die Wahl der Verwaltung der Tochtergesellschaft in Betracht. Auch auf den Grad der Abhängigkeit der einzelnen Gesellschaften kommt es nicht an. Auch eine mittelbare Abhängigkeit genügt. Zu den von der Muttergesellschaft — mittelbar — abhängigen Gesellschaften gehören also auch die Gesellschaften, die von der Tochtergesellschaft unmittelbar abhängig sind, sogenannte Enkelgesellschaften (vgl. Generalbericht S. 66). Von der Bestimmung des Begriffs der Konzerngesellschaft wird abgesehen. Der Ausdruck zielt auf die Koordination hin im Gegensatz zu der Subordination, auf die mit dem Ausdruck „abhängige Gesellschaft“ getroffen wird.

Durch die Vorschriften über das Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft und zwischen Konzerngesellschaften soll den Gefahren entgegengewirkt werden, die sich aus der Verschachtelung von Gesellschaften, insbesondere der Einschaltung von Tochtergesellschaften für das Aktienrecht ergeben. Es ist eine bekannte Tatsache, daß die Verwendung der Tochtergesellschaft zahlreichen Vorschriften des Aktienrechts ihren Wirklichkeitswert genommen hat, z. B. den Vorschriften über die Gründung und Einzahlung des Grundkapitals, über das Stimmrecht, über den Erwerb eigener Aktien. Vor allem haben die Beziehungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft in erheblichem Maße auf das Bilanzrecht eingewirkt und den Wert der Bilanzen als Auskunftsmittel stark beeinträchtigt.

Hier setzt die neue Regelung ein, allerdings wie erwähnt, nicht mit umfassenden grundlegenden Reformen, sondern mit Vorschriften, die auf den einzelnen Gebieten Umgehungen möglichst vorbeugen und bestehende Mißbräuche beseitigen sollen. Auch sind, da die Nov. nur eine Teilregelung bringt, nicht alle Einzelgebiete, auf denen sich Mißstände gezeigt haben, erfaßt worden. Vor allem sind hier die schon erwähnten Vorschriften zu erwähnen, die auf eine Verbesserung der Publizität in dem Geschäftsbericht und in der Bilanz hinführen. In der gleichen Richtung einer Verhinderung von Umgehungen aktienrechtlicher Verbotsnormen liegt die Ausdehnung des Verbots des Erwerbs eigener Aktien auf die Tochtergesellschaft (§ 226 Abs. 4) und der Einschränkung von Kreditgewährungen an Vorstandsmitglieder auf die Tochtergesellschaft und die Muttergesellschaft (§ 240a Abs. 1).

## II. Erwerb eigener Aktien.

### Grundsätzliches Verbot des Erwerbs eigener Aktien.

Die Frage des Erwerbs eigener Aktien hat eine durchgreifende Neuregelung erfahren. Der Entwurf hatte hier das bisherige Recht übernommen, wonach die Gesellschaft, wenn nicht eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird, eigene Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetrieb weder erwerben noch als Pfand nehmen soll. Der Gedanke, von dem Verbot des Erwerbs eigener Aktien überhaupt abzusehen und nur das Stimmrecht aus eigenen Aktien ruhen zu lassen, war, wie schon vor der Aufstellung des Entwurfs (vgl. Schmöldecker: JW. 1930, 2625), so auch während der Erörterungen über den Entwurf zum Teil mit großer Entschiedenheit vertreten worden. Es war geltend gemacht worden, daß der volkswirtschaftlich nützliche Erwerb eigener Aktien zum Zweck des Kursausgleichs oder der Kapitalzusammenziehung durch das Verbot des Erwerbs eigener Aktien unterbunden würde; dieses Verbot lasse sich andererseits praktisch gar nicht durchsetzen, und zwar nicht einmal gegenüber unerwünschten Aktienkäufen, da es durch Einschaltung eines Dritten stets umgangen werden könne; der gefährliche Austausch von großen Aktienpaketen werde regelmäßig als eine Tätigkeit, die außer-

halb des „regelmäßigen Geschäftsbetriebs“ liege, von dem Verbot nicht betroffen. Demgegenüber hält die Nov. an dem Verbot des Erwerbs eigener Aktien fest. Wie die Entstehungsgeschichte des HGB. ergibt, bestand ursprünglich ein absolutes Verbot des Erwerbs eigener Aktien. Erst in der Folgezeit sind gewisse Abmilderungen erfolgt, namentlich um den Erwerb eigener Aktien in außergewöhnlichen Fällen, etwa auf Grund Erbfolge und Schenkung oder im Wege der Zwangsvollstreckung zuzulassen. In der Tat widerspricht der Erwerb eigener Aktien den Grundsätzen des Aktienrechts. Die AktG. erwirbt mit einer Aktie nur eine Beteiligung an einem Vermögen, das ihr bereits selbst gehört, also im Grunde gar keinen neuen Vermögenswert (Brodmann Anm. 1 zu § 226). Nimmt man den Fall an, daß die AktG. ihr ganzes Aktienkapital erwirbt, so gibt sie ihr Vermögen hin, um nichts dafür zu erhalten. Weiterungen können sich namentlich im Falle des Erwerbs nicht volleingezahlter Aktien ergeben, da in einem solchen Falle die Forderung auf die ausstehende Einzahlung und die Einzahlungspflicht sich in einer Person vereinigen. Der Erwerb von Aktien birgt im übrigen Gefahren für Gläubiger wie für Aktionäre in sich. Eine Gefährdung der Gläubiger ist insofern gegeben, als der Erwerb von Aktien, wenn er entgeltlich erfolgt, eine Rückzahlung von Grundkapital bedeuten kann. Der Gegenwert, den der Aktionär für die Aktie erhält, geht, wenn er nicht aus dem Reingewinn oder aus Reserven gedeckt wird, zu Lasten des Grundkapitals. Auch wenn der Erwerb selbst noch keine Rückzahlung von Grundkapital bedeutet, insofern er unentgeltlich erfolgt oder die dafür aufgewendeten Beträge dem Jahresreingewinn oder einer Reserve entnommen sind, würde eine im Verfolg des Erwerbs liegende Einziehung der Aktien und entsprechende Ermäßigung des Grundkapitals die Interessen der Gläubiger berühren, indem nunmehr die Kapitalbindung wegfällt. Die Gefahr für die Aktionäre liegt einmal darin, daß die Aktionäre, deren Stücke zurückgekauft werden, eine Bevorzugung erfahren können. Die gewöhnliche Herabsetzung des Grundkapitals trifft gleichmäßig alle Aktionäre. Beim Aktienrückkauf dagegen erhält den bezahlten Preis nur der Aktionär, dem das Stück abgenommen wird. Dieser Aktionär wird aus dem gemeinsamen Risiko entlassen und hat vielleicht noch sein Kapital retten können, während die verbleibenden Aktionäre ihr Kapital einbüßen. Diese Gefahr besteht auch dann, wenn die Verwaltung gar nicht die Absicht hatte, einzelne Aktionäre zu bevorzugen. Es ist aber auch nicht ausgeschlossen, daß die Aktien gerade der Verwaltung nahe stehenden Aktionären, namentlich Großaktionären, abgenommen werden, und zwar zu Kursen, die über den an der Börse oder im freien Verkehr zu erzielenden Preisen liegen. Darin liegt ein unstatthafes Entgegenkommen an einzelne Aktionäre und eine bewußte Schädigung der übrigen Aktionäre (vgl. Mellinger, Die Bank 1931 S. 359). Auch die Ausschaltung von Minderheiten kann durch den Ankauf eigener Aktien erreicht werden. Ebenso wie der Erwerb eigener Aktien selbst, so kann auch der Besitz eigener Aktien eine Gefährdung der Beteiligten bedeuten. Es entsteht die Frage des Stimmrechts, des Dividendenrechts und des Bezugsrechts. Es entsteht vor allem die Frage der Bilanzierung. Durch die Art der Verbuchung der eigenen Aktien können Buchgewinne entstehen, deren Heranziehung zu späteren Gewinnausschüttungen eine Verteilung von Gewinnen aus der Substanz zum Nachteil der Gläubiger bedeuten würde.

Aus allen diesen Gründen ist es bei dem Verbot des Erwerbs eigener Aktien verblieben. Andererseits ist nicht verkannt worden, daß, wie die zahlreichen Aktienrückkäufe dieses Jahres ergeben haben, ein wirtschaftliches Bedürfnis für den Erwerb eigener Aktien vorliegen kann, namentlich insoweit, als dieser zur Kursstützung oder zur Verringerung des Kapitals und damit zur Hebung des Dividendenniveaus dient. Es sind daher, wie schon nach geltendem Recht, Ausnahmen von dem Verbot des Erwerbs eigener Aktien zugelassen, diese Ausnahmen aber neuartig bestimmt worden.

Daraus, daß nach wie vor der Erwerb eigener Aktien grundsätzlich verboten und nur ausnahmsweise erlaubt ist, ist zu folgern, daß, wer sich auf die Zulässigkeit des Erwerbs eigener Aktien beruft, beweisen muß, daß einer derartigen Fälle vorliegt, in denen der Erwerb gestattet ist.

### Ausnahmen von dem Verbot des Erwerbs eigener Aktien.

Als nicht von dem Verbot betroffen werden von vornherein alle diejenigen Fälle anzusehen sein, in denen der Erwerb nicht sowohl auf einer auf Erwerb der Aktien gerichteten Handlung der AktG. als vielmehr auf dem Anfall der Aktie durch Verfügung eines Dritten beruht. Erbfolge, Vermächtnis und Schenkung müssen ohne weiteres als Fälle zulässigen Erwerbes angesehen werden. Ein Erwerb dieser Art unterliegt keinerlei Beschränkungen. Er kann über den im § 226 festgesetzten Hundertsatz hinaus stattfinden. Soweit wie im Falle des § 226 Abs. 1 Nr. 2 der schon vorhandene Besitz an eigenen Aktien in den Hundertsatz einzurechnen ist, ist allerdings auch der schon vorhandene Besitz an eigenen unentgeltlich erworbenen Aktien in den Hundertsatz einzubeziehen.

Im übrigen sind Ausnahmen von dem Verbot in folgenden Fällen zugelassen.

1. Die AktG. darf eigene Aktien erwerben, wenn es zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft notwendig ist (§ 226 Abs. 1 Satz 1). Damit ist der Begriff des regelmäßigen Geschäftsbetriebs beseitigt. Fortan ist die Zulässigkeit des Erwerbs eigener Aktien nicht mehr davon abhängig, daß er außerhalb des regelmäßigen Geschäftsbetriebs erfolgt. Bekanntlich hatte der Begriff des regelmäßigen Geschäftsbetriebs zu erheblichen Unklarheiten und Zweifeln Anlaß gegeben. Am meisten hatte wohl noch die Ansicht für sich, daß zwar eine außergewöhnliche Maßnahme den Erwerb rechtfertige, daß aber diese Maßnahme auf äußeren Umständen, nicht auf den eigenen Entschlüssen der Gesellschaft beruhen müsse (Weißbart bei Ring-Schachian, Praxis der Aktiengesellschaften S. 450). Immerhin ergaben sich auch bei dieser Begriffsauslegung Zweifel, ob die praktisch wichtigsten Fälle, nämlich des Erwerbes zur Kursstützung und zum Zweck der Kapitaleinziehung, zu dem regelmäßigen oder zu dem nichtregelmäßigen Geschäftsbetrieb gehörten. Vor allem erschien es geboten, die Zulassung des Erwerbes nicht darauf abzustellen, unter welchen Umständen und in welchem Rahmen er sich vollzieht, ob er von regelmäßiger oder von außergewöhnlicher Art ist, sondern davon abhängig zu machen, ob er seinem Zweck nach geeignet ist, der AktG. zu nützen, wobei nicht jeder nützliche Zweck den Erwerb rechtfertigen kann, sondern nur die Notwendigkeit, einen schweren Schaden von der AktG. abzuwenden. Wann diese Voraussetzung vorliegt, wird von den im einzelnen Fall gegebenen Umständen abhängen. Im allgemeinen wird die gewöhnliche Kurspflege nicht darunter zu rechnen haben, wenn ohne sie der Gesellschaft schwerer Schaden drohen, etwa der Kredit des Unternehmens der Gefahr einer Erschütterung ausgesetzt sein würde. Namentlich auch im Abwehrkampf, etwa gegenüber Baissé-Angriffen oder der Gefahr einer Überfremdung werden die Voraussetzungen für den Erwerb eigener Aktien zur Abwendung eines schweren Schadens als vorliegend anzuerkennen sein.

Die Zulässigkeit des Erwerbs eigener Aktien zwecks Abwendung eines schweren Schadens ist an die weitere Voraussetzung geknüpft, daß der Gesamtnennbetrag der zu erwerbenden Aktien 10% oder einen von der Reichsregierung festgesetzten niedrigeren Hundertsatz des Grundkapitals nicht übersteigt. Die mit dem Erwerb eigener Aktien verbundenen Gefahren sind für so erheblich erachtet worden, daß selbst der zur Abwendung eines schweren Schadens notwendige Erwerb durch die Festsetzung einer Höchstgrenze beschränkt ist. In den Hundertsatz werden Aktien, die der Gesellschaft schon gehören — im Gegensatz zu Satz 2 Nr. 2 — nicht eingerechnet. Die Gesellschaft kann also zur notwendigen Abwendung eines schweren Schadens eigene Aktien bis zu jenem Hundertsatz ohne Rücksicht auf ihren schon vorhandenen Besitz an eigenen Aktien erwerben. Selbstverständlich werden in diesem Hundertsatz die Aktien einbezogen, die die Gesellschaft schon zur Abwendung eines schweren Schadens erworben hat. Werden andererseits zur Abwendung eines schweren Schadens erworbene Aktien später eingezogen, so berechnet sich der Hundertsatz von 10 oder der von der Reichsregierung festgesetzte niedrigere Hundertsatz neu nach der die

Einziehung verringerten Grundkapital ohne Einbeziehung der eingezogenen Aktien.

Ein Erwerb, der zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft notwendig ist, ist auch dann zulässig, wenn die Aktien nicht voll eingezahlt sind. Hierin liegt ein Unterschied gegenüber den beiden anderen Ausnahmefällen (Satz 2 Nr. 1 und 2), der sich aus der Erwägung rechtfertigt, daß die Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft nicht an der Tatsache scheitern soll, daß Einzahlungen auf die Aktien noch ausstehen.

2. Die zweite mit dem bisherigen Recht übereinstimmende Ausnahme ist der Fall der Einkaufskommission. Diese Ausnahme rechtfertigt sich aus der Erwägung, daß die zur Ausführung einer Einkaufskommission aufgekauften Aktien wirtschaftlich nicht zum Vermögen der Gesellschaft, sondern zum Vermögen des Kommittenten gehören, für dessen Rechnung sie erworben sind. Diese Ausnahme gilt nicht für nicht voll eingezahlte Aktien.

3. Neuartig wiederum ist der dritte Ausnahmefall. Die AktG. kann eigene voll eingezahlte Aktien zur Einziehung erwerben, wenn der Gesamtnennbetrag der zu diesem Zweck erworbenen Aktien zusammen mit anderen eigenen Aktien, die der Gesellschaft bereits gehören, den zehnten Teil oder einen von der Reichsregierung festgesetzten niedrigeren Hundertsatz des Grundkapitals nicht übersteigt. Mit dieser Vorschrift ist ein wiederholt erörterter Vorschlag (vgl. u. a. Frankf. Jtz. Nr. 361/63 v. 17. Mai 1931; Nußbaum: Magazin d. Wirtschaft 1931, 937) Gesetz geworden. Die Vorschrift zielt darauf ab, die Voraussetzungen der Zulässigkeit von Aktienrückkäufen zum Zweck der Einziehung zu normalisieren, und damit diese Einziehung selbst, zu der angesichts der heutigen Wirtschaftslage viele Gesellschaften gezwungen sind, zuzulassen und zu erleichtern. Wenn man es für unbedenklich erachtet hat, die Zulässigkeit des Erwerbes von Aktien zur Einziehung von keiner weiteren Voraussetzung abhängig zu machen, als daß sich der Nennbetrag der zu erwerbenden Aktien zusammen mit anderen eigenen Aktien der Gesellschaft auf höchstens 10% beschränkt, so ist man davon ausgegangen, daß dieser Hundertsatz zu gering ist, als daß nicht insoweit ohne Schädigung der Beteiligten das Verbot des Erwerbs eigener Aktien durchbrochen werden könnte. In diesen Hundertsatz ist der gesamte schon vorhandene Besitz an eigenen Aktien einzurechnen, gleichviel, worauf der Erwerb beruht.

Auch diese Ausnahme gilt nur für voll eingezahlte Aktien. Sie gilt ferner nur dann, wenn die Aktien zur Einziehung erworben werden. Da die Aktien als zur Einziehung erworben nur dann gelten, wenn sie binnen sechs Monaten nach Erwerb eingezogen werden, so entfällt eine wesentliche Voraussetzung für die Zulässigkeit des Erwerbes, wenn die rechtzeitige Einziehung unterbleibt. Dieses Unterlassen rechtzeitig Einziehung hat, da die Wirksamkeit des Erwerbes durch einen Verstoß gegen das Gesetz nicht berührt wird (§ 226 Abs. 2), praktische Bedeutung im wesentlichen für die Schadensersatzpflicht der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats (§ 227 a) und für die Durchführung der Einziehung, nämlich für die Frage, ob die Einziehung auf vereinfachtem Wege erfolgen kann (§ 227 Abs. 2 Nr. 3). Die Frist von sechs Monaten beginnt für Aktien, die die Gesellschaft schon am 1. Okt. 1931 besaß, erst mit diesem Tage (Art. XI Abs. 1).

Die Aktien, die gem. § 226 Abs. 1 Nr. 2 zur Einziehung erworben sind, unterliegen einer vereinfachten Einziehung (§ 227 Abs. 2 Nr. 3). Dadurch, daß die Einziehung, die mit dem Erwerb bezweckt wird, nicht in der vereinfachten Form des § 227, sondern nach den Vorschriften der gewöhnlichen Kapitalherabsetzung erfolgen soll oder erfolgt, wird aber nicht der Erwerb eigener Aktien in größerem Umfang ermöglicht, als es nach § 226 zugelassen ist. Es ist also der Erwerb eigener Aktien über den Hundertsatz von 10% hinaus auch dann nicht gestattet, wenn der Erwerb der Einziehung im Wege der gewöhnlichen Kapitalherabsetzung dient. Zwar werden die Gefahren, die mit dem Erwerb eigener Aktien für die Kapitalsicherung verbunden sind, vermieden, wenn die Vorschriften über die gewöhnliche Kapitalherabsetzung eingehalten werden, da dem Aktionär der Erwerbspreis für seine Aktie erst nach Ablauf des Sperrjahres gezahlt werden kann (Staub-Pinner, Anm. 10 zu § 289). Jene für die

Kapitalsicherung bestehenden Gefahren sind aber nicht die einzigen, die für die Beteiligten mit dem Erwerb eigener Aktien verbunden sind. Es sei insbes. an die Gefahr der Bevorzugung der Aktionäre, deren Aktien aufgekauft werden, sowie an die Weiterungen erinnert, die sich aus der Bilanzierung ergeben können. Eine andere Frage ist die, ob nicht eine gewöhnliche Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Aktien ohne — vorgängigen oder gleichzeitigen — Erwerb der Aktien vor sich gehen kann, also in der Weise, daß der Aktionär in die Einziehung der Aktie einwilligt, ohne sie an die Gesellschaft zu veräußern. Ein solches Verfahren, bei dem ein Erwerb der Aktie durch die Gesellschaft gar nicht stattfindet, ist durch die Nov. jedenfalls nicht ausdrücklich verboten. Allerdings könnte es je nach den tatsächlichen Umständen unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung zu Bedenken Anlaß geben.

#### Verbotswidriger Erwerb eigener Aktien.

Der verbotswidrige Erwerb eigener Aktien ist nur dann nichtig, wenn nicht volleingezahlte eigene Aktien verbotswidrig erworben werden. Da der Erwerb nicht volleingezahlter eigener Aktien mit der einzigen Ausnahme, daß der Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft notwendig ist, verboten ist, ist der Erwerb nicht volleingezahlter eigener Aktien, abgesehen von dieser Ausnahme, stets nichtig. Umgekehrt ist der verbotswidrige Erwerb volleingezahlter eigener Aktien stets wirksam, eine Regelung, die sich im Interesse der Verkehrssicherheit rechtfertigt.

In allen Fällen, mag der Erwerb der eigenen Aktien unwirksam sein oder nicht, trifft die Mitglieder des Vorstandes, der unter Außerachtlassung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns die Aktien verbotswidrig erwirbt, und die Mitglieder des Aufsichtsrats, wenn der Erwerb mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten erfolgt, eine Schadenersatzpflicht. Die Schadenersatzpflicht besteht sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft, soweit diese von der Gesellschaft Befriedigung nicht erlangen können (§§ 227a, 241 Abs. 4 Satz 1). Der Schadenersatzanspruch der Gläubiger ist einer Verfügung der Gesellschaft entzogen: er wird weder durch einen Verzicht der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschluß der Gen. Vers. beruht (§ 241 Abs. 4 Satz 2). Besonders gestaltet sich die Schadenersatzpflicht der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats im Falle des Erwerbes eigener Aktien zur Einziehung. Hält sich der Gesamtnennbetrag der zur Einziehung erworbenen eigenen Aktien in den vorgeschriebenen Grenzen, so ist an sich der Erwerb, vorausgesetzt, daß die Aktien voll eingezahlt sind, zulässig und eine Schadenersatzpflicht nicht begründet. Werden aber die Aktien nicht binnen sechs Monaten nach dem Erwerb eingezogen, so gelten sie nicht als zur Einziehung erworben. Damit entfällt eine wesentliche Voraussetzung für die Zulässigkeit des Erwerbes der Aktien und tritt die Schadenersatzpflicht der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats ein. Die Schadenersatzpflicht ist in einem solchen Falle rückwirkend als im Zeitpunkt des Erwerbes der Aktien, nicht erst als mit Ablauf der sechsmonatlichen Frist begründet anzusehen. Naturgemäß können gewisse Rechtsstatsachen wie der Beginn der Verjährung erst in diesem späteren Zeitpunkt des Ablaufs der sechsmonatlichen Frist eintreten. Sind umgekehrt die eigenen Aktien von vornherein unzulässigerweise zur Einziehung erworben, so tritt die Ersatzpflicht ohne Rücksicht darauf ein, ob und wann sie eingezogen werden.

Daß die bisherige Sollvorschrift des § 226 durch eine Darfvorschrift ersetzt und zugleich ausdrücklich die Wirksamkeit eines verbotswidrigen Erwerbes und die Schadenersatzpflicht der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat vorgesehen ist, soll der Klarstellung gegenüber Zweifeln dienen, die mit bezug auf die Wirkung der früheren Sollvorschrift bestanden. Zugleich soll jeder Zweifel darüber beseitigt werden, daß es sich hier um ein gesetzliches Verbot i. S. des § 134 BGB. handelt. Hieran ändert nichts, daß ein entgegen diesem Verbot vorgenommenes Rechtsgeschäft wirksam ist. Es liegt eine Ausnahme von dem Grundsatz vor, daß ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot ver-

stößt, nichtig ist. Das Verbot hat nur den dinglichen Erwerbssatz zum Gegenstand, nicht dagegen das obligatorische Rechtsgeschäft. Ob und welche Rückwirkungen das Verbot auf das dem Erwerb zugrunde liegende Rechtsgeschäft ausübt, richtet sich nach bürgerlichem Recht. In keinem Fall werden von seiten staatlicher Organe Maßnahmen, wie der Erlass eines Urteils oder ein Vollstreckungsakt erfolgen können, die auf den verbotswidrigen Erwerb eigener Aktien hinczielen. Die Wirkung des Verbotsgesetzes erschöpft sich also, wenn auch der verbotswidrige Erwerb nicht unwirksam ist, keineswegs in der Schadenersatzpflicht der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats.

#### Dem Erwerb eigener Aktien gleichstehende Fälle.

Dem Erwerb eigener Aktien steht es gleich, wenn eigene Aktien zum Pfand genommen werden, oder wenn Aktien der Gesellschaft von einem anderen für Rechnung der Gesellschaft oder unter Übernahme einer Kursgarantie durch die Gesellschaft erworben werden (§ 226 Abs. 3). Diese Gleichstellung bedeutet einmal, daß es der Gesellschaft grundsätzlich verboten ist, eigene Aktien zum Pfand zu nehmen oder für eigene Rechnung oder unter Übernahme der Kursgarantie durch einen Dritten erwerben zu lassen. Das Verbot der Übernahme einer Kursgarantie liegt in derselben Richtung wie die Unzulässigkeit einer Garantie der Gesellschaft gegenüber Aktionären, die Aktien zeichnen (vgl. Fürst: LZ. 1914, 270; Staub-Pinner, Ann. 2 zu § 213). Soweit die Übernahme der Kursgarantie ohnehin nach dem der Vorschrift des § 213 zu entnehmenden Grundsatz nichtig sein sollte, hat es naturgemäß hierbei sein Bewenden.

Jene Gleichstellung bedeutet ferner, daß die Ausnahmen von dem grundsätzlichen Verbot des Erwerbes auch für diese Fälle gelten. Es können also z. B. zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft bis zu einem Gesamtnennbetrag von 10% oder einem von der Reichsregierung festgesetzten niedrigeren Hundertsatz des Grundkapitals Aktien der Gesellschaft von einem anderen für Rechnung der Gesellschaft oder unter Übernahme einer Kursgarantie durch die Gesellschaft zur Einziehung erworben werden. Es können ferner Aktien der Gesellschaft von einem anderen für Rechnung der Gesellschaft oder unter Übernahme einer Kursgarantie durch die Gesellschaft zur Einziehung erworben werden, wenn der Gesamtnennbetrag der zu erwerbenden Aktien mit anderen eigenen Aktien der Gesellschaft 10% oder einen etwa von der Reichsregierung festgesetzten niedrigeren Hundertsatz des Grundkapitals nicht übersteigt.

Die Gleichstellung bedeutet schließlich, daß in den schon vorhandenen Aktienbesitz, der in den Satz von 10% nach § 226 Abs. 1 Satz 2 einzubeziehen ist, auch die Aktien einzurechnen sind, die die Gesellschaft zum Pfande genommen hat oder die von einem anderen für Rechnung der Gesellschaft oder unter Übernahme einer Kursgarantie durch die Gesellschaft erworben sind.

Das Verbot des Erwerbes eigener Aktien seitens der AktG. wird erweitert durch das Verbot des Erwerbes eigener Aktien seitens der abhängigen Gesellschaft (§ 226 Abs. 4). Es handelt sich dabei, wie oben erwähnt, um eine jener Vorschriften, die den aktienrechtlichen Normen den Wirklichkeitswert, den sie durch die Verwendung von Tochtergesellschaften eingebüßt haben, wieder verschaffen sollen. Das Verbot des Erwerbes von Aktien der Muttergesellschaft richtet sich gegen die abhängige Gesellschaft. Daher trifft die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft, falls diese eine AktG. ist, ihrer Gesellschaft gegenüber für einen von ihr erlittenen Schaden die Ersatzpflicht nach § 227a. Soweit die beherrschende Gesellschaft geschädigt ist, kann sie sich an die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft nach §§ 227a, 241 Abs. 4 halten, nämlich wenn sie Gläubigerin der abhängigen Gesellschaft ist und ihre Befriedigung von dieser nicht erlangen kann. Richtet sich hiernach zwar das Verbot gegen die abhängige Gesellschaft, so sind doch die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Erwerbes nach den Verhältnissen der Gesellschaft, deren Aktien erworben werden sollen, also der beherrschenden Gesellschaft zu beurteilen: der Erwerb muß im Falle des § 226 Abs. 1 Satz 1 zur Abwendung eines schweren Schadens von der beherrschenden Gesellschaft notwendig sein; die einzuhaltenden Hundert-

fäße sind auf das Grundkapital der beherrschenden Gesellschaft zu beziehen; in den Hundertsatz ist der eigene Aktienbesitz der beherrschenden Gesellschaft einzurechnen.

### Behandlung eigener im Besitz der AktG. befindlicher Aktien.

Aus ähnlichen Gründen wie der Erwerb eigener Aktien beschränkt ist, nämlich zum Schutze der Beteiligten, sind die im Besitz der AktG. befindlichen eigenen Aktien, mögen sie gesetzmäßig erworben sein oder nicht, einer besonderen Behandlung unterworfen.

An erster Stelle steht der Stimmrechtsausschluß: das Stimmrecht aus eigenen Aktien, die der Gesellschaft oder einem anderen für ihre Rechnung gehören, ruht (§ 226 Abs. 5).

Weiter ruht der Anspruch aus dem Reingewinn (§ 226 Abs. 5). Der Ausschluß des Bezugsrechts ist nicht besonders vorgesehen, ergibt sich aber aus der Sache selbst. Die AktG. kann ihre eigenen Aktien nicht zeichnen. Es erübrigte sich also ein ausdrücklicher Ausschluß des Bezugsrechts. Denn da die AktG. eigene Aktien nicht zeichnen kann, ist auch der Bezug neuer Aktien für sie unmöglich. Aber auch die mittelbare Zuteilung eigener, neu ausgegebener Aktien an die AktG. etwa über ein Bankkonfessionarium ist ausgeschlossen. Denn auf diesem Wege kann, da er nur eine Abweichung in der Form gegenüber der Zeichnung durch die AktG. bedeutet, für diese nicht erreicht werden, was ihr unmittelbar, nämlich durch Zeichnung, verweigert ist.

Besonders ausgestaltet ist die Offenlegungspflicht bezüglich der eigenen Aktien, die im wesentlichen bereits oben im anderen Zusammenhang behandelt worden ist. Der Bestand an eigenen Aktien der Gesellschaft, die ihr oder einem anderen für ihre Rechnung gehören, bildet den Gegenstand der Berichtserstattung im Geschäftsbericht (§ 260 a Abs. 3 Nr. 2 Halbsatz 1); sind solche Aktien im Laufe des Geschäftsjahres erworben oder veräußert worden, so ist auch über den Erwerbss- oder Veräußerungspreis und die Verwendung des Erlöses zu berichten (§ 260 a Abs. 3 Nr. 2 Halbsatz 2). Bei der Gliederung der Bilanz sind der Gesellschaft gehörige eigene Aktien unter Angabe ihres Nennbetrags unter dem Umlaufvermögen als besonderer Posten durchzuführen (§ 261 Abs. 1 A IV Nr. 5) und dürfen nicht unter anderen Posten aufgeführt werden (§ 261 Schlußsatz).

Darüber, wie das Grundkapital im Zusammenhang mit dem Besitz an eigenen Aktien zu behandeln ist, trifft die Nov. keine ausdrückliche Bestimmung. Auch ohne eine solche ist es für unzulässig zu erachten, an Stelle der Einziehung der eigenen Aktien unter den Aktiven ihren Nennwert vom Betrage des Grundkapitals abzusetzen. Gegen dieses Verfahren sind schon unter dem bisherigen Recht Einwendungen erhoben worden (Blau, Der deutsche Ökonomist, 1931, S. 919; Hachenburg: Köln. Jtg. Nr. 264 v. 17. Mai 1931). Es ist auch für das neue Recht abzulehnen. Es würde den Grundsätzen ordnungsmäßiger Bilanzierung jedenfalls dann widersprechen, wenn die Aktien zu einem niedrigeren Betrage als dem Nennbetrage auf der Aktivseite anzusetzen wären, wenn also der Anschaffungspreis oder der etwa niedrigere Börsen- oder Marktpreis unter dem Nennbetrage läge (vgl. § 261 Nr. 2 Abs. 1). Denn in diesem Fall würde in Höhe des Unterschiedes zwischen dem Wert, zu dem die eigenen Aktien in die Bilanz einzusetzen gewesen wären, und ihrem Nennbetrag ein Buchgewinn entstehen, dessen Heranziehung zu späteren Gewinnausschüttungen an die Aktionäre niemand zu verhindern in der Lage wäre. Zum mindesten müßte ein dem Unterschiede entsprechender Betrag als Rücklage unter die Passiven eingestellt werden. Jedoch würden hierdurch die Bedenken dagegen, den Nennbetrag der eigenen Aktien vom Grundkapital abzusetzen, nicht beseitigt werden. Dem deutschen Recht ist die Unterscheidung zwischen Nominalkapital und im Umlauf befindlichem oder dividendenberechtigtem Kapital fremd. Es kennt kein bewegliches Grundkapital. Auf ein solches würde es aber hinauskommen, wenn der Nennbetrag der eigenen Aktien der Gesellschaft vom Betrage des Grundkapitals abgesetzt werden könnte, um später im Falle der Wiederbegebung der Aktien dem Grundkapital wieder zugeschrieben zu werden. Im Gegenteil ist ausdrücklich bestimmt, daß der Betrag des Grundkapitals unter die Passiven zum

Nennbetrag einzusetzen ist (§ 261 Nr. 6). Diese Vorschrift wäre verletzt, wenn vom Betrage des Grundkapitals der Nennbetrag der eigenen Aktie abgesetzt würde.

### III. Einziehung von Aktien.

#### Allgemeines.

Neben dem Erwerb eigener Aktien wird die Einziehung von Aktien durch die Nov. neu geregelt. Ebenso wie sich der Erwerb von Aktien für die Gläubiger und Aktionäre ungünstig auswirken kann, sind auch mit der Einziehung von Aktien Gefahren für die Beteiligten verbunden. Sie bestehen darin, daß sich mit der Einziehung, die zu einer Vernichtung des Aktienrechts führt, in Höhe des Nennbetrags der eingezogenen Aktien das Grundkapital ermäßigt und damit die Kapitalbindung wegfällt. Das Kapital wird in Höhe des Nennbetrags der eingezogenen Aktien zur Verteilung an die Aktionäre frei, die Garantie der Gläubiger also gemindert. Allerdings kann schon der Erwerb der Aktien zu einer Rückzahlung des Kapitals geführt haben, nämlich dann, wenn der Erwerb entgeltlich erfolgt ist und der Erwerbsspreis zu Lasten des Kapitals entrichtet, also nicht aus Reingewinn oder Reserven gedeckt ist. Aber auch in diesem Fall, wo es zu einer Kapitalrückzahlung bereits vor der Einziehung gekommen ist, bedeutet die Einziehung für sich noch eine Beeinträchtigung der Interessen der Gläubiger. Durch die Ermäßigung des Grundkapitals wird zwar in diesem Falle nicht erst die Kapitalrückzahlung ermöglicht, denn diese ist schon erfolgt. Es wird aber der Zwang zur Bildung neuen Kapitals, wie er ohne die Ermäßigung bestehen würde, zum Schaden der Gläubiger beseitigt, und eine Dividendenzahlung auf Grund der herabgesetzten Grundkapitalziffer ermöglicht. Mit der Einziehung sind weiter Gefahren auch insoweit verbunden, als sie zur Erzielung buchmäßiger Gewinne führen kann. Sind die Aktien auf der Aktivseite unter pari verbucht, so entsteht im Falle der Einziehung, die sich bilanzmäßig in der Ermäßigung des Grundkapitals auf der Passivseite und des Vermögens des Postens eigener Aktien auf der Aktivseite ausdrückt, in Höhe des Unterschiedes zwischen dem Buchwert und dem Nennbetrag der Aktien ein buchmäßiger Gewinn. Eine Verteilung dieses Gewinns würde eine weitere Benachteiligung der Gläubiger infolge der Einziehung der Aktien bedeuten.

Die neue Regelung sucht diesen mit der Einziehung für die Beteiligten verbundenen Gefahren zu begegnen, andererseits aber die Einziehung zu vereinfachen. Im wesentlichen handelt es sich um zwei Neuerungen. Es wird in den schon nach bisherigem Recht zugelassenen Fällen der Einziehung unentgeltlich erworbener Aktien und der Einziehung zu Lasten des Reingewinns oder eines Reservefonds die bilanzmäßige Wirkung der Einziehung neu geregelt (§ 227 Abs. 5 Nr. 1), ferner wird ein neuer dritter Fall der Einziehung von Aktien zugelassen, nämlich eines Betrages von höchstens 10% des Grundkapitals, der selbständig geregelt wird (§ 227 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 4, Abs. 5 Nr. 2).

Mit der Neuregelung der bilanzmäßigen Wirkung der Einziehung unentgeltlich erworbener Aktien und der Einziehung zu Lasten des Reingewinns oder eines Reservefonds ist ein alter Streit entschieden, der darum ging, ob trotz der Einziehung die Grundkapitalziffer unvermindert beizubehalten ist, oder ob ein dem Nennbetrag der eingezogenen Aktien entsprechender Betrag vom Grundkapital abzuschreiben ist und ob in diesem Fall ein gleicher Betrag dem gesetzlichen Reservefonds oder einem sonstigen Reservefonds zuzuführen ist oder nicht (vgl. Staub-Pinner, Ann. 6 ff. zu § 227). Diese Streitfrage wird in dem Sinne entschieden, daß in Höhe des Nennbetrags der eingezogenen Aktien das Grundkapital abzuschreiben ist, indem davon ausgegangen wird, daß die Herabschreibung des Grundkapitals die notwendige Folge jeder Einziehung von Aktien ist. Zugleich wird die Bildung einer entsprechenden Einziehungsreserve vorgeschrieben, die im Interesse der Gläubiger die Bindung des Gesellschaftsvermögens in Höhe des bisherigen Grundkapitals aufrechterhalten soll.

Während es sich hierbei vorzugsweise um eine bilanztechnische Frage handelt, bedeutet die Zulassung der Einziehung von 10% oder das von der Reichsregierung gemäß § 226 Abs. 1 Nr. 2 festgesetzten niedrigeren Hundertsatzes des Grundkapitals eine im wesentlichen wirtschaftliche Maßnahme.

Die Wirtschaftslage, wie sie sich namentlich in den letzten Monaten entwickelt hat, zwingt zahlreiche Gesellschaften zu einer Kapitalzusammenziehung. Sowohl der allgemeine Niedergang der Wirtschaft als auch die Deflationsercheinungen der letzten Zeit haben das Eigenkapital der Gesellschaften vielfach als zu groß erscheinen lassen, und zwingen sie, ihre Kapitalbasis zu verringern. Dadurch können die Betriebe rationaler gestaltet und der Dividendenstand gehoben werden. Dem trägt die neue Vorschrift (§ 227 Abs. 2 Nr. 3) Rechnung. Die Kapitalzusammenziehung soll vereinfacht und erleichtert werden, und zwar in doppelter Richtung. Die gewöhnliche Kapitalherabsetzung würde die Rechte der Aktionäre berühren, insofern entweder Aktien zusammengelegt würden oder der Nennbetrag der Aktien herabgesetzt würde. Eine Kapitalermäßigung mittels Einziehung von zu diesem Zweck erworbenen Aktien vollzieht sich ohne einen solchen Eingriff in die Rechte der Aktionäre. Die weitere Erleichterung liegt in einer Vereinfachung der technischen Durchführung der Kapitalermäßigung. Auch hier ist ebenso wie bei der Einziehung unentgeltlich erworbener Aktien oder zu Lasten des Reingewinns oder eines Reservefonds daran festgehalten, daß die Einziehung ihrem Wesen nach eine Herabsetzung des Grundkapitals darstellt. Auch hier führt also die Einziehung zu einer entsprechenden Herabschreibung des Grundkapitals. Dagegen konnte im Gegensatz zu dem Fall der Einziehung unentgeltlich erworbener Aktien oder zu Lasten des Reingewinns oder eines Reservefonds hier nicht in Frage kommen, die Bildung einer entsprechenden Einziehungsrücklage vorzuschreiben und sie entsprechend dem Grundkapital zu binden. Damit wäre der Zweck der Zulassung dieser besonderen Art der Kapitalermäßigung bereitet, denn das Vermögen wäre, wenn auch ein Teil des Kapitalkontos auf das Reservekonto überführt wäre, doch im Ergebnis in der bisherigen Weise gebunden und eine Verringerung des Eigenkapitals und eine Hebung des Dividendenstandes wäre nicht erreicht. Daher ist hier auf die Bildung einer dem abgeschrieben Teil des Grundkapitals entsprechenden Einziehungsrücklage verzichtet, und lediglich die Bildung einer Reserve in Höhe eines durch die Einziehung etwa erzielten buchmäßigen Gewinns vorgeschrieben worden (§ 227 Abs. 5 Nr. 2). Die Sicherheit der Gläubiger ist dadurch gewährleistet, daß sie, soweit ihre Forderungen nicht fällig sind, Sicherheitsleistung verlangen können (§ 227 Abs. 4).

#### Einziehung durch gewöhnliche Kapitalherabsetzung.

Eine Kapitalherabsetzung kann nicht nur im Wege der Zusammenlegung von Aktien oder der Herabsetzung des Nennbetrags der Aktien, sondern auch durch die Einziehung von Aktien erfolgen (Staub-Pinner, Anm. 7 zu § 288). Die Möglichkeit einer Einziehung im Wege der gewöhnlichen Kapitalherabsetzung ist neben der durch die Nov. zugelassenen vereinfachten Einziehung bestehen geblieben. Angeichts der Erleichterungen, die für die Einziehung in den Fällen des § 227 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 gelten, wird eine Einziehung im Wege der gewöhnlichen Kapitalherabsetzung dann praktisch werden, wenn einer dieser Fälle nicht vorliegt. Insbesondere wird für die AktG. in Frage kommen, im Wege der gewöhnlichen Kapitalherabsetzung eigene Aktien einzuziehen, für die die Voraussetzungen der vereinfachten Einziehung nach § 227 Abs. 2 Nr. 3 nicht gegeben sind, wenn also die einzuziehenden Aktien früher als innerhalb der letzten sechs Monate vor der Einziehung erworben sind oder ihr Gesamtnennbetrag 10% oder den von der Reichsregierung festgesetzten niedrigeren Hundertsatz des Grundkapitals übersteigt. Zweifellos ist in einem solchen Falle die Einziehung nach den allgemeinen Vorschriften über die Kapitalherabsetzung dann zulässig, wenn die AktG. die Aktien zulässigerweise, z. B. noch unter der Herrschaft des bisherigen Rechts, erworben hat. Aber auch dann, wenn der Erwerb der eigenen Aktien etwa gesetzwidrig sein sollte, können die Aktien unbeschadet der Schadenersatzpflicht der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats im Wege der gewöhnlichen Kapitalherabsetzung eingezogen werden. Denn es handelt sich bei den gesetzwidrig erworbenen Aktien um solche, die die Gesellschaft wirksam erworben hat (§ 226 Abs. 2). Wie oben bereits erwähnt, kann jedoch der Umstand, daß die Einziehung im Wege der gewöhnlichen Kapitalherabsetzung

erfolgt, den Erwerb selbst nicht rechtfertigen; dieser Umstand schafft keine Ausnahme von dem Verbot des Erwerbs eigener Aktien.

#### Vereinfachte Einziehung.

I. Eine Vereinfachung der Einziehung ist in folgenden Fällen zugelassen:

1. Im Falle der Einziehung unentgeltlich erworbener Aktien;
2. im Falle der Einziehung zu Lasten des nach der jährlichen Bilanz verfügbaren Gewinns oder eines Reservefonds;
3. im Falle der Einziehung von Aktien, die innerhalb der letzten sechs Monate vor der Einziehung erworben sind, und deren Gesamtnennbetrag 10% oder den von der Reichsregierung gemäß § 226 Abs. 1 Nr. 2 festgesetzten niedrigeren Hundertsatz des Grundkapitals nicht übersteigt; Aktien, die die Gesellschaft am 1. Okt. 1931 besitzt, können noch bis zum Ablauf von sechs Monaten nach diesem Tage, also bis zum 31. März 1932, eingezogen werden (Art. XI Abs. 2). Dieser Fall liegt übrigens nicht nur dann vor, wenn die Aktien gesetzmäßig erworben sind, wenn sie also zur Einziehung erworben sind und die erworbenen Aktien mit den eigenen Aktien, die der Gesellschaft bereits gehören, nicht mehr als 10% oder den von der Reichsregierung festgesetzten niedrigeren Hundertsatz des Grundkapitals ausmachen. Dieser Fall ist vielmehr auch dann gegeben, wenn die Aktien nicht zur Einziehung erworben sind, und die erworbenen Aktien allein oder mit anderen eigenen Aktien, die der Gesellschaft bereits gehören, 10% oder den festgesetzten niedrigeren Hundertsatz des Grundkapitals übersteigen. Es genügt, daß die einzuziehenden Aktien, gleichviel wie hoch der Bestand der AktG. an eigenen Aktien an sich ist, innerhalb der letzten sechs Monate vor der Einziehung erworben sind und 10% oder den festgesetzten niedrigeren Hundertsatz des Grundkapitals nicht übersteigen. Die Schadenersatzpflicht der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats im Falle gesetzwidrigen Erwerbs bleibt unberührt. Bemerkenswert ist ferner, daß die vereinfachte Einziehung im Falle des § 227 Abs. 2 Nr. 3 nicht nur einmalig zugelassen ist. Vielmehr kann sie sich wiederholen, in dem immer wieder von dem jeweils verbleibenden Grundkapital 10% oder der festgesetzte niedrigere Hundertsatz vereinfacht eingezogen werden. Theoretisch könnte auf diese Weise das Grundkapital bis auf den gesetzlich vorgeschriebenen Mindestbetrag ermäßigt werden. Praktisch werden Wiederholungen der vereinfachten Kapitalermäßigung nicht allzu häufig sein; in jedem Falle sind die Beteiligten ausreichend geschützt.

II. Die vereinfachte Einziehung unterliegt in sämtlichen drei Anwendungsfällen gewissen gemeinsamen Regeln.

1. Die Einziehung erfolgt auf Grund eines Beschlusses der GenVers. Hierin ist eine grundsätzliche Neuerung zu erblicken, die sich aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen erklärt. Die Einziehung führt in allen Fällen zu einer Ermäßigung des Grundkapitals (§ 227 Abs. 3 Satz 4), also zu einer Satzungsänderung. Die Kapitalherabsetzung wird unter den Abänderungen des Gesellschaftsvertrags aufgezählt; sie hat als eine Art der Satzungsänderung zu gelten (Denkschr. z. HGB. S. 165; Staub-Pinner, Anm. 1 zu § 274, Anm. 12 zu § 288, Anm. 1 zu § 289). Das gleiche trifft für die Kapitalermäßigung zu, die der Sache nach nichts anderes als eine Kapitalherabsetzung ist. Daher soll es bei dem Grundsatz des § 274 Abs. 1, wonach eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags nur durch eine GenVers. beschlossen werden kann, auch für die Einziehung sein Bewenden haben. Die Einziehung ist, eben weil sie zu einer Kapitalermäßigung führt, zudem eine Maßnahme, die für alle Beteiligten, die Gesellschaft, die Aktionäre und die Gläubiger, von erheblicher Bedeutung sein kann; auch aus diesem tatsächlichen Grunde ist die Entscheidung über sie der GenVers. vorbehalten worden. Die Zuständigkeit der GenVers. ist aber nur für die Einziehung vorgeschrieben. Die Entscheidung über den Erwerb der Aktien ist der GenVers. gesetzlich nicht vorbehalten. Häufig wird sich beides nicht voneinander trennen lassen. Beschließt die GenVers. die Einziehung von Aktien, die der Gesellschaft noch nicht gehören, so liegt darin zugleich der Beschluß des Erwerbes der Aktien.

Eine Ausnahme von der Vorschrift, daß die Einziehung

auf Grund eines Beschlusses der GenVers. erfolgt, besteht nur für den Fall einer im Gesellschaftsvertrag angeordneten Zwangseinzahlung. Diese Ausnahme ist sehr eng begrenzt. Sie ist nur gegeben, wenn eine Zwangseinzahlung vorgesehen ist, also eine Einziehung mittels Auslosung, Kündigung oder in ähnlicher Weise, nicht dagegen eine Einziehung mittels Ankaufs. Ferner muß die Zwangseinzahlung im Gesellschaftsvertrag angeordnet sein; es genügt nicht, daß sie bloß gestattet ist. Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag, die eine Einziehung, wenn auch Zwangseinzahlung nur zu lassen, erfüllen die Ausnahmen nicht. Ist zwar eine Zwangseinzahlung im Gesellschaftsvertrag vorgesehen, aber in der Weise, daß es der Entschloßung des Vorstandes oder des Aufsichtsrats überlassen ist, ob sie vorzunehmen ist, so ist die Zwangseinzahlung durch den Gesellschaftsvertrag nicht angeordnet, sondern nur zugelassen. Dies gilt erst recht dann, wenn im Gesellschaftsvertrag eine Einziehung von Aktien mittels Ankaufs sowie mittels Auslosung oder Kündigung zugelassen ist und die Art der Einziehung durch den Vorstand oder Aufsichtsrat bestimmt werden soll; denn hier ist dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat nicht nur die Entscheidung, ob einzuziehen ist, sondern auch darüber überlassen, ob freiwillige Einziehung oder Zwangseinzahlung vorzunehmen ist. Auch wenn zwar eine Einziehung im Gesellschaftsvertrag angeordnet ist, dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat aber die Entscheidung überlassen ist, ob die Einziehung durch Ankauf, also freiwillig, oder durch Auslosung oder Kündigung, also zwangsweise zu erfolgen hat, ist keine Zwangseinzahlung durch den Gesellschaftsvertrag angeordnet. In allen diesen Fällen muß fortan die GenVers. über die Einziehung beschließen. Nur wenn der Gesellschaftsvertrag zwangsweise Einziehung vorschreibt, z. B. die zwangsweise Einziehung bestimmter Emissionen von Vorzugsaktien aus dem Reingewinn nach einem bestimmten Teilungsplan regelt, bedarf es keines besonderen Beschlusses der GenVers. mehr.

2. Zur Beschlussfassung genügt einfache Stimmenmehrheit, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag weitergehende Erfordernisse aufstellt. Wenn auch die Einziehung von Aktien als eine Maßnahme von besonderer Bedeutung der Beschlussfassung durch die GenVers. vorbehalten ist, so soll doch zur Vermeidung unnötiger Erschwerung einfache Stimmenmehrheit genügen. Hierdurch soll einmal die Befreiung von Aktien, die die Gesellschaft erworben hat, gefördert werden. Dies soll den Unzuträglichkeiten, die sich aus dem Besitz an eigenen Aktien für die Beteiligten ergeben, vorbeugen oder sie mindern. Es ist auch an den Fall zu denken, daß der Vorstand im Interesse der Gesellschaft sich veranlaßt gesehen hat, ohne Ermächtigung der Gesellschaft Aktien zur Einziehung aufzukaufen. Es soll nach Möglichkeit die Gefahr für ihn gemindert werden, nicht die Zustimmung der GenVers. zu finden. Weiter aber soll dadurch, daß an den GenVersBeschluss über die Einziehung möglichst geringe Anforderungen gestellt werden, die Ermäßigung des Grundkapitals der rückläufigen Wirtschaftsentwicklung entsprechend erleichtert werden.

3. Der Beschluss kann nur gefaßt werden, wenn der Gegenstand gem. § 256 Abs. 2 HGB. ausdrücklich angekündigt worden ist. Da für die Beschlussfassung die einfache Stimmenmehrheit ausreicht, genügt es, daß die Ankündigung mindestens eine Woche vor dem Tage der GenVers. erfolgt (§ 256 Abs. 2 Satz 1 HGB.).

4. Mit der Einziehung ermäßigt sich das Grundkapital um den Gesamtnennbetrag der eingezogenen Aktien (§ 227 Abs. 3 Satz 4). Hierin liegt ein Doppeltes: die Wirkung der Einziehung entspricht der Sache nach der einer gewöhnlichen Kapitalherabsetzung; denn die Ermäßigung des Grundkapitals bedeutet ebenso wie die Herabsetzung des Grundkapitals eine Herabsetzung der Grundkapitalziffer. Andererseits ist juristisch-technisch die Ermäßigung, wie schon die Bezeichnung ergibt, nicht als Kapitalherabsetzung gestaltet, sondern als eine besondere Maßnahme, die nicht den allgemeinen Vorschriften über die Kapitalherabsetzung untersteht, für die vielmehr besondere Regeln gelten.

5. Der Vorstand hat den Beschluss über die Einziehung sowie die erfolgte Ermäßigung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 227 Abs. 3 Schlussatz). Es bedarf also nicht, wie bei der gewöhnlichen Kapitalherabsetzung nach § 289 Abs. 1 HGB. einer Anmeldung des Beschlusses durch

sämtliche Mitglieder des Vorstandes, ebensowenig wie nach § 291 HGB. einer Anmeldung der erfolgten Ermäßigung des Grundkapitals durch sämtliche Mitglieder des Vorstandes.

6. Es entsteht die Frage, wann die Einziehung wirksam wird. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen dem Wirksamwerden des Beschlusses über die Einziehung und dem Wirksamwerden der Einziehung im Sinne einer Ermäßigung des Grundkapitals. Der Beschluss über die Einziehung wird, da er eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags zum Gegenstand hat, mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam (§ 277 Abs. 3 HGB.). Hiermit ist aber noch nicht ohne weiteres auch die Ermäßigung des Grundkapitals wirksam geworden. Diese Ermäßigung tritt erst mit der Einziehung, also der Vernichtung des Aktienrechts ein. Diese Vernichtung des Aktienrechts wäre aber mit einem Beschluss, daß ein gewisser Nennbetrag von Aktien einzuziehen ist, noch nicht vollzogen. Vielmehr müssen auch die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen erfüllt sein, ohne die eine Vernichtung der Aktienrechte nicht denkbar ist. Dazu gehört bei der Zwangseinzahlung außer der Beschlussfassung über die Einziehung und dessen Eintragung die Mitteilung der Kündigung und Auslosung an den Aktionär als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (Staub-Pinner, Anm. 2 zu § 227). Bei der freiwilligen Einführung muß zu der Beschlussfassung über die Einziehung und seiner Eintragung noch der Erwerb der Aktien hinzutreten. Eine weitere auf die Vernichtung des Aktienrechts gerichtete Handlung, etwa die Vernichtung der Aktienurkunde, ist nicht erforderlich. Der Wille der Vernichtung des Aktienrechts kommt in den Beschluss der Einziehung zum Ausdruck. Allerdings muß verlangt werden, daß der Wille der Vernichtung des Aktienrechts nicht nur allgemein mit Bezug auf einen zahlenmäßig bestimmten Nennbetrag, sondern mit Bezug auf bestimmte Aktien besteht und zum Ausdruck gelangt ist. Fehlt dem Beschluss über die Einziehung diese Bestimmtheit, so muß in anderer Weise zum Ausdruck gelangen, welche Aktien der Einziehung unterworfen werden sollen. Erst dann, wenn außer dem Beschluss über die Einziehung auch die sonstigen nach dem Gesagten erforderlichen Voraussetzungen der Vernichtung des Aktienrechts erfüllt sind, ist die Ermäßigung des Grundkapitals erfolgt und kann die erfolgte Ermäßigung eingetragen werden. Es gelten hiernach ähnliche Grundsätze wie für die Frage, wann eine gewöhnliche Kapitalherabsetzung als erfolgt anzusehen ist (vgl. Staub-Pinner, Anm. 7 ff. zu § 291). Die Eintragung der erfolgten Ermäßigung selbst hat nur erklärende Wirkung.

III. Neben diesen für alle Arten der vereinfachten Einziehung in gleicher Weise geltenden gemeinsamen Vorschriften gelten für die einzelnen Fälle der vereinfachten Einziehung gewisse Besonderheiten, die sich aus ihrer Eigenart ergeben.

1. Das charakteristische Merkmal in den Fällen der Einziehung unentgeltlich erworbener Aktien und zu Lasten des Jahresreingewinnes oder eines Reservefonds besteht darin, daß hier eine Rückzahlung von Grundkapital durch den Erwerb der Aktien nicht stattgefunden hat. Insofern besteht kein Anlaß zu einem irgendwie gearteten Gläubigerschutz. Da jedoch die Einziehung zu einer Ermäßigung des Grundkapitals um den Gesamtnennbetrag der eingezogenen Aktien führt, fällt die durch das Grundkapital bewirkte Bindung des Gesellschaftsvermögens in Höhe dieses Betrags fort. In dieser Höhe würde das Gesellschaftsvermögen fortan zur Verteilung frei sein. Den hierdurch für die Gläubiger entstehenden Gefahren begegnet die Nov. dadurch, daß sie die Einstellung eines Reservefonds in Höhe des Nennbetrags der eingezogenen Aktien unter die Passiven der Bilanz verlangt und die Auflösung dieses Reservefonds nur unter Einhaltung der Gläubigerschutzvorschriften zuläßt (§ 226 Abs. 5 Nr. 1 Schlussatz). Auf diese Weise tritt zwar eine Ermäßigung des Grundkapitals mit der Folge ein, daß, wo auch immer die Höhe des Grundkapitals in Betracht kommt, wie bei der Berechnung von Kapitalmehrheiten oder Anteilen am Kapital, als Grundkapital das ermäßigte Grundkapital gilt. Wenn somit auch ein dem Nennbetrag der eingezogenen Aktien gleichkommender Betrag aus dem Kapitalkonto auf das Reservekonto überführt wird, so tritt damit doch nicht

die sonst mit einer solchen Maßnahme verbundene Folge ein, daß nämlich nunmehr der betreffende Passivposten ohne besondere Voraussetzungen und Sicherungen aufgelöst werden kann. Vielmehr ist es zugunsten der Gläubiger bei der Sicherung verblieben, daß eine Auflösung dieser Einziehungsreserve nur unter Wahrung der Gläubigerschutzvorschriften des § 289 HGB, also insbesondere unter Einhaltung des Sperrjahres, zulässig ist.

2. Der Fall der Einziehung von Aktien, die innerhalb der letzten sechs Monate vor der Einziehung erworben sind und 10% des Grundkapitals nicht übersteigen, kann einmal so liegen, daß hier eine Rückzahlung des Grundkapitals stattgefunden hat, nämlich dann, wenn die Zahlung des Erwerbspreises nicht zu Lasten des Reingewinns oder eines Reservefonds erfolgt ist. Alsdann ist für eine Sicherung der Gläubiger gegen eine Rückzahlung des Grundkapitals kein Raum vorhanden, da diese schon stattgefunden hat. Es käme nur eine Sicherung dahin in Betracht, daß die Gesellschaft zu einer Ergänzung des Garantiekapitals in der alten Höhe etwa ebenfalls in der Form der Bildung einer Einziehungsreserve gezwungen würde. Entsprechend dem mit dieser Art der Einziehung verbundenen Zweck, auf vereinfachtem Wege eine Kapitalzusammenziehung und damit eine Hebung des Dividendenstandes zu ermöglichen, hat der Gesetzgeber auf die Bildung einer solchen Einziehungsreserve verzichtet und sich auf folgende Maßnahmen beschränkt. Einmal ist der Gesellschaft zur Pflicht gemacht, den Gläubigern, deren Forderungen vor der Bekanntmachung der Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister begründet sind, wenn sie sich innerhalb von drei Monaten nach der Bekanntmachung der Eintragung zu diesem Zwecke melden, Sicherheit zu leisten, soweit sie nicht Befriedigung verlangen können (§ 227 Abs. 4). Es ist also zwar nicht ein besonderes Gläubigerangebot vorgeschrieben, auch nicht die Einhaltung eines Sperrjahres. Es wird aber den Gläubigern gewissermaßen nachträglich, nämlich nach der Kapitalrückzahlung, eine Sicherstellung gewährt. Die Gläubiger müssen, um ihre Ansprüche fristgemäß zur Geltung zu bringen, sich um die Erlangung der Kenntnis der Eintragung, die von dem Registergericht bekanntgemacht wird (§ 10 HGB.), bemühen. Zur weiteren Sicherung der Gläubiger, zugleich aber auch der Aktionäre, ist vorgeschrieben, daß der Betrag eines aus der Einziehung erzielten buchmäßigen Gewinnes unter die Passiven der Bilanz als Reservefonds einzustellen ist, der nur unter Einhaltung der Vorschrift des § 289 HGB. aufgelöst werden kann. Auf diese Weise wird einer Kapitalzurückzahlung vorgebeugt, die sonst noch über den beim Erwerb der Aktien gezahlten Betrag zum Schaden der Beteiligten erfolgen würde.

3. Der Fall der Einziehung von Aktien, die innerhalb der letzten sechs Monate vor der Einziehung erworben sind und 10% des Grundkapitals nicht übersteigen, kann aber auch so liegen, daß eine Rückzahlung des Grundkapitals beim Erwerb der Aktie nicht stattgefunden hat, nämlich dann, wenn die Zahlung des Erwerbspreises zu Lasten des Reingewinns oder eines Reservefonds erfolgt ist. Alsdann fallen die Voraussetzungen von § 227 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 3 zusammen. Es fragt sich, welche Vorschrift den Vorrang hat, ob sich die Einziehung nach Nr. 2 oder nach Nr. 3 richtet. Mangels besonderer Bestimmungen hierüber muß angenommen werden, daß die Einziehung entweder auf die eine oder die andere Weise erfolgen kann und daß die Gesellschaft die Wahl hat.

### III.

## Pflichtprüfung und Verwaltungsreform in der Aktienrechtsnovelle.

Von Oberregierungsrat Dr. Schmölzer, Berlin.

### A. Pflichtprüfung.

Bei Gelegenheit der Veröffentlichung der Aktienrechtsnovelle (Nov.) hat die Reichsregierung in einer Mitteilung an die Presse die Einführung der Pflichtprüfung als eine Maßnahme von großer wirtschaftlicher und moralischer Bedeutung bezeichnet, die in erheblichem Maße zur Gesundung des deutschen Aktienwesens beitragen könne. In der Tat wird

man sagen müssen, daß die Einführung der Pflichtprüfung zusammen mit den übrigen Publizitätsmaßnahmen die wichtigste Reform auf dem Gebiete des Aktienrechts überhaupt darstellt. Es handelt sich jedenfalls um das positivste Element der Aktienrechtsreform. Wie die ausländischen Vorbilder beweisen, kann die neue Institution für Deutschland eine Fortentwicklung und Förderung des aktienrechtlichen Systems als solchen mit sich bringen.

Was zur Zeit an der Regelung der Pflichtprüfung vor allem interessiert, ist die Frage des Inkrafttretens. Die praktische Bedeutung dieser Frage liegt darin, ob und in welchem Umfange man bereits für die Bilanzen per 31. Dez. d. J. — für frühere Bilanzstichtage scheidet wohl die Inkraftsetzung von vornherein aus — die Pflichtprüfung vorschreiben soll oder nicht. Die Frage ist von der Nov. bewußt offengelassen. Art. XIII Abs. 3 überläßt grundsätzlich der Reichsregierung die Bestimmung des Termins und sagt dabei, daß der Zeitpunkt des Inkrafttretens je nach dem Geschäftszweig und der wirtschaftlichen Bedeutung des Unternehmens verschieden bestimmt werden kann. In Art. XIV Abs. 2 Nr. 1 ist durch eine weitere Ermächtigung die Möglichkeit vorgesehen, daß für das zur Zeit des Inkrafttretens der Nov. laufende Geschäftsjahr Bilanzprüfer vom AufsR. gewählt werden (andernfalls würde die alsbaldige Inkraftsetzung allein schon im Hinblick auf den § 262b Abs. 1 auf Schwierigkeiten stoßen!).

Wie legen nun die Dinge? Verhältnismäßig einfach nach der organisatorischen Seite. Die Vorarbeiten zur Schaffung des Standes der öffentlich bestellten Wirtschaftsprüfer sind im Laufe der letzten Monate wesentlich gefördert worden. Auf Grund der Vereinbarung zwischen Reich und Ländern ist beim Deutschen Industrie- und Handelstag die Hauptstelle für diese Wirtschaftsprüfer gebildet; die Satzung der Hauptstelle ist erlassen und die Zulassungsbedingungen sowie die Vorschriften über die Zulassungs- und Prüfungsausschüsse sind herausgegeben. Nach dem augenblicklichen Stand der Dinge kann wohl schon für die nächste Zukunft mit der Anstellung von etwa 200 geeigneten Persönlichkeiten zu Wirtschaftsprüfern gerechnet werden. Das würde ausreichen, um wenigstens für einen Teil der AktG. die Pflichtprüfungsvorschriften noch im Laufe dieses Jahres in Kraft zu setzen. — Schwieriger liegen die Verhältnisse nach einer anderen Richtung. Bekanntlich ist von der Nov. auch die Inkraftsetzung der übrigen Publizitätsvorschriften (Art. V) einstweilen suspendiert, weil es in der augenblicklichen Krisenperiode an einer einigermaßen brauchbaren Bewertungsgrundlage überhaupt fehlt. Die Pflichtprüfungsvorschriften hängen jedoch aufs engste mit den Bestimmungen des Art. V zusammen. Das zeigt sich rein äußerlich schon dadurch, daß in den § 262a Abs. 2, § 262e Abs. 1 auf die neuen Publizitätsbestimmungen ausdrücklich Bezug genommen ist (die neuen Gliederungsvorschriften sind sogar, wie der Ausschluß der Unsechtheit wegen Verletzung solcher Vorschriften ergibt, bewußt nur als Instruktionsvorschriften für die Pflichtprüfer gedacht). Aus alledem folgt, daß vor der Inkraftsetzung der Art. V und VI zunächst Klarheit darüber geschaffen werden muß, ob und in welchem Umfange auf der Grundlage der Ermächtigung im Art. XIII Abs. 2 Satz 2 Überleitungsvorschriften für die Bemessung der besonders in Unordnung geratenen Bilanzwerte zu erlassen sind. Die Dringlichkeit der lehterwähnten Maßnahmen ergibt sich dabei nicht nur mit Rücksicht auf die Nähe des Bilanzstichtages, sondern vor allem auch im Zusammenhange mit den wichtigen Vorschriften über die Kapitalherabsetzung in erleichterter Form (in der neuesten NotWd.), da diese Vorschriften eine Klarstellung der Bewertungsmaßstäbe zur richtigen Beurteilung des Maßes und Zeitpunktes der Kapitalverminderungen doppelt notwendig erscheinen lassen. Erst nach der Lösung dieser gesetzgeberischen Probleme wird der Zeitpunkt gekommen sein, auch die stufenweise Inkraftsetzung der Pflichtprüfungsvorschriften in Angriff zu nehmen.

Die Pflichtprüfungsregelung selbst lehnt sich zwar an die Vorschläge des Barentwurfs zur Aktienrechtsreform v. Aug. 1930 an, enthält aber in vielen Punkten nicht unwesentliche Ergänzungen und Änderungen. Vor allem sind die Ergebnisse berücksichtigt worden, die die parlamentarische Beratung der Nov. zum VerjAufsG. (Neufassung des ganzen Gesetzes: RStBl. 1931, I, 315) auf diesem Gebiete gezeitigt hat.

1. Die Bilanzprüfung muß eine materielle sein. Das bringt § 262a nach dem Vorbild des Barentwurfs durch negative und positive Vorschriften zum Ausdruck. Dabei ist man sich darüber im klaren gewesen, daß erst Wissenschaft und Rechtsprechung den hier aufgestellten Erfordernissen ihren eigentlichen Inhalt geben können. Insofern wird die wichtige Frage der Abgrenzung des Aufgabekreises der Bilanzprüfer gegenüber der Geschäftsführung des Vorstandes der Rechtsentwicklung überlassen bleiben müssen. Ausdrücklich sind Akte der Geschäftsführung (anders als im § 266 Abs. 1) nicht der Prüfung durch die Bilanzprüfer unterworfen. Gleichwohl wird es praktisch für eine gewissenhafte Bilanzprüfung notwendig sein, offensichtliche Mißstände in der Geschäftsführung aufzudecken. Keine Zweckmäßigkeitsabwägungen über die Art der Geschäftsführung haben allerdings auszuschneiden. Das Urteil des Bilanzprüfers hat sich auf die rechtliche Zulässigkeit der getroffenen Maßnahmen zu beschränken, wobei dieser Beurteilung nicht nur das geschriebene Recht, sondern auch die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung und Bilanzierung zugrunde zu legen sind (vgl. § 260 b Abs. 1).

2. An dem Grundsatz, daß die Wahl der Bilanzprüfer durch die GenVers. zu erfolgen hat, hält die Nov., ungeachtet der hiergegen vorgebrachten Bedenken, fest (§ 262 b Abs. 1). Es entspricht das dem Bestreben, die Unabhängigkeit und Objektivität des Prüfers auf alle Fälle zu gewährleisten. Würde man die Auswahl dem AufsR. überlassen haben, so würde sich u. U. die „Kundenabhängigkeit“ des Prüfers, deren Gefahren angesichts der Notwendigkeit der Bezahlung der Prüfungskosten durch die Gesellschaft nicht abzuleugnen sind, zum Schaden der Sache selbst ausgewirkt haben können; die Pflichtprüfung ist überdies eine Angelegenheit der Gesellschaft, nicht bloß des AufsR. Die ganze Institution verliert an Wert, wenn nicht hinreichende Garantien für ein selbständiges und unabhängiges Arbeiten des Prüfers nach jeder Richtung vorhanden sind. — Damit im Zusammenhang steht die mehr akademische Frage des Organcharakters der Prüfer. Daß die Prüfer etwa ein neues selbständiges Organ der Gesellschaft auf der gleichen Linie wie Vorstand und AufsR. darstellen, ist schon wegen der bloßen Einmaligkeit ihrer Leistung kaum anzunehmen. Die Prüfer werden vielmehr als ein Hilfsorgan zu betrachten sein, wobei es zweifelhaft erscheinen kann, ob als Hilfsorgan für den AufsR., für die GenVers. oder für die Gesellschaft als solche. Wie schon oben angedeutet, glaube ich, daß man mit der letzteren Auffassung das Richtige trifft. Jedenfalls können die Prüfer nach der Konstruktion des neuen Gesetzes nicht ausschließlich als Hilfspersonen für den AufsR. bewertet werden.

Im Abs. 1 des § 262 b ist gegenüber der Fassung des Barentwurfs ausdrücklich klargestellt, daß die Erteilung des Prüfungsauftrages dem Vorstand als dem Exekutivorgan ungeachtet des Umstandes obliegt, daß die materielle Auswahl der GenVers. anvertraut ist. Eine weitere Klarstellung bedeutet es, wenn gesagt wird, daß die Wahl vor dem Ablauf jedes Geschäftsjahres erfolgen soll; wird der Prüfer erst später ernannt, so hat dies auf die Wirksamkeit der durchgeführten Prüfung keinen Einfluß.

Hinsichtlich des Widerspruchsverfahrens gegen die Auswahl der Prüfer und ebenso hinsichtlich der evtl. Ersatzbestellung der Prüfer durch das Gericht ist es im allgemeinen bei den Vorschlägen des Barentwurfs geblieben (§ 262 b Abs. 2 bis 4).

Neu ist dagegen der Abs. 5, der den jederzeitigen Widerruf der Wahl durch die GenVers. (ähnlich wie beim AufsR. § 243 Abs. 4) für zulässig erklärt. Die GenVers. muß Herrin ihrer Entschlüsse bleiben und gegebenenfalls einen Fehlgriff in der Auswahl nachträglich korrigieren können. Spätester Zeitpunkt für den Widerruf ist der Abschluß der Prüfung, d. h. die Vorlage des Prüfungsberichts an den AufsR. Praktische Schwierigkeiten dürften sich bei dieser Regelung höchstens dann ergeben, wenn der Widerruf in einem bereits fortgeschrittenen Stadium der Prüfung erfolgt. Notfalls greift hier jedoch die Ersatzbestellung durch das Gericht ein (Abs. 4); der Prüfer ist in einem solchen Falle als „weggefallen“ anzusehen.

3. Die Bestimmungen über die Eignung zum Bilanzprüfer haben gegenüber dem Barentwurf eine Reihe

von Änderungen erfahren. Zunächst regelt § 262 c Abs. 1 die passive Wahlfähigkeit von Einzelprüfern, abweichend vom Barentwurf, in der Weise, daß nur „Personen, die in der Buchführung ausreichend vorgebildet und erfahren sind“ gewählt oder bestellt werden sollen. Branchenmäßige Kenntnisse sind mithin, wie sich nunmehr aus der Fassung eindeutig ergibt, nicht erforderlich; es kommt vielmehr nur auf die theoretische und praktische Vorbildung im Buchführungsweisen an. Freilich gibt die Ermächtigung des Art. XIV Abs. 1 Nr. 1 der Reichsregierung die Handhabe, weitergehende Erfordernisse aufzustellen. Das ist jedoch nur insoweit beabsichtigt, als die Richtlinien, die von der Hauptstelle für die öffentlich bestellten Wirtschaftsprüfer herausgegeben werden, solche Bedingungen vorsehen. Überhaupt wird sich für die Dauer des Bestehens der Ländervereinbarung die Ausfüllung dieser Ermächtigung auf die Feststellung beschränken können, daß zum Bilanzprüfer nur bestellt werden kann, wer bereits zum Wirtschaftsprüfer öffentlich bestellt worden ist.

Für Prüfungsgesellschaften (der Ausdruck „Treuhandgesellschaften“ war bereits von der Nov. zum VersAufsG. fallen gelassen) ist eine Erleichterung vorgesehen. Von mehreren Inhabern, Vorstandsmitgliedern oder Geschäftsführern soll nur mindestens einer die für die Einzelprüfer vorgeschriebene Qualifikation besitzen müssen. Das Nähere wird auch hier von der Durchführungsgegesetzgebung der Organisation der Wirtschaftsprüfer überlassen bleiben; es wird also praktisch darauf ankommen, ob die Prüfungsgesellschaft in die von der Hauptstelle zu führende Liste der als Wirtschaftsprüfer tätig werdenden Gesellschaften eingetragen ist.

Von erheblichem Interesse ist § 262 e Abs. 2, der die viel erörterte Frage regelt, welche Prüfer als inhabiles gelten sollen. Die Vorschrift hat jetzt folgenden Wortlaut:

„Prüfer, auf deren Geschäftsführung die zu prüfende Gesellschaft maßgebenden Einfluß hat, dürfen als Bilanzprüfer weder gewählt noch bestellt werden. Vorstands-, Aufsichtsratsmitglieder und Angestellte der Gesellschaft können nicht als Bilanzprüfer gewählt oder bestellt werden.“

Die Ausschaltung der Banktreuhandgesellschaften, wie sie sich auf Grund der Fassung des Barentwurfs zwangsläufig ergab, ist in weiten Kreisen der Wirtschaft als große Unbilligkeit empfunden worden. Es genügt, hierzu auf die Ausführungen von Theermann: BankArch. XXX, 42 ff. zu verweisen. Das Problem liegt praktisch so: Wie kann man die ad hoc-Bildung von sog. „Hausprüfern“ verhindern, ohne damit gleichzeitig Prüfungsgesellschaften zu treffen, die zwar ihrer historischen Entwicklung nach abhängig erscheinen, in Wirklichkeit aber vielfach ihre Selbständigkeit und Unabhängigkeit längst erwiesen haben? Dadurch, daß die Neufassung der Nov. nicht mehr wie im Barentwurf auf die Einflußmöglichkeit einzelner Mitglieder des Vorstandes oder AufsR. abstellt, vielmehr auf die Einflußnahme der zu prüfenden Gesellschaft schlechthin, wird eine Rechtsentwicklung angebahnt, die in geeigneter Weise auf die individuellen Verhältnisse des einzelnen Falles Rücksicht nehmen kann. Die Frage der Bindung eines Prüfers an Weisungen eines Dritten ist nun einmal vorwiegend eine Tatfrage, für die sich vom gesetzgeberischen Standpunkt kasuistische Rechtsgrundsätze nicht eignen. Es wird daher als ein Vorzug der neuen Bestimmung angesehen werden müssen, daß sie der Auslegung durch die Gerichte größeren Spielraum gewährt. Daß dabei nicht in allen Fällen eine genügend sichere Rechtslage geschaffen wird, muß als das geringere Übel in Kauf genommen werden. Fest steht negativ das eine, daß eine Prüfungsgesellschaft, deren AufsR. eine Person angehört, die zugleich Mitglied des AufsR. des zu prüfenden Unternehmens ist, nicht schon um deswillen von vornherein als inhabilis zu gelten hat. Andererseits kommt es m. E. nicht ausschließlich auf die Einflußnahme des Vorstandes der zu prüfenden Gesellschaft an, worauf das neue VersAufsG. (§ 59 Abs. 2) abstellt. Auch die organmäßige Einflußnahme des AufsR. der zu prüfenden Gesellschaft wird als eine unzulässige Einflußnahme aufzufassen sein, da nach dem Zweck der Vorschrift jede organmäßige Beeinflussung der Prüfer durch das zu prüfende Unternehmen ausgeschlossen sein soll. Eine unter Verletzung der Vorschrift vorgenommene Wahl ist, da es sich um zwingendes Recht handelt, als nichtig anzusehen. Einer besonderen Anfechtung des Wahlbeschlusses bedarf es nicht. Eine etwa

auf Grund der wichtigen Wahl durchgeführte Prüfung würde als nicht geschehen zu betrachten sein (über die Rechtsfolgen Näheres unter Ziff. 7).

4. In dem von den Prüfern zu erstattenden Prüfungsbericht ist besonders festzustellen, ob der Jahresabschluss und der Geschäftsbericht den gesetzlichen Vorschriften entsprechen und ob der Vorstand die verlangten Aufklärungen und Nachweise geliefert hat (§ 262 e). Neu ist, daß der Bericht unmittelbar dem AufsR. zu erstatten ist. Auch in dieser Neuerung kommt die Tendenz zum Ausdruck, jede Beeinflussungsmöglichkeit des Prüfers durch den Vorstand auszuschalten. Es bleibt dem Ermessen des AufsR. überlassen, ob und inwieweit er den Vorstand von den Prüfungsergebnissen unterrichten will. Die Mitteilung des Prüfungsergebnisses an die GenVers., die nach dem Vorentwurf Sache des Vorstandes war, liegt nunmehr naturgemäß dem AufsR. selbst ob. Die Auskunftspflicht gegenüber der GenVers. ist hierbei wie im Vorentwurf eng begrenzt; es ist nur mitzuteilen, ob die Prüfung nach ihrem abschließenden Ergebnis zu wesentlichen Beanstandungen Anlaß gegeben hat oder nicht. Die Beanstandungen als solche brauchen nicht angegeben zu werden. Es bleibt Sache des Aktionärs, hierüber Näheres zu erfragen, und Sache der GenVers., über die Zulässigkeit solcher Fragen zu beschließen.

Im Zusammenhang hiermit ist vorgeschrieben, daß der AufsR. in seinen Bemerkungen zum Geschäftsbericht zum Prüfungsbericht der Bilanzprüfer sachlich Stellung zu nehmen und die Prüfer namhaft zu machen hat (vgl. § 110 Abs. 4 des Vorentwurfs, der jetzt in Wegfall gekommen ist). Die selbständige Prüfungspflicht des AufsR. bleibt, wie sich aus dieser Regelung ergibt, bestehen. Die Anregung von Pinner: JW. 1930, 3679 (zum § 79 des Vorentwurfs), die den AufsR. formell von der Pflicht zur selbständigen Bilanzprüfung entbinden sollte, ist nicht übernommen. Tatsächlich wird sich in der Praxis eine Entlastung des AufsR. durch die Pflichtprüfung von selbst ergeben. Der AufsR. wird nämlich im allgemeinen seiner Pflicht zur Bilanzprüfung bereits durch eine pflichtgemäße Auswertung des Prüfungsergebnisses der Bilanzprüfer genügen. Es kommt aber stets auf die Verhältnisse des einzelnen Falles an.

5. Der Bestätigungsvermerk soll nach § 262 f

ergehen, ob nach pflichtmäßiger Prüfung auf Grund der Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie der vom Vorstand erteilten Aufklärungen und Nachweise die Buchführung, der Jahresabschluss und der Geschäftsbericht den gesetzlichen Vorschriften entsprechen.

Die Fassung lehnt sich an die englische Praxis an. Zunächst ist wichtig, daß der Vermerk stets einen positiven Inhalt haben muß. Es genügt nicht, etwa lediglich zum Ausdruck zu bringen, daß gegen den Jahresabschluss Bedenken vom Standpunkt der Prüfer nicht zu erheben sind. Andererseits ist eine objektive und apodiktische Bestätigung nicht erforderlich. Man kann von den Prüfern eine absolute Wahrheitsfindung nicht verlangen. Sie sollen vielmehr zur Entlastung ihres Gewissens auf die Unterlagen der Prüfung und auf das eigene pflichtmäßige Ermessen Bezug nehmen dürfen. — Die große praktische Bedeutung des Bestätigungsvermerks liegt auf der Hand. Unterbleibt der Vermerk, so kann das den Kredit des Unternehmens aufs schwerste gefährden. In der Öffentlichkeit wird das Unterbleiben vielfach als Indiz für das Vorhandensein von Unregelmäßigkeiten aufgefaßt werden. Die hierin liegenden Gefahren sucht die Nov. dadurch abzuschwächen, daß im Gegensatz zum Vorentwurf eine feste Formel nicht mehr vorgeschrieben wird. Nach englischem Muster soll es zulässig sein, den Vermerk nötigenfalls mit Einschränkungen zu erteilen. Der Vorstand wird auf diese Weise nicht in die Zwangslage versetzt, bei sachlichen Meinungsverschiedenheiten zwischen ihm und dem Prüfer ohne weiteres nachzugeben, um den Vermerk zu erhalten. Er kann es dem Prüfer überlassen, sein Gewissen durch einen einschränkenden Satz im Vermerk zu entlasten. Es wäre wohl auch eine Überspannung des Gedankens der Pflichtrevision, wollte man dem Prüfer in freitigen Bilanzierungstragen zum absoluten Herrn über die Verwaltung einsetzen.

6. Zu der Haftungsvorschrift des § 262 g, die den Beratungen über die Nov. z. VersAussG. (vgl. § 63)

ihre Neugestaltung verdankt, habe ich bereits in JW. 1930, 3687 ausführlich Stellung genommen. Neu ist hier nur, daß die Haftpflicht bei fahrlässigem Verhalten des Prüfers auf 100 000 RM statt auf 250 000 RM begrenzt worden ist. Durch Art. XIII ist übrigens für das VersAussG. im Interesse der Kongruenz der Gesetzgebung die entsprechende Konsequenz gezogen worden.

7. Nicht ausdrücklich geregelt sind die Rechtsfolgen, die sich ergeben, wenn eine Prüfung überhaupt nicht oder verspätet stattgefunden hat. Im Schrifttum war gelegentlich befürwortet worden, zu bestimmen, daß der Jahresabschluss von der GenVers. nicht verabschiedet werden dürfe, bevor der Prüfungsbericht der Bilanzprüfer vorliege. Das lehnt die Nov. als zu weitgehend ab. Eine solche Regelung würde zur Folge haben, daß damit u. U. der ganze Geschäftsbetrieb des Unternehmens zum Erliegen kommt. Daran hat aber kein Beteiligter ein Interesse. Schon das Unterbleiben des Bestätigungsvermerks bedeutet für die Gesellschaft eine so starke Schädigung ihrer Interessen, daß kaum damit zu rechnen ist, daß sich Gesellschaften willkürlich der vorgeschriebenen Pflichtprüfung entziehen. Im übrigen sieht § 262 b Abs. 4 ausreichende Garantien dafür vor, daß es tatsächlich zu einer Bestellung der Prüfer kommt. Wie oben unter Nr. 3 ausgeführt, ist freilich ein anderer Fall denkbar, in dem die Prüfung ebenfalls als nicht geschehen anzusehen ist, dann nämlich, wenn die Prüfung durch einen revisor inhabilis durchgeführt ist. Die Auslegungfrage, ob in solchen Fällen der Bilanzgenehmigungsbeschluß anfechtbar oder schlechthin nichtig ist, kann nach geltendem Recht zweifelhaft erscheinen. Es wird darauf ankommen, ob es sich bei den Pflichtprüfungsvorschriften um Bestimmungen handelt, die im öffentlichen Interesse gegeben sind. Daß der Schutz öffentlicher Interessen für die Einführung der Pflichtprüfung mit maßgebend gewesen ist, ist sicherlich nicht abzutreten. Gleichwohl ist die Pflichtprüfung doch vorwiegend eine interne Angelegenheit der Gesellschaft. Ich neige daher der Auffassung zu, die bloße Anfechtbarkeit des Beschlusses anzunehmen. Eine solche Rechtsfolge ist de lege ferenda hauptsächlich aus Gründen der Verkehrssicherheit zweifellos anzustreben. Im neuen Regierungsentwurf soll denn auch die Frage ausdrücklich in diesem Sinne entschieden werden. Im § 136 Nr. 1 heißt es, daß ein GenVersBeschluss nur dann nichtig ist, wenn er Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder vorwiegend im öffentlichen Interesse gegeben sind. Als solche Vorschriften sind, wie gesagt, die Bestimmungen über die Pflichtprüfung nicht anzusehen.

8. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Prüfers regelt der neue § 318a (Art. IX). Im Vorentwurf war nur die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht unter Strafe gestellt worden. In Anlehnung an § 137 des neuen VersAussG. wird nunmehr auch die unwahre und unvollständige Richterstattung durch den Prüfer mit Strafe bedroht, und zwar mit Gefängnisstrafe schlechthin, d. h. bis zu fünf Jahren. Diese zweifellos sehr strenge Regelung wird sich wohl praktisch als die stärkste Garantie für eine unabhängige und objektive Pflichtprüfung auswirken.

## B. Verwaltungsreform.

I. Für den Vorstand enthält Art. III der Nov. zwei neue wichtige Vorschriften.

1. Die Pflicht des Vorstandes zur fortlaufenden Berichterstattung an den AufsR. war schon in § 70 des Vorentwurfs vorgesehen. Die laufenden Berichte des Vorstandes sollen das Prüfungsmaterial des AufsR. erweitern. Das Charakteristische der Regelung ist darin zu erblicken, daß die Berichtspflicht auch dann besteht, wenn der AufsR. den Bericht nicht von sich aus anfordert. Von einer Aufzählung besonderer Berichtsgegenstände (etwa nach Art der für den Geschäftsbericht vorgesehenen Pflichtmitteilungen) ist abgesehen. Vorgeschrieben ist lediglich, daß sich solche Berichte über den Gang der Geschäfte und die Lage des Unternehmens auslassen müssen. Das Recht des AufsR. auf Berichterstattung, das nach § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB. jederzeit geltend gemacht werden kann, trägt ja ohnehin weiter und reicht aus, um allen auftretenden Bedürfnissen zu genügen. Neu ist, daß bei schriftlicher Berichterstattung jedes Einzelmitglied des

AussR. zur Einsichtnahme berechtigt ist. Das entspricht der Regelung, die § 262e Abs. 2 Satz 2 für den Prüfungsbericht der Bilanzprüfer vorsieht. Es soll, wie dies an vielen Stellen der Nov. zum Ausdruck kommt, allgemein verhindert werden, daß sich Mitglieder des AussR. gegenüber Regreßklagen auf den Einwand der Unkenntnis berufen. — Eine Veröffentlichung der laufenden Berichte durch die Gesellschaftsblätter ist bewußt nicht vorgeschrieben. Es würde sich das auf den Inhalt der Berichte nur ungünstig auswirken und damit den eigentlichen Zweck der Vorschrift gefährden.

2. Die Bestimmungen über die Kreditgewährung (§ 240a Nov.) sind gegenüber dem Borentwurf (§ 83), was den Personenkreis betrifft, eingeschränkt, gegenständlich dagegen wesentlich erweitert.

Die Geschäfte der AussR.-Mitglieder sind von der Genehmigungspflicht ausgenommen worden. Man muß anerkennen, daß für die meisten Mitglieder des AussR. und insbes. für Bankvertreter die ratio einer solchen Regelung nicht paßt, weil die Abgrenzung des echten personellen Kredits gegenüber einem Kredit, den die betreffenden Personen in ihrer Eigenschaft als Privatfirmen in Anspruch nehmen, großen praktischen Schwierigkeiten begegnet. Die Anregung von Pinner (ZB. 1930, 3776), die Vorschrift auch auf Aktionäre schlechthin zur Anwendung zu bringen, ist nicht nur als praktisch undurchführbar, sondern auch als wirtschaftlich unberechtigt angesehen worden. Die Vorschrift bezieht sich in ihrer neuen Gestalt ausschließlich auf den Vorstand. Dabei wird jedoch Umgehungsversuchen weitgehend vorgebeugt. Auch die Kreditgewährung durch angegliederte Unternehmungen wird von der Zustimmung des AussR. abhängig gemacht. Ferner gilt die Genehmigungspflicht auch für Kredite zugunsten des Ehegatten oder eines minderjährigen Kindes des Vorstandsmitgliedes oder zugunsten eines Dritten, der für dessen Rechnung handelt. Die Zustimmung des AussR. kann für gewisse Kreditgeschäfte oder Arten von Kreditgeschäften im voraus, jedoch nicht für länger als drei Monate, erteilt werden.

Der Rahmen der genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfte ist erweitert. Jede Art der Kreditgewährung wird getroffen, insbes. also auch Warenkredite und der Effektenkauf auf Kredit. Auch solche Kreditgeschäfte, die zwar formell für Rechnung der Gesellschaft tätigt werden, bei denen das Vorstandsmitglied aber nachweisbar von vornherein die (auch nur eventuelle) Absicht des Selbsteintritts gehabt hat, wird man nach dem Zweck der Vorschrift als genehmigungspflichtig ansehen müssen. Wird Kredit in der Form eines Darlehens gewährt, so hat der zustimmende Beschluß des AussR. Bestimmungen über die Verzinsung und Rückzahlung des Darlehens zu enthalten. Der Darlehensgewährung steht die Gestattung aller Entnahmen gleich, die über die einem Vorstandsmitglied zustehenden Vergütungen hinausgehen, insbes. auch die Gestattung von Vorstufen auf Vergütungen. Rückwirkende Kraft hat die Vorschrift nicht. Bestehende Debetkonten von Vorstandsmitgliedern werden mithin nicht getroffen. Wohl aber wird man es als eine neue Kreditgewährung ansehen müssen, wenn ein abgelassener Kredit prolongiert wird; der Verzicht auf die Geltendmachung eines Kündigungsrechts steht dabei m. E. einer Prolongation gleich.

Die Rechtswirkungen einer Verletzung des Verbots regeln sich für den Kreditnehmer nach den allgemeinen Vorschriften. Bei verweigertem Zustimmung ist das Rechtsgeschäft nichtig, weil es gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen würde. Unzulässigerweise gewährte Kredite können kondiziert werden. Das genehmigungspflichtige Geschäft wird erst mit der Erteilung der Zustimmung wirksam. Aber auch der kreditgewährende Teil macht sich, wenn er gegen die Vorschrift verstößt, haftpflichtig, und zwar nicht nur gegenüber der Gesellschaft, sondern auch unmittelbar gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft. Die gleiche Haftung ist den Mitgliedern des AussR. auferlegt, wenn mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten (vgl. § 249 Abs. 3 HGB.) Kredite gewährt werden, denen der AussR. seine Zustimmung nicht erteilt oder verweigert hat. Die Ansprüche gegen die kreditgewährenden Mitglieder der Verwaltung verjähren in fünf Jahren, während der Anspruch gegen den Kreditnehmer der allgemeinen Verjährung unterliegt.

II. Für den Aufsichtsrat sind nach der Nov. zwei Arten von Bestimmungen zu unterscheiden. Art. VIII, der die

mit der Neuwahl des AussR. zusammenhängenden Fragen regelt, ist seiner äußeren Form nach eine Übergangsvorschrift, während die Bestimmungen des Art. II als formelle Änderungen des HGB. aufgezogen sind. Dazu ist folgendes zu sagen: Die durch Art. VIII Abs. 3, 4 neu eingeführten Höchstgrenzen für die Gesamtmitgliedszahl des AussR. und für die Mandate, die ein einzelnes Mitglied in seiner Person vereinigen darf, sind vorläufig nur wegen ihres unmittelbaren Zusammenhanges mit den vorausgehenden Absätzen in die Übergangsregelung mit aufgenommen worden. Sie sollen später bei der Neugestaltung des gesamten Aktienrechts in die Dauerregelung an geeigneter Stelle mit aufgenommen werden. (Gleiches gilt übrigens auch für die Strafschärfungen im Art. IX Nr. 1.)

1. Die Vorschriften des Art. VIII enthalten materiell zweifellos die einschneidendsten Eingriffe in die Gestaltung des AussR. Im Borentwurf waren Bestimmungen dieser Art nicht enthalten.

Nach Abs. 1 treten alle Satzungsbestimmungen über die Zusammensetzung und Bestellung des AussR. und über die Vergütung der AussR.-Mitglieder mit Beendigung der nächsten ordentlichen GenVers. außer Kraft. In dieser GenVers. können neue Bestimmungen über diese Gegenstände mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden. Nach Abs. 2 erlöschen mit dem gleichen Zeitpunkt kraft Gesetzes sämtliche AussR.-Mandate. Beide Vorschriften gelten generell für alle Gesellschaften, nicht etwa nur, wie dies gelegentlich in Presseäußerungen angenommen ist, für solche Gesellschaften, bei denen der Mitgliedsbestand des AussR. zur Zeit 30 Personen übersteigt. Für die Frage des Zeitpunktes der Neuwahl und der sonstigen Beschlussfassungen ist maßgebend, ob der Bilanzstichtag vor dem Inkrafttreten des Art. VIII, d. h. vor dem 1. Oktober d. J. liegt. Ist daher das Geschäftsjahr zu einem früheren Zeitpunkt abgelaufen, so hat die Neuwahl usw., auch wenn die diesjährige ordentliche GenVers. noch nicht stattgefunden hat, erst in der nächstjährigen ordentlichen GenVers. zu erfolgen. Das ergibt der Wortlaut der Vorschrift eindeutig, denn er stellt auf das beim Inkrafttreten der Vorschrift „laufende“, nicht auf das „abgelaufene“ Geschäftsjahr ab. Daß die Abstimmung für die zur Beschlussfassung kommenden Satzungsänderungen erleichtert ist, erklärt sich mit der Notwendigkeit, zu verhindern, daß ein Vakuum in der Verfassung des AussR. eintritt. (Kommt übrigens gleichwohl ein Beschluß nicht zustande, so würden in einer etwaigen späteren GenVers. die für Satzungsänderungen im allgemeinen geltenden Beschlussfassungsvorschriften zugrunde zu legen sein.) Die Stimmrechtsaktien kommen voll zur Geltung. Für die Wahlen zum AussR. stellt das keine Abweichung gegenüber dem geltenden Rechtszustand dar; es widerspricht das insoweit auch nicht der Tendenz des Borentwurfs, der ja bekanntlich die Stimmrechtsaktien bei der AussR.-Wahl nicht ausschalten wollte. Daß auch für die Satzungsänderungen als solche gleichförmige Abstimmungsvorschriften vorgesehen sind, rechtfertigt sich wegen des engen Zusammenhangs, der zwischen der Neufestsetzung dieser Satzungsvorschriften mit dem Wahlakt selbst besteht. — Zum Abs. 2 ist noch hervorzuheben, daß er sich nur auf die „gewählten“ Mitglieder des AussR. bezieht; die Mitglieder des Betriebsrats werden mithin von der Vorschrift nicht getroffen, da sie „entsandt“ werden.

Nach der Neuwahl darf die Gesamtzahl der Mitglieder des AussR. nicht mehr als 30 betragen (Abs. 3). Hier sind die Betriebsratsmitglieder mitzurechnen, da nicht nur von den „gewählten“ Mitgliedern des AussR. gesprochen wird. Die Vorschrift wird insbes. bei größeren gemischtwirtschaftlichen Betrieben praktische Schwierigkeiten hervorrufen; das ist jedoch bewußt in Kauf genommen.

Abs. 4 bestimmt schließlich, daß zum Mitglied des AussR. nicht gewählt werden darf, wer bereits zwanzig Aufsichtsratsmandate innehat. Ausnahmen sind auch hier nicht zugelassen; Mandate bei abhängigen Gesellschaften oder Konzerngesellschaften sind folglich mitzuzählen, wenn es sich bei diesen Gesellschaften um Aktiengesellschaften oder Kommanditgesellschaften auf Aktien handelt. Andererseits bezieht sich die Vorschrift naturgemäß nur auf Mandate in deutschen Unternehmungen. Eine Société anonyme mit dem Hauptsitz in Paris, d. h. mit französischer Staatsangehörigkeit, kann als „Aktiengesellschaft“ i. S. des deutschen Rechtes nicht an-

gesehen werden. Das wird man naturgemäß selbst dann annehmen müssen, wenn (wie z. B. in der Schweiz) das ausländische Recht dem Namen nach ebenfalls von einer Aktiengesellschaft spricht. Auf die praktischen Beweisschwierigkeiten, die sich im Falle einer gegenteiligen Auslegung ergeben würden, braucht nicht näher eingegangen zu werden. Ist eine Wahl unter Verletzung der neuen Vorschrift vor sich gegangen, so ist sie, weil es sich um zwingendes Recht handelt, ipso jure ungültig, ohne daß es einer Anfechtung des Wahlbeschlusses bedarf (vgl. oben A. Nr. 3). Die Vorschrift des § 248 Abs. 3 HGB., die die passive Wählbarkeit zum AufsR. unter einem anderen Gesichtspunkt einschränkt, ist bisher im gleichen Sinne ausgelegt worden (vgl. Staub-Pinner § 248 Anm. 6). Die Ungültigkeit der Wahl wird nicht dadurch geheilt, daß in der Folgezeit durch Wegfall sonstiger Mandate die Höchstgrenze wieder unterschritten wird; bestätigt solchenfalls die GenVers. die Wahl, so kann die Bestätigung nur Wirkung ex nunc haben. Wie im Abs. 3 wird sicherlich auch die Regelung des Abs. 4 gewisse Schwierigkeiten in der Praxis heraufbeschwören. Immerhin handelt es sich um eine relativ sehr geringe Zahl von Persönlichkeiten, die von der Regelung umfaßt werden.

2. Nach § 244 a (Art. IV) erhält jedes Mitglied des AufsR. das Recht, unter Angabe des Zwecks und der Gründe die Einberufung des AufsR. durch dessen Vorsitzenden zu verlangen (die Regelung hat ein Vorbild im § 50 GmbHG.). Die Sitzung muß spätestens zwei Wochen nach der Einberufung stattfinden. Der mißbräuchlichen Ausnutzung des Einberufungsrechts ist durch Einführung einer Kostenvorschrift entgegengewirkt (Abs. 3). Der Anspruch der Gesellschaft auf Erstattung der Kosten kann freilich nur mit Zustimmung von dreiviertel der Gesamtzahl der AufsR.-Mitglieder geltend gemacht werden. Das selbständige Einberufungsrecht der Einzelmitglieder des AufsR. ist gegenüber dem Vorentwurf (§ 77) abgeschwächt. Ist nämlich ein Mitglied mit seinem Verlangen auf Einberufung nicht durchgedrungen, so kann es die Einberufung nur dann selbst bewirken, wenn das Verlangen von mindestens einem anderen Mitglied unterstützt wird.

Die Frage, was geschieht, wenn die Mehrzahl der AufsR.-Mitglieder in der von der Minderheit einberufenen Sitzung nicht erscheint, ist nicht besonders geregelt. Es bedurfte dieser Regelung wohl auch nicht, da praktisch sich die dissentierenden AufsR.-Mitglieder kaum der Gefahr aussetzen werden, daß von der Minderheit ohne ihr Zutun verbindliche Beschlüsse gefaßt werden.

3. Der § 246 HGB. war durch § 79 des Vorentwurfs in seiner Gesamtheit neu geregelt worden. Von den damaligen Vorschlägen des Vorentwurfs führt die Nov. nur diejenigen Änderungen ein, die sich auf das Informationsrecht der einzelnen AufsR.-Mitglieder beziehen. Das Recht auf Berichtserstattung besteht wie im Vorentwurf mit der Maßgabe, daß die Berichtserstattung nur an das Plenum des AufsR. als solches verlangt werden kann. Neu ist eine weitere Voraussetzung, von der das Recht auf Spezialauskunft abhängig gemacht wird. Die Auskunft kann nämlich bei Weigerung des Vorstandes nur dann verlangt werden, wenn das Verlangen mindestens von einem anderen Mitglied und bei einem AufsR. von 20 oder mehr Mitgliedern mindestens von zwei anderen Mitgliedern des AufsR. unterstützt wird. Diese Art der Regelung lehnt sich an die parlamentarischen Gebräuche an. Grund der Abschwächung ist auch hier, Mißbräuchen entgegenzuwirken.

Inhaltlich ist das Informationsrecht des AufsR. und seiner Mitglieder gegenüber dem Vorstand insofern erweitert, als auch über Beziehungen zu einer abhängigen Gesellschaft oder einer Konzerngesellschaft Auskunft verlangt werden kann (vgl. § 260 a Abs. 2). Für die Rechtsfolgen einer Verweigerung der Auskunft durch den Vorstand bewendet es bei den allgemeinen Grundsätzen (vgl. Staub-Pinner § 246 Anm. 7). Eine Möglichkeit, den Bericht im Klagewege zu erzwingen, besteht naturgemäß nicht, da es sich hier um das Verhältnis zweier Organe derselben Gesellschaft handelt.

III. Gemeinsam auf Vorstand und AufsR. beziehen sich die Strafschärfungen im Art. IX. Hier kann man wohl mit Recht von einer lex Nordwolle sprechen. An den strafrechtlichen Tatbeständen der Untreue (§ 312) und der Bilanz-

verschleierung (§ 314 Nr. 1) selbst ist nichts geändert. Es bleibt also im Falle des § 312 insbes. dabei, daß der bedingte Vorfall ausreicht.

Die Erleichterungen der Regreßnahme gegen Gründer und Mitglieder der Verwaltung (§§ 268—270) lehnen sich eng an die Vorschläge des Vorentwurfs an, bei dessen Kritik diese Vorschläge fast allgemein Billigung gefunden hatten. Die Erleichterungen bezwecken, die Schwierigkeiten auszuräumen, die sich einem Regreß unter dem geltenden Recht erfahrungsgemäß entgegengestellt haben. Im einzelnen ist folgendes zu sagen: In der Frage der Sicherheitsleistung ist der Standpunkt des RG. (RG. 123, 194 = JW. 1927, 637) zum Gesetz erhoben worden. Die Sicherheitsleistung kann künftig von der Minderheit nur dann verlangt werden, wenn der Beklagte glaubhaft macht, daß ihm auf Grund der Sondervorschrift des § 269 Abs. 5 oder von Vorschriften des bürgerlichen Rechts gegen die die Minderheit bildenden Aktionäre oder einzelne von ihnen ein Ersatzanspruch zusteht oder erwachsen kann. Art und Höhe der Sicherheitsleistung bestimmt das Gericht wie bisher nach freiem Ermessen. Neuerungen gegenüber dem geltenden Recht enthalten die Vorschriften des § 268 Abs. 1 Satz 2 und des § 269 Abs. 2 letzter Satz. Sind in einem Prüfungsbericht Tatsachen festgestellt worden, aus denen sich Ersatzansprüche gegen Gründer oder Mitglieder der Verwaltung ergeben, so soll die Geltendmachung der Ersatzansprüche auch schon von einer Minderheit verlangt werden können, die nur 5%, statt wie im Normalfall 10%, des Grundkapitals beträgt. Während ferner bisher die Aktien, die die Minderheit hinter sich hat, für die ganze Dauer des Rechtsstreits zu hinterlegen waren, kann jetzt das Prozeßgericht die vorzeitige Rücknahme der hinterlegten Aktie gestatten; die Handhabung dieser Vorschrift im Einzelfall bleibt dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts überlassen.

IV. Mit aufgenommen in die Nov. sind auch die Reformvorschläge des Vorentwurfs zum Problem der Prüfungskommissionen (§§ 266, 267). Sie bezwecken, wie die Begründung des Vorentwurfs (S. 108) ausführt, „die hier vorgesehenen Kontrollbefugnisse zu einem wirksamen und praktisch brauchbaren Wertzeug für den Schutz der Minderheit auszubauen“. Die Minderheit soll insbes. bei der Bildung und Besetzung der Kommissionen vor einer Entrechtung durch die Mehrheit bewahrt bleiben. Ferner sind die bisherigen strengen Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Antrags der Minderheit auf Bestellung der Sonderprüfer erleichtert worden. — Grundsätzlich klargestellt ist daneben die Frage, inwieweit die Einführung der Pflichtprüfung eine gegenständliche Einschränkung der der GenVers. eingeräumten besonderen Enqueterrechte bedingt. § 266 Abs. 1 Satz 1 bezieht sich bislang nicht nur auf Vorgänge bei der Gründung und der Geschäftsführung, sondern auch auf die Bilanz als solche. Dieser Rechtszustand bleibt bis zum Inkrafttreten der Pflichtprüfungsvorschriften bestehen (vgl. Art. XIII Abs. 3 Satz 1). Nach Inkrafttreten der Pflichtprüfung kommt dagegen die Möglichkeit, die Bilanz durch besondere Vertrauenspersonen prüfen zu lassen, in Wegfall, wobei die Ermägung maßgebend ist, daß eine zweimalige Revision des gleichen Jahresergebnisses entbehrlich erscheint.

V. In einigen Vorschriften der Nov. ist ebenso wie in anderen Fällen des bereits geltenden Rechts die Ausübung der Aktionärrechte davon abhängig gemacht, daß die Aktionäre während eines bestimmten Zeitraums Inhaber der Aktien gewesen sind. Für alle diese Fälle enthält Art. II eine generelle Ergänzungsvorschrift, die sich als ein Entgegenkommen an die Aktionäre charakterisiert. Dem wirklichen Rechtserberwerb vor Beginn der Frist werden gewisse Arten des Erwerbs gleichgesetzt, die sich dadurch kennzeichnen, daß dem Aktionär bereits die wirtschaftliche Verfügungsmacht über die Aktie zusteht. Ferner wird die Besitzzeit des Rechtsvorgängers zugunsten des Gesamterbschaftsnachfolgers berücksichtigt. Die kasuistische Aufzählung von Einzeltatbeständen, wie sie § 196 des Vorentwurfs in Anlehnung an § 38 AufwG. vorsah, ist fallen gelassen. Alle in Betracht kommenden Fälle sind von der Nov. in einer Generalformel zusammengefaßt.

VI. Zum Schluß mag noch kurz auf einen wichtigen Punkt hingewiesen werden, der freilich mit den Problemen der

Verwaltungsreform nicht unmittelbar zusammenhängt. Er betrifft das Depotstimmrecht der Banken. Es ist bisher in der Öffentlichkeit kaum erkannt worden, daß dies Problem im Zusammenhang mit der Veröffentlichung der aktienrechtlichen Nov. abschließend gesetzlich geregelt worden ist. Und zwar im Rahmen des Teiles der Nov. vom 19. Sept. d. J., der sich auf die Bankenaufsicht bezieht. Dem Kuratorium für das Bankgewerbe ist im § 6 Abs. 2 Satz 2 dieses Teiles die Ermächtigung erteilt worden, Grundsätze für die Bedingungen aufzustellen, unter denen Banken das Stimmrecht aus ihnen zur Aufbewahrung übergebenen Wertpapieren ausüben. Mit dieser Regelung scheidet dies umstrittene Problem für die Weiterbehandlung der Aktienrechtsreform endgültig aus.

## IV.

## Zur Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankaufsicht und über Steueramnestie vom 19. September 1931.

### I. Teil (Aktienrecht), Artikel I, II, VII und XI.

Von Rechtsanwalt Dr. Heinz Pinner, Berlin.

In den folgenden Ausführungen sollen die Artikel I, II, VII und IX einer Betrachtung unterzogen werden.

## A.

Artikel I: Erwerb eigener Aktien (§ 226) und Einziehung von Aktien (§ 227).

1. Die Frage des Erwerbs eigener Aktien hat durch die wirtschaftliche Entwicklung der letzten Zeit eine Bedeutung erhalten, die man ihr früher nicht beigelegt hat. Noch § 56 Entw. sah keine Veranlassung, an den bisherigen Bestimmungen des § 226 grundsätzlich etwas zu ändern (Schmölder: JW. 1930, 2625). Die wirtschaftliche Entwicklung der Folgezeit führte aber dazu, daß in steigendem Maße AktG. eigene Aktien erwarben. Bei fallenden Kursen hielten es die Verwaltungen der AktG. vielfach für ihre Pflicht, durch Aufnahme eigener Aktien dem nach ihrer Ansicht unberechtigten Kursrückgang entgegenzutreten. Sie konnten dies mit Recht tun, gestützt auf die Literatur insbes. Staub-Pinner § 226 Anm. 2, dessen Definition, daß regelmäßiger Geschäftsbetrieb, in welchem eigene Aktien nicht erworben werden sollten, nicht vorliege, wo unter einem Zwange gehandelt und Gewinn nicht erstrebt würde, wenn auch nicht allgemein anerkannt, so doch vielfach gebilligt wurde. Als schließlich die Deutsche Bank und Diskonto-Gesellschaft mitteilte, daß auch sie aus diesem Grunde einen namhaften Betrag eigener Aktien erworben habe, schien die theoretische Frage durch die Entwicklung praktisch geklärt. Gleichzeitig wurde man sich aber auch der Gefahren für das Unternehmen und seine Gläubiger bewußt, die sich aus dem Ankauf eigener Aktien ergeben mußten. Als dann LG. Chemnitz gegen die Schubert & Salzer AktG. durch ein — allerdings wenig überzeugend begründetes — Urteil einen Beschluß über den Ankauf eigener Aktien sogar für nichtig erklärte, ergab sich eine Beunruhigung, die dazu führte, die Lösung der Schwierigkeiten durch gesetzgeberische Maßnahmen zu versuchen. Man wird bezweifeln können, ob es richtig gewesen ist, diese Frage, die je nach der wirtschaftlichen Lage verschieden zu regeln sein wird, schon jetzt zu regeln, wo die Dinge noch im Fluß sind; andererseits kann man nicht verkennen, daß die großen Gefahren und die entstandene Rechtsunsicherheit auf eine Lösung drängten.

Während der bisherige § 226 negativ aussprach, daß eigene vollbezahlte Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetrieb außer im Falle der Einkaufskommission weder erworben noch zum Pfande genommen werden sollten und eigene Interimsscheine und eigene nicht voll bezahlte Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetriebe auch in Ausführung einer Einkaufskommission weder erworben noch zum Pfande genommen werden könnten, erlaubt der neue § 226 zunächst in positiver Fassung den Erwerb eigener Aktien und Interimsscheine zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft. Damit ist dem Streit über den Begriff des regelmäßigen Geschäftsbetriebes ein Ende gemacht. An die Stelle dieses Begriffs setzt die WD. den Begriff der „Abwendung eines schweren

Schadens“. Man wird nicht sagen können, daß die Wahl dieses Begriffs eine glückliche gewesen ist. Die offizielle Auslegung der Regierung der Presse gegenüber sagt, daß in der normalen Kurspflege die Abwendung eines solchen schweren Schadens nicht zu erblicken sei, wohl aber in der Abwehr ungerechtfertigter Baisseangriffe. Wenn das so gemeint war, so ist jedenfalls zu sagen, daß es in der gewählten Fassung nicht zum Ausdruck kommt. Im übrigen kann im Einzelfalle die Kurspflege sehr wohl dazu dienen, einen schweren Schaden abzuwenden. Was „Abwendung eines schweren Schadens“ ist, wird in Zukunft ebenso zweifelhaft werden, wie es in der Vergangenheit zweifelhaft war, was „regelmäßiger Geschäftsbetrieb“ bedeutet. Während aber regelmäßiger Geschäftsbetrieb ein Begriff war, der objektiv für alle Gesellschaften gleich war, verlangt der Begriff der Abwendung eines schweren Schadens die Beurteilung des jeweiligen Einzelfalles, wird also schwer zur Bildung einer einheitlichen Rechtsprechung führen können. Im Hinblick auf die (unten zu erörternden) Folgen einer Verletzung der neuen Vorschriften werden es sich die Verwaltungen der Gesellschaften sehr überlegen müssen, ob sie sich zum Ankauf eigener Aktien zur Abwendung eines schweren Schadens entschließen. Dies wäre kein Fehler, wenn die Abwendung nicht mit Sicherheit in nahezu allen Fällen dazu führen müßte, vom Ankauf der eigenen Aktien Abstand zu nehmen. Tatsächlich dürfte also diese Vorschrift, die den Erwerb eigener Aktien unter bestimmten Voraussetzungen erlauben sollte, und die auch notwendig und gerechtfertigt erscheint, nicht zu dem gewünschten Erfolge führen, weil das Risiko bei der Beurteilung, ob es gilt, einen schweren Schaden abzuwenden, für die Verwaltungen ein zu erhebliches ist.

In Zukunft ist es also der AktG. gestattet, eigene Aktien oder Interimsscheine — und zwar im Gegensatz zu den bisherigen Bestimmungen gleichgültig, ob voll bezahlte oder nicht voll bezahlte — zu erwerben, wenn es zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft notwendig ist. Erwirbt die Gesellschaft eigene Aktien oder Interimsscheine zu diesem Zwecke, so darf der Gesamtneubetrag der zu erwerbenden Aktien oder Interimsscheine 10% oder einen von der Reichsregierung etwa festgesetzten niedrigeren Hundertsatz des Grundkapitals nicht übersteigen. Wenn man den Erwerb von der Voraussetzung der Abwendung eines schweren Schadens abhängig macht und diese Voraussetzung nur unter ganz besonderen Umständen, insbes. nicht im Rahmen der normalen Kurspflege für gegeben ansehen wollte, hätte es wohl der Beschränkung auf einen Prozentsatz des Kapitals nicht mehr bedurft. Bei der jetzigen Regelung besteht die Gefahr, daß der zugelassene Prozentsatz im Einzelfalle nicht ausreicht, den drohenden schweren Schaden abzuwenden.

Abgesehen von dem Fall der Abwendung eines schweren Schadens ist der Erwerb eigener Aktien — in diesem Falle aber nur voll bezahlter — nur gestattet

1. in Ausführung einer Einkaufskommission in unbeschränkter Höhe.
2. zum Zwecke der Einziehung, falls der Gesamtneubetrag der zu erwerbenden Aktien mit anderen eigenen Aktien, die der Gesellschaft bereits gehören, 10% oder einen etwa von der Reichsregierung festgesetzten niedrigeren Hundertsatz des Grundkapitals nicht übersteigt; als zur Einziehung erworben gelten Aktien nur, wenn sie auch tatsächlich binnen sechs Monaten nach Erwerb eingezogen werden.

Verwaltungen, die eigene Aktien zum Zwecke der Einziehung erwerben, werden sich bewußt sein müssen, wenn sie sich nicht den Folgen unerlaubten Erwerbes eigener Aktien aussetzen wollen, daß sie unter allen Umständen die Einziehung binnen sechs Monaten nach Erwerb vornehmen lassen müssen, auch wenn sich inzwischen die Umstände geändert haben, z. B. wenn es unmöglich gewesen ist, die volle Summe der Aktien, die man eigentlich einziehen wollte, zu erwerben.

Welche Folge es hat, wenn die Verwaltung Aktien zum Zwecke der Einziehung erwirbt, die GenVers. die Einziehung aber ablehnt, ist in der WD. nicht gesagt. Man wird nicht annehmen können, daß in einem solchen Falle die Regelfolgen des unzulässigen Aktienerwerbes eintreten, wenn seitens der Verwaltung alles getan ist, um die Einziehung herbeizuführen. Der Verkauf eigener Aktien ist wie nach bis-

herigem Recht (Staub-Pinner § 226 Anm. 8) zulässig. Es kann also z. B. die Verwaltung Aktien, die sie zur Abwendung schweren Schadens erwarb, wieder veräußern. Veräußert sie aber Aktien, die unzulässigerweise erworben wurden, so bleiben die Folgen, die der unzulässige Erwerb nach sich zieht, bestehen. Veräußert sie sie zu besseren Kursen als sie sie erwarb, so wird im allgemeinen kein Schaden entstanden sein, und es entfällt dann die sonst eintretende Ersatzpflicht.

Im übrigen darf die Gesellschaft eigene voll bezahlte Aktien nicht erwerben; eigene Interimscheine und eigene nicht voll bezahlte Aktien darf sie, abgesehen von dem Fall der Abwendung eines schweren Schadens, überhaupt nicht erwerben. „Darf nicht“ bedeutet nach dem Sprachgebrauch der Gesetze nicht, daß ein Verstoß gegen das Verbot unbedingt die Folge hat, sondern nur dann, wenn sich diese Folge anderweitig ergibt (Staudinger § 134 Anm. 6b; Staub-Pinner § 179 Anm. 4, § 184 Anm. 2; Goldschmit § 179 Anm. 5). Vorliegend ist bestimmt, daß ein Erwerb eigener Aktien unter Verstoß gegen § 226 Abs. 1 der Wirksamkeit nicht entbehrt, es sei denn, daß es sich um den Erwerb nicht voll bezahlter Aktien handelt. Dieser ist also nichtig, während jener gültig ist, so daß die Gesellschaft Eigentümerin der Aktien wird. Hierbei ist jedoch auf die Rechtsprechung und Literatur (insbes. RG.: JW. 1930, 3732 und Nordf. 1931, 175) zu verweisen, wonach der Ankauf von Aktien vom Zeichner oder Übernehmer wegen Verstoß gegen § 213 nichtig sein kann. Soweit von der Literatur und Judikatur auch im Ankauf eigener Aktien von einem späteren Aktionär ein Verstoß gegen § 213 erblickt wird, kann dieser Ansicht nicht beigetreten werden (vgl. Staub-Pinner § 213 Anm. 1 u. 2). Gegenüber den nach § 226 jetzt positiv erlaubten Ankaufsfällen kommt die Vorschrift des § 213 nicht mehr zur Anwendung, weil man insoweit in dem neuen § 226 eine Abänderung des § 213 zu erblicken hat. Für den Fall des unerbauten Ankaufs von Aktien ist § 213 jedoch zu beachten, so daß, obschon § 226 bei unerlaubtem Erwerb eigener voll bezahlter Aktien diesen rechtswirksam sein läßt, die Möglichkeit einer Nichtigkeit aus § 213 bestehen bleibt.

Dem Erwerb in jeder Hinsicht gleichgestellt ist — wie bisher — die Pfandnahme, ferner neu der Erwerb solcher Aktien, die ein anderer für Rechnung der Gesellschaft oder unter Übernahme einer Kursgarantie durch die Gesellschaft erworben hat. Die Grundanschauungen, denen diese neue Gleichstellung entspringt, sind schon im Entw. §§ 41, 93 Abs. 6 enthalten und in den erläuternden Bemerkungen (Erl. S. 119 f.) und von Quassowski: JW. 1930, 2618 f. behandelt. Mit Recht wird durch diese Gleichstellung eine Umgehung der Vorschriften über den Erwerb eigener Aktien dadurch, daß die Gesellschaft sie nicht selbst erwirbt, sondern sie auf ihre Rechnung oder unter ihrer Kursgarantie durch Dritte erwerben läßt, verhindert.

Neu gegenüber dem bisherigen Rechtszustande, aber ganz ähnlich schon in § 56 Abs. 2 Entw. enthalten, ist die Vorschrift, daß eine abhängige Gesellschaft, d. h. eine Gesellschaft, die auf Grund von Beteiligungen oder in sonstiger Weise unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluß einer AktG. oder einer KommGes. auf Aktien steht, Aktien und Interimscheine der herrschenden Gesellschaft nur unter Beachtung der Bestimmungen über den Erwerb eigener Aktien erwerben oder zum Pfand nehmen und auch Aktien der herrschenden Gesellschaft nicht zeichnen darf, wobei eine trotzdem erfolgende Zeichnung gültig bleibt. Verletzungen dieser Vorschriften haben dieselben Folgen wie die Verletzungen der Vorschriften über den Ankauf eigener Aktien. Bereits unter dem bisherigen Recht hatte RG. 108, 41 eine Verletzung des § 226 bejaht in einem Falle, in dem eine AktG. sich im Besitz nahezu sämtlicher Rufe zweier Gewerkschaften befand, und in dem bei einer Kapitalerhöhung der AktG. die neuen Aktien den Gewerkschaften überlassen wurden. Der Standpunkt hatte seinerzeit nahezu allgemeine Ablehnung erfahren (vgl. Staub-Pinner § 226 Anm. 1) und war vom RG. 115, 223 ausdrücklich aufgegeben. Jetzt erfolgt die Neuregelung aus Erwägungen, die der Entsch. RG. 108, 41 zugrunde lagen. Die rechtliche Verschiedenheit der Rechtspersönlichkeiten bleibt außer Betracht; es wird auf der wirtschaftlichen Seite abgestellt. Mit dieser Bestimmung

ist eine Änderung von erheblicher Bedeutung erfolgt. Die vielfach und nicht immer zum Vorteil des Unternehmens geübte Praxis der Zeichnung und des uneingeschränkten Erwerbes von Aktien der Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft — jetzt abhängige Gesellschaft genannt — hat ihr Ende gefunden. Daß es entsprechend der bisherigen Rechtslage (Staub-Pinner § 189 Anm. 25) dabei geblieben ist, daß eine einmal erfolgte Zeichnung gültig bleibt, ist zu begrüßen. Wenn der abhängigen Gesellschaft gestattet ist, Aktien oder Interimscheine der herrschenden Gesellschaft nach Maßgabe der für den Erwerb eigener Aktien vorgesehenen Bestimmungen zu erwerben und es für diesen Erwerb auf einen Prozentsatz des Grundkapitals ankommt, so ist damit m. E. das Grundkapital der abhängigen Gesellschaft und nicht das der herrschenden gemeint (a. A. Flechtheim: BankArch. XXXI, 13). Dies ergibt der Wortlaut der Bestimmung, der für die abhängige Gesellschaft für den Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft die Vorschriften über den Erwerb eigener, d. h. also ihrer eigenen Aktien, angewendet wissen will. Von ihren eigenen Aktien dürfte aber die abhängige Gesellschaft, soweit es auf einen Prozentsatz ankommt, lediglich den im § 226 erwähnten Prozentsatz ihres eigenen Grundkapitals erwerben. Die gegenteilige Ansicht würde auch in dem Regelfalle, in dem das Grundkapital der herrschenden Gesellschaft das bei weitem größere ist, zu dem nicht zu billigen Ergebnis führen, daß die abhängige Gesellschaft, die trotz ihrer Abhängigkeit immer noch eine selbständige juristische Persönlichkeit bleibt, Aktien der herrschenden Gesellschaft in einem im Verhältnis zu ihrem Kapital außergewöhnlichen Umfange erwerben dürfte, was dem Sinn und Zweck der neuen Vorschrift nicht entsprechen würde. Selbstverständlich dürfen herrschende und abhängige Gesellschaften zusammen nur 10% des Kapitals der herrschenden Gesellschaft an eigenen Aktien erwerben.

Stimmrecht und Dividendenanspruch aus eigenen Aktien, die der Gesellschaft gehören, ruhen; dies ist eine Sanktionierung der schon nach bisherigem Recht herrschenden Ansicht (Staub-Pinner § 226 Anm. 4), die im Entwurf noch nicht allgemein, sondern nur für gebundene Aktien bezüglich des Stimmrechts (§ 93 Abs. 6 Entw.) enthalten war. Ebenso ruhen Stimmrecht und Dividendenanspruch aus Aktien, die einem anderen für Rechnung der Gesellschaft gehören. Nicht ausdrücklich erwähnt sind an dieser Stelle die Aktien, die ein Dritter zwar nicht für Rechnung der Gesellschaft, aber unter Übernahme einer Kursgarantie durch sie erworben hat. Man wird aber annehmen müssen, daß diese Aktien, die im übrigen den für Rechnung der Gesellschaft erworbenen Aktien gleichstehen, ihnen auch bezüglich des Stimm- und Dividendenrechts gleichgestellt sind. Hingegen besteht Stimm- und Dividendenrecht für die im Besitz einer abhängigen Gesellschaft befindlichen Aktien. Entw. hat es abgelehnt, hier eine gesetzliche Neuregelung zu schaffen (Erl. S. 126). Es bleibt also hier bei dem bisherigen Zustand, nach welchem ein Dividenden- und Stimmrecht derartiger Aktien, soweit nicht § 252 Abs. 3 in Frage kommt, zu bejahen ist (RG. 103, 64; 115, 253). Vielleicht wäre es zweckmäßiger gewesen, gerade aus den Gesichtspunkten heraus, die die Erl. S. 126 für die Gleichstellung des Erwerbes von Aktien der Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft mit dem Erwerb eigener Aktien angeben, auch die Frage des Stimm- und Dividendenrechts einheitlich zu regeln.

2. Die Zulässigkeit der Einziehung von Aktien (§ 227) ist ebenfalls völlig neu geregelt. Bereits § 57 Entw. sah eine Neuregelung, die insbes. die Lösung einer Reihe von Streitfragen betreffend den bisherigen Rechtszustand erstrebte, vor (Erl. S. 127). Die jetzt erfolgte Neuregelung geht noch weiter als der Entwurf.

Zunächst ist grundsätzlich bestimmt, daß die Einziehung von Aktien zwangsweise oder nach Erwerb durch die Gesellschaft gestattet ist, wobei für die Zwangseinziehung Voraussetzung ist, daß sie in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder durch eine vor Zeichnung oder Übernahme der Aktien erfolgte Änderung zugelassen ist. Eine grundlegende Änderung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand ist also dadurch entstanden, daß im Falle freiwilliger Einziehung es in Zukunft keiner Satzungsbestimmung, die sie zuläßt, mehr bedarf. Dadurch, daß jetzt die freiwillige Einziehung als eine

solche nach Erwerb der Aktien definiert worden ist, ist im Gesetz selbst festgestellt, daß nicht nur der Ankauf von Aktien, sondern jede Art des Erwerbes in Frage kommt, wie dies bisher schon Ansicht der Praxis war.

Während bisher bei der Einziehung von Aktien die Vorschriften über Kapitalherabsetzung beachtet werden mußten mit der einzigen Ausnahme, falls die Einziehung aus dem bilanzmäßigen Reingewinn erfolgte, ist jetzt die Beachtung der Form der Kapitalherabsetzung auch unnötig, wenn es sich um unentgeltlich zur Verfügung gestellte Aktien handelt oder die Einziehung zu Lasten eines Reservefonds geschieht — letzteres war auch bisher schon, zumindest für die freiwilligen Reservefonds, herrschende Ansicht, während es für die satzungsmäßigen Reservefonds bestritten war (Staub-Pinner § 227 Anm. 12) — oder wenn es sich schließlich um die Einziehung solcher Aktien handelt, die von der Gesellschaft nach § 226 Abs. 1 Ziff. 2 zum Zwecke der Einziehung erworben sind. In allen anderen Fällen sind die Vorschriften über die Kapitalherabsetzung zu beachten.

Diese Neuregelung läßt die Frage aufwerfen, ob es jetzt noch zulässig ist, daß eine Gesellschaft nach § 288 eine Kapitalherabsetzung durch entgeltliche Einziehung von Aktien in einer 10% des Grundkapitals übersteigenden Höhe vornimmt. In dem bisher erschienenen Schrifttum zur *NotW.D.* vertritt *Flechtheim a. a. D. S. 16* den Standpunkt, daß dies unter allen Umständen unzulässig sei, während *Grau: Deutsch. Volksw. 1931, 1749* sich für den Fall, daß die Einziehung zu Lasten eines Reservefonds erfolgt, für die Zulässigkeit ausspricht. Über den von *Grau* erwähnten Fall hinaus könnte man auch an den Fall denken, daß eine *GenVers.* beschließt, das Kapital durch entgeltliche Einziehung von Aktien in einem höheren Prozentsatz als 10% herabzusetzen, und die Frage stellen, ob dann der Vorstand berechtigt ist, die Aktien zu erwerben und zur Einziehung zu bringen. Die Berufung auf den *GenVers.*Beschluss allein würde im Hinblick auf § 227 a i. Verb. m. § 241 Abs. 4 nichts nützen. Der Zweck der Regelung der §§ 226, 227 ist aber zu verhindern, daß Zahlungen über das gesetzlich erlaubte Maß hinaus an die Aktionäre zum Nachteil der Gläubiger erfolgen. Diesem Sinn würde in dem letztangeführten Fall nicht zuwidergehandelt werden, da, wie auch nach bisherigem Recht (*Staub-Pinner § 289 Anm. 10*), der Preis für die Aktien an die Aktionäre erst nach Ablauf des Sperrjahres gem. § 289 gezahlt werden dürfte. Auch in dem von *Grau* behandelten Falle würde gegen diesen Sinn nicht verstoßen werden (*a. U. Flechtheim a. a. D.*); denn über einen freiwilligen oder satzungsmäßigen Reservefonds kann die *GenVers.* stets nach Maßgabe der Satzung ohne Rücksicht auf die Gläubiger verfügen. Etwasige Interessen von Aktionären wären aber genügend durch die Möglichkeit einer Anfechtungsklage oder gegebenenfalls einer Klage aus § 826 *BGB.* geschützt. Auch die Fassung des § 227 Abs. 2 spricht für die Möglichkeit; denn wenn grundsätzlich gesagt ist, daß die Einziehung nach den Vorschriften über die Herabsetzung des Grundkapitals zu erfolgen habe und hiervon Ausnahmen gemacht werden, so ist daraus zu schließen, daß, wenn diese Ausnahmen nicht vorliegen, z. B. also mehr als 10% eingezogen werden sollen, dies nach den Vorschriften über die Herabsetzung des Grundkapitals möglich sein sollte. Andererseits ist aber nicht zu verkennen, daß im Gegensatz zum bisherigen Recht die §§ 226, 227 sowohl dadurch, daß die Einziehung im § 227 auf den Erwerb, der im § 226 geregelt ist, abgestellt ist, als auch dadurch, daß die Bestimmungen des § 226 Abs. 1 Ziff. 2 und des § 227 Abs. 2 Ziff. 3 miteinander korrespondieren, in Zusammenhang gebracht sind. Man wird daher unter Erwerb i. S. des § 227 nur einen nach § 226 erlaubten Erwerb verstehen können. § 226 gestattet aber zum Zwecke der Einziehung nur einen Erwerb von höchstens 10%. So viele wirtschaftliche Erwägungen also auch dafür sprechen mögen, daß eine Kapitalherabsetzung durch entgeltliche Einziehung von Aktien auch in größerem Umfange als 10% zulässig sein müßte — es handelt sich in solchen Fällen ja nahezu ausnahmslos um dringende Sanierungsfälle, für die das Fehlen dieser Möglichkeit sich außerordentlich unangenehm bemerkbar machen wird —, so wird man doch nach dem Aufbau des Gesetzes die Zulässigkeit verneinen müssen. Wie oben bereits erwähnt ist, daß § 226

in gewissem Umfange eine Änderung des § 213 zur Folge hat, so ist hier festzustellen, daß § 227 in gewisser Weise § 228 abändert insofern, als er die bisherige Möglichkeit der unbeschränkten Kapitalherabsetzung durch entgeltliche Einziehung von Aktien ausschließt. Zu beachten ist aber, daß die vorstehenden Ausführungen nur für den Fall der entgeltlichen Einziehung gelten. Unentgeltlich zur Verfügung gestellte voll bezahlte Aktien können in unbeschränkter Höhe eingezogen werden. Weber enthält § 227 Abs. 2 Ziff. 1 eine ähnliche Beschränkung wie Ziff. 3, noch wird überhaupt der in jeder Hinsicht unbedenkliche (*Wrodmann §§ 226 Anm. 1a*) unentgeltliche Erwerb eigener voll bezahlter Aktien den Vorschriften des § 226 zu unterwerfen, vielmehr grundsätzlich als gestattet anzusehen sein (*Flechtheim a. a. D. S. 13*).

Die Neuregelung des § 227 klärt auch die bisherige Streitfrage, ob die Durchführung einer Einziehung, die nicht nach den Vorschriften der Kapitalherabsetzung erfolgt, reiner Verwaltungsakt ist (*Staub-Pinner § 227 Anm. 9*) oder in jedem Falle eines *GenVers.*Beschlusses bedarf (*Wrodmann § 227 Anm. 3e*), dahin, daß es in allen Fällen eines *GenVers.*Beschlusses bedarf, es sei denn, daß es sich um eine im Gesellschaftsvertrage angeordnete Zwangseinziehung handelt. Bei dem *GenVers.*Beschluß, der jetzt für die Fälle des § 227 Abs. 2 Ziff. 1—3 im Falle der Einziehung nach Erwerb durch die Gesellschaft sowie für den in § 227 Abs. 1 vorgesehenen Fall der im Gesellschaftsvertrag gestatteten Zwangseinziehung vorgeschrieben ist, ist ausdrückliche Anündigung des Gegenstandes gem. § 256 Abs. 2 angeordnet. Ferner ist bestimmt, daß der Beschluß der einfachen Stimmenmehrheit bedarf, der Gesellschaftsvertrag jedoch für die Beschlussfassung noch andere Erfordernisse aufstellen könne. Bei der Beschlussfassung haben die einzuziehenden Aktien, wenn die Gesellschaft sie schon erworben hat, nach § 226 Abs. 5 kein Stimmrecht. Befinden sie sich, wie im Falle der in der Satzung gestatteten Zwangseinziehung, noch im Eigentum der Aktionäre, so sind sie stimmberechtigt. Das bisher von *Staub-Pinner § 252 Anm. 26* hiergegen geäußerte Bedenken, das darauf beruhte, daß nach den bisherigen Vorschriften die Einziehung ein Verwaltungsakt sei, wird infolge der Gesetzesänderung nicht mehr geäußert werden können.

Jede Einziehung führt jetzt, auch wenn sie nicht in der Form der Kapitalherabsetzung erfolgt, zur Ermäßigung des Grundkapitals. Damit ist die alte Streitfrage hierüber im Sinne der von *Staub-Pinner, § 227 Anm. 7*, vertretenen Ansicht erledigt. In die Passiven der Jahresbilanz ist als Reservefonds bei Einziehung unentgeltlich zur Verfügung gestellter Aktien oder Einziehung zu Lasten des Reingewinnes oder eines Reservefonds der Nennbetrag der eingezogenen Aktien, im Falle der Einziehung von zum Zwecke der Einziehung erworbenen Aktien der buchmäßig erzielte Gewinn einzustellen. Auch diese Vorschrift erledigt eine alte Streitfrage (vgl. *Staub-Pinner, § 227 Anm. 13*, der für das bisherige Recht der Ansicht war, daß eine Verbuchung als gesetzlich notwendiger Reservefonds nicht erforderlich sei). Die Vorschrift führt zur Einführung eines gesetzlichen Reservefonds, der seiner Natur nach zwischen dem gesetzlichen Reservefonds des § 262 und dem freiwilligen Reservefonds steht. Seine Auflösung ist jederzeit zulässig, auch ohne daß ein Bilanzverlust vorzuliegen braucht, jedoch darf sie nur unter Beachtung der Vorschriften des § 289 erfolgen. Die Vorschrift dient dem berechtigten Interesse der Gläubiger (*Ullmann: JW. 1930, 2636*). Man wird der Befreiung der drei behandelten, in § 227 Abs. 2 Ziff. 1—3 erwähnten Einziehungsarten von den Formerfordernissen der Kapitalherabsetzung allzu große Bedeutung nicht beizumessen haben; denn wenn auch zunächst die Einziehung erleichtert ist, so kann die Gesellschaft, sobald sie die Bindung des Gesellschaftsvermögens in Höhe der eingezogenen Aktien aufheben will oder muß — und das wird bei der weit überwiegenden Mehrheit der Fälle sein — dies nur unter Erfüllung der Gläubigerschutzvorschriften, so wie sie bei der Kapitalherabsetzung vorgesehen sind. In Höhe von 10% des Aktienkapitals sind allerdings die Gläubiger der Gesellschaft in den Fällen der §§ 226 Abs. 2 Ziff. 2 und 227 Abs. 2 Ziff. 3 schlechter gestellt, weil inoweit Zahlungen an die Aktionäre ohne Innehaltung der Gläubigerschutzvorschriften des § 289 erfolgen können. Für diese Fälle sieht aber die Neuregelung vor, daß denjenigen Gläubigern, deren For-

derungen vor der Bekanntmachung der Eintragung des Einziehungsbeschlusses begründet sind, Sicherheit zu leisten ist, falls sie nicht Befriedigung erlangen können, wenn sie sich innerhalb von drei Monaten zu diesem Zwecke melden. Diese Bestimmung, die im Entw. noch nicht enthalten war, findet ihre Rechtfertigung in den eben behandelten Erwägungen, daß durch die Zahlung des Kaufpreises seitens der Gesellschaft an ihre Aktionäre, auch wenn vorgeschrieben ist, daß der Buchgewinn als Reservefonds zu verbuchen ist, das dem Zugriff der Gläubiger unterliegende Vermögen tatsächlich geschmälert ist.

Der Einziehungsbefehl sowie die erfolgte Ermäßigung sind vom Vorstand zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden (so schon bisher Staub-Pinner, § 227 Anm. 15).

3. Zu dem neuen § 227a wird die Verantwortlichkeit der Verwaltung für Verstöße gegen die §§ 226 und 227 geregelt. Es wird die Verpflichtung der Vorstandsmitglieder zum Ersatz festgestellt, wenn sie gegen die Verpflichtungen der genannten Paragraphen handeln. Mit Ersatz ist auch hier wie in § 241 nichts anderes gemeint als die Verpflichtung zum Ersatz des durch die rechtswidrige Handlung entstandenen Schadens. Ist kein Schaden entstanden, so entfällt die Ersatzpflicht (Staub-Pinner, § 241 Anm. 9; Heinz Pinner: *JW.* 1930, 2799). Ersatzpflicht der Aufsichtsratsmitglieder ist dann gegeben, wenn mit ihrem Wissen und ohne ihr Einwirken seitens des Vorstandes Verletzungen der §§ 226 u. 227 erfolgen. Schließlich werden für die Geltendmachung der Ersatzpflicht die Vorschriften des § 241 Abs. 4 u. 5 für anwendbar erklärt, d. h. der Ersatzanspruch kann auch von Gläubigern geltend gemacht werden, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erhalten. Es wird die Ersatzpflicht den Gläubigern gegenüber nicht durch einen Verzicht der Gesellschaft oder Berufung auf einen GenVers. aufgehoben. Die Verjährungsfrist beträgt fünf Jahre. Die Haftungsvorschriften sind also, insbes. weil auch die Gläubiger zu ihrer Geltendmachung aktivlegitimiert sind, nicht leicht.

#### B.

Art. II bringt durch Einführung des § 230 a, der sich an den § 196 Entw. anschließt, für die Fälle, in denen das Gesetz den Nachweis verlangt, daß der Aktionär während bestimmter Zeit Inhaber der Aktien gewesen ist, wesentliche Erleichterungen für diesen. Einmal wird nunmehr ausdrücklich festgestellt, daß, wie die Praxis insbes. seit der Einführung des Sammeldepots es schon angenommen hatte (Staub-Pinner, § 266 Anm. 12), dem Eigentum an Aktien der Anspruch auf Übereignung gegen eine Bank gleichsteht. Darüber hinaus aber wird dem derzeitigen Aktionär auch die Besitzzeit des Rechtsvorgängers zugerechnet, wenn es sich um unentgeltlichen Aktienerwerb durch Gesamtrechtsnachfolge — letzteres wurde von der Praxis auch schon bisher angenommen (Staub-Pinner, § 266 Anm. 12) — im Wege der Auseinandersetzung einer Gemeinschaft oder von seinem Treuhänder handelt. Diese Vorschrift, die der des § 38 AufwG. ähnelt (Schmölder: *JW.* 1930, 2632), ist für die Praxis nur zu begrüßen. Sie beseitigt Zweifel und Härten.

#### C.

Im Art. VII werden durch die Änderungen der §§ 266 bis 270 wesentliche Erleichterungen für die Rechte der Minderheit in bezug auf die Einsetzung von Revisoren — jetzt Prüfer genannt — und auf die Geltendmachung von Regressansprüchen gegen die aus der Gründung verpflichteten Personen und gegen die Verwaltung geschaffen. Die Änderungen beschränken sich im wesentlichen mit den in §§ 129—134 Entw. vorgesehenen; neu hinzugekommen gegenüber dem Entwurf ist insbes. die wichtige Bestimmung des § 267 Abs. 2.

1. Nach § 266 kann die GenVers. wie bisher mit einfacher Stimmenmehrheit Prüfer bestellen zur Prüfung der Vorgänge bei der Gründung oder Geschäftsführung. Die Prüfung der Bilanz ist in § 266 im Hinblick auf die Schaffung der besonderen Bilanzprüfer in Fortfall gekommen (Schmölder: *JW.* 1920, 2630). Da jedoch der die Bilanzprüfung behandelnde Art. VI — gemäß Art. XIII — erst zu einem von der Reichsregierung noch zu bestimmenden Termin in Kraft tritt, tritt auch eine Änderung des § 266 Abs. 1 Satz 1 erst zu jenem Zeitpunkt in Kraft. Neu ist in § 266

Abs. 1 die im Hinblick auf die Erfahrungen des Savag-Falles getroffene Bestimmung, daß Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats für sich und in Vertretung anderer vom Stimmrecht ausgeschlossen sind, wenn die Prüfung sich auf mit der Entlastung der Verwaltung oder der Einleitung eines Rechtsstreits zwischen ihr und der Gesellschaft in Zusammenhang stehende Vorgänge erstrecken soll. Die Fassung dieser Vorschrift ist gegenüber der Fassung § 129 Entw., der das Stimmrecht ausschloß, wenn die Prüfung sich auf die Entlastung oder Einleitung eines Rechtsstreits beziehen sollte, verbessert; sie nimmt die Entscheidung der sonst sicherlich aufgetauchten Streitfrage, ob das Stimmrecht auch bei Beschlussfassung über Prüfungen, die sich nicht direkt auf Entlastung oder Prozeßeinleitung erstrecken, sondern auf Vorgänge, die damit in Zusammenhang stehen, ruhen soll, vorweg. Nach dem bisherigen Recht war die Zulässigkeit des Mitstimmens seitens der Verwaltung von der herrschenden Praxis angenommen worden (Staub-Pinner, § 266 Anm. 1). Das Minderheitsrecht von 10% des Grundkapitals, bei Ablehnung eines Antrages auf Bestellung von Prüfern durch die Generalversammlung beim Gericht den Antrag auf Bestellung von Prüfern zu stellen, ist unverändert geblieben. Neu ist die — auf Vorschlägen der Kommission des *DZ.* und des *DAB.* beruhende — Vorschrift, daß die gleiche zehnprozentige Minderheit das Recht hat, falls die GenVers. Prüfer bestellt hat, ihrerseits beim Gericht die Bestellung anderer Personen zu Prüfern zu beantragen. Bisher konnte das Recht der Minderheit, die Bestellung von Prüfern zu verlangen, leicht dadurch illusorisch gemacht werden, daß die Mehrheit den Antrag aufnahm und durch die GenVers. ihr genehme Prüfer bestellen ließ, wogegen die Minderheit machtlos war. Dies verhindert die neue Regelung. Die Minderheit, die den Antrag auf Bestellung anderer Prüfer stellt, braucht nicht identisch zu sein mit der Minderheit, die den Antrag auf Bestellung von Prüfern in der GenVers. gestellt hat. (Antworten des *DAB.* auf die Fragen des *RZM.* zur Reform des Aktienrechts — im folgenden *AntwDAB.* zit. — I, 173). Um über mehrere etwa gestellte Anträge auf Bestellung anderer Personen zu Prüfern gemeinsam durch das Gericht beschließen zu lassen, ist für diesen Antrag eine Frist von zwei Wochen, beginnend mit dem Tage der GenVers., gesetzt.

Während bisher die Minderheit, deren Antrag auf Bestellung von Prüfern von der GenVers. abgelehnt war, bei Gericht glaubhaft machen mußte, daß Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages stattgefunden hätten, genügt jetzt statt der Glaubhaftmachung der Tatsachen die Beibringung von Verdachtsgründen (vgl. *AntwDAB.* I, 174).

Wie bisher hat die Minderheit bis zur Entscheidung über den Antrag ihre Aktien zu hinterlegen. An die Stelle der Glaubhaftmachung sechsmonatlichen Besitzes ist eine solche dreimonatlichen Besitzes getreten, wozu noch die oben erläuterten Erleichterungen des § 230 a hinzukommen. Ferner ist, während bisher für die Mittel der Glaubhaftmachung § 294 *RPD.* galt, wonach alle sofort erhebaren Beweise angeboten werden konnten und das Gericht den Antragsteller zur Versicherung an Eidesstatt zulassen konnte, jetzt bestimmt, daß eine eidesstattliche Versicherung vor Gericht oder einem Notar angenommen werden muß und ausreicht. Für den Antrag auf Bestellung bestimmter anderer Prüfer an Stelle der von der GenVers. ernannten, wird die Beibringung von Verdachtsgründen und die Glaubhaftmachung dreimonatlichen Besitzes nicht verlangt. Hier hat die Minderheit es nur nötig, den Antrag zu stellen. Es ist Sache des Gerichts, zu prüfen, ob die gegen die von der GenVers. bestellten Prüfer vorgebrachten Bedenken berechtigt sind (*AntwDAB.* I, 175).

Wie bisher sind Aufsichtsrat und Vorstand über den Minderheitsantrag zu hören, und es kann auf ihr Verlangen die Ernennung von Prüfern, falls die Generalversammlung den Minderheitsantrag abgelehnt hat — aber nicht, wenn es sich nur um die Bestellung anderer Prüfer als der von der Generalversammlung ernannten handelt —, von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden. Während aber bisher das bloße Verlangen genügte und es dann im freien Ermessen des Gerichts stand, darüber zu befinden, ob und wie die Sicherheit zu leisten sei, wird jetzt bestimmt,

daß weitere Voraussetzung die Glaubhaftmachung ist, daß der Gesellschaft aus Grund des § 267 Abs. 4 Satz 2 oder von Vorschriften des bürgerlichen Rechts gegen die Antragsteller — die NotB.D. spricht hier mißverständlich von Klägern — oder einzelne von ihnen ein Erfasungsanspruch zusteht oder erwachsen kann. Das Gesetz folgt hier den Grundrissen, wie sie R.G. 123, 194 = J.W. 1929, 637 aufgestellt hat; die gegen das Urteil geltend gemachten Bedenken (siehe meine Anm.: J.W. 1929, 637) sind unberücksichtigt geblieben. Schließlich ist in § 266 durch Verweisung auf den § 262 c und g bestimmt, daß die Auswahl der Prüfer durch das Gericht und die Verantwortlichkeit der Prüfer denselben Vorschriften unterliegt, wie sie für die Pflichtprüfer gegeben sind. Diese Bestimmungen des § 262 c und g sind nach Art. XIII — dort ist infolge Druckfehlers statt 262 c 262 d gesagt — mit Art. VII bereits am 1. Okt. in Kraft getreten. Für Prüfer, die die Generalversammlung ernannt, gilt § 262 c nicht.

2. § 267 beläßt zunächst den Prüfern dieselben Rechte wie bisher. Darüber hinaus bestimmt er aber neu gegenüber § 311 Entw. (vgl. Homburger, Neugestalt. d. AktR. S. 76), daß die Prüfer vom Vorstand alle Aufklärungen und Nachweise verlangen können, die die sorgfältige Erledigung der ihnen obliegenden Prüfungspflicht erfordert. Hierdurch werden die Rechte der Prüfer gegenüber dem Vorstand (Staub-Pinner, § 267 Anm. 1; Brodmann, § 267 Anm. 1) wesentlich geklärt.

Wie bisher ist das Ergebnis der Prüfung von den Prüfern unverzüglich dem Handelsregister der Hauptniederlassung und dem Vorstand, der es bei Berufung der nächsten Generalversammlung als Gegenstand der Beschlussfassung auf die Tagesordnung zu setzen hat, einzureichen. Sind die Prüfer auf Antrag der Minderheit nach § 266 Abs. 2 vom Gericht bestellt, so verbleibt es bei der bisherigen Vorschrift, daß die Generalversammlung zu beschließen hat, ob die Kosten von der Generalversammlung zu tragen sind. Nur im Falle eines solchen Beschlusses fallen die Kosten der Aktiengesellschaft zur Last, ganz unabhängig davon, ob der Antrag der Minderheit gerechtfertigt war und der Gesellschaft Vorteile gebracht hat (Staub-Pinner, § 267 Anm. 4). Die Schadensersatzpflicht der Antragsteller im Falle der Zurückweisung eines Antrages nach § 266 Anm. 2 und im Falle, daß er sich nach dem Ergebnis der Prüfung als unberechtigt herausgestellt hat, ist grundsätzlich geblieben. Jedoch ist an Stelle der Voraussetzung, daß den antragstellenden Aktionären bössliche Handlungsweise, d. h. entweder Vorsatz oder frevelhafter Mutwille (Staub-Pinner, § 203 Anm. 13), zur Last fallen müsse, die Haftung schon gegeben, wenn ihnen entweder Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Diese Änderung beruht einmal darauf, daß die Voraussetzung einer bösslichen Handlungsweise die Vorschrift zu einer praktisch bedeutungslosen machte, und andererseits gegenüber den neu geschaffenen großen Erleichterungen für die Minderheit die Voraussetzung der bösslichen Handlungsweise für die Schadensersatzpflicht nicht mehr tragbar erschien. Wenn Homburger a. a. O. S. 76 sie bekämpft, so trägt er dem Schutzbedürfnis der Gesellschaft und der Unzulänglichkeit der bisherigen Regelung nicht Rechnung (vgl. auch Netter: DNotZ. 1930, 263).

3. § 268 beläßt es zunächst bei den bestehenden Vorschriften über die Geltendmachung von Ansprüchen aus der Gründung oder Geschäftsführung. Darüber hinaus führt er aber ein neues Minderheitsrecht ein, wonach, wenn in einem Prüfungsbericht, sei es bei Gründung (§ 192 Abs. 2), sei es bei der Nachgründung (§ 207 Abs. 2), sei es bei der Bilanzprüfung (§ 262 a), sei es bei der Prüfung durch von der Generalversammlung oder vom Gericht ernannte Prüfer (§ 267 Abs. 2), Tatsachen festgestellt werden, aus denen sich Erfasungsansprüche gegen Gründer, Gründergenossen oder Verwaltungsmitglieder ergeben, diese Ansprüche geltend gemacht werden können, wenn es von der Generalversammlung mit einfacher Mehrheit beschlossen oder von einer Minderheit, die 5% des Aktienkapitals umfaßt, verlangt wird. Dem Verlangen, eine Abfindung des notwendigen Kapitals zur Geltendmachung dieser Rechte, nach der Größe der Gesellschaft zu schaffen, ist die Verordnung mit Recht nicht gefolgt (Schmölder: J.W. 1930, 2627).

4. Für die Geltendmachung des Anspruchs auf Verlangen der Minderheit beläßt es § 269 bei der Vorschrift, daß die Klageerhebung binnen drei Monaten von Tage der GenBerf. an zu erfolgen hat und der Klage beglaubigte Abschrift des Protokolls, soweit es die Geltendmachung der Ansprüche betrifft, beizufügen ist. Ebenso verbleibt es bei der Hinterlegungspflicht von 10%, in dem neu geschaffenen Fall des § 268 Abs. 1 Satz 2 von 5% des Aktienkapitals. Die Dauer des Aktienbesitzes, die glaubhaft zu machen ist, wobei auch hier zur Glaubhaftmachung eine eidestattliche Versicherung vor einem Notar oder Gericht für ausreichend erklärt ist, ebenfalls wie in § 266 Abs. 5 auf drei Monate herabgesetzt. Auch hier kommt § 230 a zur Anwendung. Eine wesentliche Neuerung, die zu einer großen Erleichterung der Minderheit führt, ist die Vorschrift, daß das Gericht von jetzt an die vorzeitige Rücknahme der hinterlegten Aktien gestatten kann.

Wie bisher trägt die Minderheit der Gesellschaft gegenüber die auf sie entfallenden Kosten des Rechtsstreits. Als Voraussetzung für die Haftung der Minderheitsaktionäre für einen durch unbegründete Klage dem Beklagten entstehenden Schaden ist ebenso wie in § 267 Abs. 4 statt bösslicher Handlungsweise Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit getreten. Ebenso ist das Recht, von der Minderheit Sicherheitsleistung zu verlangen, entsprechend der neuen Regelung in § 266 Abs. 6 geändert. Insofern kann auf die Ausführungen zu diesen Bestimmungen verwiesen werden. Hervorzuheben ist noch, daß hier wie in § 266 Abs. 6 jetzt durch das Gesetz klargestellt ist, daß Haftungsgrundlage neben den Bestimmungen der §§ 267 Abs. 4 und 269 Abs. 5 auch andere Vorschriften des bürgerlichen Rechts sein können.

5. § 270 endlich beläßt es bei den bisherigen Vorschriften, wonach Verzichte und Vergleiche über Ansprüche, die auf Verlangen der Minderheit geltend zu machen sind, nur erfolgen können, wenn so viele der Minderheitsaktionäre zustimmen, daß die übrigen nicht mehr 10% des Aktienkapitals umfassen. Entsprechend der neuen Regelung des § 268 Abs. 1 Satz 2 ist für den dort vorgesehenen Fall an Stelle von 10% 5% vorgeesehen.

6. Alles in allem enthalten also die §§ 266—270 in ihrer Neufassung eine sehr erhebliche Stärkung der Rechte der Minderheit. Demgegenüber steht als Vorkehr gegen Mißbrauch allein die Neuregelung in den §§ 267 Abs. 4 und 269 Abs. 5, wonach die Schadenshaftung jetzt auch schon bei grober Fahrlässigkeit gegeben ist. So sehr man zugeben muß, daß eine Stärkung der Minderheitsrechte, insbes. nach den Erfahrungen der letzten Zeit, erfolgen mußte, wird man sich doch fragen müssen, ob die erfolgte Neuregelung nicht zu weit gegangen ist. Neben der legitimen Minderheit steht das gewerbsmäßige Opponententum; es wird von den der Minderheit zugeordneten Rechten bedenkenlosen Gebrauch machen, ohne daß die Neuregelung hiergegen einen Riegel vorschreibt. Dies wird insbes. gelten, wenn bei der Einführung der neuen Regelung des gesamten Aktienrechts auch die den Bestimmungen der §§ 266 Abs. 6 und 269 Abs. 3 entsprechende Bestimmung § 139 Abs. 3 Entw. Gesetz wird, ohne daß die Gelegenheit benutzt wird, für den berechtigten Schutz der Gesellschaft gegen die Verfolgung gesellschaftsfremder Sonderinteressen im Wege der Opposition Vorsorge zu treffen.

#### D.

Art. X schreibt die entsprechende Anwendung der vorstehend behandelten Änderungen auf die Kommanditgesellschaften auf Aktien vor, wobei die den Vorstand betreffenden Vorschriften auf die persönlich haftenden Gesellschafter anzuwenden sind.

#### E.

Art. XI bestimmt in Ergänzung der Vorschriften des § 226 Abs. 1 Satz 2, daß die Sechszmonatsfrist frühestens mit dem 1. Okt. 1931 beginnt und daß eigene Aktien, die eine Gesellschaft am 1. Okt. 1931 besessen hat, innerhalb von sechs Monaten unter den erleichterten Formen des § 277 Abs. 3 Nr. 3 eingezogen werden können. In diesem Übergangsfalle kann also auch eine Einziehung eines höheren Prozentsatzes als 10% des Kapitals nach den Vorschriften des § 227 Abs. 3 Nr. 3 in Frage kommen.

## V.

**Organe, Publizität und Pflichtprüfung \*).**

Von Hl. Dr. Max Homburger, Karlsruhe.

**A. Die Organe der Aktiengesellschaft.**

## I. Überblick.

Die AktG. deutschen Rechtes hatte bisher drei Organe, die GenVers., den Vorstand und den Aufsichtsrat (AufsR.). Durch die NotW.D. tritt neben sie als weiteres Organ der Bilanzprüfer (§ 262a ff.). Hoffentlich läßt die Reichsregierung auf Grund der ihr erteilten Ermächtigung (Art. XIII Abs. 3 NotW.D.) die Bestimmungen des Art. VI über die Bilanzprüfung bald in Kraft treten.

Die Bilanzprüfer werden ein Organ der AktG.<sup>1)</sup>; sie nehmen dieselbe rechtliche Stellung ein wie die auditors im englischen Recht.

Weder der Entwurf zum Aktienges. vom August 1930 noch die NotW.D. tragen der Tatsache, daß der deutsche AufsR. in Wirklichkeit ein Verwaltungsorgan geworden ist, dadurch Rechnung, daß sie ihn von allen Kontrollpflichten (§ 246 Abs. 1 Satz 1 und 2) und der Verpflichtung zur Revision des Jahresabschlusses (§ 246 Abs. 1 Satz 3) befreien<sup>2)</sup>. Die Funktionen des AufsR. nach § 246 HGB. erfahren keine Einschränkung, sondern nur Erleichterungen. Dem AufsR. obliegt auch in Zukunft:

1. die ständige Kontrolle über die Führung der Geschäfte durch den Vorstand,
2. die Revision der Jahresrechnung mit allen ihren Teilen.

1. Seine Pflichten als ständig tätiges Kontrollorgan bleiben unverändert. Es ist von vielen Seiten bezweifelt worden, ob er hierzu imstande sei<sup>3)</sup>. Die NotW.D. verzichtet darauf, die nur scheinbare Entlastung des AufsR. als Kontrollorgan einzuführen, welche der Entwurf durch eine Änderung des § 246 Abs. 1 Satz 1 (s. § 79 Abs. 1 Entw.) anstrebte. Da mit jener Änderung ein wirksamer Unterschied im Ausmaß der Kontrollpflicht und in den Voraussetzungen für die Haftbarkeit doch nicht erzielt worden wäre, schadet dieser Verzicht nicht<sup>4)</sup>.

Es soll an dieser Stelle nicht de lege ferenda erörtert werden, ob der AufsR. in Wahrheit und Leben diese Kontrollfunktion mit der nötigen Wirksamkeit durchführen kann, ob nicht vielmehr der Wortlaut des Gesetzes Schrifttum und Rechtsprechung zu einer so einschränkenden Auslegung jener Bestimmung zwingt, daß sie stark an praktischer Bedeutung verlieren muß<sup>5)</sup>.

2. Ebenso obliegt auch künftig dem AufsR. die Pflicht zur Prüfung des Jahresabschlusses, die periodische Tätigkeit als Revisionsorgan. Ihm obliegt die Prüfung; er trägt die Verantwortung. Daran änderte der Entw. nichts; dabei läßt es auch die NotW.D.<sup>6)</sup>. Die Verfasser des Entw. hatten

\* Es werden nur die Neuerungen besprochen, in denen die NotW.D. vom bisherigen Recht und vom Entw. abweicht; außerdem ist ein Überblick über die jetzigen Organe der AktG. und ihre gegenseitige Stellung notwendig.

<sup>1)</sup> Hachenburg: DZB. 1930, 1482; Rosendorff, Reform des engl. AktR. S. 27; a. U. Voß (Obligatorische Revision S. 27).

<sup>2)</sup> Siehe hierzu insbes. Homburger: Schlegelberger S. 134; Hallstein, Aktienrechte der Gegenwart S. 248 u. 308; Wieland, Handelsrecht, 1931, S. 115; Müller-Erzbach, Entartung S. 27; Goldschmidt: Ring-Schachtel S. 213 ff.; Passow, Die AktG. S. 386 ff.; Generalber. des Enqueteausch. S. 54 ff.; Albert Pinner: Verh. des 34. DZ. S. 650 und in den Prot. des Enqueteausch. S. 329; Verfasser: Neugestaltung d. Aktienrechts S. 17 ff., 54 ff. mit Lit.

<sup>3)</sup> Pinner: Prot. des 34. DZ. S. 650; Verfasser a. a. D. S. 17 ff., 61 ff. mit Lit.; Bondi, Rechte der Aktionäre S. 242; Fischer: Ehrenberg S. 238/39.

<sup>4)</sup> Pinner: JW. 1930, 3678; Verfasser a. a. D. S. 18; ebenso Hagen: JheringsJ. 81, 244.

<sup>5)</sup> Siehe z. B. Wieland a. a. D. S. 151; Gierke, Handelsrecht, 1929, S. 303 u. 307; Bondi a. a. D. mit Lit.; Verfasser a. a. D. S. 54 zu I und 61 zu IV; Fischer a. a. D. S. 250; Falkenhäusen: BankArch. 1930, 440; Goldschmidt a. a. D. S. 215, 226.

<sup>6)</sup> Erl. z. Entw. S. 100 und Schmölder: JW. 1930 a. a. D.; Verfasser a. a. D.

anerkannt, daß dem AufsR. mit der Revisionspflicht eine Aufgabe zugemutet wird, die er nach der Vorbildung und der anderweitigen Inanspruchnahme seiner Mitglieder nicht erfüllen kann<sup>7)</sup>; deshalb fügen Entw. und NotW.D. der AktG. ein neues Organ ein, den Bilanzprüfer. Dieses neue Organ muß die Bilanz mit ihren Unterlagen und Anlagen materiell prüfen; es haftet der AktG. für Schäden aus Verletzung seiner Obliegenheiten. Es schiene logisch, den AufsR. von derselben Haftung für den gleichen Tatbestand zu befreien, nachdem das Gesetz mit Recht den Bilanzprüfer nicht zur Hilfsperson des AufsR. macht<sup>8)</sup>. Der Entw. und die NotW.D. lehnen das bewusst und absichtlich ab<sup>9)</sup>. Der Bilanzprüfer soll nur die Revision des AufsR. vorbereiten und erleichtern; der AufsR. hat in der Regel seine Pflicht bei der Revision getan, wenn er den Bericht des Prüfers gehörig studiert und die erforderlichen Konsequenzen daraus zieht.

Das deutsche Aktienrecht hat somit für die gleiche Funktion, nämlich die Revision des Jahresabschlusses, zwei Organe, die nach einander tätig werden, aber beide der AktG. für richtige Erfüllung der gleichen Aufgabe haften. Schmölder hat im April 1931 in der Zeitschrift f. Treuhandwesen (S. 67) die Abgrenzung des Aufgabekreises und der Verantwortlichkeit von Bilanzprüfer und AufsR. als noch zu lösendes Problem bezeichnet. In der NotW.D. ist es nicht gelöst worden. Erst die Zukunft wird zeigen, ob diese Kumulation richtig ist. Die Kritik am Entw. hatte ihre begründeten Bedenken dagegen erhoben; es war eines der stärksten Argumente, mit denen die — unbedingt notwendige — Einführung der Pflichtrevision durch ein unabhängiges Organ der AktG. bekämpft worden war<sup>10)</sup>.

3. Das deutsche AktienG. nimmt mit dieser Regelung eine Sonderstellung ein: das ausländische Aktienrecht kennt das ständige Kontrollorgan (dem AufsR. des deutschen Rechts entsprechend), oder das periodisch in Funktion tretende Revisionsorgan (dem Bilanzprüfer der NotW.D. entsprechend). Es kennt aber nicht beides nebeneinander<sup>11)</sup>.

Soweit im ausländischen Recht das System des eingliedrigem Verwaltungsrats herrscht (z. B. England, Schweiz, Frankreich), wird die Tätigkeit dieses Geschäftsführungsorgans anläßlich der Vorlage des Jahresabschlusses an die GenVers. vom Revisionsorgan (auditor, Kontrollstelle, commissaire de surveillance) revidiert<sup>12)</sup>. Die gleiche Regelung enthalten die neuen dänischen Gesetze von 1930 über AktG. und über Banken (s. Abdruck in JAuslIntPrR. 1930, 666 ff.).

Soweit das ausländische Recht neben dem geschäftsführenden Organ (dem Vorstand des deutschen Rechts) ein ständiges Kontrollorgan (den AufsR. deutschen Rechts) vorschreibt, ist diesem zumeist die Teilnahme an der Verwaltung verboten (Italien, Belgien, Ungarn, Bulgarien)<sup>13)</sup>. Das Kontrollorgan jener Länder kann also nicht zum Mitverwaltungsorgan werden, wie es mit Billigung des Gesetzes in Deutschland der „Aufsichtsrat“ geworden ist; jene reinen Kontrollorgane sind deshalb in der Lage, die Tätigkeit des geschäftsführenden Organs zu „überwachen“; das ist schon aus inneren Gründen für den hauptsächlich mitverwaltenden AufsR. in Deutschland nicht möglich<sup>14)</sup>.

In Österreich und Polen läßt das Gesetz alternativ die Bestellung entweder eines ständigen Kontrollorgans oder eines periodisch arbeitenden Revisionsorgans zu<sup>15)</sup>. In Polen kann die Säzung dem Revisoren die ständige Kontrolle der Geschäftsführung übertragen. Nur für norwegische Aktienbanken ist neben dem AufsR. der Revisor vom Gesetz vorgeschrieben; aber der Revisor hat dort nicht nur die einmalige Prüfung des Jahresabschlusses vorzunehmen; ihm obliegt außerdem die

<sup>7)</sup> Wieland a. a. D. S. 146; Hallstein S. 308 ff.

<sup>8)</sup> Pinner a. a. D. 3678; Hachenburg: DZB. 1930, 1482.

<sup>9)</sup> Schmölder a. a. D.

<sup>10)</sup> J. B. Generalbericht S. 62 ff.; Falkenhäusen a. a. D.

<sup>11)</sup> Hallstein S. 309.

<sup>12)</sup> Fischer S. 236; Wieland S. 110 ff.; Hallstein S. 319; Homburger a. a. D.

<sup>13)</sup> Wieland S. 114 u. 147; Hallstein S. 324.

<sup>14)</sup> Hamburger S. 135; Bondi S. 242; Wieland S. 114; für die Revisionsfähigkeit auch Hallstein S. 309; Passow S. 432.

<sup>15)</sup> Hallstein S. 309, 325, 322.

ständige Kontrolle der Geschäftsführung, also die nach § 246 Abs. 1 Satz 1 dem AufsR. obliegende Funktion<sup>16</sup>).

Das Ergebnis dieses knappen rechtsvergleichenden Überblicks wird dadurch nicht geändert, daß auch in den anderen Ländern sich Zwischenstufen herausgebildet haben<sup>17</sup>). Es ändert am System nichts, daß aus dem Schoß des eingliedrigten Verwaltungsrats oder boards sich eine Art geschäftsführendes Direktorium (Delegierte des Verwaltungsrats, managing directors) losgelöst hat<sup>18</sup>); deshalb bleibt doch das ganze Organ ein reines Verwaltungsorgan, dem keine Kontroll- oder Revisionspflicht obliegen kann. Ebenfalls ändert sich das System dadurch, daß z. B. die Praxis in Frankreich den Bilanzrevisor häufig auch während des Geschäftsjahres mit der Kontrolle der Geschäftsführung betraut; trotzdem wird er dadurch nicht zum Mitverwaltungsorgan<sup>19</sup>).

In Deutschland haben sich die Grenzen zwischen Vorstand und AufsR. als geschäftsführendem Organ so vermischt, daß wir uns praktisch sehr stark dem Board-System genähert haben. Trotzdem bestehen große rechtliche Unterschiede zum echten Board-System, die sich aus der rechtlichen Struktur der beiden Systeme erklären<sup>20</sup>).

Trotz Einführung der Pflichtrevision des Jahresabschlusses soll der AufsR. erhalten bleiben; dafür sprechen sowohl historische Erwägungen, wie auch Gründe für seine (mindestens theoretische) Mittlerstellung zwischen der in der GenVerf. repräsentierten Aktionärschaft und dem Vorstand<sup>21</sup>). Inwieweit aber der Gesetzgeber sich doch noch wird entschließen müssen, ihn als Verwaltungsorgan mit Kontrollrechten, aber ohne Revisions- und Kontrollpflichten auszugestalten, das bleibt abzuwarten<sup>22</sup>).

## II. Der Aufsichtsrat.

Die NotW.D. ändert die Stellung des AufsR. als Kontrollorgan der AktG. nicht. Sie bringt durch ihre neuen Bestimmungen zum Ausdruck, daß sie ihm weitergehende Kontrollrechte verleiht, um der AktG. seine Inanspruchnahme wegen Verletzung dieser Kontrollpflicht zu erleichtern<sup>23</sup>).

1. Generell wird das Informationsrecht des AufsR. stark erweitert:

§ 230a in der Fassung der NotW.D. befiehlt dem Vorstand eine regelmäßige Berichterstattung an den AufsR. (s. § 70 Entw.). Bisher hatten Satzung und Geschäftsordnung das schon häufig angeordnet.

Der Vorstand muß in regelmäßigen, mindestens vierteljährlichen Zwischenräumen berichten; außerdem ist er zum Bericht bei wichtigem Anlaß verpflichtet. Wann ein wichtiger Anlaß zur außergewöhnlichen Berichterstattung vorliegt, läßt sich allgemein nicht sagen. Das Pflichtgefühl des Vorstands und die Geschäftsordnung müssen darauf antworten. Als wichtiger Anlaß ist z. B. zu betrachten ein wesentlicher Rückgang des Umsatzes oder des Auftragbestandes, Änderungen auf dem Gebiet der Gehälter, Löhne, Preise für Roh- und Hilfsstoffe, welche die Kalkulation erheblich ändern; Gefährdung von Außenständen durch eingetretene oder drohende Verschlechterung der Schuldner; maßgebende Änderungen im Kreditbedarf oder in den Kreditbedingungen. Der Bericht soll den AufsR. über das informieren, was Gegenstand seiner Kontrolle nach § 246 HGB. sein soll, also über den Gang der Geschäfte und die Lage des Unternehmens.

Ist der Bericht des Vorstands unwahr oder verschleiend i. S. des § 314 Abs. 1 Ziff. 1 HGB., so tritt nach Art. IX NotW.D. in besonders schweren Fällen Zuchthausstrafe bis zu fünf Jahren ein; § 314 ist auf Berichte des Vorstands an den AufsR. anzuwenden<sup>24</sup>). Durch eine entsprechende Ergänzung

des § 319 HGB. könnte der AufsR. den Vorstand durch Strafmaßnahmen des Registerrichters zur Berichterstattung zwingen; das fehlt in der NotW.D. Der AufsR. kann sich nicht damit erfulieren, daß der Vorstand keinen Bericht erstattet habe und der AufsR. deshalb um die Möglichkeit regelmäßiger Information gekommen sei. Er muß den widerwilligen Vorstand abberufen und einen neuen bestellen; sonst diese Befugnisse nach der Satzung zur Kompetenz der GenVerf. gehören, muß der AufsR. durch ihre Einberufung nach § 253 Abs. 2 HGB. die Herbeiführung geordneter Zustände veranlassen. Wenn weder der Bericht noch die Persönlichkeiten des Vorstands Anlaß zu Mißtrauen bieten, noch sonst Verdacht erregen, genügt der Aufsichtsrat nach der herrschenden Meinung seiner Kontrollpflicht, wenn er den Bericht gründlich durcharbeitet, ergänzende und klärende Fragen stellt und sich durch Vornahme von Stichproben über die Zuverlässigkeit des Berichts, der Geschäftsführung und des Vorstands ein Bild macht<sup>25</sup>).

Leider hat die NotW.D. die Bestimmung in § 79 Abs. 3 Entw. nicht übernommen, wonach der AufsR. in seinen Bemerkungen zum Geschäftsbericht mitzuteilen hat, in welchen Zeitabschnitten, welcher Art und in welchem sachlichen Umfange die Prüfung der Geschäftsführung während des Geschäftsjahres erfolgt ist und welche Ergebnisse sie hatte. Das ausländische Recht befiehlt z. T. dem Kontrollorgan das Mindestmaß seiner Kontrollhandlungen<sup>26</sup>). Für die Frage der Regresspflicht wäre sogar die Aufnahme einer solchen Bestimmung wünschenswert gewesen. Die Satzungen enthalten sie z. T. schon<sup>27</sup>).

2. Der Aufsichtsrat kann die ihm obliegenden Kontrollpflichten nur korporativ ausüben, soweit nicht § 246 Abs. 1 Satz 2 Ausnahmen vorsieht; damit hat die Frage der Übertragung einzelner Pflichten und Rechte an Ausschüsse, den Vorsitzenden usw. nichts zu tun<sup>28</sup>). Hierbei beläßt es die NotW.D. Das einzelne Mitglied des AufsR. erhält kein Recht zur selbständigen Handlung. Aber das Einzelmitglied erhält wichtige neue Rechte zur Durchsetzung der dem AufsR. nach dem Gesetz obliegenden Kontrollpflichten. Das Gesetz will ihm im Regressprozeß die Ausrede nehmen, es hätte sich nicht oder nicht gehörig informieren können<sup>29</sup>). Dieser Grundgedanke war schon in § 77 Entw. enthalten. Die NotW.D. hat ihn in § 244a abgeschwächt und damit verschlechtert.

a) Jedes Einzelmitglied kann unter Angabe der Gründe beim Vorsitzenden des AufsR. die Einberufung einer Sitzung beantragen. Damit erscheint erstmals im Aktienrecht der „Vorsitzende des Aufsichtsrats“ als notwendige Person<sup>30</sup>). Es fehlt in der NotW.D. die Vorschrift, daß der AufsR. einen Vorsitzenden haben muß.

Die Sitzung muß spätestens zwei Wochen nach der Einberufung stattfinden. Entspricht der Vorsitzende dem Antrag eines Mitglieds nicht, so muß es resignieren. Nur wenn mindestens zwei Mitglieder vergeblich den Antrag gestellt haben, können sie beim Verlagen des Vorsitzenden unter Mitteilung des Sachverhalts den AufsR. selbst berufen. Durch diese Erschwerung kann der einzelne Minderheitsvertreter oder auch das Mitglied des Betriebsrats in der Ausübung seiner Pflichten stark gehemmt werden. Weniger bedenklich ist es, daß das Einzelmitglied vom Vorstand Berichterstattung über die Beziehungen zu einer abhängigen Gesellschaft oder einer Konzerngesellschaft nur mit Unterstützung eines anderen Mitglieds verlangen kann (Art. IV Nr. 2 NotW.D. mit dem neuen Zusatz zu § 246 Abs. 1 HGB.).

Das Recht des Einzelmitglieds wird durch eine weitere Vorschrift noch stärker entkräftet, die im Entwurf nicht enthalten war. Die AktG. kann von den Einberufern einer Auf-

<sup>16</sup>) Hallstein S. 309; Hamburger S. 86.

<sup>17</sup>) Wieland S. 111 ff.; Hallstein S. 251, 284.

<sup>18</sup>) Wieland S. 112; Hallstein S. 284, 251, 298.

<sup>19</sup>) Hallstein S. 322.

<sup>20</sup>) Hallstein S. 251, 284, 297, 308; Wieland S. 110 ff.; Generalber. des Enqueteaussch. S. 62 ff.; a. U. Gierke S. 307; f. auch Flechtheim-Wolff S. 263 ff.

<sup>21</sup>) Wieland S. 117; Gierke S. 301; Fischer S. 235; Verfasser a. a. D. S. 56; f. auch Ludwig, Hauptprobleme S. 64 ff.; Nord, Grundlinien S. 83 ff.

<sup>22</sup>) Pinner: 34. DZ. S. 650; dagegen Gierke S. 307.

<sup>23</sup>) Erl. z. Entw. S. 100; Schmölder a. a. D.

<sup>24</sup>) Siehe z. B. Staub-Pinner, Anm. 5 zu § 314; Goldschmidt, AktG., Anm. 3 zu § 314; RSt. 5, 146.

<sup>25</sup>) Goldschmidt; Ring-Schachian S. 227; Brodmann, AktG., Anm. 2b zu § 246; Staub-Pinner, Eml. zu § 246 II S. 308; Goldschmidt, AufsR. S. 168.

<sup>26</sup>) Hallstein S. 323; Verfasser a. a. D. S. 62.

<sup>27</sup>) Flechtheim-Wolff S. 260 ff.

<sup>28</sup>) Wieland S. 150; Fischer S. 248; Goldschmidt a. U. S. 158; Gierke S. 303; Staub-Pinner, Anm. 13, 14a zu § 246; f. aber Brodmann, Anm. 2a zu § 246.

<sup>29</sup>) Dagggen Sintenits: BankArch. 1930, 464 u. bedenklich Hagenburg: DZ. 1930, 1480.

<sup>30</sup>) Staub-Pinner, Anm. 14a zu § 246; Goldschmidt, AufsR. S. 325; dasselbe in AktG., Anm. 29 zu § 246.

lichtsratsförmige Ersatz der Tagungskosten verlangen, wenn sich die Einberufung als offener Mißbrauch darstellt; allerdings ist sie zur Geltendmachung dieses Anspruchs nur dann berechtigt, wenn  $\frac{3}{4}$  der Gesamtzahl des AufsR. zugestimmt haben. Diese Bestimmung ist nicht glücklich; Zwischen dem Pflichtkreis eines AufsRMitgliedes und den Rechten eines Aktionärs bestehen so große Unterschiede, daß diese in Analogie des § 267 Abs. 3 Satz 2 HGB. geschaffene Androhung von Schadenersatzansprüchen nicht am Platze ist. Außerdem wird die Erfassung eines Tatbestands als „offener Mißbrauch“ noch größere Schwierigkeiten bereiten, wie die der bösslichen Handlungsweise in § 267 und 202 HGB.

b) Ferner hat jedes Mitglied das Recht, die Berichte des Vorstands, sofern sie schriftlich erfolgen, und den Bericht der Bilanzprüfer einzusehen (§§ 239a Satz 2 und 262c Abs. 2 Satz 2).

3. Die Gesamtbezüge der Mitglieder des Vorstands und die der Mitglieder des AufsR. sind im Geschäftsbericht anzugeben; zu den Bezügen des AufsR. gehören Lantienmen, Aufwandsentschädigungen, Provisionen und Nebenleistungen jeder Art (§ 260a Abs. 3 Ziff. 6). Die NotW.D. geht hierbei noch weiter als sect. 128 des englischen Gesetzes. Der Entwurf hatte eine solche Bestimmung ausdrücklich abgelehnt (Schmölcker: JW. a. a. D.).

Die NotW.D. verlangt dagegen nicht, daß in der Bilanz die Forderungen der AktG. gegen Mitglieder des AufsR. angeführt werden oder daß Kredite der AktG. an Mitglieder des AufsR. der vorherigen Zustimmung des AufsR. bedürfen. Beide Bestimmungen gelten nur noch für Vorstandsmitglieder der AktG. (§§ 261a AIV Ziff. 10 und 240a). In dieser Einschränkung entgegen §§ 113 und 83 Abs. 3 Entw. ist ein Fortschritt zu erblicken; jene weitergehenden Bestimmungen des Entw. wären z. B. unerträglich, wenn bei Aktienbanken ein Mitglied des AufsR. auch in Kreditbeziehungen zur AktG. steht.

### III. Einschränkungen im Aufsichtsrat.

Den radikalsten Eingriff in das geltende Aktienwesen und in das Gesetz bringt Art. VIII NotW.D. Er kann nur begriffen werden aus den Begebenheiten und Katastrophen, die seit dem 13. Juli 1931 die deutsche Wirtschaft betroffen haben.

1. Alle Satzungsbestimmungen über Zusammensetzung und Bestellung des AufsR. und über die Vergütung seiner Mitglieder treten mit Beendigung der ersten GenVers. außer Kraft, die über den Abschluß des am 1. Okt. 1931 laufenden Geschäftsjahres abgehalten wird (Art. VIII Abs. 1 und XIII Abs. 1).

In dieser GenVers. können neue Bestimmungen darüber trotz ihres Charakters als Satzungsänderung mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden (Art. VIII a. a. D.). Nach § 243 HGB. muß die AktG. einen aus mindestens drei Mitgliedern bestehenden und von der GenVers. zu wählenden AufsR. haben; es sind deshalb neue Satzungsbestimmungen darüber nicht erforderlich; dagegen bedarf es einer neuen Regelung in der Satzung, wenn der AufsR. für seine normale Tätigkeit eine Vergütung erhalten soll, weil das Gesetz von der Unentgeltlichkeit ausgeht<sup>31</sup>). Die Amtsdauer wird sich nach den bestehenden Satzungsbestimmungen richten; denn ihre Aufhebung schreibt die NotW.D. nicht vor.

2. Das Amt der gewählten Mitglieder des AufsR. erlischt mit der Beendigung jener GenVers. (Art. VIII Abs. 2). Es muß in ihr ein neuer AufsR. gewählt werden. Erfolgt nicht zuvor eine Änderung der Satzung, so ist ein aus drei Personen bestehender AufsR. zu wählen; eine größere Anzahl kann nur gewählt werden, wenn die neue Satzungsbestimmung das vorschreibt (§ 243 Abs. 1).

Das Registergericht sieht aus der Vorlage des Protokolls über die GenVers. (§ 259 Abs. 5 HGB.), ob die Neuwahl erfolgt ist; der Vorstand muß im Hinblick auf die Strafandrohung in § 315 Ziff. 1 HGB. für die Neuwahl sorgen.

Das Amt der Betriebsratsmitglieder im AufsR. erlischt nicht, da diese nicht zu den von der GenVers. gewählten gehören (§§ 5 ff. AufsRG.).

<sup>31</sup>) Staub-Pinner, Anm. 3 zu § 245 und die herrschende Meinung; a. U. Goldschmidt, AktG., Anm. 1 zu § 245 und bei Ming-Schachian S. 241.

3. Die Gesamtzahl der Mitglieder des AufsR. darf nach der Neuwahl nicht mehr als dreißig betragen (Art. VIII Abs. 3). Sollte die Satzung anderes bestimmen, so kann der Registerrichter den Eintrag verweigern.

4. Zum Mitglied des AufsR. kann nicht gewählt werden, wer bereits in zwanzig AktG. oder KommGes. a. U. Mitglied des AufsR. ist (Art. VIII Abs. 4).

Mit dieser Vorschrift erkennt die Reichsregierung an, daß in der Häufung vieler Aufsichtsratsposten in einer Hand eine starke Gefahr liegt; bekanntlich hatte die Aktienrechtskommission des DR. (S. 22 ff.) solche Häufung als besonders nützlich bezeichnet. Bei der Pressekonferenz, in welcher der Inhalt der NotW.D. bekanntgegeben wurde, ließ die Reichsregierung ausdrücklich erklären, daß jegliche Ausnahme von dieser Bestimmung ausgeschlossen wäre (s. z. B. Berliner Börsenkurier v. 19. Sept. 1931).

Eine ähnliche Bestimmung dürfte sich im Aktienrecht nirgends finden. Das ausländische Gesetz kennt Bestimmungen, daß die Mitglieder des VerwR. oder AufsR. Aktionäre der AktG. oder Angehörige eines bestimmten Staats oder an einem bestimmten Ort wohnhaft sein müssen. Teilweise ist bestimmt, daß Abgeordnete, Bürgermeister und Personen in ähnlicher Stellung nicht Organ der AktG. sein können; in anderen Gesetzen wird die volle Geschäftsfähigkeit verlangt<sup>32</sup>). Diese Tatsachen können objektiv sofort vom Registerrichter geprüft werden: Der Gewählte muß seinen Aktienbesitz, seine Staatsangehörigkeit, seinen Wohnsitz, seine Geschäftsfähigkeit nachweisen; die Bekleidung eines öffentlichen Amtes ist nicht geheimzuhalten<sup>33</sup>).

An solchen sofort objektiv nachprüfbar Merkmalen fehlt es hier. GenVers. und Registerrichter sind zunächst auf die Richtigkeit der Erklärung des Kandidaten oder Gewählten angewiesen, daß er nicht zwanzig AufsR. angehört. Nicht wählbar waren bisher nach der Literatur juristische Personen<sup>34</sup>) und Geschäftsunfähige<sup>35</sup>). Die Wahl einer danach nicht passiv wahlfähigen Person ist nichtig<sup>36</sup>).

Automatisch scheidet das Mitglied des AufsR. aus seinem Amt aus, wenn es entgegen § 248 Abs. 1 HGB. Mitglied des Vorstands wird<sup>37</sup>).

Im deutschen Aktienwesen waren bisher satzungsmäßige Bestimmungen bekannt, welche für die passive Wählbarkeit bestimmte Voraussetzungen verlangten<sup>38</sup>). Solche Einschränkungen sind zulässig, sofern durch sie die Wahlfreiheit nicht aufgehoben oder wesentlich beeinträchtigt wird; die Wahl einer Person, welche die Voraussetzungen nicht erfüllt, ist ungültig<sup>39</sup>).

Wird eine Person gewählt, die über zwanzig AufsR.-Mandate innehat, so ist die Wahl wegen Verstoßes gegen eine zwingende unverzichtbare gesetzliche Vorschrift nichtig (RG. 131, 141). Der Gewählte ist nicht Mitglied des AufsR. geworden. Falls durch seinen Wegfall die Zahl der Mitglieder unter die vom Gesetz oder der Satzung bestimmte sinkt, ist eine Ersatzwahl erforderlich.

### IV. Der Vorstand.

Der Vorstand muß, wie oben dargelegt, dem AufsR. regelmäßig berichten (§ 238a) und muß seine Bezüge im Geschäftsbericht angeben (§ 260a Abs. 3 Ziff. 6)<sup>40</sup>). Weiter enthält die NotW.D. folgende Bestimmungen:

1. Mitgliedern des Vorstands darf Kredit nur mit Zu-

<sup>32</sup>) Siehe Hallstein S. 288, 314; Lehmann S. 359 ff.

<sup>33</sup>) Besitzt z. B. der Direktor einer englischen AktG. die satzungsmäßig vorgeschriebenen Aktien nicht, so verliert er sein Amt, wenn er das nicht binnen zwei Monaten nachholt (sect. 141). Nach dem Schweizer Entw. dagegen können Nichtaktionäre erst nach Erwerb der Aktien ihr Amt antreten (§ 704 Abs. 2).

<sup>34</sup>) Auf den grundsätzlichen Streit hierüber kann hier nicht eingegangen werden.

<sup>35</sup>) Goldschmidt, AufsR. S. 50; Brodman, Anm. 20 ff. zu § 243; Fischer S. 239.

<sup>36</sup>) Goldschmidt, AufsR. S. 59 zu E.

<sup>37</sup>) So die h. M., s. z. B. Staub-Pinner, Anm. 1 zu § 248; Goldschmidt, Anm. 1 zu § 248.

<sup>38</sup>) Flechtheim-Wolff S. 214 ff.

<sup>39</sup>) Staub-Pinner, Anm. 4 zu § 243; Goldschmidt, AufsR. S. 58; Brodman, AktG., Anm. 2g zu § 243.

<sup>40</sup>) Forderungen der Organe gegen die AktG. müssen nach der NotW.D. nicht aufgeführt werden (andere Entw. zu § 113 B IV Ziff. 6).

stimmung des AufsR. gewährt werden<sup>41</sup>); bei Kredit in Darlehensform muß der zustimmende Beschluß des AufsR. auch Bestimmungen über Verzinsung und Rückzahlung enthalten. Der Darlehensgewährung wird insbes. die Gewährung von Vorschüssen auf den Gehalt oder sonstige Vergütungen gleichgestellt. Um Umgehungen zu verhüten (ein bestimmter Fall der jüngsten Vergangenheit dürfte darauf aufmerksam machen) gelten diese Vorschriften auch, wenn Kredite zugunsten des Ehegatten oder eines minderjährigen Kindes des Vorstands oder zugunsten eines Dritten gewährt werden sollen, der für dessen Rechnung handelt. Vorstandsmitglieder, welche ohne die Zustimmung Kredite dieser Art gewähren, sowie AufsR.-Mitglieder, mit deren Wissen und ohne deren Einschreiten das erfolgt, haften nicht nur gegenüber der AktG.: Auch die Gläubiger der AktG. können unter den Voraussetzungen des § 241 Abs. 4 und 5 HGB. diesen Ersatzanspruch geltend machen. (§ 240 a, der gegenüber dem § 83 Entw. wesentliche Erweiterungen erfahren hat.)

2. Die Mitglieder des Vorstands haften nach § 227 a in gleicher Weise, wenn eigene Aktien der AktG. erworben oder zum Pfand genommen oder eingezogen werden, ohne daß die Vorschriften der §§ 226, 227 in der Fassung der NotW. beachtet werden.

3. Der Vorstand muß dem von der GenVers. gewählten Bilanzprüfer den Auftrag zur Prüfung erteilen (§ 262 b Abs. 1 Satz 2). Die Wahl des Bilanzprüfers durch die GenVers. schließt somit die Anweisung der GenVers. an den Vorstand in sich, daß der Vorstand als das geschäftsführende Organ der AktG. dem Bilanzprüfer förmlich den Auftrag erteilen muß. Mögen auch sonst Differenzen über den Umfang der Gehorsamspflicht des Vorstands bestehen: In diesem Falle muß der Vorstand unbedingt die Anweisungen befolgen. Er muß ihnen jede Einsicht und Auskunft gewähren (§ 262 d); dieselbe Informations- und Auskunftspflicht besteht gegenüber den von der GenVers. nach § 266 gewählten Revisoren (§ 267 Abs. 1 und 2)<sup>42</sup>.

4. Die Pflicht des Vorstands zur Vorlegung des Jahresabschlusses mit dem Geschäftsbericht an den AufsR. und die Weiterleitung mit dessen Bemerkungen an den AufsR. bleibt bestehen (§ 260 Abs. 2).

#### V. Die Bilanzprüfer.

(Auch hier werden nur diejenigen Bestimmungen der NotW. erörtert, welche gegenüber dem Entw. Abweichungen erfahren haben.)

1. Die NotW. hat daran festgehalten, daß die GenVers. die Bilanzprüfer wählt (§ 262 b Abs. 1 Satz 1). Mit der Übertragung des Wahl- oder Bestellungsrechts an den AufsR. hätten die Prüfer ihren Charakter als unabhängiges Organ der AktG. eingebüßt.

Die Bestellung der Prüfer bei der VersGes. durch den AufsR. hat ganz andere Gründe. Denn nach § 55 c VersAufG. hat die Aufsichtsbehörde ein Einspruchs- und Ernennungsrecht (s. Begründung RTDruck. Nr. 848 S. 13/14).

Lediglich für das am 1. Oktober laufende Geschäftsjahr kann der AufsR. durch Ermächtigung der Reichsregierung zur Wahl der Bilanzprüfer befugt werden (Art. XIV Abs. 2 Ziff. 1). Ich halte auch diese Ausnahme für unnötig und prinzipiell abwegig.

Die Wahl der Aufsichtsorgane durch die GenVers. ist auch bei der Gesetzgebung des Auslandes die vorherrschende Regel<sup>43</sup>.

Die weiteren Bestimmungen über Wahl, Widerspruch dagegen und Bestallungsbefugnis des Gerichts in § 262 b entsprechen dem § 119 Entw. Neu ist nur die Bestimmung, daß die GenVers. die Wahl so lange widerrufen kann, als die Prüfung noch nicht abgeschlossen ist; hat das Gericht die Prüfer bestellt, so steht nur ihm auf Antrag die Befugnis zum Widerruf zu. Das Recht auf Widerruf der Wahl entspricht dem unabhängigen Recht auf Abberufung der anderen Organe. Es ist eine im ausländischen Recht auch regelmäßig be-

stehende Norm<sup>44</sup>) (§ 262 b Abs. 5). Da zwischen der AktG. und den Prüfern mit der Wahl und der Auftragserteilung durch den Vorstand ein Dienstvertrag zum Abschluß gelangt, haben die Prüfer im Falle eines Widerrufs auf Grund der gleichen Analogie den Anspruch auf eine ihrer schon geleisteten Arbeit entsprechende Vergütung.

2. Die NotW. hält daran fest, daß die Bilanzprüfer eine materielle Revision vornehmen müssen; das ergibt sich eindeutig aus § 262 a Abs. 2. Nur ist damit noch nicht festgestellt, was unter einer „materiellen“ Revision zu verstehen ist.

3. Welche Personen als Prüfer gewählt oder bestellt werden können, bestimmt § 262 c. Er unterscheidet sich wesentlich von § 120 Entw.

a) Der Entw. hatte bestimmt, daß nur „Personen mit fachlicher Erfahrung, die eine ausreichende Vorbildung im Buchprüfungswesen besitzen“, Bilanzprüfer sein können. Gegen diese Bestimmung war m. W. kein Widerspruch laut geworden; sie entsprach dem, was vom Prüfer nach den ihm obliegenden Aufgaben (materielle Bilanzprüfung — § 262 a Abs. 2) verlangt wird. Die in der Zwischenzeit zur Vorbereitung eines Prüferstands erlassenen Bestimmungen aller Art gehen von einem solchen Befähigungsnachweis aus. Weshalb die NotW. sich mit der unzulänglichen und den Kern nicht erfassenden Bestimmung begnügt, „Personen, die in der Buchführung ausreichend vorgebildet und erfahren sind“, ist nicht verständlich. Auch die der Regierung in Art. XIV Abs. 1 NotW. gemachten Vorbehalte über den Befähigungsnachweis helfen nicht darüber hinweg, daß hier in einem Gesetz ein Postulat erhoben wird, das mit den Bedürfnissen der Wirklichkeit vom ersten Tag an nicht übereinstimmt; denn der in „der Buchführung“ Erfahrene und Vorgebildete ist kein Bilanzprüfer i. S. der NotW. § 55 VersAufG. verlangt ausreichende Vorbildung und Erfahrung in der Buchprüfung. Es besteht auch ein Widerspruch zwischen dem Text der NotW. und dem Aufsatz von Schmölder: *JurW.* 1931, 66<sup>45</sup>.

b) Die NotW. bleibt dabei, auch juristische Personen und andere Gesellschaften als Prüfer zuzulassen. Der Entw. hatte noch in § 120 Abs. 1 Ziff. 2 von Treuhandgesellschaften gesprochen; die NotW. bedient sich des Ausdrucks „Prüfungsgesellschaften“. Der Grund wird wohl darin liegen, daß die ganze Organisation der Revisoren und Revisionsgesellschaften sich künftig als Wirtschaftsprüfer bezeichnet. Sie weicht darin vom Vorbilde Englands ab, das wie auch Österreich, als „auditor“ nur physische Personen zuläßt<sup>46</sup>). Es ist kein Vorwurf gegen die Treuhandgesellschaften, wenn man grundsätzlich die englische auf lange Erfahrung gestützte Vorschrift für besser hält. Andere Rechte, wie z. B. der Schweizer Entwurf in § 720 Abs. 3, das dänische Aktiengesetz von 1930 in § 52 Abs. 3 lassen ebenfalls Treuhandgesellschaften zu. Hierüber de lege lata zu reden, ist hier nicht Raum. Zu welchen Schwierigkeiten die Zulassung von Prüfungsgesellschaften zwangsläufig führt, zeigt § 262 Abs. 3. Die NotW. geht mit Recht davon aus, daß die zur weitgehenden Offenlegung ihrer Verhältnisse gezwungenen AktG. (§ 262 d) die Garantie für absolute Verschwiegenheit der Prüfer haben müssen. Diese ist in § 262 g Abs. 1 und 318 a Ziff. 1 unter Androhung der Haftbarkeit und der Bestrafung angeordnet. Mehr war in § 124 Entw. nicht bestimmt gewesen. Jetzt wird aber dem Vorsitzenden und dem stellvertretenden Vorsitzenden des AufsR. von Treuhandgesellschaften das Recht eingeräumt, die von ihr erstatteten Berichte einzusehen (§ 262 g Abs. 3 Satz 2). Allerdings dürfen diese Personen die erlangten Kenntnisse nur verwerten, soweit es die Erfüllung ihrer Überwachungspflicht erfordert; auch hier bedroht § 318 a Ziff. 3 Zuwiderhandlungen mit Strafe. Die Gründe finden sich auf S. 16 der Begr. zu § 55 h Abs. 3 VersAufG. Diese Gründe sind stichhaltig. Aber die Vorschrift lockert doch das grundsätzlich zu fordernde Prinzip strengster Verschwiegenheit.

Die NotW. verschlechtert weiter die Bedingungen, unter denen nicht-physische Personen sachlich qualifiziert sind. Der

<sup>41</sup>) Siehe auch Hallstein S. 301.

<sup>42</sup>) Hallstein S. 321, 323; sect. 134 engl. Ges.; § 54 dän. AktienG. von 1930.

<sup>43</sup>) Hallstein S. 310; Wieland S. 148; Hamburger S. 134 zu b; Voß, Revision S. 26.

<sup>44</sup>) Hallstein S. 310; Wieland S. 148.

<sup>45</sup>) Siehe Voß a. a. D. S. 28; dän. BankG. von 1930 in § 14; Wieland; *ZustZntPrR.* 1929, 87.

<sup>46</sup>) Sect. 133 des engl. AktienG.; s. auch Hallstein S. 314; Voß; *ZentrBlWR.* 1930, 89; Verfasser a. a. D. S. 24.

Entw. hatte verlangt, daß „die“ Inhaber, Vorstände oder Geschäftsführer von Gesellschaften die für die Einzelprüfer verlangte Eignung haben müßten. Wenn die NotW. schon bestimmte Qualifikationen verlangt, so muß notwendigerweise vorgeschrieben werden, daß alle mit der Durchführung der Revision betrauten Personen jene Eignung besitzen, also außer den Leitern der Gesellschaften auch ihre Angestellten, die zur Prüfung verwendet werden.

So schreibt das dänische Aktiengesetz von 1930 in § 52 Abs. 3 vor: „Wird eine Revisionsfirma oder eine Revisionsgesellschaft zum Revisor bestellt, so muß diejenige Person, der die Revision namens der Revisionsfirma oder -gesellschaft übertragen wird, die vorgeschriebenen Bedingungen erfüllen.“ Die NotW. bezeichnet es aber als genügend, wenn „mindestens einer“ der Vorstände, Inhaber oder Geschäftsführer die sachliche Eignung besitzt. Hier folgt die NotW. wieder dem § 55 d VersAuffG. Aber es besteht ein großer Unterschied: Dort hat die Aufsichtsbehörde ein Einspruchsrecht, und in der Begründung ist gesagt (S. 14): „Dabei geht der Entw. allerdings davon aus, daß nur solche Personen und Gesellschaften mit der Prüfung einer Versicherungsunternehmung betraut werden, die entweder Versicherungsunternehmungen oder andere nicht mit Versicherungsgeschäften befaßte wirtschaftliche Unternehmungen, deren Größe und Umfang der zu prüfenden Versicherungsunternehmungen etwa entsprechen, wieberholt und möglichst unter eigener Verantwortung geprüft haben und deren sachliche Eignung deshalb erprobt ist.“ Die Versicherungsaufsichtsbehörde kann also dort in jedem Einzelfall durch ihr Vetorecht eingreifen. Eine solche Befugnis verleiht aber hier der Regierung auch der Art. XIV NotW. nicht. Andererseits ist erfreulicherweise die ungerechte und unbegründete Privilegierung der Treuhandgesellschaften weggefallen, die ihnen nach § 124 Abs. 2 Satz 2 Entw. ein weitgehendes Exculpationsrecht bei Verschulden ihrer Angestellten gewährte<sup>47)</sup>.

c) Die Bestimmungen, welche die Objektivität und Unabhängigkeit des Prüfers im Einzelfall gewährleisten sollen, sind gegenüber dem § 120 Abs. 2 Satz 2 Entw. erweitert worden. Diese Änderung ist darauf zurückzuführen, daß der Reichstag der entsprechenden Bestimmung in § 55 d VersAuffG. die jetzt von der NotW. übernommene Fassung gegeben hat, während die Regierungsvorlage dort noch dem Wortlaut des Aktiengesetzentwurfs entsprochen hatte. Mitglieder des Vorstands und des AufsR. sowie Angestellte der prüfenden AktG. können nie zu Prüfern gewählt werden. Das entspricht dem Recht des Auslands und ist selbstverständlich<sup>48)</sup>. Weiter können nicht als Prüfer bestellt oder gewählt werden Personen, „auf deren Geschäftsführung die zu prüfende Gesellschaft maßgebenden Einfluß hat“ (§ 262 c Abs. 2 Satz 1). Das schließt nicht nur, wie der Entwurf, abhängige Prüfungsgesellschaften ein, sondern auch abhängige Einzelprüfer. Bei richtiger Auslegung wird dadurch vor allem der Prüfer ausgeschaltet, hinsichtlich dessen zu befürchten ist, daß er aus wirtschaftlichen oder anderen Gründen bei der Prüfung den Insinuationen oder Einflüsterungen oder Anweisungen des Vorstands oder AufsR. der zu prüfenden AktG. sich zugänglich zeigt. Denn die absolute Unabhängigkeit des Prüfers gerade in dieser Beziehung ist das Fundament der ganzen Institution<sup>49)</sup>.

d) Wenn Bilanzprüfer gewählt oder bestellt werden, die die Bedingungen in § 262 c nicht erfüllen, so ist wegen der rechtlichen Folgen hieraus zu unterscheiden:

Fehlt es den Prüfern an der erforderlichen Vorbildung und Erfahrung in der Buchführung, welche gem. Art. XIV Abs. 1 von der Reichsregierung noch umschrieben werden, so ist die Wahl oder die Bestellung ungültig. Das gleiche gilt, wenn eine Prüfungsgesellschaft gewählt oder bestellt worden ist, bei der nicht mindestens ein Inhaber Vorstandsmitglied oder Geschäftsführer diese Voraussetzung erfüllt. Denn es ist als zwingende unverzichtbare und im öffentlichen Interesse gegebene Vorschrift anzusehen, daß nur Personen mit dieser objektiven Qualifikation mit dem Amt des Prüfers durch

Wahl oder Bestellung betraut werden. Erstatte nach § 262 c Abs. 1 als Prüfer unfähige Personen den Prüfungsbericht nach § 262 e oder erteilen sie den Bestätigungsvermerk nach § 262 f, so muß das rechtlich gleich dem Fall gewürdigt werden, daß überhaupt keine Prüfung stattgefunden hat. Ich betrachte deshalb den Beschluß der GenVers. über den Jahresabschluß auf einer solchen Grundlage als nichtig. Das gleiche gilt, wenn gegen die Vorschriften des § 262 c Abs. 2 Satz 2 Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder Angestellte der zu prüfenden AktG. als Bilanzprüfer gewählt oder bestellt worden sind.

Wenn dagegen Personen als Prüfer gewählt oder bestellt worden sind, welche die in § 262 c Abs. 2 Satz 1 geforderte Unabhängigkeit nicht besitzen, so halte ich deren Wahl und den auf ihren Bericht gestützten GenVersBeschluß über den Jahresabschluß der AktG. nur für anfechtbar. Denn wenn nicht die in Abs. 1 Ziff. 1 und 2 und Abs. 2 Satz 2 enthaltenen objektiv sofort feststellbaren Merkmale dafür vorliegen, daß der Prüfer überhaupt nicht wählbar ist, dann muß im Interesse der Rechtsicherheit verlangt werden, daß die Ungültigkeit der Wahl und die Ungültigkeit des GenVersBeschlusses über den Jahresabschluß innerhalb der einmonatlichen Anfechtungsfrist geltend gemacht wird.

4. Die Bilanzprüfer übergeben ihren Bericht nicht (wie es der Entw. in § 122 Abs. 2 Satz 2 vorgeesehen hatte), dem Vorstand der AktG., sondern dem AufsR. Hier weicht die NotW. von § 55 f VersAuffG. ab.

Da vor allem der AufsR. diesen Bericht studieren und dann mit dem Vorstand erörtern muß, um aufgedeckte Mängel oder Mängel zu beseitigen, scheint die neue Lösung richtig. Nachdem im deutschen Gesetz der AufsR. beibehalten bleibt, ist er die geeignete Stelle zur Entgegennahme des Berichts; anders ist es in den Ländern, wo außer der GenVers. nur ein Organ (board) besteht, über dessen Geschäftsführung sich der Bericht gerade ausspricht. Aber die GenVers. muß erfahren, daß, durch wen und mit welchem Ergebnis revidiert worden ist. Der AufsR. empfängt den Bericht als Repräsentant der GenVers., welcher der Bericht mit Rücksicht auf die Interessen der AktG. nicht vorgelegt wird<sup>50)</sup>.

Dieser neuen Regelung und den Vorschriften im ausländischen Recht entspricht es, daß der AufsR. in seinen Bemerkungen zum Geschäftsbericht anzugeben hat, durch wen die Prüfung stattfand, und zum Bericht Stellung nehmen muß. Er hat auch der GenVers. Auskunft zu erteilen, ob die Prüfung nach ihrem abschließenden Ergebnis zu wesentlichen Beanstandungen Anlaß gegeben hat<sup>51)</sup>; diese Bestimmung ist eine Übertreibung der Publizitätspflicht in allen den Fällen, in denen zwischen Berichterstattung und Abhaltung der GenVers. jene Beanstandungen behoben worden sind, und die Prüfer das Attest nach § 262 f erteilt haben<sup>52)</sup>.

5. Wenn nach dem abschließenden Ergebnis der Prüfung wesentliche Einwendungen nicht zu erheben sind, so müssen die Prüfer den „Bestätigungsvermerk“ erteilen. Im englischen Aktienwesen hat sich, obwohl sect. 134 das nicht vorschreibt, die Übung entwickelt, daß der Bericht des auditors an die GenVers. in der knappen Form eines Report erstattet wird<sup>53)</sup>. Die NotW. weicht stark vom Entw. und dem VersAuffG. ab. Im Entw. und im VersAuffG. ist ein bestimmter Wortlaut für das Attest vorgeschrieben. Die NotW. dagegen ordnet nur an, was sich aus dem Attest ergeben muß: ob nach pflichtgemäßer Prüfung auf Grund der Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie der vom Vorstand erteilten Aufklärungen und Nachweise der Jahresabschluß und der Geschäftsbericht den gesetzlichen Vorschriften entsprechen<sup>54)</sup>.

Diese Bestimmung schafft den Prüfern die Möglichkeit, in dem für die GenVers. und die Öffentlichkeit bestimmten Attest in vielleicht äußerlich unauffälliger Form, aber doch bedeutungsvoller Art ihre Monita anzubringen; das hat sich in England sehr bewährt<sup>55)</sup>. Nach Schmölder: *JArW.*

<sup>50)</sup> Erl. z. Entw. S. 117.

<sup>51)</sup> Hallstein S. 321.

<sup>52)</sup> Verfasser a. a. D. S. 24.

<sup>53)</sup> Hoff a. a. D. S. 39; Ra hn: *BuR.* V, 565 ff.

<sup>54)</sup> Siehe über die verschiedenen Möglichkeiten für das Attest Schmölder: *JArW.* 1931, 66.

<sup>55)</sup> Ra hn a. a. D.

<sup>47)</sup> Siehe Verfasser a. a. D. S. 24.

<sup>48)</sup> Hallstein S. 315.

<sup>49)</sup> Theermann: *BankArch.* 1930, 42 und Verfasser a. a. D. S. 23; Schmölder: *JArW.* 1931, 66.

31, 67 scheint es allerdings fraglich, ob die NotW. solche Einschränkungen zum Attest überhaupt als zulässig betrachtet. Der Wortlaut spricht aber nicht dagegen.

Obwohl es das Gesetz nicht ausdrücklich vorschreibt, muß das Attest ersehen lassen, ob Bilanz, Gewinn- oder Verlustrechnung, Geschäftsbericht und Gewinnverteilungsvorschlag der wahren Lage der Gesellschaft entsprechen. Denn das ist Sinn und Inhalt, Zweck und Ziel einer materiellen Revision<sup>56)</sup>. Über diesen Begriff und seinen Unterschied zur formellen wird heute noch viel gestritten. Es ist nicht möglich, an dieser Stelle darauf einzugehen. Die Prüfung der Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung gehört nach dem Willen des deutschen Gesetzes nicht dazu; jedoch wird die AktG. Hinweise des Prüfers darüber dankbar annehmen. Denn er soll auch ihr Berater werden.

6. Die Haftung der Prüfer gegenüber der AktG. für Verletzung ihrer Obliegenheiten wird bei Fahrlässigkeit auf 100 000 *RM* beschränkt, auch wenn mehrere Personen beteiligt waren, oder wenn mehrere zum Ersatz verpflichtende Handlungen begangen wurden; die Einschränkung der Haftpflicht gilt selbst bei Vorsatz, wenn mehrere Personen haften, zugunsten der Personen, die selbst nicht vorsätzlich gehandelt haben (§ 262g Abs. 2). Die legislatorische Erwägung zu dieser Einschränkung der Haftpflicht findet sich in der Begründung zu § 55h Abs. 2 Verf. AusschG. (S. 16). Die dort angestellten Erwägungen lassen die Regelung als richtig erscheinen<sup>57)</sup>.

7. Die NotW. bestimmt nichts darüber, ob die GenVers. überhaupt über den Jahresabschluß beschließen kann, ohne daß Prüfungsbericht und Attest vorliegen. Das Auslandsrecht kennt solche Normen<sup>58)</sup>. Aus den Bestimmungen in §§ 262a Abs. 1, 262e und 260 Abs. 2 ist aber als Wille der NotW. zu schließen, daß ein Beschluß, der ohne vorherige Prüfung erfolgt, einer zwingenden unverzichtbaren gesetzlichen Vorschrift widerspricht und deshalb nichtig ist; die Kontrolle übt der Reg.-Richter aus: Er kann bei der in § 259 Abs. 5 HGB. vorgeschriebenen Einreichung des GenVersProt. feststellen, ob die Prüfung stattgefunden hat oder nicht.

Weiter behandelt die NotW. die Frage nicht, ob die GenVers. über den Jahresabschluß beschließen und Entlastung erteilen kann, wenn nach erfolgter Prüfung die Prüfer entweder den Bestätigungsvermerk nach § 262f nicht ausstellen, oder ihn mit bedenklichen Zusätzen versehen. Hier könnte nur die Anfechtung in Frage kommen; aber auch diese fällt weg, wenn sich aus dem Attest nur ergibt, daß gesetzliche Bestimmungen der §§ 261a bis c verletzt sind; denn für diese Fälle schließt § 261e ausdrücklich die Anfechtbarkeit aus.

8. Die Einführung der obligatorischen Bilanzrevision durch ein unabhängiges Organ ist zu begrüßen. Es muß aber schon jetzt in aller Form vor dem Glauben oder der Annahme gewarnt werden, daß durch die Pflichtrevision alle Katastrophen bei AktG. vermieden werden, mögen sie auf persönlichem Verschulden der Organe beruhen oder nicht. Auch im englischen Aktienwesen hat sich gezeigt, daß das Vorhandensein der Pflichtrevision kein unschlares Allheilmittel darstellt. Trotz des von Julius Lehmann in seinem Gutachten für den 36. Juristentag und von anderen Gegnern der Pflichtrevision angeführten Falles des City Equitable Fire Insurance Co. Ltd. hat das neue englische Aktiengesetz von 1929 doch an der Einrichtung des auditors festgehalten.

Der englischen Erfahrung und Praxis wird sich die deutsche Rechtsentwicklung auch hinsichtlich der Fragen anschließen müssen, in welchem Umfang die Revisionsstätigkeit vom Prüfer verlangt werden kann, und unter welchen Voraussetzungen er wegen Pflichtwidrigkeit haftbar oder strafbar wird. Es hat sich bereits in Deutschland eine ansehnliche Literatur über diese Fragen entwickelt, die sich vorwiegend in der Ztschr. für TrW. und im Archiv des Verbandes der Bücherrevisoren findet; auf die Aufsätze von Dr. Boß und Dr. Ertel in jenen Zeitschriften sei verwiesen.

Der Bilanzprüfer muß mit aller Unbefangtheit und mit der größten Sorgfalt an die Erfüllung seiner Aufgaben

herantreten. Er darf nicht gewerbsmäßig mit Mißtrauen erfüllt feindselig an seine Arbeit herangehen. Wenn ihm aber bei seinen Arbeiten irgend etwas Ungewöhnliches oder Auffallendes vor Augen kommt, dann ist er verpflichtet, mit der größten Energie die Spur zu verfolgen und alles aufzuklären. Inwieweit die Urteile des O.G. I Berlin vom 9. Okt. 1928 und v. 19. Febr. 1930, sowie des R.G. vom 25. Okt. 1929 und endlich des R.G. v. 19. Sept. 1930 (veröffentlicht in ZTrW. 1930 Heft 10 S. 163 ff., Heft 12 S. 192 und 194) über die Aufgaben und die Haftung der Revisoren auch auf die Bilanzprüfer nach der NotW. Anwendung finden können, bedarf einer eingehenden Prüfung.

So wertvoll und aussichtsreich die Institution der Pflichtrevision ist: Sie darf nicht durch überspannte Hoffnungen und durch ungerechtfertigte Anforderungen an die Revisoren entwertet werden.

Auf der anderen Seite wäre es unbefriedigend, wenn im deutschen Aktienwesen der Satz geprägt werden könnte, daß der Revisor nur „nominale Funktionen“ ausübe und deshalb weitgehend von der Haftung und Strafe befreit wird; das ist der Standpunkt des auditors im Rhflant- Prozeß gewesen. Schachians Bedenken gegen die Einführung der Pflichtrevision überhaupt (BBK. v. 21. Sept. 1931) werden aber auch mit jenem Vorfall nicht ausreichend gestützt.

Es wird Sache der Wirtschaftsprüfer selbst, der Rechtsprechung und der wissenschaftlichen Entwicklung sein, aus der Pflichtprüfung eine wertvolle Einrichtung zu machen.

## B. Gesteigerte Publizität.

### I. Konzernrechtliche Vorschriften.

Die NotW. bringt eine Reihe von Vorschriften, durch welche die Beziehungen zwischen verschiedenen Gesellschaften für den AuffR. und die Aktionäre klarer erkennbar werden sollen, als es bisher häufig der Fall war. Zum Teil übernimmt die NotW. Bestimmungen des Entwurfs; teilweise geht sie darüber hinaus<sup>59)</sup>. Es kann hier nur ein kurzer Überblick gegeben werden; eine Erörterung der vielen sich daraus ergebenden Fragen ist nicht möglich.

1. Alle Publizitätsbestimmungen werden von den Normen in §§ 260a Abs. 4, 260b Abs. 2 beherrscht: die Berichterstattung muß den Grundsätzen einer gewissenhaften und treuen Rechenschaftsablegung folgen, der Jahresabschluß muß durch seine klare und übersichtliche Aufstellung den Beteiligten einen möglichst sicheren Einblick in die Lage der Gesellschaft gestatten. Es ist gut, daß an dieser Fassung des Entw. trotz der dagegen erhobenen Angriffe festgehalten worden ist<sup>60)</sup>. Sie geben auch für die Auskunfts- und Offenlegungspflicht hinsichtlich konzernmäßiger Beziehungen einen klaren Rahmen; insbes. darf auch auf diesem Gebiet die Berichterstattung im Geschäftsbericht dann unterbleiben, wenn das überwiegende Interesse einer der beteiligten Gesellschaften oder der Allgemeinheit es erfordert. Daß die NotW. auf konzernrechtlichem Gebiet nur das wirklich Notwendigste anordnet, und sich hier auch den im Entw. leitenden Gedankengängen anschließt, ist zu begrüßen. Die NotW. hat nichts von den Publizitätsforderungen aufgegeben, die nach dem Entw. verlangt worden waren.

Im einzelnen sind folgende neue Vorschriften von besonderer Bedeutung:

2. Auf Verlangen des AuffR. muß der Vorstand im Rahmen der durch § 246 Abs. 1 Satz 2 gegebenen Berichterstattungspflicht jederzeit über die Beziehungen der AktG. zu einer abhängigen Gesellschaft oder einer Konzerngesellschaft berichten.

a) Die NotW. hat den im Entw. verwandten und von der Kritik<sup>61)</sup> angegriffenen Begriff der „Tochtergesellschaft“ (§§ 56 Abs. 3, 86, 110 Abs. 2, 113 Entw.) ersetzt durch den der „abhängigen Gesellschaft“ (§§ 226 Abs. 4, 240a Abs. 1, 260a Abs. 2, 3 Ziff. 3, 261a, 261d).

Als abhängige Gesellschaft gilt eine Handelsgesellschaft oder bergrechtliche Gewerkschaft dann, wenn sie auf Grund

<sup>56)</sup> Sect. 134 Abs. 1b des engl. Ges.; § 721 des Schweizer Entw.; ferner das poln. und dän. Ges. f. Hallstein S. 320.

<sup>57)</sup> Siehe dazu Schmölder: ZW. 1930, 3687 und ZTrW. 1931, 67.

<sup>58)</sup> Hallstein S. 321.

<sup>59)</sup> Siehe hierzu Verfasser a. a. O. S. 30 ff., 80 ff. mit Lit. und sect. 125 ff. des engl. AktienG. von 1929; Hallstein S. 329 ff.

<sup>60)</sup> Siehe Verfasser a. a. O. 25 zu IV 1.

<sup>61)</sup> Sintenis a. a. O. S. 463.

von Beteiligungen oder in sonstiger Weise unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluß der AktG. steht (§ 226 Abs. 4 i. d. Fass. der NotW.D.<sup>62)</sup>). Statt der Begriffe „Mutter- und Tochtergesellschaft“ wird damit der der herrschenden und der abhängigen in das Recht eingeführt.

b) Die NotW.D. führt den Begriff der „Konzerngesellschaft“ in das Gesetz ein. Der Entw. hatte in § 116 Ziff. 2 eine Definition des Konzerns und der Konzernbilanz versucht (s. Ullmann a. a. O. S. 2636). Die Kritik hatte solche Legaldefinitionen bekämpft<sup>63)</sup>. Die NotW.D. verzichtet auf eine Definition. Die Klärung kann auch weiter dem Schrifttum, der Rspr. des RG. und des RFH. überlassen bleiben.

3. Die Zustimmung des AufsR. zur Kreditgewährung wird nicht auf den Vorstand der AktG. beschränkt. Sie erstreckt sich auch auf Kredite an die gesetzlichen Vertreter abhängiger oder herrschender Gesellschaften (§ 240a Abs. 1 Satz 2).

4. Die Forderungen der AktG. an abhängige und an Konzerngesellschaften sowie die an deren gesetzliche Vertreter müssen in der Bilanz gesondert ausgewiesen werden (§ 261a Abs. IV 9 und 10). Das gleiche gilt für die Verbindlichkeiten der AktG. gegenüber abhängigen und Konzerngesellschaften (§ 261a Abs. 5). Da die Verrechnung von Forderungen mit Verbindlichkeiten unzulässig ist (§ 261 Abs. 3 Satz 2), tragen diese Bestimmungen dazu bei, dem Aktionär Klarheit über solche Beziehungen zu verschaffen.

5. Im Geschäftsbericht muß über die Beziehungen zu einer abhängigen oder einer Konzerngesellschaft berichtet werden (§ 260 Abs. 2).

„Gebundene Aktien“ müssen im Geschäftsbericht angeführt werden. Die Definition in § 260a Abs. 3 Ziff. 3 geht weiter als die in § 93 Abs. 6 des Entw. Denn jetzt sollen Aktien auch dann als gebundene gelten, wenn der Aktionär sich zugunsten einer abhängigen oder einer Konzerngesellschaft Beschränkungen unterworfen hat. (Leider hält die NotW.D. noch an den „stillseheigenden“ Vereinbarungen fest<sup>64)</sup>.)

Eine abhängige Gesellschaft darf Aktien der herrschenden nicht zeichnen: Erwerben und zu Pfand nehmen darf sie solche Aktien nur wie eigene (§ 226 Abs. 4 i. d. Fass. der NotW.D.).

6. Die Regierung wird ermächtigt, für Konzerngesellschaften Vorschriften über die Aufstellung des eigenen und über die Aufstellung eines gemeinschaftlichen Jahresabschlusses zu erlassen (§ 261d Abs. 2).

## II. Jahresabschluss und Geschäftsbericht.

1. Die NotW.D. hält an der weitgehenden Gliederung der Jahresbilanz, des Geschäftsberichts und der Gewinn- und Verlustrechnung fest, die der Entw. vorgesehen hatte. Die hieran geübte Kritik (insbes. Sinenis a. a. O. S. 468 ff.) hat die Stellung der Reichsregierung in der grundsätzlichen Frage nicht geändert. Die Bildung stiller Reserven bleibt zulässig; jedoch ist es verboten, sie durch die Einstellung fungierender Schulden unter die Passiven zu bilden (§ 261a Abs. 3 Satz 4).

a) Das ausländische Recht kennt auch Vorschriften über die Gliederung der Bilanz, sie gehen aber nicht so weit wie die Vorschriften in § 261a<sup>65)</sup>. Außer den oben besprochenen Offenlegungen über Forderungen und Schulden an abhängige und Konzerngesellschaften und über Forderungen an Mitglieder des Vorstands ist neu die Vorschrift, daß die der AktG. gehörenden eigenen Aktien „nicht unter anderen Posten“ aufgeführt werden dürfen (§ 261a Abs. 3 Satz 6). Die ebenfalls gesondert auszuweisenden Stimmrechtsaktien werden in § 261a Abs. 1 B. I so definiert, wie es in § 94 Abs. 1 des Entw. vorgesehen war.

b) Die Bewertungsvorschriften in § 261 i. d. Fass. der NotW.D. haben entgegen dem § 112 des Entw. keine grundlegenden Änderungen erfahren.

Bei Abschreibungen auf Gegenstände des Anlagever-

mögens wird nicht mehr verlangt, daß sie „gleichmäßig“ verteilt werden (§ 261 Abs. 1 Satz 1); die Änderung ist wohl auf eine Anregung Schmalenbachs<sup>66)</sup> zurückzuführen<sup>67)</sup>.

Zum Anlagevermögen gehörende Wertpapiere dürfen ohne Rücksicht auf einen geringeren Wert zu den Anschaffungskosten angesetzt werden, soweit nicht die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung Abschreibungen auf die Anschaffungskosten erforderlich machen (§ 261 Ziff. 1 Abs. 2<sup>68)</sup>). Hier wird also nicht, wie bei anderen Gegenständen des Anlagevermögens, der Ansatz zu den Anschaffungskosten von der Abschreibung obligatorisch abhängig gemacht, sondern die Abschreibung den mehr subjektiven Grundsätzen der ordnungsmäßigen Buchführung überlassen; im Entw. waren Wertpapiere den anderen Teilen des Anlagevermögens in der Bewertung gleichgestellt.

Eigene Aktien müssen wie die Gegenstände des Betriebsvermögens eingesetzt werden, also höchstens zum Beschaffungspreis; ist der Kurs am Bilanzstichtag niedriger, so muß dieser eingesetzt werden (§ 261 Ziff. a).

Außer den Gründungskosten dürfen auch die der Kapitalerhöhung nicht als Aktiven eingesetzt werden (§ 261 Ziff. 3<sup>69)</sup>).

Ein aktivierter Goodwill ist „durch angemessene jährliche Abschreibungen zu tilgen“ (§ 261 Ziff. 4); das läßt den Gesellschaften mehr Spielraum als die Vorschrift in § 112 Ziff. 5 des Entw.<sup>70)</sup>.

c) Die Bestimmungen über den Geschäftsbericht in § 260a weisen gegenüber § 110 des Entw. folgende Unterschiede auf<sup>71)</sup>:

Der Bestand an eigenen Aktien ist anzugeben. Dagegen ist auf die Bestimmung verzichtet, daß die Fälligkeit langfristiger Verbindlichkeiten (§ 110 Abs. 6 des Entw.) und spätere Verluste aller Art (Entw. a. a. O. Ziff. 8) angegeben werden.

d) Die Vorschriften über die Gliederung der Gewinn- und Verlustrechnung in § 261c weichen von § 115 des Entw. etwas ab<sup>72)</sup>.

Der aus einer Herabsetzung des Grundkapitals sich ergebende und für Abschreibungen oder Rückstellungen verwendete Betrag ist nicht mehr in Form der einzelnen Beträge der bewirkten Abschreibungen und Rückstellungen gesondert auszuweisen (§ 115 Abs. 3 des Entw.).

Auf der Ertragsseite muß an erster Stelle gesondert ausgewiesen werden der Betrag, der sich nach Abzug der Aufwendungen für Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe (bei Handelsbetrieben nach Abzug der Aufwendungen für die bezogenen Waren) sowie nach Abzug der übrigen Erträge (aus Beteiligungen, Zinsen, außerordentl. Erträgen und Zuwendungen) ergibt (§ 261c Abs. 1 II 1). Diese Vorschrift wird es gestatten, den reinen Betriebsgewinn deutlicher als nach den Bestimmungen des Entw. zu erkennen.

2. Die in § 116 des Entw. vorgesehen gewesene Ermächtigung der Reichsregierung zur Vorschreibung von Formblättern für die Aufstellung des Jahresabschlusses ist in § 261d übernommen worden, obwohl die Kritik Bedenken dagegen geäußert hatte<sup>73)</sup>.

3. Die Anfechtung von GenVersBeschlüssen wird durch § 261e für die Fälle ausgeschlossen, in denen die Bestimmungen über Gliederung der Bilanz (§ 261a), über den bilanzmäßigen Ausweis von Verbindlichkeiten aus Bürgschaften, Garantieverträgen usw. (§ 261b) und über die Gliederung der Gewinn- und Verlustrechnung (§ 261c) ver-

<sup>62)</sup> Siehe z. B. in Rdln. Volksz. v. 8. Sept. 1930.

<sup>67)</sup> Wegen entsprechender Vorschriften im ausl. Recht s. Hallstein S. 343 ff.

<sup>68)</sup> Wegen des ausl. Rechts Hallstein S. 333 ff.

<sup>69)</sup> Wegen analoger Bestimmungen im ausl. Recht s. Hallstein S. 341.

<sup>70)</sup> Wegen der Behandlung des Goodwill im englisch-amerikan. Rechtskreis s. Flechtheim: *Anal. Int. BrR.* 1929, 113 ff. und sect. 79 des engl. AktienG. sowie Hallstein S. 332.

<sup>71)</sup> Das ausl. Recht kennt eine so eingehende Regelung über den Inhalt des Geschäftsber. nicht; Hallstein S. 346.

<sup>72)</sup> Auch hier kennt das ausl. Recht solche Spezialvorschriften nicht; Hallstein S. 345.

<sup>73)</sup> Siehe bei Verfasser a. a. O. S. 30.

<sup>62)</sup> Siehe hierzu insbes. Hamburger, *Organgesellschaft*, in *Festschr. f. Sedel; Kronstein, Abhängige juristische Person*, 1931.

<sup>63)</sup> Sinenis a. a. O. S. 462.

<sup>64)</sup> Dagegen Sinenis a. a. O.

<sup>65)</sup> Siehe für die Aktien § 42 des holl. AktienG., für die Passiven die Vorschriften in Polen, Belgien und England; Hallstein S. 339.

leht werden. Dagegen war beim Entw. angenommen worden, daß die Verletzung der Gliederungsvorschriften die Anfechtung begründet<sup>74</sup>).

4. Art. V NotW., welcher die neue Fassung der §§ 260, 260 a und b, 261, 261 a bis 2 enthält, tritt erst mit einem von der Reichsregierung zu bestimmenden Zeitpunkt in Kraft (Art. XIII Abs. 2). Sie erläßt auch die zur Überleitung erforderlichen Rechts- und allgemeinen Verwaltungsvorschriften.

5. Die Reichsregierung ist ermächtigt, für AktG. besonderer Art oder geringeren Umfangs Ausnahmen von den Gliederungsvorschriften oder der Revision durch Bilanzprüfer zuzulassen. Sie hat durch allgemeine Anordnung zu bestimmen, welche AktG. als solche besonderer Art oder geringeren Umfangs anzusehen sind (Art. XIV Abs. 2 Ziff. 2 und 3). Entsprechendes war in § 197 Entw. bestimmt.

### III. Die Kommanditgesellschaft auf Aktien.

1. Die Vorschriften der NotW. gelten in vollem Umfang auch für die KommGes. a. A. (Art. X Abs. 1).

<sup>74</sup>) Erl. 3. Entw. S. 115 und Ullmann a. a. D.

2. Soweit die NotW. Bestimmungen enthält, die den Vorstand der AktG. betreffen, gelten diese für die persönlich haftenden Gesellschafter entsprechend (Art. X Abs. 2). Das entspricht dem § 204 Entw.

Die Meinungen darüber waren und sind geteilt, ob es zweckmäßig, notwendig und rechtspolitisch richtig war, einen Teil der Aktienrechtsreform durch NotW. zu regeln. Man kann auch darüber streiten, ob die NotW. wirklich nur die dringendsten Probleme, aber diese erschöpfend, erfaßt hat.

Sache der Reichsregierung ist es, ihren Ernst weiter dadurch zu beweisen, daß sie in möglichst kurzer Frist die Bestimmungen in Art. V—VIII auf Grund der ihr erteilten Ermächtigung in Kraft setzt,

daß sie außerdem so rasch als möglich die Anordnungen erläßt, durch welche der Kreis der prüfungspflichtigen Gesellschaften bestimmt wird.

Die Reichsregierung muß wichtige Teile der NotW. durch Anwendung der ihr in Art. XIII und XIV übertragenen Rechte und Befugnisse von der auf dem Papier stehenden Existenz zum wahren Leben erwecken.

## Schrifttum.

### Gesellschaften einschl. Aktiengesellschaften.

**Amtlicher Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie ein Entwurf eines Einführungsgesetzes.** Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums. 1931. Reichs- und Staatsverlag.

Vgl. Aufsatz Schlegelberger oben S. 2914.

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

In der JW. 1931, 788 abgedr. Besprechung ist vornehmlich unterlassen worden, die beiden von R. Dr. Max Homburger beigefügten Aufsätze zu erwähnen. Homburger behandelt in ihnen zwei der wichtigsten Fragen des neuen Aktienrechts unter neuen Gesichtspunkten: Die Pflichtrevision und die Treupflicht der Herrschaftsaktionäre. Von den Gedanken Homburgers seien die folgenden erwähnt: Die Bestimmungen der erfreulicherweise eingeführten Pflichtrevision weisen einige Lücken und Unklarheiten auf. So müsse der vermutliche Wille des Gesetzgebers, daß die Beschlußfassung über den Jahresabschluß erst erfolgen dürfe, wenn der Prüfungsbericht vorliege, in einer besonderen Bestimmung zu deutlichem Ausdruck gebracht werden. Im Interesse der Beruhigung von Aktionären und Öffentlichkeit sollten die Prüfer vor der GenVers. feststellen, ob den von ihnen gemachten wesentlichen Beanstandungen Rechnung getragen ist. Wird das festgestellt, so soll keine weitere Auskunft über jene Beanstandungen begehrt werden können. Schließlich rügt Homburger die Bevorzugung der Treuhandgesellschaften gegenüber Einzelprüfern. Es sei zu verlangen, daß von den Angestellten dieser Gesellschaften der Nachweis der gleichen Befähigung verlangt würde. Auch müsse die Haftung der Treuhandgesellschaften verschärft werden. Es gehe nicht an, daß sie sich durch den Nachweis der diligentia in eligendo et custodiendo (oder die Tatsache, daß der Schade auch sonst eingetreten sei) von ihrer Haftung befreien könnten. Bezüglich der Treupflicht der Herrschaftsaktionäre geht Homburgers Plan dahin, daß der GenVersBeschluss, der ihre Beibehaltung oder Schaffung beschließt, zugleich festlegen muß, aus welchem Grunde und zu welchem Zweck sie beibehalten oder geschaffen werden; ferner, wann sie ihr Mehrstimmrecht ausüben dürfen und wie zu verfahren ist, wenn zwischen den Organen der AktG. und einer bestimmten Minderheit Differenzen über die Geschäftsführung entstehen. Es sei zu wünschen, daß die Treuhandverträge die Schlichtung solcher Konfliktsfälle eingehend regeln.

D. S.

**Dr. Max Homburger, Rechtsanw.: Neugestaltung des Aktienrechts.** Zur Kritik des Entwurfs. Berlin 1931.

Carl Heymanns Verlag. 91 Seiten. Preis 5 M.

Das Buch hat einen doppelten Inhalt. Der zweite Teil ist eigentlich der erste. Er enthält den bereits im Zentralblatt für Handelsrecht veröffentlichten Aufsatz des Verf., der sich an die Antworten des Deutschen Anwaltvereins zu dem Fragebogen des R. J. M. anschließt. Er enthält eine Kritik dieser. Hier kommt die selbständige Meinung des Verf. zu ihrem Recht. Die Arbeit wird zweifellos auch bei der Ausarbeitung des Entwurfs beachtet worden sein. Sie ent-

hält mehr als nur die Besprechung der Antworten des Deutschen Anwaltvereins. An zahlreichen Stellen hat der Verf. Gelegenheit, eingehend sich zu den einschlagenden Fragen zu äußern. Es sei hier nur auf das Problem des „Unternehmens an sich“ (66) verwiesen. Ebenso verdienen die Bemerkungen über die Generalklausel gewürdigt zu werden. Wenn auch die Betrachtungen zu den Antworten des Deutschen Anwaltvereins teilweise jedenfalls durch den Entwurf selbst überholt sind, werden sie auch heute noch bei der Bewertung des Entwurfs selbst benötigt werden können.

Der erste Teil des Buches beschäftigt sich dann mit dem Entwurf selbst. Er bezeichnet sich als „Kritik des Entwurfs“. Hier tritt der Verf. mit seiner eigenen Meinung zurück. Er gibt an der Hand des Entwurfs ein vollständiges Bild über die Äußerungen zum Entwurf selbst. Nur an ganz wenig Stellen greift der Verf. selbst wieder ein. Es wird wohl kaum eine Arbeit geben, die eine so vorzügliche Orientierung über die Literatur zum Entwurf des neuen Aktienrechts enthält. Soweit ich sehen kann, ist dem Verf. nichts entgangen. Man glaube nun ja nicht, daß diese Übersicht über die Meinungen anderer ein leichtes Spiel gewesen ist. Dazu gehört nicht nur eine gewissenhafte Verfolgung aller Erscheinungen, nicht nur ein Einregistrieren an der passenden Stelle. Es ist eine ganz besondere Kunst, die oft in langen Artikeln mehr oder minder deutlich niedergelegte Auffassung herauszuschälen und sie in knappen Worten so deutlich zum Ausdruck zu bringen, daß auch jeder, der den Aufsatz selbst nicht gelesen hat, sofort den ganzen Inhalt vor sich sieht. Wenn nun der endgültige Entwurf erscheint, kann man leicht an der Arbeit Homburgers nachprüfen, an welchen Stellen die Kritik Einfluß gehabt hat.

R. Dr. Dr. Max Hachenburg, Mannheim.

**Dr. Albert Pinner, Justizrat, Berlin: Aktiennovelle und Bankenaufsicht.** Verordnung vom 19. September 1931.

Textausgabe mit Einführung in die Aktiennovelle. Taschenformat. (Guttentagsche Sammlung deutscher Reichsgesetze Nr. 179.) Berlin 1931. Verlag Walter de Gruyter & Co. 85 Seiten. Preis 1,80 M.

Die Novelle zum Recht der AktG. und die Schaffung der Bankenaufsicht durch NotW. verlangen von jeder AktG. und jedem Bankinstitut schnellste Anpassung an die veränderte Situation; in dem Textband der Guttentagschen Sammlung wird ein erstes, zuverlässiges Orientierungsmittel geboten. Der Herausgeber hat den Text der Aktiennovelle mit einer umfangreichen Einführung versehen, die die einzelnen Bestimmungen in ihrer Tragweite und praktischen Handhabung kennzeichnet.

D. S.

**Dr. Walter Hallstein: Die Aktienrechte der Gegenwart.** Gesetze und Entwürfe in rechtsvergleichender Darstellung. Herausgegeben vom Reichsjustizministerium und vom Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, bearbeitet im Institut unter Benützung amtlichen Materials. Berlin 1931. Verlag Franz Vahlen. Preis geheftet 17,50 M., gebunden 20,50 M.

Ein Blick in die innere Werkstatt der Gesetzgebung. In erster Linie soll die Kenntnis der eigenen Rechtsgestaltung und der Bedürf-

nisse der deutschen Wirtschaft die Grundlage für die Aktienreform bilden. Hier hatten die Fragebogen des R. V. M. das Material beschafft. Daneben war aber auch die vergleichende Betrachtung des ausländischen Rechts geboten. Man lernt aus ihm, wie man es machen, aber auch, wie man es nicht machen soll. Die Wünsche nach Rechtsgleichheit bei Instituten wie beim Aktienrecht und ihre Bedeutung für den internationalen Kapitalverkehr lassen sich auf ihre Berechtigung nur prüfen, wenn man den Aufbau der fremden Rechte kennt. Zugleich aber wird wieder das Bedenken gegen Verpflanzung ausländischer Ideen auf deutschen Boden wachgehalten. Eine gewaltige Arbeit mußte hier geleistet werden. Es sollte „ein zusammenfassendes Werk“, „das für alle Beurteiler der nun zu lösenden Reformfragen in eingehender systematischer Darstellung die Anschauungen und Reformgedanken der Außerdeutschen auffängt und sie untereinander und mit den deutschen Lösungen vergleicht“ (Vorwort), sein. Das konnte kein einzelner. Eine Reihe klavogoller Namen werden aufgezählt. Quassowski, Harmenting, Schmölder, Pätzold, Ullmann arbeiteten im Ministerium. Im amtlichen Auftrag finden wir Palisch, Gottschick, Hans Goldschmidt, Lorenz und Menzel tätig. Sie müssen sich die Materien unter sich verteilt haben. Auch dann noch bleibt eine mächtige Aufgabe. Aus dem so gesammelten Material hat Hallstein das einheitliche Buch geschaffen. Es gibt ein Gesamtbild des geltenden Aktienrechts der ganzen Welt. Um das zu bewirken, genügt es nicht, sich des Stoffes zu bemächtigen. Man kann dessen einzelne Stücke nicht einfach zusammensetzen. Dazu gehört eine tiefgehende Kenntnis nicht nur der Bestimmungen der Gesetze der verschiedenen Staaten, sondern auch von deren Bedeutung für das Wirtschaftsleben der Völker. Nur wer das Ganze beherrscht, vermag den Besonderheiten gerecht zu werden und dann wieder aus diesen ein einheitliches Bild zu geben. Der individuelle Geist des Verf. ist der Schmelztiegel, aus dem die Stücke als Gesamtheit hervorgehen. Dabei wird nirgends die objektive Darstellung verlassen. Nirgends tritt die persönliche Meinung kritisch oder befürwortend hervor. Das bewirkt dann auch, daß das Standardwerk des Aktienrechts auch nach Beendigung der deutschen Reform seinen Wert behält. Es ist das klassische Lehrbuch des Weltaktienrechts.

N. Dr. Dr. Max Sacherburg, Mannheim.

**Dr. Franz Lauffe: Die Handelsgesellschaften und das zwingende Recht.** Prag 1931. J. G. Calvesche Universitätsbuchh. Robert Lerche. XV u. 279 S. Preis 10 *fl.*

Die mit Unterstützung des Ministeriums für Schulwesen und Volkskultur und des deutschen Universitätsvereines für rechts- und staatswissenschaftliche Forschung in Prag erschienene Arbeit, die gleichermaßen österreichisches wie deutsches Recht behandelt, zeugt von juristischem Urteil, Verständnis für wirtschaftliche Fragen und selbständigem Denken. Der streng systematische Aufbau beweist die gründliche Verarbeitung des Stoffes. Ihr Wert wird allerdings dadurch beeinträchtigt, daß sie nicht erschöpfend ist. So sagt der Verf. selbst (S. 77), daß er über die zwingenden Normen im Rechte der AktG. und der GmbH. nur eine Übersicht in den größten Zügen bieten könne. Von einer Monographie über dieses Thema erwartet man eigentlich Vollständigkeit. In Wirklichkeit bietet der Verf. zwar sehr viel mehr als eine Übersicht nur in den größten Zügen, nämlich einen sehr reichhaltigen, wenn auch nicht lückenlosen Katalog der zwingenden Normen im Gesellschaftsrecht. Auch eine Reihe von Streitfragen wird erörtert. Das vielleicht wichtigste Problem ist jedoch als solches nicht erkannt. Es gibt im Recht der Kapitalgesellschaften nämlich zwei verschiedene Kategorien zwingenden Rechts: solche Rechtsnormen, deren zwingender Charakter so stark ist, daß jede Zuwiderhandlung absolute Nichtigkeit nach sich zieht, und andere Normen, die insofern zwingend sind, als sie auch nicht durch die Satzung abgeändert werden können, deren Verletzung im Einzelfall aber nur Anfechtbarkeit des GenVerschl. bewirkt. Es hätte sich also darum gehandelt, diese beiden Gruppen zwingender Rechtsnormen klar zu scheiden und gegeneinander abzugrenzen, ein zweifellos sehr schwieriges Problem, das auch bei der Aktienrechtsreform viel Kopfzerbrechen macht. Statt dessen begnügt sich der Verf. ohne Eingehen auf die Literatur mit der bloßen Empfehlung einer analogen Anwendung des § 144 FGG. (S. 218). Damit wird man der Schwierigkeit der Frage nicht gerecht. In Wirklichkeit hat der Verf. den erwähnten Unterschied in der zwingenden Kraft der verschiedenen Normen nicht klar gesehen, denn er behauptet (S. 214), daß die Verletzung zwingenden Rechts nach herrschender Lehre den Beschluß schlechtweg nichtig mache und zur Erhebung der negativen Feststellungsklage (§ 256 ZPO.) und der Anfechtungsklage nach § 271 HGB. berechtige. Dementprechend wird auch an anderen Stellen des Buches die Anfechtungsklage als Nichtigkeitsklage bezeichnet (z. B. S. 85, 171). Von diesem unrichtigen Ausgangspunkt aus erklärt es sich, daß der Verf. die allgemeine Auflassung der Anfechtungsklage als einer Rechtsgefaltungsklage als „unlöslichen Widerspruch in sich selbst“ und „unmögliche Konstruktion“ abstut und in der Anfechtungsklage eine speziell geregelte Nichtigkeitsfeststellungsklage erblickt (S. 214—218). Verkannt ist ferner (S. 85, 93), daß dem Aufsichtsrat als solchem ein Anfechtungsrecht nicht zusteht, vielmehr nur dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied in den Fällen des § 271 Abs. 4 HGB.

Auch sonst enthält das im allgemeinen sehr fleißige und gründliche Buch eine Reihe von Unrichtigkeiten und Flüchtigkeiten, von Druckfehlern (S. 37, 60, 87) ganz abgesehen. So überläßt es, wenn in einer Arbeit über das zwingende Recht inmitten einer Darstellung der für die Erhaltung des Grundkapitals sorgenden zwingenden Normen auch das Verbot des Erwerbs eigener Aktien (§ 226 HGB.) behandelt wird, ohne daß dabei der Sollencharakter dieser Bestimmung hervorgehoben wird. Ebenso, wenn bei der Aufzählung der dem Vorstand bzw. der GenVers. zwingend übertragenen Aufgaben, auch wenn diese Aufzählung nicht erschöpfend sein soll (S. 163), berart grundlegende Vorschriften unerwähnt bleiben wie die, daß dem Vorstand die Vertretung der Gesellschaft obliegt, oder daß Satzungsänderungen einschl. Kapitalserhöhung und Kapitalherabsetzung zur Zuständigkeit der GenVers. gehören. Ferner fehlt die Würdigung einer anderen, zwar ungeschriebenen, aber grundlegenden zwingenden Rechtsnorm: des Rechts auf Gleichbehandlung der Aktionäre bzw. Gesellschafter einer GmbH. Freig ist die Behauptung (S. 223/24), der Mindestbetrag einer Aktie betrage nach § 180 HGB. 1000 *RM* und der eines GmbHAnteils 500 *RM* (§ 5 GmbHG.). Daß diese Vorschriften von Mark und nicht von Reichsmark sprechen und durch die GoldW. und die 2. DurchW. geändert sind, ist dem Verf. offenbar entgangen.

Anzutreffend ist es, jedenfalls nach herrschender und m. E. richtiger Auffassung, wenn die Aktionärsminderheiten bei Ausübung der Minderheitsrechte und der Einzelaktionär bei Ausübung des Anfechtungsrechts als Organe der Gesellschaft bezeichnet werden (S. 94, 95, 170). Der Verf. verkennt zwar nicht, daß diese Rechte den Aktionären in erster Linie in ihrem eigenen Interesse gegeben sind. Zu Unrecht folgert er jedoch aus der Tatsache, daß die Ausübung dieser Rechte im Einzelfall für die Gesellschaft nützlich sein kann, eine Organstellung der Minderheiten bzw. des anfechtenden Einzelaktionärs.

Auf andere Unrichtigkeiten sowie auf solche Fragen, in denen ich lebhaft abweichender Ansicht bin, kann wegen Raummangels nicht eingegangen werden. Es sei nur noch bemerkt, daß der Verf. mehrfach eine bereits überholte Ansicht als „herrschende Lehre“ bezeichnet, so z. B. hinsichtlich der Frage, ob eine Fortsetzung der AktG. oder GmbH. nach erfolgter Auflösung beschlossen werden (S. 126) oder ob die Satzung der AktG. ergänzende Bestimmungen treffen kann, wo das Gesetz keine Regelung enthält (S. 79). Der Verf. erwähnt hier zwar die entgegengesetzte Literatur und neuere Mpr. des RG., verkennt aber, daß dadurch die frühere Lehre ihre herrschende Stellung eingebüßt hat.

Zusammenfassend betrachtet, treten die vorstehend hervorgehobenen Mängel hinter vielen Guten und Brauchbaren des oft treffende Ausführungen enthaltenden Buches zurück.

N. Dr. Walter Horowitz, Berlin.

**Hamburger: Treu und Glauben im Verkehr.** Mannheim. Verlag J. Benzheimer. 290 Seiten. Preis 12 *fl.*, in Leinen geb. 15 *fl.*

Hamburger hat sich zur Aufgabe gesetzt, die Rechtsgrundlagen des Treu- und Glauben-Problems sowie die daraus fließenden Rechtsgrundsätze darzustellen. Gleichzeitig soll das Werk durch seinen systematischen Aufbau den logischen Zusammenhang der Grundsätze auf den verschiedensten Rechtsgebieten erfassen. Dabei will das Werk vorwiegend praktischen Zwecken dienen.

Hamburger stellt die Hauptprobleme zum Recht von Treu und Glauben in den einzelnen Rechtsgebieten unter Heranziehung der maßgebenden Judikatur und Literatur dar, so daß dem Benutzer zur Orientierung über eine allgemeine Frage, wie z. B. in der Frage der Einrede der Arglist, die Verwirkung, der culpa in contrahendo, ein besonderes Nachschlagen der Judikatur in Entscheidungssammlungen nicht erforderlich ist. „Der Leser soll an Hand der Ausführungen und der im Originalwortlaut zitierten oder sonst eingehend dem Inhalt nach gewürdigten Belegstellen in kürzerer Zeit ein abgeschlossenes Bild von der Frage erlangen, als wenn lediglich einzelne Leitsätze hervorgehoben werden.“ Man wird es dem Verf. gern bescheinigen, daß das Werk diesem Zwecke durchaus gerecht wird.

Das Buch zerfällt in zwei Hauptteile:

Der erste Teil behandelt die Rechtsgrundlagen von Treu und Glauben im Verkehr. Der zweite Teil die Rechtsgrundsätze von Treu und Glauben bei den einzelnen Rechtsverhältnissen. In diesem letzteren Absatz werden Treu und Glauben bei Vertretung in Vollmacht (§ 15), bei der Rechenschafts- und Auskunftspflicht (§ 16), beim Kauf und Handelskauf (§ 17), beim Miet- und Pachtrecht (§ 18) usw., dem Versicherungsrecht (§ 27), dem GmbHRecht (§ 28) und dem Verlagsrecht (§ 29) behandelt. Überall ist die Judikatur vollständig und die Literatur zum mindesten in ihren wesentlichsten Erscheinungen mitgeteilt.

Es ist sicherlich nicht ohne Reiz, einmal im Zusammenhang die zahlreichen reichsgerichtlichen Entsch. zu lesen, durch die in dreißigjähriger Praxis die Grundsätze der §§ 157, 242 BGB. praktische Anwendung bei den einzelnen Erscheinungen des Rechtslebens erfahren haben. Die zusammenhängende Lektüre der gesamten wichtigsten Entsch.

führt den Leser zu Zusammenhängen, die ihm bei der Lektüre einer einzelnen Entsch. nicht in gleicher Weise offenbar werden und die für ihn Anlaß bieten, selbst über die in den einzelnen Rechtsgebieten auftauchenden Rechtsprobleme von neuem nachzudenken.

Besonders lesenswert erscheinen mir die Ausführungen über die Bewirkung (§. 83), die clausula rebus sic stantibus (§. 117) und culpa in contrahendo (§. 137).

Das Verhältnis der clausula rebus sic stantibus zu dem Begriff Treu und Glauben wird ja, wie nebenbei bemerkt werden mag, voraussichtlich in naher Zukunft durch die Rechtsprechung zum 3. Kap. des 5. Teiles der 3. NotW.D. v. 6. Okt. 1931 eine besondere Klärung erfahren. Die gerichtliche Herabsetzung der übermäßig hohen Dienstvergütungen ist nach § 1 der erwähnten Vorschrift davon abhängig, daß die Vergütung mit Rücksicht auf die Geschäfts- und Vermögenslage des Dienstberechtigten oder die veränderte allgemeine Wirtschaftslage als übermäßig hoch anzusehen ist, und daß deren Weiterzahlung ihm deshalb nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann. Was bedeutet hiernach Treu und Glauben?

Der Dienstverpflichtete, also Vergütungsberechtigte, wird hier vom Gesetz für verpflichtet erachtet, in eine Herabsetzung der ihm vertraglich zustehenden Leistungen zu willigen. Es handelt sich nicht nur um Auslegung einer Willenserklärung, es handelt sich auch nicht um die Beurteilung der zu bewirkenden Leistung, sondern es handelt sich um eine tief einschneidende Veränderung des Vertrages überhaupt. Die Worte „Treu und Glauben“ sind daher hier in Wahrheit farblos. Sie besagen nichts weiter, als daß der Dienstverpflichtete in eine Herabsetzung der Vergütung zu willigen hat, wenn diese Vergütung unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles, insbes. bei Berücksichtigung der Geschäfts- oder Vermögenslage des Dienstberechtigten oder der veränderten allgemeinen Wirtschaftslage unbillig hoch ist. Demnach ist für die Zukunft jeder Dienstvertrag, der vor dem 7. Okt. 1931 abgeschlossen und in dem dem Dienstverpflichteten eine höhere jährliche Vergütung als 15 000 RM zugesagt ist, mit der Klausel behaftet, daß unter den erwähnten Voraussetzungen und in den besonders vorgeschriebenen gesetzlichen Formen eine Herabsetzung der Vergütung vom Dienstberechtigten verlangt werden kann. Der Dienstverpflichtete, der trotz des Eintritts der zur Herabsetzung berechtigenden Umstände auf seinem Schein besteht, verletzt Treu und Glauben.

Gern hätte ich es gesehen, wenn der Verf. auch den Einfluß von Treu und Glauben im Skripturrecht behandelt hätte. Das vermiße ich, und zwar vor allem deshalb, weil hier der Verf. Gelegenheit gehabt hätte, entgegen der in der Praxis und der Literatur herrschenden Auffassung für eine stärkere Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben auch auf diesem Gebiete einzutreten.

Das Wechselrecht und insbes. das Protestrecht ist eigentlich das einzige Gebiet des Privatrechts, das von dem vom Begriffe Treu und Glauben ausgehenden frischen Lufthauch noch ziemlich unberührt geblieben ist. Hier herrscht immer noch Formalismus in Reinkultur.

Daneben hätte es dem Buche nach meiner persönlichen Einstellung zum Vorteil gereicht, wenn neben der gewiß dankenswerten Wiedergabe der einschlägigen RG-Entscheidungen die Kritik noch etwas stärker zu ihrem Rechte gekommen wäre.

Jedenfalls aber wird das Buch jedem Juristen, der sich schnell über den Einfluß von Treu und Glauben in den einzelnen Rechtsgebieten informieren will, die rasche Orientierung erleichtern, und darin liegt, ganz abgesehen von dem vom Verf. angewendeten Fleiß in der Zusammentragung der Entscheidungen, der ganz besondere Wert des trefflichen Werkes. Man wird jedem Praktiker die Anschaffung des übrigens vom Verlag Bensheimer ausgezeichnet ausgestatteten Buches raten können.

RM. Prof. Dr. James Breit, Dresden.

## Ausland.

**Józef Kaczkowski: Polskie Prawo o spółkach akcyjnych.** (Polnisches Aktiengesetz). 2. Aufl. Posen 1931. Wojewódzkie wydawnictwo Instytutu. XV u. 578 Seiten.

Der wertvolle Kommentar, dessen i. J. 1928 erschienene erste Auflage in JW. 1929, 628 angezeigt wurde, liegt nunmehr in stark erweiterter neuer Auflage vor. Der Verf. hat den Stoff nochmals eingehend durchgearbeitet, seine Ausführungen vielfach ergänzt und vertieft und die inzwischen erschienene Literatur sowie die allerdings bisher noch recht spärliche Rspr. mitverarbeitet. Der Gesetzestext ist durch die Wiedergabe von AusfW.D. ergänzt worden, darunter die bedeutsame W.D. v. 20. Dez. 1928 über die Bedingungen der Zulassung ausländischer AktG. und KommanditAktG. zum Geschäftsbetriebe in Polen. Von einer Kommentierung dieser W.D. hat der Verf. mit Recht abgesehen; sie wird sich erst lohnen, wenn der Rahmen, den die W.D. gibt, durch eine ausgiebige Verwaltungspraxis gefüllt sein wird. Sowie läßt sich allerdings heute schon erkennen, daß die Zulassung zum Geschäftsbetriebe auf Grund der zum Teil recht dehnbaren Bestimmungen

der W.D. nicht ganz leicht zu erwirken sein wird. Recht seltsam ist insbes. die — dem Rüstzeug des zaristischen Verordnungsrechts entnommene — Vorschrift, wonach die Gesellschaft für den Betrieb in Polen ein bestimmtes Kapital festsetzen muß, dessen Betrag der Bekanntmachung im Amtsblatt bedarf (§ 9e), und dessen Erhöhung oder Herabsetzung nur mit Genehmigung der polnischen Behörde zulässig ist (§ 7a). Die Erfüllung dieser Voraussetzung wird deutschen AktG., die zum Geschäftsbetriebe in Polen zugelassen werden wollen, recht erhebliche technische Schwierigkeiten bereiten. — Eine außerordentliche Vereinfachung hat das Buch durch die Beifügung von Formulareen gewonnen, die nach dem Vorbild des vom Berliner Anwaltverein herausgegebenen Formularbuchs ausgearbeitet und mit eingehenden Erläuterungen versehen sind. Sie werden der polnischen Notariatspraxis als vorzügliches Orientierungsmittel willkommen sein, ebenso die eingehenden Stempel- und Notariatsgebührentabellen sowie die Zusammenstellung der Register-, Börsen- und Bilanzvorschriften.

Bei der Erläuterung des polnischen Aktienrechts muß man sich bewußt sein, daß das Aktiengesetz einen besonderen Abschnitt des gesamten Zivilrechtshystems darstellt. Bei der Auslegung der zahlreichen Stellen, an denen das Aktiengesetz stillschweigend auf die Normen des allgemeinen Zivilrechts verweist, taucht immer wieder das Problem auf, ob mit diesen Verweisungen auf die in Polen geltenden fünf Privatrechtsordnungen Bezug genommen wird oder ob die Lösung nicht vielmehr ohne Rücksicht auf interlokale Verschiedenheiten einheitlich zu finden ist. Mit richtigem Takt hat der Verf. den letzteren Weg beschritten. Das Gesetz, das die Materie des Aktienrechts für den gesamtlichen polnischen Staat einheitlich geregelt hat, gebietet damit auch für alle einzelnen aktienrechtlichen Rechtsverhältnisse eine einheitliche Behandlung, die unabhängig davon ist, ob der einzelne aktienrechtliche Vorgang mit diesem oder jenem polnischen Teilgebiet örtlich verknüpft ist. Wenn dabei der Verf., um zu einer einheitlichen Lösung zu gelangen, ganz unbefangenen die deutsche Aktienrechtslehre heranzieht, so ist das durchaus richtig. Da das polnische Aktiengesetz sich im wesentlichen an das Vorbild des deutschen Rechts anlehnt, so müssen auch die allgemeinen Grundprinzipien des deutschen Rechts zur Auslegung des polnischen Gesetzes herangezogen werden können. Es ist dies dieselbe Methode der Auslegung, die für die Zeit vor dem 1. Jan. 1900 Kohler zur Auslegung der in der deutschen RW.D. enthaltenen Verweisungen auf das Zivilrecht empfahl (vgl. Grünhutsz. 13, 48, 57; Gepr. Beitr. zum Zivilprozeß 205). Die Lehre Kohlers, daß die RW.D. nicht auf das gemeine, französische, preussische usw. Privatrecht, sondern auf diejenigen Normen verweise, die als „richtigste Äußerung unserer heutigen Kulturrechtsordnung“ anzusehen seien, kann bei der Auslegung des polnischen Aktienrechts verwertet werden. So hat der Verf., um nur ein Beispiel für seine Methode zu erwähnen, in Art. 13 Anm. 1 das Problem, ob und inwieweit die Aktienzeichnung der Anfechtung wegen Irrtums unterliege, einheitlich und ohne Berücksichtigung der Irrtumslehre nach den fünf Privatrechtssystemen dem deutschen Vorbild entsprechend dahin gelöst, daß der Aktienzeichner, sofern er sich bewußt gewesen war, einen Zeichnungsschein zu unterschreiben, wegen Irrtums über den Inhalt der Zeichnungsverpflichtung ein Anfechtungsrecht nicht habe.

Recht wenig ergiebig ist das neue Aktiengesetz in verfahrensrechtlicher Beziehung. So fehlt es an einer Regelung der Prüfungspflicht des Registerrichters vollkommen. In Art. 77 Anm. 2 begrenzt der Verf. im Anschluß an das deutsche Recht die Prüfungspflicht des Registerrichters dahin, daß er Beschlüsse, die nur bei ihm einzuweisen, nicht einzutragen seien, grundsätzlich nicht nachzuprüfen habe und daß die Nachprüfung von Beschlüssen, soweit sie stattgefunden hat, nicht etwa im Interesse der Dritten erfolge, deren Rechte durch den Beschluß beeinträchtigt werden könnten — eine Lösung, der durchaus beizustimmen ist.

In Art. 73 wird für GenVersBeschlüsse die Protokollierung durch einen Notar gefordert. Hinsichtlich der Form des notariellen Protokolls fehlt es — abgesehen von der Bestimmung, wonach alle Unterlagen einschließlich der Anwesenheitsliste als Anlagen beizufügen sind — an jeder Vorschrift. Hier wird man daher nicht umhin können, auf die Verfahrensvorschriften der Teilgebiete zurückzugreifen. Danach werden insbes. die Fragen zu entscheiden sein, ob das Protokoll vor Beendigung der GenVers. errichtet, ob es vorzulesen und von der Versammlung zu genehmigen und ob und von wem es zu unterschreiben ist. Daß mindestens der Notar das Protokoll zu unterschreiben hat, wird sich aus der Natur der Sache ergeben. Die Frage aber, ob der Notar noch vor Schluß der GenVers. unterschreiben muß oder dies auch noch kurze Zeit nach Beendigung der GenVers. tun darf, kann aber doch wohl nicht, wie der Verf. meint, unter Hinweis auf die deutsche Praxis, sondern nur unter Berücksichtigung der für notarielle Protokolle geltenden Vorschriften des polnischen Rechts beantwortet werden.

RM. Dr. Kann, Berlin.

# Rechtsprechung.

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

## A. Ordentliche Gerichte.

### Reichsgericht.

#### a) Zivilsachen.

Berichtet von den Rechtsanwältinnen beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Dr. Kurlbaum, Justizrat Dr. Schrömbgen und Huber.

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

#### I. Materielles Recht.

##### 1. Handelsgesellschaften.

###### a) Offene Handelsgesellschaft.

1. § 738 BGB. Der ausgeschiedene Gesellschafter hat Anspruch gegen die Gesellschaft oder den die Firma fortsetzenden Gesellschafter auf Befreiung von Verbindlichkeiten, die von Gesellschaftsgläubigern gegen ihn bestehen. Voraussetzung für den Anspruch ist nur die Fälligkeit der Gesellschaftsforderung, nicht deren Geltendmachung durch die Gläubiger.†)

Die Ehefrau des Kl., die die Inhaberin der beklagten Firma ist, betrieb bis 1928 das Geschäft gemeinsam mit dem Kl. als OHG. Als dieser 1928 auschied, erhielt er von der Bekl. eine vom 23. Juni 1928 datierte Bescheinigung folgenden Wortlauts: „Bezüglich Deines Auscheidens aus der Firma E. K. bestätige ich Dir hiermit ausdrücklich, daß die Firma an Dich an den mit Bilanz v. 31. März 1928 buchmäßig feststehenden Schulden keinerlei wie immer auch gartete Forderungen oder Ansprüche hat.“ Zu diesen Verbindlichkeiten gehörten namentlich solche gegenüber Dr. M. und dem Ostelbischen Brauntobsthandelsyndikat. Dr. M. hatte durch Vertrag v. 6. Juli 1926 seitens der Eheleute K. als Sicherheit für seine Forderung eine Reihe von Sachen übereignet erhalten, die er vereinbarungsgemäß zunächst in ihrem Besitze behielt, aber jederzeit herauszuverlangen berechtigt war. Ende 1928 erhob Dr. M. gegen den Kl. auf Herausgabe der Sachen Klage und erstritt in zwei Instanzen obsiegende Urteile. Der Kl. behauptet, daß Dr. M. auch die Urteile vollstreckt habe und sich die Sachen bei seiner Ehefrau befänden. Er hat mit seinem Klageantrag von der Bekl. Befreiung von den Verbindlichkeiten gegenüber Dr. M. und dem Ostelbischen Brauntobsthandelsyndikat, insbes. aus dem von M. erwirkten Herausgabeurteil, ferner Herausgabe der in diesem Urteil aufgeführten Gegenstände und Schadensersatz wegen Vollziehung des erwähnten Urteils gefordert.

BG. und RG. haben abgewiesen. Das RG. hat aufgehoben.

Die Vorinstanz geht davon aus, daß nach dem Inhalt der Klage zugrunde liegenden Urkunde die Bekl. die Ver-

**Zu 1.** Die Entsch. ist von nicht unerheblicher praktischer Bedeutung, denn § 738 BGB., um dessen Auslegung es sich handelt, gilt nicht nur für die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, sondern ein kann gem. § 54 BGB. auch für nicht rechtsfähige Vereine eine Rolle spielen, und er findet vor allem auf die Personalgesellschaften des Handelsrechts, die OHG. und die KommGes., Anwendung. Auch gilt er, wie das RG. mit Recht hervorhebt, nicht nur seinem Wortlaut entsprechend für das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer fortbestehenden Gesellschaft, sondern er ist auch dann analog anzuwenden, wenn die Gesellschaft aufgelöst wird, sofern ein Gesellschafter das Geschäft mit Aktiven und Passiven weiterführt.

Die Entsch. des RG. ergibt für die Auslegung des § 738 die folgenden beiden Grundsätze:

1. Der ausscheidende Gesellschafter hat einen Anspruch auf Befreiung von den Gesellschaftsverbindlichkeiten, sobald diese fällig sind, ohne Rücksicht darauf, ob der Gläubiger gegen ihn vorgeht.

2. Ist mit ihm persönlich gehörenden Gegenständen einem Gesellschaftsgläubiger Sicherheit geleistet worden, so kann er Aufhebung

bindlichkeiten der früheren Gesellschaft allein zu zahlen, die Inanspruchnahme des Kl. seitens der Gläubiger wegen dieser Verbindlichkeiten zu verhindern habe, und ihr, soweit sie selbst in Anspruch genommen werde, kein Rückgriff gegen den Kl. zustehe. Diese Auslegung der Urkunde kann auf sich beruhen. Das Gesetz selbst gibt in § 738 BGB. dem aus der Gesellschaft ausscheidenden Gesellschafter hinsichtlich der Gesellschaftsverbindlichkeiten ohnehin gegen seine Mitgesellschafter einen Befreiungsanspruch, und dieser besteht auch dann, wenn nur ein Gesellschafter das Geschäft weiter führt (RG. 60, 156). Dafür, daß die Urkunde v. 23. Juni 1928 diesen Anspruch irgendwie habe beschränken wollen, besteht kein Anhalt. Wenn das angefochtene Urte. sagt, die Urkunde besage nicht, daß die Bekl. eine Erklärung ihrer Gläubiger auf Entlassung des Kl. aus der Schuldverbindlichkeit herbeiführen oder die Gläubiger zur Freigabe von Sicherheiten veranlassen müsse, so würde damit ein etwaiger gesetzlicher Anspruch des Kl. dieses Inhalts nicht ohne weiteres ausgeschlossen. In welcher Weise die Befreiung zu erfolgen habe, wird im übrigen vom Gesetz nicht gesagt. Sie kann in der Beschaffung einer Schuldentlassungserklärung des Gläubigers bestehen, sie kann auch auf andere Weise, vornehmlich durch eigene Zahlung bzw. Leistung des zurückbleibenden Gesellschafters vor sich gehen. Im vorliegenden Falle richtet nun der Kl., nachdem der Gläubiger Dr. M. ihn aus der persönlichen Schuldverbindlichkeit entlassen hat, seinen Prinzipalanpruch auf die Befreiung von der auf dem Urte. v. 14. März 1929 beruhenden Pflicht, die darin aufgeführten, an Dr. M. sicherungsweise übereigneten Sachen diesem herauszugeben, und, nachdem zufolge der eigenen Darstellung des Kl. jenes rechtskräftig gewordene Urte. vollstreckt ist, und M. die Sachen der Inhaberin der Bekl. zu unmittelbarem Besitze überlassen hat, auf die Herausgabe der Sachen selbst. Der Kl. hat damit entsprechend § 268 Ziff. 3 ZPO. der veränderten Sachlage Rechnung getragen. Ob die Fassung seines Antrags einwandfrei ist, darf zwar bezweifelt werden, da ein unmittelbarer Anspruch des Kl. gegen seine Ehefrau auf Herausgabe der Sachen, über die diese angesichts der M.lichen Rechte ja keinerlei Verfügungsbefugnis hätte, nicht besteht. Immerhin ist klar, worauf der Kl. mit seinen Klageanträgen abzielt, nämlich auf Rückverschaffung seines von ihm behaupteten, ursprünglichen, durch den Sicherungsvertrag auf Dr. M. übergegangenen Eigentums und seines Besitzes durch die Bekl. kraft der ihr obliegenden Befreiungspflicht. Dementsprechend ist auch der in der gegenwärtigen Instanz gestellte Eventualantrag gefaßt. Daß dem Kl. aber, wenn er sein Eigentum an den sicherungsweise übereigneten Gegenständen darzutun vermag, gemäß § 738 BGB. ein Befreiungsanspruch in dem erwähnten Sinne gegen die Bekl. zustehen würde, ist unbedenklich anzunehmen. Zu Unrecht lehnt das angefochtene Urte. eine Verpflichtung der Bekl., die Sachen von der Belastung mit der Sicherheit zu befreien, ab. Es verkennt, daß die in § 738 BGB. vorgesehene Befreiung so lange nicht als vollständig

der bestellten Pfandrechte und Rückverschaffung des Eigentums an den im Wege der Sicherungsübereignung übertragenen Sachen fordern. Voraussetzung dieses Anspruches ist weder Fälligkeit der gesicherten Forderung noch irgendeine Maßnahme des Gläubigers zur Realisierung der Sicherheit.

Beiden Grundätzen wird man zustimmen müssen. Der erste ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut des § 738. Der zweite folgt aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Insbes. ist es zutreffend, daß es in diesem zweiten Falle im Gegensatz zu dem ersten nicht auf die Fälligkeit der Forderung ankommt. Der Sinn der Vorschrift des § 738 ist offenbar der, daß der ausgeschiedene Gesellschafter nach der Auseinandersetzung keinerlei Nachteile aus seiner früheren Beteiligung an der Gesellschaft haben soll, obwohl seine Haftung für die Gesellschaftsschulden im Interesse der Gesellschaftsgläubiger fort dauert. Ist die Forderung, für die er weiterhaftet, noch nicht fällig, so kann von der Gesellschaft Befriedigung des Gläubigers nicht erwartet werden. Eine Befreiung des ausgeschiedenen Gesellschafters von der Schuld auf andere Art ist ohne Zustimmung des Gläubigers nicht möglich. Anderer-

angesehen werden kann, als für Gesellschaftsschulden Sicherheiten des ausgeschiedenen Gesellschafters in Anspruch genommen werden, deren Verlust dieser sonach zu besorgen hat. In solchem Falle erstreckt sich der Befreiungsanspruch des Ausschließenden vielmehr, wie er ja zweifellos die Aufhebung von ihm für Gesellschaftsschulden bestellter Pfandrechte von den zurückbleibenden Gesellschaftern fordern kann, folgerichtig auch auf die schleunige Beseitigung der ihm durch eine im Interesse der Gesellschaft vorgenommene Sicherungsübereignung erwachsenen Rechtsnachteile. Auf die Fälligkeit der Ansprüche des gesicherten Gesellschaftsgläubigers kommt es dabei — obwohl diese im Streitfall nach den Feststellungen in der Sache Dr. M. v. K. offenbar gegeben ist — ebenso wenig an, wie darauf, ob Maßnahmen des Gläubigers zur Realisierung seiner Sicherheiten unmittelbar drohen, und ob er den ausgeschiedenen Gesellschafter auf Zahlung oder Befreiung aus der Sicherheit in Anspruch genommen hat.

Voraussetzung des hiernach auf § 738 BGB. zu gründenden Anspruchs des Kl. auf Befreiung von seiner Haftung aus der Sicherheitsübereignung und Rückverschaffung seines Eigentums ist allerdings, wie bereits erwähnt, der Nachweis, daß ihm dieses Recht vor der Übereignung zugestanden hat. Der Kl. hat zwar sein Eigentumsrecht behauptet, doch ist dieses streitig und bisher nicht zum Gegenstand weiterer Verhandlung gemacht worden. Dem Kl. ist daher zunächst anheimzugeben, sein Eigentum zu beweisen und demzufolge das angefochtene Ur. zu diesem Punkte aufzuheben und die Sache insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das BG. zurückzuverweisen.

Das angefochtene Ur. hat nun aber die Klage auch in Übereinstimmung mit dem BG. insoweit abgewiesen, als sie auf Befreiung des Kl. von den Verbindlichkeiten der Befl. gegenüber dem Ostelbischen Braunkohlensyndikat GmbH. gerichtet ist. Eine besondere Begründung ist dazu nicht gegeben. Anscheinend meint das BG., daß eben die Befl. nach der Urkunde nicht verpflichtet sei, eine Entlassung des Kl. aus der Verbindlichkeit beim Gläubiger zu erwirken, und es zur Schlüssigkeit der Klage erst einer Inanspruchnahme des Kl. durch den Gläubiger bedürfe, wovon bisher keine Rede sei. Rechtlich haltbar sind diese Erwägungen nicht. Der Klageantrag ist in zweiter Instanz nur auf Befreiung von den fälligen Schulden der Befl. gegenüber dem Braunkohlensyndikat gerichtet worden, und gegen diesen Anspruch besteht kein rechtliches Bedenken. Seine Geltendmachung ist nicht davon abhängig, daß das Syndikat wegen seiner Forderungen an den Kl. herantritt bzw. gegen ihn vorgeht, vielmehr ist der Kl. bei Fälligkeit der Schuld ohne weiteres berechtigt, von der Befl. Befreiung zu fordern, und nur, wenn die Fälligkeit noch nicht eingetreten ist, beschränkt § 738 Abs. 1 Satz 3 die Verpflichtung des im Geschäft zurückbleibenden Gesellschafters auf bloße Sicherheitsleistung. Wie die Befreiung zu verwirklichen ist, ist Sache der Vollstreckung. Auf die Behauptung der Befl., das Syndikat habe Entlassung des Kl. aus der Haftung ausdrücklich abgelehnt, kommt hiernach nichts an. Das angefochtene Ur. ist daher auch insoweit

seits ist das Interesse des ausgeschiedenen Gesellschafters durch Sicherheitsleistung genügend gewahrt. Daraus erklärt sich die Vorschrift des § 738 Abs. 1 Satz 3. Sind dagegen Pfandrechte bestellt oder Gegenstände zur Sicherung übereignet, so hat der ausgeschiedene Gesellschafter ein dringendes Interesse daran, daß er alsbald das unbelaastete Eigentum zurückerhält, ohne daß es auf die Fälligkeit der gesicherten Forderung ankommt. Bloße Sicherheitsleistung genügt in diesem Falle nicht, da er in der freien Verfügung über sein Eigentum gehindert ist, solange die Pfänder oder die zur Sicherung übereigneten Gegenstände nicht freigegeben sind.

Allerdings läßt sich nicht verkennen, daß diese Grundsätze zu erheblichen Belästigungen der verbleibenden Gesellschafter führen können. Eine Forderung ist zwar fällig, der Gläubiger drängt aber nicht, die Gesellschaft würde an sich noch nicht zu zahlen brauchen, aber sie kann den ausgeschiedenen Gesellschafter nicht auf andere Weise befreien. Oder die Forderung ist noch nicht fällig, aber der Gläubiger will die ihm bestellten Sicherheiten nur bei sofortiger Zahlung freigeben. Das kann namentlich in Zeiten großer Geld- und Kreditknappheit für die Gesellschaft sehr unangenehm, unter Umständen verhängnisvoll werden. Die Parteien werden daher guttun, in geeigneten Fällen durch besondere Vereinbarung § 738 insoweit abzuändern, als es die Interessen der Gesellschaft verlangen. Bei dem dispositiven Charakter des § 738 ist das möglich.

Prof. Dr. Hueck, Jena.

aufzuheben und, da die in Frage kommenden Schulden der Befl. beim Ostelbischen Braunkohlensyndikat bisher weder im Klageantrage genannt noch sonst erörtert sind, die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das BG. zurückzuverweisen.

(U. v. 24. Febr. 1931; 224/30 II. — Berlin.) [Ru.]  
(= RG. 132, 29.)

2. §§ 549, 257 BGB. Ist ein Mietvertrag mit einer Gesellschaftsfirmen, deren Inhaber ein Einzelkaufmann ist, als Mieterin mit der Maßgabe geschlossen, daß die Unterfugung einer Untervermietung kein Recht auf vorzeitige Kündigung gebe, so ist die Auslegung des Vertrages dahin, daß das Mietverhältnis auf einen Erwerber der Firma nicht ohne weiteres übergehe, nicht ausgeschlossen, sondern naheliegend.†)

Die Kl. hatten mit schriftlichem Mietvertrag v. 16. Jan. 1912 Räume ihres Hausgrundstücks in D. an die Firma B. & Cie. in D., alleiniger Inhaber damals der Kaufmann L., vermietet. L. hat den Vertrag mit „B. & Cie., Inhaber Emil L.“ unterzeichnet. § 12 des Vertrags bestimmte: „Untervermietung ist gestattet. Wird dem Mieter die Untervermietung untersagt, so hat er kein Recht auf vorzeitige Kündigung. Die Mieterin ist verpflichtet, in jedem Fall vor Weitervermietung mit den Vermietern in Verbindung zu treten.“ Der Vertrag hat den Nachsatz: „Für vorstehende Abmachung der Firma B. & Co. übernehme ich auf die Dauer des Vertrags persönliche Haftung. Emil L., Inhaber der Firma B. & Co.“ L. veräußerte später das Handelsgeschäft mit Firma an die Befl. J. und B. M. Die Befl. schlossen am 22. Aug. 1927 mit den Kl. einen Vertrag folgenden Inhalts: „Der Mietvertrag bleibt für die Firma B. & Co. bestehen. An Stelle des Herrn Emil L. treten die Herren J. M. und Dr. B. M. als persönlich haftende Gesellschafter der Firma B. & Co. in den Vertrag ein.“ Gleichzeitig wurde die Geltungsdauer des Vertrags bis zum 31. Dez. 1937 verlängert. Im November 1928 ging das Handelsgeschäft mit Firma auf den Befl. M. T. über. Dieser Vorgang wurde in den Tageszeitungen angekündigt, die Kl. wurden aber von den Befl. selbst zunächst nicht verständigt. Ein Schriftwechsel, der demnächst einsetzte, veranlaßte alsdann die Kl., Feststellung dahin zu verlangen, daß die Befl. M. Mieter der fraglichen Räume nach Maßgabe der Mietverträge v. 16. Jan. 1912 und 22. Aug. 1927 sind, nicht aber der Befl. T. LG., OLG. und RG. verurteilten.

Die Befl. vertreten die Ansicht, nach den Verträgen vom 16. Jan. 1912 und 22. Aug. 1927 seien die Mieträume an die jeweiligen Inhaber der Firma B. & Co. vermietet worden, Mieter sei also jetzt der Befl. T., der Kl. habe zudem dessen Eintritt in den Mietvertrag an Stelle der Befl. M. genehmigt. Das BG. verkennt nicht, daß es Fälle geben kann, in denen nach der besonderen Sachlage dem als Inhaber des Geschäfts auftretenden Mieter das Recht eingeräumt sein

Zu 2. Die Frage, ob bei Wandel der Rechtsform eines gebliebenen Unternehmens noch Identität des bisherigen mit dem neuen Inhaber vorliegt, wurde bisher hauptsächlich im Rahmen des § 549 Abs. 2 BGB., § 2 Abs. 1 MietSchG. praktisch und gab zu Aufhebungsklagen wegen unbefugter Raumüberlassung Anlaß. Die herrschende Meinung steht in dieser Beziehung auf einem ziemlich strengen Standpunkt (vgl. Bandmann: MietVer. 1926, 45 ff. mit weiteren Nachweisen; Ebel-Vilienthal, MietSchG., 4. Aufl., S. 84; RG.: Recht 1924 Nr. 629 a; abv. H. Hertel MieterschG. u. Wohnungszwangswirtschaft, I, 4. Aufl., S. 51; RG. v. 30. April 1925: D. Hausz. 1926, 396). Der Grund für diese ablehnende Haltung ist wesentlich in der nicht unberechtigten Befürchtung zu suchen, daß andernfalls unter dem Deckmantel der Gesellschaftsform ein schwebender Handel mit Geschäftsraum bei gewerblichen Mietern sich entwickeln könnte.

Der vorliegende Fall enthüllt die ebenso unerfreuliche Seite solcher enger Bindung des Mieters an das bestehende Mietverhältnis. Der Vermieter vermag auf Kosten des Mieters Gewinne zu machen, indem er sich in den Übergang des Geschäfts auf den Nachfolger als Vertragspartner einzuschalten sucht und einen erheblichen Teil des Veräußerungsgewinns als Preis seiner Zustimmung zur Überlassung der Geschäftslokalitäten an den Übernehmer in Gestalt einer den Veräußerungspreis herabdrückenden Mieterhöhung für sich beansprucht. Das erscheint zum mindesten dann unbedeutend, wenn der

mag, mit dem Geschäfte die Mieterrechte ohne besondere Zustimmung des Vermieters zu übertragen. Es prüft aber erschöpfend den gesamten von den Parteien vorgetragenen Sachverhalt vom Beginne des Mietverhältnisses mit der „Firma B. & Co.“ an, würdigt das Zustandekommen und den Inhalt der beiden Vertragsurkunden v. 16. Jan. 1912 und 22. Aug. 1927 und stellt insbes. fest, daß nach den beiden Verträgen Untervermietung nicht gestattet, daß dem Vermieter für diesen Fall ein maßgebendes Mitwirkungsrecht gesichert sein, daß die Mieter, wenn Untervermietung verlangt werde, nicht einmal ein Recht auf vorzeitige Kündigung haben sollten. Das BG. erklärte es danach mit eingehender Begründung für ausgeschlossen, daß die Kl., sei es am 16. Jan. 1912 oder am 22. Aug. 1927 an die jeweiligen Inhaber der Firma B. & Cie. hätten vermieten sollen und wollten. Damit hat es den Vertragswillen der Parteien tatsächlich festgestellt, an diese Feststellung ist das RevG. nach § 561 Abs. 2 ZPO. gebunden, diese Vertragsauslegung ist weder unmöglich noch verstößt sie gegen gesetzliche Auslegungsregeln. Die tatsächlichen Gründe, die das BG. für seine Auslegung vorbringt, tragen seine Entscheidung und lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

Es ist in erster Linie unrichtig, daß das BG., wie die Rev. vorträgt, nur den Vertrag v. 16. Jan. 1912 seiner Auslegung zugrunde gelegt habe, nicht auch denjenigen vom 22. Aug. 1927. Das BU. bespricht und würdigt vielmehr die beiden Verträge je für sich allein und im Zusammenhalt miteinander und begründet seine Auslegung mit dem Zustandekommen und dem Inhalt der beiden Verträge. Ebenfalls wenig trifft es zu, daß das BG. Ausführungen der Bekl. außer acht gelassen habe, die dahin gingen, der Bekl. I. sei gegenüber dem Vertrag v. 22. Aug. 1927 kein neuer Mieter gewesen, sondern habe als der Gesamtrechtsnachfolger der OHG. B. & Cie. als der Mieterin ohne weiteres die Mieterstellung erlangen sollen und müssen. Wenn das BG. seine Ausführungen auf den „jeweiligen Inhaber“ der Firma abstellte, so geschah das offensichtlich in Anlehnung an die Begr. der Bekl., die auch nur von den Inhabern der Firma und einem „rein formellen Inhaberverwechsel“ sprach, sowie eingedenk der Vorschrift des § 25 HGB., wonach derjenige, der ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführt, für alle im Betriebe des früheren Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers haftet, während andererseits aber auch die in dem Betriebe begründeten Forderungen den Schuldner gegenüber als auf den Erwerber übergegangen gelten, falls der bisherige Inhaber in die Fortführung der Firma gewilligt hat.

Daß die Übertragung der Mieterrechte ohne Zustimmung

des Mieters ausgeschlossen ist, ist anerkannten Rechts. Wie auch die Denkschrift zum Entwurf eines BGB. S. 70 betont, ist in der Mehrzahl der Fälle die Person des Mieters, sein Beruf, seine Lebensweise usw. für den Abschluß und die Bedingungen des Mietvertrags von entscheidender Bedeutung; das Mietverhältnis beruht auf dem gegenseitigen persönlichen Vertrauen der Parteien. Wenn schon Untervermietung nach § 549 BGB. ohne Erlaubnis des Vermieters unzulässig ist, dann gilt dies um so mehr für die Abtretung der Mieterrechte des Mieters an einen Dritten. Die Leistung des Vermieters wird eine andere, je nachdem er den Gebrauch dieser oder jener Persönlichkeit überläßt, die Abtretung der Mieterrechte ist daher schon nach § 399 BGB. ohne Zustimmung des Vermieters ausgeschlossen (vgl. RG.: JW. 1911, 487 und die Ur. v. 3. Juli 1923, III 127/23 und v. 8. Febr. 1924, III 214/23). Die fraglichen Räume wurden i. J. 1922 zunächst an die „Firma B. & Cie.“ vermietet. Die Firma ist nach § 17 HGB. lediglich der Name des Kaufmanns, sein Handelsname, sie schafft keinerlei Rechtssubjekt neben und außer dem Kaufmann, beim Einzelkaufmann wird nicht einmal zwischen Privat- und Geschäftsvermögen unterschieden, wie bei Handelsgesellschaften. Es war daher nur folgerichtig, daß im Verträge v. 16. Jan. 1912 der Kaufmann L. als der Alleininhaber der Firma, als der durch den Vertrag allein Berechtigte und Verpflichtete bezeichnet wurde. Nur so kann, wie auch das BG. angenommen hat, der Nachsatz verstanden werden, daß L. die persönliche Haftung aus dem Vertrag übernahm. Die Auslegung dieser Erklärung als der Übernahme einer selbstschuldnerischen Bürgschaft, Kreditauftrags usw. ist ausgeschlossen, L. konnte eine solche Erklärung als Alleininhaber der Firma nicht zu seinen eigenen Gunsten abgeben. Ein vollständiger Wechsel der Inhaberschaft trat ein, als die Bekl. J. M. und B. M. in OHG. das unter der Firma B. & Cie. betriebene Geschäft mit dem Rechte der Firmenfortführung erwarben und damit in ihrer Zusammenfassung Eigentümer des gesamten Geschäftsvermögens wurden (RG. 68, 412<sup>1</sup>); 86, 70<sup>2</sup>); 102, 302). Dies führte zum Verträge v. 22. Aug. 1927, demzufolge L. aus dem Mietvertrage austrat, die Bekl. J. M. und B. M. aber in den Vertrag eintraten. Die Bekl. glauben, mit der Fassung dieses Vertrags beweisen zu können, daß nunmehr nur die unter der Firma B. & Cie. gegründete OHG. Mieterin sein sollte, daß die Bekl. J. M. und B. M. nur als persönlich haftende Gesellschafter in den Vertrag eintreten sollten; sie glauben, damit den Schluß rechtfertigen zu können, die Vertragsabsicht habe vernünftigerweise dahin gehen müssen, daß an Stelle der OHG., falls diese zu bestehen aufhöre, ihr Rechtsnachfolger treten solle. Dieser Schluß ist aber nicht zwingend, auf jeden Fall hat

Mietvertrag, wie vorliegend, noch für längere Zeit weiterläuft und der Vermieter nur von dem zufälligen Umstand profitiert, daß der Geschäftsinhaber wechselt.

Gewiß ist es richtig, daß die Person des Mieters für die Regel aller Mietverhältnisse ein ausschlaggebender Faktor ist und daß dem Mieter das Recht, einseitig einen anderen Mieter in das Mietverhältnis einzuführen, nicht zustehen kann. Aber ebenso unbefreitbar ist, daß bei Vermietung von Geschäftsraum der Vermieter zumeist größeren Wert legt auf das in den Mieträumen aufzunehmende Unternehmen als auf die Person des Geschäftsinhabers. Das tritt besonders dann hervor, wenn eine Gesellschaft mit juristischer Persönlichkeit Vertragspartei ist. Die Mehrheitsverhältnisse innerhalb der Gesellschaft und damit die Personen der wirtschaftlichen Inhaber und der geschäftlichen Leitung können sich beliebig verschieben, ohne daß der Vermieter hieraus Konsequenzen für das Mietverhältnis zu ziehen vermöchte. Von der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens ist die Sicherheit der Mietzinsansprüche abhängig. Für Einzelkaufleute und Personengesellschaften als Mieter liegen die Dinge allerdings etwas anders. Die persönliche Haftung des Inhabers bzw. der Teilhaber für die Geschäftsschulden kann den Vermieter veranlassen, der Persönlichkeit der Mieter größere Beachtung zu schenken. Indes erscheint auch hier dem Vermieter das Unternehmen meist bedeutungsvoller, zumal allgemein bekannt ist, wie wenig im Falle des Konkurses die persönliche Haftung die volle Einbringlichkeit der Mietzinsforderungen garantiert. Diese Grundsätze finden bei der Rspr., so auch in der vorliegenden Entsch., keine genügende Berücksichtigung. Grundsätzlich sollte bei der Auslegung bestehender Mietverträge über Geschäftsräume von der Unpersönlichkeit des Mietverhältnisses auch auf der Mieterseite — für den Vermieter ergibt schon § 571 BGB. das gleiche — als Wille der Vertrags-

<sup>1</sup>) JW. 1908, 450.

<sup>2</sup>) JW. 1915, 273.

parteien ausgegangen werden. Legt der Vermieter auf die Person des Geschäftsinhabers besonderes Gewicht, so mag er das in dem Mietvertrag zu zweifelsfreiem Ausdruck bringen. Dies um so mehr, als bei entgegengesetzter Auffassung die geschlossene Erhaltung des Unternehmens, an der ein allgemein volkswirtschaftliches und rechtliches Interesse besteht, in einem seiner wichtigsten Belange durchbrochen ist. Aus dem gleichen Grunde neigt man neuerdings ja auch im Arbeitsrecht entgegen der Auslegungsregel des § 613 Satz 2 mehr zu der Ansicht, daß die Arbeitsverhältnisse bei Wechsel des Arbeitgebers als übertragbar angesehen werden können, wenn nichts Gegenteiliges vereinbart ist (vgl. Hueck-Ripperden, Lehrb. Bd. I S. 247 ff.).

Man wird hiernach bei Schweigen des Mietvertrags grundsätzlich dem Mieter das Recht einräumen können zur Weitervermietung oder sonstigen Überlassung der Geschäftsräume sowie die Befugnis zur selbständigen Übertragung des Mietverhältnisses auf den Geschäftsnachfolger — selbstverständlich aber nur auf diesen, also bei Übergang des Geschäfts in einer Weise, daß die Weiterführung des nicht wesentlich veränderten Betriebs gewollt und ermöglicht ist (wo für die Fortführung der Firma kein unbedingtes Erfordernis ist). Aber auch von diesem Standpunkt aus ist das Ergebnis des RG. im vorliegenden Fall zutreffend. Hat der Vermieter ausdrücklich das Recht zur Untervermietung ausgeschlossen, obwohl hierbei doch der bisherige Mieter ihm weiter verpflichtet und verhaftet bleibt, so hat er sich damit unbefreitbar auch gegen die sein Interesse viel stärker berührende Befugnis des Mieters zur Übertragung des gesamten Mietverhältnisses auf den Geschäftsnachfolger ausgesprochen. Denn eine Weiterhaftung des bisherigen Mieters für die Verbind-

das BG. ihn sich nicht zu eigen gemacht. Gerade daraus, daß die Beteiligten die Vertragsänderung für notwendig hielten, kann man eher das Gegenteil schließen. Mit dem mehr äußerlichen Fortbestehen des Mietvertrags auf den Namen „B. & Cie.“ waren die Kl. einverstanden. Diese Firma war aber nicht mehr der Name, unter dem der bis dahin aus dem Mietvertrag allein berechtigte und verpflichtete Einzelkaufmann L. das Geschäft geführt hatte, sondern sie war der Name, unter dem die beiden Bekl. J. M. und B. M. das Geschäft als OHG. fortsetzten. Eine OHG. kann zwar nach § 124 HGB. unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen und ist insofern selbständiges Rechtsobjekt. Immerhin lag es nach dem Ausscheiden des bisherigen Alleininhabers aus dem Mietverhältnis nahe, in dem neuen Mietvertrage in den Bekl. J. M. und B. M., um jeden Zweifel auszuschließen, diejenigen Personen zu bezeichnen, die als Gesellschafter nach § 128 HGB. für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft auch aus dem Mietvertrag von nun an persönlich haften würden. Diese Haftung hat auch nicht aufgehört dadurch, daß die Bekl. J. M. und B. M. nach Auflösung der OHG. und Veräußerung des Geschäfts an einen Einzelkaufmann, den Bekl. T., glaubten, diesen ohne Zustimmung der Vermieter in den Mietvertrag einführen zu dürfen. Für eine gegenteilige Auslegung des Vertragswillens müßten schon ganz besondere Verhältnisse vorliegen, die aber das BG. nicht hat feststellen können.

Zu Unrecht beruft sich die Rev. auch darauf, die Kl. hätten nachträglich dem Eintritt des Bekl. T. in das Mietverhältnis zugestimmt dadurch, daß sie die von T. ihnen übersandte Mieta angenommen hätten. Das BG. hat auch dies abgelehnt. (Wird ausgeführt.) Auch diese Feststellungen und die vom BG. daraus gezogenen Folgerungen lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. In erster Linie hätte doch das alte Mietverhältnis mit den Bekl. M. aufgehoben werden müssen. Dies konnte nur durch Vertrag geschehen, also durch die Einigung der Parteien auf Grund der geeinten beiderseitigen Willenserklärungen. Aufhebung durch stillschweigende Willenserklärung wäre ja möglich. Dazu genügt aber nicht ein rein passives Verhalten, es muß vielmehr der Aufhebungswille durch irgendeine Handlung nach außen hin kundgegeben werden. Hieran gebricht es sowohl auf Seiten der Kl. wie der Bekl. M., die den Kl. zunächst nicht einmal den Übergang des Geschäftes auf den Bekl. T. mitgeteilt haben. Daß die Kl. über ihren wahren Willen keinen Zweifel gelassen haben, sobald sie erfahren haben, daß der Mietzins durch den Bekl. T. gezahlt werden sollte, hat das BG. ausdrücklich festgestellt. Es fehlt aber auch an der Begründung eines dem beiderseitigen Willen entsprechenden Vertragsverhältnisses mit dem Bekl. T., die ebensowenig aus dem angeblichen

Verhältnis aus dem Mietverhältnis kommt höchstens bezüglich der vor Geschäftsübergang begründeten Forderungen des Vermieters, nicht bezüglich der später entstehenden Ansprüche in Frage, da der bisherige Mieter ja aus dem Schuldverhältnis völlig ausscheiden soll und § 25 HGB. zwar die Mithaftung des Geschäftserwerbers für bestehende Geschäftsverbindlichkeiten, nicht aber die Fortsetzung des Veräußerers bei Wechsel des Schuldners anordnet. Allenfalls könnte man in dem Verhalten des Vermieters bei Vertragsabschluß die Zustimmung zur Übertragung des Mietverhältnisses unter gleichzeitiger, kumulativer Schulübernahme des Mieters für diesen Fall erblicken. Diese Auffassung der Vertragsabreden läge hier an sich besonders nahe, da nur so die sonst sinnlose Vereinbarung der persönlichen Haftung des Geschäftsinhabers bzw. der Teilhaber für die Erfüllung des Mietvertrags sich befriedigend erklären läßt. Jedoch scheidet diese Auslegung daran, daß es dem Vermieter nach seinem deutlich erklärten Willen auf die Person der Mieter nicht nur als Schuldner, sondern auch in ihrer Gläubigerstellung als Benutzer der Geschäftsräume wesentlich ankam. Demgegenüber spielt die Bezeichnung der Mieter in den Mietverträgen mit ihrer Firma keinerlei Rolle, ebensowenig die Frage, ob der OHG. in gewissem Umfang Rechtsobjektivität zukommt. Auch wenn die als Mieterin eingetretene Gesellschaft juristische Person wäre, würde sie nicht in der Lage sein, das Mietverhältnis ohne Zustimmung des Vermieters auf den Geschäftsnachfolger zu übertragen. Zweifelsfrei wäre vielleicht die Entsch., wenn nicht eine völlige Geschäftsveräußerung, sondern nur die Aufnahme eines weiteren Teilhabers in die bestehende OHG. stattgefunden hätte. In dieser Hinsicht könnte die Vermietung an die Firma als Desinteressenment des Vermieters an dem Wechsel der Teilhaber betrachtet werden.

Prof. Dr. Ruth, Halle.

Stillschweigen der Kl. geschlossen werden könnte. So, wie die Sache liegt, könnte man höchstens davon reden, daß die Beklagten M. den Bekl. T. als Untermieter aufnehmen wollten. Auch wenn die Kl. hiermit einverstanden gewesen sein sollten, so würde dies doch nicht ihr Vertragsverhältnis mit den Bekl. M. berühren; diese wären ihnen gegenüber immer noch die Hauptmieter und den Kl. aus dem alten Mietvertrag allein verpflichtet.

(U. v. 2. Okt. 1930; 288/30 VIII. — Dresden.) [H.]

#### b) Aktiengesellschaft.

**\*\*3.** §§ 40, 260—263, 265, 271, 272, 314 § G B.; § 546 Z P D.

1. Für die Nachprüfung der Entscheidung über die auf Nichtigkeit eines GenVersBeschl. gerichtete Klage ist das Vorliegen der Revisionssumme erforderlich, auch wenn gleichzeitig Anfechtungsklage erhoben ist.

2. Die Anfechtungsklage kann auch auf Nichtigkeit des Beschlusses gegründet werden.

3. Anfechtungsgründe aus Abschreibungen und Rücklagen können nur vom 20. Teil des Grundkapitals und nur nach Maßgabe der Satzung geltend gemacht werden.

4. Die Gewinn- und Verlustrechnung kann durch Mitteilungen im Geschäftsbericht vervollständigt werden.

5. Die Anfechtung der Bilanz wegen Verschleierung des Vermögensstandes ist nicht von einer Kapitalbeteiligung abhängig, kann auch nicht durch die Satzung ausgeschlossen werden.†)

Am 7. Sept. 1927 fand eine GenVers. der bekl. AktG. statt, auf deren Tagesordnung u. a. stand: 1. Vorlage des Geschäftsberichts, der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung für das Geschäftsjahr 1926. 2. Bericht des Rechnungsprüfers, Beschlusfassung über die Genehmigung der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung und die Gewinnverteilung. 3. Entlastung des Vorstands und Aufsichtsrats. In der GenVers. waren von dem damals 9 800 000 RM betragenden, nur in Stammaktien eingetragenen Grundkapital von 9 800 000 RM insgesamt 11 503 Aktien mit ebenso vielen Stimmen und einem Kapital von 8 052 100 RM vertreten, darunter der Kl. mit 110 Stimmen und Aktien über 77 000 RM. Mit der Aufstellung der Bilanz und der Gewinnverteilung beschäftigten sich die §§ 10 und 11 der Satzung. Hiernach findet der Abschluß der Jahresrechnung, die Aufstellung der Inventur und die Ermittlung des Rein-

Zu 3. Dem Urteil ist unbedenklich zuzustimmen, insofern für die Nachprüfung der Entsch. über die Nichtigkeitsfeststellungsklage, selbst bei gleichzeitiger Erhebung der Anfechtungsklage, das Vorliegen der Revisionssumme für erforderlich gehalten wird. Weiter ist auch die Auffassung nicht zu beanstanden, daß die Anfechtungsklage auch auf Nichtigkeit des Beschlusses gestützt werden kann, und daß Anfechtungsgründe aus Abschreibungen und Rücklagen nur vom 20. Teil des Grundkapitals und nach Maßgabe der Satzung geltend gemacht werden können.

Besonderer Besprechung bedürfen aber die übrigen vom RG. erörterten Fragen.

Der Kl. scheidet den Bilanzgenehmigungsbeschluß, den Beschluß über die Gewinnverteilung und die Entlastungsbeschlüsse einmal um deswillen an, weil die Schaffung stiller Reserven und demzufolge die Verteilung einer nicht angemessenen Dividende erfolgt sei.

Mit Recht führt das RG. aus, daß, soweit der Anfechtungsgrund aus Abschreibungen und Rücklagen genommen werden soll, die Vorschrift des § 271 Abs. 3 Satz 2 HGB. entgegenstehe.

Aber auch abgesehen hiervon wird die Anfechtungsklage, soweit sie auf den angegebenen Klagegrund gestützt wird, für ungerechtfertigt gehalten, und zwar mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 11 Abs. 2 der Satzung, wonach die GenVers. auf Antrag des Aufsichtsrats über die Verwendung des Restes des Gewinns beschließen und hierbei den Gewinn „ganz oder teilweise zur Verteilung einer Dividende oder zur Zurückstellung durch besondere Reserven, zu Vortrag auf neue Rechnung oder in irgendeiner andern Form verwenden“ kann. Hiernach liegt es im völlig freien Ermessen der GenVers., in welcher Weise sie den Gewinn verwenden will, insbes. auch, ob sie den Dividendenanspruch durch Bildung stiller Reserven vernichten oder beeinträchtigen will. Man kann daran zweifeln, ob eine derartige — insbes. durch

gewinns nach kaufmännischen Grundsätzen und den Vorschriften der §§ 261 und 262 HGB. statt; bei Aufstellung der Inventur und Bilanz sind angemessene Abschreibungen von denjenigen Werten vorzunehmen, die bei Aufstellung der Bilanz nicht jedesmal abgeschrieben werden; die Höhe der Abschreibungen und außerordentlichen Zurückstellungen für den Reservefonds bzw. für Spezialreserven sind vom Aufsichtsrat vorbehaltlich der Genehmigung der GenVers. festzusetzen; von dem bilanzmäßig ausgewiesenen Reingewinn sind 5% dem Reservefonds insofern zuzuweisen, als er den zehnten Teil des Grundkapitals nicht überschreitet. Dann heißt es in § 11 Abs. 2 der Satzung weiter: „über die Verwendung des Reises beschließt die GenVers. auf Antrag des Aufsichtsrats. Sie kann denselben ganz oder teilweise zur Verteilung einer Dividende oder zur Rückstellung durch besondere Reserven, zu Vortrag auf neue Rechnung oder in irgendeiner anderen Form verwenden.“ Die Gewinn- und Verlustrechnung der bekl. Gesellschaft wies für 1926 in Soll- und Habenseite neben dem Saldo je zwei Posten aus; auf der Sollseite: „Abschreibungen“, „Gewinn“; auf der Habenseite in einem Posten „Betriebsüberschuß für 1926“, „Vortrag aus dem Jahr 1925“.

Vorgeschlagen war eine Gesamtdividende von 7%. Die Anträge der Verwaltung wurden durchweg mit 11393 Stimmen gegen die 110 Stimmen des Kl. angenommen, der gegen die Beschlüsse über die Genehmigung der Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung, die Gewinnverwendung und die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat sofort Widerspruch zu Protokoll eingelegt hat. Er hat demnächst Nichtigkeits- und Anfechtungsklage mit dem Ziel der Vernichtung dieser Beschlüsse erhoben; er machte hierzu geltend, die Mehrheit nütze ihre Macht sittenwidrig und arglistig unter Knebelung und planmäßiger Irreführung der „Minderheit“ in Verfolgung rein eigenlütiger Interessen dazu aus, die Ausschüttung einer angemessenen Dividende, die sonst 13—15% betragen könnte, zu vereiteln; damit sollten die Aktien geflissentlich unter Kursdruck gehalten werden, um der Mehrheit einen billigen Erwerb zu ermöglichen; die Bilanz sei unvollständig und unrichtig; der Grundbesitz viel zu niedrig bewertet, der Material- und Warenbestand überhaupt nicht ausgewiesen; die Gewinn- und Verlustrechnung sei in ihrer summarischen Aufmachung gefehlwidrig, auch falsch; in Wirklichkeit sei ein viel höherer Gewinn als der ausgewiesene erzielt worden; in der GenVers. seien Anfragen des Kl. über die Vorräte, den Grundbesitz, den Besitz eigener Aktien und den Gesamtumsatz unrichtig, die Frage über die Gesamtkosten zu Unrecht überhaupt nicht beantwortet worden.

LG. und OLG. haben die Klage abgewiesen, das RG. hat aufgehoben.

I. Die Verbindung der Nichtigkeitsfeststellungs- und Anfechtungsklage unterliegt, wie auch der erf. Sen. wiederholt schon ausgesprochen hat, keinem Bedenken (s. z. B. JW. 1928, 1552<sup>1</sup> und 1930, 2668<sup>9</sup>). Nur müssen im Fall solcher Klagenhäufung die besonderen prozessualen Voraussetzungen jeder der beiden Klagen bei deren Erhebung und Weiterverfolgung vorliegen (s. JW. 1930, 2688<sup>9</sup>). Dazu gehört in der RevJnst. bei der Nichtigkeitsfeststellungsklage, weil es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handelt und nach dem damaligen Rechtszustand (anders § 141 des Entwurfs über AktG. und KommAktG.) nicht wie für die Anfechtungsklage (§ 272 HGB.) die ausschließliche Zuständigkeit des OLG. begründet ist (s. JW. 1930, 2104<sup>33</sup>), daß der Wert des

Beschwerdegegenstandes 6000 RM übersteigt. An diesem Erfordernis wird durch die Verbindung der Feststellungs- mit der Anfechtungsklage nichts geändert. — Hier hat nun der Kl. sein, den Streit- und Beschwerdewert bestimmendes Interesse selbst nur mit 4500 RM beziffert, diesen Standpunkt unter eingehenden Darlegungen in seiner Beschwerde gegen den anderweitigen Wertfestsetzungsbeschuß des OLG. verteidigt und damit vor dem BG. als Beschwerdegericht Erfolg gehabt. Er hat daran auch gegenüber einem späteren Antrag der Bekl. auf höhere Bewertung mit aller Entschiedenheit festgehalten. Nun ist freilich die Bewertung des Beschwerdegegenstands auch in der RevJnst. nach §§ 3, 546 Abs. 2 ZPO. Sache freier richterlicher Schätzung; auch ist der Kl. an seine frühere Stellungnahme nicht gebunden. Allein das Gericht ist nicht gehindert, jene früheren Darlegungen des Kl. bei seinen Schätzungen mit zu berücksichtigen. Dann aber besteht vollends kein Anlaß zu einer 4500 RM übersteigenden Bewertung des Beschwerdeinteresses, das sich hier mit dem Wert des Streitgegenstands durchaus deckt. — Demnach scheidet die Rev., soweit sie die Nichtigkeitsfeststellungsklage weiter verfolgen will, schon am Mangel der Revisionssumme. Es besteht aber rechtlich kein Hindernis, daß absolute Nichtigkeitsgründe — solche lägen hier übrigens nach dem Klagevorgbringen, auch soweit sittenwidriges Verhalten der Verwaltung und der Mehrheit behauptet ist, nicht vor — mittels Anfechtungsklage geltend gemacht werden; nur müssen die besonderen Voraussetzungen dieser Klage gewahrt und solche Gründe insbesondere, und zwar auch in ihrem wesentlichen tatsächlichen Kern noch innerhalb der Monatsfrist des § 271 Abs. 2 HGB. in den Prozeß eingeführt sein. Die Wahrung dieser Frist ist in jeder Lage des Verfahrens, insbesondere auch in der RevJnst. von Amts wegen nachzuprüfen.

II. Nach § 271 Abs. 3 Satz 2 HGB. müssen die Anteile des Aktionärs dann, wenn die Anfechtung darauf gestützt wird, daß durch die angegriffenen Beschlüsse Abschreibungen oder Rücklagen über das nach Gesetz oder Satzung statthafte Maß hinaus angeordnet seien, den zwanzigsten Teil des Grundkapitals erreichen. Über diesen Anteil verfügt der Kl. unbestrittenermaßen nicht. Die Vorschrift des § 271 Abs. 3 Satz 2 HGB. findet auch Anwendung auf willkürliche Minderbewertung durch Schaffung stiller Reserven, und zwar gleichviel, ob es sich um die Bildung solcher Reserven durch das angemessene Maß überschreitende Abschreibungen und Minderbewertungen oder um Nichtberücksichtigung von Einnahme- und Aktivposten handelt (s. RG. 105, 45 ff.). Soweit der Anfechtungsgrund aus Abschreibungen und Rücklagen als solchen entnommen werden will, gleichviel wie und wo durch sie gebildet sein sollen, muß es vielmehr bei der Vorschrift des § 271 Abs. 3 Satz 2 HGB. sein Bewenden haben.

Neben dieser sich schon aus dem Gesetz ergebenden Beschränkung der Anfechtungsbefugnis wegen Abschreibungen und Rücklagen und Kürzung des Dividendenanspruchs tritt aber hier noch eine weitere, sehr wesentliche sachliche Schranke. § 10 Abs. 3 der Satzung bestimmt, daß die Höhe der Abschreibungen und außerordentlichen Zurückstellungen für den Reservefonds bzw. für Spezialreserven von dem Aufsichtsrat vorbehaltlich der Genehmigung der GenVers. festgesetzt werde, nachdem in Abs. 2 gesagt ist, daß der Abschluß der Jahresrechnung, die Aufstellung der Inventur und die Ermittlung des Reingewinns nach kaufmännischen Grundsätzen und den Vorschriften der §§ 261, 262 HGB. stattzufinden habe. Dann

stille Reserven erfolgende — Vernichtung oder Einschränkung des Dividendenanspruchs erfreulich ist. Vom Standpunkte der gegenwärtigen Gesetzgebung aus ist jedenfalls die rechtliche Zulässigkeit einer solchen Satzungsbestimmung nicht zu beanstanden. In Übereinstimmung mit der ganz vorherrschenden Meinung ist insbes. auch die Bildung von stillen Reserven für zulässig zu halten (vgl. im einzelnen hierzu Ludewig, Hauptprobleme der Reform des Aktienrechts, 1929, S. 162 ff.). Tritt durch die Bildung der stillen Reserven eine Vernichtung oder Beschränkung des Dividendenanspruchs ein, so ist dies durchaus zulässig. Der Dividendenanspruch ist ein aus der Mitgliedschaft des Aktionärs fließendes Recht (RZS. 14, 307). Er ist nicht ein Sonderrecht. Es gelten hierfür die allgemeinen, sich auf die Mitgliedschaft beziehenden Bestimmungen; entscheidend ist deshalb auch der Mehrheitswille (vgl. Staub-Pinner zu § 213 HGB. Anm. 8). Hier hat es die GenVers. — wie schon gesagt — voll-

kommen in der Hand, ob und in welchem Umfang sie den Gewinn zur Verteilung der Dividende verwenden will. Die hierauf sich beziehende Satzungsbestimmung und die Beschlussfassung würde freilich dann gesetzlich unzulässig sein, wenn ein Verstoß gegen § 138 HGB. vorläge, wenn also insbes. zum Zwecke der Beschränkung oder Vernichtung des Dividendenanspruchs der Gewinn in ungesetzlicher Weise verwendet werden und die Minderheit durch die Mehrheit ausgebeutet werden soll (vgl. Staub-Pinner zu § 213 HGB. Anm. 8).

Der Kl. stützt die Anfechtungsklage weiter darauf, daß „unrichtige und irreführende Angaben über die Grundlagen der zu fassenden Beschlüsse gemacht seien“.

Einmal greift er die Gewinn- und Verlustrechnung an. Diese Rechnung ist allerdings, wie das RG. selbst sagt, außerordentlich dürftig. Sie gibt „weder Aufschluß über die einzelnen Gewinn- und Verlustkonten noch über den Bruttogewinn im ganzen noch über die

folgt § 11, der zunächst sich darüber verhält, was Reingewinn der Gesellschaft ist, dann die Zuweisungen an den ordentlichen Reservefonds regelt und nun fortfährt, daß über die Verwendung des Restes die GenVers. zu beschließen habe, so zwar, daß sie denselben ganz oder teilweise zur Verteilung einer Dividende, zu Rückstellungen durch besondere Reserven, zu Vortrag auf neue Rechnung oder in irgendeiner anderen Form verwenden könne. — Danach hat aber die GenVers., was Kl. übersteht, völlig freie Hand in der Festsetzung der Dividende; sie kann über den ganzen vorhandenen Reingewinn beliebig frei und unbehindert von Dividendenansprüchen der Aktionäre verfügen, ihn insbes. auch zur Bildung stiller Reserven in beliebigem Umfang benützen. Darüber kann ein Zweifel nicht bestehen; denn die Bildung solcher Reserven ist allgemein üblich; ihre Zulässigkeit ist hier vollends durch die freie Verfügungsmacht der GenVers. über den Reingewinn außer Frage gestellt. Gegen die Gültigkeit dieser Satzungsbestimmungen sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben. — Folgt man nun den Behauptungen des Kl. über die Höhe der stillen Reserven und den Umfang des im Jahre 1926 wirklich erzielten Gewinns, so wäre das Ergebnis doch immer nur das, daß die Mehrheit der GenVers. bewußt und gewollt einen an und für sich sehr viel höheren als den bilanzmäßig ausgewiesenen Reingewinn in Übereinstimmung mit den Verwaltungsanträgen eben nicht zur Dividenden ausschüttung, sondern zur Schaffung weiterer stiller Rücklagen bestimmt hätte. Dazu war sie auf Grund des § 11 Abs. 2 Satz 3 der Satzung durchaus befugt, gleichviel ob eine solche Reservebildung nun geboten, zweckmäßig oder willkürlich war. Dies verkennt die Rev. Das „gesetzliche“ Recht des Kl. auf eine „angemessene“ Dividende ist hier eben durch die Satzung beseitigt, die der GenVers. und damit der Mehrheit in der Verwendungsbestimmung hinsichtlich des an und für sich für eine Dividenden ausschüttung verfügbaren Gewinns volle Freiheit läßt und ihr, unbehindert von Dividendenansprüchen der Aktionäre, ausdrücklich das Recht gibt, den Gewinn in „irgendeiner anderen Form“ zu verwenden. Klarer und deutlicher kann nicht zum Ausdruck gebracht werden, daß den Aktionären ein Dividendenanspruch schlechthin eben nur nach Maßgabe und im Rahmen des GenVers.-Beschl. zusteht und zuziehen soll. „Veraubt“ worden ist demnach der Kl. durch die angegriffenen GenVers.-Beschl. nicht eines „Rechts“, sondern allenfalls nur einer gewissen tatsächlichen Aussicht oder Möglichkeit hinsichtlich des Umfangs seiner Dividende. Darauf läßt sich aber eine Anfechtung wegen Verletz. Satzungs- oder Sittenwidrigkeit und Dividendenverkürzung nicht stützen. Hierzu kommt noch, daß hier die angeblich für Dividendenzwecke verfügbaren weiteren Summen durch die angegriffenen Beschlüsse im Vermögen der Gesellschaft zurückgehalten worden sind. Das führte zunächst auf alle Fälle zu einer weiteren Stärkung der finanziellen Lage der Gesellschaft, von der nicht ersichtlich ist, wieso sie, zumal bei den wirtschaftlichen Verhältnissen, die seit Jahren in Deutschland herrschen, dem Gedeihen der Gesellschaft hätte abträglich sein sollen und können. Ganz mit Recht hat das BG. gerade auch darauf hingewiesen und weiter hervorgehoben, daß durch die Einbehaltung der in Betracht kommenden Summen alle Aktionäre gleichmäßig betroffen worden seien.

Wenn sodann das BG. es ablehnt, aus den von dem Kl. aufgestellten Behauptungen über Kursdrückereien, Aktienverkäufe durch Mehrheitsaktionäre und die weiteren Geschäfte

Gesamtunkosten“. Das BG. hält dies noch für zulässig, weil die Verkehrsauffassung und Übung derartige Rechnungen billige. Diese Auffassung ist nicht unbedenklich. Selbst vom Standpunkt der bestehenden Gesetzgebung aus wird man doch fordern müssen, daß „die Ergebnisse der einzelnen Konten“ offen zu legen sind. Im § 115 des Entw. über AktG. und KommAktG. ist auch eine solche nähere Spezialisierung vorgesehen. Wenn das Gesetz eine Gewinn- und Verlustrechnung vorschreibt, so kann das nur den Sinn haben, daß die Aktionäre aus ihr eine Klarheit gewinnen und so die Möglichkeit der Nachprüfung haben sollen. Die Berufung auf die Verkehrsauffassung und Übung kann hier um so weniger durchschlagen, als bekanntlich schon für das bestehende Recht eine sehr starke Strömung für eine größere Klarheit und Spezialisierung der Gewinn- und Verlustrechnung besteht (vgl. im einzelnen Ludwig, Hauptprobleme der Reform des Aktienrechts S. 159 ff.). Das BG. erkennt offenbar

in Aktien der Bessl. mit der St.-GmbH. anlässlich der Übernahme der W.-Gewerkschaft Schlüsse auf ein sittenwidriges Verhalten der „Mehrheit“ zum Schaden der Gesellschaft und der Minderheit zu ziehen, so liegt dies auf rein tatsächlichem Gebiet. Der Vorderrichter hat hierbei ersichtlich das ganze Vorbringen des Kl. mit gewürdigt. — Dagegen kann die Rev. auch im Zuge der Anfechtungsklage nicht ankämpfen.

Damit ist aber der Behauptung des Kl., daß die Mehrheit bei der Beschlussfassung rein eigennützige, gesellschafts-fremde und gesellschaftsschädliche Zwecke zum Nachteil der „Minderheit“ bzw. „Kleinaktionäre“ verfolgt und durchgeführt habe — vollends im Zusammenhalt mit der Satzungsbestimmung über die freie Verfügungsbefugnis der GenVers. hinsichtlich etwa erzielter Gewinne, ganz abgesehen von der Vorschrift des § 271 Abs. 3 Satz 2 HGB. —, die Grundlage überhaupt entzogen, soweit Kl. sich auf gesetz-, satzungs- und sittenwidrige Verfürgung seines Dividendenanspruchs stützt.

III. Die Vorschrift des § 271 Abs. 3 Satz 2 HGB. gilt nun aber unzweifelhaft nur für eine Klage, mit der die Abschreibungen und Reservenstellungen und so herbeigeführte Gewinnverkürzungen beanstandet werden sollen. Nun hat Kl. am Ende der Klageschrift allerdings vorgetragen, daß er die Nichtigkeit des Bilanz- und Gewinnverteilungsbeschlusses betreibe, damit er eine „angemessene“ Dividende für 1926 erhalte, um die er eben durch stille Rücklagen gebracht sei. — Wäre dies in der Tat auch der alleinige Klagegrund, dann müßte die Anfechtungsklage, soweit sie sich gegen die Bilanz- und Gewinnverteilungsbeschlüsse richtet, schon an § 271 Abs. 3 Satz 2 HGB. scheitern. — Gewiß ist nun die angebliche Dividendenverkürzung durch mißbräuchliche Reservenstellungen einer der Klagegründe, aber er ist nicht der einzige. Allerdings verfolgt der Kl. auch mit seinen weiteren Angriffen gegen die angefochtenen Beschlüsse das Endziel, nach deren Vernichtung bei der alsdann erforderlichen neuen Beschlussfassung eine höhere Dividende herauszuschlagen. Allein dieses letztere Ziel ist nur wirtschaftlicher Zweck und nicht einziger Anfechtungsgrund selbst. Das kommt klar auch in der Klage zum Ausdruck, wenn dort gesagt ist, es müsse zur Beschlussanfechtung schon genügen, wenn den Aktionären unrichtige und irreführende Angaben über die Grundlagen der zu fassenden Beschlüsse gemacht seien.

In dieser Richtung bemängelt der Kl. einmal die Aufmachung der Gewinn- und Verlustrechnung, die mit Sinn und Zweck des § 260 Abs. 2 HGB. unvereinbar sei. Dieser formale Anfechtungsgrund hat mit § 271 Abs. 3 Satz 2 HGB. nichts zu tun. — Wenn nun das BG. hierzu u. a. ausführt, daß nicht einmal das Fehlen einer Gewinn- und Verlustrechnung die Anfechtung des Bilanzgenehmigungsbeschlusses rechtfertigen würde, so kann dem jedenfalls nicht beigegeben werden. Ganz unzweifelhaft ist nach § 260 Abs. 2 HGB. gerade auch diese Rechnung ein wesentliches Stück der Rechenschaftsablegung durch die Verwaltung; sie bildet mit die Grundlage für die Stellungnahme der Aktionäre zu den Verwaltungsvorlagen. Die Bedeutung, welche das Gesetz gerade diesem Teil der Rechenschaftsablage beimißt, kommt auch darin zum Ausdruck, daß für AktG. die Veröffentlichung dieser Rechnung bzw. jedenfalls auch deren Einreichung bei dem Registergericht vorgeschrieben ist (s. § 265 HGB.). Es ist dem Kl. ferner unbedenklich zuzugeben, daß eine Gewinn- und Verlustrechnung, wie sie hier vorliegt, außerordentlich dürftig ist. Denn sie enthält auf der Habenseite nur zwei Posten, nämlich den Posten Betriebsüberschuß von 1926 und den Posten Vortrag vom Vorjahr, auf der Sollseite den

selbst das Unerfreuliche einer dürftigen Gewinn- und Verlustrechnung an. Es vertritt deshalb auch den durchaus zu billigen Standpunkt, daß eine Vervollständigung dieser Rechnung im Geschäftsbericht erfolgen kann.

Weiter stützt der Kl. die Anfechtungsklage darauf, daß „in der Bilanz wesentliche Vermögensbestandteile überhaupt nicht aufgeführt“ seien und daß von der Verwaltungsseite „keine Frage nach dem Stand von Vorräten“ und dem Vorhandensein von eigenen Aktien „unrichtig und irreführend“ beantwortet sei. Mit Recht stellt sich das BG. auf den Standpunkt, daß eine derartige Verschleierung des Vermögensbestandes in der Bilanz und eine unrichtige oder irreführende Auskunftserteilung geeignete Anfechtungsgründe darstellen, sofern eine solche Irreführung „für die Beschlussfassung von Bedeutung gewesen ist oder wenigstens gewesen sein kann“.

Prof. Dr. W. Ludwig, Mannheim.

Posten „Abschreibungen“ und den alsdann verbleibenden Reingewinn. Die Gewinn- und Verlustrechnung gibt also weder Aufschluß über die einzelnen Gewinn- und Verlustkonten, noch über den Bruttogewinn im ganzen, noch über die Gesamtkosten. Der Posten „Betriebsüberschuß“ stellt vielmehr den Schlufsaldo der saldierten einzelnen Gewinn- und Verlustkonten dar. — Nun gibt aber § 260 HGB. keine nähere Bestimmung darüber, was unter einer Gewinn- und Verlustrechnung zu verstehen und wie dieselbe aufzumachen ist. Das HGB. enthält — anders als § 115 des Entwurfs über AktG. und KommAktG. — insbes. nichts darüber, ob und inwieweit diese Rechnung durch Offenlegung der Ergebnisse der einzelnen Konten aufzugliedern ist. Daraus muß geschlossen werden, daß das Gesetz insoweit die Verlehrsuffassung und Übung maßgebend sein lassen will. Sie läßt aber immerhin Rechnungen, wie sie die Befl. aufgestellt hat, noch zu. Dazu kommt hier noch, daß der Geschäftsbericht eine ganze Reihe von Angaben enthält, die sich gerade auf die nach der Rechnung ganz im Dunkeln gebliebenen Unkostenseite beziehen (wird dargelegt). Hier waren also in Erläuterung zur Gewinn- und Verlustrechnung u. a. immerhin gewisse wesentliche Angaben über Hauptaufwendungsposten, nämlich Löhne, Steuern und soziale Abgaben, gemacht, an Hand deren jedenfalls ohne weiteres Fragen in der GenVers. gestellt werden konnten zur näheren Aufklärung gerade auch der Unkostenseite. Der Kl. hat über diesen letzteren Punkt auch Auskunft verlangt, sie ist ihm von der Verwaltung unter Berufung auf das Gesellschaftsinteresse verweigert worden. Kl. hat nun deshalb nicht etwa die GenVers. angerufen und einen Befehl. derselben über diesen Punkt herbeigeführt, sich vielmehr durch den Verwaltungsbefehl abfertigen lassen. Dann kann er aber hinterher aus diesem Punkt auch keinen Anfechtungsgrund herleiten, zumal seine Anfrage in der GenVers. von keiner Seite irgendwie aufgegriffen worden ist. Nach alledem ist, zumal in weiterer Berücksichtigung der völlig freien Verfügungsmacht der GenVers. über den Reingewinn, die Aufmachung der Gewinn- und Verlustrechnung nicht zu beanstanden. Soweit aber Kl. geltend macht, daß der Reingewinn viel höher sei als in Wirklichkeit ausgewiesen, scheidet dieser Angriff schon an § 271 Abs. 3 Satz 2 HGB. Was er bezüglich Einnahmen aus Syndikatsvergütungen, Zinsen, Micamentschädigung, Erlösen aus Altmaterialien vorträgt, ist erst längst nach Ablauf der Monatsfrist in den Prozeß eingeführt und auch schon darum unbeachtlich.

Weiter hatte Kl. sich darauf gestützt, daß in der Bilanz wesentliche Vermögensbestandteile überhaupt nicht aufgeführt seien, nämlich einmal die Vorräte an Kohlen, Koks, Bricketts und Nebenprodukten, deren Wert mit 1 000 000 RM noch viel zu niedrig eingesezt sei. Kl. hat also insoweit die Bilanz selbst beanstandet. Er hat sodann behauptet, daß von der Verwaltungsseite seine Frage nach dem Bestand an Vorräten zum Bilanzstichtag unrichtig und irreführend beantwortet sei, daß ferner die Befl. zum Bilanzstichtag rund 3 1/2 Millionen eigener Aktien im Besitz oder durch Treuhänder in ihrer Verfügungsmacht gehabt habe, während seine Anfrage nach dem Besitz solcher Aktien wiederum unrichtigerweise verneint worden sei.

Der Vorderrichter hält dieses ganze Vorbringen für unerheblich. Wenn er aber dabei der Meinung Ausdruck gibt, daß falsche Auskünfte hier zur Stütze der Anfechtungsklage überhaupt nicht dienen könnten, so ist dies verfehlt. Gewiß kann die Verwaltung auf Anfragen eines Aktionärs die Auskunft verweigern, und es bleibt dann zunächst dem Fragesteller überlassen, ob er sein Begehren durch einen entsprechenden Antrag an die GenVers. weiter verfolgen will, und erst, wenn die GenVers. seinen Antrag ablehnt, erwächst im allgemeinen daraus für ihn ein Anfechtungsrecht. — Ganz anders steht es aber, wenn die Verwaltung sich zu einer Beantwortung der Anfrage herbeiläßt. Wird diese Auskunft z. B. wesentlich falsch erteilt, so kann dies auf eine Irreführung der GenVers. oder erheblicher Teile derselben hinauslaufen und begründet, falls die Auskunft für die Befl. schlussfassend von Bedeutung gewesen ist oder wenigstens gewesen sein kann, die Anfechtbarkeit des so zustande gekommenen Beschlusses. Die Behauptungen des Kl. laufen aber hier auf eine solche Irreführung der GenVers. bzw. erheb-

liche Teile derselben hinaus. Dies hat, wie die Rev. zutreffend rügt, das BG. verkannt. Der Kl. bemängelt ferner die Bilanz selbst um deswillen, weil erhebliche Aktiopoiten, nämlich „die angeblichen Vorräte an Kohlen, Koks, Nebenprodukten“ in der Bilanz überhaupt nicht, nicht einmal mit einem Merkposten, berücksichtigt seien. — Das BG. hält auch dieses Vorbringen, ohne zu ihm sachlich Stellung zu nehmen, um deswillen für unerheblich, weil dem Kl. auch insoweit § 271 Abs. 3 Satz 2 HGB. entgegenstehe. Allein damit verkennt es wieder, daß Anfechtungsgrund nicht sind übermäßige stille Rücklagen, sondern eine unrichtige Bilanz-aufstellung zufolge wesentlicher Vermögensstrüde und die dergestalt bezweckt und bewirkte Verfehlung des Vermögensstands der Befl. Gerügt wird insofern ganz unabhängig von der Frage der Abschreibungen und stillen Reserven Verletzung der §§ 40, 261 HGB. — Eine solche Bilanzgebarung könnte auch nicht auf die Satzung der Befl. gestützt werden; sie enthält kein Wort davon, daß gewisse Gegenstände überhaupt nicht in die Bilanz aufzunehmen seien; eine derartige Satzungsbestimmung wäre übrigens mit §§ 40, 261, 314 Abs. 1 Ziff. 1 HGB. unvereinbar und ungültig. Gegenteiliges kann auch nicht aus dem Ur. des erf. Sen. RG. 105, 45 ff. hergeleitet werden. Vielmehr ist dort ausgeführt, daß der damalige Kl. die Bilanz selbst oder das Zustandekommen des Genehmigungsbeschlusses hätte beanstanden müssen. Gerade dies hat Kl. aber hier getan und sich weiterhin noch auf geflüchtlich unrichtige Auskunftserteilung berufen, die nach seiner Behauptung für die Befl. schlussfassend selbst von Erheblichkeit gewesen wäre. Es hätte deshalb eines sachlichen Eingehens auf das hier erörterte Klagevorbringen bedurft. Daß, wenn die Vorräte vorhanden waren, sie in die Bilanz nicht eingestellt wären, ist anscheinend außer Streit. Nicht anders verhält es sich mit der weiteren Behauptung des Kl., daß die Befl., entgegen der von Verwaltungsseite erteilten Auskunft, am Bilanzstichtag über 3 500 000 RM eigene — voll einbezahlte — Aktien, sei es unmittelbar, sei es durch Treuhänder, verfügt habe, die ebenfalls nicht in die Bilanz aufgenommen gewesen wären. Schon hiernach muß aber die Rev. hinsichtlich des angefochtenen Bilanzgenehmigungsbeschlusses, wie auch des von ihm abhängigen Beschlusses über die Gewinnverteilung Erfolg haben. Gleiches gilt für die Entlastungsbeschlüsse. — Denn ist das hier erörterte Klagevorbringen richtig, so hätten die Verwaltungsorgane der von ihnen in erster Linie durch Vorlegung einer gesetz- und satzungsmäßigen Bilanz zu erfüllenden Rechnungsablegungspflicht eben nicht genügt.

(U. v. 23. Jan. 1931; 250/30 II. — Düsseldorf.) [Ru.]

(=> RG. 131, 192.)

4. §§ 185, 207 Abs. 3, 222, 252 Abs. 2, 264, 266 Abs. 2, 268, 275 Abs. 1 und 2, 288, 301 Abs. 1 HGB.; §§ 134, 138 BGB.

I. Die in der Satzung vorgeschriebene, vom freien Ermessen abhängige Genehmigung des Aufsichtsrats zur Übertragung von Namensaktien kann weder allgemein durch Antrag auf Zulassung der Aktien zur Börse erteilt werden, noch ist diese angefochten des auf das Erfordernis der Genehmigung hinweisenden Vermerkes auf den Aktien anzunehmen. Die Übertragung ohne Genehmigung ist unwirksam. Die Erteilung von Vollmachten durch die Aktienverkäufer an die Käufer ist nichtig.

II. Nichtigkeit eines GenVers. Beschlusses auf Kapitalerhöhung, wenn dieser, ohne einem Kapitalbedarf der AktG. zu dienen, lediglich zum Schutz vor einer Übersremdung gefaßt ist und dabei durch die Art der Aktienbildung, -ausstattung und -begebung in die kapitalistischen Rechte der Minderheit eingreift.)

Das — voll einbezahlte — Grundkapital der beklagten AktG. belief sich vor der hier mit den Streitgegenstand bil-

Zu 4. Zu I des Urteils ist keine Bemerkung erforderlich. Es ist dem RG. darin völlig zuzustimmen, daß inkultierte Namensaktien nicht für den Börsenhandel geeignet sind. Darüber aber hätte eigentlich nur die Zulassungsstelle zu entscheiden. Eine Rechtswir-

benden Kapitalerhöhung zuletzt auf 3 000 000 *R.M.*, eingeteilt in 6000 Stück Namensaktien zu je 500 *R.M.*. „Erwerb und Übergang“ der Aktien bedürfen der Genehmigung durch den Aufsichtsrat, der zur Begründung seiner Entsch. nicht verpflichtet ist (§ 6 der Satzung). Nach § 20 Abs. 2 der Satzung ist stimmberechtigt in der GenVers. jeder „in das Aktienbuch eingetragene Aktionär entweder persönlich oder durch seinen gesetzlichen Vertreter oder durch einen anderen schriftlich bevollmächtigten Aktionär...; die Vollmachten müssen dem Vorstand nicht später als am dritten Tage vor der Versammlung zugegangen sein“. Der Zutritt zur GenVers. ist bedingt durch den Besitz einer Einlaßkarte, die der Vorstand unter Angabe der Stimmenzahl des Aktionärs zu erteilen hat und nur erteilen darf, wenn dessen Anmeldung ihm nicht später, als am dritten Tage vor der Versammlung zugeht.

Die Aktien der beklagten Gesellschaft sind an der Berliner Börse zugelassen. Die dem M.-Konzern angehörige Kl. ist als Aktionärin mit zwei Aktien im Aktienbuch der beklagten Gesellschaft eingetragen.

Am 12. Juni 1928 fand eine ordentliche GenVers. der Bekl. statt, in der u. a. beschlossen wurde: ... 6. Erhöhung des Aktienkapitals um 2 000 000 *R.M.* auf 5 000 000 *R.M.* durch Ausgabe von 4000 Namensaktien im Nennwert von je 500 *R.M.* unter Leistung einer Bareinlage von 25% des Nennbetrags und unter Ausschluß des gesetzlichen Bezugsrechts der Aktionäre. Als Einzelheiten der Begebung wurde festgesetzt: a) Erwerb und Übergang der Aktien unterliegen den Bestimmungen des § 6 der Satzung. b) Die neuen Aktien werden zum Nennbetrag ausgegeben. Vor der Einreichung der durchgeführten Kapitalerhöhung zum Handelsregister sind 25% des Nennbetrags einzuzahlen. Die restlichen Einzahlungen sind nach den Bestimmungen des Aufsichtsrats zu leisten. c) Das gesetzliche Bezugsrecht der Aktionäre wird ausgeschlossen. d) Der Vorstand wird ermächtigt, mit Zustimmung des Aufsichtsrats die neuen Aktien zu begeben, wenn: 1. der Übernehmer der neuen Aktien die durch die Kapitalerhöhung entstehenden Kosten einschließlich der Gesellschaftsteuer trägt, 2. der Übernehmer der neuen Aktien der Gesellschaft gegenüber die Verpflichtung eingeht, die Aktien nur im Einvernehmen mit ihr und zu einem von ihr zu bestimmenden Zeitpunkt zu verwerten. Dabei sind die Aktien zunächst den Aktionären zu einem von der Gesellschaft festzusetzenden Kurse zum Bezug anzubieten. Den Übernehmern der jungen Aktien steht kein Bezugsrecht zu. Das Bezugsangebot hat im Verhältnis des Anteils der bezugsberechtigten Aktionäre an dem bezugsberechtigten Grundkapital zu erfolgen. Ein Mehrerlös über den Einstandspreis fließt der Gesellschaft zu. e) Die neuen Aktien nehmen an dem den Aktionären zustehenden Reingewinn der Gesellschaft nach Zeit und Höhe der eingezahlten Beträge teil; im übrigen sind sie mit den alten Aktien gleichberechtigt. f) Die Festsetzung der weiteren Modalitäten für die Ausgabe der jungen Aktien wird dem Aufsichtsrat im Benehmen mit dem Vorstand übertragen. Hierbei müssen die Übernehmer verpflichtet werden, solange sie Aktionäre sind, von der auf die neuen Aktien bezogenen Dividende an die Gesellschaft den Betrag zurückzuvorgüten, der der Verzinsung des für die neuen Aktien aufgewendeten Kapitals einschließlich der übernommenen Kosten übersteigt. Die Höhe dieser Verzinsung soll dem durchschnittlichen Zinssatz entsprechen, der in dem in Betracht kommenden Geschäftsjahr für erstklassig hypothekarisch gesicherte Darlehen von der Gesellschaft erzielt wird.

In der Anwesenheitsliste sind unter Teil I 4064 Aktien mit ebenso vielen Stimmen aufgeführt, deren Stimmberech-

nung, wonach die satzungsgemäß erforderliche Zustimmung des Aufsichtsrats nicht verlangt werden kann, läßt sich aus der Natur der Namensaktie so wenig ableiten wie aus der Zulassung zum Börsenhandel. Schwieriger mag die Rechtslage zwischen dem Käufer und Verkäufer der Namensaktie bei der Verfassung der Genehmigung liegen. Der Fall ist aber wohl der gleiche wie bei der Veräußerung eines Geschäftsanteils einer GmbH., dessen Übertragung an die Genehmigung der Gesellschaft geknüpft ist. Hier besteht die Garantieverpflichtung des Verkäufers. Es sei denn, daß sich aus den Umständen ergibt, daß der Käufer auf eigenes Risiko kaufen wollte. Der Anspruch auf Rückgabe des bezahlten Kaufpreises wird ihm stets bleiben.

Zu II. Bei der Frage nach der Zulässigkeit von Schutzaktien

tigung nicht beanstandet worden ist. Anderen Erzielungen wurde das Stimmrecht für die Aktien, die sie vertreten wollten, verweigert.

Die Klage geht auf Nichtigkeit der gefaßten Beschlüsse. Sie ist vom O.G. abgewiesen. Das R.G. hat aufgehoben und den auf Kapitalerhöhung lautenden Beschluß für nichtig erklärt, im übrigen die Rev. zurückgewiesen.

I. Bei dem Anfechtungsgrund gesetz- und satzungswidriger Nichtzulassung von Aktionären zur GenVers. und Abstimmung handelt es sich um verschiedenartige Tatbestände:

a) Nichtzulassung der Kl. selbst mit angeleglich 665 Stück Aktien, die sie an der Börse gekauft hatte. — Insofern ist zweierlei unstreitig, einmal, daß der Aufsichtsrat der Bekl. seine Genehmigung zum Erwerb dieser Aktien durch die Kl. dem Bekl. eingetragen ist. Das O.G. hat die Auffassung der Kl. abgelehnt, daß § 6 der Satzung nur für nicht voll einbezahlte Aktien gelte, daß ferner in der mit Vorwissen und Zustimmung des Aufsichtsrats beantragten und erfolgten Zulassung der Aktien der Bekl. zum Börsenverkehr die allgemeine und im voraus erteilte Einwilligung zum börsenmäßigen Erwerb der voll einbezahlten Aktien liege; es hält weiter eine solche allgemeine Einwilligung für rechtsunwirksam, weil es sich sonst in Wahrheit um eine Satzungsänderung handeln würde, die nur von der GenVers. mit erhöhter Mehrheit hätte beschlossen werden können. Die Rev. rügt insoweit Verletzung des § 222 HGB., § 133 B.W. und § 286 ZPO.

Die Revisionsangriffe sind nicht begründet.

Das Gesetz läßt in § 222 Abs. 2 HGB. bei Namensaktien dem Gesellschaftsvertrag völlig freie Hand, darüber zu bestimmen, ob die Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft geknüpft sein soll, sei es überhaupt, oder nur für eine gewisse Kategorie von Fällen. Die Satzung lautet aber hier dahin, daß zum Erwerb und Übergang der Aktien die Genehmigung des Aufsichtsrats (wegen der Zulässigkeit einer solchen Bestimmung (s. R.G. 72, 290 ff.)) erforderlich ist und fügt dem an, daß derselbe zur Angabe von Gründen für seine Entsch. nicht verpflichtet sei. Mit keinem Wort ist angedeutet, daß diese Genehmigung nur für solche Aktien erforderlich sein solle, die noch nicht voll einbezahlt sind. Gewiß ist richtig, daß das Erfordernis der Genehmigung für die Bekl. besondere Bedeutung haben mußte, solange die Aktien noch nicht voll einbezahlt waren und es sich auch darum handelte, zahlungsunfähige Aktionäre fernzuhalten. — Indessen ist weder die gesetzliche Zulässigkeit einer solchen Satzungsbestimmung auf den Fall nicht voll einbezahlter Aktien beschränkt, noch hier durch die Satzung selbst eine solche Schranke gesetzt. Das Erfordernis der Genehmigung des Aufsichtsrats ist vielmehr nach Wortlaut und Sinn des § 6 als ein ganz allgemeines aufgestellt, und diese Auslegung wird noch wesentlich durch die weitere Bestimmung unterstützt, daß der Aufsichtsrat zur Angabe von Gründen für seine Entsch. nicht verpflichtet ist, und nach § 20 Abs. 2 der Satzung als Bevollmächtigter für andere Aktionäre nur wieder Aktionäre bestellt werden können. Jegendwelche Anhaltspunkte für eine anderweitige Auslegung ergeben sich aus der Satzung selbst — und nur sie könnte insoweit herangezogen werden — jedenfalls nicht.

Ganz abgesehen davon, daß die Vorschrift dem Aufsichtsrat völlig freie Hand in der Verfassung oder Erteilung der Genehmigung läßt, ist ferner im Ernst nicht zu bestreiten, daß die Bekl. gewichtige und schutzwürdige Interessen daran haben kann, auch nach und trotz Vollenzahlung ihrer Aktien gewisse Personen — seien es natürliche oder juristische — aus dem Kreis ihrer Gesellschafter fernzuhalten

<sup>1)</sup> ZB. 1910, 115.

in der Form von Stammaktien bleibt das R.G. grundsätzlich bei seiner früheren in mehreren Entsch. niedergelegten Auffassung. In- des wird die Entsch. im konkreten Falle bedeutsam. Das R.G. verlangt keine positiven Momente, aus denen sich der Verstoß gegen die guten Sitten ergibt. Er fordert vielmehr umgekehrt, daß die Schaffung der Schutzaktien aus berechtigten besonderen Momenten hervorgerufen wurde. Sie müssen dann so stark sein, daß die Nachteile der bisherigen Aktionäre, namentlich also die Verwässerung ihrer Minderheitsrechte mit in Kauf genommen werden können. Auch muß die Akt.G. zeigen, daß sie dasselbe Ergebnis nicht auf anderem Wege

oder wenigstens ihren Aktienbesitz nicht über ein gewisses Maß hinaus anwachsen zu lassen. Es ist also keineswegs an dem, daß die Klausel nur für nicht voll einbezahlte Aktien einen vernünftigen Sinn und Zweck hätte.

Ob die wirtschafts-, finanz- und gesellschaftspolitischen Gesichtspunkte, welche die Verwaltung der Bfkl. bei Verfassung oder Erteilung der Genehmigung verfolgt, richtig und zweckmäßig sind oder nicht, unterliegt nicht der Nachprüfung durch die Gerichte.

Der Zweck des § 6 der Satzung, der mithin dahin ging, der Gesellschaft auf alle Fälle die Entsch. über die Zusammenfassung ihrer Aktionäre in die Hand zu geben, war sonach trotz Vollerzahlung der Aktien keineswegs erreicht, geschweige denn diese Satzungsklausel gegenstandslos geworden. Die gegenteilige Ansicht der Rev. beruht auf einer Verkennung der Bedeutung dieser — der freien Auslegung durch das RevG. zugänglichen — Satzungsbestimmung. Damit erledigt sich gleichzeitig die Prozeßfrage aus § 286 ZPO. Gewiß ist sodann richtig, daß unter Genehmigung i. S. des § 6 der Satzung nicht bloß die nachträgliche, sondern auch die zum Voraus erteilte Zustimmung zu verstehen ist. Das Gesetz selbst spricht von Zustimmung, worunter nach §§ 182—184 BGB. sowohl die vorherige (= Einwilligung), wie die nachträgliche (= Genehmigung) Zustimmung fällt. Aus dem Umstand allein, daß hier die Satzung das Wort „Genehmigung“ verwendet, ist sodann noch nicht zu schließen, daß dies nur im rechtstechnischen Sinne, d. h. nur im Sinne nachträglicher Zustimmung gemeint ist. Das behauptet die Bfkl. selbst nicht. Gegen die Möglichkeit einer zum Voraus erteilten Zustimmung sind daher allerdings an und für sich Bedenken nicht zu erheben. Wohl aber ist eine „allgemeine“ Zustimmung, wie sie die Kl. behauptet und auch die Rev. vertritt, rechtsgrundsätzlich überhaupt ausgeschlossen. Gewiß kann die „Genehmigung“ stillschweigend erteilt werden, aber auch zum Voraus nur hinsichtlich bestimmter, einzelner Geschäfte. Hier behauptet aber die Kl. eine allgemeine Zustimmung hinsichtlich sämtlicher börsenmäßig abgeschlossener Erwerbsgeschäfte über die Aktien der Bfkl. gleichgültig, wieviel, wann und zwischen welchen Parteien solche abgeschlossen sein sollten. Zustimmung i. S. des § 222 Abs. 2 BGB. ist aber eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die vermöge ihrer Rechtsnatur schon nur bestimmten Personen, d. h. nur den Parteien des einzelnen Erwerbsgeschäfts oder ihren Vertretern gegenüber abgegeben werden kann und muß (s. a. Brodmann, Anm. 4b zu § 222 BGB.).

Dazu kommt hier, daß jede Aktie der beklagten Gesellschaft (s. a. § 180 Abs. 4 BGB.) den Vermerk trägt, daß zur Übertragung die Genehmigung des Aufsichtsrats erforderlich ist, sich auch auf der Rückseite ein Vordruck für die Genehmigungserteilung befindet. In den Aktienurkunden selbst war und ist demnach mit aller nur wünschenswerten Deutlichkeit betont und klargestellt, daß zur Übertragung der Aktienrechte die Genehmigung des Aufsichtsrats notwendig und unerlässlich sei. Es kann deshalb füglich nicht behauptet werden, daß die Bfkl. auf die Notwendigkeit ihrer Zustimmung zum rechtsgeschäftlichen Erwerb ihrer Aktien nicht hingewiesen habe. Gerade das Gegenteil ist angesichts des Vermerks auf den Aktienurkunden der Fall. Dieser Vermerk konnte auch den Zulassungstellen nicht entgehen. Wieso aber aus dem Antrag auf Zulassung so ausgestatteter Aktien zum Börsenhandel und aus dem, wenn auch jahrzehntelangen Dulden eines solchen Handels seitens der Bfkl. auf eine allgemeine Zustimmungserklärung ihrerseits zu sämtlichen börsenmäßig getätigten Umschlaggeschäften in ihren Aktien sollte geschlossen werden können, ist nicht ersichtlich und vollends willkürlich wäre es bezüglich der Bedeutung des Zu-

erreichen konnte. Bisher ging man noch von der Meinung aus, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten sich besonders erkennbar machen muß. Nun aber genügt dem RG., daß die Kapitalerhöhung und die Schaffung weiterer Stammaktien nur dem Zwecke dient, die Stellung der Mehrheit gegenüber der Minderheit zu verstärken, während ein Kapitalbedarf nicht vorlag. Da nun bei jeder Neuausgabe von Aktien die Minderheitsrechte geschwächt werden, so wird sich daraus ergeben, daß nur bei wirklichem Kapitalbedarf neue Aktien geschaffen werden dürfen. Fehlt es hieran, so müßten alle neue Aktien als Schutzaktien erscheinen. Es lassen sich kaum andere Möglichkeiten denken. Entweder soll neues Kapital beschafft werden, oder, wenn es dessen nicht bedarf, sind die Aktien nur zur Verstärkung der bisherigen

lassungsantrags und der Duldung des Börsenhandels für die Frage der Genehmigung einen Unterschied zu machen, je nachdem die Aktien voll einbezahlt sind oder nicht. Ebenso wenig kann von einem Verzicht auf die Anwendung des § 6 der Satzung oder der Übernahme einer Verpflichtung zur Erteilung der Genehmigung die Rede sein. Daß deren Verfassung gerade im Hinblick auf die Sonderfälle des Erwerbs der Kl. gegen die guten Sitten verstieße oder sich als ein bloßer Akt der Schifane darstellen würde, ist nicht dargetan. Die Bfkl. glaubt, ob letzten Endes mit Recht oder Unrecht ist unerheblich, daß die Kl. und deren Hintermänner als Großaktionäre der ruhigen, gedeihlichen Weiterentwicklung des Unternehmens Hindernisse bereiten könnten und würden. Wenn deshalb die Organe der beklagten Gesellschaft von der Bestimmung des § 6 der Satzung in der Weise Gebrauch machen, daß sie die zum Erwerb der Aktien durch die Kl. erforderliche Genehmigung verjagen, so verstößt dies weder gegen die guten Sitten, noch gegen § 226 BGB., zumal die Kl. selbst nicht behaupten kann, daß ihr von Seiten der Bfkl. irgendwelche Zusagen hinsichtlich der Erteilung der Genehmigung gemacht worden seien. Im übrigen war das Erfordernis der Genehmigung der Kl. von vornherein bekannt; sie hat dazu in einen Teil der Erwerbsgeschäfte in Kenntnis dessen, daß die Genehmigung ihr nicht erteilt werde, getätigt. Genehmigungsbedürftig ist unzweifelhaft nur das Verfügungs-, nicht auch das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft (s. a. LZ. 1913, 766; 1919, 534; JW. 1923, 1552). Infolge der Verfassung der Genehmigung sind die dinglichen Erwerbsgeschäfte endgültig unwirksam; weder die Mitgliedschaftsrechte, noch das Eigentum an den Aktienurkunden sind auf die Kl. übergegangen; ein solcher Rechtsübergang ist vielmehr unmöglich geworden. Die Aktienrechte blieben nach wie vor bei ihren bisherigen Trägern. Die Kl. ist daher mit den fraglichen Aktien nicht Aktionärin der Bfkl. geworden. Mit Recht wurde ihr deshalb die Eintragung im Aktienbuch und die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte aus diesen Aktien verweigert. Demgegenüber schlägt auch der Hinweis der Rev. auf die schweren Nachteile, welche der Kl. von dem hier vertretenen Standpunkt aus erwachsen, nicht durch. Welche Rechtsfolgen sich aus der Verfassung der Genehmigung für das schuldrechtliche Verhältnis zwischen ihr und ihrem Veräußerer ergaben, richtete sich in aller Regel nach dessen Inhalt und Rechtstyp. Soweit es sich um entgeltlichen Erwerb handelt, ist zunächst an Kauf zu denken. War beiden Teilen das Erfordernis der Genehmigung bekannt, so kann der Fall so liegen, daß der Kaufvertrag durch die Erteilung der Genehmigung aufschiebend bedingt ist (s. a. Lehmann: ZSR. 51, 376 ff.; Düringer-Hachenburg, Komm. z. BGB. Bd. III S. 147). Möglich ist aber auch, daß der Verkäufer nach Gewährleistungsgrundsätzen für die Erteilung der Genehmigung einzustehen hat, sowohl für gewöhnlich dann, wenn dem Käufer das Erfordernis der Genehmigung unbekannt war, oder je nachdem §§ 275, 323 BGB. zur Anwendung kommen. Wußten die Vertragsschließenden, daß die Genehmigung nicht erteilt werde, so kann der Käufer in aller Regel aus deren Verfassung Rechte gegen den Veräußerer nicht herleiten. Ob dem von dem schiedsrichterlichen Ausschuß des Börsenvorstandes zu Berlin in dem zwischen der Kl. und einem ihrer Veräußerer ergangenen Schiedspruch v. 22. Jan. 1930 (s. Bl. 216 ff. d. U.) eingenommenen Standpunkt beigetreten werden könnte, daß, von Sonderabmachungen abgesehen, Börsenhandels-geschäfte über vinkulierte Namensaktien überhaupt nicht als Kaufverträge anzusehen seien, kann auf sich beruhen (s. hierzu VersWirt. 5. Jahrg. Nr. 2/3 Entsch. S. 1 ff., desgl. Nr. 4 S. 79 ff.; Rospat: BankArch. 30. Jahrg. S. 198 ff.; desgl.

Mehrheit praktisch denkbar. Diese Konsequenzen seines Urteils wird das RG. wohl selbst nicht wollen. Dann wird man aber auch den prinzipiellen Ausspruch für bedenklich halten. Die Stärkung der Macht der Verwaltung allein zur Abwehr des Einflusses der inländischen Überfremdung hat das RG. an sich bisher nicht für unerlaubt erklärt, falls nicht eigenmütige Absichten zum Nachteil der AktG. verfolgt werden (vgl. RG. 112, 17 = JW. 1926, 543: „Hiernach war die ganze Kapitalerhöhung nur ein Deckmantel, die Interessen der Mehrheit zu betreiben.“) Unerlaubt kann dann diese Aus-gabe junger Aktien auch nicht deshalb werden, weil die Geltend-machung von Minderheitsrechten erschwert würde.

Ebenso schwer ist es auch, dem RG. auf dem Wege zu folgen,

Noch ebenda S. 274 ff.; ferner Blum: JW. 1930, 2648). Zweifelsfrei ist er jedenfalls nicht. Rechtsirrig ist aber auf alle Fälle die Auffassung, daß im Fall der Nichtgenehmigung des Erwerbsgeschäfts durch die Gesellschaft der abgelehnte Erwerber aus dem schuldrechtlichen Geschäft gegen den Verkäufer einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Stimmvollmacht, sei es einer wider- oder gar unwiderruflichen, herleiten kann. Im übrigen beweisen die Schwierigkeiten, welche hinsichtlich der Abwicklung von Börsenhandelsgeschäften in vinkulierten Namensaktien bei Verjagung der Genehmigung auftauchen, doch nur, daß solche Aktien für den Börsenhandel sich nicht eignen, nicht aber, daß deshalb über das gesetzlich zugelassene, sachungsmäßig festgelegte, auf den Aktien selbst deutlich kundbar gemachte Genehmigungserfordernis wegesehen werden könnte. Somit erledigen sich die zu diesem Punkt erhobenen Revisionsangriffe.

b) Die Rev. rügt weiter Verletzung des sachlichen Rechts, insbes. der §§ 252 Abs. 2, 222 HGB., soweit der Vorderrichter die Nichtzulassung der Kl. zur Teilnahme an der GenVers. und Stimmrechtsausübung mit denjenigen Aktien gebilligt hat, die sie aufgekauft und bezüglich deren sie sich nach Verjagung der Genehmigung von ihren legitimierten Vormännern Stimmvollmachten hatte geben lassen. Daß ein insofern etwa unterlaufener Rechtsverstoß gegen Gesetz oder Satzung für das Beschlussergebnis offenbar belanglos gewesen wäre, stellt das BG. nicht fest. Es muß deshalb allerdings auf diesen Anfechtungsgrund sachlich eingegangen werden. Unzweifelhaft liegen die formellen Voraussetzungen einer gültigen Bevollmächtigung vor. Die Kl. ist insbes. im Aktienbuch der Bevl. als Aktionärin eingetragen und damit dem Erfordernis des § 20 Abs. 3 der Satzung, daß eine Vollmachtserteilung nur an Aktionäre zulässig ist, genügt. Formelle Anstände gegen die Gültigkeit der Vollmachten hat die Bevl. im übrigen selbst nicht erhoben. In der Sache selbst kann auf sich beruhen, ob hierher den Ausführungen des BG. allenthalben zugestimmt werden könnte. Getragen wird die angefochtene Entsch. jedenfalls durch die Erwägung, daß die beantragten Vollmachten nach dem offen zutage liegenden Sachverhalt nur die äußere Form für die in Wahrheit bezweckte Übertragung des Stimmrechts als solchen unter Abspaltung desselben von dem Mitgliedschaftsrecht darstellen sollten. Mit Recht folgert dies der Vorderrichter eben daraus, daß es sich nur um solche Aktien handelte, welche die Kl. aufgekauft hatte, bezüglich deren ihr aber dann die Erwerbsgenehmigung verweigert worden war. Diese Annahme ist um so unbedenklicher, als die Kl. diese Vollmachten unter Berufung auf die Kaufgeschäfte als ihr Recht verlangt hatte. Eine Trennung des Stimmrechts von dem Aktienrecht selbst verstößt gegen zwingende aktienrechtliche Vorschriften und damit auch eine Vollmachtserteilung, die solchen Zwecken dienen soll, gegen § 134 BGB. mit der Folge der Nichtigkeit. Mit Recht hat dabei das BG. der Frage, ob die Vollmachten widerrufenlich oder unwiderruflich gegeben worden sind, keine Bedeutung beigemessen. Da die Kl. nicht bestreiten kann, daß sie dieselben unter Berufung auf einen ihr angeblich zustehenden Rechtsanspruch gefordert hat, ergibt sich auch ohne weiteres, daß sie als unwiderrufliche gemeint waren. Demgemäß scheidet die Rev. auch zu diesem Anfechtungsgrund.

II. Die weiteren Revisionsangriffe richten sich gegen die Abweisung der Anfechtungsklage hinsichtlich der Kapitalerhöhungs- und Anhangsbeschlüsse.

1. Unstreitig ist die Kapitalerhöhung nicht zur Befriedigung eines vorhandenen oder demnächst in Aussicht stehenden Kapitalbedürfnisses der beklagten Gesellschaft, sondern zu dem

Zweck erfolgt, die Möglichkeit einer Einflußnahme der Kl. bzw. des hinter ihr stehenden M.-Konzerns auf die Bevl. tunlichst hintanzuhalten. Es handelte sich also um die Schaffung sog. Schutzaktien, und zwar in der Form von Stammaktien. In ihrer rechtlichen Ausgestaltung unterscheiden sich die so geschaffenen Stammaktien aktienrechtlich von den übrigen Stammaktien der Bevl. insofern, als sie zunächst nur mit 25% einzuzahlen waren, während auf die übrigen (ursprünglich ebenfalls nicht voll einbezahlten) Stammaktien die Einzahlungen ganz geleistet sind. Die Schutzaktien bilden demnach aktienrechtlich keine besondere Gattung i. S. von § 185 HGB. Es ist im Gegenteil bei den Kapitalerhöhungs- und Anhangsbeschlüssen offenbar geflissentlich alles vermieden, was ihnen den Stempel einer besonderen Aktiengattung hätte ausdrücken können, eben weil ihr Stimmengewicht sich alsdann im Hinblick auf die besonderen gesetzlichen Abstimmungsvorschriften im Fall des Vorhandenseins mehrerer Aktiengattungen (s. §§ 207 Abs. 3, 275 Abs. 2, 288 Abs. 1, 303 Abs. 1 HGB.), nicht voll in der beabsichtigten Richtung hätte auswirken können. Der Umstand, daß die Aktien auch nach ihrer Ausgabe zufolge der mit dem Übernehmer zu treffenden und getroffenen rein schuldrechtlichen Vereinbarungen für die Zwecke der Gesellschaft gebunden bleiben sollten und blieben, macht sie aktienrechtlich nicht zu einer besonderen Aktiengattung. Diese Abmachungen ändern nichts daran, daß aktienrechtlich der Übernehmer, und nur er, Aktionär und Schuldner der Einlage wurde, ohne auf die zwischen ihm und der Gesellschaft nebenher getroffenen Abreden gegen seine Inanspruchnahme auf Leistung der Einzahlung Einwendungen oder Sonderabmachungen stützen zu können. Diese Sonderabmachungen sind wesentlich nur für die Natur der Aktien als Schutzaktien.

2. Das BG. hat entgegen der Rechtsauffassung der Kl. im Anschluß an die Rspr. des erf. Sen. rechtsgrundsätzlich die Zulässigkeit solcher Schutzaktien auch in der Form der Stammaktien bejaht. Daran ist, entgegen der Ansicht der Rev., die insoweit Verletzung der §§ 178, 226, 213, 252 HGB. rügt, auch behauptet, der Kapitalerhöhungsbeschuß mit Anhang sei Scheingeschäft und verstoße gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre, in Übereinstimmung insbes. mit RG. 108, 322<sup>2)</sup>; 113, 188 ff.<sup>3)</sup>; 119, 248 ff.<sup>4)</sup> festzuhalten.

Gegenüber gewissen Ausführungen der Kl. ist im übrigen nur darauf hinzuweisen, daß rechtlich die Vereinbarungen über den Verbleib des Erlöses im Fall des Weiterverkaufs durchaus nicht eine Rückerstattung der Einlage, sondern nur die Beteiligung der Bevl. am Übererlös bedeuten.

3. Es kommt mithin darauf an, ob die Beschlüsse über die Schaffung der nennwertlich 2 Millionen Reichsmark neuer Stammaktien gegen die guten Sitten verstoßen und deshalb nichtig sind. Diese Frage hat das BG. geprüft, jedoch verneint. Die Rev. rügt insoweit unter Bezugnahme auf die Rechtsausführungen der Berufsbegründung im besonderen Verletzung des § 138 BGB. Sie macht geltend, die Mehrheit müße hier gegenüber der Minderheit ihre Macht zur Verfolgung nicht von Gesellschafts-, sondern rein eigenem nützigen Interessen in rücksichtslosester Weise aus; es liege eine Anebelung der Minderheit vor.

Die Rev. meint weiter, wenn der Vorderrichter betone, es sei von der Bevl. nicht der Nachweis zu verlangen, daß es keinen anderen Weg gegeben hätte, um die von der Verwaltung und der mit ihr identischen Mehrheit der Bevl. angenommene Gefahr zu beseitigen, so werde dieser Standpunkt den auf dem Spiel stehenden Interessen nicht gerecht; eine so einschneidende Maßnahme, wie sie die Entretung der

auf dem es die Nichtigkeit der Emission der neuen Aktien damit begründet, daß die Gesellschaft sich anderweiter Mittel bedienen kann. Daß es sich hier um vinkulierte Namensaktien handelt, dürfte wohl nicht in Betracht kommen. Gewiß liegt darin auch schon ein Schutz der Verwaltung. Allein das sollte doch kein Hinderungsgrund sein, daß sich diese noch eine weitere Schutzmaßnahme beschafft. Besonders auffallend ist, daß das BG. zur Beseitigung der der Gesellschaft drohenden Gefahr statt der Schutzaktie auf die „mehr oder minder kapitallose Stimmrechtsaktie“ verweist. Diese wird empfohlen. Sie ist weniger einschneidend als die Stammaktie. Das ist an sich zweifellos richtig. Bei der Mehrstimmaktie bleibt den Minderheitsaktionären immer noch der besondere Schutz des § 275 in den dort vorgezeichneten Fällen. Auch

<sup>2)</sup> JW. 1925, 614. <sup>3)</sup> JW. 1926, 1813. <sup>4)</sup> JW. 1928, 625.

wird bei der Berechnung des Kapitals zur Geltendmachung von Minderheitsrechten die Mehrstimmaktie nicht ins Gewicht fallen. Indes dürfte doch diese Unterscheidung nicht dazu führen, die Stammaktie als Schutzaktie zu verwerfen und die Mehrstimmaktie anzuerkennen. Entweder müßte man jedwede Aktie, durch welche die Macht der Verwaltung in der derzeitigen Mehrheit gestärkt und erhalten werden soll, für unzulässig erklären, oder man muß sie, sofern nicht besondere Momente, aus denen sich der Verstoß gegen die guten Sitten ergibt, abwalten, beide zulassen. Man kann die Schutzaktie nicht deshalb verwerfen, weil sie in der Stärkung der bisherigen Mehrheit noch weitergeht

alten Aktionäre darstelle, könne nur zulässig sein, wenn sie unbedingt notwendig sei; die beiläufige Bemerkung in RG. 119, 257 ff.<sup>5)</sup> sei schwerlich dahin zu verstehen, daß Schutzaktien „ohne Not“ geschaffen werden dürften; dies würde auch mit RG. 107, 75; 108, 327; 112, 18<sup>6)</sup> in Widerspruch stehen. Auch sonst würden, so meint die Rev., die Ausführungen des BG. der Bedeutung der Sache nicht gerecht; die Abänderungsanträge der Kl. seien nicht mit der Erwägung abzutun, die GenVers. habe, da ihre Beschlüsse erlaubt gewesen seien, freie Hand gehabt, ob sie sich für die Anträge der Verwaltung oder die der Kl. habe entscheiden wollen; denn „statthaft“ seien die Beschlüsse eben doch nur dann gewesen, wenn sie nicht ohne Not Interessen der Minderheit verletzten; ob es einer Vertagung bedurft hätte oder die Verhandlungen über das „Friedensangebot“ der Kl. nicht innerhalb der GenVers. hätten geführt werden können, lasse sich, da die Verwaltung der Befl. das Angebot von vornherein abgelehnt habe, nicht nachprüfen; die Befl. hätte einen Versuch machen müssen, dies um so mehr, als Kl. schon längere Zeit vorher dem stellvertretenden Vorsitzenden des Aufsichtsrats der Befl. ein gleichartiges Angebot gemacht habe, die Ernstlichkeit desselben also außer Zweifel gestanden habe; inwiefern es auf die wirtschaftliche Identität der Empfänger der Angebote ankommen solle, sei nicht ersichtlich; wesentlich sei doch nur, daß die Befl. an der Ernstlichkeit des Angebots unter den vorliegenden Umständen nicht habe zweifeln können.

Die Revisionsangriffe hatten Erfolg.

Die Kapitalerhöhung und die Schaffung weiterer Stammaktien diene hier nur dem Zweck, die Stellung der Mehrheit gegenüber der vor der Kl. geführten Minderheit zu verstärken und so eine der Befl. angeblich schädliche Einflußnahme der Kl. auf die Gesellschaft auszuschalten und unmöglich zu machen. Es handelte sich nicht, nicht einmal mit darum, einen vorhandenen oder demnächst in Aussicht zu nehmenden Kapitalbedarf der Befl. zu befriedigen oder sicherzustellen. Vielmehr sind hier die Stammaktien als reine Schutzaktien gegen sog. innere Überfremdung geschaffen worden. Die Rechtsform der Stamm- und Kapitalaktie ist demnach rein machtpolitischen Zwecken dienstbar gemacht worden, nämlich eben dem Zweck, die Kl. und ihre Machtgruppe niederzuhalten. Daß dies im wirklichen oder vermeintlichen Gesellschaftsinteresse geschah, ändert daran nichts. Entscheidend ist zunächst, daß die Frage des Kapitalbedarfs der Befl. bei der Kapitalerhöhung keine Rolle spielte.

Nun ist nicht zu verkennen, daß zur Befestigung der Machtstellung der Verwaltung und der hinter ihr stehenden Mehrheit Schutzaktien in Form von Stammaktien das schärfste und wirksamste Mittel, aber auch das Mittel bildest, das in die finanziellen, Herrschafts- und Mitverwaltungsrechte der Aktionäre überhaupt und der Minderheit im besonderen am tiefsten eingriff. Die Verwaltungsgruppe erhielt nicht nur eine sehr große Verstärkung ihrer Stimmkraft, sondern gleichzeitig erfuhren auch die gesetzlichen Minderheitsrechte, soweit sie im Gesetz auf einer bestimmten Kapitalquote beruhen, eine außerordentliche Verwässerung. Hinzuweisen ist hier auf § 275 Abs. 1 und 2 HGB., vgl. mit § 21 Abs. 2 der Satzung, §§ 288 Abs. 1, 303 Abs. 1, insbes. aber auch auf §§ 264, 266 Abs. 2, 268 HGB. Von diesen Vorschriften ist die des § 275 Abs. 1 HGB. allerdings dispositiv; die Satzung der Befl. hat aber von der Abänderungsmöglichkeit nur insofern Gebrauch gemacht, als sie die  $\frac{3}{4}$ -Kapitalmehrheit durch eine solche von  $\frac{2}{3}$  ersetzt hat (wegen der Bedeutung des § 275 Abs. 2 HGB. vgl. RG. 125, 356 ff.<sup>7)</sup>). Im übrigen aber handelt es sich um Vor-

schriften zwingender Natur, durch welche ersichtlich im Interesse nicht allein gewisser Kapitalminderheiten, sondern auch der Gesellschaft selbst besondere Sicherungen gegen Mißbräuche der Mehrheitsherrschaft und solche in den Verwaltungen der Gesellschaften geschaffen werden sollen. Auf der Hand liegt, daß Bestimmungen, wie z. B. die der §§ 264, 266, 268 HGB. gerade, wenn grundsätzlich eine Stärkung der Mehrheits- und Verwaltungsgruppe durch Schutzaktien für zulässig erachtet wird, als unerläßliches Gegengewicht gegen mögliche Mißbräuche im wohlverstandenen Interesse jeder Gesellschaft von besonderer Bedeutung sind. Dabei soll nicht verkannt werden, daß auch diese Minderheitsrechte im Einzelfall mißbraucht werden können. Diese Möglichkeit ist aber unabweisbar von dem Gesetzgeber nicht übersehen worden. Um so bedeutsamer ist es, daß ungeachtet dessen das Gesetz diese Minderheitsrechte, und zwar als durch die Satzung unverfügbare eingeführt hat. Prüft man nun die Auswirkung des Kapitalerhöhungsbeschlusses auf die Rechte der Aktionäre und die der Minderheit im besonderen, so zeigt sich klar, daß gerade auch die kapitalistisch verankerten Minderheitsrechte weitgehend abgeschwächt und verwässert worden sind. Genügten bisher nennwertlich 300 000 RM als Grundlage für die Rechte aus §§ 264, 266, 268 HGB., so sind dazu in Zukunft nennwertlich 500 000 RM oder nach dem Kurswert gerechnet statt etwa 1 200 000 RM rund 2 000 000 RM nötig. Dabei ist noch zu beachten, daß § 6 der Satzung der Verwaltung der Befl. ein sehr wirksames Mittel an die Hand gibt, die Gruppierungen innerhalb der Aktionärkreise zu überwachen, ja maßgebend zu beeinflussen. Aus dem Gesagten ergibt sich schon, daß Maßnahmen, wie die Schaffung von Schutzaktien in Form von Stammaktien wegen der damit in aller Regel verbundenen Beeinträchtigung der besonderen kapitalistischen Minderheitsrechte für Verwaltung und Mehrheit eine sorgfältige und gewissenhafte Prüfung in der Richtung nötig machen, ob der verfolgte Zweck nicht auch in sehr viel schonenderer Form sich erreichen läßt. Aus der Befugnis, im Weg des Mehrheitsbeschlusses zugleich auch für die Minderheit zu beschließen und damit mittelbar über deren in der Gesellschaft gebundene Vermögensrechte zu verfügen, ergibt sich ohne weiteres als gesellschaftsrechtliche Pflicht der Mehrheit, im Rahmen des Gesamtinteresses auch den berechtigten Belangen der Minderheit Berücksichtigung angedeihen zu lassen und deren Rechte nicht über Gebühr zu verkümmern. Die neuen Stammaktien sind hier als Schutzaktien gegen sog. innere Überfremdungsgefahr geschaffen. Diese Gefahr wird regelmäßig erst dann zu einer ernstlichen werden, wenn sie sich auch hinsichtlich der Besetzung der Verwaltungsstellen (Vorstand und Aufsichtsrat) auswirken kann. Zur Befestigung dieser Gefahr stand der Mehrheits- und Verwaltungsgruppe aber die mehr oder minder kapitallose Stimmrechtsaktie zur Verfügung. Nimmt man z. B. an, daß hier in besonderer Aktiengattung etwa 400 Schutzaktien zu je 100 RM mit zehnfachem Stimmrecht geschaffen worden wären, so wären der Mehrheit ebenfalls 4000 Stimmen zugewachsen, die kapitalistisch aufgebauten Minderheitsrechte wären alsdann aber kaum nennenswert berührt worden. Der Eingriff in die Aktionärrechte wäre vielmehr im wesentlichen auf eine Stimmrechtsverwässerung beschränkt geblieben; die besonderen Sicherungen der kapitalmäßigen Minderheiten (§§ 264, 266, 268 HGB.) wären so gut wie unverändert geblieben. Dieser Sachverhalt und diese Möglichkeiten lagen zweifellos auch für die Verwaltung und die maßgeblichen Mehrheitsgruppen offen zu Tage. Die Kapitalerhöhung ist nicht zur Deckung eines Kapitalbedarfs erfolgt. Stichhaltige Gründe, weshalb gerade für die Schutzaktien die Rechtsform der Stammrechtsaktien gewählt worden ist, sind nicht festgestellt, auch nicht ersichtlich. Dazu kommt, daß die Gesellschaft ohnehin der Überfremdungsgefahr keineswegs schutzlos gegenüberstand. Sie hatte einmal den § 6 der Satzung. Er gab ihr sowohl die Möglichkeit, die Bewegungen und Gruppierungen innerhalb der Aktionärkreise zu überwachen, wie auch darauf durch Erteilung oder Verjagung der Genehmigung maßgeblichen Einfluß auszuüben. Daß der § 6 auch im Kampf gegen die Kl. bei der Art und Weise, wie sich die Befl. seiner bediente, sich als ein sehr taugliches Abwehrmittel erwiesen hat, kann füglich nicht bezweifelt werden. Gewiß mochte er namentlich

<sup>5)</sup> ZW. 1928, 625. <sup>6)</sup> ZW. 1926, 543. <sup>7)</sup> ZW. 1930, 2668.

als die Mehrstimmaktie. Man kann diese beiden Aktienarten überhaupt schwer miteinander in Parallele setzen. Es darf nicht übersehen werden, daß die Schutzaktie nur durch Übernahme des ihrer Stimmzahl entsprechenden Kapitals möglich ist, während man der Mehrstimmaktie ja gerade vorwirft, daß ohne eine Kapitaleinlage eine Macht über das Schicksal der AktG. geschaffen wird. Daher wird man die vorstehende Ansicht des BG. mit Vorsicht anzuwenden haben. Es wird nicht gut sein, eine allgemeine Regel daraus abzuleiten, daß Schutzaktien in den Fällen unzulässig sind, in denen man nicht ein besonderes Kapitalbedürfnis nachweist oder in denen man Aktien mit Mehrstimmrecht ausgeben konnte.

RA. Dr. Dr. Max Sackenburg, Mannheim.

einem so kapitalkräftigen und erfahrenen Gegner gegenüber, wie es die Kl. und die hinter ihr stehende Gruppe ist, nicht ausreichen, um allen von dieser Seite befürchteten Gefahren mit Erfolg begegnen zu können. Das schafft aber die Tatsache nicht aus der Welt, daß die Bekl. in ihrem § 6 der Satzung ohnehin schon ein scharfes Kampfmittel gegen das Eindringen von Fremdkapital hatte, das allein schon solche Veruche zu schweren Verlustgeschäften machen konnte. Eine weitere Sicherung gegen Überfremdung bot der § 20 Abs. 2 der Satzung, sofern er nur eine Bevollmächtigung von Aktionären gestattete. Auch dieses Schutzmittel war, wie seine Anwendung gegen die Kl. zeigt, kein untaugliches. Gerade im Zusammenhalt mit diesen schon vorhandenen Sicherungen betrachtet, sind die angegriffenen Beschlüsse über die Schaffung von Schutzaktien nach deren Art und Umfang vollends zu beanstanden. Gewiß bedeuteten die 4000 Stimmen der Schutzaktien nach der Gesamtstimmenzahl von 10000 Stimmen gerechnet noch nicht die absolute Mehrheit. Aber die alten Aktien der Bekl. sind, wie ein Blick in die Anwesenheitsliste der GenVers. v. 12. Juni 1928 zeigt, zu erheblichen Teilen in kleinen und kleinsten Posten zerstreut. In aller Regel wird deshalb bestenfalls damit zu rechnen sein, daß 70—80% des Gesamtkapitals in den GenVers. vertreten sein werden. Die Schutzaktien gewährleisteten damit tatsächlich der Verwaltungs- und Mehrheitsgruppe so gut wie sicher in allen Fällen allein schon die Mehrheit. Dazu kommt hinsichtlich der freien Aktien und der Zusammenfassung der Aktionärkreise insoweit immer wieder das Schutzmittel des § 6 der Satzung i. Verb. m. dem § 20 Abs. 2 das. Wieso bei dieser Sachlage „vertretbare Gründe“ auch noch eine so weitgehende Verwässerung der kapitalistischen Minderheitsrechte rechtfertigen sollten, ist nicht ersichtlich. Das BG. läßt insoweit auch jede ausreichende tatsächliche Feststellung vermessen. Gerade in diesem Zusammenhang ist endlich das sog. Friedensangebot der Kl. und ihrer Gruppe nicht so belanglos, wie das BG. meint. Die GenVers. hatte gezeigt, daß die weitaus überwiegende Mehrheit der vertretenen Aktionäre auf Seiten der Verwaltung und der bisherigen Mehrheitsgruppe stand. Die Kl. und deren Gruppe hatte sehr erhebliche Mittel in den Kauf von Aktien der beklagten Gesellschaft gesteckt. Die Erwerbsgenehmigung war ihr versagt worden; ob sie von ihren Verkäufern deshalb den Kaufpreis zurückholen konnte, war jedenfalls zweifelhaft. So, wie die Dinge lagen, hatte mithin die Kl. bzw. deren Hintermänner ersichtlich ein sehr erhebliches Interesse daran mit der Mehrheitsgruppe, deren Stellung eine sehr viel günstigere war, auch unter erheblichen Opfern zu einer Einigung zu kommen, um größere Verluste zu vermeiden. Dies verkennet das BG. Gewiß sah sich die Verwaltung und die Mehrheit der Bekl. in der Kl. bzw. der hinter ihr stehenden Gruppe einem finanziell sehr starken, erfahrenen und auf die Wahrnehmung der eigenen Interessen wohl bedachten Gegner gegenüber. Sie mochte auch, wie das BG. ausführt, aus „vertretbaren“ Gründen von einer Einflussnahme derselben auf die Gesellschaft ernste Gefahren für deren gedeihliche Entwicklung befürchtet haben; daß schließlich aber nicht aus, daß bei der Wahl der hiergegen ergriffenen Schutzmaßnahmen und ihrer Ausgestaltung weit über das erforderliche Maß hinausgegangen und zugleich in Verfolgung gesellschafts Fremder Interessen die Minderheitsrechte in unmissbräuchlicher Weise verkümmert und verkürzt wurden. So aber liegt nach den vorstehenden Ausführungen der Fall in der Tat hier. Deshalb kann der angegriffene Kapitalerhöhungsbeschluss nebst seinen Anhangs- und Ausführungsbeschlüssen vor dem Recht keinen Bestand haben und mußte in diesem Umfang der Anfechtungsklage Raum gegeben werden, während im übrigen die Rev. als unbegründet zurückzuweisen war.

(U. v. 31. März 1931; 222/30 II. — Berlin.) [Ru.]  
 (= RG. 132, 149.)

5. § 205 HGB. Ein Vertrag einer AktG., der vor Ablauf von fünf Jahren nach der Eintragung der AktG. ins Handelsregister mit den Gründern dahin geschlossen wird, daß keine Ansprüche aus der Gründung erhoben werden sollten, ist unwirksam und wird auch nicht dadurch

wirksam, daß er von der GenVers. nach Ablauf der fünfjährigen Frist genehmigt wird. Auch ein Angebot des Gründers auf Abschluß eines solchen Vertrags mit Bindung bis nach Ablauf der fünf Jahre und eine Annahme der AktG. zu diesem Zeitpunkt ist nicht denkbar.†)

Der Kl. und ein Dritter waren die einzigen Gesellschafter der Maschinenfabrik L. GmbH. Nachdem er sämtliche Geschäftsanteile in seine Hand gebracht hatte, errichtete er durch Gesellschaftsvertrag v. 3. April 1922 zusammen mit dem Bekl. und anderen eine AktG. unter der Firma „Maschinenfabrik L. AktG. in L.“. Gegenstand des Unternehmens war u. a. der Erwerb und die Fortführung der von der genannten GmbH. betriebenen Hebezeugfabrik. Das Grundkapital betrug 4500000 M. Der Kl. brachte das Fabrikunternehmen der GmbH. als Sacheinlage mit sämtlichen Aktiven und Passiven ein. Er leistete dadurch die von ihm übernommene Kapitaleinlage von 2800000 M. Von den Aktien der neuen Gesellschaft, die der Kl. erhalten sollte, waren solche im Nennbetrage von 800000 M. zur Abfindung seines früheren Mitgesellschafters bestimmt, so daß für den Kl. noch solche im Nennbetrage von 2000000 M. verblieben. Der Rest des Stammkapitals war von den Mitgründern in bar zu leisten. Die Einlage des Bekl. sollte 1150000 M. betragen. Die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister erfolgte am 29. Juli 1922. Der Name der Gesellschaft wurde später in „Gr. (Name des Bekl.), Maschinenfabrik L., AktG.“ geändert. Bald nach Errichtung des Gesellschaftsvertrages entstanden Streitigkeiten zwischen dem Kl. und dem Bekl., weil der Kl. bei der Gründung den Umfang der von der GmbH. getätigten Festpreisaufträge unrichtig angegeben habe, und der neuen AktG., die die Aufträge übernahm, dadurch großen Schaden zugefügt habe. Dies führte dazu, daß der Kl. am 22. Juni 1922 seine sämtlichen Aktien an den Bekl. für 2 Millionen Papiermark verkaufte. Von dem Kaufpreis wurden 30000 M. sofort bezahlt, der Rest wurde bis 31. Dez. 1922 gestundet. In der Folge kam es zu mehreren Prozessen zwischen dem Kl., dem Bekl. und der AktG. Der Kl. verlangte Herausgabe von 2000 Aktien der AktG. Diese machte Schadensersatzansprüche gegen den Kl. als Gründer, teils aufrechnerisch, teils widerklagend geltend. Am 29. Dez. 1922 kam eine außergerichtliche Einigung zustande. Danach sollte der Kl. zur endgültigen Abgeltung seiner sämtlichen Ansprüche den Betrag von 1500000 M. sofort erhalten und alle gegen die Gr.-AktG. und den jetzigen Bekl. anhängig gemachten Klagen zurückziehen und erklären, daß er keinerlei Ansprüche irgendwelcher Art an die Genannten habe. Auch verpflichtete er sich, die in den Prozessen entstandenen Anwaltskosten zu bezahlen (nach seiner Angabe 800000 M.). Gleichzeitig bescheinigten die Gr.-AktG. und der Bekl., keinerlei Ansprüche mehr an den Kl. zu haben. Der Betrag von 1500000 M. wurde am 3. Jan. 1923 an den Kl. bezahlt. Nachdem der Kl. durch seinen Prozeßbevollmächtigten auf die Vorschrift des § 205 HGB. aufmerksam gemacht worden war und deshalb ein Schriftwechsel unter den beiderseitigen Prozeßbevollmächtigten stattgefunden hatte, zeigten diese in einem gemeinsamen Schriftsatz v. 6. Febr. 1923 dem LG. Hannover in der Sache des Kl. gegen die Gr.-AktG. an, daß sich die Beteiligten verglichen haben. Die Anzeige gibt den Inhalt der Vereinb. v. 29. Dez. 1922 wieder und fährt fort:

„Außerdem verpflichtet sich die Bekl. (die AktG.) und Herr Paul W. Gr. persönlich, den Kl. von allen Ansprüchen zu befreien, die aus der Gründerhaftung gegen ihn etwa

Zu 5. Der vom RG. für nichtig erklärte Vergleich erhielt seine Fassung durch die beiderseitigen Prozeßbevollmächtigten. Die Zusage der Bekl., die Genehmigung der GenVers. nach Ablauf der fünf Jahre wiederholen zu lassen, verdankt augenscheinlich der Ann. 5 zu § 205 bei Staub-Pinner ihre Entstehung. Der Komm. von Brodmann ist erst Ostern 1928 erschienen. Seine Ausführungen sind vom RG. gebilligt worden. Man wird aber den Prozeßvertretern keinen Vorwurf daraus machen können, daß sie dies nicht vorhersehen. Um so mehr, da zwar die Brodmannsche Meinung logisch konsequent erscheint, aber doch ein Gefühl des Unbehagens hinterläßt. Die Vorschrift des § 205 HGB. ist eine im Interesse der AktG. getroffene Schutzvorschrift. Sie entzieht dem sonst für die Gesellschaft handelnden Vorstand die Vertretungsbefugnis. Nur mit Zustimmung der GenVers. ist ein Verzicht auf die Ansprüche aus der Gründung wirksam. Bis dahin liegt ein schwebendes Rechtsgeschäft



Gesellschaft im Vertrauen auf den Vergleich die Verjährung nicht unterbrochen hätte, so verließ eine Bindung zur Nichtausnutzung der Frist trotzdem gegen das Verbot des § 205 BGB. Denkbar wäre hiernach höchstens ein Vertrag, durch den die Gesellschaft einen endgültigen Verzicht für den Fall der späteren Genehmigung durch die GenVers. nur ganz unverbindlich in Aussicht stellte und allein der Vertragsgegner die Gegenleistung bindend zusicherte. Ein solcher Vertrag, der im Verhältnis zwischen Gründer und AktG. als Vergleich nicht bezeichnet werden könnte, da er ein gegenseitiges Nachgeben nicht enthielte (vgl. § 779 BGB.), kommt aber im Geschäftsleben nicht vor, ist jedenfalls im vorliegenden Falle von den Vertragsschließenden nicht gewollt. Denn da der Vorstand nicht wissen könnte, ob die künftige GenVers. den Vertrag genehmigen würde, bliebe er behufs Unterbrechung der Verjährung genötigt, innerhalb der Schwebezeit den Gegner auf Leistung von Schadensersatz zu verklagen, womit dann dessen Bindung an die vertragsmäßige Gegenleistung wieder entfiel. Von einem Vertrage mit einseitiger Bindung des Kl. kann im vorliegenden Falle nicht die Rede sein. Vielmehr wollten und haben die Prozessparteien im Vorprozesse einen wirklichen Vergleich abgeschlossen mit dem Ziele, die bestehenden Streitpunkte endgültig aus der Welt zu schaffen. Dabei hat auch die AktG. eine Gegenleistung gewährt, indem sie auf ihre Ansprüche aus der Gründerhaftung verzichtete. Sie hat weiter die Verpflichtung übernommen, die Genehmigung der GenVers. (alsbald) herbeizuführen und nach Ablauf der Fünfjahresfrist die Genehmigung wiederholen zu lassen. Sie hat sich damit auch verpflichtet, nicht gegen den Kl. wegen ihrer Schadensersatzansprüche gegen die Gründer, gleichviel welcher Art sie seien, vorzugehen. Danach ergibt sich die Nichtigkeit des Vergleichs nach § 134 BGB. Die Nichtigkeit des Vergleichs im Verhältnis zwischen dem Kl. und der AktG. hat nach der Regel des § 139 BGB. die Nichtigkeit des ganzen Vergleichs, auch im Verhältnis zwischen den jetzigen Prozessparteien zur Folge. Dafür, daß letztere den Vergleich auch ohne den wichtigen Teil abgeschlossen hätten, liegen keine Anhaltspunkte vor. Vielmehr spricht der Sachverhalt gerade dafür, daß der Kl. den Vergleich nicht geschlossen hätte, wenn nicht die AktG. auf die ihr angeblich zustehenden Ansprüche aus der Gründerhaftung verzichtete und verzichten konnte. Denn wenn auch der Bevl. selbständig die Garantie dafür übernahm, daß der Kl. von der AktG. nicht in Anspruch genommen wurde, so war dem Kl. doch dadurch keine Sicherheit dafür geboten, daß die AktG., insbes. wenn der Einfluß des Bevl. auf sie aufhörte, ihn nicht doch in Anspruch nehmen werde. Auch bestand keine Gewähr dafür, daß der Bevl. noch nach Jahren imstande sein werde, den Kl. schadlos zu halten.

(U. v. 19. Mai 1931; 434/30 II. — Celle.) [Ru.]  
 (= RG. 133, 33.)

### \*\*6. §§ 243, 317 BGB.

I. 1. Verträge zwischen Aktionären über die Abstimmung in GenVers. sind nicht unzulässig, wenn sie nicht gegen die guten Sitten oder gegen besondere Vorschriften des Aktienrechts verstoßen.

2. Ein Vertrag zwischen den beiden nahezu gleichberechtigten Großaktionären über die Ver-

pflichtung, die Hälfte des Aufsichtsrats nach den Vorschlägen des anderen Teils zu wählen, verstößt nicht gegen § 243 BGB. Er ist nach Treu und Glauben dahin auszulegen, daß die Wahl aus wichtigen, im Interesse der Gesellschaft — nicht des einzelnen Gesellschafters — liegenden Gründen abgelehnt werden kann.

3. Bei Verletzung der Vertragspflicht kann nicht Erfüllung, sondern nur Schadensersatz verlangt werden.

II. Streitigkeiten zwischen den Vertragsschließenden berechtigen nicht zur Kündigung der freiwilligen Vereinbarung (wichtiger Grund), insbes. nicht, wenn sie durch objektiv vertragswidriges Verhalten des Kündigenden veranlaßt sind. Stellung des Aufsichtsrats. †)

Die Parteien, Kl. eine AktG. und die Bevl. Stadtgemeinde B., Rechtsnachfolgerin der Gemeinde B., sind die einzigen Aktionäre der Gaswerksverband-AktG. in B., deren sämtliche Aktien zunächst der Stadt B. gehörten, wovon jedoch die Kl. durch Vertrag v. 23. Okt. 1919 49% erworben hatte. In dem Erwerbsvertrage räumten sich beide Teile (Kl. und B.) gegenseitig Vorkaufsrechte hinsichtlich des fraglichen Aktienbesizes ein. Weitere Vereinbarungen wurden in einem zweiten — vom 24. Okt. 1919 datierten — Vertrage getroffen. Im Jahre 1924 erfolgte die Eingemeindung von B. in die Bevl.

Als Rechtsnachfolgerin B.s ist die Bevl. in dessen Rechte und Pflichten aus den genannten Verträgen eingetreten; ihr ist auch der fragliche Aktienbesitz B.s zugefallen. Zwischen der Bevl. und der Kl. ist nun eine ganze Reihe von Prozessen entstanden, die in den genannten Verträgen und jenem Aktienbesitz wurzeln. Mit Schreiben v. 24. Jan. 1928 hat die Bevl. der Kl. und der Gaswerksverband-AktG. (GWAG.) den Rücktritt und die Kündigung von den bzw. der Verträge vom 23. und 24. Okt. 1919 erklärt mit der Begründung, daß die Interessen der städtischen und des der Gesellschaft gehörigen Gaswerks vielfach „in unlösbarem Widerspruch“ stünden, ein gedeihliches Zusammenwirken der beiden Großaktionäre nicht mehr zu erwarten sei, Kl. ferner in den letzten Jahren in schwerer Weise gegen die übernommenen Vertragspflichten verstoßen habe. — In einer GenVers. der GWAG. v. 31. Mai 1927 stand u. a. die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern auf der Tagesordnung; Kl. schlug ihrerseits unter Hinweis auf den Vertrag v. 24. Okt. 1919 die Wiederwahl des Kl. F. vor; die Bevl. lehnte diesen Vorschlag ab. Die Kl. erblickt in diesem Verhalten der Bevl. eine schuldhafte Verletzung der dieser nach dem Vertrage v. 24. Okt. 1919 obliegenden Verpflichtungen und hält deshalb die daselbst vorgesehene Vertragsstrafe für verwirkt, die in 50 000 RM umzuwerten sei; sie verlangt jetzt mit der Klage, die Bevl. zur Zahlung und ferner zur Feststellung zu verurteilen, daß sie verpflichtet sei, in allen künftigen GenVers. der GWAG. mit ihrem gesamten Aktienbesitz dafür einzutreten, daß die Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder nach den Vorschlägen der Kl. gewählt werde. Die Bevl. hat widerklagend verlangt, „festzustellen, daß die Verträge v. 23. und 24. Okt. 1919 durch ihr Schreiben vom 24. Jan. 1928 aufgehoben worden seien“.

Das BG. hat nach dem Feststellungsantrag der Kl. erkannt und die Widerklage abgewiesen. Die Rev. der Bevl. ist zurückgewiesen.

In Frage kommen kann sonach vorab nur noch, ob etwa

Zu 6. Unseres Aktienrechts hat sich große Unruhe bemächtigt.

Vor allem ist es natürlich die Reformbewegung, die ja in der NotW. ihre ersten Früchte gezeitigt hat, die die Gemüter bewegt und die Fragen in Kritik und Antikritik nicht zur Ruhe kommen läßt. Abgesehen davon aber erregt die Not der Wirtschaft derart, daß man überall Schuldige für die über uns hereingebrochene Katastrophe sucht und sie zum Teil nicht in den Personen, sondern in den Institutionen findet. So beschuldigt man auch unser Aktienrecht, an dem Unheil schuld zu sein. Die Praxis sucht sich gegen derartige Vorwürfe zu wehren, indem sie im Wege der Auslegung die Vorschriften des Aktienrechts der Wirtschaftslage anzupassen sucht. Hierbei macht sie nicht halt bei Instituten, die man bisher für unanfechtbar begründet gehalten hat. Infolgedessen ist auch in die Praxis des RG. eine Unruhe hereingekommen, die an den festesten Stützen des Gebäudes rüttelt.

Ein Beispiel hierfür ist neben andern die in obigem Erkenntnis

Auslegung des Vergleichs im Sinne der Bindung des Gründers vorzusetzen. Brodmann und das RG. übersehen aber, daß gar oft im Geschäftsleben Verträge auf Vertrauen abgestellt werden. Man darf solche Vorkommen nicht vom rein juristischen Gesichtspunkte aus betrachten. Der Gründer wußte, daß im Momente des Abschlusses der Vergleich nicht wirksam getätigt werden konnte. Er verließ sich darauf, daß die AktG. schon im eigenen Interesse die Genehmigung der GenVers. zu gegebener Zeit herbeiführe. Darum konnte er ruhig unterzeichnen. Die AktG. aber verließ sich auf das ihr eingeräumte Recht. Bei dieser Auffassung der Dinge konnte man sehr wohl aus der eigenen Darstellung des Kl. zur deutlich ausgesprochenen Bindung gelangen. Rechtl. hätte man ein Angebot des Kl., an das er sich bis nach Ablauf der fünf Jahre bindet. Tatsächlich geht er von der Annahme durch die Generalversammlung aus. Es lag im vorl. Falle kein Anlaß vor, ihn von seiner Zusage freizustellen.

RA. Dr. Dr. Max Sackenburg, Mannheim.

der Parteienvertrag v. 24. Okt. 1919 ganz oder teilweise zufolge der Erklärung der Bevl. v. 24. Jan. 1928, sei es mit Wirkung auch für die Vergangenheit, sei es mit solcher für die Zukunft, hinfällig geworden ist. Dabei muß auf den Inhalt dieser Abmachungen eingegangen werden.

Das BG. ist mit Recht der Ansicht, daß es sich hierbei um ein Dauerrechtsverhältnis „mit gesellschafts-, bürgerschafts- und konzeptionsrechtlichen“ Vorschriften, also um einen gemischten Vertrag des privaten und öffentlichen Rechts handle.

Die Rechtsstaffache, daß die Kl. und die Stadtgemeinde B. auf Grund des Aktienkaufs v. 23. Okt. 1919 Aktionäre, und zwar die beiden einzigen Aktionäre der Gasvertrieb-AktG. waren, schuf zwischen ihnen noch keine schuldrechtlichen Verpflichtungen, insbes. nicht solche, wie z. B. zwischen den Gesellschaftern einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft bestehen. Verpflichtungen dieser Art wurden zwischen ihnen auch nicht durch den Zweck des Kaufvertrags — Schaffung eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens — begründet. Die Parteien wurden und waren zunächst durch den beiderseitigen Aktienbesitz mit demselben Unternehmen tatsächlich verbunden, blieben aber in der Verfolgung ihrer aktienrechtlichen Befugnisse, von besonderen Abmachungen abgesehen, im Verhältnis zueinander im Rahmen des allgemeinen Rechts frei. Gewisse Schranken ergaben sich hinsichtlich der Ausübung der Aktionärsrechte, namentlich des Stimmrechts in der GenVers., aus den §§ 226, 138, 826 BGB.

Dabei hätten es die Parteien an und für sich bewenden lassen können. Sie hätten aber auch den beiderseitigen Aktienbesitz von der GVG. durch Einbringung der Aktien in eine von ihnen gegründete Gesellschaft des bürgerlichen oder des Handelsrechts, sei es mit, sei es ohne eigene Rechtspersönlichkeit, „bergemeinschaftlich“ können. Es blieb ihnen endlich der dritte Weg, nämlich der, auf Grundlage des beiderseitigen Aktienbesitzes gewisse Einzelfragen durch besondere Abmachungen zu regeln. Diesen dritten Weg haben die damaligen Vertragsparteien bewußt und gewollt auch eingeschlagen. Daraus folgt zunächst, daß sie darüber hinaus in ihren Beziehungen untereinander und zu der GVG. andere und weitergehende Bindungen, als sie sich eben aus den getroffenen Vereinbarungen ausdrücklich oder stillschweigend ergaben, nicht eingehen wollten und nicht eingegangen sind. Daran ändert auch die sog. „Präambel“ des Parteienvertrags nichts, sofern sie besagt, daß die Stadtgemeinde B. und die Kl. übereingekommen seien, die GVG. zwecks großzügiger Ausgestaltung der Gasversorgung der Stadt B. und anderer Orte in ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen unter Führung der Stadt umzugestalten.

Ob und inwieweit die Vertragsparteien zu diesem Behuf rechtlich zu Leistungen und Unterlassungen verpflichtet sein sollten, haben sie im einzelnen festgelegt, und der Gesamtinhalt dieser Abreden bestimmt und begrenzt ihre Rechte und Pflichten. So hat die GVG. eine Verpflichtung gegenüber ihren beiden Großaktionären hinsichtlich der Einberufung einer GenVers. übernommen. Zweifelsfrei nur zwischen der Stadtgemeinde B. und der Kl. sind Vereinbarungen gesellschaftsrechtlicher Natur, insbes. über die künftige Ausübung des Stimmrechts aus dem beiderseitigen Aktienbesitz in der GenVers. und ein Strafgebot für den Fall einer Zuwiderhandlung getroffen. Die Abreden hinsichtlich der Ausübung des Aktienstimmrechts beschränken sich auf drei Punkte, nämlich:

einmal auf die Annahme des von den beiden Parteien ausgearbeiteten Entwurfs einer neuen Satzung für die GVG., die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder und das gesetzliche Bezugsrecht der Stadt und der Kl. im Fall einer Kapitalerhöhung.

Vereinbarungen zwischen Aktionären, durch die sie sich gegenseitig verpflichten, bei einer Abstimmung oder allgemein bei der Abstimmung über gewisse Beschlußgegenstände ihr Stimmrecht in bestimmter Weise auszuüben, sind an und für sich zulässig. Es handelt sich insoweit um rein schuldrechtliche Verpflichtungen der Vertragsschließenden untereinander, durch welche die Abstimmung in der GenVers. selbst sachlich nicht berührt wird (s. a. RG. 107, 67 ff.; 119, 368 ff.) [388<sup>2)</sup>] und für die GmbH. RG. 112, 273 ff.; ferner Staub-Pinner, Anm. 8 zu § 317 HGB.; Brodmann, Aktienrecht ebenda Anm. 1a). Solche Abmachungen müssen sich aber selbstverständlich im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit halten, dürfen mithin, wenn sie rechtsgültig sein sollen, insbes. nicht gegen § 138 BGB. verstoßen. Sie dürfen sich ferner nicht mit zwingenden aktienrechtlichen Vorschriften in Widerspruch setzen. Weder in der einen noch anderen Richtung sind hier Bedenken zu erheben, soweit sich der Vertragsvertrag auf die Neugestaltung der Satzung der GVG. und das gesetzliche Bezugsrecht der Parteien im Fall einer Kapitalerhöhung bezieht. Dem Vorberichter ist aber auch insoweit beizutreten, als die Stimmabrede die Wahlen zum Aufsichtsrat im Auge hat. Vorab liegt insofern kein Verstoß gegen § 317 HGB. vor. Es fehlt auf alle Fälle an dem Erfordernis des „besonderen“ Vorteils i. S. dieser Vorschrift (s. a. JW. 1929, 642<sup>3)</sup>; Brodmann, Anm. 1a zu § 317 HGB.). Zweifelhafter könnte die Rechtslage im Hinblick auf § 243 HGB. sein. Die Wahl des Aufsichtsrats ist hiernach kraft zwingender gesetzlicher Vorschrift im allgemeinen einzig und allein Sache der GenVers.; eine Ausnahme ergibt sich nach § 70 BetrRG. v. 4. Febr. 1920 (RGBl. 147) vergl. mit §§ 1ff. BetrRAuffR-Gef. v. 15. Febr. 1920 (RGBl. 209). Aus dem zwingenden Charakter des § 243 HGB. folgt, daß er einer Abänderung durch die Satzung nicht zugänglich ist. Gewiß können satzungsgemäß für die Wählbarkeit zum Aufsichtsrat gewisse besondere Erfordernisse aufgestellt werden; hierdurch darf aber der Kreis der wählbaren Persönlichkeiten nicht so eingeschränkt sein, daß von einer freien Auswahl durch die GenVers. nicht mehr die Rede sein könnte (s. a. Brodmann, Aktienrecht Anm. 2g zu § 243 HGB. und Staub-Pinner, Anm. 4 zu § 243 HGB.). Eine Satzungsbestimmung des Inhalts, daß der oder jener Aktionär oder ein Dritter oder eine Behörde das Recht haben solle, eine oder mehrere von ihm bzw. ihr ausgewählte Personen in den Aufsichtsrat als dessen Mitglieder zu entsenden, wäre ebenfalls ungültig (anders jetzt § 74 Abs. 1 und 5 des Entw. eines Gef. über AktG. und KommGef. a. A.). Die Satzung der GVG. enthält denn auch von alledem nichts. Die Stimmabrede über die Wahlen zum Aufsichtsrat ist vielmehr nicht Satzungsbestandteil. Allein aus Zweck und Ziel des § 243 HGB. wird weiter hergeleitet, daß damit auch rein schuldrechtliche Vereinbarungen von Aktionären untereinander über die Stimmabgabe bei Aufsichtsratswahlen unvereinbar und deshalb, weil gegen ein gesetzliches Verbot verstoßend (§ 243 HGB. vergl. mit § 134 BGB.) schlechthin nichtig seien.

Es vertritt z. B. auch der 7. ZivSen. in dem eine

<sup>1)</sup> JW. 1928, 1209.

<sup>2)</sup> JW. 1928, 1558.

behandelte Frage nach der Gültigkeit der in Poolverträgen zwischen Aktionären einer Gesellschaft sehr häufigen Vorschrift, daß die Kontrahenten sich gegeneinander verpflichten, in einer bestimmten Weise in der GenVers. zu stimmen, insbes. die Wahl von Aufsichtsräten durchzuführen, die sie gegenseitig vorschlagen.

Diese Vereinbarungen waren in der Praxis, soweit sie sich in den üblichen Formen hielten, ziemlich unbeanstandet. Bisher nahm man an, daß die Bestimmung des § 317 HGB. (Stimmenkauf) in dem betreffenden „besonderen Vorteile“ eng auszulegen sei. Es wurden darunter nur besondere, gerade als Gegenwert für die Übertragung des Stimmrechts gewährte, Vorteile verstanden. Ebenso hat man in derartigen Verträgen nicht einen Verstoß gegen § 252 HGB. gesehen (vgl. hierüber Staub-Pinner, Anm. 8 zu § 317). Diese Praxis konnte auch nur gebilligt werden, denn solche Verträge entsprachen durchaus dem wirtschaftlichen Bedürfnis. Wenn sich Parteien bei Übernahme von Aktien einer Gesellschaft verbanden, so war es eine durchaus berechtigte Vorsicht, wenn sie, um sich vor Majorisierung zu schützen, mit den andern Aktionären Vereinbarungen

trafen und sich untereinander schuldrechtlich verpflichteten; es diente dies der ruhigen Entwicklung der Gesellschaften und es ist durch derartige Verträge viel Streit verhütet worden.

Hier hat nun zunächst ein OUrte. v. 24. Febr. 1931 (BankArch. 30, 24) Besche. geschlagen. In dem dem Urteil zugrunde liegenden Falle hatte A. in zwei Verträgen einen Teil seiner Aktien einer Gesellschaft an B. verkauft — ihm auch ein Vorkaufsrecht eingeräumt und sich verpflichtet, ihm einen Sitz im Aufsichtsrat der Gesellschaft zu verschaffen. B. dagegen hat sich verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen, der Gesellschaft ein Darlehen zu geben und im Aufsichtsrat für A. bei der Wahl des Vorstandes zu stimmen. Das RG. hat angenommen, daß diese Verträge § 317 verletzend, also nichtig sind. Die Gründe sind sehr weitgehend; u. a. wird gesagt: Das Tatbestandsmerkmal des besonderen Vorteils des § 317 HGB. liegt nicht nur dann vor, wenn für die Übernahme der Stimmrechtsverpflichtung im Verträge ausdrücklich und im besonderen ein bestimmter Vorteil

GmbH.-Sache betreffenden Ur. v. 16. Jan. 1931, VII 192/30 = RG. 131, 179 die Ansicht, daß sich Gesellschafter einer GmbH. untereinander rechtswirksam nicht verpflichten könnten, für die Bestellung einer bestimmten Person zum Geschäftsführer zu stimmen. Demgegenüber wäre aber darauf hinzuweisen, daß die Ernennung des Geschäftsführers in der Satzung sogar einem einzelnen Gesellschafter übertragen werden kann (s. z. B. Brodmann, Anm. 5b zu § 46 GmbHG.), eine Maßnahme, durch welche das freie Wahlrecht der Gesellschafter und der Gesellschafterversammlung noch in weit höherem Maße als durch rein schuldrechtliche Stimmabreden einzelner Gesellschafter untereinander beeinträchtigt wird. Ebenso kann sich bei der GmbH. ein einzelner Gesellschafter in der Satzung das Recht ausbedingen, den Aufsichtsrat, wenn ein solcher satzungsgemäß überhaupt vorgesehen ist, zu bestimmen. Im übrigen handelt es sich im vorliegenden Fall nicht um eine GmbH., sondern um eine AktG., so daß, selbst wenn das Urteil des 7. Zivilsen. auf der soeben wiedergegebenen Rechtsauffassung beruhen würde, zu einer Anrufung der Zivilsen. kein Anlaß bestünde. Der erst. Sen. ist sodann zu der Überzeugung gelangt, daß sich weder aus Wortlaut, Sinn und Zweck des § 243 HGB. noch der Stellung und dem Aufgabekreis des Aufsichtsrats der AktG. herleiten läßt, daß Wahlabreden, wie sie hier in Frage stehen, ohne weiteres nichtig sind. Durch solche Abmachungen wird die Wahlfreiheit der GenVers. nicht angetastet. Auch der einzelne Aktionär ist und bleibt in seiner Abstimmung gegenüber der Gesellschaft frei. Er kann sich wohl, wenn er dem Stimmvertrag zuwiderhandelt, seinem Vertragsgegner gegenüber Schadensersatzpflichtig machen, auch wenn die Einhaltung der Stimmabrede durch Vertragsstrafe gesichert ist, solche verwirken. Er kann aber nicht auf Erfüllung verklagt werden; ein solcher unmittelbarer Erfüllungszwang ist freilich mit den aktienrechtlichen Vorschriften über die Willensbildung der GenVers. nicht vereinbar (s. a. RG. 119, 386 ff.<sup>3)</sup>). Derartige Stimmverträge stehen sodann im besonderen unter dem Grundsatz von Treu und Glauben. Das gilt vollends, soweit es sich um Wahlen zum Aufsichtsrat handelt. Ohne weiteres folgt daraus, daß die Stimmrechtsbindung — unter Fortgeltung im übrigen — für eine bestimmte einzelne Wahl dann entfallen kann, wenn der Verpflichtete gegen die Person des Vorgesetzten — sei es wegen mangelnder Kenntnisse, Fähigkeiten und Vertrauenswürdigkeit — triftige sachliche Gründe anzuführen vermag, zufolge denen eine sachgemäße Wahrnehmung der Obliegenheiten eines Aufsichtsrats durch denselben nicht gewährleistet erscheint. Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß es die Belange der Gesellschaft und nicht die der einzelnen Aktionäre sind, welche das Gesetz dem Aufsichtsrat und seinen Mitgliedern zur ersten und unabdingbaren Pflicht macht. Deshalb nun in diesem Rahmen schuldrechtliche Abreden zwischen einzelnen Aktionären oder Gruppen solcher über die Wahlen zum Aufsichtsrat mit § 243 HGB. unvereinbar sein sollten, ist nicht einzusehen. Ganz unverkennbar sprechen für die Zulässigkeit von Abmachungen dieser Art auch gewichtige sachliche und wirtschaftliche Gesichtspunkte. Der hier vorliegende Fall bietet geradezu ein Schulbeispiel dafür. Die Stimmabrede verstößt hier aber auch nicht gegen § 138 BGB. Sie ist getroffen zwischen den beiden einzigen Aktionären der Gesellschaft mit annähernd gleichem

<sup>3)</sup> JW. 1928, 1558.

festgelegt ist; ausreichend ist es vielmehr, wenn sich die Stimmverpflichtung im Rahmen eines weiter gespannten Vertrages befindet, daß sie für die Bemessung der Leistungen des andern Teils mitbestimmend war und ohne sie der ganze Vertrag entweder überhaupt nicht oder jedenfalls nicht mit Gegenleistungen solcher Art und Umfangs, wie tatsächlich gewährt, abgeschlossen worden wäre. „Entscheidend ist nur, ob die dem Bekl. nach dem Vertrage obliegenden Gegenleistungen in ihrer Gesamtheit wesentlich durch die Mitübernahme der Stimmverpflichtung des Kl. bestimmt worden sind.“

Es kommt also alles auf die Auslegung an, der durch die Entsch. des RG. bestimmte Richtung gegeben ist. Da nun nicht nur die Nichtigkeit des Vertrages droht, sondern auch die Strafbarkeit des § 317, nötigt diese Entsch. die Parteien zu sehr großer Vorsicht, und es ist anzunehmen, daß sie auf den Abschluß derartiger Verträge einschränkend einwirken wird.

Ein weiterer Angriff auf die Gültigkeit derartiger Poolverträge ist dahin erfolgt, daß man in Zweifel gezogen hat, ob sie nicht das

Aktienbestiz; sie sollte jedem der Vertragsschließenden eine gleichmäßige Verteilung sichern im Aufsichtsrat, dem Organ, welchem durch Gesetz und hier im besonderen noch durch die Satzung Aufgaben übertragen sind, von deren befriedigender Lösung weithin das Gedeihen der Gesellschaft abhing. Es handelt sich um ein sog. gemischtwirtschaftliches Unternehmen, bei dem öffentliche und private Hand kapitalistisch so gut wie gleichbeteiligt sind. Im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft selbst lag es, wenn sich bei dieser Sachlage ihre beiden einzigen Aktionäre über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats nicht nur für die erste, sondern, wie das BG. zutreffend annimmt, auch für spätere Wahlen einigten. Irgendwelche besonderen Umstände, welche der Abrede sonstwie den Makel der Sittenwidrigkeit aufprägen könnten, sind nicht ersichtlich.

Der Stimmrechtsvertrag bezieht sich hier, wie schon hervorgehoben, nur auf drei Punkte, läßt im übrigen aber die Abstimmung in der GenVers. frei, so z. B. hinsichtlich der Beschlusfassung über die Jahresbilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung, Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat.

Dem BG. ist sodann darin beizutreten, daß nach der Rechtsnatur der in dem Parteienvertrag getroffenen Vereinbarungen als Rechtsbehelf für eine vorzeitige Aufhebung nicht Rücktritt vom Vertrag, sondern nur Kündigung aus wichtigem Grund in Frage kommt. Ob im Einzelfall ein Grund dieser Art dargetan ist, unterliegt nach feststehender Rspr. im wesentlichen der tatrichterlichen Beurteilung. Das BG. hat hier das Vorhandensein solcher Gründe verneint und deshalb die Fortgeltung der Stimmrechtsvereinbarung wie auch des Parteienvertrags sonst bejaht. Auch insoweit läßt das angefochtene Urteil einen Rechtsverstoß nicht erkennen.

Die Bekl. hat zur Rechtfertigung ihres Standpunktes sich auf angebliche positive Vertragsverletzungen und sonstiges gesellschaftswidriges Verhalten der Kl., unlösbare Interessengegensätze zwischen ihr und der Kl. sowie der GVG. und Unmöglichkeit eines weiteren gedeihlichen Zusammenarbeitens berufen. (Wird eingehend behandelt.)

Mit rechtlich einwandfreier Begründung hat das BG. aber auch ein sofortiges Kündigungsrecht der vertraglichen Bindungen, insbes. der Stimmrechtsvereinbarung seitens der Bekl. wegen angeblicher Unmöglichkeit eines gedeihlichen Zusammenwirkens und unvereinbarer Interessengegensätze abgelehnt; es hat dabei insbes. die, teils zwischen den Parteien selbst, teils der Kl. bzw. der Bekl. und der GVG., anhängig gewesenen und noch anhängigen Rechtsstreitigkeiten gewürdigt. — Mit Recht geht das BG. hier davon aus, daß Verträge geschlossen werden, um erfüllt zu werden, und daß, wenn sich die Interessen der einen oder anderen Partei während der Vertragsdauer anders gestalten und Interessengegensätze sich herausbilden, daraus allein auch bei Dauerrechtsverhältnissen der Art, wie sie hier in Frage stehen, noch nicht ohne weiteres der eine oder andere Vertragsteil einen Grund zu sofortiger Kündigung und damit zu vorzeitiger Beendigung des Rechtsverhältnisses herleiten kann, daß vielmehr jeder Teil seinen eigenen Interessen eben nur insoweit Raum geben darf, als Gesetz und Rechte des anderen nicht im Wege stehen. Hier handelt es sich um vertragliche Bindungen, die in voller Absicht, weil so die Interessen der beiden ursprünglichen Vertragsparteien am besten gewahrt schienen, auf sehr lange Sicht abgeschlossen worden waren. Die Rechtsvorgängerin der

freie Stimmrecht nach § 252 verlegen. Bisher war dies nicht zweifelhaft (vgl. die bei Staub-Pinner, Anm. 8 zu § 317 angef. Lit. und Entsch.). Nun ist in einer eine GmbH. betreffenden Entsch. (RG. 131, 179) verneint worden, daß sich die Gesellschafter einer GmbH. untereinander rechtswirksam verpflichten können, für die Bestellung einer bestimmten Person als Geschäftsführer zu stimmen, nachdem in anderen Entsch., z. B. RG. 119, 386 = JW. 1928, 1558, anerkannt war, daß eine schuldrechtliche Verpflichtung, in gewissem Sinne zu stimmen, rechtswirksam sei. In diesen Streit greift obiges Erkenntnis ein; es behandelt die Frage für AktG. und erklärt eine Vereinbarung zwischen den Aktionären, dafür zu sorgen, daß die von den Parteien vorgeschlagenen Personen in den Aufsichtsrat gewählt werden, für gültig.

Mit Recht. Nicht nur, wie das Urteil ausführt, weil die vertragliche Abmachung — wie jetzt allgemein angenommen wird — nicht vollstreckbar sei, sondern nur zu Schadensersatz verpflichtet, sondern überhaupt grundfalsch, weil der Satz des § 252: „jede Aktie gewährt das Stimmrecht“ nur das Verhältnis der Gesellschaft zum Aktionär betrifft und also nur eine freie Stimmberechtigung der Gesell-

Bekl. war mit ihr darüber einig, daß die G.W.G. großzügig ausgebaut werden und über den Gemeindebezirk hinaus auch die Gasversorgung anderer Gemeinden übernehmen sollte. Daß die Bekl. von vornherein Gegnerin der ganzen Gründung war und Kl. dies wußte, ist unerheblich. Sie hatte nur mit B. als Vertragspartei zu tun. Nachdem durch die Verträge v. 23. und 24. Okt. 1919 das Unternehmen zu einem gemischt-wirtschaftlichen geworden war, durften — ganz abgesehen von den Nebenverträgen — weder B. noch die Bekl. innerhalb der G.W.G. die eigenen Interessen, durch rücksichtslose Vergewaltigung und vorläufige Schädigung des Unternehmens oder der Aktionärsminderheit, fördern und zu fördern versuchen. Daran ändert nichts, daß B. und W. öffentliche Körperschaften sind und in wirklicher oder vermeintlicher Interessenwahrnehmung der Gemeinde handeln oder zu handeln glauben (i. a. RG. 107, 202 ff. 4). Die Kl. ist Großaktionärin der G.W.G. und bleibt dies, wie schon dargelegt, auf alle Fälle bis sie sich zum Verkauf ihrer Beteiligung entschließt oder der Fall des Wiederkaufs eintritt oder die AktG. sich auflöst und liquidiert. — Von dem Fall der Enteignung abgesehen, kann sonst die Bekl. die Kl. aus ihrer Aktionärstellung auf dem Weg des Rechts nicht wider deren Willen verdrängen. Gewiß hat die Bekl. die Aktienmehrheit, aber sofern sie als Mehrheitsaktionärin für die Gesamtgesellschaft der beschließenden Beschlüsse faßt und fassen will, darf sie nicht zum Schaden der AktG. gesellschaftsfremde Sondervorteile verfolgen, also z. B. nicht mit ihrer Stimmübermacht Beschlüsse durchsetzen, die darauf abzielen, das Gesellschaftsunternehmen im Interesse ihres gemeindeeigenen Betriebs zum Erliegen zu bringen oder ihm eine gedeihliche Weiterentwicklung abzuschnelden. Beschlüsse dieser Art wären als sittenwidrig anzusehen und würden auf Anfechtungsklage der Minderheit der Richtigkeit verfallen. Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder der G.W.G., die bei ihrer Amtsführung solchen Zielen ihre Unterstützung angedeihen ließen, würden ferner, gleichgültig von wem vorgeschlagen und gewählt, Schadensersatzansprüche der Gesellschaft zu gewärtigen haben, vor deren Geltendmachung sie im Hinblick auf § 268 Abs. 1 SGB. die Stimmkraft der Bekl. nicht schützen könnte, zumal etwaige von ihr durchgesetzte Entlastungsbeschlüsse wiederum unter solchen Umständen einer Anfechtungsklage der Minderheit gegenüber keinen Rechtsbestand haben könnten. Vorstand und Aufsichtsratsmitglieder sind nicht die Sachverwalter der Sonderinteressen dieses oder jenes Einzelaktionärs, sondern vom Gesetz zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen berufen. Gewiß können sich daraus Konflikte mit den Sonderinteressen einzelner Aktionäre oder Aktionärgruppen ergeben. Die Lösung dieses Interessenkonflikts darf aber von dem Aufsichtsrat pflichtgemäß nicht einseitig zum Nachteil der Gesellschaft und Vorteil einer Sondergruppe der Aktionäre gesucht werden. Daß der Mehrheitsaktionär hier eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, ändert an alledem nichts; auch für solche Rechtsträger gelten bei ihrer Betätigung auf dem Privatrechtsgebiet — darum handelt es sich bei der Beteiligung der Bekl. an der G.W.G. und den damit zusammenhängenden Abmachungen — insoweit keine Sonderbestimmungen. Wäre das Nebeneinanderbestehen der beiden Unternehmen aus Gründen des öffentlichen Wohls nicht angängig, so bliebe nur die Enteignung.

Die beiden Parteien sind jodann juristische Personen; die persönliche Seite, das persönliche Verhältnis der Gesellschaft zueinander, das bei den Personalgesellschaften von wesentlichster Bedeutung ist, tritt hier völlig in den Hinter-

\*) ZB. 1924, 1150.

grund gegenüber gewährleistet, keinesfalls aber gebietet, daß der Aktionär, der ja doch seine Stimme nicht rein willkürlich, sondern nach gewissen Erwägungen abgeben wird, sich mit einem andern Aktionär über die Frage der Abstimmung auseinandersetzt und mit ihm gegenseitige Verpflichtungen eingeht. Diese lediglich schuldrechtliche Verpflichtung, selbst wenn sie vollstreckbar wäre, berührt also den § 252 nicht, weil nicht die Gesellschaft gesellschaftsrechtlich das Stimmrecht beschränkt, sondern es nur schuldrechtlich durch freien Willen des Aktionärs einem andern gegenüber beschränkt wird. Jedenfalls scheint durch obige Entsch. bis auf weiteres für derartige Verträge wenigstens nach dieser Richtung hin eine gewisse Rechtsicherheit geschaffen zu sein. Daß diese Verträge nach Treu und Glauben dahin auszulegen

sind, daß die Stimmverpflichtung entfällt, wenn der Verpflichtete gegen die Person des Vorge schlagenen triftige sachliche Gründe anzuführen vermag, zufolge derer eine sachgemäße Wahrnehmung der Obliegenheiten eines Aufsichtsrats durch denselben nicht gewährleistet erscheint, ist nach der freien Richtung, die die Praxis für die Auslegung solcher Vertrauensverträge genommen hat, anzunehmen.

grund. Die Wahrnehmung der in der AktG. verbundenen Interessen der Parteien liegt in erster Linie in den Händen Dritter, die pflichtmäßig ihr Amt auf Grund der maßgeblichen Gesetzesbestimmungen nach sachlichen, auf eine gedeihliche Entwicklung des Aktienunternehmens eingestellten Gesichtspunkten zu führen und grundsätzlich Sonderinteressen des einen oder anderen Aktionärs nur, soweit sie mit dem Wohl der Gesellschaft noch vereinbar sind, Rechnung tragen dürfen. Daraus folgt gleichzeitig, daß der Aufsichtsrat der G.W.G. zumal im Hinblick auf seinen satzungsmäßig weitumrissenen Aufgabenkreis gerade die besonders berufene und geeignete Stelle ist, welche einen annehmbaren Ausgleich der beiderseitigen Sonderinteressen mit den Interessen des gesellschaftlichen Unternehmens herbeizuführen in der Lage ist. Dieser Aufgabe wird aber der Aufsichtsrat um so eher gerecht werden können, wenn auch die Minderheit, deren kapital- und stimmenmäßige Beteiligung kaum nennenswert hinter derjenigen der Bekl. zurückbleibt, dementsprechend im Aufsichtsrat „vertreten“ ist und durch Aufrechterhaltung der Stimmrechtsbindungen eine gewisse Gewähr dafür hat, daß dem so bleibt. Auch diesem Gesichtspunkt hat das BG. mit Recht sehr wesentliches Gewicht beigemessen. Das BG. hat überdies rechtlich einwandfrei ausdrücklich weiter festgestellt, daß die Bekl. es gewesen sei, die stets nur unter Betonung des Machtstandpunkts ihre Interessen und deren alleinige Wahrung in den Vordergrund geschoben habe. Wenn die Bekl. so wesentlich mit durch eigenes Verhalten die Interessengegenstände erst zu angeblich unlöslichen macht und machen will, so kann sie sich jedenfalls darauf zum Zweck der Kündigung vertraglicher Bindungen, die gerade mit einem angemessenen Interessenausgleich dienen sollen und dienen, nicht berufen.

(U. v. 11. Juni 1931; 398/29 II. — Frankfurt a. M.)

[Ru.]

(= RG. 133, 90.)

7. § 271 SGB. Ein in dem ungerichtfertigen Ausschluß eines Aktionärs aus der GenVers. liegender Rechtsverstoß ist unerheblich, wenn die Beschlussfassung unter keinen Umständen auf dem Verstoß beruhen kann.†)

Am 17. Juni 1927 fand eine ordentliche GenVers. der Bekl. statt mit der Tagesordnung: 1. Vorlegung der Bilanz sowie der Gewinn- und Verlustrechnung für das Geschäftsjahr 1926; 2. Genehmigung der Bilanz, Feststellung der Dividende, Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrates und Festsetzung der Aufsichtsratsantenne; 3. Wahlen zum Aufsichtsrat.

In der GenVers. waren von dem Grundkapital 9 800 000 R.M. insgesamt 6 482 800 R.M. vertreten, darunter Kl. mit einer Stammaktie von 400 R.M. Zu Punkt 1 der Tagesordnung erbat und erhielt Kl. das Wort; er führte aus, daß i. J. 1923 gegen Ende der Geldentwertungszeit Verwaltungsmitglieder, Großaktionäre und Banken der bekl. Gesellschaft unter Außerachtlassung eines GenVersBeschl. und durch Täuschung der GenVers. Aktien der Bekl. im Nennbetrage von 2 800 000 R.M. für ein wirtschaftliches Nichts sich „zugelegt“ hätten. Daraufhin beschloß die GenVers. entsprechend dem Antrag des Vorsitzenden, dem Kl. solche Ausführungen, weil nicht zur Tagesordnung gehörig, nicht zu verstaten; Kl. verwahrte sich gegen diesen Beschluß und gab anheim, den von ihm vorgebrachten Tatbestand des „verfälschten Diebstahls“ zu widerlegen. Nunmehr beantragte

sind, daß die Stimmverpflichtung entfällt, wenn der Verpflichtete gegen die Person des Vorge schlagenen triftige sachliche Gründe anzuführen vermag, zufolge derer eine sachgemäße Wahrnehmung der Obliegenheiten eines Aufsichtsrats durch denselben nicht gewährleistet erscheint, ist nach der freien Richtung, die die Praxis für die Auslegung solcher Vertrauensverträge genommen hat, anzunehmen.

ZB. Dr. A. Pinner, Berlin.

Zu 7. Das Urteil des RG. behandelt die Frage, in welcher Weise der Vorsitzende einer GenVers. gegen störende Aktionäre einzuschreiten befugt ist, sowie ob eine GenVers. das Recht hat, einem solchen Aktionär das Wort zu entziehen und ihn von den weiteren Verhandlungen auszuschließen. Über diese Frage haben sich schon früher eingehend ausgesprochen: Horowitz, Das Recht der Gen-

der Vorsitzende, dem Kl. wegen dieser Beleidigung der Verwaltungsmitglieder für die ganze Dauer der Versammlung das Wort zu entziehen. Kl. widersprach auch diesem Antrag mit dem Anfügen, die „Aktienverschleuderung“ solle doch offen zugegeben werden. Der Antrag des Vorsitzenden wurde jedoch mit allen Stimmen gegen die des Kl. angenommen. Kl. legte auch gegen diesen Beschluß Verwahrung ein und sprach von „Vergewaltigung eines Aktionärs“. Jetzt wurde er von dem Versammlungsvorsitzenden unter allseitiger Zustimmung der übrigen Aktionäre aufgefördert, die Versammlung zu verlassen. Kl. erklärte dann für den Fall seiner Entfernung aus der Versammlung gegen sämtliche noch zu fassenden Beschlüsse Widerspruch zu Protokoll des Notars. Als er der Aufforderung zum Verlassen der GenVers. nicht nachkam, wurde er von dem Vorsitzenden darauf hingewiesen, daß er von der weiteren Teilnahme ausgeschlossen sei. Dann nahm die GenVers. ihren weiteren Fortgang. Die Beschlüsse wurden einstimmig mittels Erhebens der rechten Hand gefaßt; so vollzogen sich insbes. auch die Aufsichtsratswahlen. Kl. ist der Meinung, daß gegen ihn gesetz-, satzungs- und sittenwidrig verfahren worden sei, daß deshalb die sämtlichen Beschlüsse nichtig, jedenfalls anfechtbar seien, und hat demgemäß Anfechtungsklage hiergegen erhoben.

Das OLG. hat die Klage abgewiesen, das OVG. die Verurteilung des Kl. zurückgewiesen. Die Rev. wurde zurückgewiesen.

Das OVG. hat die Abweisung der Anfechtungsklage u. a. darauf gestützt, daß etwaige Rechts- oder Satzungsverstöße bei der Wort- und Stimmrechtsentziehung sowie der Ausschließung des Kl. aus der Versammlung um deswillen bedeutungslos seien, weil auch ungeschadet dessen die angegriffenen Beschlüsse nicht anders, als geschehen, ausgefallen wären.

Die Rev. rügt Verletzung des § 271 HGB. Sie wendet ein, der Beweis der Einflußlosigkeit unterlaufener Rechtsverstöße sei zwar zulässig, müsse aber dahin geführt werden, daß der Mangel der Ursächlichkeit klar zutage liege; deshalb begründe eine Rechtsverletzung, deren möglicher Einfluß auf das Endergebnis nicht anzusehen sei, wie insbes. der ungerechtfertigte Ausschluß eines Aktionärs, stets und unter allen Umständen die Anfechtbarkeit.

Der Revisionsangriff ist nicht begründet. In dem Urteil des erf. Sen. (RG. 110, 194 ff. [196/97])<sup>1)</sup>, auf das sich die Rev. beruft, ist keineswegs ausgesprochen, daß der ungerechtfertigte Ausschluß eines Aktionärs aus der GenVers., weil sich der mögliche Einfluß auf das Endergebnis nicht übersehen lasse, stets die Anfechtung begründe. Dargelegt ist dort vielmehr, daß einem Rechtsverstoß nur dann die Erheblichkeit abzusprechen sei, wenn klar zutage liege, daß hierdurch die Beschlüßfassung nicht habe beeinflusst werden können; daß ferner bei der Prüfung der Frage, ob die Ursächlichkeit aus-

nahmsweise zu verneinen sei, Möglichkeiten der Einwirkung, die außerhalb jeder vernünftigen Berechnung lägen, außer Betracht bleiben müßten. Dann wird dort weiter ausgeführt, daß das OVG. gegen diese Rechtsgrundsätze keineswegs verstoßen habe, wenn es in Erwägung der Umstände des damaligen Falles zu dem Ergebnis gelangt sei, daß die Möglichkeit eines anderen Beschlüßergebnisses nicht von der Hand zu weisen sei. Daraus erhellt unzweifelhaft, daß ein Rechtsrüge des Inhalts: der ungerechtfertigte Ausschluß eines Aktionärs führe stets und unter allen Umständen schlechthin zur Vernichtung der hierwegen angefochtenen Beschlüsse, nicht aufgestellt worden ist und nicht aufgestellt werden wollte. Ebenjowenig ist dies in RG. 36, 25 ff. oder Goldheims MSchr. 12, 99 gesehen. Gewiß werden gerade im Fall der Nichtzulassung oder des Ausschlusses eines Aktionärs vielfach die Verhältnisse so liegen, daß die Möglichkeit der Einwirkung dieses Mangels nicht außerhalb jeder vernünftigen Berechnung ist und deshalb die Einflußlosigkeit in verhältnismäßig seltenen Fällen klar und zweifellos frei offenliegt. Das schließt aber nicht aus, daß ausnahmsweise nach den besonderen Umständen des Falles die Möglichkeit der Beeinflussung des Beschlüßergebnisses in der Tat gänzlich ausschließt.

Von diesen Grundsätzen ist ersichtlich aber auch das OVG. ausgegangen. Der Kl. war zu der GenVers. zugelassen, ihm zunächst auch das Wort gestattet worden, er brachte dann Vorkommnisse aus dem Jahr 1923 zur Sprache, die schon vorangegangene GenVers. beschäftigt und mit auch Gegenstand seiner früheren — rechtskräftig — abgewiesenen Anfechtungsklage gegen andere GenVersBeschl. gewesen waren. Die GenVers. war darüber unterrichtet, was der Kl. im wesentlichen Kern der Verwaltung zum Vorwurf machen wollte. (Verschleuderung von Aktien der Gesellschaft an Verwaltungsmitglieder und Großaktionäre derselben im Jahr 1923 und Täuschung der GenVers.) Wenn nun das OVG. in weiterer Berücksichtigung der Tatsache, daß die GenVers. in der außer dem Kl. mehr als 20 Aktionäre mit einem Aktienkapital von 6482400 RM vertreten waren, einhellig für die Wortentziehung und schließlich den Ausschluß des Kl. sich ausgesprochen hat, zu dem Ergebnis gelangt, es liege klar und deutlich zutage, daß die Beschlüsse über die Verwaltungsvorlagen und die Aufsichtsratswahlen nicht anders ausgefallen wären — als sie ausgefallen sind —, auch wenn dem Kl. noch so ausgiebig das Wort gestattet worden wäre, so gehört dies im wesentlichen der rein tatsächlichen Würdigung an, gegen welche die Rev. nicht ankämpfen kann. Das OVG. hat damit ausdrücklich ausgesprochen, daß hier die Möglichkeit irgendeiner Beeinflussung des Abstimmungsergebnisses durch die Wortentziehung und den Ausschluß des Kl. eben außerhalb jeder vernünftigen Berechnung stehe.

(U. v. 3. Febr. 1931; 130/30 II.)

1) JW. 1925, 1277.

berf., Berlin 1913, S. 207, 209 und 216; Pinner: JW. 1916, 175; Heinig: DZ. 1917, 196; sowie Staub-Pinner, § 256 Anm. 12, wo auch weitere Literatur und Npr. angeführt ist. Das OVG. hat im vorl. Falle in Übereinstimmung mit beiden Vorinstanzen festgestellt, daß das Abstimmungsergebnis auch dann kein anderes gewesen wäre, wenn der Aktionär, dem das Wort entzogen wurde, auch bei den ferneren Verhandlungen mitgestimmt haben würde. Leider stützt das OVG. seine Entsch., die mit der bisherigen Npr. insofern in vollem Einklange steht, nur auf diesen einen rechtlichen Gesichtspunkt. Es wäre interessant gewesen, wenn das OVG. auch zu der Frage sich ausgesprochen hätte, ob der Vorsitzende der GenVers. bzw. die GenVers. auch ohne Rücksicht auf die Stimmenzahl des mißliebigen Aktionärs und deren Bedeutung für das Gesamtergebnis der Abstimmung berechtigt war, diesem Aktionär das Wort zu entziehen und ihn für die weiteren Verhandlungen in der GenVers. als nicht mitstimmend zu behandeln. Die beiden Vorinstanzen, deren Urteile ich eingesehen habe, hatten in dem vom OVG. entschiedenen Falle neben dem Entscheidungsgrund, auf den das OVG. sich stützt, auch diese Frage geprüft und waren zu dem Ergebnis gekommen, daß der Ausschluß des störenden Aktionärs durchaus berechtigt war. Die erste Instanz (OG. Düsseldorf, 3. Kf.) sagt in seinen Gründen, es sei gerechtfertigt gewesen, daß der Vorsitzende im Interesse des ordnungsmäßigen Verlaufes der GenVers. und, um diese überhaupt zu ermöglichen, zu dem letzten ihm zu Gebote stehenden Mittel griff, den Kl. aus der Versammlung verwies und seines Stimmrechtes für verlustig erklärte; gegenüber den neben der Sache liegenden schwereren Angriffen des Kl. sei dies ein

berechtigter Notwehrakt gewesen, um ein weiteres Sabotieren der Versammlung zu vermeiden, ein Notwehrakt, der keineswegs die Grenzen des Erforderlichen überschritten habe. Die zweite Instanz (OG. Düsseldorf, 6. ZivSen.) tritt diesen Ausführungen bei und fügt hinzu, in dem Verhalten des Kl. habe ein erheblicher Mißbrauch der ihm als Aktionär zustehenden Rechte gelegen, daher sei die Versammlung berechtigt gewesen, sich hiergegen durch Wortentziehung und Ausschließung von weiterer Teilnahme in der Versammlung zu schützen.

M. E. ist den Ausführungen des OVG. durchaus beizutreten, ebenso aber auch den soeben wiedergegebenen Darlegungen der Vorinstanzen. Die Verhandlungen in einer GenVers. sollen sich in ordnungsmäßiger Weise vollziehen, einerseits der Tagesordnung folgen, andererseits sich so abspielen, wie dies unter gebildeten Menschen gebräuchlich ist. Ein Aktionär, der sich dem nicht fügt, kann meiner Ansicht nach mit Recht ausgeschlossen werden, und zwar dies selbst dann, wenn er eine erhebliche Anzahl von Aktien besitzt, deren Abstimmung unter Umständen für das Gesamtergebnis der GenVers. von Bedeutung sein könnte. Handelt es sich um einen Aktionär, der allein die Aktienmehrheit vertritt, so wird der Fall aus naheliegenden Gründen ja niemals praktisch werden. Allein der Fall kann auch so liegen, daß er nur reichlich ein Viertel der an der GenVers. beteiligten Aktien vertritt und es sich um einen Beschluß handelt, der Dreiviertelmehrheit verlangt, oder daß er eine Aktienzahl vertritt, deren Abstimmung im Verein mit anderen, im gleichen Sinne stimmenden Aktien für die Beschlüßfassung von erheblicher Bedeutung sein kann.

Geh. RA. Dr. Felig Bondi, Dresden.

8. § 317 HGB.; § 817 BGB.

1. Die Unwirksamkeit einer Abstimmungsverpflichtung liegt auch dann vor, wenn sie nicht in Besonderen Vertrag, sondern im Rahmen eines Gesamtvertrages übernommen worden ist.

2. Dem Rückforderungsrecht des auf Grund eines solchen Vertrags Geleisteten steht § 817 BGB. nur entgegen, wenn der Fordernde das Verbot der Abstimmungsverpflichtung gekannt hat, was von vornherein nicht anzunehmen ist.†)

1. Der VerR. hält die beiden Verträge v. 26. Okt. und v. 30. Nov. 1925, sowie die Vollmacht v. 6. Dez. 1925 wegen Verstoßes gegen § 317 HGB. für nichtig. Er führt hierzu im einzelnen aus, nach dem Vertrag v. 26. Okt. 1925 bestehe die Leistung des Kl. im Verkauf eines Teiles seiner Aktien, in Einräumung eines Vorkaufsrechts hinsichtlich seines übrigen Besitzes in diesen Aktien und in dem Versprechen, jedem der Bevl. einen Sitz im Aufsichtsrat zu verschaffen, die Gegenleistung der Bevl.: in der Zahlung des Kaufpreises, dem Versprechen, im Aufsichtsrat für die Wahl des Kl. zum Vorstand der Gesellschaft einzutreten, und in der Zusage der Verschaffung eines Kredits von 10 000 RM durch Übernahme der selbstschuldnerischen Bürgschaft hierfür.

Das Versprechen des Kl. für die Wahl der Bevl. in den Aufsichtsrat zu stimmen und die Kreditzusage durch die Bevl. stünden im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung; die Kreditbeschaffung sei für den Kl. ebenso wesentlich gewesen, wie der Aktienverkauf. Andererseits habe das Hauptinteresse der Bevl. darin gelegen, sich durch Sitze im Aufsichtsrat einen Einblick in die Geschäftsführung der AktG. und Einfluß auf diese selbst zu verschaffen; sie hätten den Kredit nie gewährt, wenn ihnen Kl. nicht je einen Sitz im Aufsichtsrat versprochen hätte; die Verpflichtung, die Bevl. in den Aufsichtsrat zu wählen, sei auch keine Folge ihres Vorkaufsrechtes, vielmehr eine selbständige Verpflichtung des Kl., für deren Übernahme die Kreditzusage der Bevl. — wenn auch nicht ausschließlich — mitbestimmend gewesen sei; damit habe sich Kl. für diese seine Abstimmung besondere Vorteile, nämlich eben einen Kredit von 10 000 RM gewähren lassen.

Bzüglich des Vertrags v. 30. Nov. 1925 gelangt das BG. zu dem Ergebnis, daß die Verpflichtung des Kl., mit seinen Aktien für die Wahl der Bevl. in den Aufsichtsrat und gegebenenfalls für eine Kapitalerhöhung einzutreten, „in erster Linie“ seine Gegenleistung für die Gewährung des weiteren Darlehens von 20 000 RM durch die Bevl. gewesen sei; die Bevl. hätten ihm dasselbe für diese seine Abstimmungsverpflichtungen gewährt; es handle sich also um die Gewährung und Annahme besonderer, mit dem Ergebnis der Abstimmung in keinem ursächlichen Zusammenhang stehenden Vorteile, was dem § 317 HGB. zuwiderlaufe und den Vertrag in vollem Umfang nichtig mache.

Die Rev. rügt insoweit Verletzung des § 317 HGB., der §§ 133, 157 BGB. und § 286 ZPO. Sie meint zunächst, rechtstrrig sei, daß das BG. einen besonderen Vorteil schon dann bejahen wolle, wenn sich derselbe nicht aus der Abstimmung selbst ergebe. — Gewiß ist nun richtig, daß dieses

leptere Erfordernis des § 317 HGB. auch dann nicht zutrifft, wenn der ausbedungene Vorteil allen Aktionären zugute kommen soll und kommt; das hat der erl. Sen. auch ausdrücklich in dem von der Rev. angeführten Ur. v. 30. Nov. 1928, II 283/28 = JW. 1929, 642<sup>7</sup> unter Aufgabe einer hiervon etwa abweichenden Rechtsauffassung des Ur. v. 22. Febr. 1916: JW. 1916, 575<sup>2</sup> ausgesprochen. Von einem besonderen Vorteil i. S. des § 317 HGB. könnte im übrigen z. B. auch dann keine Rede sein, wenn derselbe der Gesellschaft als solcher und damit mittelbar der Gesamtheit der Aktionäre zugute kommen soll. Allein das angefochtene Ur. beruht nicht auf der von ihm gegebenen Begriffsbestimmung. Denn es hat den Tatbestand des § 317 HGB. keineswegs deshalb bejaht, weil Kredit- und Darlehenszusage sich nicht schon aus der Abstimmung ergeben haben, sondern deshalb, weil beide die Gegenleistung bzw. mit die Gegenleistung für die übernommene Abstimmungsverpflichtung des Kl. gebildet und einzig nur dem Kl. hätten zufließen sollen und zugeflossen seien. — Wäre dem so, dann würde allerdings die Abstimmungsvereinbarung gegen § 317 HGB. verstoßen. Dies muß auch die Rev. zugeben. Ihr weiterer Angriff, mit dem sie Verletzung der §§ 133, 157 BGB. und des § 286 ZPO. rügt, richtet sich deshalb gerade gegen die Annahme des BG., daß die Abstimmungsverpflichtung gegen einen „besonderen Vorteil“ eingegangen sei. Sie macht geltend, die Verträge seien als Ganzes zu würdigen; ihre Zerlegung in Einzelabreden würde dem Parteilwillen nicht gerecht; es habe sich um den Erwerb der Aktienmehrheit bei der F. AktG. durch die Bevl. gehandelt. Dahin hätten neben den anderen Abreden auch die Stimmabreden gezielt, die mit den übrigen Leistungen des Kl. dessen „einheitliche“ Verpflichtung gebildet hätten; es sei nicht angängig, die Stimmverpflichtungen herauszugreifen und die Darlehens- und Kreditzusage als besondere Gegenleistung für sie hinzuzustellen; die Auffassung des BG. lasse jede nähere Begründung vermissen, sei willkürlich und stehe im Widerspruch mit den sonstigen Ausführungen des BG. über den Inhalt der beiderseitigen Leistungspflichten. — Diese Angriffe schlagen nicht durch. Ob die Stimmverpflichtung des Kl. gerade in der Kredit- und Darlehenszusage ihre „besondere“ Gegenleistung finden sollte, ist rechtlich hierher überhaupt unerheblich. Entscheidend kommt es vielmehr nur darauf an, ob diese Verpflichtung für die Bemessung der Gegenleistungen der Bevl. nach Art und Umfang mit ursächlich gewesen ist, die Bevl. mithin sich sonst zu ihren Leistungen überhaupt nicht oder nicht in dieser Höhe oder Art verstanden hätten. Denn alsdann hat der Kl. eben mit für seine Stimmrechtsbindung einen besonderen Vorteil erhalten. Daß dem aber nach dem Inhalt der beiden Verträge so ist, kann füglich nicht in Zweifel gezogen werden. Unerheblich ist hierher vorab, welche Endzwecke die Parteien mit den Verträgen und der Stimmabrede im besonderen verfolgten. § 317 HGB. stellt nur darauf ab, ob für die Stimmrechtsverpflichtung ein besonderer Vorteil bedungen wurde, nicht aber auf den Inhalt der Stimmvereinbarung im übrigen. Er kann zur Nichtigkeit einer solchen Abrede aus anderem Grund, z. B. wegen Sittwidrigkeit führen. Mit der Anwendbarkeit des § 317 hat dies aber nichts zu tun.

gunsten der Bestellung bestimmter Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder, entspringt dringender wirtschaftlicher Notwendigkeit; sie findet sich fast in jedem Poolvertrage.

An der Ungültigkeit einer Vereinbarung, nach welcher ein Aktionär sich verpflichtet, gegen die Gewährung einer Geldzahlung oder eines Kredites sein Stimmrecht in bestimmtem Sinne zu verwenden, kann ebensowenig ein Zweifel sein; hier liegen alle Voraussetzungen des § 317 HGB., insbes. die Gewährung eines „besonderen Vorteils“ für die Stimmenabgabe vor.

II. Die vorliegende Entsch. befaßt sich mit einem Falle, der zwischen diesen beiden Extremen liegt. Der Kl. hatte für sein Versprechen, mit seinen Stimmen für die Wahl der Bevl. in den Aufsichtsrat einzutreten, die Zusage erhalten, seinerseits zum Vorstand bestellt zu werden; er hatte ferner gegen Verpfändung eines Teiles seines Aktienbesitzes und gegen Einräumung eines Vorkaufsrechts hinsichtlich seines ganzen Aktienpaketes einen Kredit erhalten; er hatte endlich eine kleinere Quote seines Aktienbesitzes bereits an die Bevl. verkauft.

Für die Frage, ob dieser Tatbestand unter die Voraussetzungen des § 317 HGB. fällt, stellt es das RG. mit Recht nicht auf den äußeren Zusammenhang ab, daß die Stimmabrede (Aufsichtsrats-

Zu 8. I. An der Gültigkeit einer Vereinbarung, durch welche sich Aktionäre gegenseitig verpflichten, mit ihren Stimmen auf der GenVers. für die Wahl bestimmter Personen in den Aufsichtsrat oder Vorstand einzutreten, kann kein Zweifel sein (vgl. die Darlegungen bei Staub, 12. u. 13. Aufl., § 317 Anm. 8, 243 Anm. 2d; Goldschmidt, § 317 Anm. 3; RW. v. 13. April 1914: Bauer Bd. 21 S. 277; Schmulewits, Verwaltungsaktie S. 148). Ein Verstoß gegen § 317 HGB. liegt hier nicht vor; denn die Aktionäre, die ihr Stimmrecht in der genannten Weise binden, lassen sich nicht einen „besonderen Vorteil“ versprechen; unter einem solchen sind Vorteile, die sich als Folgen von Abstimmungen auf der GenVers. darstellen, wie dies beispielsweise bei der Wahl eines Aufsichtsratsmitgliedes der Fall ist, oder die überhaupt die Folgen sozialrechtlicher Vorgänge sind, wie dies z. B. bei der Wahl eines Vorstandsmitgliedes durch den Aufsichtsrat anzunehmen ist, nicht zu verstehen; ja auch außerhalb der sozialrechtlichen Sphäre liegende Vorteile sind dann nicht als „besonderer Vorteil“ i. S. des § 317 HGB. anzusehen, wenn sie gleichmäßig allen Aktionären zufließen; diesen Grundtat hat das RG. zutreffend in dem Ur. v. 30. Nov. 1928 (JW. 1929, 642<sup>7</sup>) für den Fall der Dividendengarantie aufgestellt und vorstehend bestätigt. Die Stimmenbindung von Aktionären zu-

Das Tatbestandsmerkmal des „besonderen Vorteils“ i. S. des § 317 HGB. liegt ferner nicht nur dann vor, wenn für die Übernahme der Stimmrechtsverpflichtung im Vertrag ausdrücklich und im besonderen ein bestimmter Vorteil festgelegt ist. Ausreichend ist es vielmehr, wenn sich die Stimmverpflichtung im Rahmen eines weiter gespannten Vertrags befindet, daß sie für die Bemessung der Leistungen des anderen Teils mitbestimmend war und ohne sie der ganze Vertrag entweder überhaupt nicht oder jedenfalls nicht mit Gegenleistungen solcher Art und Umfangs, wie tatsächlich gewährt, abgeschlossen worden wäre. Es kommt also nicht darauf an, ob nun gerade die Kredit- und Darlehenszusage als solche ihre Gegenleistung in der Stimmverpflichtung des Kl. finden sollte oder nicht, entscheidend ist vielmehr nur, ob die den Bekl. nach den Verträgen obliegenden Gegenleistungen in ihrer Gesamtheit wesentlich durch die Mitübernahme der Stimmverpflichtung seitens des Kl. bestimmt worden sind oder nicht. Daß hier aber die Stimmverpflichtung des Kl. — wenn nicht für die Vertragsschlüsse überhaupt, so jedenfalls für die Höhe und den Umfang gerade auch der geldlichen Gegenleistung der Bekl. sehr wesentlich mitbestimmend war, ist nach den Feststellungen des BG. füglich nicht zu bezweifeln. Ganz mit Recht weist das BG. darauf hin, daß die Stimmrechtsbindung des Kl. hinsichtlich seines an die Bekl. nicht veräußerten Besitzes keineswegs eine sich von selbst ergebende Folge des Aktienverkaufs und der Einräumung des Vorkaufs- oder des Optionsrechts der Bekl. war, sondern eine weitere selbständige Verpflichtung bedeutete, die wegen der Höhe des dem Kl. verbliebenen Besitzes aber von erheblicher Bedeutung war. Zutreffend hebt das BG. ferner hervor, daß weder die Größe des von den Bekl. im Vertrag v. 25. Okt. 1925 erworbenen Aktienbesitzes, noch daß ihnen weiter eingeräumte Vorkaufsrecht einen „Anspruch“ auf ihre Zuwahl in den Aufsichtsrat begründeten. Denn die von den Bekl. damals erworbenen Aktien stellten nur einen kleinen Bruchteil, nämlich kaum  $\frac{1}{10}$  des Aktienkapitals dar. Die beiden Verträge v. 26. Okt. 1925 und v. 30. Nov. 1925 gewährten so in der Tat den Bekl. eine durch die Stimmrechtsverpflichtung und die Stimmenmacht des Kl. gesicherte Aussicht auf zwei Sitze in dem Aufsichtsrat der F. AktG. und damit gegen verhältnismäßig kleinen Kapitalaufwand einen außerordentlichen Einfluß auf die AktG. selbst, der für sie als Konkurrenten naturgemäß noch um so höher zu bewerten war. Dies lag auch für die geschäftskundigen Parteien offen zutage. Daraus darf aber unbedenklich gefolgert werden, daß einerseits für die Ansprüche des Kl., andererseits für die Zugeständnisse der Bekl. hinsichtlich der Höhe und des Umfangs ihrer Vertragsleistungen gerade die Stimmrechtsverpflichtung über ihre Zuwahl zum Aufsichtsrat wesentlich mitbestimmend war. Denn sie sicherte ihnen auch ohne Besitz der Mehrheit weitgehenden Einfluß auf die AktG. — Damit hatte sich der Kl. auf alle Fälle für die Stimmrechtsabgabe besondere Vorteile versprechen lassen, andererseits sind ihm solche

wahl gegen Vorstandsbestellung in einheitlichen Verträgen mit den sonstigen Bestimmungen, nicht aber in einer getrennten Vereinbarung getroffen ist. Diesem Punkt kommt in der Tat höchstens eine individuelle Bedeutung zu. Ebenso würde es nur die Berücksichtigung des äußeren Zusammenhangs bedeuten, wenn man für die Frage, was die Gegenleistung für die Stimmbindung sei, nur das in dieser Vertragsklausel Enthaltene heranziehen wollte. Mit Recht tritt das RG. hier in eine Prüfung der Gesamtleistungen beider Parteien in dem ganzen Vertrage ein.

Entscheidend ist, wie das RG. zutreffend erkannt hat, der innere Zusammenhang der Stimmbindung mit den übrigen Abreden. Der vom RG. aufgestellte Grundsatz, daß es, wenn sich die Stimmverpflichtung im Rahmen eines weiter gespannten Vertrages befindet, darauf ankomme, ob die Stimmbindung für die Bemessung der Leistungen des anderen Teils wesentlich war und ohne sie der Vertragspartner sich nicht zu Gegenleistungen des von ihm gewährten Umfangs entschlossen hätte, verdient Billigung. Das RG. verlangt hier eine an die Vorschrift des § 139 BGB. erinnernde (nicht etwa mit dieser Vorschrift identische) Erwägung: es ist zu prüfen, ob ohne die Stimmrechtsabrede die sonstigen Vereinbarungen der Parteien getroffen wären; nur wenn dies zu verneinen ist, ist in den sonstigen Leistungen des Vertragspartners der „besondere Vorteil“ des § 317 HGB. zu erblicken.

III. Die Anwendung dieses Grundsatzes auf den vorliegenden Tatbestand erscheint ebenfalls zutreffend. Die Ansicht der Revision, die Stimmbindung sei lediglich eine Folge der übrigen Abreden, die den Erwerb einer Aktienmehrheit darstellten, ist nicht zutreffend. Die Ver-

von den Bekl. gewährt worden. Dies gilt sowohl für den Vertrag v. 26. Okt. 1925 als auch den v. 30. Nov. 1925. Wie es sich hierzu mit der Verpflichtung des Kl. hinsichtlich der Ausübung seines Stimmrechts in Aussicht auf eine Kapitalerhöhung der F. AktG. verhält, mit anderen Worten, ob gerade auch ihre Übernahme für die Bemessung der Höhe der Gegenleistung der Bekl. von Bedeutung war, kann unerörtert bleiben, da dies bezüglich der Stimmrechtsverpflichtung hinsichtlich der Aufsichtsratsposten der Bekl., auch in dem Vertrag v. 30. Nov. 1925, unbedenklich zu bejahen ist.

Unbegründet sind ferner die prozessrechtlichen Rügen aus §§ 139, 286 ZPO. und § 139 BGB., welche die Rev. gegen die Annahme des BG. richtet, daß die Nichtigkeit der Stimmrechtsabrede über die Wahlen zum Aufsichtsrat die Nichtigkeit der Verträge nach sich ziehe. — Ob sie gerade die wichtigste Verpflichtung des Kl. war, ist unerheblich. Daß sie von ausschlaggebender Bedeutung für die Vertragsabschlüsse war, ergibt sich aus dem eigenen Vortrag der Bekl. selbst. Das BG. hatte bei dieser Sachlage keinen Anlaß zur Ausübung des Fragerechts. Ebensovienig ist § 286 ZPO. verletzt, vielmehr ist von dem BG. in Würdigung des Gesamthaltens der Verhandlungen ohne Rechtsirrtum mit festgestellt worden, daß die Verträge v. 26. Okt. 1925 und v. 30. Nov. 1925 ohne die Verpflichtung des Kl., „seine immer ausschlaggebende Stimmernacht für die Zuwahl der Bekl. zum Aufsichtsrat einzusetzen“, überhaupt nicht zum Abschluß gelangt wären, es also bei der Regel des § 139 BGB. — Nichtigkeit der ganzen Verträge — sein Verwenden haben müsse.

2. Endlich rügt die Rev., soweit das BG. dem Anspruch des Kl. auf Herausgabe der dem Bekl. gelieferten F.-Aktien stattgegeben hat, Verletzung des § 817 BGB. und des § 286 ZPO.

Das BG. hat diesen Anspruch als solchen aus ungerechtfertigter Bereicherung für begründet erklärt. Es lehnt die Anwendbarkeit des § 817 BGB. ab, weil nicht festgestellt werden könne, daß auch der Teil des Vertrags v. 26. Okt. 1925, welcher den Verkauf der Aktien betreffe, gegen § 817 BGB. verstoße; dies würde nur der Fall sein, wenn der bezahlte Kaufpreis außergewöhnlich hoch, also in dem Mehrpreis bereits die Zulieferung eines besonderen Vorteils für die Art der Abstimmung liegen würde. Dafür fehle es aber an jeder Grundlage.

Die Rev. hält diese Stellungnahme des BG. zu der Frage der Anwendbarkeit des § 817 BGB. für rechtsirrig unter dem Hinweis darauf, daß der Vorderrichter an anderer Stelle der Gründe die beiderseitigen Leistungen in ihrer Gesamtheit sich gegenübergestellt habe. — Es kann dahingestellt bleiben, ob dem BG. insoweit durchweg beigetreten werden könnte (s. a. RG. 67, 321 ff. 1). Allein die Anwendbarkeit des § 817 Satz 2 BGB. scheitert an einem anderen Bedenken.

Nach nunmehr feststehender Rspr. greift diese Vorschrift nur im Fall bewußter Zuwiderhandlung gegen das Verbot-

1) JW. 1908, 139.

träge zielen auf eine Doppelsicherung der Bekl.; diese wollten sich sozusagen zwei Türen offenhalten: einmal nach fünf Jahren den Mehrheitserwerb durch Ausübung des Vorkaufsrechts, oder, falls es dazu nicht komme, oder sich der Erwerb nicht rentiere, wenigstens das genaue Kennenlernen der Geschäftsangelegenheiten, woran den Bekl. als Konkurrenten viel liegen mußte. Mit Recht nimmt bei dieser Sachlage das RG. an, daß ohne die die Doppelsicherung ermöglichende Stimmbindung die Leistungen der Bekl. dem Umfange nach geringer gewesen wären.

Anders wäre ein Fall zu beurteilen, in dem beispielsweise ein Aktionär, der gleichzeitig Vorstandsmitglied ist, sein Mehrheitspaket verkauft und der Erwerber sich verpflichtet, für die Wahl des Besseren in den Aufsichtsrat zu stimmen. Dann wäre die Stimmbindung des Erwerbers lediglich ein unwesentliches Beiwerk gegenüber der Veräußerung der Aktienmehrheit; der Vorteil der Aktienüberlassung würde durch die Hingabe des Kaufpreises voll abgegolten sein; die Stimmabrede stünde zu ihm in keiner Beziehung.

Für die Entsch. ist stets zu berücksichtigen, daß § 317 BGB. der recht unglücklich gefaßt ist, nicht die für das ordnungsmäßige Funktionieren des Geschäftsorganismus unumgängliche Gruppenbildung der Aktionäre verhindern will, sondern die Verfälschung des Mehrheitswillens durch Stimmabgabe gegen die eigene bessere Einsicht; diese Gesetzeszweckung zwingt zu einräumender Auslegung.

RA. Dr. Maximilian Schmitthoff (Schmulewitz), Berlin.

gesetz durch (s. z. B. RG. 104, 54 ff.; 105, 272; Warn. 1922 Nr. 82). Hier handelt es sich um eine gesetzliche Bestimmung, die schon vermöge ihres Gegenstandes und innerer Bedeutung abseits liegt, im übrigen hinsichtlich ihrer Voraussetzungen im Schrifttum vielfach umstritten und auch in der Rspr., wie es das Ur. des Sen. v. 30. Nov. 1928 = JW. 1929, 672<sup>1</sup> beweist, zur Zeit des Vertragsabschlusses jedenfalls nicht restlos geklärt war. Hierzu kommt hier, daß die Parteien zu dem Vertragsabschluß v. 26. Okt. 1925 sich des Bestandes eines Rechtstundigen insofern bedient haben, als sie von einem solchen ihre Abreden, und zwar so, wie sie getroffen waren, notariell beurkunden ließen und demgemäß nicht ohne Grund annehmen konnten, daß dieselben nicht etwa einem Verbot-entfällt aber die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB. ohne weiteres.

(U. v. 24. Febr. 1931; 436/30 II. — Breslau.) [Ru.]

← RG. 132, 33.)

9. §§ 320 ff. HGB.; §§ 133, 157, 242 BGB. Die Auseinandersetzung von Gesellschaftern kann dann nicht auf Grund des ursprünglichen Verhältnisses erfolgen, falls später — wenn auch von der falschen Auffassung der Inflationszeit beeinflusst — eine Neuordnung der Beteiligungsrechte erfolgt ist.†)

(U. v. 21. Jan. 1930; 313/29 II. — Berlin.) [Ru.]

Abgebr. JW. 1930, 2663<sup>o</sup>.

#### c) GmbH.

10. § 4 GmbHG.; §§ 18, 24 HGB.; §§ 1, 16 UmlWG. Durch Duldung kann ein Recht auf eine Verwechslungsfähige Firma selbst dann geschaffen werden, wenn die ursprüngliche Annahme zum Zweck der Verwechslung erfolgt ist. Der so errungene wertvolle Besitz kann auch bei Umwandlung der Einzel Firma in eine GmbH. durch Aufnahme des Namens in deren Firma erhalten werden.†)

Beide Vorinstanzen nehmen die Verwechslungsgefahr bei den Firmenbezeichnungen der Parteien an, die sich nur unterscheiden durch die bei ihnen verschiedenen, aber nach der Feststellung des BG. vom Publikum erfahrungsgemäß nicht genügend beachteten Vornamen (bei der Kl. Emil, bei der Bekl. Arthur) und durch die ebenfalls bei ihnen verschiedenen, aber auch unberücksichtigt bleibenden Zusätze der Gesellschaftsform (bei der Kl. AktG., bei der Bekl. GmbH.) und bei der Kl. des Gründungsjahrs 1872. Das BG. verkennt nicht, daß in beiden Firmenbezeichnungen den allein charakteristischen Firmenkern der Familienname F. bildet und daß die Übereinstimmung eines solchen Namens noch nicht ohne weiteres eine Verwechslungsgefahr zu erzeugen brauche. Es sieht diese aber deshalb hier als gegeben an, weil der Name F. in Berlin

Zu 9. Die Entsch. legt ihren Gedankengang so in allen Einzelheiten klar, daß es überflüssig erscheint, hierauf noch weiter einzugehen. Es ist ihr in den Grundlagen wie im Ergebnis zuzustimmen. Das Zurückgehen auf Bilanzen, die vor der Geldentwertung liegen, ist und kann nur den Ausgleich zwischen denjenigen Teilen der Bilanz schaffen, die sich in dem Verhältnis von wahren (sachlichem) und scheinbarem (ziffermäßigen) Wert im Verlauf der Geldentwertung auseinander entwickelt haben. Das setzt aber überhaupt eine Entwicklung voraus, die ihren Ausgang in einem Zeitpunkt vor dem Beginn der Entwertung hat. Hat aber das gesellschaftsrechtliche Verhältnis seinen Beginn innerhalb der Entwertung, so kann über diesen Beginn für die Festlegung des Wertes nicht zurückgegangen werden. Dieser Gedanke findet in dieser Entsch. nicht seinen ersten Niederschlag. Er ist vielmehr auch in der bisherigen Rspr. enthalten, insbes. auch in RG. 117, 238<sup>1</sup>) festzustellen. Wo der Ausgangspunkt liegt, ist reine Tatfrage. Diese Tatfrage ist in der Entsch. unbestreitbar richtig gewürdigt.

RA. Dr. Fritz Bing, Mannheim.

1) JW. 1928, 2610.

Zu 10. Dieses bedeutende Urteil darf als emporgelagerter Meilenstein bezeichnet werden. Bei der Besprechung des Leikauf-Urteiles (JW. 1929, 3075) habe ich bemerkt,

seit langer Zeit zum altbekannten, auf die Kl. als Betriebsstätte für ganz besonders teures und hochwertiges Schuhwerk hinweisenden Schlagwort geworden sei und die Bekl. mit demselben Firmennamen ebenfalls ein Spezialgeschäft für teures Luxus Schuhwerk betreibe. Die hiernach an sich schon vorhandene Verwechslungsgefahr wird nach der Feststellung des BG. noch durch den charakteristischen Umstand, daß zahlreiche Firmen der Innenstadt Berlin seit einigen Jahren dazu übergegangen sind, ihre Geschäfte nach dem hier in Betracht kommenden Viertel der Tauentzienstraße und des Kurfürstendamms zu verlegen oder dort Filialen zu errichten, erhöht. Da das seit fast 60 Jahren bestehende Unternehmen der Kl. in der Innenstadt betrieben werde, so würden sehr viele von denen, die am Kurfürstendamm einen Laden für hochgelegantes Schuhwerk mit dem geradezu als Blickfänger wirkenden Namen „F.“ darüber sehen, dem Irrtum erliegen, ein Geschäft der Kl. vor sich zu haben.

Hiermit ist rechtlich bedenkenfrei vom BG. eine zur Vergründung der Verwechslungsgefahr beider Firmen i. S. des § 16 UmlWG. geeignete Benutzung ihrer jüngeren Firma durch die Bekl. festgestellt. Es hätte daher einer Stellungnahme des BG. zu den Behauptungen der Bekl. nicht bedurft, daß die Kl. selbst Verwechslungen zwischen ihrem Betriebe und dem der Bekl. herbeizuführen suche z. B. durch Verwendung ähnlicher Dekorationsstoffe, Schaufensterstellungen und Preisschildchen aus Zelluloid. Denn es handelt sich hier um die vom BG. einwandfrei festgestellte Gefahr der Firmenverwechslung, herbeigeführt durch die im Vergleich zur Kl. jüngere Bekl., die sich einer zum Verwechseln ähnlichen Firma bedient wie jene auf dem gleichen engen Spezialgebiet des teuren Luxus Schuh-Vertriebs, auf dem der Name F. als Hinweis auf die Betriebsstätte der Kl. in den beteiligten Verkehrskreisen schlagwortartige Bedeutung seit langen Jahren erlangt hat. Diese Feststellung wird nicht dadurch aus der Welt geschafft, daß die Kl. sich obengenannter Gegenstände zur Dekoration ihrer Schaufenster, ihres Ladens und zur Preisangabe an ihren Waren bedient, selbst wenn diese Stücke den von der Bekl. verwendeten sehr ähnlich sein sollten. Deshalb können auch die Angriffe der Rev. zu diesem Punkte, die darauf gerichtet sind, die Kl. wolle durch diese Geschäftsvorgänge „die bisher nicht bestandene Verwechslungsgefahr erst herbeiführen, um auf diese Weise ihrer Böshungsklage die tatsächliche Grundlage zu geben“, auf sich beruhen.

Würde es sich nur um diese Sach- und Rechtslage handeln, so wären die Voraussetzungen des § 16 UmlWG. vom BG. mit Recht angenommen worden und der Böshungsanspruch wäre von ihm zutreffend für begründet erklärt. Nun hat aber die Bekl. von Anfang an eingewendet, ihr stehe ein Recht auf Benutzung des Namens Arthur F. zu, sie habe an ihm einen rechtlich begründeten wertvollen Besitzstand erworben, der sie trotz etwa bestehender Verwechslungsgefahr vor der Böshung schütze, da ihr Rechtsvorgänger Arthur F. in den reichlich vier Jahren von Herbst 1925 bis Ende 1929 diesen seinen Personennamen gem. § 18 HGB. ohne Widerspruch der diese Tatsache von Anfang an kennenden Kl. in

daß es die Umkehr von der bisherigen Rspr. des 2. ZivSen. über das Benutzungsrecht von Familiennamen ankündigt, und daß bei Anwendung der neueren Rechtsgrundsätze im Falle Wagner nicht mehr auf Beseitigung des Familiennamens erkannt worden wäre. Die vorliegende Entsch. bestätigt diese Auffassung mit dankenswerter Klarheit. Sie führt aus, daß im Wagner-Urteil auf das Moment der Wahrung eines wirtschaftlich wertvollen Besitzstandes kein Gewicht gelegt worden sei; aber dieser Standpunkt, der nur die Priorität der Kl. und die Verwechslungsfähigkeit des ohne gesetzlichen Zwang in eine Gesellschafts Firma aufgenommenen Familiennamens als entscheidend angesehen habe, sei in der späteren Rspr. abgeschwächt worden. Man wird jetzt wohl sagen dürfen, daß dieser frühere Standpunkt aufgegeben ist. Der Gesichtspunkt der Interessenabwägung tritt wie beim Leikauf-Urteil auch hier in den Vordergrund. Entscheidend soll nunmehr sein, ob unabhängig von Priorität und Verwechslungsgefahr das Opfer, das dem jüngeren Wettbewerber zugemutet wird, gegenüber dem Interesse des älteren nicht ins Gewicht fällt. Der wertvolle Besitzstand wird im Gegensatz zu dem Fall Wagner besonders geschützt. Liegt ein solcher Besitzstand vor, dann darf nach dieser Entsch. die Ausnahme des Familiennamens in die Firma selbst dann nicht verboten werden, wenn die Firma auch auf andere Weise gebildet werden kann.

Ungelöst bleibt freilich noch immer die in meiner Anmerkung zum

seiner Einzelfirma geführt habe, unter der er das gleiche Schuhgeschäft an derselben Stelle betrieben habe. Diese tatsächlichen Angaben sind unstrittig.

Das BG. gab diesem Einwande statt. Es ist unter Bezugnahme auf Baumbach, Komm. S. 322, 324 und Callmann, Komm. Ann. 111 zu § 16 UnlWG. der Ansicht, daß dem Arthur J., der sein Geschäft mehrere Jahre lang unter seinem Vor- und Familiennamen zulässigerweise, nämlich unter genügender Unterscheidung von der Firma der Kl. geführt habe, mit Rücksicht auf den dadurch begründeten hohen wirtschaftlichen Wert dieses Firmenbestandteils nicht zugemutet werden könne, bei der Umwandlung seines Geschäfts in eine GmbH. seinen Familiennamen fortzulassen. Dagegen steht das BG. auf dem Standpunkt, daß die Führung des Eigennamens in einer Einzelfirma kein Recht zu seiner Übernahme in eine Gesellschaftsfirma gebe ohne Rücksicht auf einen möglicherweise dadurch eintretenden Verlust eines wertvollen Besitzstandes für die Bekl., sofern durch diese Übernahme § 16 UnlWG. bzw. § 12 BGB. verletzt werde. Das sei hier der Fall, wo der Kern der Firma der Bekl. der zum Schlagwort für die das zeitliche Vorrecht besitzende Kl. gewordene Familienname J. sei. Das BG. bezieht sich auf die Urte. des erf. Sen. in den Fällen Malzmann: RG. 110, 234<sup>1)</sup>; Arnheim: RG. 111, 67<sup>2)</sup>; Wagner: JW. 1928, 345. In diesen und anderen Urte. des erf. Sen. ist in Anwendung der Grundsätze des § 13 WbzG. ein Unterschied in bezug auf die Rechtsfolgen der Verwechslungsgefahr gemacht, je nachdem, ob die Ausnahme des diese Gefahr begründenden Familiennamens in die jüngere Firma nach den Vorschriften des Firmenrechts notwendig (§ 18 HGB.) oder willkürlich (§ 24 HGB., § 4 GmbHG.). Auf das Moment der Wahrung eines wirtschaftlich wertvollen Besitzstandes, falls der in die Gesellschaftsfirma übergegangene Familienname vom Rechtsvorgänger in seiner Einzelfirma eine gewisse Zeit hindurch verwendet worden war, wurde in dem für dieses Moment überhaupt nur in Betracht kommenden zit. Wagner-Urteil kein Gewicht gelegt.

Aber dieser Standpunkt, der ein berechtigtes, dem Grundgedanken des UnlWG. nicht zuwiderlaufendes wirtschaftliches Interesse an der Erhaltung des betr. Familiennamens (Wagner) in der Firma der damaligen Bekl. (Hans R. Wagner GmbH.) nicht anerkannte, sondern nur die Priorität der Kl. und die Verwechslungsfähigkeit des ohne gesetzlichen Zwang in eine Gesellschaftsfirma aufgenommenen Familiennamens als entscheidend ansah, ist in der späteren Rspr. des erf. Sen. abgeschwächt worden. In den Urte. L. wider L. II 144/29 v. 25. Juni 1929: JW. 1929, 3075<sup>14)</sup> = MuW. XXIX, 549 und Manes u. Fabisch & Co. v. Fabisch GmbH. II 295/29 v. 3. Dez. 1929<sup>3)</sup>: MuW. XXX, 128 und in anderen Urte. ist dem Gebot der Interessenabwägung in Fällen Rechnung getragen, wo ein an sich ordnungsmäßig begründeter Besitzstand der jüngeren Firma von gewisser Dauer zu einem wertvollen Vermögensgegenstand geworden ist, dessen Fortführung durch das Interesse des Inhabers der älteren Firma nicht gerechtfertigt erscheint. Mit Recht weist Callmann, Komm. zum UnlWG. Ann. 111 zu § 16 darauf hin, daß der Gedanke der Interessenabwägung seinen besonderen gesetzlichen Ausdruck in § 13 WbzG. finde. Entscheidend ist, ob das Opfer, das dem jüngeren Wettbewerber zugemutet wird, gegenüber dem Interesse des älteren nicht ins Gewicht fällt. An diesem Erfordernis fehlt es hier nach der besonderen Lage der Umstände; Arthur J. betrieb das Schuhgeschäft gleicher Art und an gleicher Stelle unter seinem bürgerlichen Namen als Einzelfirma gem. § 18 HGB. reichlich vier Jahre lang, bevor er das Unternehmen in eine GmbH. umwandelte (Ende

Dezember 1929). Die Kl. erwirkte, abgesehen von dem rechtskräftig gewordenen Urte. des BG. v. 26. April 1928, durch welches ihm die Aufstellung und Verbreitung einer Reihe unwahrer Behauptungen über die Vermögenslage und über die Waren der Kl. verboten wurde, nur die EinstwVerf. des BG. v. 13. Juni 1925 bereits während der baulichen Herrichtung seiner Geschäftsräume, durch die ihm verboten wurde: 1. den Namen J. anders als unter Hinzufügung des gleichgroß geschriebenen Vornamens Arthur zu benutzen, 2. die Wendung „Das Schuhhaus mit der fachverständigen Bedienung“ zu benutzen. Die Behauptung der Kl., weitergehende Ansprüche zu stellen, sei für sie aussichtslos gewesen mit Rücksicht auf den Standpunkt des erf. Sen. in dem Stollwerk-Urte. v. 22. Febr. 1927: RG. 116, 209<sup>4)</sup> und daher von ihr unterlassen, ist nicht zutreffend. In dem Stollwerk-Urteil sowohl wie in dem Wehmann-Urteil des erf. Sen.: MuW. 27/28, 254, das auch den Fall einer durch die Führung des bürgerlichen Namens in der jüngeren Einzelfirma (§ 18 HGB.) begründeten Verwechslungsgefahr betrifft, ist klar zum Ausdruck gebracht, daß der ältere dem jüngeren Namensträger mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 18 HGB. keineswegs wehrlos gegenübersteht. Vielmehr ergab sich aus diesen Entsch. gleichviel ob bei Gründung der jüngeren Firma der Wille bestimmend gewesen ist, den wertvollen Namen der älteren Firma für sich auszunutzen, daß der Kl., wenn auch der Familienname J. aus der Firma des Einzelkaufmanns Arthur J. gem. § 18 HGB. nicht entfernt werden konnte, doch Möglichkeiten zur Verfügung standen, die Verwechslungsgefahr aufs äußerste zu beschränken. Dabei handelte es sich keineswegs nur um das Mittel der stärkeren Hervorhebung des bereits verwendeten Vornamens (Arthur), sondern auch um das Recht der Kl., die Beifügung von Zusätzen in Gestalt von besonderen Geschäftsbezeichnungen zur bisherigen Firma und zwar möglichst schlagwortartig am Kopfe der Firma oder sonstige auffällende Zusätze zur Unterscheidung von der Kl. in der Friedrichstraße nach der eigenen örtlichen Lage am Kurfürstendamm zu verlangen und dergleichen mehr. Von allen diesen Möglichkeiten hat die Kl. gegenüber dem Rechtsvorgänger der Bekl. keinen Gebrauch gemacht, sondern sich gegenüber der von ihr sofort bereits beim Ausbau des Geschäftslokals des Arthur J. erkannten Verwechslungsgefahr auf die beiden Anträge in der Sache betr. EinstwVerf. beschränkt. Die andere Vorprozesssache der Parteien hat mit dem vorliegenden, die Verwechslungsgefahr der Firmen betreffenden Rechtsstreit überhaupt nichts zu tun.

Die Kl. hat hiernach trotz sofortiger Erkenntnis von dem für sie bedrohlichen, durch die Wahl der Firma des Rechtsvorgängers der Bekl. geschaffenen Zustande die ganze Zeit hindurch während Bestehens der Einzelfirma Arthur J. geschwiegen. Sie gab somit dem Gegner Zeit, seinen Betrieb unter der von ihr nicht beanstandeten Firma auszubauen und kann deshalb nicht jetzt nach einer Reihe von Jahren, ohne sich dem Vorwurf eines Treu und Glauben widerstrebenden Verhaltens aussetzen, unter Berufung auf ihr formales Recht den ohne ihren Widerspruch im Verkehr eingebürgerten Geschäftsbetrieb ihres Konkurrenten zu einem ihr genehm erscheinenden Zeitpunkt ausschalten, indem sie jetzt nach Umwandlung der Firma des Einzelkaufmanns in eine GmbH. den Familiennamen J. zu beseitigen sucht. In einem solchen Falle würde dieser andere beim Erfolge ihrer Unterlassungsklage in seinem schutzwürdigen Besitzstand, für dessen Dauerberechnung entgegen der Ansicht des BG. der Bekl. die Zeit des Bestehens der Einzelfirma ihres Rechtsvorgängers Arthur J. zugute kommt, durch willkürliche Rechtsausübung ihrerseits verletzt werden (vgl. das Farina-Urteil des erf. Sen.:

<sup>1)</sup> JW. 1925, 1289. <sup>2)</sup> JW. 1925, 2002. <sup>3)</sup> JW. 1930, 1692.

<sup>4)</sup> JW. 1927, 1591.

Lehkauf-Urteil (JW. 1929, 3076) behandelte Frage, wie sich die Rspr. verhalten wird, wenn der Namensträger sich nicht auf einen Besitzstand berufen kann. Die Antwort ist nicht schwer, wenn man sie darauf abstellt, ob der Namensträger ein Recht zur Benutzung des Namens hat. In meiner Schrift „Das Wettbewerbsrecht der Gleichnamigen unter Berücksichtigung ausländischen Rechts“ (vgl. auch GewRsch. 1929, 1081 f.) habe ich auf S. 138 der Hoffnung Ausdruck verliehen, daß die Rspr. sich wieder zu folgender Norm zurückfinden möge: „Die Benutzung des eigenen Namens als Firma oder die gesetzliche berechnete Verwendung von Familiennamen zur Firmenbildung kann trotz der hierdurch entstehenden Verwechslungsgefahr mit

dem Namen oder der Firma eines früher Berechtigten nicht schlechthin verboten werden.“ In prozessualer Beziehung habe ich S. 144 geäußert: „Die Beurteilung darf nie das absolute Verbot enthalten, einen Familiennamen zur Firmenbildung zu verwenden und unter dem Namen Handel zu treiben, wenn der Bekl. hierzu ein natürliches oder gesetzliches Recht hat.“ Diesen Ergebnissen nähert sich die vorliegende Entsch. in beträchtlichem Ausmaß. Dabei mag noch besonders hervorzuheben werden, daß die im Stollwerk-Urteil (JW. 1927, 1591) offengelassene Frage über den Einfluß der mala fides im Falle des § 18 HGB. nunmehr erfreulicherweise dahin beantwortet wird, daß auch bei mala fides der Familienname aus der Firma des

MuW. XXX, 440). Daran würde auch die vom BG. gegen Schluß des BU. ausgesprochene Annahme, daß Arthur Z. bei Gründung seiner Einzelfirma auf Täuschung ausgegangen sei, nichts ändern, selbst wenn in diesen Worten eine Feststellung und nicht vielmehr nur eine Ansicht, ein Urk. des BG. zu erblicken sein sollte. Aber selbst wenn es sich um eine Feststellung des BG. handeln sollte, würde diese an der Entsch. im Ergebnis nichts ändern können. Auch die etwaige maldes des Arthur Z. bei Gründung seiner Einzelfirma würde dem Verwirklichungseinwande nicht entgegenstehen. Denn nach der neueren Rpr. des erf. Sen. ist trotz einer ursprünglichen sittenwidrigen Wettbewerbsbehandlung des einen Teils dem Verletzten unter Umständen das Einschreiten zu verwehren, wenn der Verletzte den ihm bekannten Verstoß längere Zeit hindurch widerpruchslos geduldet, dadurch einen für den Gegner wertvollen Besitzstand hat zur Entstehung kommen lassen und der Gegner aus dem Verhalten des Verletzten auf dessen Einverständnis und damit auf die Zulässigkeit seines eigenen Tuns zu schließen berechtigt gewesen ist (vgl. RG. 127, 321<sup>o</sup>), ferner Gargoyle-Urteil v. 23. Sept. 1930 II 543/29<sup>o</sup>): MuW. XXX, 560). Aus dem oben dargelegten passiven Verhalten der Kl. gegenüber dem Namen Z. während fast 4 1/2 Jahre hindurch ist in Anbetracht ihrer genauen Kenntnis von dem Bestehen und der Verwechslungsgefahr der Einzelfirma Arthur Z. nach Treu und Glauben der klare Ausdruck ihrer Auffassung zu entnehmen, daß sie an dem Namen als solchem keinen Anstoß nehme und in seiner Verwendung eine sittenwidrige Wettbewerbsbehandlung des Arthur Z. nicht erblicke. Daraus wurste die Bekl. die Überzeugung gewinnen, daß in der stillschweigenden Hinnahme des Namens Z. während der vorausgegangenen Jahre eine bewußte Duldung durch die Kl. liege. Hat aber die Kl. durch ihr eigenes Verhalten die Voraussetzungen dafür mitschaffen helfen, daß die Bekl. sich durch Beibehaltung des für die Luxus Schuhbranche in Berlin bedeutsamen Namens Z. sich einen wertvollen Besitzstand an ihrer Firma mit diesem Namen geschaffen hat, so würde sie gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn sie jetzt plötzlich im vollen Gegensatz dazu der Bekl. die Benutzung dieses Namens entziehen wollte und den von ihr selbst allmählich legalisierten Besitzstand der Bekl. angreifen und zerstören würde.

(U. v. 12. Mai 1931; 336/30 II. — Berlin. [Ru.]

<sup>o</sup>) ZW. 1930, 1694. <sup>o</sup>) ZW. 1931, 410.

Einzelkaufmannes nicht entfernt werden darf (vgl. auch meine oben zitierte Abhandlung S. 53 und meine Anm. ZW. 1930, 1231). Die Folgerungen, die das OLG. Hamburg in dem neuesten Weber-Urteil v. 9. Juli 1930 (MuW. XXXI, 459) aus der älteren Entsch. des RG. (MuW. XXVII/XXVIII, 522, 524) zieht, sind mit der neueren Rpr., namentlich diesem Urteil des RG., nicht vereinbar.

RA. Prof. Dr. Hans Kirchberger, Leipzig.

Zu 11. Lieft man das Urteil des RG., so hat man die Empfindung, daß es der Kl. gelungen ist, die rechtliche Wirkung zu vereteln, die ursprünglich beide Parteien gewollt haben, die nachher die Kl. aus irgendwelchen außerhalb liegenden Gründen zu vermeiden wünschte. Man hat diese Empfindung leicht und oft bei Urteilen für die in erster Linie formale Gründe ausschlaggebend waren. In der vorl. Entsch. des RG. kam es auf zwei Fragen an:

1. Ist zwischen den Parteien eine Vereinbarung in der — gerichtlichen oder notariellen — Form vorgenommen worden, die Voraussetzung für die rechtliche Verpflichtung eines Gesellschafters einer GmbH. zur Abtretung eines Geschäftsanteils ist?

2. Wenn eine solche formgemäße Vereinbarung nicht vorliegt: Genügen die tatsächlich abgegebenen Erklärungen in der Form, in der sie abgegeben wurden, um den gleichen rechtlichen Erfolg wie jene formgemäße Vereinbarung herbeizuführen?

Die Frage, ob ein Vertrag vorliegt oder nicht, ist eine begriffliche. Man kann von der begrifflichen Lösung im Einzelfalle nicht abweichen. Auch wenn ihr Ergebnis nicht befriedigt. Die Frage ist vom RG. richtig entschieden. Das Anerbieten der Kl. an die Bekl., ihre Gesellschafterin zu werden und das Anerbieten einer Gesellschafterin, der Bekl. einen Teil ihres Stammanteils abzutreten, geben zusammen keinen Vertrag. Wie immer die inneren Zusammenhänge der beiden Erklärungen waren, sie richteten sich nicht an dieselbe Person. Es fehlt der Zusammenschluß zur Einheit, der Voraussetzung jedes Vertrages ist.

Anders steht es mit der zweiten Frage. Sie ist keine begriffliche. Bei ihr handelt es sich vielmehr um die Anwendung einer konkreten Gesetzesbestimmung. Die Gesetzesbestimmung sagt, daß die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils nur in einer gerichtlichen oder notariellen Vereinbarung be-

\*\*11. § 15 Abs. 4 GmbHG. Ein Vertrag, durch den sich ein Dritter der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, einen Geschäftsanteil, der ihm von einem ihrer Gesellschafter auf deren Veranlassung abgetreten werden soll, zu erwerben, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form. †)

(U. v. 7. Jan. 1930; 185/29 II. — Berlin.) [Ru.]

Abgedr. ZW. 1930, 3741<sup>o</sup>.

12. § 15 Abs. 5 GmbHG. Auch wenn jemand Gesellschafter einer GmbH. nur im Auftrag eines anderen geworden und diesem gegenüber verpflichtet ist, seinen Anteil an ihn abzutreten, bedarf diese Abtretung der im Geschäftsvertrage vorgesehenen Genehmigung der Gesellschaft. †)

Zu den Gründern der bekl. GmbH. gehört A. W. Dieser schloß am 15. April 1924 mit der Kl. einen „Treuhand“-vertrag, worin festgelegt wurde, daß W. unter anderem bei Errichtung der Bekl. nach außen hin im eigenen Namen, im Innenverhältnis als Beauftragter und Treuhänder der Kl. gehandelt, diese die erforderlichen Geldmittel dazu gegeben habe, aus den damit bestrittenen Rechtsverhältnissen nach außen W., nach innen die Kl. Berechtigte und Verpflichtete sei, und W. alle ihm in seiner Tätigkeit erwachsenen Vertragsrechte und Geschäftsanteile jederzeit an die Kl. in Gemäßheit der betreffenden Verträge zu übertragen habe. Gleichzeitig bevollmächtigte W. die Kl. unter Ausschluß des § 181 BGB., jederzeit diese Übertragung für ihn vorzunehmen. Wegen eingetretener Differenzen widersprach die Kl. im April 1928 W. gegenüber das Treuhandverhältnis. Sie trat ferner in notarieller Verhandlung v. 13. April 1928 auf Grund der erwähnten Vollmacht W.s Anteile an der Bekl. an sich selbst ab. Der Geschäftsvertragsvertrag der Bekl. enthält in § 4 Abs. 1 die Bestimmung, daß zur Abtretung oder Veräußerung von Geschäftsanteilen die vorherige Zustimmung der Mehrheit der in S. wohnhaften, die sog. Tlensburger Gruppe bildenden Gesellschafter und die Zustimmung der Gesellschaft selbst auf Grund Mehrheits-

gründet werden kann. Daß für den Wortlaut des Gesetzes nur der Fall in Betracht kommt, in dem ein Gesellschafter der abtretende und ein anderer als zukünftiger Abtretungsempfänger erscheint, steht außer Zweifel. Wie weit muß nun über diesen im Gesetz genannten Fall hinaus die an dieser Stelle vorgesehene Form gewahrt sein? Das RG. hat früher schon ausgesprochen, daß die Formvorschrift auch gewahrt sein müsse, wenn es sich nur um die Abnahmeverpflichtung gegenüber einem Gesellschafter handle, also nicht um die Verpflichtung zur Abtretung, die offen bleiben kann. Diese Stellungnahme des RG. ist allerdings in der Literatur nicht unwidersprochen geblieben (vgl. Anm. 15 zu § 15 bei Hachenburg). Jetzt aber geht das RG. noch weiter. Es verlangt die Wahrung der Formvorschrift auch dann, wenn sich nicht bloß ein Gesellschafter einem anderen, sondern auch der Gesellschaft selbst gegenüber zur Abnahme eines Geschäftsanteils verpflichtet — wobei es offen bleiben kann, auf welche Weise die Gesellschaft dem zur Abnahme sich Verpflichtenden den Geschäftsanteil verschafft. Wie die früheren Entsch., so wird auch die jetzige mit der Absicht des Gesetzes begründet, durch den Formzwang den spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen zu verhindern. Dieser Zweck steht nirgendwo im Gesetz. Man darf daher diesen Gedanken nicht überspannen. Ganz ausschalten läßt sich ohnehin auch mit allen Formvorschriften das nicht, was die reichsgerichtliche Entsch. den spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen nennt. Wie so etwas trotz allem gemacht werden kann, ist an der angeführten Stelle bei Hachenburg ausführlich dargestellt. Es bleibt nur eine Erschwerung des Geschäftsverkehrs. Es bleiben im Erfolg nicht ganz befriedigende Lösungen wie im vorl. Falle. Gerade dieser Fall, in dem auf beiden Seiten formgemäße Erklärungen abgegeben wurden, die sich nur nicht zu einem Vertrag zusammenschlossen, ist besonders wenig geeignet, die Richtigkeit des Prinzips und die Notwendigkeit seiner erweiterten Anwendung darzulegen. Auch wenn man zugeben muß, daß die Entsch. des RG. in ihrer logischen Struktur nicht zu beanstanden ist.

RA. Dr. Fritz Bing, Mannheim.

Zu 12. Für die Beurteilung des vorliegenden Falles dürfte es gleichgültig sein, ob ein „Treuhandverhältnis im eigentlichen Sinne“ vorliegt. Die Entsch. müßte auch für das eigentliche Treuhandverhältnis in gleicher Weise getroffen werden. Denn dafür, ob die Übertragung eines Geschäftsanteils von einem Gesellschafter

beschlusses erforderlich sei. In der Gesellschafterversammlung der Bekl. v. 28. Juli 1928 versagten sowohl die Versammlung im ganzen als die sog. Flensburger Gruppe der Gesellschafter die Zustimmung zu der Abtretung der W.schen Geschäftsanteile an die Kl.

Die Kl. klagt auf Feststellung, daß die Abtretung rechtswirksam sei, hilfsweise, daß diese Übertragung nicht an die Bedingungen in § 4 Abs. 1 des Statuts der Bekl. geknüpft sei. Sie ist in allen Instanzen unterlegen.

Die Zurückweisung der Berufung wird vom angefochtenen Urteil damit begründet, daß auch bei formell nicht zu beanstandender Rechtswirksamkeit des zwischen W. und der Kl. geschlossenen sog. Treuhandvertrages die Übertragung der W.schen Geschäftsanteile an der Bekl. GmbH. auf die Kl. jedenfalls einer förmlichen Abtretung und danach gemäß § 15 Abs. 5 GmbHG. und § 4 Abs. 1 der Satzung der Bekl. der Genehmigung der Mehrheit der Gesellschafterversammlung der Bekl. sowohl wie auch der sog. Flensburger Gruppe ihrer Gesellschafter bedürft hätte, dies auch offenbar der Wille der Gründer der Bekl. gewesen und somit mangels Erteilung jener Genehmigung die Übertragung nicht wirksam erfolgt, demzufolge aber das Feststellungsbegehren der Kl., zumal ein Verstoß der Bekl. gegen Treu und Glauben oder die guten Sitten nicht gegeben sei, unbegründet sei. Diese Ausführungen lassen nach keiner Richtung hin einen Rechtsirrtum erkennen. Die Meinung der Rev., daß die Vorschrift in § 15 Abs. 5 unmöglich auf den vorliegenden Fall angewendet werden könne, wo es sich nicht um eine rechtsgeschäftliche Veräußerung der Geschäftsanteile an die Kl., sondern nur um die Erfüllung einer infolge des „Treuhandvertrages“ schon bei Gründung der Bekl. bestehenden Abtretungspflicht W.s gegenüber der Kl. als seiner Treugeberin gehandelt habe, ist bereits vom BG. zutreffend zurückgewiesen. Daß durch den Vertrag v. 15. April 1924 ein Treuhandverhältnis im eigentlichen Sinne, das die Übertragung eines zum Vermögen des Treugebers gehörigen Gegenstandes zu treuen Händen erfordert, nicht begründet worden ist, wird vom angefochtenen Urteil mit Recht hervorgehoben. In Wirklichkeit war dieses zwischen der Kl. und W. vereinbarte Rechtsverhältnis das einer auf Auftrag beruhenden sog. indirekten Stellvertretung, insofern W. bei Gründung der Bekl. und als ihr Gesellschafter zwar im eigenen Namen, indes in Wahrnehmung der Interessen der Kl. als der Geldgeberin und mit der Verpflichtung, die auf ihre Rechnung erlangte Rechtsstellung jederzeit auf sie zu übertragen, zu handeln hatte. Der Vertrag v. 15. April 1924 beurteilt die Wirkungen dieses Rechtsverhältnisses durchaus

auf einen anderen durch einen Nichtgesellschafter ohne die statutarisch eingeführte Zustimmung der übrigen Mitglieder erfolgen darf, ist es gleichgültig, ob der Geschäftsanteil bereits im Vermögen des neuen Erwerbers war und von ihm dem Treuhänder übertragen wurde, oder ob der letztere unmittelbar für Rechnung seines Auftraggebers den Geschäftsanteil erworben hat. In beiden Fällen ist nach außen hin und der Gesellschaft gegenüber nur der bei ihr angemeldete Gesellschafter ihr Mitglied. Höchstens könnte bei der Auslegung der Satzungsbestimmung über das Erfordernis der Zustimmung der übrigen Gesellschafter diese Unterscheidung von Bedeutung werden. Indes müßte auch hier ein Anhaltspunkt aus dem Gesellschaftsvertrag selbst sich ergeben, daß der frühere Gesellschafter, der nur einem Treuhänder vorübergehend den Geschäftsanteil übereignete, das Recht der Rückkehr ohne Mitwirkung der anderen Gesellschafter haben sollte. In der Regel wird man aber davon ausgehen müssen, daß die Gesellschaft sich über die Motive der Übertragung nicht kümmert. Für sie ist jeder juristische Neuerwerb unter die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags zu bringen. Das innere Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber berührt sie nicht.

Aus dem gleichen Grunde muß auch hier hervorgehoben werden, daß die Befreiung von der Formvorschrift des § 15 Abs. 4 GmbHG. für den Fall auch eines uneigentlichen Treuhandverhältnisses besteht. Die Verpflichtung aus Auftrag oder Dienstvertrag bedarf nicht der notariellen Beurkundung. Von dieser Abspr. (vgl. RG. 50, 42; RG. 1907, 487; 1913, 1041) hat auch das RG. in vorliegenden Falle nicht abweichen wollen. Durch die Verweisung auf § 15 Abs. 5 GmbHG. wird dies deutlich erkennbar. Der Anspruch des Kl. gegen seinen indirekten Stellvertreter bedarf keiner notariellen Beurkundung. Dies schließt aber nicht aus, daß die formgerechte Übertragung des Geschäftsanteils

zutreffend, wenn er sagt, daß aus den so entstandenen Rechtsbeziehungen nach außen hin W., im Innenverhältnis die Kl. die Berechtigte und Verpflichtete und zum Übergang der W.schen Rechte, insbes. seiner Geschäftsanteile, auf die Kl. eine besondere Übertragung notwendig sei. In der Tat kann bei einem so gestalteten Rechtsverhältnis keine Rede davon sein, daß etwa die W.schen Mitgliedschaftsrechte bei der Bekl. unmittelbar in der Person der Kl. erwachsen seien oder mit dem Ende des sog. Treuhandverhältnisses ohne weiteres ein dinglicher Anfall an die Kl. eingetreten wäre, und das angefochtene Urteil verlangt daher mit vollem Recht, wie das ja auch z. B. auf dem Gebiete des handelsrechtlichen Kommissionsverhältnisses von keiner Seite bezweifelt wird, zur Übertragung des von W. in Ausführung seines Auftrags Erlangten an die Kl. gemäß § 667 BGB. die Abtretung seiner Geschäftsanteile an diese. Dann ist aber nicht einzusehen, warum diese Abtretung nicht etwaigen gemäß § 15 Abs. 5 GmbHG. getroffenen Satzungsbeschränkungen unterliegen soll. Da W. formeller Gesellschafter der Bekl. geworden ist, die erlangten Geschäftsanteile rechtlich ihm zustehen, ist der Weg ihrer Überführung in das Vermögen der Kl. immer nur der der rechtsgeschäftlichen Veräußerung, wie sie die Rev. als Voraussetzung für das Eingreifen von § 15 Abs. 5 erfordert. Dieses ist in keiner Weise abhängig von Inhalt und Rechtsnatur des der Veräußerung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Geschäfts und somit allein durch das Vorliegen eines sich als Abtretung von Geschäftsanteilen darstellenden Erfüllungsgeschäfts bedingt. Solches hat aber auch die Kl. über die W.schen Geschäftsanteile in der notariellen Verhandlung v. 13. April 1928 gemäß § 181 BGB. mit sich selbst abzuschließen für notwendig erachtet, und es kann danach nicht zweifelhaft sein, daß dieses Geschäft mit den Vorschriften der Satzung der Bekl. über die Abtretung von Geschäftsanteilen in Einklang stehen mußte.

(U. v. 20. Febr. 1931; 184/30 II. — Kiel.)

[Ru.]

13. § 19 GmbHG.; §§ 211, 220, 221 HGB. Die Abtretung oder die Pfändung von Stammeinlagerückständen einer GmbH. ist nur zulässig, wenn der Gesellschaft für die Abtretung ein vollwertiges Entgelt zufließt, oder wenn der Anspruch des Pfändungspfandgläubigers im Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Pfändungsbeschlusses gegenüber dem gepfändeten Einzahlungsanspruch vollwertig ist. †)

(U. v. 22. Mai 1931; 299/30 II. — Berlin.)

Abgebr. JW. 1931, 2096.

erfolgen muß. In gleicher Weise aber finden dann die zugunsten der Gesellschaft getroffenen Erschwerungen einer solchen Übertragung Anwendung. Dies ist schon deshalb notwendig, weil die hier getroffenen Bestimmungen, namentlich das Verlangen der Zustimmung der Gesellschafter, zum Schutze der Gesellschafter getroffen sind. Es sollen Gesellschafter ferngehalten werden können, deren Eintritt in die Gesellschaft nicht als wünschenswert erscheint. Sollten bei dem Erwerb eines Geschäftsanteils durch den Treuhänder bei dessen Ausfolgung des Geschäftsanteils an seinen Auftraggeber diese Schutzvorschriften nicht anwendbar sein, so wäre der beste Weg zur Umgehung der statutarischen Vorschriften gegeben. Wer befürchten muß, von den Gesellschaftern zurückgewiesen zu werden, brauche nur eine harmlos erscheinende Person vorzuschicken. Sie erhalte die Zustimmung der Gesellschafter. Dann schlüpfe der mißliebige Erwerber auf diesem Umwege in die Gesellschaft hinein. Das RG. hat es mit Recht abgelehnt, die Tatsache, daß wirtschaftlich der Auftraggeber Gesellschafter sei, hier mit rechtlicher Wirkung auszustatten.

RA. Dr. Dr. Max Sackenburg, Mannheim.

Zu 13. A. Die Entsch. enthält keinen grundsätzlich neuen Rechtsgedanken. Sie spricht nur für die GmbH. aus, was für die AktG. bereits durch die frühere reichsgerichtliche Abspr. festgelegt war. Der Anspruch auf die Einzahlung auf die Stammeinlage ist wie der auf die Vollzahlung der Aktien abtretbar und pfändbar. Aber die Leistung, die der Gesellschaft auf Grund von Abtretung oder Pfändung zufließt, muß vollwertig und fällig sein. Das war in den beiden zitierten Entsch. für die AktG. bereits ausgesprochen. Das gilt ebenso für die GmbH. trotz des etwas abweichenden Wortlauts vom § 19 GmbHG. gegenüber §§ 211, 220, 221 HGB. Stammkapital- und Grundkapitalziffer geben denjenigen Vermögenswert an, der der

**\*\*14.** § 24 GmbHG. Im Falle der Kapitalserhöhung der GmbH. haften die Übernehmer der neuen Stammeinlagen für die Ausfälle der früheren. f)

Das Stammkapital der am 19. Jan. 1927 gegründeten, am 2. März 1927 im Handelsregister eingetragenen gemein-schuldnereischen GmbH. belief sich ursprünglich auf 400 000 RM; es ist durch Beschlüsse der Gesellschaftsversammlungen vom 25. März 1927 und 1. Juni 1928, die demnächst zur Eintragung im Handelsregister gelangten, um je 100 000 RM auf schließlich 600 000 RM erhöht worden. Der Bekl. war an der Gesellschaft zunächst nicht beteiligt, ist ihr vielmehr erst durch Übernahme der am 1. Juni 1928 neugeschaffenen Stammeinlage von 100 000 RM beigetreten. Zur Zeit der Konkursöffnung — 5. März 1929 — hatten drei Gesellschafter, die Mitgründer der Gesellschaft gewesen sind, ihre damals übernommenen Stammeinlagen noch nicht voll bezahlt. Sie sind von ihnen nicht beizutreiben. Der kl. Kon-

Gesellschaft zustießen muß. Er darf durch keinerlei Rechtsgeschäfte vermindert, der Zeitpunkt seiner Leistung nicht hinausgeschoben werden.

RA. Dr. Fritz Ding, Mannheim.

**B.** Die Entsch. stellt eine Wendung des RG. in der Frage der Pfändbarkeit (im Gegensatz zur Abtretbarkeit) von Ansprüchen einer AktG. oder einer GmbH. auf rückständige Einlagen dar. Die Entsch. steht mit der Rspr. des RG. über die Abtretbarkeit im Einklang; sie entspricht den Bedürfnissen der Praxis. Aus neuester Zeit liegt das Urteil des gleichen Senats v. 9. Jan. 1931, 157/30 II: JW. 1931, 796<sup>4</sup> vor mit den Anm. Ding a. a. O. und Flechtheim: JW. 1931, 1963<sup>9</sup>.

**Zu 14.** Das RG. hält trotz Widerspruchs von Seiten verschiedener führender wissenschaftlicher Persönlichkeiten an seinem Standpunkte fest, daß nach § 24 GmbHG. sowohl der sich an einer Kapitalerhöhung neu beteiligende Gesellschafter für die sich aus dem Reduzierungsverfahren ergebenden Fehlbeträge an dem ursprünglichen Stammkapital als auch die früheren Gesellschafter an dem auf gleiche Weise festgestellten Fehlbeträge des erhöhten Kapitals haften. Dabei ist es ohne Belang, ob ein Gesellschafter der Kapitalerhöhung zugestimmt hat oder nicht, ob es sich um einen alten Gesellschafter handelt, der sich an der Kapitalerhöhung beteiligt oder um einen neu eintretenden Gesellschafter.

Das RG. setzt sich in obigem Urteile neuerdings mit den literarischen Gegenäußerungen auseinander und sucht auch die eigenen Meinungen zu vertiefen. Zu den von dem RG. angeführten Zitaten wären noch nachzutragen: Pinzger, § 24 Anm. 3, als Anhänger des RG.; Krakenberger, § 24 Anm. 2e; Träger-Crecedius, § 24 Anm. 1; Wieland, Handelsrecht Bd. 2 S. 349f.; Hachenburg: JW. 1918, 668 als Gegner. Eine teilweise abw. Stellung nehmen ein: Staub, GmbHG., 1. Aufl., § 24 Anm. 7, der zwar die Auffassung des RG. in dessen später gefassten Entsch. bezüglich teilt, aber § 55 Abs. 2 Satz 2 für den neu eintretenden Gesellschafter anwendet, ihm schließt sich im wesentl. an Cantor: LZ. 1914, 1877 ff.; Holländer: JHR. 76, 102 ff.; Gierke, Handelsr. u. SchiffR. S. 439f., die die Haftung neu eintretender Mitglieder für u. Reste früherer Stammeinlagen bejahen, aber in Anwendung des § 53 Abs. 3 die Haftung der alten Gesellschafter für Fehlbeträge bei späteren Stammeinlagen verneinen, wenn die alten Gesellschafter der Erhöhung nicht zugestimmt haben.

Das Problem ist von großer wirtschaftlicher Bedeutung. Man hat angesichts der Rspr. des RG. — übrigens auch der OLG. Karlsruhe: OLG. Rsp. 14, 365; OLG. Dresden: OLG. Rsp. 40, 196; OLG. Köln: LZ. 1918, 224 und OLG. Dresden: LZ. 1918, 146 — schon den Ruf ausgestoßen: Gibt es noch eine GmbH.? oder nicht minder lebhaft gesagt: Das wäre eine schöne GmbH.! — Nichtsdestoweniger kräftigt kein — wenn das kühne Bild gestattet ist — praktischer Hahn nach den die Deckungspflicht so weit ausspannenden Urteilen. GmbH. werden gegründet, Kapitalerhöhungen werden vorgenommen ohne Rücksicht auf den Umfang der Haftung. Ja, man übertreibt nicht mit der Behauptung, daß die wenigsten Gesellschafter einer GmbH. auch nur eine Ahnung von dem Inhalte des § 24 GmbHG. haben, selbst soweit er völlig unumstritten ist. Immerhin verdient das Für und Wider möglichst vollständig zusammengestellt und kritisch gewürdigt zu werden. Wir folgen dabei der Beweisführung des RG. und schließen jener die Gegenargumente und unsere Auffassung an. Man muß sich Stellung und Wortlaut des § 24 immer vor Augen halten. Er steht im 2. Abschn.: „Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter“ und lautet:

„Soweit eine Stammeinlage weder von den Zahlungspflichtigen eingezogen noch durch Verkauf des Geschäftsanteils gedeckt werden kann, haben die übrigen Gesellschafter den Fehlbetrag nach Verhältnis ihrer Geschäftsanteile aufzubringen. Beiträge, welche von einzelnen Gesellschaftern nicht zu erlangen sind, werden nach dem bezeichneten Verhältnis auf die übrigen verteilt.“

Kursverwalter hat gegen sie das Ausschließungsverfahren eingeleitet, durchgeführt und sie ihrer Geschäftsanteile und Teilzahlungen zugunsten der Gesellschaft veräußert erklärt. Kl. ist nun der Ansicht, daß sämtliche übrigen Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile für den Ausfall von 40 000 RM aufzukommen haben, gleichviel, ob sie der Gesellschaft von Anfang an als Gesellschafter angehört haben oder ihr erst anlässlich der späteren Kapitalerhöhungen durch Übernahme neu zu leistender Stammeinlagen beigetreten sind. Den auf den Bekl. verhältnismäßig entfallenden Teil des Fehlbetrages errechnet er auf 7843 RM und fordert von ihm diese Summe nebst Zinsen seit 19. Dez. 1929.

Das OLG. hat die Klage abgewiesen, das RG. auf Sprungrevision den Bekl. verurteilt.

Es handelt sich um eine reine Rechtsfrage, nämlich darum, ob bei einer GmbH. im Fall der Kapitalerhöhung die Übernehmer der neuen Stammeinlagen ohne weiteres auch für Ausfälle damals schon vorhandener Stammeinlagen haf-

Die Beweisgründe des RG. sind:

1. Die Frage ist für beide Haftungsfälle gleichheitlich zu entscheiden.

Dem stimmen auch viele Gegner des RG. zu. Man leitet aus dieser notwendigen Folge gerade das Unmögliche des bekämpften Standpunktes ab. Einzelne dieser Gruppe unterscheiden aber, indem sie sagen: Wer einer späteren Kapitalerhöhung nicht zugestimmt hat, haftet nicht für die Fehlbeträge dieser Erhöhung.

Die Auffassung des RG. ist zu billigen. Denn wenn man die Deckungspflicht für die Gründer hinsichtlich der folgenden Kapitalerhöhung bejaht, dann gibt das Gesetz keinerlei Handhabe dafür, daß man die Deckungspflicht der an einer Kapitalerhöhung Beteiligten für das sogenannte alte Stammkapital verneint. Die Verantwortung darauf abzustellen, ob ein Gesellschafter der Erhöhung zugestimmt hat oder nicht, enthält eine Verkenning der Bedeutung eines Mehrheitsbeschlusses. Einem solchen muß sich die Minderheit fügen. Ausdrückliche oder stillschweigende Vorbehalte sind unbeachtlich. Ob Willensmängel bei der Abstimmung vorliegen, ist eine Tatsache, die jedenfalls so lange nicht zu berücksichtigen ist, als die Stimmabgabe nicht mit Erfolg angefochten ist. Ob eine solche Anfechtung überhaupt zulässig ist, darüber besteht Streit. Wie soll sich auch die Haftung des Erwerbers eines Geschäftsanteils gestalten, wenn man die Haftungszfrage nach der Stimmabgabe beantwortet? Man kann doch billigerweise ihm nicht eine im Ergebnis recht problematische Erkundigungspflicht auferlegen. Das ginge noch weiter als die angeforderte Informationspflicht über Rückstände, die das RG. verlangt.

2. § 53 Abs. 3, wonach eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrage obliegenden Leistungen nur mit Zustimmung sämtlicher beteiligter Gesellschafter beschlossen werden kann, kommt nicht in Frage.

Denn der Beschluß nach § 53 Abs. 3 muß die Vermehrung der Pflichten unmittelbar betreffen. Der Kapitalerhöhungsbeschluß hat aber seinem Inhalte nach mit den Verpflichtungen der bisherigen Gesellschafter nichts zu tun.

Dem wird entgegengehalten: Die Tatsache der Mehrbelastung ist nicht negizuleugnen. Ob dieselbe früher oder später eintritt, ist kein Gegenargument. Übrigens ist die unmittelbare Anwendung des § 53 Abs. 3 nicht einmal erforderlich. Sein Wesen, sagt Hachenburg, als Schutzvorschrift für die Gesellschafter zwingt zu seiner Berücksichtigung bei einer Gesetzesauslegung, für die der Text des Gesetzes verjagt und dessen Zweck entscheidend sein muß. Der Tatbestand des § 53 Abs. 3 sei auch erfüllt, wenn die gesetzlich den Gesellschaftern obliegenden Leistungspflichten erhöht werden. Die Folge, daß wegen der Möglichkeit der nicht erfolgten Vollenziehung jede Kapitalerhöhung Einstimmigkeit erfordere, sei nicht so unannehmbar wie die Folge, daß ein Gesellschafter der weitgehenden Deckungspflicht wehrlos gegenüberstehe.

Auch hier verdient das RG. Zustimmung. § 53 Abs. 3 hat einen festumgrenzten Inhalt. Die Vermehrung der Leistungspflicht muß beschlossen werden. Ein Beschluß, der erst durch Hinzutreten von Erzeugnissen, die mit seinem Inhalte nichts zu tun haben, Mehrleistungen nach sich zieht, ist kein die Leistungspflicht erhöhender Beschluß. Nicht daß die Pflichtenvermehrung in naher und weiter Ferne liegt, ist der springende Punkt, sondern daß ein neues Tatbestandsmoment, das gar nicht Gegenstand der Beschlußfassung sein kann, in die Erscheinung treten muß, um die Deckungspflicht auszulösen. Allein wie dem auch sei: es handelt sich — das zur Ergänzung der reichsgerichtl. Beweisführung — gar nicht um eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem „Gesellschaftsvertrag“ obliegenden Leistungen. Wenn gesagt wird, es komme nicht darauf an, ob die bisherigen Leistungspflichten nach Grund und Höhe im Gesellschaftsvertrage festgelegt waren oder ob sie aus dem Gesetze folgen (so auch Scholz, § 53 Anm. III 1a, jedoch im Widerspruch zu § 24 Anm. III 3), so ist darauf zu erwidern, daß es gerade darauf ankommt. Denn was

ten. Diese Frage hat den erf. Sen. in dem Urte.: RG. 82, 116 ff.<sup>1)</sup> in bejahendem Sinn entschieden. Das von dem LG. angeführte Urte.: RG. 93, 251 ff.<sup>2)</sup> betrifft den umgekehrten Fall, wenn die ursprünglichen Gesellschafter zur Tilgung von Rückständen späterer Kapitalerhöhungen herangezogen werden. Allerdings ist in diesem Urte. dargelegt, daß die Gründe des Erkenntnisses: RG. 82, 118<sup>3)</sup> auch zur Bezahlung der Haftung der ursprünglichen Gesellschafter für Fehlbeträge neugeschaffener Stammeinlagen führten.

Das LG. begnügt sich für seinen abweichenden Standpunkt mit der Erwägung, daß eine so weitgehende Haftung, wie sie sich aus der dem Urte.: RG. 93, 251<sup>4)</sup> bzw. 82, 116 ff.<sup>5)</sup> zugrunde liegenden Auffassung ergebe, im Gesetz einen unzweideutigen Niederschlag hätte finden müssen; im übrigen verweist es auf die Ausführungen Sachenburgs: Ann. 16—19 zu § 24 GmbHG. und LZ. 1914, 119.

Die Rev. des Kl. rügt demgegenüber Verletzung der §§ 24, 55 GmbHG. Ihr war der Erfolg nicht zu versagen. Es ist richtig, daß auch nach den beiden Urte.: RG. 82, 116<sup>6)</sup>

<sup>1)</sup> JW. 1913, 693. <sup>2)</sup> JW. 1918, 251. <sup>3)</sup> JW. 1913, 693.

<sup>4)</sup> JW. 1918, 251. <sup>5)</sup> JW. 1913, 693. <sup>6)</sup> JW. 1913, 693.

zwingende gesetzliche Folge ist, kann nicht Gegenstand vertraglicher Vereinbarung sein. Durchaus zutreffend bemerkt das OLG. Köln, daß die Frage der Anwendbarkeit des § 53 Abs. 3 die Entsch. unserer Frage voraussetze. Wenn nämlich die Haftung der alten Gesellschafter für Fehlbeträge bei der Kapitalerhöhung kraft Gesetzes schon eintritt, so entfällt die Anwendbarkeit des § 53 Abs. 3 ohne weiteres. Ein Beispiel möge das Besagte erläutern. Nach § 20 muß der mit der Einzahlung seiner Stammeinlage säumige Gesellschafter 4% Verzugszinsen zahlen. Wenn nun der Gesellschaftsvertrag dahin abgeändert wird, daß diese gesetzliche Folge in ihm ausdrücklich aufgenommen wird, so wird wohl niemand hierfür die Zustimmung der Gesellschafter erfordern, die beteiligt, d. h. im Rückstande sind oder in Rückstand geraten können. Die entsprechende Anwendung des § 53 Abs. 3 kann aber auch nicht in Frage kommen. Hier gilt gleichfalls der vorerwähnte Gesichtspunkt, den das OLG. Köln hervorhebt. Überdies gestattet der Ausnahmekarakter des § 53 Abs. 3 nicht seine Ausdehnung auf einen anderen Tatbestand.

Dazu kommt noch folgendes: Kapitalerhöhung ist Satzungsänderung. Als Regelfall ist hierfür  $\frac{3}{4}$  der abgegebenen Stimmen erforderlich. Bei der Häufigkeit der Nichtvolldeckung des ursprünglichen oder erhöhten Kapitals würde nach der Gegenmeinung die Regel zur Ausnahme. Das kann vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt sein. Auch ist nicht einzusehen, warum man in § 53 Abs. 3, wo man für einen Sonderbestand die Zustimmung der beteiligten Gesellschafter anordnete, nicht gleichzeitig auch den Tatbestand des § 24 miteinbezog, wenn man dies überhaupt gewollt hätte.

3. § 55 Abs. 2 Satz 2 ist ebenfalls nicht anwendbar.

Nach dieser Bestimmung müssen in der Erklärung der Übernahme jeder auf das erhöhte Kapital zu leistenden Stammeinlage auch sonstige Leistungen aufgenommen werden, zu welchen der Übernehmer außer dem Betrage der Stammeinlage verpflichtet sein soll. Diese Vorschrift gilt aber nicht für den alten Gesellschafter, der sich bei der Erhöhung beteiligt, sondern nur für den neuertretenden Gesellschafter.

Das RG. führt hierzu aus: Die Übernahme der neuen Stammeinlage erfolgt auf Grund eines Vertrages zwischen dem Übernehmer und der Gesellschaft. Daraus folgt aber nicht, daß der Übernehmer für Fehlbeträge bereits vorhandener Stammeinlagen nur dann aufzukommen hat, wenn dies im Vertrage besonders bedungen ist. Der Inhalt des Vertrages richtet sich freilich zunächst nach den besonderen Vereinbarungen der Vertragsschließenden. Soweit aber solche Vereinbarungen nicht getroffen wurden, greifen ohne weiteres die gesetzlichen Bestimmungen als stillschweigender Bestandteil des Vertrags Platz.

Ob letztere Formulierung richtig ist, kann füglich bezweifelt werden. Aber im Ergebnis ist die Auffassung zutreffend, daß die gesetzliche Folge einer Erklärung nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen werden muß.

Da nun zwischen alten und neuen Gesellschaftern zu unterscheiden ist, muß nach der Gegenmeinung die umfassende Deckungspflicht nach § 24 nur in der Übernahmeurkunde der Neuertretenden enthalten sein, nicht aber in der Übernahmeurkunde der bisherigen sich an der Kapitalerhöhung beteiligenden Gesellschafter. In der Tat zieht Staub, 1. Aufl., diese ungereimte Folgerung. Die vom Gesetz nicht einmal angedeutete Zulässigkeit verschiedenartiger Übernahmeurkunden für die beiden Gruppen der Gesellschafter begründet Staub damit, daß von dem bisherigen Gesellschafter angenommen werde, daß er die Verpflichtungen kenne, die nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages einem Gesellschafter obliegen. Sachenburg übernimmt diese Ausführungen in den späteren Auflagen nicht, weil er, wie wir noch sehen werden, die Erkundigungsmöglichkeiten auch des

und 93, 251<sup>7)</sup> die dort entschiedenen Fragen im Schrifttum umstritten geblieben sind, und daß insbes. die damalige Stellungnahme des erf. Sen. von verschiedenen Seiten lebhaften Widerspruch erfahren hat, so außer von Sachenburg auch von Flechtheim: DZ. 1914, 90; Brodmann Ann. 3d zu § 24 GmbHG.; Feine: Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts Bd. III, 3 S. 334 ff. Zustimmend äußern sich dagegen z. B. Scholz, GmbHG. Komm. S. 290/291 unter Ziff. 3; Warneher-Koppe zu § 24 GmbHG.; Neukamp-Becker Ann. 2b zu § 55 GmbHG.; ferner hinsichtlich der Haftung neu eintretender Gesellschafter für ausstehende Reste aus älteren Stammeinlagen: Liebmann-Sänger Ann. 5 zu § 24 GmbHG. und Molitor, „Die ausländische Regelung der GmbH. und die Deutsche Reform“ in gesellschaftlichen Abhandlungen Heft 5 S. 41.

Der erf. Sen. ist bei nochmaliger Prüfung der Frage zum selben Ergebnis gelangt wie in seinem Urte.: RG. 82, 116<sup>8)</sup>.

§ 24 GmbHG. steht allerdings im zweiten Abschnitt des

<sup>7)</sup> JW. 1918, 251. <sup>8)</sup> JW. 1913, 693.

bisherigen Gesellschafters anders einschätzt. Ob mit dem RG. anzunehmen ist, daß sich § 55 Abs. 2 Satz 2 nur auf die Nebenleistungen nach § 3 Abs. 2 bezieht, kann dahingestellt bleiben. Die Entsch. dieser umstrittenen Frage in anderem Sinne wäre einflusslos auf die Stellungnahme zu dem hier behandelten Problem, da die Deckungspflicht nicht Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung sein kann.

4. Bei der Mithaftung für die Stammeinlagen liegt es nicht anders als im Falle des § 31 Abs. 3, wenn einem Mitgliede Gesellschaftsvermögen unter Verlegung des Stammkapitals ausbezahlt ist. Hier unterscheidet niemand die Angehörigen der einzelnen Emissionen.

Analogien haben immer etwas Mißliches. Der Hinweis war für die Beweisführung des RG. nicht nötig, er ist auch nicht überzeugend. Mit Recht hält man entgegen, daß die Haftung für rechtswidrige Auszahlungen nur diejenigen trifft, die in diesem Zeitpunkt Gesellschafter sind. War die Auszahlung vor einer Kapitalerhöhung und vor Eintritt des neuen Gesellschafters erfolgt, so hat dieser nicht einzustehen. Es fehlt also an der Vergleichsmöglichkeit dieser beiden Tatbestände.

5. Der Wortlaut des § 24 spricht ganz allgemein von den „übrigen“ deckungspflichtigen Geschäftsanteilen. Eine Unterscheidung, aus welchem Geschäftsanteile der Fehlbetrag herrührt, wird nicht gemacht.

§ 24 hat zwar nach seiner Stellung im 2. Abschn. des Gesetzes zunächst nur die durch den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag geschaffenen Rechtsverhältnisse im Auge, während in dem die Kapitalerhöhung behandelnden 4. Abschn. eine entsprechende Vorschrift fehlt. Allein soweit der 4. Abschn. keine besonderen Bestimmungen enthält, greifen die allgemeinen Vorschriften ergänzend ein. So gelten auch §§ 15—25 für alle Geschäftsanteile und Stammeinlagen. — Zudem ist das Stammkapital eine einheitliche Ziffer und das Vermögen der Gesellschaft nach innen und außen ein einheitliches Ganzes. Auch die Vorschrift des § 55 Abs. 3, wonach ein der GmbH. bereits angehöriger Gesellschafter, der eine Stammeinlage auf das erhöhte Kapital übernimmt, einen weiteren Geschäftsanteil erwirbt, rechtfertigt nicht die Annahme der Schaffung einer durch die Kapitalerhöhung von dem bisherigen Stammkapital getrennten Vermögensmasse. Der Fortbestand der alten Geschäftsanteile wurde nur gesichert, um bei noch nicht vollbezahlter Stammeinlage den Rückgriff auf etwaige Vormänner zu sichern.

Daß § 24 auch für die neuen Stammeinlagen gilt, wird von den vielen Gegnern des RG. nicht in Abrede gestellt. Aber, so erklärt man, die Anwendung kann nur eine entsprechende sein. Die alten Gesellschafter verpflichten sich nicht gemeinschaftlich mit den neuen. Die „übrigen Gesellschafter“ des § 24 sind die, die gemeinsam das Stammkapital übernehmen. Die das jeweilige Stammkapital übernehmenden bilden unter sich eine Einheit, damit ist dem Interesse der Gläubiger genügt. Die verteilte Haftung wird zur subsidiären Samtverbindlichkeit. Eine Auslegung, daß jeder Gesellschafter zum Bürgen für jeden Gesellschafter wird, widerspricht diesem Ausgangspunkte der Gesamthaftung. Sie ist zu formalistisch, haftet zu sehr an der allgemeinen Fassung, die wirtschaftlichen Ergebnisse widerstreben einer solchen Auslegung. Dieselbe macht auch jede beschränkte Haftung illusorisch. Eine gegen die Stimme eines Gesellschafters erfolgte Kapitalerhöhung macht ihn trotzdem mithaftbar. Ihn dem ungewissen Risiko einer unbeschränkten Haftung auszuweichen, die gegen seinen Willen herbeigeführt werden könnte, bedeutet die Aufhebung der Vertragsgrundlage, geht über den vom Gesetz verfolgten Zweck hinaus.

Die rechtliche Unzulässigkeit und die wirtschaftliche Unzweckmäßigkeit der Teilung des Vermögens in mehrere Schichten wird zu gegeben. Durch die jeweilige Übernahme bei jeder Kapitalerhöhung

Ges., der sich mit den Rechtsverhältnissen der Gesellschaft und der Gesellschafter befaßt, während im vierten Abschnitt, der die Änderungen des Gesellschaftsvertrags, darunter die Kapitalerhöhungen, behandelt, eine entsprechende Vorchrift fehlt. In dessen herrscht, soweit ersichtlich, darüber Einigkeit, daß § 24 GmbHG. deshalb nicht etwa für Stammeinlagen aus Kapitalerhöhungen schlechthin unanwendbar ist, vielmehr besteht Übereinstimmung in der Richtung, daß er jedenfalls für die Übernehmer der Stammeinlagen aus derselben Kapitalerhöhung gilt. Darüber kann in der Tat auch ein Zweifel nicht bestehen. Es wäre nicht einzusehen, weshalb das Gesetz die hilfsweise Ausfallhaftung für die Gründer, nicht aber für die Übernehmer von Stammeinlagen aus späteren Kapitalerhöhungen hätte einführen sollen. Der gesetzgeberische Grundgedanke dem § 24 GmbHG. seine Entstehung verdankt, trifft in gleicher Weise für das ursprüngliche wie das durch Kapitalerhöhung zusätzlich geschaffene Stammkapital zu. Zudem gelten ohnehin die sonst in §§ 15—25 GmbHG. getroffenen Bestimmungen für alle Geschäftsanteile und Stammeinlagen.

entsteht zwar kein gesondertes Vermögen, wohl aber eine besondere Gruppe von Schuldnern.

Trotz dieser Einwendungen ist auch in diesem Punkte das RG. im Recht. § 24 enthält ebenso eine allgemeine Regel, wie die unmittelbar vorausgehenden Bestimmungen über die Folgen des Verzugs mit der Erfüllung der Bareinlageverpflichtung. Ja, § 24 bildet geradezu den Endpunkt dieser Kette. Seine Stellung im Aufbau des Gesetzes spricht schon dafür, daß er auch für Kapitalerhöhungen Geltung haben will. Demzufolge sind die „übrigen“ deckungspflichtigen Gesellschafter alle Gesellschafter. Das Gegenteil hätte eindeutig ausgesprochen werden müssen. Dafür, daß mehrere Einheiten von Gesellschaftern gebildet sind, spricht eigentlich nur der Wunsch, für die weniger umfangreiche Haftung eine Begründung zu finden. Im Gesetz selbst ist eine tragfähige Grundlage nicht zu finden. Die wirtschaftlichen Ergebnisse mögen vielen unwillkommen sein. Allein diese Tatsache bildet keine Rechtfertigung dafür, eine gesetzliche Vorchrift auszulagen, daß die Auslegung schließlich das Gegenteil der Vorschrift ist. Ganz und gar nicht kann man damit argumentieren, daß durch die weitgehende Haftung die Vertragsgrundlage aufgehoben sei. Vertragsgrundlage ist stets das, was das Gesetz zwingend als Grundlage oder Folge des Vertrages anordnet. Daß recht oft an die Haftung aus § 24 nicht gedacht wird, daß sie ebensowohl nicht gewollt wird, ist gewiß nicht in Zweifel zu ziehen. Allein schon die eingegengte Haftung des § 24 wird nur selten in Erwägung gezogen. Wenn bei der Gründung einer GmbH. mit 100 000 RM Stammkapital zwei Gesellschafter mit je 500 RM beteiligt sind und der dritte Gesellschafter mit seiner Beteiligung in der Höhe von 99 000 RM zahlungsunfähig wird, dann werden die beiden armen Teufel recht erstaunt sein, daß sie das große Risiko der Haftung eingegangen sind.

6. Der Wortlaut des Gesetzes, auch nicht in Verbindung mit der Stellung des § 24 im System des Gesetzes, mit der Geltung der §§ 15—25 für alle Geschäftsanteile und Stammeinlagen und mit der Tatsache, daß das Stammkapital eine einheitliche Ziffer und das Gesellschaftsvermögen ein einheitliches Ganzes darstellen, würden nicht hinreichen, wenn zwingende sachliche Gegengründe entgegenstünden.

Diese Erwägung führt zu einer Grundfrage der Auslegungsmethode, auf die in diesem Zusammenhang nur hingewiesen werden kann. Hachenburg meint sogar, daß man mit dem Wortlaute heute nicht mehr arbeiten solle, wenn die Auslegung des Gesetzes zu unbillig oder wirtschaftlich unbrauchbaren Resultaten führe. Daß eine solche Lehre, wenn überhaupt, nur mit großer Vorsicht anzuwenden ist, liegt auf der Hand. Denn sie trägt die Gefahr in sich, den festen Boden des Gesetzes aufzulockern. In JW. 1918, 668 den wendet sich Hachenburg gegen das Verlangen des RG., daß die von ihm bekämpfte Auffassung einen Anhalt im Gesetzestexte nachweisen möge. Ein solcher Anhaltspunkt, meint Hachenburg, sei allerdings nicht zu gewinnen. Aber der Richter habe freie Hand, da auch das Gegenteil nicht im Gesetz stehe. Das stimmt nun nicht; andernfalls wäre auch die Mißbilligung, daß man mit dem Wortlaute arbeite, nicht verständlich. Immerhin die beiden Auslegungen des § 24 begegnen sich weitgehend. Das RG. erklärt, der Wortlaut des § 24 und noch manches andere spreche für seine Auffassung, aber ausschlaggebend seien allein sachliche Gründe. Die Gegner des RG. erkennen an, daß der Wortlaut des Gesetzes sie nicht stütze, auch für sie seien das Entscheidende sachliche und wirtschaftliche Gesichtspunkte. Die in dieser Beziehung von beiden Teilen vorgebrachten Darlegungen sind deshalb abzuwägen.

a) Der Zweck des § 24: Die unbedingte Sicherung der Gläubiger spricht für die allgemeine Haftung.

Die Vorarbeiten des Gesetzes, insbes. die Begr. des Entw. und die Beratungen im RT. lassen unzweideutig erkennen, daß die Rück-

Die Rechtslage wäre also nach der von gegnerischer Seite vertretenen Ansicht die, daß hiervon allein § 24 GmbHG. eine Ausnahme in der Richtung bilden würde, daß entgegen seinem klaren Wortlaut die Ausfallhaftung immer nur die Gesellschafter des selben Stammkapitalabschnitts unter sich treffen würde. Dabei ist das Stammkapital eine einheitliche Ziffer und ebenso das Vermögen der Gesellschaft nach innen und außen ein einheitliches Ganzes.

Nun kann zugegeben werden, daß diese letzteren Erwägungen in Verbindung mit dem Wortlaut des Ges. nicht durchschlagen würden, wenn ihm zwingende sachliche Gegengründe entgegenstünden. Sie werden in der Tat von den Gegnern der bisherigen Anspr. hergeleitet: einmal aus den Belangen der neu eintretenden Gesellschafter, zum anderen aus den Verhältnissen der Gesellschaft bzw. der Gläubiger. In ersterer Hinsicht wird geltend gemacht, daß sich so neu eingetretene Gesellschafter wider Erwarten vor vielleicht unerwünschte Schulden gestellt sehen könnten, die sie mit Zug und Recht als längst getilgt betrachtet hätten; selbst dem bis-

sicht auf die Sicherheit der Gläubiger der leitende Gedanke bei den Vorschriften über Ausbringung und Erhaltung des Gesellschaftsvermögens war. Weil bei der GmbH. weder der ausgedehnte Verwaltungsapparat der AktG., noch die für dieselbe vorgeschriebene weitgehende Publizität noch die besonderen zur Sicherung des Stammkapitals getroffenen Gründungsvorschriften (konkurrierende Verantwortlichkeit verschiedener Gesellschaftsorgane, umfassende Öffentlichkeit bezüglich der Gründungsergänge und späteren Ergebnisse) zur Anforderung kommen, war im Interesse der Gläubiger ein Ersatz erforderlich, und das ist die Gesamtheit für das Stammkapital (Begr. S. 32, 33). Gerade weil den Gläubigern die besondere Sicherheit des § 24 geboten ist, konnte davon abgesehen werden, die Kapitalerhöhung — wie in § 278 HGB. — von der vorherigen Einzahlung des bisherigen Stammkapitals abhängig zu machen (Begr. S. 81).

Danach ist der Einwand, daß man bei der Schaffung des Gesetzes, vor allem des § 24, nicht nur an die Gläubiger gedacht habe, nicht zutreffend. Ebensovienig kann man sagen, daß die Gesetzmaterialien schweigen. Richtig ist allerdings, daß die wichtigsten aus dem Aktienrecht nicht in das GmbHG. übernommenen Schutzvorschriften sich auf Sacheinlagen beziehen und daß gerade für Sacheinlagen die Haftung aus § 24 nicht in Anspruch genommen werden kann. Insofern kann der Begr. zu dem Entw. und dem RG. nicht gefolgt werden. Allein das beweist nichts gegen die gesetzgeberische Absicht, das Stammkapital im Interesse der Gläubiger weitgehendst zu gewährleisten. Man darf auch nicht übersehen, daß den Gläubigern der GmbH. noch ein weiterer Schutz fehlt, der bei der AktG. besteht, und das ist die gesetzliche Reserve.

b) Die ausgedehnte Haftung führt weder zu unhaltbaren Folgen noch zu Ungerechtigkeiten.

Der bisherige Gesellschafter, der eine neue Stammeinlage übernimmt, kann leicht feststellen, inwieweit die alten Stammeinlagen bezahlt sind. Der neuertretende Gesellschafter kann sich durch Einsicht in die Bilanzen, welche die noch offenen Einzahlungen auf der Aktivseite ausweisen, durch Erkundigungen bei den Gesellschaftern oder Geschäftsführern über die Einzahlung der alten Stammeinlagen vergewissern. Die fernliegende Möglichkeit, daß er hierbei getäuscht wird, bildet keinen hinreichenden Grund zur Einschränkung der im Interesse der Gläubiger geschaffenen Haftung. Ein neuertretender Gesellschafter befindet sich in keiner schlimmeren Lage als der einer D.G. Beitretende, der gleichfalls die geschäftliche Vertrauenswürdigkeit seiner künftigen Mitgesellschafter mit Vorsicht prüfen muß. Der Gläubiger der Gesellschaft ist hinsichtlich des Standes der Einzahlungen auch nicht besser gestellt als der neuertretende Gesellschafter. Auch nach dem Eintritt geben die Gesellschaftsrechte die Möglichkeit, sich im Bilde zu halten und auf die Einberufung oder Vertreibung etwaiger Ausstände hinzuwirken. Das D.G. Karlsruhe führt noch einige weitere Gesichtspunkte an: Die Härte der Gesamthaftung werde dadurch gemildert, daß der Ausschlossene am Gewinn und Verlust der Gesellschaft keinen Anteil mehr habe und der Rückgriff gegen den Ausschlossenen bestehe. Außerdem könnten die Gesellschafter Einstimmigkeit für Kapitalerhöhungen festsetzen.

Was gegen die letzteren Gesichtspunkte eingewendet wird, ist zutreffend. Es handelt sich in der Tat um etwas viel Theorie. Bei einer Gesellschaft, die keine Deckung bei der Verteilung des Geschäftsanteils findet, besteht in der Regel keine Aussicht auf Gewinn. Einstimmigkeit für Kapitalerhöhungen zu fordern, ist fast gleichbedeutend mit Lahmlegung der Gesellschaft.

Anderes steht es mit der Argumentation des RG. Der Vergleich mit dem offenen Handelsgesellschafter ist freilich nicht beweiskräftig. Denn die GmbH. ist eben keine D.G. Der Gesellschafter der letzteren kann durch die erleichterte Kündigung sich der Haftung rascher entziehen. Ist aber die Übertragung des Geschäftsanteils der GmbH. gar an die Genehmigung der Gesellschaft gebunden, dann gibt es tatsächlich keine Befreiungsmöglichkeit für das Mitglied einer GmbH.

herigen Gesellschafter werde es oft nicht leicht sein, festzustellen, wie es mit den Einzahlungen auf die einzelnen Geschäftsanteile bestellt sei; der Hinzutretende sei in der Regel auf Erklärungen des Geschäftsführers angewiesen und würde selbst bei nachgewiesenem Betrug der Gesellschaft gegenüber schutzlos sein. Demgegenüber ist zunächst darauf hinzuweisen, daß der Gläubiger der Gesellschafter hinsichtlich des Standes der Einzahlungen auf Geschäftseinlagen jedenfalls nicht besser gestellt ist. In der Regel wird sich sodann der neu eintretende Gesellschafter vor seinem Eintritt durch Einsicht in die Bilanzen über den Stand der Einzahlungen auf frühere Stammeinlagen, die, soweit noch offen, als Forderungen der Gesellschaft an die Gesellschafter in die Aktienseite der Bilanz aufzunehmen sind, Aufklärung und Klarheit verschaffen und sich alsdann über seinen Beitritt endgültig schlüssig machen können. Nachher geben ihm die Gesellschafterrechte die Möglichkeit, sich im Sinne der Einberufung und auf die Einberufung bzw. die Beitreibung etwaiger Ausstände hinzuwirken.

Anlangend sodann das im Vordergrund stehende Verhältnis zu den Gläubigern, so wird die Frage aufgeworfen, welchen berechtigten Anspruch denn dieselben darauf hätten, daß durch den Kapitalerhebungsbeschluß eine erhöhte Garantie für das alte Stammkapital geschaffen werde. — Dem ist entgegenzuhalten, daß dieser Einwand gegenüber Gläubigern, die erst nach der Stammkapitalerhöhung der Gesellschaft Kredit gewährt haben, und überall da, wo die bisherigen Gläubiger gerade wegen des Hinzukommens neuer Gesellschafter anlässlich der Kapitalerhöhung der Gesellschaft den bisherigen Kredit belassen haben, überhaupt nicht durchgreift. Es darf weiter nicht übersehen werden, daß vielfach die Fälle so liegen, daß die neu eintretenden Gesellschafter gerade mit Rücksicht auf den Stand der Einzahlungen der bisherigen Gesellschafter auch ihrerseits keine Vollenzahlung leisten und zu leisten verpflichtet sind, und daß es dabei im allseitigen Einverständnis der Gesellschafter auch bleibt, daß also die neu eintretenden Gesellschafter mit der Nichteinforderung weiterer Zahlungen auf Stammeinlage durchaus einverstanden sind und sich gegen solche mit ihren Stimmen aussprechen (§ 46 Abs. 1 Ziff. 2 GmbHG.). Wenn alsdann Einlagerückstände notleidend werden, so ist nicht abzusehen, weshalb nicht die sämtlichen Gesellschafter für die Auswirkung der von ihnen selbst gebilligten bzw. geübten Handhabung

der Rechte der Gesellschaft bezüglich der Stammeinlagerungen eintreten sollten. — Gerade weil nach § 46 Abs. 1 Ziff. 2 GmbHG. die Einforderung von Einzahlungen auf die Stammeinlagen der Beschlußfassung der Gesellschafter unterliegt, weil ferner nach § 19 Abs. 1 GmbHG. bei Stammeinlagen der Grundsatz der gleichmäßigen Heranziehung nicht nur dem Betrag, sondern auch der Zeit nach gilt, weil endlich auch da, wo der Gesellschaftsvertrag die sofortige Einzahlung oder im voraus den festen Einzahlungstermin bestimmt, die Maßnahmen der Geschäftsführung auf Beitreibung von Rückständen mit gewissen Gegenwirkungen aus dem Kreis der Gesellschafter zu rechnen haben, ist die hilfswise Haftung sämtlicher Gesellschafter für etwaige Ausfälle durch Stammeinlagerückstände, gleichviel aus welcher Zeit, von besonderer Bedeutung. Sie sichert mittelbar die Interessen der Gesellschaft sowohl, wie insbes. den Gläubigern eine sachgemäße Handhabung der Einforderungs- und Beitreibungsrechte der Gesellschaft. Eben, da insofern das Gesetz der autonomen Satzung und der Gesamtheit der Gesellschafter rechtlich und tatsächlich weitgehende Einflußnahme verstatet, erscheint es durchaus nicht unbillig, wenn die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit die subsidiäre Haftung aus § 24 GmbHG. trifft. Es kann auch nicht zugegeben werden, daß diese Aufassung sich mit dem Grundgedanken des Ges. in Widerspruch setzt. In dem Ur.: RG. 82, 116 ff.<sup>9)</sup> ist unter Bezugnahme auf die Vorarbeiten dargelegt, daß der Gesetzgeber die Rücksicht auf die Sicherheit der Gläubiger als leitenden Gesichtspunkt bei den Vorschriften über Ausbringung und Erhaltung des Gesellschaftsvermögens in den Vordergrund stellte, und daß dem mehrfach unzweideutiger Ausdruck verliehen worden sei. Die amtliche Begründung zu dem Gesetzentwurf (S. 32/33) betont ausdrücklich, daß, weil bei der GmbH. weder der ausgedehnte Verwaltungsapparat der AktG., noch die für dieselbe vorgeschriebene weitgehende Publizität, noch die besonderen, zur Sicherung des Grundkapitals getroffenen Gründungsvorschriften (konkurrierende Verantwortlichkeit verschiedener Gesellschaftsorgane, umfassende Diffamenzhaftigkeit bezüglich der Gründungsergänge und der späteren Ergebnisse) zur Anwendung kommen könnten, im Interesse der Gläubiger ein Ersatz erforderlich sei, der am besten dadurch geschaffen werde, daß den Gesellschaftern eine Gesamthaft für das im Gesellschaftsvertrag bestimmte Stammkapital

<sup>9)</sup> JW. 1913, 693.

Auch die Möglichkeit, auf Einberufung oder Beitreibung der Rückstände Einfluß zu gewinnen, ist eine beschränkte.

Aber sonstige gegen das RG. ausgesprochene Bedenken greifen nicht durch. Gewiß besteht, formalrechtlich betrachtet, außerhalb der Gesellschaftsversammlung keine große Befugnis auf Auskunft. Tatsächlich liegen angesichts des regelmäßig kleinen Kreises von Gesellschaftern die Verhältnisse meist anders. Übrigens ist die Seite der Angelegenheit von keiner erheblichen Bedeutung. Der an der Gründung beteiligte oder an einer späteren Emission beteiligte bisherige Gesellschafter weiß, da die Einforderungen gegenüber allen Gesellschaftern gleichmäßig erfolgen müssen, in welchem Zeitpunkt etwa Rückstände entstehen können. Diese sind auch aus der letzten Jahresbilanz ersichtlich: Dem neu eintretenden Gesellschafter zur Auflage zu machen, sich die Bilanz vorlegen zu lassen, ist wirklich keine übertriebene Anforderung. Er mag der Gesellschaft fernbleiben, wenn ihm die Einsicht in die Bilanz verweigert wird. Mißachtet er dieses Warnungssignal, so soll er die Folgen tragen. Täuschungen sind natürlich denkbar, genau wie im Aktienrecht, betrügerische Erklärungen über die Verhältnisse der AktG. Trotzdem gewährt man dem Aktionär deswegen keine Rechte gegen die Gesellschaft.

Weiterhin sind auch folgende Ausführungen des RG. zu billigen: Der Gläubiger der Gesellschaft ist hinsichtlich der Einzahlungen auch nicht besser gestellt als der neu eintretende Gesellschafter. Man kann sogar sagen, daß er noch weniger Erkundigungsmöglichkeiten hat, und trotzdem beansprucht man im Hinblick auf das beschlossene Stammkapital seinen Kredit.

Vielfach leisten — wie das RG. hervorhebt — die neuen Gesellschafter gerade mit Rücksicht auf den Stand der Einzahlungen der bisherigen Gesellschafter auch ihrerseits keine Vollenzahlung. Dabei verbleibt es alsdann im allseitigen Einverständnis der Gesellschafter. Die neu eintretenden Gesellschafter sind also mit der Nichteinforderung weiterer Zahlungen auf Stammeinlage einverstanden und sprechen sich gegen solche mit ihren Stimmen aus. Deshalb müssen sämtliche Gesellschafter für die Auswirkung der von ihnen selbst geübten Handhabung der Rechte der Gesellschaft bezüglich der Stammeinlagerungen vertreten.

Von den Gegnern des RG. wird in gewiß sehr beachtenswerter Weise auf die wirtschaftlichen Verhältnisse und die Erfahrung des

Geschäftslebens Gewicht gelegt. Darum durfte das RG. mit Zug und Recht auch die üblichkeiten, die gang und gäbe sind, für sich anführen.

Wenn die Frage aufgeworfen wird, ob denn die Gläubiger einen berechtigten Anspruch darauf hätten, durch den Kapitalerhebungsbeschluß eine erhöhte Garantie für das alte Stammkapital zu erhalten, so antwortet das RG., daß dieser Einwand gegenüber Gläubigern, die erst nach der Kapitalerhöhung der Gesellschaft Kredit gewährt haben und überall da, wo die bisherigen Gläubiger gerade wegen des Hinzukommens neuer Gesellschafter anlässlich der Kapitalerhöhung den bisherigen Kredit belassen, überhaupt nicht durchgreift.

c) Die Entwicklung der Gesellschaft wird durch die Ausdehnung der Haftung im allgemeinen nicht gehemmt.

Es ist vielmehr für eine gedeihliche Entwicklung nur förderlich, wenn entweder die Kapitalerhöhung die Vollenzahlung des bisherigen Kapitals voraussetzt oder wenn den Gläubigern die Sicherheit gegeben wird, daß die Vollenzahlung erfolgen wird. Jedenfalls muß das Interesse der Gesellschaft hinter das Interesse der Gläubiger zurücktreten. Die weitgehende Haftung sichert den Gläubigern auch eine sachgemäße Handhabung der Einforderungs- und Beitreibungsrechte der Gesellschaft. Nicht zuletzt ist sie auch ein wirksames Mittel gegen Mißbräuche bei der Kapitalerhöhung.

Dem wird im wesentlichen nur entgegengehalten, daß das Gesetz die Gläubiger nur so weit schützen wollte, daß ihnen das ursprüngliche Stammkapital, wenn sie vor der Erhöhung Kredit gegeben haben, zur Verfügung stehe und daß die alten Gesellschafter für die Einzahlung dieses ursprünglichen Kapitals haften. Mit dem GmbHG. habe man eine Gesellschaftsform schaffen wollen, bei der das Risiko der Unternehmer auf einen bestimmten Betrag begrenzt würde. Dem ist nur nicht so, wie ein Blick auf die oben angeführten Gesetzesmaterialien zeigt. Die GmbH. hat anerkanntermaßen einen stark individualistischen Einschlag. Sie nimmt eine Mittelstellung zwischen den streng individualistischen Gesellschaftsformen und der als äußerste Konsequenz des kapitalistischen Prinzips sich darstellenden AktG. ein.

d) Mit Betrachtungen über den Begriff der beschränkten Haftung läßt sich gegen die Bestimmung

aufgelegt sei; eine solche hilfsweise und verhältnismäßige Gesamtheit müsse notwendig dazu beitragen, die Verbindung der Mitglieder mit der Gesellschaft fester zu knüpfen, und sie erische andererseits ebenso notwendig wie ausreichend, um anderweite „kaufelariſche“ Vorſchriften in vielen Beziehungen entbehrlich zu machen. Da den Gläubigern für die Aufbringung des Stammkapitals anderweit, d. h. eben durch § 24 GmbHG. beſondere Sicherheiten geboten ſind, iſt auch davon abgesehen worden (ſ. Begründung des Entw. S. 81), die Kapitalerhöhung — abweichend von der für AktG. geltenden Regel des § 278 HGB. — von der vorherigen Volleinzahlung des biſherigen Stammkapitals abhängig zu machen. Mit Recht wird ferner von Neukamp: Bankarchiv 1914, 197/98 darauf hingewieſen, daß die hilfsweiſe eintretende Gesamtheit ſämtlicher Geſellſchafter für die jeweilige Stammkapitalziffer zugleich ein ſehr wirksames Mittel iſt, um Mißbräuchen bei Kapitalerhöhungen von vornherein vorzubeugen, denen ſonſt Tor und Tür geöffnet wäre.

Daß auch aus § 55 Abf. 2 S. 2 GmbHG. kein durchſchlagender Gegengrund gegen den hier vertretenen Standpunkt hergeleitet werden kann, iſt ebenfalls ſchon in RG. 82, 121<sup>10)</sup> eingehend dargelegt. Hiervon abzugehen liegt kein genügender Anlaß vor. Es muß deshalb rechtsgrundſätzlich bei dem in dem leztgenannten Erkenntnis eingenommenen Standpunkt des Senats ſein Bewenden haben.

(U. v. 15. Mai 1931; 459/30 III 9. — Gotha.) [Ru.]  
 (= RG. 132, 392.)

15. § 30 GmbHG.; §§ 4, 5 GoldwidV.D.; § 242 BGB.

1. Umſtellung der GmbH auf Goldmark. Umſtellungsbeſchluß ohne Goldmarkeröffnungsbilanz ungültig. Keine Teilung durch ſpättere Bilanzauſſtellung.

2. Rückſtändige Einlagen können in ſolchem Fall nach Aufwertungsgrundſätzen gefordert werden.

3. Forderungen auf Stammeinlagen beruhen auf einem ſog. lebenswichtigen Geſchäft der Geſellſchaft und ſind auch aufzuwerten, wenn ſie 1920 getilgt ſind. Unzulänglichkeit der Aufrechnung mit einer 1920 entſtandenen Gegenforderung. — Grundſätzliche Zuläſſigkeit der Aufrechnung mit Gewinnanspruch des Geſellſchafters.)

Das Stammkapital der Kl. betrug in der Vorkriegszeit zuletzt 400 000 M.; der Beſ. war Geſellſchafter mit einer

<sup>10)</sup> JW. 1913, 693.

nichts ausrichten, wonach der Geſellſchafter unter Umſtänden erhebliche Beträge zahlen muß, ohne daß er das Ereignis, das ſeine Verpflichtung auslöſte, verhindern kann.

Die Gegeneinung verkennt übrigens durchaus den Begriff der beſchränkten Haftung. Derſelbe berührt nur das Außen- und nie das Innenverhältnis. Dem Angriff der Gläubiger ſoll der Geſellſchafter nicht ausgeſetzt ſein. Würde man die erweiterte Deckungspflicht des Geſellſchaftskapitals als mit dem Weſen der beſchränkten Haftung unvereinbar anſehen, ſo wäre dies ſchon der Fall bei der engen Auslegung des § 24. Streit beſteht alſo nicht über das Prinzip der Deckungspflicht, ſondern nur über deren Umfang.

Man glaubt nun, daß man der ſtrengen Haftung dadurch entgegen wird, daß man die Geſellſchafter verpflichtet, Darlehen zu gewähren, während man das Geſellſchaftskapital niedrig hält. Brodmann hält dies — gegen Feine und Hagenburg — für eine unzuläſſige Umgehung des Geſetzes. Seine Darlegungen ſind ſehr ernt zu nehmen. Selbſtverſtändlich iſt es denkbar, daß ſo verfahren wird, wenn auch ſteuerlich nichts damit gewonnen wird. Es wird Sache der Gläubiger ſein, ſich über die Lage der Geſellſchaft genau zu unterrichten. Allein der Umſtand, daß mit einer geſetzlichen Vorſchrift Mißbrauch getrieben werden kann, läßt es nicht zu, dieſe Vorſchrift im Wege der Auslegung überhaupt auszuſchalten. Das hieße wirklich, den Teufel durch den Beelzebub auszutreiben.

Das Ergebnis unſerer Betrachtungen iſt: Die reichsgerichtliche Mpr. verdient volle Zuſtimmung. Sie wird geſtützt durch den Wortlaut des Geſetzes, den erkennbaren Willen des Geſetzgebers, durch wiſſenſchaftliche Erwägungen und führt zu einem brauchbaren Ergebnis.

FR. Dr. Friedrich Goldſchmit II, München.

Zu 15. Das Urteil enthält, z. T. in Beſtätigung früherer

Stammeinlage über 13 000 M., wovon 50% einbezahlt waren. Durch Beſchluß einer Geſellſchafterverſammlung (= GB.) v. 20. Mai 1921 iſt das Stammkapital auf 1 200 000 M., durch weiteren ſolchen Beſchluß v. 18. Juli 1921 auf 1 500 000 M. erhöht worden. Eintragung der Beſchlüſſe im Handelsregister iſt erfolgt. Anläßlich der Kapitalerhöhungen hat der Beſ. weitere Stammeinlagen von 6 500 M. und 19 500 M. übernommen; dieſelben ſind, wie auch der Rückſtand von 6 500 M. aus der urſprünglichen Stammeinlage im Wege der Verrechnung mit einem von der Geſellſchaft gewährten „Bonus“ bereinigt worden, ſo daß die Stammeinlagen alle als volleinbezahlt galten. Eine GB. v. 29. Febr. 1924 hat beſchloſſen, das Stammkapital der Geſellſchaft von 1 500 000 M. auf 500 000 M. umzuſtellen; Goldmarkeröffnungsbilanz war damals nicht vorhanden. Sie iſt erſt der GB. v. 6. Febr. 1925, welche zugleich über die in Billionenpapiermark aufgemachte Bilanz nebt Gewinn und Verluſtrechnung für das Geſchäftsjahr v. 1. Okt. 1923 bis zum 30. Sept. 1924 zu beſchließen hatte, vorgelegt worden mit dem Stichtag v. 1. Okt. 1924. In die Goldmarkeröffnungsbilanz iſt unter den Paſſiven das Stammkapital mit 500 000 RM, unter den Aktiven ein Poſten „noch nicht eingezahltes Stammkapital“ mit 250 000 RM aufgeführt. Die Verwaltungsvorlagen wurden einſtimmig genehmigt; im Handelsregister wurde unter dem 8. Juni 1925 eingetragen, daß das Stammkapital auf 500 000 RM umgeſtellt ſei. Durch GBBeſchluß v. 20. Aug. 1928 iſt die Auflöſung und Liquidation der Kl. beſchloſſen worden; Eintrag im Handelsregister iſt demnächſt geſchehen. Schon am 17. Febr. 1927 hatte der Aufſichtsrat der Kl. auf Grund des § 6 der Satzung beſchloſſen, die angeblih noch ausſtehende zweite Hälfte der Stammeinlagen zum 1. Okt. 1927 einzufordern. Da der Beſ. jede Zahlung verweigerte, erwirkte die Kl. gegen ihn unter dem 7. Dez. 1927 Zahlungsbeſehl über 6 500 RM als nach ihrer Behauptung noch reſtliche Stammeinlageſchuld nebt 11% Zinſen hieraus ſeit 1. Okt. 1927. Beſ. erhob Widerſpruch, worauf Kl. ihren Zahlungsanspruch im Klageweg weiter verfolgt hat. Sie ſtützt denſelben auf den Umſtellungsbeſchluß und die nachfolgenden GBBeſchlüſſe über die Goldmarkeröffnungsbilanz und die ſpäteren Jahresbilanzen, wie auch auf den Geſichtspunkt der Aufwertung kraft Rückwirkung. Der Beſ. iſt in allen Inſtanzen unterlegen.

Mit Recht hält das BG. den Umſtellungsbeſchluß v. 29. Febr. 1924 für unheilbar nichtig, weil ihm keine Goldmarkeröffnungsbilanz zugrunde lag, dieſe vielmehr erſt in der GB. v. 6. Febr. 1925 mit dem Stichtag v. 1. Okt.

Entſch., wichtige Rechtsſätze auf dem Gebiete des Goldbilanz- und des Aufwertungsrechts.

1. Wie bereits in einem aktienrechtlichen Falle (RG. 120, 33 = JW. 1928, 1552), ſo erachtet das BG. auch für die GmbH. einen Umſtellungsbeſchluß, dem eine Goldmarkeröffnungsbilanz nicht zugrunde lag, für unheilbar nichtig. In der Tat gehört es zu einer Umſtellung, daß ſie auf der Grundlage einer Goldmarkeröffnungsbilanz vorgenommen wird. Eine Umſtellung ohne Zusammenhang mit einer Goldmarkeröffnungsbilanz iſt geradezu begrifflich unmöglich, da die Umſtellung die in der Goldmarkeröffnungsbilanz vorgenommene Veränderung des Eigenkapitals iſt (§§ 5, 7 GoldwidV.D.). Es iſt daher dem BG. beizupflchten, wenn es eine Umſtellung ohne Goldmarkeröffnungsbilanz für nichtig, und zwar für unheilbar nichtig erklärt, alſo auch einer ſpäteren Bilanzauſſtellung heilende Wirkung abſpricht.

2. In der Entſch. wird ferner das Verhältnis zwischen Umſtellung und Aufwertung behandelt. Wie das BG. annimmt, kann der Umſtand, daß eine Umſtellung des Stammkapitals nicht erfolgt iſt, die Geltendmachung des Anspruchs auf Aufwertung rückſtändiger Stammeinlagen nicht hindern, wenn, wie im vorl. Fall, der Beſ. jede Zahlungspflicht überhaupt beſtreitet, über dieſe alſo ohnehin im Prozeß entſchieden werden muß. Die Mpr. des BG. entwickelt ſich hiermit immer mehr i. S. der Zuläſſung einer ſelbſtändigen Aufwertung rückſtändiger geſellſchaftlicher Leiſtungen nach aufwertungsrechtlichen Grundſätzen. In der Entſch. RG. 113, 152 = JW. 1928, 624 vertrat das BG. die Auffaſſung, daß die Frage der Aufwertung der auf Aktien zu leiſtenden Einzahlungen nur im Rahmen der Umſtellung geregelt werden könnte; ſie hinge ſo eng mit den Umſtellungsmaßnahmen zuſammen, daß ſie nicht losgelöst von dieſen durch beſonderen Beſchluß vor der Umſtellung entſchieden werden dürfe. In RG. 119, 220 = JW. 1928, 630 und 120, 363 = JW. 1928, 2852 ſieht das BG. klar, daß da, wo es zu einer Umſtellung nicht komme, inſbeſ. im Falle des Kon-

1924 beschlossen worden ist; die Grundsätze, welche der erf. Sen. in dem auch von dem BG. angeführten Ur. K. 120, 33 ff. für einen ähnlichliegenden aktienrechtlichen Fall aufgestellt hat, gelten entsprechend für die GmbH.; bezüglich ihrer ist die Rechtslage insoweit im Hinblick auf die §§ 4, 5 GoldWfW. dieselbe.

Die G. v. 6. Febr. 1925 hat ihrerseits nur über die Goldmarkeröffnungsbilanz Beschluß gefaßt; nur diese stand auf der Tagesordnung, nicht aber auch die Goldmarkumstellung des Stammkapitals und der Geschäftsanteile, die man durch den Beschl. v. 29. Febr. 1924 schon für erledigt hielt. Ist der Umstellungsbeschluß aber nichtig, so kann die Kl. weder daraus, noch aus den späteren Beschlüssen zur Jahresbilanz gegen den Besl. irgendwelche Rechte herleiten. Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß der Umstellungsbeschluß im Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht worden ist (s. a. RG. 120, 363 ff. [369]<sup>1)</sup>). Auch insoweit ist dem BG. durchaus beizutreten.

Das BG. hat aber den Klageanspruch dem Grunde nach unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Aufwertung für gerechtfertigt erklärt. Die Rev. bittet zunächst um Nachprüfung, ob dem nicht Umstellungsgrundsätze im Wege stünden. Allein insoweit sind rechtliche Bedenken gegen das angefochtene Ur. nicht zu erheben. — Gewiß hat im allgemeinen die G. im Rahmen der Umstellung über die Frage der Aufwertung rückständiger Stammeinlagen zu beschließen. Sie könnte ferner auch noch im Stadium der Liquidation Umstellungsbeschlüsse fassen (s. a. für Genossenschaften mit beschränkter Haftung das Ur. des erf. Sen. RG. 121, 246/54). Allein angesichts der Stellungnahme des Besl., der jedwede Zahlungspflicht überhaupt bestrittet, müßte die Frage seiner Nachzahlungspflicht und deren Höhe letzten Endes ohnehin im Wege des Prozesses ausgetragen werden. Bei dieser Sachlage muß der klagenden Gesellschaft das Recht zugestanden werden, ihren angeblichen Aufwertungsanspruch kraft Rückwirkung ohne weiteres gegen den Besl. zu verfolgen (s. a. RG. 124, 264 ff.<sup>2)</sup> und JW. 1930, 2941<sup>11a</sup>). Grundsätzliche rechtliche Bedenken bestehen sodann, wie der erf. Sen. wiederholt schon ausgesprochen hat, gegen eine Aufwertung kraft Rückwirkung von Stammeinlageforderungen einer GmbH. nicht (s. RG. 124, 294<sup>3)</sup>; JW. 1930, 2941<sup>11a</sup> und für einen aktienrechtlichen Fall Ur. v. 7. Nov. 1930, II 81/30, bei dem es sich übrigens nur um die Frage der Aufwertung kraft Rückwirkung von Einlagerückständen gegenüber einem Gründeraktionär, nicht aber darum handelte, ob solche Ansprüche auch gegenüber dem gutgläubigen Weitererwerber bestehen s. a. Flechtheim: BankArch. XXX, 194 ff.).

Die Rev. rügt sodann Verletzung des § 551 Nr. 7 ZPO., weil das BG. den Verwirklichungseinwand des Besl. nicht beschieden habe. — Es ist richtig, daß das BG. diesen Gesichtspunkt in seinen Gründen nicht ausdrücklich erörtert hat. Er greift aber auch offenbar nicht durch, denn das Vorbringen des Besl. ist von vornherein nicht schlüssig. Es handelt sich keineswegs um ein auch nach Einführung der Festschrift längere Zeit hindurch als abgewickelt behandeltes Rechtsverhältnis. Ganz im Gegenteil hat sich vielmehr die Gesellschaft schon im Februar 1924 auf den Standpunkt gestellt, daß die Stammeinlagen aber nicht voll einbezahlt seien, daß darauf vielmehr auf Anfordern des Aufsichtsrats noch weitere Zahlungen zu

leisten seien; daran hat sie die ganze Zeit her festgehalten. Sie hat dies mit aller Deutlichkeit in ihren Jahresbilanzen zum Ausdruck gebracht. Ihre Gesellschafter konnten sich mithin darüber nicht im unklaren sein, daß die Stammeinlage-schuld von Seiten der Kl. nicht für voll getilgt angesehen werde. Blieb der Besl. den Gesellschafterversammlungen fern, kümmerte er sich nicht um die Goldmarkumstellung und die Jahresbilanzen und wäre ihm deshalb je der Standpunkt der Kl. unbekannt geblieben, so kann er jedenfalls aus dieser eigenen Gleichgültigkeit hinsichtlich seiner gesellschaftlichen Ver-lange der Kl. gegenüber im Rahmen des § 242 BGB. einen Einwand nicht herleiten. Daß der Umstellungsbeschluß selbst nichtig war, ändert nichts; wesentlich ist hierher vielmehr nur, daß die Kl. unter Billigung der Mehrheit der Gesellschafter die Stammeinlage-schuld als nicht getilgt behandelte, vielmehr insoweit allen Ernstes Nachzahlungsansprüche erhob. Mochte die Kl. ihre Einzahlungsansprüche zunächst auch auf Umstellungs-, nicht auf Aufwertungsrecht stützen, so drehte es sich doch im einen wie im anderen Falle um die Anpassung gerade auch der innergesellschaftlichen Verhältnisse aus der Papiermarkzeit an die neue Festwährung.

Der angebliche Tilgungsvorgang durch Aufrechnung fiel sodann in den Sommer 1920; eine Vereinigung der Stammeinlage-schuld durch Aufrechnung mit der Gegenforderung des Besl. zum Nennbetrag käme nur dann in Betracht, wenn für jene Zeit noch der Grundsatz Mark = Mark schlechthin anzuerkennen wäre. Dies ist aber auch auf dem Gebiet der freien Aufwertung, wie der erf. Sen. in dem Ur. K. 115, 201 ff.<sup>4)</sup> dargelegt hat, nicht der Fall. Es kommt vielmehr auf die Art der in Rede stehenden Rechtsverhältnisse an. Hier handelt es sich um Stammeinlageforderungen einer GmbH. Die Stammeinlagen der Gesellschafter bilden aber die finanzielle Grundlage der GmbH. Sie sollen die Stammkapitalziffer auffüllen; auf ihnen beruht, wenn nicht ausschließlich, so doch sehr wesentlich, das geschäftliche Ansehen und der Kredit der Gesellschaft. Eben deshalb sind diese Forderungen der Gesellschaft mit besonderen Sicherungen umkleidet (s. §§ 19 Abs. 2, 24, 30 GmbHG.). Die Ansprüche auf Leistung dieser Stammeinlagen haben so für die Gesellschaft geradezu „lebenswichtige“ Bedeutung; sie wurzeln auch nicht in kaufmännischen Umsatz- oder Wirtschaftsgeschäften des täglichen Lebens. Besl. kann sich sonach einer Aufwertungs-pflicht auch nicht etwa schon deshalb entschlagen, weil das angebliche Tilgungsgeschäft vor Mitte August 1922 liegt. — Soweit es sich um die Stammeinlage aus der Vorkriegszeit handelt, war sodann die Schuld in vollwertigem Geld begründet. Bis Mitte 1920 war jedoch der Währungszersfall schon so weit vorgeschritten, daß Zahlung zum Nennbetrag in Papiermark, z. B. nach Dollar oder Lebenshaltungsinde- gerechnet, dem Gläubiger nur noch rund 1/3 bis 1/10 des ursprünglichen Geldwerts brachte; die Geldentwertung hatte mithin schon ein so beträchtliches Ausmaß erreicht, daß insoweit grundsätzliche Bedenken gegen eine Aufwertungs-möglichkeit nicht bestehen. Hier kommt nun noch in Betracht, daß die Tilgung nicht durch Zahlung, sondern durch Verrechnung mit Gegenansprüchen an die Kl. erfolgt ist. Die Gegenforde-rungen, um die es sich hier im wesentlichen handelt, nämlich der Anspruch auf Auszahlung des „Bonus“, wäre aber selbst erst Mitte 1920 entstanden, also mit einem inneren Wert,

<sup>1)</sup> JW. 1928, 2852. <sup>2)</sup> JW. 1929, 2144. <sup>3)</sup> JW. 1929, 2134.

<sup>4)</sup> JW. 1927, 974.

kurses über das Vermögen der Gesellschaft, eine Aufwertung rückständiger Einzahlungen darum nicht ausgeschlossen sei, sondern selbständig nach aufwertungsrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen habe. Einen Schritt weiter geht das RG. in der vorl. Entsch., insofern es eine selbständige Aufwertung auch in einem Falle zuläßt, wo die künftige Umstellung noch möglich ist. Bedenken gegen diese Auf-fassung sind nicht zu erheben. Zwar besteht ein Zusammenhang zwischen der Umstellung des Kapitals und der Aufwertung rückständiger Einzahlungen. Denn die Aufwertung rückständiger Ein-zahlungen ist geeignet, die Goldmarkeröffnungsbilanz und damit die Umstellung zu beeinflussen. Der Zusammenhang ist aber nicht so eng, daß über die Umstellung und die Aufwertung nur einheitlich entschieden werden könnte. Das RG. hat in RG. 124, 264 = JW. 1929, 2144 mit Recht angenommen, daß eine wirksam erfolgte Umstellung, bei der die Aufwertung unberücksichtigt geblieben ist, der späteren Geltendmachung von Aufwertungsansprüchen nicht entgegensteht. Umgekehrt ist es mit dem RG. in der vorl. Entsch.

für zulässig zu erachten, daß über die Aufwertung entschieden wird, bevor die Umstellungsmaßnahmen erfolgt sind.

3. Zu der Frage der Aufwertung selbst hält sich die Entsch., indem sie eine rückwirkende Aufwertung von Stammeinlagen einer GmbH. zuläßt, im Rahmen der früheren Rpr. des RG. (RG. 124, 264 = JW. 1929, 2144 und RG.: JW. 1930, 2941<sup>11a</sup>). Als An-spruch aus einem Beteiligungsverhältnis ist die Forderung auf die Stammeinlagen gemäß §§ 62, 63 Abs. 2 Nr. 1 UjwG. nach all-gemeinen Vorschriften aufzuwerten, und zwar nach den Grundsätzen der Aufwertung von Forderungen aus lebenswichtigen Geschäften. Durch eine Tilgung mittels Papiermarkzahlung vor Mitte August 1922 wird also die rückwirkende Aufwertung nicht ohne weiteres ausgeschlossen. Das RG. gelangt demgemäß zur Zulassung der Aufwertung, obwohl der Tilgungsvorgang in den Sommer 1920 fällt.

4. Die Entsch. betrifft sodann die Aufrechnung von Papier-markforderungen. Das RG. macht die Aufrechnung einer Papier-markforderung gegen eine Papiermarkforderung zum Nennbetrage

der nur einen Bruchteil des Goldwerts des Anspruchs der Gesellschaft auf die rückständige Vorkriegs-Stammeinlage, nämlich eben rund  $\frac{1}{9}$  bis  $\frac{1}{10}$  von 6500 RM darstellte; anders verhält es sich naturgemäß soweit es sich um die aus den Kapitalerhöhungen in der Geldentwertungszeit stammenden, weiteren Stammeinlagen des Bekl. handelt. Denn die Einlagenschulden des Bekl. können ihrem Goldwert nach nur mit dem Zeitpunkt der Entstehung angefaßt werden. Es ist deshalb anzunehmen, daß zwischen dem Goldwert der aus den Kapitalerhöhungen vom Jahre 1921 stammenden Einlagenschulden und dem Goldwert der Gegenansprüche des Bekl. aus dem „Bonus“ kein Unterschied besteht, der einen Aufwertungsanspruch rechtfertigen könnte. Insofern müßte auch der für die Aufwertung von Stammeinlagerückständen geltende Grundsatz der „schematischen“ Aufwertung zurücktreten. Denn die oberste Grenze der Aufwertung bildet auf alle Fälle der ursprüngliche Goldwert der Stammeinlagenschuld, der je nach der Entstehungszeit ein sehr verschiedenes sein kann (s. a. das einen aktienrechtlichen Fall betreffende Ur. des erf. Sen. RG. 120, 363 ff. [373]).

Die Rev. rügt endlich Verletzung des § 304 ZPO., weil das BG. nicht festgestellt habe, daß hier die Aufwertung zu irgendeiner Nachzahlungspflicht des Bekl. führen müßte. — Auch dieser Revisionsangriff ist nicht begründet. Die Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs setzt zwar voraus, daß nicht bereits feststeht, es könne überhaupt kein Betrag auf die Klage zugesprochen werden, vielmehr muß eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür vorhanden sein, daß irgendeine Summe zugewilligt werden kann. Letzteres nimmt aber offensichtlich auch das BG. an. Es hält nur nicht für genügend geklärt, wieviel von der Stammeinlageforderung durch die Verrechnung mit den „Überschüssen in entwertetem Geld“ getilgt sei, und zwar deshalb nicht, weil möglicherweise „Überschüsse“ bei der Gesellschaft gar nicht vorhanden gewesen seien und die Verrechnung mit dem „Bonus“ in Wirklichkeit eine durch § 30 Abs. 1 GmbHG. verbotene Auszahlung von „Gesellschaftsvermögen“ darstelle; darüber werde erst Klarheit zu erlangen sein, so fährt das BG. fort, wenn der Stand des Gesellschaftsvermögens zur Zeit der Zuteilung des „Bonus“ von 13000 RM. am 30. Juni 1920 durch Umrechnung aller seit der letzten Goldmarkbilanz — etwa i. J. 1917 — aufgestellten Jahresbilanzen offen gelegt würde. Demnach trägt das BG. sogar Bedenken, den Goldmarkwert der Gegenforderung aus dem „Bonus“ voll anzurechnen, obwohl derselbe an und für sich schon weit hinter dem Goldmarkwert der Vorkriegs-Stammeinlage zurückbleibt. Daraus folgt als Sinn der Urteilsgründe, daß das BG. auch in dem für den Bekl. günstigsten Falle, d. h. wenn ihm der volle, nach dem Zeitpunkt der Entstehung sich bemessende Goldwert der Gegenansprüche zuzubilligen wäre, einen Aufwertungsanspruch hinsichtlich der Stammeinlage für begründet hält. — Damit entfällt auch dieser letzte Angriff der Revision.

Soweit das BG. allerdings Bedenken gegen die Anrechnungsmöglichkeit der Gegenansprüche im Hinblick auf § 30 GmbHG. äußert, ist darauf hinzuweisen, daß es sich hier gar nicht um „Zahlungen“ aus dem Gesellschafts-

\*) ZM. 1928, 2852.

davon abhängig, daß für die Zeit, in die der Tilgungsvorgang durch Aufrechnung fällt — das ist doch wohl die Zeit, zu der die Forderungen auf Grund der Aufrechnung als erloschen gelten (§ 389 BGB.). — noch der Grundsatz Mark gleich Mark anzuerkennen war. Dieser Ansicht ist zuzustimmen. War die Geldentwertung in dem Zeitpunkt, auf den der Tilgungsvorgang zurückzubeziehen ist, schon so weit vorgeschritten, daß eine Zahlung zum Nennbetrag als vollständige Erfüllung nicht mehr gelten konnte, so kann auch eine Aufrechnung zum Nennbetrag nicht stattfinden. Ist eine der beiden zur Aufrechnung sich gegenüberstehenden Forderungen frei aufwertbar, so ist eine Aufrechnung zum Nennbetrag, wenn sie sich für den Sommer 1920 auswirken soll, ausgeschlossen. Allerdings ist, was das RG. auch nicht verkennt, die Aufwertung auch in einem solchen Falle nur dann ausgeschlossen, wenn die beiden Forderungen nicht gleichmäßig aufwertbar sind. Ist die eine Forderung eine Vorkriegsforderung und die andere Mitte 1920 entstanden, so ist mit Rücksicht auf den verschiedenen inneren Wert der beiden Forderungen eine Aufrechnung zum Nennbetrag nicht zulässig. Besteht dagegen keinerlei Verschiedenheit in der Aufwertung der beiderseitigen Forderungen, sind sie also zu derselben Zeit entstanden und nach denselben Grundsätzen aufwertbar, so erscheint es bedenklich, ihre

vermögen, sondern um die Aufrechnung der Stammeinlageforderung des Bekl. seitens der Gesellschaft gegen Gewinnansprüche desselben handelt. Dieser Gewinnanspruch ist, wie bis auf weiteres anzunehmen, aus dem Bilanzgenehmigungs- und Gewinnverteilungsbeschuß für das Geschäftsjahr 1919/20 erwachsen. Daß diese Beschlüsse nichtig oder mit Erfolg angefochten wären, ist nicht ersichtlich. Es muß auch füglich bezweifelt werden, daß dies jetzt noch mit Aussicht auf Erfolg etwa um deswillen geschehen könnte, weil die Bilanz von 1919/20 schon von der Geldentwertung beeinflusst und nach dem damals in der Rspr. und im Wirtschaftsleben noch allgemein in Geltung stehenden Grundsatz „Mark = Mark“ aufgemacht war. — Es dreht sich auf alle Fälle um keine Bilanz aus der Zeit der Hochinflation.

Einem Versuch der Gesellschaft zum Zweck der Befreiung der Bilanz- und Gewinnverteilungsbeschlüsse und der hieraus den Gesellschaftern erwachsenen Rechte nunmehr nach Umfluß von mehr als acht Jahren eine Umwertung jener Bilanzen auf Festmarktgrundlage durchzusetzen, konnte von den Gesellschaftern, und zwar mit Erfolg auch der „Bewirkungseinwand“ entgegengesetzt werden. Das hier erörterte Bedenken berührt aber den Bestand des Grundurteils selbst nicht.

(U. v. 20. Febr. 1931; 228/20 II. — Stettin.) [Ru.]  
(= RG. 131, 318.)

### 16. §§ 34, 53 GmbHG.

1. Ein Beschuß auf Neueinführung von Sonderleistungspflichten der Gesellschafter bedarf der Zustimmung sämtlicher — auch der nicht in der GenVers. erschienenen — Gesellschafter. Die letzteren können dem Beschuß hinterher formlos zustimmen.

2. Unterschied zwischen Einziehung und Erwerb eines Geschäftsanteils durch die Gesellschaft. f)

Die klagende GmbH. besaß nach dem Stande v. 1. Jan. 1929 20 Gesellschafter. In der Gesellschafterversammlung v. 24. Jan. 1929, in welcher nach dem notariellen Protokoll 15 Gesellschafter anwesend waren, wurde u. a. zu § 4 der Satzung „einstimmig“ folgender Zusatz beschloffen: „Kein Gesellschafter darf während seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft sich mittelbar oder unmittelbar an einem Konkurrenzgeschäft beteiligen. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung hat der Gesellschafter eine Konventionalstrafe von 5000 RM zu bezahlen. Außerdem ist er verpflichtet, seinen Geschäftsanteil der Gesellschaft gegen Zahlung des nach der letzten Jahresbilanz zu berechnenden Wertes abzutreten.“ Der Bekl., der seit langen Jahren eine eigene Sand- und Kiesbaggerei betrieb, hat in einer Versteigerung einen Geschäftsanteil der Kl. erworben. Die Kl., deren satzungsmäßiger Zweck, die „Sand- und Kiesbaggerei“ ist, verlangt nun unter Berufung auf § 4 ihrer Satzung Verurteilung des Bekl. zur Abtretung des fraglichen Geschäftsanteils und zur Zahlung der Vertragsstrafe.

1. Das BG. geht von der Gültigkeit des in der Gesellschafterversammlung v. 24. Jan. 1929 zu § 4 der Satzung

Aufrechnung zum Nennbetrag auch für eine Zeit zuzulassen, in der der Satz Mark gleich Mark nicht mehr galt.

Bemerkenswert ist, daß das RG. gegen eine Aufrechnung in diesem Falle keine Bedenken aus den Vorschriften des GmbHG. herleitet, wonach die Gesellschafter eine Aufrechnung gegen die Stammeinlagen nicht geltend machen können (§ 19 Abs. 2 GmbHG.). Allerdings wird auf diese Frage nicht näher eingegangen. Das RG. erklärt auch nicht die Aufrechnung ausdrücklich für zulässig, vielmehr verlag es die Aufwertung, indem es ausführt, daß dann, wenn einer Forderung auf die Stammeinlage ein gleichwertiger Gewinnanspruch des Gesellschafters gegenübersteht, kein Unterschied bestünde, der einen Aufwertungsanspruch rechtfertigen könnte. Vom praktischen Gesichtspunkt aus hat dieses Ergebnis, mag es sich rechtlich als Zulassung der Aufrechnung oder als Ausschluß der Aufwertung darstellen, viel für sich. Es läßt sich unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben, der ja für Aufwertung, insbes. für die freie Aufwertung allgemein maßgebend ist, auch rechtfertigen.

Minist. Duassowski, Berlin.

Zu 16. Wenn das RG. einen Zusatz zu einer Satzung der GmbH., der den Gesellschaftern ein Konkurrenzverbot bei Verwertung einer Vertragsstrafe und der Verpflichtung zur Abtretung des

gefaßten Beschlusses aus. Wäre derselbe nicht rechtsgültig oder rechtswirksam, so müßte die Klage ohne weiteres abgewiesen werden. Daß der Formvorschrift des § 53 Abs. 2 GmbHG. — gerichtliche oder notarielle Beurkundung — genügt und der Beschluß im Handelsregister eingetragen worden ist (s. § 54 GmbHG.), zieht auch die Rev. nicht in Zweifel. Unbestritten war ferner in der Vorinstanz, daß — was sich auch aus den beigezogenen, zum Gegenstand der Verhandlung gemachten Registerakten ergibt — der fragliche Beschluß von den in der Gesellschafterversammlung anwesenden Gesellschaftern einstimmig angenommen worden ist. Allein die Registerakten zeigen gleichzeitig, daß an der Gesellschafterversammlung nicht sämtliche Gesellschafter teilgenommen hatten. Das hatte Kl. gar nicht behauptet; sie hatte ferner ausweislich der Akten in den Vorinstanzen auch nicht geltend gemacht, daß die nicht erschienenen Gesellschafter vor- oder hinterher dem Beschluß zugestimmt hätten. Es bleibt mithin die Möglichkeit offen, daß dies seitens des einen oder anderen der nicht vertretenen Gesellschafter nicht geschehen ist. — Darüber ist in den Vorinstanzen nichts festgestellt; das BG. hat ersichtlich eine Prüfung unter dem hier angeschnittenen, von der Rev. aufgegriffenen rechtlichen Gesichtspunkt nicht angestellt, ist vielmehr stillschweigend davon ausgegangen, es genüge, daß sämtliche in der Gesellschafterversammlung v. 24. Jan. 1929 anwesend gewesenen Gesellschafter für die vorgeschlagene Änderung des § 4 der Satzung gestimmt hatten. — Nun sind die damals gefaßten Beschlüsse über a) das Konkurrenzverbot, b) die Festsetzung einer Vertragsstrafe im Fall des Verstößes hiergegen in bestimmter Höhe, c) die Verpflichtung zur Abtretung des Geschäftsanteils an die Kl. zweifellos unmittelbar auf die nachträgliche Neueinführung von „Sonderleistungspflichten“ gerichtet, von denen die Satzung bisher nichts enthielt. Ebenfalls findet sich in der Satzung eine Bestimmung dahin, daß Sonderleistungspflichten überhaupt oder derart, wie sie hier in Rede stehen, durch Mehrheitsbeschluß sollten neu geschaffen werden können. § 13 der Satzung bestimmt allerdings, daß zur Abänderung des Gesellschaftsvertrags eine Mehrheit von  $\frac{3}{4}$  der abgegebenen Stimmen nötig sei, gibt aber damit ersichtlich nur den Inhalt des § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. wieder. Hinzu kommt noch, daß § 5 der Satzung, der sich mit der Leistung und Einforderung von Nachschüssen befaßt, ausdrücklich vorschreibt, daß solche nur mit Einwilligung sämtlicher Gesellschafter bzw. aller Gesellschafter zulässig sein sollten und zwar nicht über den Betrag der ursprünglichen Stammeinlage hinaus. — Es muß deshalb bei der Regel des § 53 Abs. 3 GmbHG. sein Bewenden haben. Daraus folgt zunächst einmal, daß die fraglichen Beschlüsse, welche für alle Gesellschafter eine Vermehrung (hier in der Form der Neubegründung) der ihnen nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden Pflichten mit sich brachten, der Zustimmung aller, nicht nur der in der Gesellschafterversammlung v. 24. Jan. 1929 vertretenen Gesellschafter bedurften. Das gilt insbes. auch für die Neueinführung des Konkurrenzverbots (s. a. Scholz, Anm. III 1a [S. 532] zu § 53 GmbHG., ferner Brodmann, Anm. 7c zu § 3 GmbHG., RG. 49, 332) und die an die Verletzung desselben geknüpften weiteren Rechtsfolgen (s. a. RG. 47, 182). — Nun konnte allerdings diese Zustimmung auch vor wie nach der Beschlußfassung erfolgen und zwar formlos, sowie durch schlüssige Handlungen (s. a. RG. 48, 107; 68, 266<sup>1</sup>) für AktG., 90, 405<sup>2</sup>) für Genossenschaften, desgl.

<sup>1</sup>) JW. 1908, 409.

<sup>2</sup>) JW. 1917, 972.

Anteils auferlegt, nur dann für gültig erachtet, wenn alle Gesellschafter — wenn auch nur formlos — zugestimmt haben, so entspricht dies dem Wortlaut des § 53 Abs. 3 GmbHG. Augenscheinlich hatte das DLG., das den Beschluß für gültig erachtet hat, trotzdem er offensichtlich nur von einem Teil der Mitglieder gefaßt war, sich an das Wort im § 53 Abs. 3 „Beteiligter“ gehalten und danach angenommen, daß eben nur diejenigen, die den Beschluß gefaßt hatten, an ihn gebunden, also nur diese beteiligt waren. Es läßt sich nicht leugnen, daß der Beschluß so hätte gefaßt werden können, z. B. dahin, daß die Gesellschafter A., B. und C. an das Konkurrenzverbot gebunden wären; dann ist selbstverständlich auch nur die Zustimmung dieser erforderlich. Dies ist eine Auslegungsfrage. Mit Recht führt das RG. aus, daß augenscheinlich nicht die Absicht der Parteien war, nur einzelne dem Konkurrenzverbot zu unterwerfen, sondern daß alle Gesellschafter aus dieser Bestimmung verpflichtet sein sollten. Ist dies aber der Fall, so müssen sie alle zustimmen.

Das weitere verwirft das RG. den Einwand, daß die Be-

Scholz, Anm. III, 3 [S. 537] zu § 53 GmbHG. mit weiteren Nachweisen). Indessen fehlt es insoweit bislang nicht nur an allen tatsächlichen Feststellungen, sondern auch an den erforderlichen tatsächlichen Behauptungen. Denkbar wäre nun an und für sich, daß der Beschluß nur für die Gesellschafter gelten sollte, die ihn faßten oder ihn billigten. Dagegen spricht aber schon der Wortlaut, der ausdrücklich dahin geht, daß kein Gesellschafter während seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft sich mittelbar oder unmittelbar an einem Konkurrenzgeschäft sollte beteiligen dürfen. Es wäre ferner offensichtlich mit dem Zweck der ganzen Klausel unvereinbar, wenn nur ein Teil der Gesellschafter gebunden würde, andere frei blieben. Vielmehr kann hier kein Zweifel sein, daß jeder der Beschließenden die Verpflichtung aller Gesellschafter wollte, mithin seine eigene nur dann, wenn auch alle anderen verpflichtet würden (s. a. RG. 90, 403 ff.). Sonach ist nach den bisherigen Feststellungen des BG. sowohl die sachlich-rechtliche Rüge aus § 53 Abs. 3 GmbHG., wie auch der prozessrechtliche Angriff aus § 139 ZPO. begründet. Der Vorderrichter hätte diesen für das Schicksal der Klage unter Umständen entscheidenden Punkt durch Ausübung der Fragepflicht klären müssen.

2. Fehlt dagegen der Revisionsangriff aus § 34 GmbHG.

Die Rev. meint, die Bestimmung des § 4 der Satzung, daß der dem Wettbewerbsverbot zuwiderhandelnde Gesellschafter verpflichtet sei, seinen Geschäftsanteil der Gesellschaft gegen Zahlung des nach der letzten Jahresbilanz zu berechnenden Wertes abzutreten, bedeute Festsetzung eines entgeltlichen Einziehungsrechts der Gesellschaft i. S. des § 34 GmbHG., das nur auf Grund eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses ausgeübt werden könne; Kl. habe aber selbst nicht behauptet, daß ein solcher Beschluß hier vorliege. Dem kann nicht beigetreten werden. Hier handelt es sich keinesfalls um eine Einziehung des Geschäftsanteils, sondern um das satzungsmäßig festgelegte Recht der Gesellschaft auf dessen Erwerb und eine entsprechende Verpflichtung zur Abtretung an die Gesellschaft. Der Geschäftsanteil soll nicht, wie bei der Einziehung, untergehen, sondern rechtlich auch in der Hand der Kl. fortbestehen. Der Erwerb eigener vollbezahlter Geschäftsanteile durch die Gesellschaft ist im übrigen, wie § 33 Abs. 2 GmbHG. zeigt, rechtlich zulässig und möglich.

(U. v. 28. April 1931; 357/30 II. — Breslau.) [Ru.]

### 17. § 42 GmbHG.; § 138 BGB.

1. Bilanzgenehmigungsbeschluß nichtig, wenn wertlose Patente mit hohem Wert eingestekt sind.

2. Keine Nichtigkeit, sondern nur Anfechtbarkeit, wenn der Ankauf von Erfindungen (Patenten) gebilligt ist, die der Gesellschaft als Wertesfindungen schon zustanden. †)

Nach dem in der Sache ergangenen Urte. des Sen. v. 17. März 1925 bildet den Gegenstand des Rechtsstreits zur Zeit nur noch der Antrag der Kl.: den in der Gesellschafterversammlung der Befl. v. 28. März 1914 gefaßten Beschluß auf Genehmigung der Geschäftsbilanz der Befl. für das Jahr 1913 und Entlastung von Geschäftsführung und Aufsichtsrat für nichtig zu erklären und die Befl. zur Streichung des in dieser Bilanz enthaltenen Patentkontos zu verurteilen. Die

<sup>1</sup>) JW. 1917, 972.

stimmung, der, das Konkurrenzverbot verletzt, müsse seinen Anteil abtreten, ungültig sei, da hierin eine Einziehung des Geschäftsanteils liege. Es ist vielfach in der Praxis festgestellt worden, daß eine Einziehung eines Geschäftsanteils oder einer Aktie das Gesellschaftsrecht untergehen lasse und daß die Verpflichtung zur Abtretung, die das Gesellschaftsrecht ja erhalte, etwas ganz anderes sei, sowie daß eine derartige Abtretung eines voll bezahlten Anteils sowohl nach Aktienrecht wie nach GmbH-Recht nicht verboten sei. JR. Dr. A. Pinner, Berlin.

Zu 17. Dem Urteil ist im Ergebnis beizutreten, nicht jedoch in der Begründung.

I. Das Urteil des RG. geht ebenso wie das BU. davon aus, daß der Wert der von der Befl. mit 1 000 000 M aktivierten Patente durch Sachverständigengutachten gerechtfertigt sei. Dies soll nachstehend untersucht werden. Denn die Zurückweisung der von der Kl.

kl. beanstandet das mit 1 000 001 M in der Bilanz ausgewiesene Patentkonto, weil die darunter fallenden, mit 1 000 000 M eingestellten Patente und Erfindungen, die die Befl. für 1 500 000 M dem Dr. N.-R. abgekauft gehabt habe, zum Teil vor dem Ankauf der Befl. bereits gehört hätten, im übrigen aber vollständig wertlos gewesen seien, der Patentankauf sich als ein sittenwidriges einverständliches Zusammenwirken N.s mit Vorstand und Aufsichtsrat der Befl. zu deren Nachteil und zum Vorteil N.s darstelle, und somit die Aufnahme eines Postens von 1 000 000 M für diese Patente und Erfindungen in die Bilanz der Befl. unzulässig sei. Die Befl. trägt ihren Antrag auf Zurückweisung darauf, daß sie unter Bestreiten der klägerischen Sachdarstellung geltend macht, die Bilanz sei zahlenmäßig richtig, da die fraglichen Patente und Erfindungen Ende 1913 tatsächlich den eingestellten Wert gehabt hätten.

Der Antrag der Kl. ist in allen Instanzen abgewiesen.

Die Erwägungen, mit denen das BG. neuerdings die Klage, soweit sie die Richtigkeit der Bilanz der Befl. für 1913 und die Streichung des darin enthaltenen Patentkontos betrifft, für unbegründet erklärt, sind folgende: Für die Aufstellung der Bilanz komme es nicht darauf an, auf Grund welcher Tatsachen die Gesellschaft die Bilanzwerte erworben habe, sofern sich diese nur überhaupt im Gesellschaftsvermögen befinden. Das Patentkonto enthalte die mit 1 000 000 M eingestellten, von N. erworbenen Patente und Erfindungen. Auch wenn sich der Kaufvertrag mit N. als nichtig erweisen sollte, seien diese bei Aufstellung der Bilanz jedenfalls im Vermögen der Befl. gewesen, nur habe ihre Einstellung dann nicht mit dem Kaufpreis, sondern mit ihrem wirklichen Werte erfolgen müssen. Dieser sei aber nach freier, an Hand von Sachverständigenbegutachtung vorgenommener Schätzung dem beanstandeten Bilanzposten mindestens gleichzusetzen. Danach könne über die Bilanzstreitigkeit durch Teilurteil entschieden werden ohne Rücksicht auf die noch zu klärende Frage der Entlastung der Verwaltungsvorgänge auf das Jahr 1913.

Die Entsch. des BG. ist im Ergebnis zutreffend und mit den von der Rev. geltend gemachten Einwendungen nicht zu erschüttern. Die Rev. vermißt in erster Linie die im ersten Urte. des RevG. für wesentlich erachtete Prüfung der Frage, ob die Patente betrügerisch erheblich überwertet worden seien. Das erste Urte. des Sen. erklärt diese Prüfung für erforderlich, weil die Kl. eine betrügerische Handlungsweise der Verwaltung und der Gesellschafter der Befl. behauptet, die zum Nutzen eines einzelnen unter Mißachtung des Gesetzes einen „Non-valeur“ für die Gesellschaft erworben oder einen solchen Erwerb gebilligt hätten. Warum die fraglichen Patente und Erfindungen als wertlos zu betrachten seien, hat die Kl. nicht

näher dargelegt. Zuzugeben ist ihr, daß in diesem Falle der Bilanzgenehmigungsbeschluß unheilbar nichtig sein würde, da die Bilanz durch das dann nicht zu Recht bestehende Patentkonto eine Überbewertung der Aktienseite aufwies, die gegen zwingende, im öffentlichen Interesse, insbes. mit Rücksicht auf die Gesellschaftsgläubiger, gegebene gesetzliche Vorschriften verstoßen würde (vgl. RG. 120, 32<sup>1</sup>), 366<sup>2</sup>). Auf die Frage, ob der Gesellschafterbeschluß auf sittenwidrigen Gründen beruhte oder ihm eine betrügerische Handlung der Verwaltung zugrunde lag, käme dann nichts an, weil ihm die Richtigkeit allein schon wegen der Tatsache der Überbewertung anhaften würde. Das BG. hat sich nun der Prüfung des Wertes der fraglichen Patente und Erfindungen durch Erhebung von Sachverständigenbeweis unterzogen. Es ist danach zu dem Ergebnis gelangt, daß von den im Sachverständigengutachten aufgeführten Schutzrechten u. dgl. allein schon die unter 1—3 bezeichneten, von denen die Kl. übrigens selbst nicht behaupten kann, daß sie wertlos gewesen seien, einen den Bilanzposten deckenden Wert von 1 000 000 M besaßen hätten. Die Positionen 4—13, die der Sachverständige allerdings als wertlos bezeichnet, läßt das BG. für seine Beurteilung außer Betracht. Läßt sich aber somit nach den erwähnten, nicht zu beanstandenden, rein tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urte. die Bilanzbewertung der unstreitig im Besitze der Befl. befindlichen, unter den fraglichen Posten fallenden Patente und Erfindungen mit 1 000 000 M jedenfalls rechtfertigen, so entfällt die Möglichkeit einer Richtigkeitsklärung der Genehmigung der Bilanz wegen Überbewertung des Patentkontos, da diese dann insoweit eine nicht zu bemängelnde, nicht offenbar willkürliche Wiedergabe des wirklichen Vermögensstandes der Gesellschaft enthielt und also auch ihre Genehmigung durch die Gesellschaftermehrheit nicht zu beanstanden war.

Nun behauptet die Kl. allerdings, daß die hiernach für den Anfaß des Patentkontos maßgebenden Patente 1—3 der Befl. bei Abschluß des Kaufvertrages mit N. als sog. Werks-erfindungen bereits gehört hätten, und ihr Ankauf also auf sittenwidrige Machenschaften zurückgehe. Aber auch mit dieser Begründung ist zu einer Richtigkeit des Bilanzgenehmigungsbeschlusses nicht zu gelangen. Zunächst hat die Kl. jede nähere Darlegung darüber vermissen lassen, was sie unter Werks-erfindungen versteht und inwiefern es sich im Streitfall um solche handle. Der Begriff der Werks- oder Betriebserfindung ist in der Entsch. RG. 127, 203<sup>3</sup>) eindeutig festgelegt. Die Sachlage spricht in keiner Weise dafür, daß dieser Fall hier gegeben sei, zumal z. B. das Patent zu 3 (Behandlung von Hämoglobin) in keinem erkennbaren Zusammenhang zum Gegenstand des Unternehmens der Befl. stand. Anscheinend will die Kl. eher behaupten, daß es sich bei den fraglichen

eingelegten Rev. gründet sich unmittelbar wie mittelbar auf diese Annahme.

Der Unterzeichnete hat vor etwa zweieinhalb Jahrzehnten ein Buch „Die Bilanzwerte, was sie sind und was sie nicht sind“ geschrieben. Es dürfte sich wohl nicht so leicht wieder ein Fall finden lassen, woran sich so deutlich wie an dem vorliegenden zeigen läßt, was die Bilanzwerte sind und was sie nicht sind. Vor allem ist dringend zu raten, daß, wer im Bilanzwesen nicht ganz sicher ist, den Ausdruck „bewerten“ bei Aufstellung der Jahresbilanz des Kaufmanns möglichst vermeidet. Der Kaufmann gebraucht hier „bewerten“ in einem ganz spezifischen Sinne. Wer diesen nicht kennt und „bewerten“ in der allgemeinen Bedeutung anwendet, wird leicht fehlerhaft.

Welches ist nun der Zweck und das Wesen der Jahresbilanz? Diese ist in erster Linie eine Erfolgsrechnung, die sich aufbaut und sich nur aufbauen kann auf den Ziffern der Aufwendungen, die der Kaufmann jahresüber gemacht und in seinen Büchern verzeichnet hat. Am Ende des Geschäftsjahres wird bei der Inventur vom wirtschaftlichen Gesichtspunkt aus geprüft, ob die ziffernmäßigen Aufwendungen noch vorhanden oder ob sie nicht mehr vorhanden sind. Es ist hier nicht möglich, die Art dieser Prüfung näher zu schildern<sup>1)</sup>. Das ist aber auch gar nicht erforderlich. Notwendig allein ist hier die Kenntnis, daß bei dem Jahresabschluß die durch die Bücher ausgewiesenen Kosten daraufhin kontrolliert werden, ob ihnen vom wirtschaftlichen Standpunkt aus noch eine Existenzberechtigung zuzusprechen ist, d. h. ob und inwiefern sie noch zu aktivieren sind. Aus dem Wesen der Inventur und der Jahresbilanz folgt, daß der Kaufmann, und zwar auch der Einzelkaufmann, nie über die eigenen, durch die Bücher ausgewiesenen Kosten des betreffenden Objekts hinausgehen darf. Er

<sup>1)</sup> JW. 1928, 1552. <sup>2)</sup> JW. 1928, 2852. <sup>3)</sup> JW. 1930, 1669.

kann sie und unter Umständen muß er sie verringern. Aber er darf keinesfalls die Grenze der Selbstkosten nach oben überschreiten.

Im vorliegenden Falle handelt es sich um die Bilanzierung von Patenten einer GmbH. Patente gehören in der Regel, nämlich wenn sie zum Gebrauch und nicht zur Veräußerung bestimmt sind, wie hier, zu den Gegenständen des sog. Anlagevermögens. Auf sie findet daher § 42 Nr. 1 GmbHG. Anwendung. Dieser enthält, worauf nachdrücklich hinzuweisen ist, auch keinerlei Sondervorschriften über Bilanzierung von Anlagen, sondern wiederholt nach dem Vorbild des Aktienrechts, § 261 Ziff. 3 HGB., in einer allerdings wenig glücklichen Fassung nur ausdrücklich den nach der Verkehrsauffassung ohnehin für die kaufmännische Bilanzierung von Anlagegegenständen maßgebenden Grundsatz: Die Kosten einer dem Gebrauche dienenden Sache sind auf die Zeit von deren nutzbarer Verwendung zu verteilen entweder so, daß jährlich vom Anlagekonto ein über Gewinn- und Verlustrechnung zu verbuchender Betrag abgeschrieben oder daß zwar das Anlagekonto ziffernmäßig nicht vermindert, dafür aber unter den Passiven als Gegenposten ein Erneuerungskonto eingesetzt und daß dieses für einen den Abschreibungen über Gewinn- und Verlustrechnung entsprechenden Betrag belastet wird. Der zit. § 42 Nr. 1 läßt das schon betonte Prinzip, daß man bei Aufstellung der Jahresbilanz die Grenze der Selbstkosten keinesfalls nach oben überschreiten darf, klar erkennen.

Dies angewendet auf das vorstehende Urteil. Es ist von 13 Patenten die Rede. Der Sachverständige hat den Wert der in seiner Liste unter 1 bis 3 aufgeführten Patente mit mindestens 1 000 000 M angenommen, während er die 10 restlichen Patente als wertlos bezeichnet hat. In Ansehung der drei ersten Patente hatte die Kl. behauptet, sie wären Werks-, genauer wohl: Angestellten-erfindungen. Ihr angeblicher An-

<sup>1)</sup> Darüber der Unterzeichnete in Ehrenbergs Handb. des Handelsr., Bd. 2 Abt. I S. 484f.

Patenten um Angestellten- (Dienst-) Erfindungen gehandelt habe, die als der Bekl. zustehend zu behandeln gewesen wären. Inbess. ist es nach den in der erwähnten Entsch. dargelegten Grundsätzen ganz Frage des einzelnen Falles, ob und inwieweit eine Angestellten-erfindung als in den Bereich der Dienstleistung des Erfinders fallend anzusehen ist. In dieser Richtung hätten also von der Kl. zur Begründung ihrer Behauptung nähere Umstände dargelegt werden müssen, was nicht geschehen ist. Inbes. ist N.s. Stellung im Betrieb der Bekl. keineswegs geklärt. Handelte es sich, womit zu rechnen ist, um Schutzrechte, um deren Inhaberschaft zwischen ihm und der Bekl. Streit bestand, so wäre der formelle käufliche Erwerb dieser Rechte durch die Bekl. nur der Ausdruck einer vergleichsweise erfolgten Beilegung der bestehenden Unklarheit und daher ebensowenig zu beanstanden gewesen, wie wenn N. in Wirklichkeit allein der Inhaber der Rechte war. Aber auch wenn die Rechte bei Abschluß des Kaufvertrages tatsächlich bereits der Bekl. zugestanden haben sollten, wäre der Bilanzgenehmigungsbeschluß nicht richtig. Die Satzung der Bekl. steht in § 9 Abs. 3 vor, daß zur Festlegung der Gewisheit über die Rechtsgültigkeit der Gesellschafterbeschlüsse diese nur innerhalb eines Monats nach der Beschlussfassung angefochten werden können. Die Anfechtungsregelung ist also der der AktG. (§ 271 HGB.) nachgebildet. Für das Recht der AktG. hat aber der Senat in ständiger Rspr. daran festgehalten, daß eine Nichtigkeit von GenVersBeschlüssen nur dann angenommen werden kann, wenn sie im öffentlichen Interesse gegebene, unverzichtbare Vorschriften verletzen oder sonst mit dem Wesen der AktG. unverträglich sind (vgl. auch § 135 Entw. z. AktienG.) oder einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalten. Hiervon scheidet im Streitfall, da, wie bereits erwähnt, eine Überbewertung des Vermögens der Gesellschaft nicht vorliegt, die erste Möglichkeit aus, auch die zweite ist nicht gegeben, und, was die Frage der Sittenwidrigkeit anlangt, so kommt diese nach der Rspr. des Sen. (RG. 115, 383<sup>4</sup>) entgegen der nach § 138 BGB. anzustellenden Prüfung auf Inhalt, Motiv und Zweck des fraglichen Rechtsaktes nach der für das Recht der AktG. anzunehmenden und daher auch für den Streitfall gültigen Sonderregelung als Nichtigkeitsgrund allein dann in Betracht, wenn der Inhalt des Beschlusses gegen die guten Sitten verstößt. Ein unsittlicher Beweggrund oder Zweck, eine Sittenwidrigkeit nur in der Art des Zustandekommens des Beschlusses vermag dagegen

<sup>4</sup>) JW. 1927, 1348.

kauf von N. könne daher nur auf sittenwidrigen Machenschaften zwischen der Bekl. und N. beruhen. Welche Stellung dieser im Betrieb der Bekl. eingenommen hat, steht nicht fest. Auch hat die Kl. wohl noch keinerlei Behauptungen in der Richtung aufgestellt, welche Beträge außerstensfalls die Bekl. zwecks Erwerb dieser Erfindungen für Material und Gehalt aufgewendet habe. Ebensovienig hat sie behauptet, daß die Bekl. hierfür überhaupt keine Aufwendungen gemacht habe. Die Kl. hat sich vielmehr auf die Behauptung des sittenwidrigen Erwerbes beschränkt. Jedenfalls ist noch streitig, ob die drei wertvollen Patente aus dem Betriebe der Bekl. stammten. Das RG. und das OLG. sind übereinstimmend der Ansicht: darauf komme es nicht an. Sämtliche Patente befänden sich zur Zeit der Bilanz-aufstellung unstreitig im Besitze der Bekl.: selbst wenn sämtliche Patente bereits vor Abschluß des Geschäftes zwischen N. und der Bekl. dieser zugestanden hätten, wäre der Wert der Patente auf Grund des vorliegenden Gutachtens in Höhe von 1 000 000 M. erwiesen.

Das RG. und das OLG. glauben also, mit dem Gutachten eines Sachverständigen auf dem Gebiete der betreffenden Patente auskommen zu können. Dies trifft nicht zu. Es hätte noch ein Sachverständiger auf dem Gebiete der Buchführung und Bilanz hinzugezogen werden müssen. Denn es besteht ja die Möglichkeit, daß die Bekl. zu den drei wertvollen Patenten durch Arbeiten, die Angestellte der Bekl. mit ihren Materialien ausgeführt haben, gelangt ist. In diesem Falle hätte die Bekl. nach dem Gesetze und der Verkehrsanschauung niemals, wie das RG. und das OLG. meinen, irgendwelche, über die Selbstkosten hinausgehenden Beträge mit Rücksicht darauf, daß der technische Sachverständige diese Patente auf mindestens 1 000 000 M. geschätzt hatte, einsehen dürfen. Dies würde der Buch- und Bilanzsachverständige bestätigen haben, sowie weiterhin, daß, sofern die Bekl. 1 500 000 M. für die 10 restlichen Patente an N. gezahlt hätte, der gesamte Betrag über Gewinn- und Verlustrechnung hätte abgeschrieben werden müssen. Denn diese Beträge wären ja nach wirtschaftlicher Anschauung zur Zeit der Bilanz-aufstellung als nicht mehr existent anzusehen gewesen. Hätte also die Bekl. für die drei, allein wertvollen Patente 50 000 M. verausgabt gehabt, so hätten allein

höchstens Anfechtbarkeit des Beschlusses zu begründen. Der im vorliegenden Fall beanstandete Beschluß der Bilanzgenehmigung ist nun aber sichtlich unzweifelhaft indifferent (vgl. Brodmanu, Aktienrecht, S. 405) und daher inhaltlich jedenfalls nicht sittenwidrig. Seine Nichtigkeit scheidet also aus. Ob etwaige bei der Verwaltung der Bekl. oder der zustimmenden Mehrheit bei Vorbereitung und Fassung des Beschlusses vorhandene sittenwidrige Motive, insbes. die Absicht ungerechtfertigter Vorteilszuwendungen an N., eine Unfechtbarkeit des Genehmigungsbeschlusses begründet haben könnten, ist nicht zu prüfen, da die Kl. eine Anfechtungsklage nicht geltend macht und auch die dazugehörigen sachlichen Ausführungen erst lange Jahre nach Ablauf der statutarischen Anfechtungsfrist vorgebracht hat.

Demgemäß hat das BG. mit Recht hinsichtlich des auf das Patentkonto und die Bilanzgenehmigung bezüglichen Teiles der Klage das klageabweisende Ur. der ersten Instanz bestätigt. Wenn die Rev. noch bemängelt, daß zu Unrecht die wegen des Patentkaufs entstandenen Ansprüche der Bekl. aus unerlaubter Handlung gegen N. und den früheren Aufsichtsratsvorsitzenden Th. in der Bilanz nicht berücksichtigt seien, so wird damit an der Entsch. nichts geändert, da die Überlegung von an sich in die Bilanz gehörigen Aktiven nur eine Unterbewertung des Vermögens der Gesellschaft zur Folge gehabt haben würde, die den Bilanzgenehmigungsbeschluß wiederum höchstens anfechtbar, nicht aber nichtig macht (vgl. RG. 115, 382<sup>o</sup>).

(U. v. 13. Jan. 1931; 158/30 II. — Kiel.)

[Ru.]

(= RG. 131, 141.)

**\*\*18.** §§ 45, 47 GmbHG.; § 1041 Ziff. 2 ZPO. a. F. Die Vereinbarung der beiden Gesellschafter einer GmbH., daß sie für die Bestellung einer bestimmten Person als Geschäftsführer stimmen müßten, ist unwirksam. Ein dazu verurteilender Schiedsspruch unterliegt der Aufhebung.

Die Brüder B. und H. M. waren Gesellschafter der im R. bestehenden GmbH. Gebrüder M. Beide sind verstorben. Zuerst starb B. M., der Ehemann der Kl. Nach seinem Tode trat seine Witwe als seine Erbin und Rechtsnachfolgerin mit H. M. am 20. Dez. 1915 eine notariell beurkundete Verein-

<sup>o</sup>) JW. 1927, 1348.

diese 50 000 M. auf dem Patentkonto aktiviert werden dürfen und 950 000 M. hätten eine ungefähliche Überbewertung dargestellt.

Von dem hier vertretenen Standpunkt ist allerdings die Rev. gleichfalls zurückzuweisen. Aber nicht deshalb, weil, wie das OLG. und RG. annehmen, die Behauptung der Kl., die Patente der Bekl. wären überbewertet, widerlegt wäre. Vielmehr deshalb, weil die Kl. die in dieser Beziehung erforderlichen Behauptungen gar nicht aufgestellt und noch weniger Beweis dafür angetreten hat, weil also die Frage der Überbewertung noch gar nicht geklärt ist.

II. Im Urteil wird weiter ausgeführt: Die Klage sei auch deshalb abzuweisen, weil nach dem Verhältnis der aktienrechtlichen Nichtigkeits- zur Anfechtungsklage, das hier analog anzuwenden sei, allein die Nichtigkeitsklage zum Ziele führen könne, und eine solche Klage gemäß der jetzigen Rspr. mit der Behauptung, der Bilanzfeststellungsbeschluß beruhe auf einem sittenwidrigen Motive, sich nicht stützen lasse. — Diese Ausführungen erscheinen ebenfalls nur notwendig, weil das RG. davon ausgeht, daß die Zulässigkeit der Bewertung der Patente mit 1 000 000 M. bewiesen sei.

Geht man hingegen von der richtigen Anschauung über die Bilanzbewertung, genauer über das Zustandekommen der richtigen Bilanzziffern aus, so erweisen sich Darlegungen über etwaige sittenwidrige Motive des Bilanzfeststellungsbeschlusses als gegenstandslos. Entweder nämlich rechtfertigen die im Betriebe der Bekl. für Erfindungen gemachten Aufwendungen in der unter I gezeigten Weise den Einstandspreis von 1 000 000 M. Dann geht der Posten „Patente“ in Ordnung und der Beschluß ist gültig. Oder die Anschaffungs- und Herstellungskosten lassen auf Grund der Gutachten des technischen und des Buchsachverständigen die 1 000 000 M. für Patente nicht gerechtfertigt erscheinen. Dann ist das Konto in Höhe des differierenden Mehrbetrages überbewertet und der Bilanzfeststellungsbeschluß ist nichtig. Ob das eine oder das andere der Fall ist, läßt sich zur Zeit noch gar nicht übersehen. Aber gleichviel, ob das eine oder das andere der Fall ist, auf jeden Fall kommen Erörterungen über sittenwidrige Motive des Bilanzfeststellungsbeschlusses nicht in Betracht.

JR. Dr. R. Fischer, Leipzig.

barung, durch die beide Bestimmungen über die Geschäftsführung der Gesellschaft festlegten. In § 3 dieses Abkommens verpflichtete sich die Kl. für den Fall, daß H. M. oder seine Erben die Bestellung eines der Söhne des H. M. als Geschäftsführer bestellt zu sehen wünschten, dieser Bestellung zuzustimmen, sofern nicht begründete Einwendungen gegen dessen Charakter und Fähigkeiten beständen. Bei einem etwaigen Streit über die Bedingungen der Bestellung oder die Eignung des betreffenden Sohnes sollte nach § 4 ein Schiedsgericht entscheiden.

Im Jahre 1924 wurde von der mit ihren Kindern in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebenden Witwe des inzwischen auch verstorbenen H. M., der Bess. L. M., deren Sohn E. als Geschäftsführer der jetzt zwischen den Parteien bestehenden Gesellschaft vorgeschlagen, von der Kl. aber als solcher nicht gebilligt. Es wurde darauf das in dem Vertrag vom 20. Dez. 1915 vorgesehene Schiedsgericht gebildet, das durch Spruch v. 12. Dez. 1924 die Kl. verurteilte, in die Bestellung des E. M. als Geschäftsführer neben dem bereits als solchen fungierenden Direktor B. zu willigen, und zwar nach Maßgabe näherer, in dem Schiedsspruch festgestellter Bedingungen. Danach sollte E. M. zunächst probeweise das Amt eines Geschäftsführers bekleiden und nur in Gemeinschaft mit dem Geschäftsführer B. zeichnungsberechtigt sein, vom 1. Jan. 1926 ab jedoch vollberechtigter Geschäftsführer mit selbständiger Vertretungsbefugnis werden, falls nicht die Kl. bis spätestens 15. Nov. 1925 aus einem der im Schiedsspruch angegebenen Gründe ihre Zustimmung dazu verweigerte. Dazu sollte sie besonders wegen grober Pflichtverletzung des E. M. während seiner probeweisen Geschäftsführung und dessen erwiesener Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung befugt sein; im Streitfall sollte wiederum das Schiedsgericht entscheiden. Am 11. Nov. 1925 erklärte die Kl., daß sie ihre Zustimmung zur weiteren Geschäftsführung des E. M. verweigere. Am 5. Dez. 1928 hat darauf das Schiedsgericht entschieden, daß die Weigerung der Kl., der Beibehaltung des E. M. als Geschäftsführer der Gesellschaft zuzustimmen, unbegründet sei.

Im gegenwärtigen Rechtsstreit verlangt die Kl. die Aufhebung sowohl des Schiedsspruchs v. 12. Dez. 1924 wie des Spruchs v. 5. Dez. 1928. Sie hält es für unzulässig und verboten, einen Gesellschafter dazu zu zwingen, in der Gesellschaftsversammlung in einem bestimmten Sinne seine Stimme abzugeben, und deshalb auch ihre Verpflichtung, unter bestimmten Voraussetzungen der Ernennung und Beibehaltung des E. M. als Geschäftsführer, über die die Gesellschaftsversammlung zu beschließen habe, zuzustimmen, für unwirksam.

In den Vorinstanzen ist die Klage abgewiesen worden. Das RG. hat der Klage stattgegeben.

Die Entscheidung hängt davon ab, ob der erste Schiedsspruch die Kl. zu einer verbotenen Handlung verurteilt hat. Bei dem zweiten Schiedsspruch v. 5. Dez. 1928 kommt eine solche Verurteilung zwar nicht unmittelbar in Frage, weil er die Kl. nicht zur Zustimmung verurteilt, sondern nur ihre Einwendungen gegen die feste Bestellung des E. M. als Geschäftsführer für unbegründet erklärt. Aber da die beiden Schiedssprüche ein Ganzes bilden, so zieht die Entscheidung über den ersten Schiedsspruch, sofern sie auf dessen Aufhebung lautet, ohne weiteres auch die Aufhebung des zweiten Spruchs nach sich.

Das BG. hat die in dem Schiedsspruch v. 12. Dez. 1924 ausgesprochene Verurteilung der Kl. rechtsirrig für zulässig gehalten. Schlichthin ist eine Abrede unter den Gesellschaftern oder einzelnen Gesellschaftern einer GmbH., in der Gesellschaftsversammlung in einer bestimmten Weise zu stimmen, zwar nicht ungültig und durch das Gesetz nicht verboten. Aber wichtig ist die Abrede, wenn sie ein Prinzip des Gesetzes über die GmbH. umgeht und zu einer Schädigung der Gesellschaft führen kann. Von diesem Gesichtspunkt ist es vom RG. verneint worden, daß sich einzelne Mitglieder einer GmbH. rechtsverbindlich gegeneinander verpflichten können, bei der durch die Versammlung aller Gesellschafter vorzunehmenden Wahl des Aufsichtsrats für eine bestimmte Person zu stimmen oder nicht zu stimmen (RG. 57, 205). Aus demselben Grunde muß aber auch eine Verpflichtung, für die Wahl

einer bestimmten Person als Geschäftsführer einer GmbH. zu stimmen, worauf die Verpflichtung zur Einwilligung in deren Bestellung tatsächlich hinausläuft, als unzulässig angesehen werden. Denn der Wille des Gesetzes ist es, daß der Geschäftsführer durch das in freier Wahl befundene Vertrauen der Mehrheit berufen wird, und dieser Grundsatz darf nicht verletzt werden (vgl. auch Hachenburg, Gesetz betr. die Gesellschaft m. b. H., Note 44 zu § 45; Brodmann, Note 3 zu § 47 dieses Ges.). Darum geht es auch nicht an, durch äußeren Zwang in die Willensbildung eines Körperschaftsorgans, hier der Gesellschaftsversammlung, einzugreifen, wie es geschieht, wenn ein Gesellschafter sich den anderen gegenüber verbindlich macht, zur Bestellung einer bestimmten Person als Geschäftsführer, sei es auch nur unter gewissen Bedingungen, seine Einwilligung zu geben, und diese Einwilligung im Weigerungsfall erzwingen wird (RG. 112, 279). Denn dieser Zwang hindert den betreffenden Gesellschafter an der freien Entschliebung bei der Abstimmung über die in der Gesellschaftsversammlung zu beschließende Wahl des Geschäftsführers und kann zur Folge haben, daß die Wahl nicht auf diejenige Person fällt, mit deren Bestellung den Interessen der Gesellschaft am besten gebient wäre. Eine solche Gestaltung würde zu Nachteilen für die Gesellschaft besonders dann ausschlagen, wenn sich nach der Eingehung der Verpflichtung zu einer gewissen Abstimmung die Verhältnisse der allgemeinen Wirtschaft oder auch nur der Gesellschaft so geändert haben, daß die Geschäftsführung der Gesellschaft langbewährte und erfahrene Kräfte erfordert. Auch wenn, wie hier, die Gesellschaft nur zwei stimm-berechtigte Gesellschafter hat, ist die Rechtslage nicht anders. Im Gegenteil müssen die vorentwickelten Grundsätze dann um so mehr gelten, als in diesem Fall durch die dem einen Gesellschafter auferlegte Verpflichtung, in bestimmter Weise zu stimmen, der Beschluß der Gesellschaftsversammlung in der verabredeten Weise in der Regel schon festgemacht ist, während bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern die Mehrheit den Ausschlag gibt und hierdurch die einem der Gesellschafter aufgezwungene Abstimmung unter Umständen einflußlos werden kann. Wenn die RevBefl. der sich aus dem Vorstehenden ergebenden Unzulässigkeit der zwischen der Kl. und H. M. über die Geschäftsführerverbestellung getroffenen Vereinbarung damit ausweichen will, daß sie in der notariellen Urkunde v. 20. Dez. 1915 die Beurkundung eines Gesellschaftsbeschlusses findet, so kann sie mit dieser Einwendung keinen Erfolg haben. Denn ein Beschluß der Gesellschaftsversammlung ist dort nicht beurkundet, sondern es handelt sich um die Beurkundung eines zwischen den damaligen beiden Gesellschaftern geschlossenen Vertrages, der eine rein schuldrechtliche Verpflichtung der einen Gesellschafterin gegenüber dem anderen betraf und damit außerhalb des gesellschaftlichen Rechtskomplexes lag. Dies geht auch schon aus dem Wortlaut des § 3 des Abkommens v. 20. Dez. 1915 hervor, wo es heißt: „Wenn Herr H. M. einen seiner Söhne als Geschäftsführer unter angemessenen Bedingungen bestellt zu sehen wünscht, so verpflichtet sich Frau F. M. für sich und ihre Erben, dieser Bestellung zuzustimmen, es sei denn, daß begründete Einwendungen gegen den Charakter oder die Fähigkeiten des Sohnes erhoben werden können . . .“. In den Vorinstanzen ist übrigens Abweichendes auch nicht behauptet worden.

Daß die Kl. nach dem Abkommen mit H. M. unter den angegebenen Voraussetzungen ihre Einwilligung zu der Bestellung des E. M. als Geschäftsführer verweigern konnte und auch der Schiedsspruch v. 12. Dez. 1924 ihr freigelassen hat, dessen endgültige Bestellung als Geschäftsführer abzulehnen, wenn er sich während seiner Probezeit einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht hatte oder seine Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung der Gesellschaft zutage getreten war, schützte weder sie noch die Gesellschaft genügend. Denn es schloß nicht aus, daß die Kl. gegebenenfalls ihre Stimme für einen besseren und besonders geeigneten Geschäftsführer nicht abgeben konnte, weil sie eben für den Sohn des H. M. als Geschäftsführer stimmen mußte, soweit die angegebenen Umstände sie von dieser Pflicht nicht befreiten. Die Einschränkung ihrer Verpflichtung schaltete deshalb deren Unzulässigkeit und Unwirksamkeit nicht aus.

Ist hiervon aber auszugehen, so stellt sich die von der

Kl. in dem Abkommen v. 20. Dez. 1915 eingegangene Verpflichtung und deshalb auch die nach Maßgabe derselben von ihr verlangte Abstimmung als eine verbotene Handlung dar. Denn verboten sind nicht bloß Handlungen, die gegen ein ausdrückliches Verbotsgesetz verstoßen, sondern auch solche, deren Verbotswidrigkeit sich mittelbar aus den Grenzen der Zulässigkeit und Wirksamkeit einer Rechtshandlung ergibt (RG. 57, 334; Stein-Jonas II 2 zu § 1041). Damit war aber auch die in dem Schiedsspruch v. 12. Dez. 1924 ausgesprochene Beurteilung der Kl. eine Beurteilung zur Vornahme einer verbotenen Handlung, wegen deren auf Grund des § 1041 Ziff. 2 ZPO. die Aufhebung des Schiedsspruchs verlangt werden kann. Die Zulässigkeit der Beurteilung läßt sich mit dem BG. auch nicht daraus herleiten, daß die Kl. die Verpflichtung zur Einwilligung in die Bestellung eines Sohnes des H. M. als Geschäftsführer freiwillig übernommen hat. Denn wenn die Verpflichtung der Kl. ungültig und unzulässig war, so läßt sich mit ihr auch die ihr entsprechende Beurteilung der Kl. nicht rechtfertigen. Aber selbst wenn gegen die Zulässigkeit und Gültigkeit der Vereinbarung v. 20. Dez. 1915 nichts einzutenden wäre, würde ihr nach der Rpr. des RG. (RG. 112, 279) die Erzwingbarkeit fehlen, weil mit ihr in die freie Willensbildung der Gesellschafterversammlung unzulässig eingegriffen würde, und nicht erzwingbare Handlungen gelten nach der reichsgerichtlichen Rpr. (RG. 26, 376) auch als verboten i. S. des § 1041 Ziff. 2 ZPO.

(U. v. 16. Jan. 1931; 192/30 VII. — Köln.) [Ru.]  
(= RG. 131, 179.)

**19.** §§ 50, 51 GmbHG. Wird auf Verlangen eines Gesellschafters der GmbH. nach Einberufung einer Gesellschafterversammlung mit bestimmter Tagesordnung zwar die Versammlung einberufen, eine Tagesordnung aber noch nicht mitgeteilt, so gibt das dem Gesellschafter noch nicht das Recht, selbst die Versammlung mit Tagesordnung einzuberufen, solange dies noch fristgemäß nachgeholt werden kann. †)

Der Bevl. und A. Sch. waren bis 1. Dez. 1928 alleinige Gesellschafter der klagenden GmbH. In einer auf den 1. Dez. 1928 von A. Sch. einberufenen Gesellschafterversammlung wurde ein Vertreter der GmbH. gewählt, um Ansprüche gegen

Zu 19. 1. Die vorliegende Entsch. befaßt sich mit einem Fall der Haftbarmachung eines Geschäftsführers, der an der GmbH. selbst maßgebend als Gesellschafter beteiligt ist. Die Durchführung derartiger Ansprüche ist praktisch auch gegenüber dem die Gesellschaft beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer dadurch gewährleistet, daß die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zur entsprechenden Beschlußfassung durch Ausübung des Minderheitsrechtes des § 50 GmbHG. erzwungen werden kann, und der beteiligte Gesellschafter-Geschäftsführer gem. § 47 Abs. 4 GmbHG. bei der Beschlußfassung kein Stimmrecht hat. Deshalb geht in der Praxis dieser Fälle das Bestreben des beteiligten Gesellschafters dahin, durch Abtretung seines Geschäftsanteils an einen Dritten diese Ausschließung vom Stimmrecht zu umgehen und die Stimme der entgegenstehenden Gesellschafter auf diese Weise ihres entscheidenden Gewichtes zu entkleiden. Auch im gegebenen Falle ist eine solche Abtretung erfolgt, von der der Klageartikel behauptet, daß es sich um eine Scheinabtretung handle, die zu dem Zwecke erfolgt sei, der Gesellschaft und dem anderen Gesellschafter ihre Rechte abzuschneiden. Die Abtretung der Geschäftsanteile war offenbar durch das Statut an die Genehmigung der Gesellschafter oder der Gesellschaft geknüpft (§ 15 Abs. 5 GmbHG.). Deshalb mußte der Bevl. danach trachten, vor der über die Frage seiner Haftbarmachung beschlußfassenden Gesellschafterversammlung, die Beschlußfassung über die Genehmigung der Abtretung der Geschäftsanteile in einer Gesellschafterversammlung herbeizuführen. Dies war zweifellos der taktische Grund für die Einberufung einer Gesellschafterversammlung unmittelbar vor der von dem anderen Gesellschafter aberaunten Gesellschafterversammlung. Es sollte auf diese Weise ermöglicht werden, mit den Stimmen des Bankvereins als Erwerbers der Geschäftsanteile des Bevl. eine Vertagung dieser Versammlung zu erzwingen und so neben dem Widerspruch des Bevl. gegen die Abhaltung derselben auf einem zweiten Wege die sachliche Beschlußfassung zu vereiteln.

Im gegebenen Fall hat das RG. schon den Widerspruch des Bevl. gegen die Abhaltung der von dem Gesellschafter aberaunten Versammlung für gerechtfertigt erklärt, so daß eine Nachprüfung der Einbringungen gegen die Wirksamkeit der Abtretung der Geschäftsanteile entfiel. Tatsächlich muß aber die Wirkung derartiger Schein-

den Bevl. zu erheben, der der Geschäftsführer war. Diese hat Klage erhoben, der der Bevl. mit dem Einwand entgegentritt, daß die Wahl des Vertreters unwirksam sei, er die GmbH. also nicht vertreten könne. Der Bevl. hat in allen Instanzen obgesiegt.

Der VerR. trifft folgende Feststellung:

Am 18. Okt. 1928 ersuchte der Gesellschafter A. Sch. den Bevl. um Einberufung einer Gesellschafterversammlung zur Beschlußfassung darüber, ob der Bevl. wegen der Belastung von Gesellschaftsgrundstücken mit 250 000 RM Grundschulden und deren Verpfändung an den „Ver Bankverein“ haftbar gemacht, ob gegen ihn eine Klage auf Befreiung der Gesellschaft von Verbindlichkeiten aus der unbefugten Ausfertigung von Wechseln und aus der unbefugten Verwendung von Akzepten, die für die Gesellschaft bestimmt gewesen seien, erhoben werden, und ob ein Bevollmächtigter für die Gesellschaft zur Durchführung der Ansprüche gegen den Bevl. bestellt werden solle.

A. Sch. ersuchte gleichzeitig in dem Schreiben um Mitteilung der Entscheidung des Bevl. binnen fünf Tagen, also bis zum 23. Oktober, anderenfalls nehme er an, daß die Einberufung der GenVers. gewweigert werde; dann werde er die nötigen Schritte unternehmen, die Einberufung der GenVers. in die Wege zu leiten.

Am 23. Okt. 1928 teilte die Gesellschaft dem A. Sch. namens des Bevl., der sich auf Reisen befinde, mit, daß der Bevl. in Kürze eine Gesellschafterversammlung einberufen werde. Am 15. Nov. 1928 erfolgte dann durch den Bevl. die Einberufung der Gesellschafterversammlung nach D. auf den 18. Dez. 1928 mit dem Bemerkten, daß Ort und Zeit der Sitzung sowie die Tagesordnung noch rechtzeitig bekannt gegeben werde. Dagegen lud am 16. Nov. 1928 A. Sch. zu einer Gesellschafterversammlung mit einer Tagesordnung, wie sie in dem oben genannten Schreiben angegeben war, auf den 1. Dez. 1928 12 Uhr in den M. er Hof in M. Hier auf lud der Bevl. den A. Sch. zu einer Gesellschafterversammlung ebenfalls auf den 1. Dez. 1928, jedoch für vormittags 10 Uhr in den M. er Hof in M. mit der Tagesordnung: Regelung der Geschäftsführung, bzw. Bestellung von Geschäftsführern, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten, Genehmigung zur Abtretung von Geschäftsanteilen des Bevl. und Genehmigung zur Abtretung und Verpfändung von Geschäftsanteilen des Gesellschafters A. Sch.

und Umgehungsgeschäfte in Zweifel gezogen werden. Das Stimmrecht wird zu versagen sein, wenn die Abtretung nur zum Schein oder in fiduziarischer Weise zur Umgehung der gesetzlichen Vorschrift erfolgt ist (vgl. RG. 85, 175 = JW. 1914, 228; 30, 51; 40, 82; 69, 134; 103, 198; Brodmann § 47 Anm. 9; Scholz § 47 IV 3 a S. 485).

2. Die Entsch. stellt eine Reihe von Grundsätzen auf über die Ausübung der im § 50 GmbHG. geregelten Rechte der Minderheit, auf Verlangen der Einberufung einer Gesellschafterversammlung und auf Verlangen der Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung sowie des Selbsthilferechtes der Gesellschafter und über das gegenseitige Verhältnis dieser Befugnisse zu einander.

a) Das RG. stellt grundsätzlich fest, daß das Recht auf Versammlungseinberufung (gem. § 50 Abs. 1 GmbHG.) und das Recht auf Ankündigung zur Beschlußfassung (gem. Abs. 2) streng auseinanderzuhalten seien. Das in Abs. 3 gewährte Selbsthilferecht sei nicht als einheitlicher Rechtsbehelf gegenüber einer Ablehnung des gestellten Verlangens in der Weise gedacht, daß die Unterlassung lediglich der Ankündigung der Gegenstände der Beschlußfassung in gleicher Weise die Befugnis zur Selbstberufung einer Versammlung auslöst, wie wenn eine Einberufung der Versammlung überhaupt nicht erfolgt sei. Das ist ohne weiteres einleuchtend für die Fälle, in denen das Verlangen der Minderheit überhaupt nur auf eine Ankündigung von Gegenständen der Beschlußfassung für eine bereits einberufene Gesellschafterversammlung gerichtet war. Wird dieses Verlangen abgelehnt, so kann natürlich nur die Ankündigung der Tagesordnung für die einberufene Versammlung von dem das Verlangen stellenden Gesellschaftern selbst bewirkt werden. Dagegen sind Zweifel darüber möglich, ob dies, wie das RG. annimmt, auch dann gelten muß, wenn einem einheitlichen Verlangen auf Einberufung einer Gesellschafterversammlung mit bestimmter Tagesordnung nur in der Weise entsprochen wurde, daß die Versammlung ohne Tagesordnung oder nur mit einer das Verlangen der Minderheit nicht berücksichtigenden Tagesordnung einberufen wird. Ein solches Vorgehen verstößt offensichtlich gegen die Vorschrift in § 51 Abs. 2 GmbHG., nach der der Zweck der Versammlung jederzeit bei der Einberufung angekündigt werden soll. Das RG. mißt dem aber keine Bedeutung

Beide zum 1. Dez. 1928 einberufenen Gesellschafterversammlungen haben stattgefunden, nicht dagegen die auf den 18. Dez. 1928 nach D. einberufene. Der Abhaltung der von A. Sch. einberufenen Versammlung hat der Bekl. widersprochen, da er bereits auf Antrag des A. Sch. auf den 18. Dez. 1928 nach D. eingeladen habe. Auf die klägerische Behauptung, daß in der zweiten von A. Sch. einberufenen Versammlung v. 1. Dez. 1928 der im Klagerubrum als Vertreter der Gesellschaft aufgeführte Dr. K. zum Vertreter gewählt und das Vorgehen gegen den Bekl. beschlossen worden und daß der dagegen erhobene Widerspruch des Bekl. bedeutungslos und der vom Vertreter des „B. er Bankvereins“ gefaßte Vertagungsbeschluss unwirksam gewesen sei, da der in der ersten Versammlung gestellte Antrag auf Genehmigung der Abtretung von Geschäftsanteilen des Bekl. an den „B. er Bankverein“ nur zum Schein und zu dem Zweck erfolgt sei, der Gesellschaft und A. Sch. die Verfolgung ihrer Rechte abzuschneiden, — auf alle diese Behauptungen ist der Bekl. nicht eingegangen; er verneint die Befugnis der Kl. zur Klagerhebung um deswillen, weil der Widerspruch des Bekl. gegen die Abhaltung der von A. Sch. einberufenen Versammlung gerechtfertigt gewesen sei. Denn nach dem Sinn des § 50 GmbHG. sei das dem Gesellschafter, dessen Geschäftsanteil mindestens dem zehnten Teil des Stammkapitals entspreche, eingeräumte Recht, zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung und zur Anündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung davon abhängig, daß die Berufung oder Anündigung trotz des Verlangens nicht in angemessener Zeit erfolgt oder in unzulässiger Weise verzögert werde. Davon könne keine Rede sein. Denn selbst wenn Bekl. nicht verneint gewesen sein sollte, habe das Gericht aus der Tatsache der Einberufung der Gesellschafterversammlung am 15. Nov. für den 18. Dez. 1928 durch den Bekl. die Überzeugung gewonnen, daß der Bekl. dem Verlangen des A. Sch. habe nachkommen wollen; die seit der Aufforderung des A. Sch. bis zur Einberufung des Bekl. verstrichene Frist könne um so weniger als unangemessen bezeichnet werden, als auch A. Sch. selbst lange Zeit habe verstreichen lassen, ehe er mit seiner Aufforderung an den Bekl. herantreten sei. Deshalb sei für die Einberufung einer Gesellschafterversammlung durch A. Sch. kein Raum mehr gewesen. Daß der Bekl. davon abgesehen habe, nachträglich eine Tagesordnung für die Versammlung am 18. Dez. 1928 bekanntzugeben und die Versammlung überhaupt abzuhalten, finde in der Tatsache seine Rechtfertigung, daß A. Sch. die Maßnahmen des Bekl. durchkreuzt und seine Stellungnahme gegen die Abhaltung der Versammlung am 18. Dez. 1928 durch sein eigenes Vorgehen unzweideutig zum Ausdruck gebracht habe.

bei, weil es sich bei dieser Vorschrift lediglich um eine Sollvorschrift handle und der Mangel jederzeit innerhalb der gesetzlichen Frist vor dem Versammlungstermin nachgeholt werden könne. Diese Auffassung, die bereits in RG. 89, 380 und auch von Hachenburg § 51 Anm. 2 vertreten wird, ist jedoch nicht unbestritten. Im Schrifttum besteht die Meinung, die ursprüngliche Tagesordnung von etwaigen Nachträgen zu derselben (§ 51 Abs. 4) zu unterscheiden und für erstere das Erfordernis des § 51 Abs. 2 als wesentlich anzusehen (vgl. Prodman § 51 Anm. 5; Liebmann-Saenger Anm. 3; Scholz Anm. IV). Es ist auch nicht ersichtlich, welche Zweckmäßigkeitsbetrachtungen für den Vorbehalt der von Verlangen der Minderheit geforderten Gegenstände der Tagesordnung regelmäßig bestehen sollten. Und andererseits geht das Interesse der Minderheit, dem die Vorschrift in § 50 GmbHG. doch dient, zweifellos dahin, Gewißheit nicht nur über die Abhaltung einer Gesellschafterversammlung überhaupt, sondern einer solchen Versammlung möglichst bald zu erhalten, in der auch die ausschlaggebenden Beschlüsse gefaßt werden können. Auf alle Fälle wird, wie das auch die Ensch. andeutet, der Vorbehalt gemacht werden müssen, daß der Zeitpunkt für die Versammlung so bestimmt sein muß, daß die Durchführung der Anündigung der Tagesordnung im Selbsthilfeweg nach § 50 Abs. 3 noch gewährleistet ist. Andernfalls würde die Einberufung der Versammlung ohne Tagesordnung tatsächlich geeignet erscheinen, die Befugnis des gestellten Verlangens gleichgestellt werden müssen. Die Einhaltung der Mindestfrist von einer Woche gem. § 51 Abs. 1 GmbHG. zwischen der Einladung und dem Versammlungstermin wird regelmäßig nicht als ausreichend anzusehen sein, zumal ja unter allen Umständen gem. § 51 Abs. 4 GmbHG. die Anündigung der Tagesordnung stets unter Einhaltung der Mindestfrist von drei Tagen vor der Versammlung erfolgt sein muß. Dagegen, daß die

Diese Ausführungen lassen nirgends einen Rechtsverstoß erkennen.

Die Kl. will aus der Bestimmung des § 51 Abs. 2 GmbHG., wonach der Zweck der Versammlung jederzeit bei der Berufung angekündigt werden soll, folgern, daß eine ohne ihre Beobachtung einberufene GenVers. keine ordnungsmäßig berufene GenVers. sei; da sich aus § 50 Abs. 2 ergebe, daß der Gesellschafter nicht nur die Berufung der Versammlung, sondern auch in gleicher Weise die Anündigung der Gegenstände zur Beschlußfassung der Versammlung verlangen könne, so sei, wenn zwar die Versammlung einberufen, die Anündigung der Gegenstände aber unterlassen sei, die Rechtslage die gleiche, als wenn eine Einberufung der Versammlung überhaupt nicht erfolgt wäre. Das sei auch vom Gesetzgeber wohl bedacht so bestimmt worden. Denn die Einberufung einer Versammlung gebe in keiner Weise die Gewähr dafür, daß in ihr nun auch die Gegenstände erörtert und zur Beschlußfassung gestellt würden, wegen welcher der Gesellschafter das Recht auf Einberufung der Versammlung habe. Die Einberufung einer Versammlung ohne Tagesordnung sei geradezu geeignet, die Beschlußfassung zu vereiteln oder doch weiter hinauszuschieben: denn wenn der Bekl. erst zehn Tage vor der Versammlung die Tagesordnung bekanntzugeben brauche und die von A. Sch. verlangten Punkte nicht auf die Tagesordnung gesetzt habe, habe dieser in der kurzen Zeit die Erörterung gerade dieser Gegenstände nicht erzwingen können.

Diese Auffassung der Kl. ist unzutreffend. Hervorzuheben ist zunächst, daß in § 50 zwei streng auseinanderzuhaltende Fälle geregelt sind, nämlich in Abs. 1 das Recht des Gesellschafters, unter Angabe des Zweckes und der Gründe die Berufung einer GenVers. zu erzwingen, und in Abs. 2 das Recht, zu verlangen, daß Gegenstände zur Beschlußfassung der Versammlung angekündigt werden. Wird dem Verlangen nicht entsprochen, so kann im ersteren Falle der Gesellschafter unter Mitteilung des Sachverhältnisses die Berufung der Versammlung und im zweiten Falle die Anündigung der zur Beschlußfassung zu stellenden Gegenstände selbst bewirken.

Nun ist zwar richtig, daß das Schreiben des A. Sch. v. 18. Okt. 1928 sowohl die Einberufung einer Gesellschafterversammlung, wie auch die Gegenstände, die auf die Tagesordnung gesetzt werden sollten, enthielt. Kam der Bekl. aber rechtzeitig dem Verlangen des A. Sch., eine Versammlung der Gesellschafter einzuberufen, nach, so erlosch damit sein Recht aus § 50 Abs. 1, und es verblieb nur noch sein Recht aus Abs. 2, d. h. zu beanspruchen, daß die von ihm angegebene Gegenstände auf die Tagesordnung derjenigen GenVers. gesetzt wurden, zu der Bekl. am 15. Nov. 1928

näheren Angaben des Ortes und der Stunde der Sitzung in der Einberufung zunächst vorbehalten blieben, bestehen keine weiteren Bedenken.

b) Das Gesetz sieht eine Frist, innerhalb deren dem zulässigen Antrag gem. § 50 Abs. 1, 2 GmbHG. stattgegeben werden muß, nicht vor. Daß beim Fehlen auch einer statutarischen Vorschrift hierüber dem Verlangen innerhalb einer den Umständen nach angemessenen Frist stattzugeben ist, ist anerkanntem Rechts. Selbstverständlich kann eine solche Frist auch nicht willkürlich durch den die Einberufung verlangenden Gesellschafter wirksam gesetzt werden, wie es hier versucht wurde.

Auch die Frage, ob dem Verlangen i. S. des Abs. 3 „nicht entsprochen“ ist, ist unter dem gleichen Gesichtspunkt zu würdigen. Im gegebenen Fall liegen zwischen dem Tage, an dem das Verlangen erstmals gestellt wurde, und dem Tage, an dem die Versammlung einberufen wurde, rund zwei Monate. Das RG. erklärt, daß dieser Zeitraum im gegebenen Fall nicht übermäßig lang gewesen sei, wobei insbes. zur Begründung darauf hingewiesen wird, daß der Gesellschafter selbst lange Zeit bis zum Hervortreten mit seiner Anforderung habe verstreichen lassen. Daraus kann in der Tat entnommen werden, daß eine besondere Beschleunigung der Angelegenheit nicht als geboten erachtet wurde.

Es wird übrigens nicht nur darauf ankommen, daß dem Verlangen auf Einberufung innerhalb angemessener Frist entsprochen wird, sondern auch darauf, daß der Zeitpunkt für die Versammlung nicht ungebührlich verzögert wird. Wenn allerdings die Einberufung der Versammlung erfolgt ist, bevor von dem Selbsthilferecht Gebrauch gemacht ist, so wird die Einberufung als Erfüllung des Verlangens gelten müssen, auch wenn an sich zunächst die Frist für die Anberaumung über das angemessene Maß hinaus erstreckt worden ist. Der zunächst vorliegende „Verzug in der Anberaumung“ wird durch

eingeladen hatte, und falls Befl. dem nicht Folge gab, diese Gegenstände selbst dem Mitgesellschafter anzukündigen. Für die Ankündigung dieser Beschlüsse bedurfte es nur der Einhaltung der in § 51 Abs. 4 vorgesehenen dreitägigen Frist vor der Versammlung.

Dadurch, daß der Befl. es unterlassen hat, bei der Anberaumung der Gesellschafterversammlung die Tagesordnung bekanntzugeben, wurde zwar gegen die Vorschrift des § 51 Abs. 2 GmbHG. verstoßen, allein da es sich hierbei nur um eine Sollvorschrift handelt und der Mangel jederzeit innerhalb der gesetzlichen Frist vor dem Versammlungstermin nachgeholt werden konnte, kann man nicht sagen, daß eine Anberaumung der Versammlung ohne Tagesordnung überhaupt als Einladung nicht gelten könne. Vielmehr war damit dem Rechte des Gesellschafters aus § 50 Abs. 1 Genüge geschehen, und er konnte deshalb nun nicht mehr seinerseits eine Gesellschafterversammlung berufen, wohl aber verlangen, daß die in seinem Schreiben v. 18. Okt. 1928 enthaltenen Gegenstände auf die Tagesordnung gesetzt wurden und, wenn dem nicht Folge gegeben wurde, die Ankündigung der Gegenstände selbst bewirken. Er brauchte auch keineswegs damit so lange zu warten, bis etwa der Befl. seinerseits die bei der Einladung zur Gesellschafterversammlung in Aussicht gestellte rechtzeitige Bekanntgabe der Tagesordnung vorgenommen hatte. Hiernach ist die Annahme des VerN. nicht zu beanstanden, daß, wenn die Einladung des Befl. v. 15. Nov. zur Gesellschafterversammlung am 18. Dez. 1928 noch rechtzeitig, d. h. in angemessener Frist nach der im Schreiben v. 18. Okt. enthaltenen Aufforderung zur Einladung erfolgt ist, A. Sch. nicht bejagt war, zu einer Gesellschafterversammlung zum 1. Dez. durch Schreiben vom 16. Nov. einzuladen und daß deshalb in diesem Falle der Widerspruch des Befl. gegen die Abhaltung der für den 1. Dez. 1928 12 Uhr anberaumten Versammlung gerechtfertigt erscheint.

Die Ausf.: Staub-Hachenburg, GmbHG., 5. Aufl., Bd. II S. 175—177, Anm. 7—13 zu § 50 ergeben nichts, was für die Richtigkeit der Auffassung des Kl. spräche.

An sich ist es auch gewiß nicht unzweckmäßig gewesen, daß sich der Befl. bei Anberaumung des Termins zur Gesellschafterversammlung vorläufig Ort und Stunde der Sitzung und den Gegenstand der Tagesordnung noch vorbehielt, jedoch rechtzeitig bekanntzugeben versprach, zumal es noch vier Wochen bis zum Versammlungstermin waren. Denn dadurch wurde A. Sch. in klarer Weise darüber aufgeklärt,

die Tatsache beseitigt, daß tatsächlich dem Verlangen Rechnung getragen ist. Voraussetzung ist nur, daß eben der Zeitpunkt der Versammlung selbst nicht weiter über Gebühr verzögert wird.

c) Entscheidend für die Frage, ob dem gestellten Verlangen entsprochen ist oder dasselbe ausdrücklich oder stillschweigend infolge passiven Verhaltens während einer angemessenen Frist abgelehnt wurde, ist, wie das RG. feststellt, ausschließlich die objektive Tatsache, ob die Einberufung oder Ankündigung rechtzeitig erfolgt ist. Auf die Kenntnis des das Verlangen stellenden Gesellschafters von der Erfüllung seines Verlangens kommt es hierbei ebensowenig an wie auf den inneren Willen des für die Gesellschaft handelnden Geschäftsführers.

3. Im vorl. Fall hat die vom Befl. auf das Verlangen des anderen Gesellschafters hin ohne Tagesordnung auf den 18. Dez. 1928 anberaumte Versammlung tatsächlich überhaupt nicht stattgefunden. Der Befl. hat auch davon abgesehen, nachträglich eine Tagesordnung für diese Versammlung bekanntzugeben. Er hat also sein Ziel praktisch vollkommen erreicht. Das BG. hat unter Billigung des RG. aus dieser Unterlassung keinerlei Rechtsfolgen gezogen, sich vielmehr auf den Standpunkt gestellt, daß der andere Gesellschafter die Maßnahme des Befl. durchkreuzt und seine Stellungnahme gegen die Abhaltung der Versammlung durch sein eigenes Vorgehen unzweideutig zum Ausdruck gebracht habe. Es ist aus der Entsch. nicht ersichtlich, ob dieser Verzicht auf die Durchführung des Verlangens nur in dem in der Entsch. behandelten Vorgängen, insbes. in der selbständigen Einberufung einer Gesellschafterversammlung erblickt wird oder auch in sonstigen nicht näher erörterten Umständen. Da das Gericht auf dem Standpunkt steht, daß für die Einberufung der Gesellschafterversammlung durch den Gesellschafter auf den 1. Dez. 1928 kein Raum mehr gewesen sei und der Widerspruch gegen die Abhaltung dieser Versammlung durchdringe, handelt es sich tatsächlich bei demselben nur um einen rechtlich wirkungslosen Versuch, die Beschlussfassung durchzusetzen. Es kann deshalb m. E. aus diesem Verhalten allein nicht entnommen werden, daß auf das geltend gemachte Minderheitsrecht verzichtet werden wollte.

RM. Dr. Frankenberger, Nürnberg.

daß für ihn kein Anlaß vorläge, selbst eine Gesellschafterversammlung zu berufen, da der Befl. die Einberufung einer Gesellschafterversammlung nicht weigere.

Die Kl. macht auch nicht etwa geltend, daß A. Sch., als er am 16. Nov. die Einladung zur Gesellschafterversammlung zum 1. Dez. 1928 ergehen ließ, von der Einladung des Befl. vom Tage zuvor keine Kenntnis gehabt habe; sondern im Gegenteil will er deshalb am 16. Nov. die Einladung abgesandt haben, weil der Befl. durch seine Einladung vom 15. Nov. seiner im Schreiben v. 18. Okt. 1928 enthaltenen Aufforderung nicht entsprochen gehabt habe, eine Gesellschafterversammlung mit der bestimmten angekündigten Tagesordnung zu berufen. Es würde aber auch hierauf gar nicht ankommen, denn das Recht, selbst eine Gesellschafterversammlung gemäß § 50 Abs. 3 zu berufen, war davon abhängig, daß zur Zeit der Berufung durch A. Sch. der Befl. diesem Verlangen des A. Sch. nicht stattgegeben hatte. An dieser Voraussetzung aber hat es eben am 16. Nov. gefehlt. Unstrittig abgelehnt war der Antrag des A. Sch. vom Befl. überhaupt nicht; der Ablehnung aber muß allerdings die Tatsache gleichstehen, wenn dem Antrage nicht innerhalb angemessener Frist stattgegeben worden ist. Das bedeutet jedoch nur, daß aus dem passiven Verhalten des Befl. auf die Ablehnung geschlossen werden muß, mit anderen Worten, daß Ablehnung stillschweigend erfolgt ist. Nun kann der Gegenbeweis gar nicht besser geführt werden, als durch die Tatsache, daß der Befl. am 15. Nov. zur Gesellschafterversammlung geladen hat und damit diesen Teil des Antrags des A. Sch. erfüllt hat. Aber selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellen wollte, daß zunächst Verzug des Befl. in der Anberaumung vorgelegen habe, so hat doch der VerN. angenommen, daß der Befl. durch die Tatsache der Einberufung der Gesellschafterversammlung am 15. Nov. für den 18. Dez. dem Verlangen des A. Sch. nachgekommen ist; indem er ausführt, daß die Zeit vom 18. Okt. bis 15. Nov. nicht übermäßig lang gewesen sei, zumal auch A. Sch. lange Zeit habe verstreichen lassen, ehe er überhaupt mit seiner Anforderung an den Befl. herangetreten sei. Was die Rev. hiergegen geltend macht, ist ohne Bedeutung. Eine Verletzung aus § 286 ZPO. liegt nicht vor. Denn wie oben ausgeführt, kommt es nicht auf den Willen des Befl., der Aufforderung des A. Sch. nachzukommen, an, sondern darauf, ob er seiner ihm nach § 50 Abs. 1 GmbHG. obliegenden Verpflichtung tatsächlich nachgekommen ist. Hierfür aber gibt der VerN. eine vom Rechtsstandpunkt aus nicht zu beanstandende Begründung.

Der VerN. hat selbst dann die Frist bis zum 15. Nov. nicht für unangemessen gehalten, wenn der Befl. am 18. Okt. nicht verreist gewesen ist. Die Frage, ob der Befl. damals verreist gewesen ist oder nicht, hat also bei der Entscheidung gar keine Rolle gespielt, und es kommt somit auch auf die Frage der Beweislast für diese Tatsache nicht an. Damit scheidet die Rüge aus § 139 ZPO., daß der Richter es unterlassen habe, einen etwaigen Beweistritt auf Seiten der Kl. anzuregen, aus.

War die Einladung des A. Sch. zur Gesellschafterversammlung zum 1. Dez. ungesetzlich, so würde sie nicht dadurch gesetzlich, daß der Befl. es unterließ, bis zum 20. Nov. die Tagesordnung für die Gesellschafterversammlung bekanntzugeben. Vielmehr hat das BG. mit Recht angenommen, daß die von A. Sch. für den 1. Dez. 1928 einberufene Versammlung zur Wahl des für die Kl. auftretenden Vertreters nicht legitimiert war.

(U. v. 3. Febr. 1931; 236/30 II. — Hamm.)

[Ru.]

## 2. Genossenschaften.

### 20. § 16 GenG.; § 139 BGB.

1. § 139 BGB. findet auf den obrigkeitlichen Akt der Eintragung ins Handelsregister keine Anwendung, wenn neben einem überhaupt nicht gefaßten Beschluß der GenVers. einer Genossenschaft die wirklich gefaßten Beschlüsse inhaltlich richtig eingetragen sind.

2. Beschlüsse über Umstellung und Erwerb der Geschäftsanteile, die entgegen der ursprüngl.

lichen Satzung eine ratenweise Einzahlung gestatten, bedürfen auch bez. des letzten Punktes der Eintragung und sind nach § 139 BGB. in vollem Umfang nichtig, wenn diese fehlt.)

Die Bekl. sind sämtlich Mitglieder der Ende März 1919 gegründeten, unter dem 11. April 1919 im Genossenschaftsregister eingetragenen, am 24. Sept. 1924 in Konkurs gerateten eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht. Der „Pflichtanteil“ jedes Genossen war ursprünglich auf 500 M (§ 9 Abs. 1 der Satzung), die Haftsumme ebenfalls auf 500 M (§ 11 Abs. 1 der Satzung), die Höchstzahl der Geschäftsanteile, mit denen sich ein Genosse beteiligen konnte, auf fünf festgesetzt (§ 10 Abs. 1 der Satzung). Durch GenVersBeschlüsse vom November 1922 ist der Geschäftsanteil auf 1000 M, die Haftsumme auf 2000 M erhöht worden. Die Beschlüsse sind im Genossenschaftsregister eingetragen worden. In einer weiteren GenVers. v. 22. März 1923 ist die Erhöhung des Geschäftsanteils auf 10 000 M, der Haftsumme auf 20 000 M beschlossen worden; ob diese Beschlüsse zur Eintragung im Genossenschaftsregister gelangten, ist den Registerakten nicht zu entnehmen. Bezüglich der Beurkundung der GenVersBeschlüsse bestimmt § 30 Abs. 5 der Satzung, daß sie „in ein besonderes Protokollbuch mit den wesentlichen Punkten der Verhandlung einzutragen und von dem Vorsitzenden, dem Protokollführer und wenigstens zwei Mitgliedern aus der Versammlung zu unterschreiben“ seien. Am 26. Febr. 1924 fand eine GenVers. statt; auf deren Tagesordnung stand unter Punkt 7 „Aenderung der Statuten: ... § 9 Abs. 1. Pflichtanteile der Mitglieder: Der Geschäftsanteil wird auf 500 Rentenmark festgesetzt; eine Rentenmark entspricht  $\frac{10}{42}$  des nordamerikanischen Dollars. § 11. Höhe der Haftsumme: Die Haftsumme beträgt für jeden Geschäftsanteil 1000 Rentenmark.“ Weiter stand unter Punkt 8 auf der Tagesordnung die Beschlusfassung über „die Aufwertung der früher eingezahlten Anteile“. Zu einer Beschlusfassung kam jedoch über diese Punkte und die weiter beantragte anderweitige Festsetzung des Eintrittsgeldes nicht, weil die Versammlung nicht von der satzungsmäßig zur Beschlusfassung über Statutenänderungen erforderlichen Anzahl von Genossen besucht war. Mit den so am 26. Febr. 1924 unerledigt gebliebenen Verhandlungsgegenständen besaßte sich nun eine GenVers. v. 28. März 1924. Die Verwaltungsanträge waren bez. der Festsetzung des Geschäftsanteils und der Haftsumme dieselben, wie zur GenVers. v. 26. Febr. 1924. Über das Ergebnis der Beschlusfassung lauten die Einträge im Protokollbuch dahin, daß der Antrag, „den Pflichtanteil auf 500 Rentenmark festzusetzen und durch wöchentliche Zahlungen von 20 Rentenmark auf jeden Anteil abzutragen mit 36 gegen 11 Stimmen“, der Antrag des Vorstandes und Aufsichtsrats, „die Haftsumme für jeden Geschäftsanteil auf 100 Rentenmark“ festzusetzen, mit 37 gegen 10 Stimmen angenommen worden sei; die Beschlusfassung über die Aufwertung der Geschäftsantighaben wurde zurückgestellt, dagegen entsprechend

einem Antrag der Verwaltung das Eintrittsgeld auf „50 Rent.-Mark“ festgesetzt (§ 2 der Satzung). Unter dem 2. Mai 1924 meldete nun der Vorstand der Genossenschaft die von der GenVers. v. 28. März 1924 gefaßten Beschlüsse „auf Abänderung des Statuts § 2 Abs. 2 (Eintrittsgeld), § 9 Abs. 1 (Pflichtanteil), § 11 (Haftsumme)“ zur Eintragung im Genossenschaftsregister an. Der Anmeldung war ein Auszug aus dem GenVersProtokoll v. 28. März 1924 beigefügt, der, soweit hierher erheblich, dahin lautete: „§ 9 Abs. 1. Pflichtanteile der Mitglieder. Der Geschäftsanteil wird auf 500 Goldmark festgesetzt. Eine Goldmark entspricht  $\frac{10}{42}$  des nordamerikanischen Dollars. ... § 11. Höhe der Haftsumme. ... Die Haftsumme beträgt für jeden Geschäftsanteil 1000 Goldmark. ... Durch die Inflation ist die bisherige Haftsumme wertlos geworden. ...“ Noch ehe über diese Eintragungsanträge von dem Registerrichter Verfügung getroffen war, lief ein weiteres Schreiben des Vorstands ein, in welchem es heißt, die Anmeldung in bezug auf „Aenderung der Statuten §§ 9 und 11“ erfordere eine Berichtigung dahin, daß ein jedes Mitglied nun noch einen Geschäftsanteil erwerben müsse; sämtliche bisher gezeichneten Geschäftsanteile „heben sich auf“; der Registerrichter ließ darauf dem Vorstand eröffnen, daß diese „Berichtigung“ der Anmeldung v. 2. Mai 1924 nur dann Berücksichtigung finden könne, wenn ein ordnungsmäßiger Beschluß der GenVers. über die Anzahl der Geschäftsanteile, die ein Genosse erwerben könne (§ 10 der Satzung), vorliege; bis dahin bleibe die Eintragung auf Grund der Anmeldung ausgesetzt. Nimmehr meldete der Vorstand unter dem 30. Mai 1924 einen Beschluß einer GenVers. v. 26. März 1924, an welchem Tag überhaupt keine GenVers. stattgefunden hatte, „auf Abänderung des Statuts § 9“ an unter Beifügung einer Beschlusabschrift des Inhalts: „Auszug aus dem Protokoll der außerordentlichen GenVers. v. 26. März 1924. Betriebsmittel der Genossenschaft. Aenderung des § 9. Die bisher gezeichneten Anteile werden auf 1 Anteil zusammengelegt. Der Pflichtanteil beträgt 500 Goldmark. Jedes Mitglied hat nimmehr einen Anteil von 500 Goldmark zu erwerben.“ Daraufhin ist am 2. Juni 1924 in das Genossenschaftsregister eingetragen worden, und zwar in Spalte 4: „Die Haftsumme ist durch Beschluß der GenVers. v. 28. März 1924 auf 1000 GM. festgesetzt“; in Spalte 6: „Durch Beschluß der GenVers. v. 26./28. März 1924 ist das Statut in § 2 (Eintrittsgeld), § 9 (Höhe des Geschäftsanteils), § 11 (Haftsumme) geändert.“

Schon im Juni 1924 wandten sich einige Genossen der Gemeinschuldnerin an das Registergericht mit dem Antrag, diese Eintragung zu löschen, weil nach dem wirklichen Stimmenverhältnis die Anträge abgelehnt worden seien; Anfang Juli 1924 machte ferner der Verbandsrevisor anlässlich einer Revision der Genossenschaft dem Registergericht die Anzeige, daß die Anmeldungen der GenVersBeschlüsse v. 28. März 1924 nicht mit dem Protokollbuch übereinstimmen. Von einem Beschluß über die Zusammenlegung der bisherigen Papier-

Zu 20. RG. 125, 143 = JW. 1931, 797 hat ausgesprochen, daß die Eintragung eines angeblichen Beschlusses der GenVers. einer Genossenschaft in das Genossenschaftsregister unwirksam ist, wenn ihr in Wirklichkeit kein entsprechender Beschluß der GenVers. zugrunde lag. Dem ist zweifellos zuzustimmen (vgl. für die GmbH. RG. 85, 205). Das vorliegende Urteil behandelt den Fall, daß die Eintragung zwar einen wirklich gefaßten Beschluß wiedergibt, aber unvollständig ist, insofern als entweder ein wesentlicher Teil des Beschlusses fehlt, oder als ein nach § 139 BGB. von dem eingetragenen Beschluß nicht zu trennender anderer Beschluß nicht eingetragen wurde. Auch in diesen beiden Fällen wird man unbedenklich mit dem RG. anzunehmen haben, daß die Eintragung unwirksam ist und auch gutgläubige Dritte sich nicht darauf berufen können.

Dagegen scheinen mir die Ausführungen des RG. die sich mit der Urteilsbegründung des RG. befassen, nicht genügend zu berücksichtigen, daß eine wirkliche Eintragung nicht nur einen ordnungsmäßigen GenVersBeschluß, sondern auch eine ordnungsmäßige Anmeldung voraussetzt. Daher scheint es bedenklich, wenn das Urteil sagt, es komme nicht darauf an, wie die Eintragung zustande gekommen sei, sofern sie nur einen Beschluß richtig wiedergebe. Man denke etwa an den Fall, daß der Beschluß gar nicht durch den Vorstand selbst, sondern durch einen Dritten, der dessen Unterschrift gefälscht hat, angemeldet wurde. Hier muß wohl unbedingt der Mangel einer ordnungsmäßigen Anmeldung zur Unwirksamkeit der Eintragung führen.

Zuzustimmen ist dem RG. darin, daß § 139 BGB. auf den behördlichen Akt der Eintragung auch nicht entsprechend ange-

wendet werden kann, weil diese Vorschrift auf den Parteiwillen abgestellt. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß eine Eintragung, die Nichtiges und Unrichtiges enthält, insoweit Bestand haben muß, als sie die wirklich gefaßten Beschlüsse richtig und vollständig wiedergibt. Angenommen, die GenVers. habe — umgekehrt wie im vorliegenden Fall — nur eine Erhöhung der Geschäftsanteile beschlossen, der Vorstand aber bei der Anmeldung hinzugefügt, daß die Einzahlung nur in Raten zu erfolgen habe, so müßte nach den Gründen des RG. der Beschluß der GenVers. durch die Eintragung wirksam werden, der Zusatz über die Ratenzahlung aber unwirksam bleiben. Das würde aber dem Umstand nicht gerecht, daß der Vorstand nur beides zusammen angemeldet hat und jede Anmeldung als einheitliches Ganzes zu beurteilen ist (vgl. für die AktG. Staub-Pinner, § 198 Anm. 8). Wie der Registerrichter nicht von einer einheitlichen Anmeldung einen Teil zurückweisen und dem Rest durch Eintragung Wirksamkeit verschaffen kann, so kann in der Regel auch nicht ein Teil eines angemeldeten Beschlusses, weil wirklich gefaßt, durch die Eintragung wirksam werden, der Rest aber unwirksam bleiben. Das ist vielmehr nur dann möglich, wenn anzunehmen ist, daß die Anmeldung auch ohne den jedenfalls unwirksam gebliebenen Teil erfolgt wäre. Es dürfte also § 139 BGB. zwar nicht auf die Eintragung selbst, wohl aber auf die Anmeldung des Beschlusses anwendbar sein. Ist diese hiernach nichtig, so wird die Eintragung dadurch ebenso unwirksam, wie wenn ihr überhaupt keine Anmeldung zugrunde läge.

mark-Geschäftsanteile auf 1 Goldmark-Geschäftsanteil finde sich in dem Protokollbuch nichts. Nachdem über die Genossenschaft das Konkursverfahren eröffnet worden war, betrieben eine Reihe von Genossen und der neugewählte Vorstand die Löschung des oben bezeichneten Registereintrags im registergerichtlichen Verfahren gemäß § 147 Abs. 3 ZGB. Dieses Verfahren schwebt noch.

Die Kl. nimmt nun auf Grund der Behauptung, daß ihr der Anspruch der Genossenschaft gegen die einzelnen Genossen auf Löschung der Eintragungen auf den Geschäftsanteil von 500 RM abgetreten worden sei, die Befl. als Genossen in Anspruch; sie macht hierzu geltend, daß bis zur Konkursöffnung 16 Raten zu je 20 RM, insgesamt also für jeden Genossen 320 RM fällig geworden seien.

Das LG. hat die Klage abgewiesen, das RG. die Sprungrev. zurückgewiesen.

Der Rev., welche Verletzung des GenG. rügt, ist zuzugeben, daß das angefochtene Ur. mit seiner bisherigen Begründung nicht aufrechtzuerhalten ist. Dem Vorderrichter ist zwar unbedenklich darin beizutreten, daß die Beschlüsse der GenVers. v. 28. März 1924 über die Umstellung der Geschäftsanteile und der Haftsumme ebenso wie sonstige satzungsändernde Beschlüsse, um Wirksamkeit zu erlangen, gemäß § 16 GenG. der Eintragung im Genossenschaftsregister bedürften. Daran ist durch die Vorschriften der 2. DurchfW. zur GoldW. die mit dem 28. März 1924 in Kraft getreten ist (nach der mithin etwa am 28. März 1924 gefaßte Umstellungsbeschlüsse zu beurteilen sind), nichts geändert worden (s. a. RG. 121, 246 ff. [250]<sup>1)</sup>). Das LG. will nun die Unwirksamkeit des ganzen Eintrags im Genossenschaftsregister so, wie er tatsächlich erfolgt ist, daraus herleiten, daß hiernach auch miteingetragen sei der von einer — in Wahrheit nicht stattgehabten — GenVers. v. 26. März 1924 (ob es sich bei dieser Datumsangabe um Absicht oder ein Versehen handelte, ist vom LG. nicht aufgeklärt) unfruchtbar nicht gefaßte Beschlüsse des Inhalts, wie ihn der Vorstand unter dem 30. Mai 1924 angemeldet habe; es gehe nicht an, so meint das LG., die Eintragung bez. der angebl. Beschlüsse v. 26. März und 28. März 1924 zu § 9 der Satzung getrennt zu beurteilen; es handle sich vielmehr um den einheitlich und gleichzeitig vollzogenen Eintrag einer Satzungsänderung, hinsichtlich deren auch das Vorliegen eines der Eintragung entsprechenden Beschlusses einheitlich geprüft werden müsse; andernfalls könnte ein Beschl. Rechtswirksamkeit erlangen, dessen Eintragung durch Vorlegung fälschlich angefertigter Protokollauszüge einer gar nicht stattgefundenen GenVers. erwirkt worden sei; da hier der Eintragung „über Zusammenlegung der bisherigen Papiermark-Geschäftsanteile im Verhältnis 5:1, wie auch der Eintragung, daß der Pflichtanteil nunmehr 500 G.M. betrage, ein GenVers. Beschl. nicht zugrunde liege“, fehle es auch an einer wirksamen Eintragung der Beschlüsse v. 28. März 1924; die Genossen müßten sich darauf verlassen können, daß nicht durch bloße Machenschaften des Vorstands ihre „finanzielle Beteiligung“ an der Genossenschaft grundlegend geändert werden könne. Diesem letzten Satz kann allerdings nur beigestimmt werden. Fehlt es an einem Beschl. der GenVers. oder ist ein anderer Beschl. als der in Wirklichkeit gefaßte von dem Vorstand zum Genossenschaftsregister angemeldet und zum Eintrag gelangt, so wird hierdurch weder der Mangel eines Beschlusses „geheilt“, noch können sich Genossenschaft oder Dritte schlechthin und ohne weiteres auf den Eintrag als solchen zur Stütze von Ansprüchen gegen die Genossen berufen. Der erst. Sen. hat sodann in dem Ur. RG. 125, 143 ff. (148)<sup>2)</sup> gerade für Umstellungsbeschlüsse einer Genossenschaft eine solche Möglichkeit abgelehnt. Davon völlig verschieden ist aber der Fall, wenn Richtiges und Unrichtiges, wirklich gefaßte und nicht oder nicht so gefaßte Beschlüsse gleichzeitig zur Eintragung gelangt sind. Dann handelt es sich nur darum, ob der „richtige“ Eintrag, soweit er sich mit den gefaßten Beschlüssen deckt und den Gesamtinhalt des wirklich Beschlossenen zutreffend wiedergibt, Bestand haben kann. Unerheblich ist hierbei, wie der Eintrag zustande gekommen ist, sofern es sich überhaupt nur um registergerichtliche Einschreibung han-

delt. An dem letzteren Erfordernis ist aber hier hinsichtlich des sich auf die Beschlüsse v. 28. März 1924 beziehenden Teils des Eintrags nicht zu zweifeln. § 139 BGB. findet sodann auf den obrigkeitlichen Akt der Eintragung keine, auch keine entsprechende Anwendung. Ist ein Eintrag, der im übrigen mit einem tatsächlich gefaßten Beschl. der GenVers. übereinstimmt, von dem Vorstand durch Täuschung des Registerrichters erreicht worden, so ändert dies an der Rechtswirksamkeit des Eintrags als solchen nichts. Die gegenteilige Ansicht des LG. verkennt die Rechtsnatur des Eintrags. Damit entfällt aber der das Ur. bisher tragende Entscheidungsgrund. Dieser Umstand vermag jedoch der Rev. nicht zum Siege zu verhelfen. Denn gleichviel, wie es sich mit dem Zusammenschluß verhält und ob derselbe, wenn er je gefaßt wäre, in dem Eintrag gehörig verlaubar wäre, gleichviel ferner, ob die Beschlüsse der GenVers. v. 28. März 1924 im übrigen rechtsgültig wären, ob endlich die Abtretung von Einzahlungsansprüchen auf Geschäftsanteil allgemein oder wenigstens im Falle einer Ausgestaltung, wie hier, schlechthin oder nur unter gewissen weiteren Voraussetzungen zulässig ist, müßte die Klage jedenfalls an einem anderen rechtlichen Hindernis scheitern. Das LG. hat zwar von einer Feststellung in der Richtung abgesehen, ob und welche Beschlüsse in der GenVers. v. 28. März 1924 bezüglich der Umstellung tatsächlich gefaßt worden sind. Darüber herrscht aber unter den Parteien Einigkeit, daß, wenn es zu einer Beschl.fassung über die Umstellung der Geschäftsanteile auf 500 Rentenmark oder Goldmark gekommen ist, alsdann mitbeschlossen worden wäre, daß die Pflichteinzahlung auf die neuen Festmarkanteile in wöchentlichen Raten von je 20 Rentenmark oder Goldmark zu erfolgen habe. Dies ist der eigene Standpunkt der Kl. und dem entspricht auch der Eintrag im Protokollbuch der Genossenschaft. Die Zulässigkeit eines solchen Beschlusses unterläge keinem Bedenken. Gegenüber dem bisherigen Rechtszustand bedeutet er zweifellos eine Satzungsänderung, denn hiernach war gemäß § 9 Abs. 1 der Satzung die Einzahlung, und zwar als Pflichteinzahlung sofort nach Empfang der Benachrichtigung von der erfolgten Aufnahme voll und ganz auf einmal zu leisten. Der Beschl. bedurfte daher in aller Regel nach § 16 GenG., um wirksam zu werden, der Eintragung im Genossenschaftsregister. Davan fehlt es aber unter allen Umständen; denn von einem solchen Beschl. enthalten die Anmeldungen des Vorstands v. 2. Mai, 17. Mai, 30. Mai 1924, sowie die mitvorgelegten Protokollauszüge kein Wort. Auf sie allein gründet sich aber der Eintrag im Genossenschaftsregister. Mag man nun annehmen, daß die Klausel über die Ratenzahlungen unselbständiger Bestandteil des Beschlusses über die Umstellung des Geschäftsanteils ist, oder mag man von zwei Beschlüssen ausgehen, dem Umstellungsbeschl. auf 500 Rentenmark oder Goldmark und einem weiteren Beschl. über die Regelung der Einzahlungspflicht, im einen wie im anderen Fall würde der Eintrag, so wie er lautet, dem wirklich Beschlossenen nicht entsprechen und deshalb der Rechtswirksamkeit ermangeln. Das ist im ersten Fall vorweg außer Frage; nicht anders verhielt es sich aber auch im zweiten Fall. Daß die Möglichkeit der Erfüllung der Einzahlungspflicht auf die neuen Festmarkanteile durch über einen längeren Zeitraum verteilte, verhältnismäßig kleine Raten (25 Raten zu je 20 Rentenmark) für die Entschliebung der GenVers. über die Bemessung der Höhe des Festmark-Geschäftsanteils mit von gerabezu ausschlaggebender Bedeutung war, ist nicht zu bezweifeln. Die Verwaltungsvorlagen enthielten von einer solchen Möglichkeit nichts. Der Antrag ist vielmehr ausweislich des Protokollbucheintrags erst in der GenVers. selbst aus der Mitte der Versammlung gestellt worden, in der nach dem Abstimmungsergebnis ohnehin ein nicht unerheblicher Teil der anwesenden Genossen bis zuletzt lebhaften Widerspruch gegen die Umstellungsanträge erhoben hatte. Beide Beschlüsse — der über die Höhe des neuen Festmark-Geschäftsanteils und der über die Einführung von Ratenzahlungen — hängen hiernach offensichtlich derart zusammen, daß der Umstellungsbeschl. ohne gleichzeitige Änderung der bisherigen satzungsgemäßen sofortigen Volleinzahlungspflicht in eine Verpflichtung auf kleine, über mehr als ein halbes Jahr verteilte Raten nicht gefaßt worden wäre (§ 139 BGB.). Der Beschl. über die Ratenzahlung ist aber mangels Eintrag nicht wirksam geworden

<sup>1)</sup> ZB. 1928, 2626. <sup>2)</sup> ZB. 1931, 797.

und damit gibt der Eintrag im Genossenschaftsregister einen Rechtszustand wieder, der so nicht beschaffen ist und nach dem Willen der GenVers. so nicht Wirksamkeit erlangen sollte. Der Eintrag kann auch, nachdem die Genossenschaft in Konkurs verfallen ist, nicht mehr nachgeholt werden (s. a. für einen aktienrechtlichen Fall RG. 119, 220<sup>3</sup>) und RG. 125, 149/50<sup>4</sup>) für eine eingetragene GmbH.). Damit entfiel aber auch die Rechtswirksamkeit des Umstellungsbeschlusses hinsichtlich des Geschäftsanteils, ebenso übrigens auch bezüglich der Passivsumme.

(U. v. 24. Febr. 1931; 243/30 II. — LG. Bochum.) [Ru.]  
(= RG. 132, 22.)

21. § 37 GenG. Die Bestimmung, daß Mitglieder des Aufsichtsrats nicht zugleich Mitglieder des Vorstandes oder dauernd Stellvertreter desselben sein dürfen, ist zwingendes Recht und gilt nicht nur für das Innenverhältnis zur Genossenschaft. Die Genossenschaft kann sich jedoch auf die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäftes eines solchen Aufsichtsratsmitglieds gegenüber einem Dritten nicht berufen, wenn diesem die Wichtigkeit unbekannt war.†)

Das BG. gelangt zur Abgabeweißung auf Grund der Erwägung, daß zur rechtsverbindlichen Verpflichtung der Bevl. nach der Satzung die Mitwirkung von zwei Vorstandsgliedern (s. a. § 25 GenG.) erforderlich sei, daß wohl K., nicht aber auch J. Vertretungsmacht für die Bevl. gehabt habe, weil die ihm zur Vertretung behinderter Vorstandsglieder erteilte Vollmacht als Aufsichtsratsmitglied wegen Verstoßes gegen § 37 GenG. nichtig gewesen sei, im übrigen auch ein Fall der Behinderung der anderen Vorstandsglieder gar nicht vorgelegen habe; wenn sich die beklagte Genossenschaft auf den Mangel der Vertretungsmacht berufe, so verstoße sie nicht wider Treu und Glauben; K. habe ferner nicht dartun können, daß Geschäfte von solcher finanziellen Bedeutung, wie das vorliegende, auch sonst nur von einem Vorstandsglied erledigt worden seien; das Gegenteil ergebe sich aus den in den Strafakten behandelten Vorgängen; zudem schreibe § 24 der Satzung ausdrücklich vor, daß die Vorstandsglieder in Fällen einer Kreditgewährung, wie sie hier in Frage stehe, die Genehmigung des Aufsichtsrats einholen müßten. Es könne nicht angenommen werden, daß „die Bevl.“ Ausnahmen von dieser Bestimmung zugelassen habe, möge K. auch bei Besorgung der laufenden Geschäfte freie Hand gehabt haben.

Die Rev. rügt demgegenüber Verletzung des sachlichen Rechts, insbes. der §§ 167, 242 BGB.; §§ 37, 42 GenG.; ferner erhebt sie Prozeßhandlungen aus §§ 139, 286 ZPO. Der Erfolg war ihr nicht zu versagen.

Unbedenklich ist dem BG. zunächst darin beizutreten, daß sich die beklagte Genossenschaft dem K. gegenüber nicht darauf berufen kann, K. sei in Wahrheit nicht Vorstandsglied gewesen. Seine Bestellung hierzu ist jedenfalls von zwei zeichnungs-

berechtigten Mitgliedern des Vorstands unter Vorlage eines Protokollauszugs über den entsprechenden GenVersBeschluss zum Genossenschaftsregister angemeldet und demgemäß eingetragen worden. Ausweislich der Registerakten hat die Bevl. hinterher auch keineswegs die Bösung dieses Eintrags als von vornherein unrichtig betrieben, vielmehr später, und zwar wiederum durch zeichnungsberechtigte Vorstandsglieder, zum Genossenschaftsregister nur angemeldet, daß an Stelle der namentlich genannten 3 bisherigen Vorstandsglieder, unter denen sich eben auch K. befand, 3 andere in den Vorstand gewählt worden seien.

An diese durch die Eintragung der Allgemeinheit gegenüber verlaublichen Erklärungen über den Bestand des Vorstands ist die Bevl. gebunden, es sei denn, daß sie nachweisen würde nicht nur, daß K. nicht zum Vorstandsglied bestellt war, sondern auch, daß dies dem K. bzw. dessen Bevollmächtigten bei Entgegennahme der hier in Betracht kommenden Erklärungen K.s bekannt gewesen ist. Letzteres hat die Bevl. aber selbst nicht behauptet; sie hat auch nicht bestreiten können, daß K. in der Tat über ein Jahr, darunter gerade auch in der hier in Betracht kommenden Zeit Vorstandsgeschäfte besorgt hat und z. B. bei Veröffentlichung der Goldmarkferöffnungsbilanz auf 1. Jan. 1924 in dem Registerblatt unter dem 19. März 1925 an erster Stelle als Vorstandsglied gezeichnet hat, wobei zu allem hin noch die Prüfungskommission des Aufsichtsrats mitunterschrieben hatte.

Gegenüber den Ausführungen des BG. über die Ungültigkeit der Vollmachtserteilung an J. macht die Rev. geltend, daß sich § 37 GenG. nur auf das Innenverhältnis des Aufsichtsrats zu den Vorstandsgliedern beziehe; werde entgegen dieser Vorschrift trotzdem einem Aufsichtsratsmitglied „Vollmacht“ auf unbestimmte Zeit erteilt, so sei dieselbe trotzdem Dritten gegenüber gültig. Klarzustellen ist zunächst, daß § 37 GenG. zweierlei verbietet; einmal die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern zu Vorstandsgliedern oder ständigen Stellvertretern solcher, zum anderen, daß Aufsichtsratsmitglieder als Beamte die Geschäfte der Genossenschaft führen. Bei Bestellung von Vorstandsgliedern handelt es sich aber keineswegs um eine Bevollmächtigung; vielmehr gelten auch für die, nach § 37 Abs. 1 Satz 2 GenG. zeitweise bestellten Stellvertreter gem. §§ 35, 26, 27 GenG. dieselben Vorschriften wie für die ordentlichen Vorstandsglieder. Auch diese Stellvertreter haben demnach die Stellung gesetzlicher Vertreter; sie sind nicht etwa Bevollmächtigte oder Handlungsbevollmächtigte der Genossenschaft. Wie die ordentlichen Vorstandsglieder bedarf es auch bei ihnen der Eintragung im Genossenschaftsregister; die Eintragung hat allerdings nur rechtsbekundende Bedeutung. Rechts-handlungen, welche die bestellten Stellvertreter schon vorher im Rahmen ihrer Vertretungsmacht vornehmen, verpflichten die Genossenschaft.

Aus den Registerakten ergibt sich übrigens, daß J. als Vorstandsglied nicht im Handelsregister eingetragen worden, auch zur Zeit der Abgabe der streitigen Erklärungen als ordentliches Vorstandsglied, das er bis zu seiner am 24. Nov. 1924 erfolgten Wahl in den Aufsichtsrat war, gelöst gewesen ist. Auf den Stand des Genossenschaftsregisters kann sich K. deshalb hierher allerdings nicht berufen.

Der Rev. kann sodann nicht zugegeben werden, daß das Verbot des § 37 Abs. 1 GenG. nur für das Innenverhältnis zur Genossenschaft von Belang ist. Die Vorschrift will, gerade so wie die entsprechende Bestimmung des § 248 HGB., um im Interesse nicht nur der Mitglieder, sondern auch der Gläubiger die Erfüllung der beiden Organen, insbes. der dem Aufsichtsrat zugewiesenen Überwachungs-pflicht des Vorstands sicherzustellen, Vorstand und Aufsichtsrat in ihrer Zusammenlegung streng geschieden wissen (s. a. RG. 48, 47 ff. für die AktG.). Insofern handelt es sich um ein zwingendes Recht. Dies gilt nicht nur für § 37 Abs. 1 Satz 1, sondern auch für § 37 Abs. 1 Satz 2 GenG. (ebenso § 248 Abs. 1 und Abs. 2 HGB.). Streitig ist allerdings, welche Folgen die Übertretung dieses Verbots nach sich zieht. Nach der einen Ansicht soll ein Aufsichtsratsmitglied, welches die Stellung eines Vorstands- oder stellvertretenden Vorstandsglieds übernimmt, damit ohne weiteres aus dem Aufsichtsrat ausscheiden (s. z. B. Staub-Pinner, Anm. 1b zu § 248 HGB.,

<sup>3</sup>) JW. 1928, 630. <sup>4</sup>) JW. 1931, 797.

Zu 21. Die Entsch. ist nicht nur für das Recht der Genossenschaften von Bedeutung. Die in ihr niedergelegten Grundsätze gelten auch für die AktG. und die GmbH. Ein Mitglied des Aufsichtsrats darf nicht zum Vorstand oder stellvertretenden Vorstand bestellt werden. Über die Rechtsfolgen einer trotzdem erfolgten Ernennung hat das RG. sich nicht ausgesprochen. Die Wichtigkeit des Bestellungsaktes soll deshalb nicht in Betracht kommen, weil der unzulässigerweise erteilte stellvertretende Vorstand fortlaufend in Vertretung von Vorstandsgliedern handelte. Die Bevl. müsse „die Rechtshandlungen des Scheinvertreters gegen sich geradezu gelten lassen“, wie wenn er zurecht bestellt gewesen wäre. Das scheint nicht unbedenklich. Wohl er man darüber einig, daß das Gewährlassen eines nicht ausdrücklich Bevollmächtigten als stillschweigende Erteilung der Vollmacht anzusehen ist. Er ist dann kein Scheinvertreter, sondern ein echter Vertreter. Anders aber liegt der Fall, wo die Erteilung der Vertretungsmacht gegen das Gesetz verstößt und daher nichtig ist. Eine solche Wichtigkeit ist im Interesse der AktG. wie der Genossenschaft bestimmt. Sollte man diese nur gelten lassen, wenn der Gegenkontrahent sie kannte, so würde der gesetzlichen Anordnung ein guter Teil der Anwendung entzogen. Durch das Geschehenlassen der Vertretung kann aber die Wichtigkeit der Bestellung nicht geheilt werden.

Walbecker Recht der Genossenschaften S. 234/235 unter 1a); nach anderen soll es darauf ankommen, wie die Bestellung zum stellvertretenden Vorstandsmitglied gemeint ist; soll das Mitglied nach wie vor im Aufsichtsrat bleiben, dann soll die Bestellung zum stellvertretenden Vorstandsmitglied nichtig sein; soll der Betreffende zugleich Mitglied beider Organe werden, dann seien beide Bestellungsakte nichtig (s. hierzu Brodmann, Anm. 1b zu § 248 HGB.).

Vom Standpunkt der letzteren Meinung aus wäre also die Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds zum dauernden stellvertretenden Vorstandsmitglied nichtig. Nicht anders läge es, von dieser Auffassung aus, wenn entgegen § 37 Abs. 1 Satz 2 GenG. vom Aufsichtsrat etwa eines seiner Mitglieder allgemein als Stellvertreter für alle möglichen in der Zukunft liegenden Verhinderungsfälle irgendeines der Vorstandsmitglieder bestimmt würde. Es kann indessen dahingestellt bleiben, welcher der oben wiedergegebenen Auffassungen beizupflichten wäre. Denn wenn auch der Bestellungsakt als solcher nichtig wäre, so könnte sich die Bef. dann, wenn mit Wissen und Willen ihrer Organe *F.* als stellvertretendes Vorstandsmitglied nach außen fortlaufend in Vertretung von Vorstandsmitgliedern der bef. Genossenschaft tätig geworden wäre, auf die Nichtigkeit der Stellvertreterbestellung in aller Regel dem Kl. gegenüber doch nur dann berufen, wenn er bzw. sein Bevollmächtigter im entscheidenden Zeitpunkt davon Kenntnis gehabt hätte. Gem. § 17 Abs. 2 GenG. gilt die bef. Genossenschaft als Kaufmann i. S. des HGB. Haben ihre Organe in Mißachtung oder Unkenntnis der gesetzlichen Vorschriften *F.* als Vorstandsstellvertreter im Geschäftsverkehr auftreten lassen, so kann die Bef. die Rechtsfolgen dieses Mißgriffs jedenfalls nicht auf Dritte, die hiervon keine Kenntnis hatten, abwälzen, sie muß vielmehr die Rechtshandlungen jenes Scheinvertreters gegen sich gerade so gelten lassen, wie wenn er in der Tat zu Recht bestellt gewesen wäre, gleichviel ob Eintragung im Genossenschaftsregister erfolgt ist oder nicht. Dabei ist unerheblich, ob im Einzelfall tatsächlich der Verhinderungsfall eines der ordentlichen Vorstandsmitglieder vorgelegen hätte oder nicht. Insofern handelte es sich überhaupt nicht um eine nach außen wirksame Beschränkung der Vertretungsmacht, sondern nur um eine lediglich für das Innenverhältnis bedeutsame Schranke der Geschäftsführungsbefugnis. Die anscheinend gegenteilige Meinung des BG. ist rechtlich verfehlt und verkennt, daß die Vertretungsmacht auch eines stellvertretenden Vorstandsmitglieds Dritten gegenüber über § 25 GenG. hinaus ebensowenig beschränkt werden kann, wie die der ordentlichen Vorstandsmitglieder (§§ 35, 27 Abs. 2 GenG.). — Von den vorstehend erörterten rechtlichen Gesichtspunkten aus hat das BG. die Frage der Vertretungsbefugnis des *F.* bzw. die Rechtsverbindlichkeit der von ihm angeblich im Namen der Bef. abgegebenen Erklärungen überhaupt nicht geprüft.

(U. v. 17. April 1931; 453/30 II. — Kiel.) [Ru.]

## II. Stempelrecht.

**\*\*22.** TarSt. 7 Abs. 1b, 10 IIc VStempStG.; §§ 78, 79 Durchf. Best. z. KaliW. G. v. 18. Juli 1919. Die Übertragung der Beteiligungsziffer am Kaliabfah ist Verpachtung, nicht Kauf.)

Die Kl. und ihre Tochtergesellschaft, die M. schen Kaliwerke AktG. in E., haben am 24./28. Febr. 1925 mit den

Vereinigten Kaliwerken GmbH. in M. und deren Gesellschaftern einen als Pachtvertrag bezeichneten Vertrag abgeschlossen. Die Beteiligten sind darin einerseits als „M.“, andererseits als „GmbH.“ bezeichnet. Im § 1 des Vertrages verpflichtet sich M., seine Kaliwerke baldmöglichst stillzulegen und bis zum 31. Dez. 1953 nicht zu betreiben. Nach § 2 verpachtet M. die Kaliwerke „zum Zwecke der Ausübung der Rechte aus den . . . mit den Salzbergwerken verbundenen Beteiligungsziffern am Kaliabfah“ für die Zeit vom 1. April 1925 oder dem Zeitpunkt der etwaigen späteren Stilllegung bis zum 31. Dez. 1953 an die GmbH. Das Recht von M., die Tagesanlagen und Schächte der Werke ungeführt zu benutzen und zu verwerten, soll unberührt bleiben. Die GmbH. soll Salze nur mit Zustimmung von M. gewinnen dürfen. Die GmbH. übernimmt lediglich die auf den Beteiligungsziffern etwa lastenden privat- und öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen, dagegen keine Haftung für Bergschäden, keine Obhutspflichten für übernommene Anlagen, keine Lasten, die auf den Bergwerken und Anlagen ruhen. Die Verwaltung und Erhaltung der Anlagen soll allein M. obliegen. Nach § 3 sind sich die Parteien des Vertrages darüber einig, daß durch die Pacht die Beteiligungen am Kaliabfah und überhaupt alle Rechte, die mit dem Besitz der Werke jetzt oder in Zukunft verbunden sind, soweit sie den Abfah von Kali und Steinsalz betreffen, auf die GmbH. übergehen. „Für den Fall, daß dieser mit der Verpachtung von den Parteien beabsichtigte Zweck aus irgendeinem Grunde nicht erreicht werden sollte, wird vereinbart, daß der GmbH. die vorgenannten Rechte, soweit es rechtlich zulässig ist, für die im § 2 genannte Zeitdauer zur Ausnutzung und Ausübung überlassen werden.“ Im § 5 überträgt M. der GmbH. die sofortige Ausübung des Stimmrechts im Kalisyndikat, im Deutschen Kaliverein und im Arbeitgeberverband der Kaliindustrie. Dazu bestimmt M. Vertreter aus seiner Verwaltung, die allein nach den Weisungen der GmbH. zu stimmen haben, oder aber, wenn die Vertreter dem vertretenen Werk nicht anzugehören brauchen, stellt M. der von der GmbH. zu bezeichnenden Person die Vollmacht aus. Als einmalige Entschädigung erhält M. nach § 6 12 000 000 RM, die in gewissen Teilbeträgen bezahlt werden sollen. Der § 7 endlich trifft Vorkehrungen dagegen, daß die Rechte aus dem Vertrage irgendwie dem Konzern W. zugute kämen. Die Kl. hat für den Vertrag zunächst nur den Pachtstempel nach TarSt. 10 IIc VStempStG. mit 36 000 RM entrichtet. Auf Erfordern des beklagten Steuerfiskus hat sie am 14. Okt. 1927 weitere 44 000 RM bezahlt. Der Bef. sieht einen Kaufvertrag als vorliegend und deshalb TarSt. 7 Abs. 1b VStempStG. für maßgebend an. Mit der gegenwärtigen Klage verlangt die Kl. Zurückzahlung von 44 000 RM nebst 8% Zinsen seit dem 14. Okt. 1927. Die Höhe der geforderten Zinsen hält sie für angemessen, weil sie für ihre Kredite mehr als 8% bezahlen müsse. Das BG. hat dem Klageantrag stattgegeben, das BG. hat die Klage abgewiesen. Das RG. hat das erste Urteil wieder hergestellt.

1. Zum Verständnis des Vertrages vom Februar 1925 ist ein kurzer Überblick über die Kaligesetzgebung notwendig. Ursprünglich beruhte auch das Kalisyndikat auf einem rein privatrechtlichen Abkommen der Werke. Es brachte eine Begrenzung des Gesamtabfahes, vereinigte ihn in einer Hand und setzte für jeden Teilnehmer die Höhe seines Anteils am Gesamtabfah fest. Um die Höhe der Anteile wurde bei

Zu 22. 1. Das RG. gibt zunächst in knapper Form einen anschaulichen Überblick über den Aufbau der Kaliwirtschaft. Dabei ist nur die Bemerkung mißverständlich, daß schon das KaliG. v. 25. Mai 1910 die Einrichtung eines Kalirats gekannt habe. Dieser ist vielmehr erst auf Grund des SozG. (23. März 1919) durch das KaliW. G. v. 24. April 1919 und die Durchf. Best. v. 18. Juli 1919 geschaffen. Auch die Kalistellen sind gegenüber der Regelung von 1910 umgestaltet. Doch dies ist nur Nebensache, im übrigen schildert das RG. zutreffend die gemeinwirtschaftliche Organisation und die Eingliederung des Kalisyndikats, das auf privater Grundlage errichtet ist, aber öffentlich-rechtliche Funktionen hat, in die Gemeinwirtschaft. Weiterhin wird Wesen und Bedeutung der Stillleg. v. 22. Okt. 1921, welche die Grundlage für die weitere Entwicklung der deutschen Kaliwirtschaft geworden ist, zutreffend dargelegt. Unter dem Einfluß dieser Stillleg. ist die gewünschte weitgehende Konzentration eingetreten, bei der sich finanzielle Transaktionen größten Stiles abgespielt haben.

Es bestehen gegenwärtig im wesentlichen drei Großkonzerne. Zwei von ihnen — mit einigen kleineren Werken — haben gegenüber dem Konzern W. einen Abwehrblock gebildet (vgl. § 7 des streitigen Vertrages, worin nach dem Tatbestand dagegen Vorkehrungen getroffen sind, daß die Rechte aus dem Vertrage irgendwie dem Konzern W. zugute kommen). Der Antiblock ist als GmbH. organisiert, und zwar in der Weise, daß auch die Gesellschafter dieser GmbH. (Vereinigte Kaliwerke GmbH.) als Vertragspartner des Pachtvertrages über die Beteiligungsziffer von M. auftreten. Das RG. betrachtet dabei zutreffend ohne formale Unterscheidung die Kl. und deren Tochtergesellschaft, die M. schen Kaliwerke AktG., als eine Einheit. Der Tatbestand gibt hiernach ein besonders aufschlußreiches Bild über die Zusammenhänge von gemeinwirtschaftlicher, privatrechtlich-rechtlicher und konzernrechtlicher Organisation.

2. Die Ansicht des RG., daß die Beteiligungsziffer eines Kaliwerkes ein Recht ist, das durch Reichsgesetz den Kaliherzeugern

jeder Erneuerung des Syndikats lebhaft gestritten. Im Jahre 1910 drohte es deswegen abzulaufen. Da griff das Reich mit dem KaliAbfG. v. 25. Mai 1910 (RGBl. 775) ein. Es wurde zwar nach Erlaß des KaliWiG. v. 24. April 1919 (RGBl. 413) durch das Gef. v. 19. Juli 1919 (RGBl. 661) aufgehoben, seine wesentlichen Vorschriften sind aber in die DurchfBest. z. KaliWiG. v. 18. Juli 1919 (RGBl. 663) übergegangen. Es gibt also nach wie vor einen Kalirat (§§ 2 ff.) und mehrere Kalistellen (§§ 16 ff.), darunter die Kaliprüfungsstelle. Diese setzt nach § 63 DurchfBest. z. KaliWiG. das Anteilsverhältnis am Gesamtabsatz, die sog. Beteiligungsziffer, in einem besonders geregelten Verfahren fest. Maßgebend für ihre Höhe sollen die Ausdehnung und die Beschaffenheit der durch Grubenbaue und Bohrungen erschlossenen Kalifalzlager sein sowie die Leistungsfähigkeit der Betriebsrichtungen (§ 79 Abs. 1 Satz 3). Für jedes Kaliwerk wird nur eine Beteiligungsziffer festgesetzt (§ 79 Abs. 2). Kalierzugener ist, wer ein Kalibergwerk (Kaliwerk) auf eigene Rechnung betreibt (Kaliwerksbesitzer) und wer eine Sonderfabrik auf eigene Rechnung betreibt (§ 38 Abs. 2 Nr. 1 und 2). Die Sonderfabriken kommen für den gegenwärtigen Rechtsstreit nicht in Betracht, von ihrer Erwähnung wird im folgenden abgesehen. Den Kalierzugern bleibt es überlassen, sich zu einer Vertriebsgemeinschaft, dem Kalisyndikat, zusammenzuschließen (§ 38 Abs. 1 Satz 1). Das ist ohne besondere Schwierigkeit geschehen, da ja der Streit um den Anteil am Absatz dabei nicht mehr entschieden zu werden braucht. Die Mitglieder des Syndikats sind verpflichtet, ihm die geförderten und erzeugten Kalisalze und Kaliverbindungen zur Verfügung zu stellen; das Syndikat ist ausschließlich befugt, diese Kalisalze und Kaliverbindungen zu veräußern und abzusehen (§ 74 Abs. 1 und 2). Es regelt den Absatz auf Grund der Beteiligungsziffern und des Syndikatsvertrages (§ 78 Abs. 1 Satz 1). Wird ein Kaliwerk dauernd lieferungsunfähig, so erlischt seine Beteiligungsziffer (§ 83 Abs. 2 Satz 1). Die Kaliwerksbesitzer dürfen den ihnen zustehenden Anteil am Absatz ganz oder teilweise an andere Kaliwerke übertragen (§ 85 Abs. 1a). Übersteigt die Übertragung die Hälfte der Gesamtbeteiligung des Übertragenden an reinem Kali, so bedarf sie der Genehmigung der zuständigen Landeszentralbehörde (§ 85 Abs. 3 Satz 1).

Durch eine WD. des RWiM. v. 22. Okt. 1921 (RGBl. 1312) sind die DurchfBest. z. KaliWiG. teilweise geändert worden. In einem neuen § 83a wird in Abs. 1 Satz 1 und 2 gesagt: „Eine Änderung der für die Einschätzung maßgebenden Verhältnisse bleibt bis zum 31. Dez. 1953 auf den Fortbestand und die Höhe der Beteiligungsziffer derjenigen Werke ohne Einfluß, welche bis zu diesem Zeitpunkt freiwillig stillgelegt werden. Eine dahingehende unwiderrufliche Erklärung ist bis zum 1. April 1923 der Kaliprüfungsstelle abzugeben.“ Diese Frist ist später bis zum 1. Jan. 1926 verlängert worden (vgl. die WD. v. 14. Mai 1923 und 28. Juni 1924 [RGBl. 1923, II, 229; 1924, II, 155]). Entsprechend dem neuen § 83a ist der Abs. 2 in dem alten § 83 DurchfBest. z. KaliWiG. gestrichen und durch einen neuen Absatz am Schlusse des § 78 DurchfBest. z. KaliWiG. er-

setzt worden. Er lautet: „Im Falle des Eintretens der Lieferungsunfähigkeit eines Kaliwerks hat die Kaliprüfungsstelle, soweit es sich nicht um ein freiwillig . . . stillgelegtes Kaliwerk handelt, auch ohne Antrag das Erlöschen der Beteiligungsziffer auszusprechen.“ Bei der Übertragbarkeit des einem Kaliwerksbesitzer zustehenden Anteils am Absatz ist es auch nach der neuen Fassung des § 85 DurchfBest. z. KaliWiG. verblieben. Die Vorschriften über die Genehmigung sind geändert und ergänzt worden. Näher braucht darauf nicht eingegangen zu werden, denn die erforderlichen Genehmigungen der Kaliprüfungsstelle (§ 85 Abs. 2 DurchfBest. z. KaliWiG. [n. F.]) und des RWiM. (§ 92a DurchfBest. [n. F.]) sind unstreitig erteilt.

Das Kalisyndikat selbst ist in der Form einer Doppelgesellschaft begründet worden. Auf der einen Seite besteht die GmbH. Deutsches Kalisyndikat, auf der anderen eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, welche ihre Grundlage in dem sog. Verkaufsvertrag v. 16. Okt. 1919 findet. Diesen haben die Gesellschafter des Syndikats untereinander und mit dem Syndikat geschlossen. Nach § 13 Abs. 2 des GmbH-Vertrages richtet sich das Stimmrecht der Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung nicht nach seiner Beteiligung an der GmbH., sondern nach seiner „gesetzlichen Beteiligungsziffer“. Eine nicht ordnungsmäßig berufene Versammlung kann nach § 15 des GmbH-Vertrages Beschlüsse nur fassen, wenn sämtliche Gesellschafter, soweit sie noch eine gesetzliche Beteiligungsziffer besitzen, vertreten sind. Der § 34 des Verkaufsvertrages sieht vor, daß die Beteiligung an der GmbH. immer wieder in Übereinstimmung mit der „gesetzlichen Beteiligungsziffer“ gebracht wird.

2. Nach diesen Darlegungen wird klar, was die Rl. — darunter wird hier und im folgenden auch ihre Tochtergesellschaft verstanden — und die Vereinigten Kaliwerke in M. mit ihrem Verträge vom Februar 1925 bezweckt haben. Die Rl. sollte ihre Kaliwerke für die Zeit bis zum 31. Dez. 1953 unwiderruflich stilllegen. Die gesetzlichen Beteiligungsziffern ihrer Werke blieben ihr danach bis zu dem genannten Zeitpunkt unverändert erhalten. Diese Beteiligungsziffern und alle daraus sich ergebenden Rechte sollten — wiederum bis zu dem sog. Zeitpunkt — den Vereinigten Kaliwerken zugute kommen. Um diese Absicht zu verwirklichen, ist von den Beteiligten in erster Linie ein „Pachtvertrag“ über die stillzuliegenden Kaliwerke „zum Zwecke der Ausübung der Rechte aus den . . . Beteiligungsziffern“ vereinbart worden. Das BG. hat einen die Werke betreffenden Pachtvertrag nicht als vorliegend angesehen. Dazu war es befugt, denn über die rechtliche Natur eines Vertrages entscheidet nicht die von den Vertragsschließenden gewählte Ausdrucksweise, es kommt auch nicht auf ihr Bewußtsein an, einen bestimmten Vertrag zu schließen oder geschlossen zu haben, maßgebend ist vielmehr die Gesamtheit der Vertragsbestimmungen ihrem objektiven Inhalt nach (vgl. RG. 82, 342<sup>1</sup>); Entsch. des RG. vom 30. März 1906, VII 343/05 u. v. 5. März 1918, VII 428/17). Das Hauptgewicht legt der VerR. darauf, daß die von ihm als „Sachen“ i. S. des § 90 BGB. angesehenen Kaliwerke im Besitz und im Gebrauch der angeblichen Verpächterin verbleiben sollten und verblieben sind, während es nach § 581 Abs. 1 Satz 1 BGB. zum Wesen des Pachtvertrages gehört, daß der Gebrauch des verpachteten Gegenstandes dem Pächter gewährt wird. Eines Eingehens auf die mannigfachen Zweifelsfragen, die hier auftauchen können, bedarf es nicht. Auch wenn man mit dem BG. davon ausgeht, daß es zu einer Verpachtung der Kaliwerke nicht gekommen ist,

<sup>1</sup>) JW. 1915, 1113.

die Auflösung wegen Erschöpfung des Zwecks der Gesellschaft verlangen könnten. Demgegenüber stellt das BG. fest, daß die Beteiligungsziffern stillgelegter Kaliwerke nicht ohne weiteres mit dem 1. Jan. 1954 erlöschen müssen.

3. Über die Stempelspflicht von Beteiligungsziffern an privatrechtlichen Verkaufssyndikaten vgl. RG. 70, 283 ff. und Flechtheim a. a. D. S. 120. Das RG. erblickt darin die Abtretung eines Forderungsrechts. Dies erscheint zweifelhaft, wenn die „nackte“ Beteiligungsziffer übertragen wird, also die Beteiligungsziffer ohne das Werk; hier dürfte eher ein Pachtvertrag anzunehmen sein. Derartige Beteiligungen finden sich im Interesse der Rationalisierung neuerdings in Syndikatsverträgen in stärkerem Maße als früher.

Rl. Dr. Heinrich Friedländer, Berlin.

verliehen wurde, entspricht der einhelligen Meinung des Schrifttums (vgl. für das KaliG. von 1910 Görres-Cormann, Komm. § 8; Görres: JW. 1916, 1073; Flechtheim, Kartellrecht S. 135; Sehling: JW. 83, 47 ff., 233; für das neue Gesetz Friedländer, KaliWiG. S. 119; Gieseke, Rechtsverh. d. gemeinwirtsch. Organisationen S. 59). Letztere unterscheidet auf Grund der StilleWD. zwei Arten von Beteiligungsziffern, nämlich die eine, die am Kaliwerk haftet — von ihm untrennbar ist und auf den Rechtsnachfolger übergeht —, die zweite, die „ruhendes Recht“ ist, indem sie erst in der Hand des anderen Kaliwerksbesitzers ihre Kraft erlangt, und bei der die Verknüpfung mit dem Unternehmen fehlt.

Das RG. setzt weiter zutreffend auseinander, daß jedenfalls der streitige Vertrag als Verpachtung der Beteiligungsziffer anzusehen ist. Es läßt daher die Streitfrage dahingestellt, ob eine Beteiligungsziffer ohne das Kaliwerk, zu dem sie gehört, überhaupt der Substanz noch übertragen werden kann. Diese Frage ist zu verneinen (Friedländer a. a. D.). Eine Übertragung ist nur der Ausübung nach zulässig. Diese Streitfrage ist in einem zur Zeit schwebenden Prozeß bedeutsam geworden, in dem die Minorität den Standpunkt vertrat, daß mit der Übertragung der Beteiligungsziffer bis 1953 i. S. von § 303 BGB. automatisch Auflösung der betreffenden AktG. eingetreten sei, und daß jedenfalls die Aktionäre

so bleibt doch der Vertrag vom Februar 1925 ein Pachtvertrag. Die Vertragsschließenden haben sich nämlich hilfsweise schon selbst auf den jetzt vom VerR. eingenommenen Standpunkt gestellt und für diesen Fall vereinbart, daß die „Rechte aus den . . . Beteiligungsziffern am Kaliabsatz“, soweit es rechtlich zulässig ist, der Pächterin zur Ausnutzung und Ausübung überlassen werden sollen. Da auch ein Entgelt verabredet wurde, liegt ein Pachtvertrag über den der Kl. zustehenden Anteil am Kaliabsatz vor. Dieser Anteil ist ein durch Reichsgesetz den Kaliherzeugern verliehenes Recht, das auch Früchte abwirft. Wenn man ein eigenes Kaliwerk durch die Hinzunahme der Beteiligungsziffer eines anderen Werks stärker ausbeuten kann als bisher, und so auch einen höheren Reinertrag erzielt als bisher, dann stecken in dem Mehr des Reinertrages die Früchte des eigenen Kaliwerks und der Beteiligungsziffer des fremden Werks. Es wird sich vielleicht nicht zahlenmäßig ausrechnen lassen, wieviel von dem Mehrertrag auf jede seiner beiden Quellen entfällt, daß beide aber daran beteiligt sind, kann keinesfalls gelehrt werden.

3. Da hier eine Verpachtung der Beteiligungsziffer, d. h. des gesetzlichen Anteils am Kaliabsatz, angenommen wird, kommt es auch auf die Streitfrage nicht an, ob eine Beteiligungsziffer ohne das Kaliwerk, zu dem sie gehört, überhaupt der Substanz nach übertragen, d. h. veräußert werden kann. Der Ausübung nach, wie das für einen Pachtvertrag notwendig ist, kann sie jedenfalls ohne das Kaliwerk übertragen werden. Sonst wäre es unverstänlich, warum das Gesetz die Übertragbarkeit der Beteiligungsziffer als solcher besonders hervorhebt. Daß sie bei einer Übertragung des ganzen Werks mit übergeht, ist selbstverständlich.

4. Von den Bedenken, welche die Revisionsbeantwortung im Anschluß an die Darlegungen des VerR. gegen die Annahme einer bloßen Verpachtung der „Beteiligungsziffer“ vorgebracht hat, geht das erste dahin: Wenn die Beteiligungsziffern der stillgelegten Werke für die Zeit bis zum 31. Dez. 1953 übertragen worden seien, so sei überhaupt alles übertragen, was noch vorhanden sei, denn mit dem 1. Jan. 1954 erlösche die Beteiligungsziffer der stillgelegten Werke. Die Vertragsschließenden haben diese Auffassung jedenfalls nicht gehabt. Sie betonen schon dort, wo sie von der Verpachtung der Werke sprechen, daß das Geschäft zum Zweck der Ausübung der Rechte aus den Beteiligungsziffern vorgenommen werde, sie fassen ihre spätere Hilfsabrede dahin, daß die Rechte aus den Beteiligungsziffern zur Ausnutzung und Ausübung überlassen werden, und sie gehen bei der Vereinbarung darüber, wie das Stimmrecht im Kalisyndikat ausgeübt werden soll, unverkennbar davon aus, daß die Kl. nach Maßgabe ihrer gesetzlichen Beteiligungsziffern stimmberechtigt bleibt. Deshalb sorgen sie dafür, daß die Stimme der Kl. immer nach den Weisungen der Vereinigten Kaliwerke abgegeben wird. Ob das erforderlich war, ob nicht jeder Gesellschafter des Syndikats schon nach § 13 Abs. 2 des Syndikatsvertrages auch die Stimmen abgeben kann, welche auf die von ihm gepachteten Beteiligungsziffern entfallen, kann hier unerörtert bleiben, da nur gezeigt werden sollte, von welchen Ansichten die Vertragsschließenden ausgegangen sind.

Es ist aber auch nicht richtig, daß die Beteiligungsziffern der stillgelegten Werke mit dem 1. Jan. 1954 erlöschen müssen. Sie erlöschen nicht, wenn die Werke zu diesem Zeitpunkt betriebsfähig dastehen und wieder in Betrieb genommen werden. Dann ist die Kl. in der Lage, die nicht mehr verpachteten Beteiligungsziffern der nicht mehr stillgelegten Werke wieder selbst auszunutzen. Mit der Möglichkeit von Änderungen in der Kaligesetzgebung, die bis zum 1. Jan. 1954 eintreten könnten, ist hier nicht zu rechnen. Nur die geltenden Gesetze können der rechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt werden.

Ebenso wenig kann es darauf ankommen, ob die stillgelegten Werke der Kl. jetzt betriebsfähig sind. Solange nur die Möglichkeit besteht, daß sie es am 1. Jan. 1954 sind, gilt das oben Gesagte.

Endlich gewährt der Vertrag vom Februar 1925 auch keinen Anhalt dafür, daß die Vereinigten Kaliwerke die ihnen „übertragenen“ Beteiligungsziffern am 31. Dez. 1953, wie die Revisionsbeantwortung meint, auf die Kl. der Substanz

nach zurückübertragen müßten. Mit dem Ablauf des 31. Dez. 1953 endigen die durch die Verpachtung begründeten schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den Vertragsschließenden, und die Kl. darf ohne weiteres wieder uneingeschränkt die Rechte ausüben, die sich für sie aus den Beteiligungsziffern ihrer Werke ergeben.

5. Das zweite Bedenken des Vekl. knüpft an die Auffassung an, welche das RG. über die Erteilung ausschließlicher Lizenzen bei Patenten ausgesprochen hat. Nach RG. 57, 38 ff. verzichtet der Patentinhaber dadurch nicht nur auf sein aus dem Innehaben des Patents folgendes Unterjagungsrecht, sondern er behält sich das Patentrecht zwar selbst vor, begründet aber für den Lizenznehmer ein eigenes positives Recht. Dieses geht dahin, die Erfindung für sich auszunutzen und andere, durch deren Wettbewerb die Benutzung der geschützten Erfindung beeinträchtigt wird, schon von sich aus davon auszuschließen; er ist nicht darauf angewiesen, sich erst die Rechte des Patentinhabers abtreten zu lassen, welche diesem durch die Patentverletzung Dritter erwachsen sind. In der Erteilung einer ausschließlichen Lizenz wird auf diese Weise in RG. 76, 236<sup>2)</sup> die Begründung und gleichzeitige Veräußerung eines Rechtes absoluter Natur gefunden. Auf zeitliche oder räumliche oder auch sachliche Beschränkungen der Lizenz kommt es dabei nach RG. 83, 94<sup>3)</sup> nicht an. Auf dem Boden dieser Rspr. steht auch der erk. Sen. Durch den Satz, daß eine entgeltliche Lizenzgewährung grundsätzlich Rechtspacht sei (vgl. RG. 116, 82<sup>4)</sup>), ist er ihr nicht entgegengetreten. In jenem Falle handelt es sich um die Frage: Pacht- oder Gesellschaftsvertrag?, nicht um die Frage: Pacht- oder Veräußerungsvertrag?

An der Hand jener Rspr. hat der Vekl. auszuführen gesucht, daß auch im gegenwärtigen Falle die Vertragsparteien ein Recht absoluter Natur hätten begründen müssen, daß ein bloßes Pachtverhältnis mit nur schuldrechtlichen Beziehungen ihnen nicht hätte genügen können. Dabei ist der wesentliche Unterschied übersehen, daß ein Patentrecht von jedem beliebigen Dritten verletzt werden kann, daß aber das Recht des Pächters einer Beteiligungsziffer von einem Dritten nur dann in Frage gestellt werden kann, wenn dieser Dritte ein Kaliwerk ist und er das Werk, zu welchem die verpachtete Beteiligungsziffer gehört, mit dieser erworben hat. Der Satz: „Kauf bricht nicht Miete“ erstreckt sich nach §§ 571, 581 Abs. 2 BGB. nur auf vermietete oder verpachtete Grundstücke. Dazu gehören Beteiligungsziffern nicht.

Indessen die Verhältnisse in dem begrenzten Kreise der Kaliwerksbesitzer sind leicht zu übersehen, mit einem vertragswidrigen oder gar arglistigen Verhalten ist bei ihnen nicht zu rechnen; etwa doch entstandene Schadenersatzansprüche wird der Pächter der Beteiligungsziffer seinem Verpächter gegenüber auf Grund der schuldrechtlichen Beziehungen durchsetzen können. Der Vekl. hat denn auch nichts anzuführen vermocht, was diesen Erwägungen entgegenstände, und vor allem hat er nicht darlegen können, wo denn in dem Vertrage vom Februar 1925 etwas verabredet wäre, was über den Rahmen des schuldrechtlichen Pachtvertrages hinausginge. Er hat nur gemeint, daß die Vertragsschließenden doch wohl grundsätzlich mehr als einen Pachtvertrag hätten schließen wollen, wenn sie nur hilfsweise darauf abgekommen seien, die Beteiligungsziffer zur Ausnutzung und Ausübung zu überlassen. Aber, wie schon dargelegt, handelt es sich bei der Haupt- und der Hilfsabrede nicht um den Gegensatz zwischen Veräußerungs- und Pachtvertrag, sondern um den Gegensatz zwischen Verpachtung der Werke und Verpachtung nur der Beteiligungsziffer.

(U. v. 21. Nov. 1930; 49/30 VII. — Naumburg.)

[Ru.]

(= RG. 130, 276.)

**\*\*23.** § 7 Abs. 9 Nr. 3 LStempStG. Verstempe-  
pelung eines Vertrages, durch den ein Recht  
gegen Lieferung von Strom aufgegeben wird.  
Keine Anwendung der für Kauf- und Lieferungs-  
geschäfte gegebenen Befreiungsvorschrift. f)

! Unter dem 2., 5. und 15. Nov. 1927 wurde zwischen der  
F. G. Farbenindustrie in F. und der Kl. einerseits und der  
Elektrizitätswerk Sachsen-Anhalt AG. in S. — Esag —

<sup>2)</sup> ZB. 1911, 668. <sup>3)</sup> ZB. 1913, 1152. <sup>4)</sup> ZB. 1927, 1592.

andererseits ein schriftlich niedergelegter Vertrag geschlossen. Im gegenwärtigen Rechtsstreit handelt es sich um die Frage, welcher Stempel zu den Vereinbarungen zu entrichten ist, wie sie in den ersten fünf Paragraphen enthalten sind. In § 1 vereinbaren die Kl. und die Esag, daß ein zwischen ihnen bestehender Stromlieferungsvertrag zum 30. Nov. 1927 vorzeitig aufgehoben wird, weil die Kl. den Strom von der ihr nahestehenden F. G. Farbenindustrie beziehen will. Nach § 3 sollen vier Transformatoren der Esag mit Ablauf des Stromlieferungsvertrages in das Eigentum der Kl. übergehen. Als Entschädigung der Esag für das Aufheben der Strombezugs-pflicht und die Transformatoren hat nach § 4 des Vertrages die F. G. Farbenindustrie der Esag 1,7 Millionen KWh Strom kostenlos zu liefern. Die Bestimmungen der §§ 1—4 sollten aber nur in Kraft treten, wenn die „Elektrowerke“ die für § 4 erforderliche Mitbenutzung ihrer Anlagen gestatteten, § 5 des Vertrages. Die „Elektrowerke“ haben diese Mitbenutzung nicht erlaubt. Deshalb ist der Vertrag vom November 1927 nur hinsichtlich der Transformatoren durchgeführt, im übrigen aber durch einen anderen ersetzt worden. In einem auf die Vertragsurkunde gesehten Nachtrag v. 26. Febr. u. 15. März 1930 haben die Vertragsparteien erklärt, daß der Wert der 1,7 Millionen KWh Strom 92 820 RM und der Wert der vier Transformatoren 3596,50 RM betrage. Die Kl. hat für die Abreden in den §§ 1—5 des Vertrages einen Stempel von 619 RM entrichtet. Er ist auf Grund der TarSt. 7 PrStempStG. vom Werte der gesamten Stromlieferung berechnet worden. Die Kl. meint, daß er nur vom Wert der Transformatoren und deshalb auf nur 24 RM zu berechnen sei. Sie hat Klage erhoben auf Zurückzahlung von 595 RM, womit sie in den Vorinstanzen durchgegangen ist. Das RG. hat abgewiesen.

1. Das Ur. des LG. beruhte auf der Annahme, es liege ein Fall des § 16 Abs. 3 StempStG. vor, der Vertrag vom November 1927 habe erst durch die „Genehmigung“ der Elektrowerke Rechtswirksamkeit erlangen sollen. Dieser Meinung ist das BG. mit zutreffenden Gründen entgegengetreten. Nach § 5 des Vertrages sollten die Elektrowerke nicht die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Vertragsparteien oder einer von ihnen genehmigen, es ist dort die Wirksamkeit des vereinbarten Vertrages von der aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht worden, daß die Elektrowerke sich bereit erklärten, bei der Erfüllung des Vertrages in der nach der Lage der Verhältnisse notwendigen Weise mitzuwirken. Mit Recht hat also das BG. den § 3 Abs. 2 StempStG. angewendet, wonach es für die Stempelpflichtigkeit einer Urkunde bedeutungslos ist, ob das beurkundete Geschäft unter Bedingungen abgeschlossen ist oder nicht.

2. Das BG. kommt aber schließlich doch zu dem Ergebnis des LG., weil es annimmt, daß der Vertrag der Parteien zwar an sich der TarSt. 7 StempStG. unterfällt, daß er aber von der Befreiungsvorschrift in Abs. 9 Nr. 3 das erfährt wird. Der erste Satz ist richtig, der zweite nicht.

Nach TarSt. 7 Abs. 1 b sind stempelpflichtig Kauf- und Tauschverträge und andere lästige Veräußerungsgeschäfte enthaltende Verträge über Gegenstände aller Art mit Ausnahme der unter a) bezeichneten. Soweit über die Wertempfelung des Vertrages noch gestritten wird, enthält er die Abrede, daß die Esag für das vorzeitige Aufheben eines Stromlieferungsvertrages mit der Kl. ihrerseits von der F. G. Farbenindustrie Strom geliefert erhalten soll. Das ist kein Kaufvertrag, denn zum Wesen eines solchen gehört die Vereinbarung eines in Geld bestehenden Kaufpreises (§ 433 Abs. 2 BGB.). Das ist auch kein Tauschvertrag, denn ein solcher ist nur gegeben, wenn jeder der Vertragsschließenden sich verpflichtet, dem anderen Sachen oder Rechte gegen Sachen oder Rechte zu verschaffen. Hier soll aber die F. G. Farbenindustrie gegen Lieferung des Stromes von der Esag weder eine Sache noch ein Recht erhalten, die Gegenleistung der Esag bildet vielmehr ein von ihr der Kl. gegenüber erklärter Verzicht auf ein Recht. Der

Vertrag gehört aber zu den anderen lästigen Verträgen, welche ein Veräußerungsgeschäft enthalten, denn der aus der Sprache des UR. entnommene Ausdruck „lästige Verträge“ bedeutet, daß beide Teile gegenseitige Verbindlichkeiten übernehmen (§ 7 15 UR.). Zu den „Gegenständen aller Art“ i. S. der TarSt. 7 Abs. 1 b StempStG. gehört auch der elektrische Strom; nicht die Arbeit, sondern ihr Erzeugnis bildet den eigentlichen Gegenstand des Vertrages (RG. 17, 273; 56, 404 ff.; 67, 232 = JW. 1915, 150).

3. Die Befreiungsvorschrift in Abs. 9 Nr. 3 TarSt. 7 StempStG. betrifft: „Kauf- und Lieferungsverträge über Mengen von Sachen oder Waren, sofern dieselben entweder zum unmittelbaren Verbrauch in einem Gewerbe oder zur Wiederveräußerung in derselben Beschaffenheit oder nach vorgängiger Bearbeitung oder Verarbeitung dienen sollen oder im Deutschen Reiche in dem Betriebe eines der Vertragsschließenden erzeugt oder hergestellt sind.“ Das BG. sieht in dem Vertrage einen „Lieferungsvertrag“. Das BGB. kennt keinen besonderen Lieferungsvertrag mehr. Einen solchen gab es aber im Gebiet des UR. Während das Kaufgeschäft nach § 1 I 11 UR. ein Vertrag war, „wodurch der eine Kontrahent zur Abtretung des Eigentums einer Sache, und der andere zur Erlegung einer bestimmten Geldsumme dafür, sich verpflichtet“, hieß es im § 981 a. a. D.: „Wer sich verpflichtet, einem anderen eine bestimmte Sache für einen gewissen Preis zu verschaffen, wird ein Lieferant genannt.“ Der Kaufvertrag und der Lieferungsvertrag stimmten also in der Art der Gegenleistung überein, es mußte immer eine „bestimmte Geldsumme“ oder ein „gewisser Preis“ sein, der Unterschied lag aber darin, daß verkauft werden konnten nur Sachen, welche der Verkäufer bereits in seinem Eigentum hatte, während es einen Lieferungsvertrag abgab, wenn sich jemand verpflichtete, dem anderen eine ihm selbst noch nicht gehörige Sache zu verschaffen. Nach geleisteter Lieferung sollte aber unter den Kontrahenten alles das stattfinden, was zwischen Käufern und Verkäufern Rechtens war (§ 987 I 11 UR.).

Von Lieferung sprach auch das UR. in Art. 338. Dieses Gesetzbuch gab keine eigene Umschreibung der Begriffe Kauf und Lieferungsvertrag, verwies auch insoweit vielmehr auf das allgemeine bürgerliche Recht (Art. 1 UR.). In Art. 338 das. aber hieß es: „Nach den Bestimmungen über den Kauf ist auch ein Handelsgeschäft zu beurteilen, dessen Gegenstand in der Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen gegen einen bestimmten Preis besteht.“ Zum Wesen auch des von dieser Vorschrift betroffenen Lieferungsvertrages gehörte also der „bestimmte Preis“, das Lieferungsvertragsgeschäft selbst aber wurde, soweit es Handelsgeschäft war, von vornherein den Regeln des Kaufgeschäftes unterstellt. Auf diesem Wege ist das BGB. weiter geschritten. Wenn es im § 433 Abs. 1 sagt: „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen“, so ist der vom UR. gemachte Unterschied zwischen Sachen, die bereits im Eigentum des Verkäufers stehen, und solchen, bei denen das nicht der Fall ist, aufgegeben worden. Der Lieferungsvertrag im Sinne des UR. und des UR. ist jetzt ein einfacher Kaufvertrag. Wenn man ihn als eine Unterart des Gesamtbegriffs der Kaufverträge aus diesen herausheben will, wird man mit Heinich (3) Anm. 3 zu TarSt. 38 PrStempStG. v. 30. Juni 1909 sagen müssen, daß bei dem Lieferungsvertragsgeschäft die Übergabe der Sache nicht sofort bei dem Abschluß des Vertrages stattfindet, sondern dem Vertrags-schluß nach einem kürzeren oder längeren Zeitraum nachfolgt. In diesem Sinne ist jetzt auch der „Lieferungsvertrag“ des StempStG. zu verstehen, wenn er in der streitigen Befreiungsvorschrift der TarSt. 7 Abs. 9 Nr. 3 neben den „Kaufvertrag“ gestellt ist. Ein Lieferungsvertrag in diesem Sinne ist der Vertrag vom November 1927 nicht, es fehlt in ihm an dem in Geld vereinbarten Kaufpreise.

4. Der Revisionsbeantwortung ist gewiß beizupflichten, wenn sie ausführt, daß die streitige Befreiungsvorschrift den Handel unterstützen und den gewöhnlichen Verkehrsverkehr vor steuerlichen Lasten bewahren wolle, sie übersieht aber, daß es sich bei dem Vertrag vom November 1927 nicht um ein übliches Handelsgeschäft und nicht um den gewöhnlichen Verkehrsverkehr handelt. Es ist ein eigenartiger und einmaliger

Zu 23. Die Entsch. ist im Ergebnis zutreffend, denn die analoge Anwendung einer Befreiungsvorschrift muß dann unterbleiben, wenn der wirtschaftliche Zweck der Befreiungsvorschrift nicht erreicht ist. So aber liegt es im vorliegenden Fall, wo in der Tat nur ein eigenartiger und einmaliger Vertrag abgeschlossen ist, der mit den in der Befreiungsvorschrift angeführten Kauf- und Lieferungsverträgen nicht auf eine Stufe gestellt werden kann.

RA. Dr. Carl Becker, Berlin.

Vertrag abgeschlossen worden, auf ihn treffen auch die inneren Gründe der Befreiungsvorschrift nicht zu.

(U. v. 24. März 1931; 301/30 VII. — Raumburg.) [Ru.]  
(= RG. 132, 277.)

## b) Straffachen.

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

### I. Materielles Recht.

#### 1. Strafgesetzbuch.

24. § 49 StGB.; § 146 GenG.; § 240 Ziff. 3 RD.;  
§ 331 StPD.

1. Zum Begriff der Untreue des Genossenschaftsvorstandes ist ausreichend und erforderlich die bewußte mißbräuchliche Ausnutzung der tatsächlich oder rechtlich bestehenden Machtstellung des Vorstandsmitgliedes zum Nachteil der Genossenschaft, gleichviel, ob sich der Täter dabei in den formellen und sachlichen Grenzen seiner Vertretungsmacht gehalten hat.

2. Beim Konkursvergehen braucht die Konkursöffnung vom Vorsatz nicht mitumfaßt zu werden. Auf Seiten des Gehilfen genügt es daher zum Vorsatz, daß er dem Haupttäter wesentlich dabei hilft, die Bücher so unklar zu führen, daß sie den Anforderungen, welchen sie dienen sollen, nicht genügen.

3. Erachtet das BG. statt der in erster Instanz angenommenen einheitlichen Tat eine Mehrheit selbständiger Handlungen für vorliegend, so darf jede der neu zu bildenden Ersatzstrafen die Höhe der aus Freiheits- und Geldstrafe bestehenden früheren Einheitsstrafen erreichen, die Freiheitsstrafe aber keinesfalls, die Geldstrafe nur bei entsprechender Verringerung der Freiheitsstrafe in dem Umfang der weiteren Ersatzfreiheitsstrafe überschreiten. Die alsdann aus den festgesetzten Freiheitsstrafen zu bildende Gesamtfreiheitsstrafe darf nicht höher sein als die des ersten Urteils.

Die Rev. rügt, ein Vergehen gegen § 146 GenG. könne nicht vorliegen, da Verfügungen der Genossenschaft rechtswirksam nur durch zwei Vorstandsmitglieder erfolgen könnten, neben Fritz F. ein zweites Vorstandsmitglied aber nicht mitgewirkt habe; wenn aber Fritz F. allein an der Kontoüberziehung beteiligt gewesen sei, könne nur eine Täuschung des anderen Vorstandsmitgliedes, vielleicht ein Betrug, in Frage kommen. Diese Ansicht ist jedoch rechtsirrig.

Der Begriff der Untreue ist im § 146 GenG. kein wesentlich anderer als im § 266 StGB. Er fordert nicht mehr als die bewußte mißbräuchliche Ausnutzung der tatsächlich oder rechtlich bestehenden Machtstellung des Vorstandsmitgliedes zum Nachteil der Genossenschaft, gleichviel ob sich der Täter dabei in den formellen und sachlichen Grenzen seiner Vertretungsmacht gehalten hat (vgl. RGSt. 61, 228 [230]; 62, 15 [20]). Das dort Gesagte gilt entsprechend von dem in § 146 GenG. behandelten Sonderfall der Untreue des Genossenschaftsvorstandes (RGEntsch. v. 15. April 1929, 3 D 1207/28; RGSt. 26, 136 [137]; 58, 391 [392]).

Bei der Beihilfe des Beschw. Ludwig F. zum Konkursvergehen des Ernst F. vermißt die Rev. die Feststellung, Ludwig F. sei sich bewußt gewesen, daß seine Buchführung im Falle des Konkurses keine Übersicht über den Vermögenszustand gewähren werde. Für den Tatbestand des § 240 Ziff. 3 RD. kommt aber die Konkursöffnung nur als äußere Tatsache in Betracht; sie muß eingetreten sein, und es muß zu diesem Zeitpunkt die Unübersichtlichkeit der Bücher noch fortbestanden haben. Dagegen braucht die Konkursöffnung vom Vorsatz nicht mit umfaßt zu werden. Auf Seiten des Gehilfen genügt es daher zum Vorsatz, daß er dem Haupttäter wesentlich dabei hilft, die Bücher so unklar zu führen, daß sie den Anforderungen, welchen sie dienen sollen, nicht

genügen. Auch das ist in dem angegriffenen Urte. einwandfrei dargelegt.

Auch sonst hat die Nachprüfung des angefochtenen Urte. in Schuldausspruch keinen den Beschw. nachteiligen Verstoß aufgedeckt. Dagegen ist der Strafausspruch gegen Ernst F. in einem Punkte zu beanstanden.

Während das SchöffG. die Anstiftung zum Vergehen gegen § 146 GenG. und die Anstiftung zum Betrüge in den Fällen der acht Wechsel als eine einheitliche Tat angesehen hat, erblickt das LG. darin neun selbständige Handlungen, und es hat eine dementsprechende Beurteilung in der Urteilsformel ausgesprochen. Dagegen hat es für diese neun Straftaten nur „eine einheitliche Strafe“ — ein Jahr fünf Monate Gefängnis und 500 RM Geldstrafe, ersatzweise weitere zehn Tage Gefängnis, wie das SchöffG. für die von ihm angenommene einheitliche Tat erkannt hatte — festgesetzt, von der Ausweisung von Einsatzstrafen aber abgesehen, weil es sich daran durch die Vorschrift des § 331 StPD. für behindert hält. Das ist jedoch rechtsirrig. Da das LG. das Vorliegen von Tateinheit verwirft, fiel auch die Einheitsstrafe von einem Jahr fünf Monate Gefängnis und 500 RM Geldstrafe, ersatzweise zehn Tagen Gefängnis fort. Das LG. hatte jetzt neun Strafen an Stelle der einen zu bilden. Die Beschränkung der Urteilsfindung durch § 331 StPD. bestand nur in folgendem:

„Jede dieser neun Strafen durfte die Höhe der Einheitsstrafen erreichen, die Freiheitsstrafe aber keinesfalls, die Geldstrafe nur bei entsprechender Verringerung der Freiheitsstrafe in dem Umfang der weiteren Ersatzfreiheitsstrafe überschreiten (RGEntsch. v. 1. Nov. 1929, 1 D 825/29; v. 21. März 1927, 2 D 160/27; RGSt. 2, 205, 206; Goldb-Arch. 50, 288).“

Aus den etwa festgesetzten neun Freiheitsstrafen und der wegen Konkursvergehens verhängten Gefängnisstrafe von sechs Wochen war sodann eine Gesamtstrafe zu bilden, während etwa erkannte mehrere Geldstrafen gesondert festzusetzen waren (§§ 74, 78 StGB.). Von diesen Strafen durfte die Gesamtfreiheitsstrafe nicht höher sein wie die des ersten Urte. von einem Jahr sechs Monaten Gefängnis, während hinsichtlich einer oder mehrerer Geldstrafen das oben Gesagte entsprechend zu beachten war.

(3. Sen. v. 2. März 1931; 3 D 21/31.)

[A.]

\*\*25. §§ 222 Abs. 2, 230 Abs. 2 StGB. Der Kaufmann, der sich zum Zwecke der Ausübung seines Berufs mit der Führung von Kraftwagen befaßt, ist auch dann Berufsfahrer, wenn sich diese Tätigkeit im Rahmen der Berufsausübung nur als eine Hilfs- oder Nebenverrichtung darstellt.)

Nach den Urteilsfeststellungen ist der Angekl. Vertreter einer Getreidefirma. Er bedient sich zur Erledigung der Geschäfte unter anderem eines Kraftwagens, der ihm von seiner

Zu 25. Die Entsch. entspricht der Rspr. des RG., an der dieses unbeirrt festhält. Es hat in Literatur und Rspr. nicht an Versuchen gefehlt, das RG. zu einer Aufgabe seiner Rspr. zu veranlassen. Neuerdings hat Weber diese Versuche in seiner Besprechung der Entsch. des OLG. Hamm v. 15. Mai 1929 noch einmal zusammengestellt (vgl. JW. 1931, 899 ff.). Es erübrigt sich daher, nochmals darauf einzugehen. Bestehen bleibt die Tatsache, daß der jetzige Rechtszustand nicht beirredigt. Es ist nicht einzusehen, warum ein Kaufmann, der seinen Geschäftsbetrieb noch ausübt und mit seinem Kraftwagen gelegentlich Kunden besucht, strenger bestraft werden soll, als ein Kaufmann, der sich nach jahrelanger Ausübung seines Berufes, und nachdem er während dieser Zeit jahrelang einen Kraftwagen geführt hat, zur Ruhe setzt, oder daß ein RA., der seine Praxis noch ausübt, und zu seinen Fahrten zu den Gerichten sich eines Kraftwagens bedient, strengeren Grundsätzen unterliegt, als ein Anwalt, der dies jahrelang getan hat und alsdann seine Praxis aufgibt, die Fahrten mit dem Kraftwagen dagegen forsetzt. Es dürfte demnach zutreffend sein, daß z. B. wie Weber in der obengenannten Besprechung sagt, eine Gesetzeslücke besteht. Es fragt sich nur, in welcher Form man das Gesetz zweckmäßig ändert. In Anbetracht dessen, daß das Führen von Kraftwagen dauernd erheblich zunimmt, würde es mir richtig erscheinen, strengere Grundsätze lediglich für Berufsfahrer einzuführen, d. h. für solche Personen, deren Beruf ausschließlich oder doch vorwiegend in dem Führen von Kraftfahrzeugen besteht.

RA. Waldemar Grote, Berlin.

Firma zum schnelleren Besuch der Kunden zur Verfügung gestellt ist. Mit dem Wagen fährt der Angekl. jedoch nicht regelmäßig. Es kommt vor, daß er den Wagen eine ganze Woche nicht benutzt. Das Fahren hat er in der Hauptsache für Geschäftszwecke erlernt. Am 2. Sept. 1929 stieß der Angekl. mit seinem Kraftwagen während der Rückfahrt von S. nach B. mit dem Zeugen und Nebenkläger B., der ein Motorrad fuhr, zusammen. B. erlitt dabei erhebliche Verletzungen. Das SchöffG. hat von einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts abgesehen, vielmehr das Verfahren eingestellt, weil nach seiner Auffassung die Voraussetzungen des § 230 Abs. 2 StGB. nicht gegeben seien, der Verletzte aber den hiernach gemäß § 232 StGB. zur Verfolgung des Angekl. erforderlichen Strafantrag nicht gestellt habe. Zur Begründung seines Standpunktes hat das SchöffG. im wesentlichen ausgeführt, daß bei Neben- und Hilfsverrichtungen eines Berufs, die mit dem Wesen und der Eigenart des Berufs nichts zu tun hätten und regelmäßig auch von Angehörigen anderer Berufe vorgenommen werden könnten, der Allgemeinheit keine besondere Gefahr drohe. Deshalb könne auch insoweit keine besondere Verpflichtung zur Aufmerksamkeit bestehen.

Die gegen das Ur. vom örtlichen StA. und vom Nebenkläger eingelegten Rev. mußten Erfolg haben. Das SchöffG. hat sich, wie es selbst ausführt, mit seiner erörterten Rechtsauffassung in bewußter Gegensatz zu der vom RG. in ständiger Rspr. festgehaltenen Rechtsansicht gestellt, nach der der § 230 Abs. 2 StGB. auf der Auffassung beruht, daß das Amt, der Beruf und das Gewerbe eine gewisse Erfahrung, Übung und Fortbildung, damit aber auch eine bessere Einsicht in die mit der Berufs- oder Gewerbeausübung für andere verbunden Gefahren mit sich bringen und deshalb auch eine besondere Pflicht zur Aufmerksamkeit begründen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob im Rahmen des Gewerbebetriebs die Tätigkeit die hauptsächlichste oder nur eine Hilfs- oder Nebenverrichtung darstellt, weil auch eine solche einen Teil der Gewerbeausübung bildet (vgl. u. a. RGSt. 62, 122 f.; 64, 430, 431 und das Ur. des erf. Sen. v. 12. Mai 1927; RGSt. 61, 299 f.). Die Darlegungen des SchöffG., sowie die des OLG. in S. in seinem Ur. v. 15. Mai 1929 = JW. 1930, 2081), mit denen sich die vom SchöffG. für seinen Standpunkt gegebene Begründung im wesentlichen deckt, geben dem jetzt erf. Sen. keinen Anlaß von der erörterten ständigen Rspr. des RG. abzugehen. Soweit das SchöffG. seine Auffassung damit begründet, daß Ärzte und andere Personen, die sich zur Ausübung ihres Berufs als Selbstfahrer des Kraftwagens bedienen, „ihre Mitmenschen in keine größere Gefahr bringen“, als andere, die keinem Beruf oder Gewerbe nachgehen, verkennt es die Bedeutung der §§ 222 Abs. 2, 230 Abs. 2 StGB. Diese Vorschriften gehen nicht von einer Gefahrhöhung durch Berufs- oder Gewerbeausübung aus. Im Gegenteil wird die Tatsache, daß eine Verrichtung von einer durch Amt, Beruf oder Gewerbe dazu bestimmten Person vorgenommen wird, gerade wegen der solchen Personen zuzutrauenden und vom Gesetz schlechthin unterstellten höheren Sachkunde und Sorgfaltspflicht das Gefahrmoment herabmindern. Eben darauf beruht die strengere strafrechtliche Haftung solcher Personen, und sie kann selbstverständlich auch auf den vom SchöffG. vergleichsweise herangezogenen „Sportmann“ zutreffen, sofern er aus dem Sport einen Beruf oder ein Gewerbe macht. Damit wird den entsprechenden Ausführungen des SchöffG. der Boden entzogen. Die weitere Forderung des SchöffG., daß die Verrichtung des Täters „in den Kreis der Amts-, Berufs- oder Gewerbepflicht falle“, enthält einen Gedankenkreis. Wer seinen Beruf oder sein Gewerbe unter Zuhilfenahme gewisser Verrichtungen — beispielsweise maschineller Betätigung — ausübt, zieht dadurch diese Art der Betätigung „in den Kreis seines Berufs oder Gewerbes“ und es ist angesichts des § 230 Abs. 2 StGB. nicht erfindlich, inwiefern für diesen Teil der Berufsausübung die strafrechtliche höhere Haftung gezeugnet werden könnte. Wesentliche und unwesentliche Amts-, Berufs- und Gewerbeverrichtungen unterscheidet das Gesetz nicht. Ohnehin ist es willkürlich, bei einem auf Kraftfahrzeug eingestellten Beruf oder Gewerbe von unwesentlichen Verrichtungen zu sprechen, da der Betrieb unter den heutigen Wirtschafts- und Verkehrsverhältnissen vielfach auf dieses Beförderungsmittel in weitem Umfange angewiesen ist, wenn er lebensfähig bleiben

will. Das OLG. Dresden, auf dessen Entsch. v. 20. Sept. 1927 = JW. 1928, 422<sup>o</sup> sich das SchöffG. mitbezogen hat, hat übrigens in seiner späteren Entsch. v. 4. Dez. 1928 = JW. 1929, 956<sup>10</sup> seinen früheren Standpunkt verlassen und sich der ständigen Rspr. des RG. wieder angeschlossen. (3. Sen. v. 22. Jan. 1931; 3 D 942/30.) [A.]

## 2. Strafrechtliche Nebengesetze.

**\*\*26.** §§ 7, 8, 82 GmbHG.

1. Durch nur mündliche Übertragung eines (täglich fälligen und vollkommen sicheren) Anspruchs gegenüber einer Sparkasse auf die GmbH. kann eine „Einzahlung“ nicht geleistet werden.

2. Irrige Annahme, daß solche Übertragung eine Einzahlung bedeute, ist unbeachtlicher Strafrechtsirrtum.)

Die Angekl. hatten bei der Anmeldung der GmbH. zum Handelsregister versichert, von jeder Stammeinlage sei ein Viertel eingezahlt und die Beträge befanden sich zu ihrer freien Verfügung. Beide Tatrichter nahmen an, die Erklärung habe nicht im Widerspruch mit der Sachlage gestanden.

In Frage stehen zwei Vermögenswerte. Von ihnen kann der eine unerörtert bleiben, da es sich bei der „Forderung“ der Gemeinde E. gegen die — frühere — Ger. Bank überhaupt nur um einen Betrag von einigen Tausend Mark handelte. Das andere Vermögensstück der Gemeinde war ein jederzeit flüssiges Guthaben, das die Gemeinde zu 48 000 M bei der Oberamtsparkasse R. hatte. Das Guthaben war täglich fällig und vollkommen sicher. Eine Übertragung des Anspruchs der Gemeinde auf die GmbH. konnte also, wenn in der erforderlichen Art geschehen, ohne Zweifel als eine „Einzahlung“ des Betrags i. S. des § 7 Abs. 2 GmbHG. gelten. Es fragt sich daher nur, ob eine solche Übertragung stattgefunden hat. Als „Einzahlung“ kann sie nur gelten, wenn ihre Wirkung dahin ging, den Geschäftsführern der GmbH. die freie Verfügung über den Vermögenswert zu gewähren.

Die Einzahlung findet die StrR. in der Erklärung, die in Gegenwart des die Anmeldung der GmbH. beurkundenden Notars gegenüber den Angekl. der Schultheiß D. dahin abgegeben hat, als bevollmächtigter Vertreter der Gemeinde ermächtigt er die Geschäftsführer, das täglich fällige Guthaben der Gemeinde bei der Oberamtsparkasse zur Einzahlung der vier Stammeinlagen zu verwenden. Ob hierin eine Übertragung nach § 398 BGB. lag, kann dahingestellt bleiben. Denn auch wenn sie eine solche war und wenn der Schultheiß D. die erforderliche Vertretungsmacht hatte, so ging zwar die der Gemeinde zustehende Forderung ohne eine an die Oberamtsparkasse gerichtete Mitteilung auf die GmbH. über, aber ein solcher Forderungsübergang hatte noch nicht ohne weiteres die Wirkung, den Geschäftsführern die freie Verfügung i. S. der §§ 7, 8 GmbHG. zu verschaffen. Der Fall liegt in dem entscheidenden Punkte

Zu 26. Dem Urteile des StrSen. steht der Ziviljurist nicht ohne Bedenken gegenüber. Das RG. nimmt an sich die Zulässigkeit einer Einzahlung auf die übernommene Stammeinlage als erfolgt an, wenn der Gesellschafter einen täglich fälligen und absolut sicheren Anspruch auf die GmbH. überträgt. Dies wird der Barzahlung gleichgestellt. Das ist sehr praktisch gedacht. Zu was den Gesellschafter nötigen, das Geld zu holen, das doch sofort wieder zurückgeliefert würde? Das RG. vermisst aber die Unterlage dafür, daß dieser Vermögenswert „jeden Augenblick mit zweifelloser Sicherheit“ in bares Geld umgesetzt werden konnte. Ob dies der Fall ist, hänge von den konkreten Umständen ab. Hier fehlt dem RG. die urkundliche Fession. Die „bloß mündliche Abtretung“ übertrage zwar den Anspruch des Gesellschafters gegen die Sparkasse auf die GmbH. Das genüge aber nicht als hinreichend für die freie Verfügungbarkeit. Hier geht das RG. über das gesetzliche Erfordernis hinaus. Es konnte sich an den Wortlaut des Gesetzes halten und Zahlung in Geld verlangen. Dann konnte es die Leistung der Einlage durch Abtretung oder Umweigung verneinen. Läßt es sie aber zu, so muß die rechtliche Wirksamkeit der Fession einer fälligen, jederzeit einziehbaren, zweifelsfreien Forderung genügen. Daß die Einziehung dieser doch noch auf Schwierigkeiten stoßen kann, ist auch bei allen solchen Forderungen denkbar. Auch bei einer notariell

anders als die Hingabe eines Schecks, die in RW. 41, 120 eingehend erörtert ist. Im Scheck hat der Inhaber unmittelbar den ihn zur Geltendmachung des Anspruchs befugten Ausweis, im Falle einer bloß mündlichen Abtretung des Anspruchs dagegen fehlt es ihm an einer Möglichkeit, gegenüber dem Schuldner seine Gläubigerschaft darzutun, mag diese auch tatsächlich einwandfrei bestehen. In der Verhandlung vor dem RevG. hat allerdings der Angekl. B. geltend gemacht, dadurch, daß die Einlage der Gemeinde bei der Oberamts Sparkasse auf den Namen der Ger Bank gelautet habe und die Geschäftsführer der Bank bei der Oberamts Sparkasse als die Vertretungsberechtigten beglaubigt gewesen seien, sei die Wirksamkeit der von dem Schuldheiß D. für die Gemeinde erklärten Abtretung gesichert gewesen. In dessen bieten jedenfalls die Darlegungen des angefochtenen Ur. keine hinreichende Unterlage dafür, daß die Gesellschaft den durch die „Leistung“ auf die Stammeinlage erlangten Vermögenswert „jeden Augenblick mit zweifelloser Sicherheit in bares Geld hätte umsetzen können“. Sofern es dafür noch auf eine weitere Mitwirkung D.s ankam, bestand dabei die Besonderheit, daß bei der auf die schiefe Bahn gelangten Persönlichkeit D.s und der großen Bedenklichkeit seiner für die Gemeinde betriebenen gewerblichen Unternehmungen ein erheblicher Zweifel bestehen mußte, ob er nach der „Abtretung“ des Anspruchs an die GmbH. dann auch gegenüber der Oberamts Sparkasse zu seinen Worten stehen und ihr gegenüber die zur Auszahlung des Betrags an die GmbH. etwa noch erforderlichen Erklärungen abgeben würde. Im übrigen läßt das angefochtene Ur. auch eine Erörterung der Frage vermissen, ob D. die Vertretungsmacht hatte, zu Lasten der Gemeinde die zur Übertragung und Auszahlung des Betrags an die GmbH. erforderlichen Erklärungen abzugeben.

Wenn es an einer Leistung fehlte, die einer Barzahlung auf das Stammkapital gleichgeachtet werden könnte, so war die von den Angekl. bei der Anmeldung abgegebene Versicherung falsch. Nach den bisherigen Feststellungen müßte auch angenommen werden, daß die Angaben wissentlich falsch waren, wenn nämlich die Angekl. alle diejenigen Tatsachen kannten, vermöge deren keine Einzahlung im Rechtsinne vorliegt. Eine irriige Annahme der Angekl., daß die Erklärung D.s gleichwohl eine Einzahlung bedeutete, und sie demnach die freie Verfügung über den Vermögenswert hätten, wäre ein Strafrechtsirrtum und würde sie nicht entlasten (RGSt. 36, 185, 187 und LZ. 1916, 617 Nr. 24).

(1. Sen. v. 24. Febr. 1931; 1 D 1068/30.)

[D.]

## Freiwillige Gerichtsbarkeit.

### 1. Preußen.

1. §§ 133, 146, 148 HGB. Das Prozeßgericht ist zu Einwirkungen auf die Tätigkeit des Registergerichts nicht befugt. †)

Im Handelsregister des AG. R. ist eine OHG. eingetragen, deren Gesellschafter R. und P. sind. Auf Antrag des R. hat das LG. in B. gegen P. eine EinstwVerf. dahin erlassen, daß die Auf-

beglaubigten Abtretung. Auch sie garantiert nicht, daß der Schuldner nicht Einwendungen macht. Die „freie Verfügung“ i. S. des § 8 Abs. 2 GmbHG. bedeutet nur, daß die GmbH. rechtlich über den Gegenstand der Einlage disponiert. Daß nicht auch tatsächliche Erschwerungen zu befürchten sind, wird nicht verlangt. Das RG. fordert bei der GmbH. die Versicherung der freien Verfügung auch bei der Sacheinlage (RGSt. 43, 250). Ob mit Recht, mag hier unerörtert bleiben. Wenn nun ein ganzes Geschäft als Sachgesamtheit übertragen wird, wie soll sich da die Versicherung der freien Verfügung auswirken, wenn nicht die rechtliche, sondern tatsächliche Verfügung gemeint ist? Mit der übereignung des Handelsgeschäfts als Ganzem ist diese noch keineswegs gesichert.

RA. Dr. Dr. Max Sackenburg, Mannheim.

Zu 1. Der Entsch. ist beizutreten. Ihr liegt zugrunde der unstrittige Grundsatz, daß Registergericht und Prozeßgericht voneinander völlig unabhängig sind, daß daher durch die Entsch. des Prozeßgerichts das Registergericht seiner Prüfungspflicht nicht überhoben ist, da die Entsch. des Prozeßgerichts in der Regel nur Recht zwischen den Parteien schafft und demzufolge den Registerrichter, der auch den Interessen anderer Beteiligten oder dem öffentlichen Interesse Rechnung zu tragen hat, nicht bindet (Denkschr. 29;

lösung der OHG. im Handelsregister des AG. R. eingetragen werde, daß ein Liquidator für die Gesellschaft bestellt werde und daß dieser im Handelsregister des AG. in R. eingetragen werde. Das AG. in R. hat den Antrag des R. auf Eintragung der Auflösung, der Bestellung und der Eintragung eines Liquidators zurückgewiesen. Beschwerde und weitere Beschwerde des R. blieben ohne Erfolg.

... Eintragungen in das Handelsregister erfolgen auf Anmeldung der Beteiligten hin oder von Amts wegen. Für eine Eintragung auf Grund des Ersuchens einer Behörde oder auf eine gerichtliche Anordnung gegenüber dem Registergericht ist mangels einer dies bestimmenden gesetzlichen Vorschrift kein Raum (RGZ. 34, A 121). Die EinstwVerf. stellt sich, insofern sie die Eintragung der Gesellschaftsauflösung anordnet, als ein unzulässiger Eingriff des Prozeßgerichts in die Tätigkeit des Registergerichts dar. Auch für eine Anweisung des Prozeßgerichts an das Registergericht zur Bestellung eines Liquidators fehlt eine gesetzliche Unterlage. Die in der EinstwVerf. enthaltenen Anordnungen des Prozeßgerichts sind daher für den Registerrichter ohne rechtliche Verbindlichkeit.

Ob in der EinstwVerf. des AG. eine Entsch. des Prozeßgerichts auf Auflösung der OHG. gem. § 133 HGB. gesehen werden kann, kann hier dahingestellt bleiben. Die Richtigkeit einer solchen Entsch. nachzuprüfen, ist allerdings der Registerrichter nicht befugt. Insbes. ist die Frage, ob die Auflösung vom Prozeßgericht auch im Wege der einstweiligen Anordnung ausgesprochen werden kann allein von diesem zu beantworten. Die Ansicht der Vorinstanz, daß insofern eine Nachprüfung der EinstwVerf. durch das Registergericht zulässig sei, geht fehl. Denn um die Beurteilung der Eintragungsfähigkeit — wie die Vorinstanz meint — handelt es sich hierbei nicht. Die Eintragung der Auflösung gem. § 133 HGB. könnte aber nur auf Anmeldung in der Form des § 12 HGB. erfolgen, bei welcher nach § 16 HGB. die Erklärung des R. genügen würde. Eine solche Anmeldung liegt nicht vor.

(RGZ. 4, 36). Das Prozeßgericht kann deshalb den Registerrichter nicht zwingen, etwas in das Handelsregister einzutragen, was überhaupt nicht in dasselbe hineingehört. Es kann daher auch nicht selbst um die Eintragung eines Rechtsverhältnisses in das Handelsregister, dessen Eintragung das Gesetz vorschreibt, ersuchen. Der § 16 HGB. gewährt aber trotzdem prozeßgerichtlichen Entsch. direkten Einfluß auf die Registerführung bei einem Rechtsverhältnis, bezüglich dessen eine Eintragung zu erfolgen hat. Voraussetzung ist hierbei, daß das Rechtsverhältnis durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entsch. des Prozeßgerichts gegen einen von mehreren bei der Vornahme der Anmeldung Beteiligten festgestellt ist. Ein solches Rechtsverhältnis wäre vorliegend die in das Handelsregister einzutragende Auflösung der OHG., da diese Gesellschaft durch die Auflösung aus einer Erwerbsgesellschaft eine Liquidationgesellschaft wird, die die Aufgabe hat, die Liquidation durchzuführen, also ohne Mitwirkung des Gerichts für gemeinschaftliche Rechnung und im gemeinsamen Namen der Gesellschafter die laufenden Geschäfte abzuwickeln, die Forderungen einzuziehen, die Gläubiger der Gesellschaft zu befriedigen, das Vermögen zu veräußern und die Auseinandersetzung der Gesellschafter herbeizuführen. Es bestehen also nach der Auflösung noch rechtliche Beziehungen zwischen den Gesellschaftern untereinander sowie zwischen der Gesellschaft als solcher einerseits und Gesellschaftsschuldnern und Gesellschaftsgläubigern andererseits. Da nun nach § 16 HGB. die Auflösung der OHG. durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entsch. des Prozeßgerichts festzustellen ist, so fragt sich, ob unter dem Begriff „Entsch.“ im Falle der Auflösung einer OHG. nicht nur ein Urteil, sondern auch eine EinstwVerf. zu verstehen ist. Letzteres wird angenommen vom LG. I Berlin (RWL. 1891, 115); Staub, HGB., 12./13. Aufl., § 133 Anm. 10; Makower, HGB., § 133 Anm. 1c; Brand, HGB., § 133 Anm. 4c; Ritter, HGB., § 133 Anm. 7 und Wimpfheimer, Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation, S. 108 Nr. 111). Dieser Ansicht kann jedoch nicht beipflichtet werden, da die EinstwVerf. nur einen einstweiligen Zustand regelt, also ein Provisorium schafft, das nach Aufhebung der EinstwVerf. die Wiederherstellung des früheren Zustandes ermöglicht. Letzteres ist aber vorliegend ausgeschlossen, wenn auf Grund der EinstwVerf. die Liquidation der OHG. erfolgt ist, die Klage demnach aber abgewiesen wird. Dazu kommt, daß die EinstwVerf. vorliegend die Hauptsache präjudizieren würde, was dem Wesen der EinstwVerf. widerspricht. Im Wege der EinstwVerf. kann also die Auflösung der OHG. nicht erfolgen (Markus: GoldheimsM Schr. 15, 39; Alexander-Nach: JHR. 70, 91; Lehmann-Ring, HGB., 2. Aufl., § 133 Nr. 2; Düringer-Pachenburg, HGB., 2. Aufl., § 133 Anm. 15; Th. Cohn, Handels- und Genossenschaftsregister, 3. Aufl., S. 214). Hiernach dürfte das Prozeßgericht vorliegend die EinstwVerf. nicht erlassen. Es fragt sich, ob das Registergericht dies zu prüfen hat. Das ist zu verneinen, da das Registergericht nur zu prüfen hat, ob die Anmeldung, die in der Verfügung getroffen ist, eintragungsfähig ist, und nicht befugt ist, eine EinstwVerf. auf ihre Rechtmäßigkeit nachzuprüfen (RGZ. 53, A 91). Diese Nachprüfung der Rechtmäßigkeit ist Sache des Prozeßgerichts. Auf Grund des in der EinstwVerf. festgestellten Rechtsverhältnisses kann aber das Registergericht die Anmeldung der Auflösung und

Die Bestellung und Eintragung eines Liquidators durch das Registergericht könnte im übrigen nur auf Antrag gem. §§ 146 Abs. 2, 148 Abs. 2 HGB. erfolgen. Ein solcher Antrag, der die Auflösung der D.G. und eine sonst nicht durchzuführende Liquidation zur Voraussetzung haben würde, liegt nicht vor.

(RG., ZivSen. 1b, Beschl. v. 26. Febr. 1931, 1b X 833/30.)

Mitgeteilt von OGR. Dr. Heymann, Berlin.

\*

**2.** §§ 265, 299 HGB. Die Liquidatoren sind nur verpflichtet eine Bilanz aufzustellen, sie können aber nicht angehalten werden, eine solche dem Registergericht einzureichen. Das erste Liquidationsjahr beginnt mit der Beschlussfassung über die Auflösung der Gesellschaft und der damit einsehenden Liquidation. †)

... In der Sache ist von § 299 Abs. 1 HGB. auszugehen, nach welchem die Liquidatoren einer AktG. für den Beginn der Liquidation und weiterhin für den Schluß jedes Jahres eine Bilanz aufzustellen haben. Diese Verpflichtung ist nach § 319 Abs. 1 HGB. vom RegGer. im Ordnungsstrafverfahren erzwingbar. Der Beschw. wendet sich gegen die an ihn ergangene Aufforderung, Bilanzen „für die Jahre 1928 und 1929“ aufzustellen, weil er die Ansicht vertritt, daß bei der in Liquidation befindlichen AktG. das Jahr, für dessen Schluß nach § 299 HGB. die Bilanz aufzustellen ist, vom Tage des Beginns der Liquidation ab laufe, so daß Bilanzen nicht für den Schluß des Kalenderjahres, sondern im vorl. Falle, in welchem die Liquidation am 6. Mai 1927 begonnen hat, nur für den 5. Mai jedes Jahres aufzustellen seien. Dieser Ansicht ist beizupflichten. Das LG. vertritt die entgegengesetzte Meinung mit der Begründung, nach § 299 HGB. könne das bisherige Geschäftsjahr beibehalten werden, es sei aber nicht ersichtlich, daß die Gesellschaft einen dahingehenden Beschluß gefaßt habe. Das ist rechtsirrig. Allerdings ist nach § 14 der Satzung der Gesellschaft Geschäftsjahr das Kalenderjahr. Wie aber aus § 299 HGB. deutlich hervorgeht, bleibt nicht etwa das bisherige Geschäftsjahr der Gesellschaft ohne weiteres auch Liquidationsgeschäftsjahr, sondern das bisherige Geschäftsjahr kann als Liquidationsgeschäftsjahr beibehalten werden. Geschieht das nicht, wird also ein dahingehender Beibehaltungsbeschluß, sei es von der Generalversammlung, sei es von den Liquidatoren, nicht gefaßt, so ist das bisherige Geschäftsjahr nicht das Liquidationsgeschäftsjahr. Die Rechtslage ist also gerade umgekehrt als das LG. sie auffaßt. Daraus, daß im vorl. Falle nicht ersichtlich ist, daß das bisherige Geschäftsjahr als Liquidationsgeschäftsjahr beibehalten werden solle, folgt, daß die nach § 299 HGB. aufzustellenden Liquidationsbilanzen nicht für den Schluß des Kalenderjahres als des bisherigen Geschäftsjahres aufzustellen sind, sondern für den Schluß „jedes Jahres“ (§ 299 HGB.). Es kann vielleicht für den ersten Blick zweifelhaft sein, ob nicht das Gesetz unter „jedes Jahr“ das Kalenderjahr versteht, gleichviel, ob dieses das bisherige Geschäftsjahr war oder nicht. Das ist aber nicht anzunehmen. Denn die Liquidationstätigkeit der Gesellschaft nimmt ihren Anfang mit dem Beginne der Liquidation, d. h. mit der Fassung, nicht erst mit der Eintragung des Beschlusses über die Auflösung der Gesellschaft (§ 294 HGB.; vgl. Staub-Pfinner<sup>4</sup> zu § 293 HGB.) und es ist das Natürliche, daß von diesem Zeitpunkt an auch das Liquidationsgeschäftsjahr läuft, sofern nicht nach dem Vorbehalt des Gesetzes das bisherige Geschäftsjahr als Liquidationsgeschäftsjahr beibehalten wird. Da hiernach im vorl. Falle das erste Liquidationsjahr mit der Beschlussfassung über die Auflösung der Gesellschaft und der damit einsehenden Liquidation, d. h. am 6. Mai 1927 begonnen hat, so sind während der Liquidation Bilanzen nach § 299 HGB. auch nur für den Schluß des jeweiligen Liquidationsjahres, d. h. für den 5. Mai, aufzustellen.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich bereits, daß das vom RegGer. an den Beschw. weiterhin gestellte, vom LG. gebilligte, Verlangen, die Bilanzen für die (Kalender-) Jahre 1928 und 1929 einzureichen, gleichfalls ungerechtfertigt ist. Denn wenn der Beschw. für diese Zeiträume keine Bilanzen aufzustellen

den Liquidatoren in der im § 12 Abs. 1 HGB. vorgeschriebenen Form verlangen und durch Ordnungsstrafe erzwingen (§§ 143, 146, 148, 14 HGB.). Die Wahrscheinlichkeit, daß dadurch ein unklarer Rechtszustand eintritt, ist nicht von der Hand zu weisen. Ebenso ist es nicht ausgeschlossen, daß durch ein auf Abweisung der Klage lautendes Urteil die Rechtsverhältnisse der aufgelösten Gesellschaft recht kompliziert werden können, wenn mit der Liquidation begonnen ist.

OGR. a. D. Theodor Eohn (†), Berlin.

Zu 2. Man kann der Entsch. in Ergebnis und Begründung beipflichten. Jahresbilanz und Liquidationsbilanz sind zwar in Einzelheiten, aber nicht prinzipiell verschieden. Daher trifft die Entsch. auch wirtschaftlich das Richtige. Ferner verdienen die Ausführungen über den Beginn des Liquidationsjahres und sein Verhältnis zum Geschäftsjahr der Gesellschaft Zustimmung. Die Frage,

braucht, fällt damit ohne weiteres auch seine Verpflichtung fort, solche Bilanzen dem RegGer. einzureichen. Dieses Verlangen ist aber auch darum unbegründet, weil der Beschw. überhaupt nicht verpflichtet ist, dem RegGer. Bilanzen, gleichgültig, für welchen Zeitraum sie aufzustellen sind, einzureichen. Aus § 299 HGB. läßt sich eine solche Verpflichtung des Liquidators nicht herleiten. Sein Abs. 1 spricht nur von der Verpflichtung zur Aufstellung von Bilanzen. Aber auch die nach § 299 Abs. 2 zur Anwendung kommenden Vorschriften der §§ 260, 263—267 HGB. enthalten keine gesetzliche Grundlage für die Annahme, daß der Liquidator dem RegGer. Liquidationsbilanzen einreichen müsse. In Betracht könnte allenfalls die Vorschrift des § 265 HGB. kommen, dessen Abs. 1 bestimmt, daß die Bilanz nach ihrer Genehmigung durch die Generalversammlung (§ 260 Abs. 1) nebst der Gewinn- und Verlustrechnung unverzüglich durch den Vorstand in den Geschäftsblättern bekannt zu machen ist. Zum Handelsregister einzureichen, ist aber nach § 265 Abs. 2 nur diese Bekanntmachung sowie der Geschäftsbericht nebst den Bemerkungen des Aufsichtsrats. Die Bilanz selbst ist also nicht zum Handelsregister einzureichen, obwohl das häufig, z. B. auf Verlangen des RegGer. geschieht. Es ist freilich möglich, daß im vorl. Falle das RegGer. und das LG. haben sagen wollen, der Beschw. solle gemäß § 260 HGB. die Bilanz dem Aufsichtsrat und der Generalversammlung vorlegen, sie gemäß § 265 nach ihrer Genehmigung durch die Generalversammlung bekanntmachen und dann die Bekanntmachung zum Handelsregister einreichen. Es kann dahingestellt bleiben, ob alle diese Auflagen Gegenstand eines einheitlichen Ordnungsstrafverfahrens sein können, da ja der Liquidator die Genehmigung der Bilanz nicht erzwingen kann, andererseits nur eine genehmigte Bilanz bekanntzumachen und die Bekanntmachung dem RegGer. einzureichen ist. Jedenfalls hätte das RegGer., wenn es dem Beschw. die Vorlegung der Bilanz bei dem Aufsichtsrat und der Generalversammlung, ihre Bekanntmachung und die Einreichung der Bekanntmachung aufgeben wollte, das in der das Ordnungsstrafverfahren einleitenden Verfügung klar zum Ausdruck bringen müssen, weil ohne die bestimmt erkennbare Angabe der zu erfüllenden gesetzlichen Verpflichtungen dem Ordnungsstrafverfahren nach der ständigen Rpr. des RG. die gesetzliche Grundlage fehlt und schon aus diesem formellen Grunde keine Wirkungen gegen den Beteiligten zeitigen kann (vgl. Schlegelberger<sup>14</sup> zu § 132 HGB.).

(RG., ZivSen. 1b, Beschl. v. 30. April 1931, 1b X 240/31.)

Mitgeteilt von OGR. Dr. Heymann, Berlin.

\*

**3.** § 4 GmbHG.; § 22 HGB. Bildung einer GmbH. Firma mit Nachfolgezusatz. †)

Der als „Alleinhaber der Firma L. B.“ bezeichnete Kaufmann J. L. und der Kaufmann Jul. V. gründeten eine GmbH. unter der Firma „L. B. GmbH.“. Drei Jahre später hat J. L., der inzwischen auch den Geschäftsanteil des V. erworben hatte, als alleiniger Gesellschafter beschloffen, die Firma der Gesellschaft „L. B. GmbH.“ unter entsprechender Änderung der Satzung „berichtigend zu ergänzen“ in: „L. B. Nachf. GmbH.“. Die Anmeldung der Firmenänderung zur Eintragung in das Handelsregister ist von den Vorinstanzen zurückgewiesen worden mit der Begründung, daß die Voraussetzungen des § 22 HGB. für die Fortführung der Firma des früher bestehenden Handelsgeschäftes „L. B.“ nicht dargetan seien. Die weitere Beschwerde führte zur Zurückverweisung der Sache.

Nach § 4 GmbHG. muß die Firma einer GmbH. entweder dem Gegenstande des Unternehmens entlehnt sein oder die Namen der Gesellschafter oder den Namen wenigstens eines Gesellschafters mit einem das Vorhandensein eines Gesellschaftsverhältnisses andeutenden Zusatz sowie die Bezeichnung „mit beschränkter Haftung“ enthalten. Dieser Vorchrift entspricht schon die bisherige Firma der Gesellschaft nicht, und zwar auch dann nicht, wenn der Kaufmann J. L. zur Zeit der Gründung wirklich Inhaber einer Firma „L. B.“ gewesen ist. Denn die Gesellschaftsnamen, aus denen die Firma der GmbH. nach § 4 GmbHG. gebildet werden kann, sind für natürliche Personen deren bürgerliche Namen und nicht auch die Firmen der von ihnen

ob die Beibehaltung des Geschäftsjahres einen Generalversammlungsbeschluß oder nur einen solchen der Liquidatoren erfordert, brauchte hier nicht erörtert zu werden, weil von der Erlaubnis des § 299 Abs. 1 2. Halb. kein Gebrauch gemacht worden war. Im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen über die Liquidation, die der GenVers. auch weiterhin ihre bisherige Kompetenz im allgemeinen belassen, dürfte ein GenVers. Beschluß notwendig sein. Da aber das HGB. eine Liquidationseröffnungsbilanz verlangt, wird man wohl zweckmäßigerweise in der Regel eine Umstellung vom Geschäftsjahr der Gesellschaft zum Liquidationsjahr vornehmen.

PrivDoz. Dr. Otto Prusnik, Breslau.

Zu 3. Der vorstehende Beschluß ist ein Zeichen für die fortschreitende wirtschaftliche Auslegung des Rechts. Es ist zwar noch von niemand bestritten worden, daß die GmbH. die Firma eines bestehenden Handelsgeschäftes übernehmen und weiterführen kann,

etwa betriebenen Geschäfte. Nur wenn die Gesellschaft ein bestehendes Handelsgeschäft, sei es von einem ihrer Gründer oder sei es von einem Dritten, erwirbt, darf sie nach § 22 HGB. für dieses Geschäft die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen, vorausgesetzt weiter, daß der bisherige Geschäftsinhaber in die Fortführung der Firma ausdrücklich eingewilligt hat. Ob das bei der ursprünglichen Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister beachtet ist, läßt sich aus den Akten nicht entnehmen. Es kann auch dahingestellt bleiben. Denn selbst wenn die Frage geprüft sein sollte, müßte zur Eintragung des neu beschlossenen und angemeldeten Nachfolgezusatzes zu der fortgeführten Firma das Vorliegen der Voraussetzungen des § 22 HGB. von neuem festgestellt werden.

Die Beifügung des das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes zu der Firma der GmbH. ist nicht schon deshalb für unzulässig zu erachten, weil die Firma zunächst längere Zeit ohne den Zusatz geführt worden ist. Das Gesetz schließt nach seinem Wortlaut weder die nachträgliche Ablegung des bereits angenommenen noch die nachträgliche Annahme des ursprünglich weggelassenen Zusatzes aus. Es fehlt auch an einem inneren Grunde für eine einschränkende Auslegung. Wenn es ganz der eigenen Entscheidung des Geschäftserwerbers überlassen wird, das Nachfolgeverhältnis in der fortgeführten Firma zum Ausdruck zu bringen oder nicht, so besteht ebensowenig ein besonderes Interesse daran, ihm eine spätere Änderung dieser Entscheidung zu verwehren (wegen Zulässigkeit nachträgl. Weglassung des Zusatzes: Staub § 22 Anm. 11 Abs. 2).

Es kommt also für die Entsch. darauf an, ob die GmbH. das früher von einem anderen unter der Firma „L. B.“ betriebene Handelsgeschäft erworben und weitergeführt hat. Das RG. will das schon deshalb verneinen, weil die ursprüngliche Firma „L. B.“ bei der Gründung der GmbH. noch bestanden habe und erst nach deren Anmeldung im Handelsregister gelöscht sei. Diese Tatsache ist aber für die Beurteilung der Frage, ob die Gesellschaft das Handelsgeschäft der Firma „L. B.“ erworben und fortgeführt hat, ohne Bedeutung. Handelsgeschäft ist das kaufmännische Unternehmen mit dem dazugehörigen Vermögen nebst den Verbindlichkeiten und mit seinen geschäftlichen Beziehungen. Wird dieses Unternehmen als Ganzes, wenn auch nicht notwendig in allen seinen Bestandteilen, von einem anderen erworben und ohne wesentliche Änderung ununterbrochen weiterbetrieben, so begründet das — bei Einwilligung des Veräußerers — die Befugnis des Erwerbers zur Fortführung der bisherigen Firma ohne Rücksicht darauf, wie die Übertragung des Geschäfts und der Übergang der Firma im Handelsregister zur Darstellung gelangt. Hat insbes., was hier in Betracht kommt, eine GmbH. das Geschäft eines Einzelkaufmanns erworben und will sie es unter der bisherigen Firma fortführen, so muß die Firma in der Abteilung A des Handelsregisters gelöscht und in Abteilung B für die Gesellschaft neu eingetragen werden. Ob das aber gleichzeitig oder nacheinander geschieht, ist für die Befugnis der Gesellschaft zur Fortführung der Firma des erworbenen Geschäftes nicht maßgebend. Auch die weiteren Ausführungen des RG. sind nicht geeignet, die Unanwendbarkeit des § 22 HGB. darzutun. Es unterstellt, daß die Gesellschaft zu dem Zwecke gegründet sei, das Geschäft der Firma L. B. weiterzuführen, meint indes, daß dies nicht als Erwerb i. S. des Gesetzes gelten könne, zumal da die Gesellschaft als Bestgründung entstanden sei. Das ist insofern richtig, als die Feststellung des Zweckes der Gründung noch nicht genügen könnte, um den bezweckten Geschäftserwerb auch als geschehen anzusehen. Die Art der Entstehung der Gesellschaft schließt aber die Möglichkeit nicht aus, daß die Gesellschaft, soweit nicht die Vorschrift des § 5 Abs. 4 GmbHG. verletzt ist, entweder alsbald mit der Gründung zufolge eines schon vorher für sie getroffenen Abkommens oder nachträglich das unter der Firma „L. B.“ bisher betriebene Handelsgeschäft erworben und es, anstatt selbst ein neues Geschäft einzurichten,

wenn sie das Geschäft selbst erwirbt. Es kann bei der Gründung, es kann auch nachträglich geschehen. Von Interesse ist aber hierbei, daß das RG. es nicht für erforderlich erklärt, daß das Unternehmen notwendigerweise mit all seinen Bestandteilen übernommen werden muß. Auch das entspricht der herrschenden Praxis. Wichtiger ist, daß das RG. nicht auf dem Formalstandpunkte steht, bei einem erst nachträglichen Erwerb des Geschäftes mit der Firma die sofortige Übernahme derselben bei der Gründung zu beanstanden. Es genügt ihm, daß die GmbH. „zu irgendeiner Zeit“ das von ihrer Firma früher betriebene Geschäft rechtswirksam erworben hat. Es ist stets zu begrüßen, wenn zwecklose Förmlichkeiten, die nach dem Gesetz korrekterweise zu beachten gewesen wären, nachträglich nicht verlangt werden. Gut ist auch, daß das RG. dem Erwerber des Geschäftes gestattet, den Zusatz „Nachfolger“ auch dann noch anzubringen, wenn das Geschäft eine Zeilang nur mit der alten Firma geführt wurde. Die Begründung, daß ein besonderes Interesse daran nicht bestehe, ihm eine spätere Änderung der Entscheidung zu verwehren, trifft den Kernpunkt der Sache. Man soll auch firmenrechtliche Fragen nach wirtschaftlichen Motiven und nicht nach dem engeren Wortlaute des Gesetzes entscheiden.

RG. Dr. Dr. Max S a c h e n b u r g, Mannheim.

weiterbetrieben hat. Die Gesellschaft hätte sich freilich im letzteren Falle zunächst unter einer dem § 4 GmbHG. entsprechenden Firma in das Handelsregister eintragen lassen müssen und erst nach dem späteren Erwerb des fremden Geschäftes dessen Firma annehmen dürfen. Darauf kann es aber jetzt nicht mehr ankommen. Die Berechtigung zur gegenwärtigen Führung der Firma mit oder ohne Nachfolgerzusatz ist lediglich davon abhängig, daß die GmbH. zu irgendeiner Zeit das unter dieser Firma früher betriebene Geschäft rechtswirksam erworben hat und daß sie es seitdem mit Einwilligung des Veräußerers weiter betreibt.

Hiernach bleibt zu prüfen, auf Grund welcher vertraglichen Vereinbarungen die GmbH. das Geschäft der Firma „L. B.“ entweder von dessen ursprünglichem Inhaber unmittelbar oder von ihrem als Zwischenerwerber in Betracht kommenden Gesellschafter J. L. erworben und inwiefern sie gegebenenfalls den Betrieb des Geschäftes tatsächlich fortgesetzt hat.

(RG., ZivSen. 1b, Beschl. v. 5. Febr. 1931, 1b X 673/30.)

Mitgeteilt von O. R. Dr. S e h m a n n, Berlin.

4. §§ 22, 133, 82, 90 GenG. Der Beachtung dieser Vorschriften bedarf es nicht, wenn trotz der Herabsetzung des Geschäftsanteils und der Haftsumme die Haftung der bisherigen Genossen gegenüber den Gläubigern der Genossenschaft nicht geändert wird. †)

Nach § 30 des Statuts einer eGmbH. ist der Geschäftsanteil eines jeden Mitglieds auf 1000 RM festgesetzt; die Haftsumme beträgt nach § 33 des Statuts das Fünffache des Geschäftsanteils. In einer GenVers. wurde folgendes beschlossen: „Der § 30 wird wie folgt abgeändert: Der Geschäftsanteil eines jeden Mitglieds wird auf 200 RM festgesetzt. Jeder bisherige Geschäftsanteil von 1000 RM wird in fünf Geschäftsanteile von je 200 RM umgewandelt. Die Beteiligung und Haftung der bisherigen Genossen bleibt davon unberührt. Die Höchstzahl der Geschäftsanteile, mit welchen ein Genosse sich beteiligen kann, beträgt 200. Im übrigen gelten die früheren Bestimmungen des § 30.“

In § 33 des Statuts wurde die bisherige Fassung, nach der die Haftsumme das Fünffache des Geschäftsanteils beträgt, abgeändert in: Die Haftsumme beträgt das Fünffache der Geschäftsanteile.

Die Eintragung dieser Beschlüsse in das Genossenschaftsregister wurde zurückgewiesen, weil es sich um die Herabsetzung des Geschäftsanteils handele, bei der die Vorschrift des § 22 GenG. nicht beachtet worden sei, ferner aber um eine Änderung der Haftsumme, die ohne die Beachtung der Vorschrift des § 133 GenG. erfolgt sei. Die hiergegen eingelegte Beschwerde blieb erfolglos. Der weiteren Beschwerde ist stattgegeben worden.

Wenn beide Vorinstanzen zu der Auffassung gelangt sind, daß durch die neuen GenVersBeschlüsse Geschäftsanteil und Haftsumme herabgesetzt worden seien, so ist darin kein Rechtsirrtum, insbes. kein Auslegungsfehler zu erkennen. Daß neue Geschäftsanteile, die erst nach Inkrafttreten des abgeänderten § 30 des Statuts erworben werden, sich nicht mehr, wie bisher, auf 1000 RM, sondern auf 200 RM belaufen, ist selbstverständlich, so daß für die Zukunft eine Herabsetzung des Geschäftsanteils außer Zweifel steht. Nicht anders steht es aber mit den schon vorhandenen auf 1000 RM lautenden Geschäftsanteilen. Auch sie werden von der Herabsetzung auf 200 RM betroffen, und sie müssen davon betroffen werden, weil die Geschäftsanteile einer Genossenschaft nicht verschieden groß sein können (vgl. RG. 62, 303; 64, 193). Dem entspricht es nur, daß die bisherigen Geschäftsanteile von 1000 RM in fünf Anteile zu je 200 RM umgewandelt (gestückelt) werden. Daß zahlenmäßig die Mitglieder, die bisher

Zu 4. Dem Beschluß des RG., dem beizupflichten ist, liegt die Erwägung zugrunde, daß die Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift nicht gerechtfertigt ist, wenn es an jedem inneren Grunde für ihre Anwendung fehlt.

Zutreffend ist die rechtliche Würdigung, die das RG. im Einklang mit den Vorinstanzen den Beschlüssen der GenVers. zuteil werden läßt. Die Teilung der bisherigen Geschäftsanteile von 1000 RM in 5 à 200 RM im Zusammenhang mit der Bestimmung, daß die Beteiligung und Haftung der bisherigen Genossen unberührt bleiben solle, bedeutet zwar für die bisherigen Genossen nur eine Stückelung ihrer Anteile und keine Minderung ihrer Haftung. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß eine Herabsetzung der Geschäftsanteile und damit der Haftsumme erfolgt ist, die namentlich für die Neueintretenden gilt.

Trotzdem lehnt das RG. die Notwendigkeit der Befolgung jener Vorschriften, die vom Gesetzgeber für den Fall einer Herabsetzung von Geschäftsanteil und Haftsumme zwingend aufgelegt sind, ab, und zwar indem es den gesetzgeberischen Sinn der Vorschriften aufdeckt, der hier deren Nichtanwendung erlaube. Die fraglichen Vorschriften enthalten Sicherungsmaßnahmen für die bisherigen Gläubiger. Es soll diesen nicht die Kreditbasis entzogen werden, auf die vertrauensvoll sie in Geschäftsverkehr mit der Gen.

einen Geschäftsanteil von 1000 *R.M.* hatten, nunmehr fünf von zusammen 1000 *R.M.* haben, also rechnerisch nach wie vor mit derselben Anteilsumme bei der Genossenschaft beteiligt bleiben, räumt die Tatsache nicht weg, daß auch ihre Geschäftsanteile, jeder einzelne für sich betrachtet, auf 200 *R.M.* herabgesetzt, nicht aber in der alten Höhe aufrechterhalten werden, was, wie erwähnt, mit der Herabsetzung für neue Geschäftsanteile gar nicht vereinbar wäre.

Aus der Herabsetzung des Geschäftsanteils folgt aber zugleich die der Haftsumme. Nach der bisherigen Fassung des § 33 des Statuts beträgt die Haftsumme das Fünffache des Geschäftsanteils, d. h.  $5 \times 1000 = 5000$  *R.M.* Auch nach der neuen Fassung des § 33 soll die Haftsumme das Fünffache des Geschäftsanteils betragen. Da dieser auf 200 *R.M.* herabgesetzt ist, so beträgt von nun an die Haftsumme nur noch  $5 \times 200 = 1000$  *R.M.* Sie ist also entsprechend dem Geschäftsanteil herabgesetzt. Ohne Bedeutung ist es, daß der § 33 des Statuts in seiner neuen Fassung bestimmt, die Haftsumme betrage das Fünffache der Geschäftsanteile (gegen früher: des Geschäftsanteils). Mit dieser Änderung der Fassung soll offenbar nur der Umwandlung der bisherigen Geschäftsanteile von 1000 *R.M.* in fünf zu 200 *R.M.* Rechnung getragen werden, da bei Aufrechterhaltung der alten Fassung vielleicht Zweifel aufzutauchen könnten, ob etwa auch für die Inhaber der Anteile von bisher 1000, in Zukunft von  $5 \times 200$  *R.M.*, die Haftsumme sich auf das Fünffache eines Geschäftsanteils, also von 200 *R.M.*, beschränke, was selbstverständlich nicht beabsichtigt ist.

Ist demnach der Ausgangspunkt der Vorinstanzen, daß eine Herabsetzung von Geschäftsanteil und Haftsumme beschlossen worden sei, rechtlich nicht zu beanstanden, so kann doch den Folgerungen, die sie daraus gezogen haben, nicht beigetreten werden. Allerdings bestimmt, was die Herabsetzung des Geschäftsanteils betrifft, § 22 Abs. 1 GenG., daß eine solche nur unter Beobachtung der Bestimmungen erfolgen kann, welche für die Verteilung des Genossenschaftsvermögens im Falle der Auflösung maßgebend sind. Dasselbe bestimmt § 133 Abs. 1 Satz 1 GenG. für den Fall einer Herabsetzung der Haftsumme. Diese Vorschriften sind nun, was in § 133 Abs. 1 noch ausdrücklich in Klammern hervorgehoben ist, in den §§ 82 Abs. 2, 90 Abs. 1—3 GenG. enthalten. Von ihnen schreibt, wie schon in RGZ. 38, A 179 (180) dargelegt worden ist, § 90 Abs. 1 vor, daß die Verteilung des Vermögens unter die Genossen nicht vor Tilgung oder Deckung der Schulden und nicht vor Ablauf eines Jahres seit dem Tage vollzogen werden darf, an welchem die Aufforderung der Gläubiger in den hierzu bestimmten Blättern (§ 82 Abs. 2) erfolgt ist. Über die Gläubigeraufforderung besagt § 82 Abs. 2, daß die Auflösung der Genossenschaft zu drei verschiedenen Malen durch die für die Bekanntmachungen der Genossenschaft bestimmten Blätter veröffentlicht werden muß und daß die Bekanntmachung zugleich die Aufforderung an die Gläubiger zu enthalten hat, sich bei der Genossenschaft zu melden. Die Anwendung dieser Grundsätze auf die Herabsetzung sowohl des Geschäftsanteils wie der Haftsumme führt zu dem Ergebnis, daß der Vorstand den Herabsetzungsbeschluß dreimal in der vorgeschriebenen Weise bekanntzumachen hat, daß zunächst die Schulden der Genossenschaft getilgt oder gedeckt werden müssen und daß der Beschluß erst durchgeführt werden darf, wenn die Gläubiger, soweit sie sich gemeldet haben, befriedigt oder sichergestellt sind und endlich ein Jahr seit der letzten Veröffentlichung

eingetreten sind. Das trete im vorliegenden Falle nicht ein, da die tatsächliche und rechnerische Haftung der Genossen durch die GenVerBeschlüsse nicht vermindert worden sei. Ein Bedenken läßt sich hierbei allerdings nicht unterdrücken. Zu dem Wesen der Gen. gehört der Wechsel im Mitgliederbestand. Ein Dritter, der mit der Gen. Geschäfte abschließt, kann nicht nur auf die wirtschaftliche Kraft und Haftung der im Augenblick vorhandenen Genossen vertrauen, sondern auch auf die der neu Hinzutretenden. Die §§ 22, 133 mit 82, 90 GenG. wollen dem Gläubiger Befriedigung oder Sicherstellung wohl auch aus dem Grunde gewähren, weil von nun an die Haftung der neuen Genossen eine mindere ist.

Der Erfolg einer unverminderten Haftung des bisherigen Genossen läßt sich im vorliegenden Falle allerdings nur dadurch erreichen, daß zugleich mit Herabsetzung von Geschäftsanteil und Haftsumme eine Pflichtbeteiligung auf mehrere Geschäftsanteile beschloffen werden ist. Das besagt der GenVerBeschl., wonach die Beteiligung und Haftung der bisherigen Genossen unberührt bleibe. Bedenken bestehen gegen diesen Beschluß nicht. Die Pflichtbeteiligung mit mehreren Anteilen ist zwar offenbar nicht in der Urfassung vorgesehen. Das oder einstimmigen Beschluß hält das RG. aber mit Recht nur dann für erforderlich, wenn nachträglich eine gleichmäßige Beteiligung beschloffen werden soll (RG. 124, 186). Eine solche steht hier nicht in Frage. Da der GenVerBeschl. allen bisherigen Genossen gleiche Verpflichtungen auferlegt, ist er auch unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Mitglieder nicht zu beanstanden.

RA. Prof. Dr. A. Saenger, Frankfurt a. M.

verstrichen ist. Zur Wirksamkeit des Beschlusses sowohl über die Herabsetzung des Geschäftsanteils wie der Haftsumme ist aber auch seine Eintragung in das Genossenschaftsregister erforderlich. Denn da das Statut nach § 7 Nr. 2 GenG. den Geschäftsanteil, nach § 131 Abs. 2 GenG. die Haftsumme bestimmen muß, so enthält eine Herabsetzung des Geschäftsanteils und der Haftsumme eine Statutenänderung, die nach § 16 Abs. 3 i. Verb. m. § 11 GenG. zur Eintragung in das Genossenschaftsregister anzumelden ist und nach § 16 Abs. 4 vor der Eintragung keine rechtliche Wirkung hat. Alles das gilt für die Herabsetzung des Geschäftsanteils wie der Haftsumme gleichmäßig. Während aber nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 133 Abs. 2 GenG. bei der Herabsetzung der Haftsumme die Anmeldung des Herabsetzungsbeschlusses zum Genossenschaftsregister nicht vor Ablauf des in § 90 Abs. 1 bezeichneten Jahres erfolgen kann, findet diese Bestimmung auf die Anmeldung des Beschlusses über die Herabsetzung des Geschäftsanteils, wie in der schon angezogenen Entsch. des RG.: RGZ. 38, A 179 ausgesprochen worden ist, keine Anwendung.

Betrachtet man die Vorschriften der §§ 22, 133 GenG. i. Verb. m. jenen der §§ 82 Abs. 2, 90 Abs. 1—3 in ihrem Zusammenhange, so tritt ihre Bedeutung sofort zutage. Sie bezwecken den Schutz derjenigen Gläubiger der Genossenschaft, die bei der Beschlußfassung über die Herabsetzung des Geschäftsanteils und der Haftsumme schon Gläubiger sind, also der Genossenschaft gegenüber im Vertrauen auf die Haftung der bisherigen Genossen in ein Gläubigerverhältnis getreten sind. Liegt es nun im Einzelfalle so, daß im tatsächlichen, rechnerischen Ergebnis die Haftung der bisherigen Genossen gegenüber den bisherigen Gläubigern durch die Herabsetzung von Geschäftsanteil oder Haftsumme oder beider nicht gemindert wird, so fehlt es an einem Bedürfnis, die Schutzvorschriften der §§ 22, 133, 82 Abs. 2, 90 Abs. 1—3 GenG. anzuwenden. So aber ist es hier. Der Umfang der Haftung der bisherigen Genossen den bisherigen Gläubigern gegenüber bleibt unverändert, weil nach der neuen Fassung der Satzung die Haftsumme das Fünffache der Geschäftsanteile beträgt. Bisher betrug die Haftsumme der bisherigen Genossen  $5 \times 1000 = 5000$  *R.M.*; nach der neuen Satzungsbestimmung beträgt sie  $5 \times 5 \times 200$ , also gleichfalls 5000 *R.M.* Sie bleibt mithin dieselbe. Dann werden aber durch die Herabsetzung des Geschäftsanteils und der Haftsumme die Interessen der bisherigen Gläubiger, die mit der Genossenschaft im Vertrauen auf die bisherigen Genossen in Verbindung getreten sind, nicht berührt. Bei dieser Sachlage würde aber die Genossenschaft, wenn sie bei der Herabsetzung des Geschäftsanteils und der Haftsumme die Bestimmungen der §§ 22, 133, 82 Abs. 2, 90 Abs. 1—3 GenG. beachten müßte, in ihren eigenen Interessen geschädigt werden, ohne daß das durch die Rücksicht auf die bisherigen Genossenschaftsgläubiger, deren Schutz die genannten Bestimmungen dienen, wäre. Fehlt es aber an dem inneren Grunde für die Anwendung jener Vorschriften, so ist die Anwendung nicht gerechtfertigt. Die entgegenstehende Auffassung der Vorinstanzen ist daher rechtsirrig, so daß ihre Entsch. aufzuheben sind.

(RG., 1b ZivGen., Beschl. v. 25. Sept. 1930, 1b X 476/30.)

Mitgeteilt von OBR. Dr. Seymann, Berlin.

\*

5. §§ 53, 108, 116, 126 HGB. Prokuristen einer OHG. können das Erlöschen einer Procura auch nicht beim Fehlen vertretungsberechtigter Gesellschafter anmelden. f)

Eine OHG. wird, während die vier Gesellschafter sämtlich von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen sind, durch je zwei Prokuristen vertreten. Die Prokuristen H. und K. haben nun zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, daß die Procura eines anderen Prokuristen erloschen sei. Die Anmeldung wurde von allen Instanzen beanstandet.

Nach § 53 Abs. 1 HGB. ist die Erteilung der Procura von dem Inhaber des Handelsgeschäftes und nach Abs. 3 ihr Erlöschen in

Zu 5. Der Entsch. ist zuzustimmen. Das Recht der OHG. enthält nur Vorschriften über Erteilung und Entziehung der Procura im Innen- und Außenverhältnis. Die Frage des Anmeldeberechts und der Anmeldepflicht ist nach den Bestimmungen über die Procura und nach § 12 HGB. zu beantworten. Doch läßt sich nicht sagen, wie es das OLG. Kolmar: RGZ. 47, 242 und ebenso Staub-Bondt, § 49 HGB. Anm. 1 tut, daß keine Anmeldung zum Handelsregister in den Betrieb des Handelsgewerbes i. S. des § 49 HGB. fällt; gerade die Anmeldung der von dem Geschäftsinhaber erteilten oder widerrufenen Vollmacht gehört zum Geschäftsbetriebe. Das Verbot für den Prokuristen, eine solche Anmeldung vorzunehmen, ergibt sich vielmehr aus § 53 HGB. unter ergänzender Heranziehung des § 48 HGB. i. Verb. m. § 12 HGB. Danach muß der Inhaber des Handelsgeschäftes oder sein gesetzlicher Vertreter persönliche oder in öffentlich beglaubigter Form anmelden oder durch einen mit öffentlich beglaubigter, die Vertretungsbefugnis für Anmeldungen zum Handelsregister enthaltenden Vollmacht versehenen Bevollmächtigten anmelden lassen. Der Prokurist kann also nicht auf Grund der Procura, sondern könnte nur auf

gleicher Weise wie die Erteilung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Damit kann nur gemeint sein, daß die Anmeldung des Erlöschens der Prokura ebenfalls dem Inhaber des Handelsgeschäfts obliegt (ebenso Staub, HGB., § 53 Anm. 3). Aus § 52 HGB. ist etwas anderes nicht zu entnehmen. Die Vorschrift sagt zwar — im Gegensatz zu dem die Erteilung der Prokura behandelnden § 48 HGB. — nichts darüber, von wem der Widerruf zu erklären ist. Aus der Natur der Sache ergibt sich aber, daß dazu wiederum nur der Inhaber des Handelsgeschäftes befugt ist. Es kann nicht zulässig sein, daß ein Prokurist einem anderen Prokuristen, der die gleiche Rechtsstellung eines Bevollmächtigten des Geschäftsinhabers hat, wie er selbst, die Vertretungsmacht entzieht. Außerdem behandelt § 52 HGB. nur die Widerrufserklärung selbst und nicht auch die Anmeldung des Erlöschens der Prokura, das noch andere sachliche Gründe haben kann. Gegenüber dem § 53 Abs. 3 HGB., der die Anmeldung ausdrücklich dem Inhaber des Handelsgeschäftes auferlegt, läßt sich auch aus dem Umfang der Prokura regelnder Vorschrift des § 49 Abs. 1 HGB. nicht folgern, daß der Prokurist zu Anmeldungen namens des Geschäftsinhabers befugt sei. Die Erfüllung der persönlichen Anmeldepflicht gehört nicht zu den Rechtsabhandlungen i. S. des § 49 Abs. 1, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt (ebenso OLG. Colmar: RGZ. 47, 242; RG.: NZA. 17, 77). Der Anmeldepflichtige kann sich bei der Anmeldung lediglich gem. § 12 Abs. 2 HGB. durch eine mit öffentlich beglaubigter Vollmacht versehenen Person vertreten lassen.

Für die OHG. gelten insoweit keine abweichenden Bestimmungen. Von sämtlichen Gesellschaftern sind nach § 108 HGB. nur die in den beiden vorhergehenden §§ 106 und 107 vorgeschriebenen Anmeldungen zu bewirken. Die weiter in Betracht kommenden §§ 116 Abs. 3 und 126 HGB. betreffen nur die Befugnis der Gesellschafter zur Erteilung und zum Widerruf der Prokura, einerseits im Innenverhältnis und andererseits nach außen, aber nicht die Anmeldung zum Handelsregister. Es bleibt demnach bei dem allgemeinen Grundsatz, daß die Erteilung und das Erlöschen der Prokura von dem Inhaber des Handelsgeschäftes anzumelden sind. Geschäftsinhaber der OHG. sind aber ohne Rücksicht auf die Regelung der Vertretungsmacht sämtliche Gesellschafter. Diese sind also auch dann zu der Anmeldung berufen, wenn sie — die rechtliche Zulässigkeit einer solchen Maßnahme vorausgesetzt — sämtlich von der Vertretung der Gesellschaft wirksam ausgeschlossen sind. Die Anmeldung ist, wie die Vorschrift des § 108 Abs. 1 HGB. bestätigt, keine Handlung, die nur von einem Vertreter der Gesellschaft vorgenommen werden könnte. Hiermit entfällt der einzige Grund, der sich im Sinne der weiteren Beschwerde dafür geltend machen ließe, daß beim Fehlen anderer, zur Anmeldung berufener Personen dem Prokuristen entgegen der Vorschrift des § 53 Abs. 3 HGB. ausnahmsweise die Befugnis zu der Anmeldung gegeben werden müßte. Übrigens würde der Grund auch nicht einmal als durchschlagend anzuerkennen sein. Vielmehr müßte, wenn die Anmeldung nur von einem vertretungsberechtigten Gesellschafter vorgenommen werden könnte, ein solcher aber nicht vorhanden ist, nötigenfalls ein Gesellschafter Vertretungsmacht erhalten.

Hiernach ist es für die Entsch. ohne Bedeutung, ob das Erlöschen einer Prokura, was übrigens keinem Bedenken unterliegt, statt von dem Geschäftsinhaber gegebenenfalls von seinem gesetzlichen Vertreter anzumelden ist und ob in entsprechender Anwendung dieses Grundsatzes auf die OHG. an Stelle der sämtlichen Gesellschafter beim Vorhandensein von vertretungsberechtigten auch diese allein als zur Anmeldung berufen angesehen werden müßten. Es bedarf ferner keiner Erörterung der Frage, ob — entsprechend dem Beschluß des RG. v. 16. Juni 1922 (RGZ. 42, 214) — ein völliger Ausschluß sämtlicher Gesellschafter von der Vertretungsmacht rechtlich überhaupt möglich ist und ob nicht vielmehr der gegenseitige Standpunkt des Beschlußes v. 11. Juli 1919 (RGZ. 52, 90) den Vorzug verdient.

(RG., ZivSen. 1b, Beschl. v. 5. Febr. 1931, 1b X 20/31.)

Mitgeteilt von OHR. Dr. Seymann, Berlin.

\*

Grund Sondervollmacht anmelden. Bei der OHG. sind Inhaber des Geschäfts sämtliche Gesellschafter. Jeder Gesellschafter hat Einzelvertretungsbefugnis, sofern der Gesellschaftsvertrag nicht ein anderes anordnet (§ 125 HGB.). Die vertretungsberechtigten Gesellschafter sind gesetzliche Vertreter der OHG. oder mindestens als solche zu behandeln. Sohin kann im Normalfalle jeder einzelne Gesellschafter die Anmeldung vornehmen, andernfalls so viele, als zur Vertretung erforderlich sind. Gestattet der Gesellschaftsvertrag im allgemeinen die Vertretung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter in Gemeinschaft mit einem Prokuristen, so darf der Prokurist angesichts des zwingenden Charakters der §§ 12, 53 HGB. bei der Anmeldung auch nicht mitwirken. Ob sämtliche Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen werden können, ist strittig; das RG. verneint im Gegensatz zu RG. 74, 297 = JW. 1911, 117 in seiner neueren Rpr. (RGZ. 52, A 90) die Frage. Die Rechtsfolgen, die aus der Bejahung der Frage gezogen werden, sind verschiedene. Der radikalste Standpunkt, den auch obige Entsch. andeutet, ist, daß die Gesellschaft ohne Vertretung, also in wichtigen Dingen wie bei Anmeldungen zum Handelsregister

6. §§ 83 Abs. 3, 4, 87, 89, 27 GenG.

1. Die Abberufung der Liquidatoren einer Genossenschaft nach § 83 Abs. 3, 4 GenG. ist aus wichtigen Gründen zulässig.

2. Die Liquidatoren einer Genossenschaft können durch Beschluß der Generalversammlung angewiesen werden, Erfassungsprüfungen gegen frühere Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats nicht geltend zu machen, es sei denn, daß der Beschluß der Generalversammlung anfechtbar oder nichtig ist.†)

Die Spar- und Darlehnskasse Gmuß. in M. befindet sich in Liquidation. Die Beschw., die mehr als den zehnten Teil der Genossen darstellen, verlangen, daß die Genossenschaft gegen ein früheres Vorstandsmitglied und gegen den früheren Aufsichtsratsvorsitzenden Schadensersatzansprüche gerichtlich geltend mache mit der Begründung, die Genannten hätten es böswillig unterlassen, Aufwertungsansprüche der Genossenschaft aus Darlehns hypotheken, deren Schuldner sie selbst gewesen seien, vorchriftsmäßig anzumelden, wodurch die Genossenschaft diese Ansprüche verloren habe. Die Liquidatoren haben es abgelehnt, bei der Erhebung der Klage mitzuwirken und haben sich zur Rechtfertigung dieses Verhaltens auf einen Beschluß der Generalversammlung berufen. Dieser geht dahin, daß der frühere Vorstand nicht regreppflichtig gemacht werden solle. Die Beschw. sind der Ansicht, daß die Liquidatoren gleichwohl verpflichtet seien, im Interesse der Genossenschaft und ihrer Gläubiger die Schadensersatzklage durchzuführen und haben deshalb bei dem LG. beantragt, die widerstrebenden Liquidatoren abzurufen und durch andere Personen zu ersetzen. Der Antrag wurde zurückgewiesen, die weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Der Abberufungsantrag der Beschw. gegen die Liquidatoren gründet sich auf § 83 Abs. 3, 4 GenG. Danach können auf Antrag des Aufsichtsrats oder mindestens des zehnten Teiles der Genossen Liquidatoren ernannt und abgerufen werden. Über die sachlichen Voraussetzungen dieser Maßnahme sagt das Gesetz nichts. Seinem Sinne nach ist aber, wie in anderen gleichartigen Fällen, insbes. bei einer AktG., nach den Vorschriften des § 295 Abs. 2, 3 HGB., die als Vorbild für die Schaffung des § 83 Abs. 3, 4 GenG. gebient haben (vgl. amtliche Begründung zum GesEntw. 1888 S. 160), das Eingreifen des Gerichtes nur aus wichtigen Gründen zulässig. Die Entsch. hängt also hier in erster Linie davon ab, ob ein Verhalten der Liquidatoren, das einem Beschlusse der Generalversammlung entspricht, einen wichtigen Grund zu ihrer Abberufung bilden kann.

Während des Bestehens der Genossenschaft ist die Generalversammlung, wie auch die Antragsteller anerkennen, allein berufen, über die Führung von Prozessen gegen die derzeitigen Vorstandsmitglieder zu beschließen. Das ergibt sich aus § 39 GenG., wonach in solchen Fällen der Aufsichtsrat die Genossenschaft in dem Prozesse zu vertreten hat, und aus dem damit übereinstimmenden § 25 Ziff. 7 der Satzung. Ob daselbe für Prozesse gegen frühere Vorstandsmitglieder gilt, mag dahingestellt bleiben. Auch wenn es in erster Linie Aufgabe des Vorstandes sein sollte, sich über die Führung solcher Prozesse schlüssig zu werden, würde doch die Generalversammlung als oberstes Willensorgan der Genossenschaft für befugt zu erachten sein, im einzelnen Falle selbst die Entsch. zu treffen und durch besonderen Beschluß die Erhebung der Klage anzuordnen oder zu untersagen. Hiergegen lassen sich Bedenken um so weniger erheben, als die Generalversammlung sogar in der Lage ist, auf ihre Entschädigungsansprüche ganz zu verzichten (RG.: JW. 1903, 391). An eine gefehmäßige Anweisung der Generalversammlung ist aber der Vorstand bei seiner Geschäftsführung gebunden. Er hat nach § 27 Abs. 1 GenG. gegenüber der Genossenschaft diejenigen Beschränkungen einzuhalten, welche für den Umfang seiner Vertretungsbefugnis durch Beschlüsse der Generalversammlung festgesetzt werden.

Diese Grundsätze bleiben auch nach Eintritt der Genossenschaft in die Liquidation für das Verhältnis der Liquidatoren zu der Generalversammlung maßgebend. Nach § 87 GenG. sind bis zur Beendigung der Liquidation ungeachtet der Auflösung der Genossen-

aktionsunfähig ist. Dem können nur die Gesellschafter selbst abhelfen, indem sie den Gesamtschluß aufheben und einem Gesellschafter Vertretungsmacht erteilen.

ZR. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

Zu 6. Das RG. hatte über den auf § 83 Abs. 3, 4 GenG. gestützten Antrag einer Minderheit von Genossen auf Abberufung von Liquidatoren zu entscheiden. Es stellte zunächst zutreffend und in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung fest, daß die Abberufung nur aus einem wichtigen Grunde erfolgen könne.

Bei Trüger-Creelius-Citron, 11. Aufl., Anm. 14 zu § 83 GenG. und bei Nagel, Anm. 3 b i. Verb. m. Anm. 3 a zu § 83 GenG. ist allerdings nur gesagt, daß das pflichtmäßige Ermessen des Richters entscheide. Jedoch führt ein pflichtmäßiges Ermessen des Richters zwingend dazu, die Abberufung nur vorzunehmen, wenn wirklich triftige Gründe vorliegen.

Bei der Prüfung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, kommt das RG. damit zur Verneinung dieser Frage, obwohl feststeht, daß die

schaft die Vorschriften des zweiten und des dritten Abschnittes des Gesetzes anzuwenden, also unter anderem die Vorschriften über die Rechtsstellung der Generalversammlung. Das gilt freilich nur, soweit sich nicht aus besonderen Bestimmungen des Gesetzes oder aus dem Wesen der Liquidation ein anderes ergibt. Solche Ausnahmen lassen sich aber in der hier in Betracht kommenden Beziehung nicht recht fertigen. § 89 hebt ausdrücklich hervor, daß die Liquidatoren die aus bestimmten Vorschriften des Gesetzes, darunter dem § 27, sich ergebenden Rechte und Pflichten des Vorstandes haben. Sie sind also ebenso wie dieser, der Genossenschaft gegenüber verpflichtet, bei ihrer Geschäftsführung die durch Beschlüsse der Generalversammlung festgesetzten Beschränkungen einzuhalten. Auch aus dem Wesen der Liquidation folgt, entgegen der Ansicht der Antragsteller, nicht, daß die Liquidatoren bei der ihnen nach § 88 GenG. obliegenden Einziehung von Forderungen der Genossenschaft, insbes. mit Rücksicht auf deren Gläubiger, an die Weisungen der Generalversammlung nicht gebunden wären. Die einzelnen Genossen haben nicht etwa mit der Auflösung der Genossenschaft einen unentziehbaren Anspruch auf Verteilung eines bei vollständiger Verwertung aller Vermögensgegenstände sich ergebenden Liquidationserlöses erworben. Sie sind, wie bisher, den Mehrheitsbeschlüssen der Generalversammlung unterworfen und müssen es sich deshalb gefallen lassen, daß die Liquidationsmasse infolge solcher Beschlüsse eine Verminderung erfährt. Aber auch im Verhältnis zu ihren Gläubigern ist die Genossenschaft während der Liquidation in der Verfügung über ihr Vermögen grundsätzlich ebensowenig beschränkt wie vor der Auflösung. Nur in einer Richtung sind die Gläubiger besonders gesichert, nämlich gegen die sich aus dem Wesen der Liquidation ergebende Gefahr einer vorzeitigen Verteilung des Vermögens unter die Genossen. Demgemäß sind die Liquidatoren, abgesehen von dem hier nicht in Betracht kommenden Falle des § 142 GenG., den Gläubigern nach § 90 Abs. 3 GenG. auch nur dafür verantwortlich, daß das — in Geld umgesetzte — Vermögen nicht vor Tilgung oder Deckung der Schulden und nicht vor Ablauf eines Sperrjahres verteilt wird. Daran kann freilich, was das Gesetz in § 90 Abs. 3 Satz 3 ausdrücklich vorzuschreiben für nötig hält, selbst ein Beschluß der Generalversammlung nichts ändern. Die Abstandsnahme von der Einziehung einer Forderung ist aber, mag diese sich auch gegen einen Genossen richten, keine Vermögensverteilung.

Die Bindung an die Beschlüsse der Generalversammlung gilt auch für die vom Gericht bestellten Liquidatoren. Die Generalversammlung ist zwar, wie den Antragstellern zuzugeben ist, nicht mehr imstande, gegenüber diesen Liquidatoren ihren Willen dadurch zur

Liquidatoren sich weigern, Regreßansprüche gegen je ein Vorstands- und Aufsichtsratsmitglied zu erheben, von denen die Antragsteller behaupten, sie hätten es böswillig unterlassen, Aufwertungsansprüche der Genossenschaft aus Darlehenshypotheken, deren Schuldner sie selbst gewesen seien, vorschriftsmäßig anzumelden, wodurch die Genossenschaft diese Ansprüche verloren habe.

Das RG. prüft nicht nach, ob diese Behauptung der Antragsteller zutrifft, sondern stellt nur fest, daß der Beschluß einer GenVers. vorliegt dahin, daß der frühere Vorstand nicht regreßpflichtig gemacht werden soll. Aus dem Vorliegen dieses Beschlusses folgert das RG., daß die Liquidatoren weder verpflichtet noch auch nur berechtigt seien, die von den Antragstellern gewünschte Regreßklage zu erheben.

Das RG. sagt nicht deutlich, ob der in Frage kommende Beschluß noch vor oder erst nach Auflösung der Genossenschaft gefaßt ist. Es ist das nach Lage der Sache auch gleichgültig, da die vom RG. angeführten Gründe für die Bindung der Liquidatoren an den Beschluß der GenVers. derart sind, daß sie gelten, ob nun der Beschluß vor oder nach Auflösung der Genossenschaft gefaßt sein mag.

Ich vermisse in der Begründung des RG. Ausführungen darüber, weshalb denn durch den Beschluß, den früheren Vorstand nicht regreßpflichtig zu machen, auch der Regreßanspruch gegen den früheren Vorsitzenden des Aufsichtsrats hinfällig geworden sein soll. In dieser Richtung bedürfen m. A. nach die Ausführungen des RG. einer Ergänzung. Der Beschluß ist nämlich nicht ohne weiteres als eine Entlastung des Vorstandes geschweige denn als eine solche des Aufsichtsrats anzusehen; aber auch, wenn ein Entlastungsbeschluß gewollt wäre, so würde der Entlastungsbeschluß zugunsten des Vorstandes noch nicht ohne weiteres auch eine Entlastung des Aufsichtsratsvorsitzenden enthalten (vgl. Anm. 9 zu § 34 bei Trüger-Creelius-Citron).

Im vorl. Fall wird man vielleicht einwenden können, die Anmeldung der Hypotheken wäre nur Sache des Vorstandes, nicht des Aufsichtsrats gewesen. Deshalb entfielen mit dem Beschlusse, den Vorstand nicht regreßpflichtig zu machen, auch die Möglichkeit eines Rückgriffs gegen ein Aufsichtsratsmitglied. Jedoch wollen die Antragsteller das Aufsichtsratsmitglied doch wohl aus eigenem Verschulden, wegen eigenmächtigen Handelns und wegen Mitwirkung bei dem unreuen Handeln des Vorstandes haftbar machen. Ich bleibe also dabei, daß mir ein wirksamer Beschluß der GenVers., den ehemaligen Vorsitzenden des Aufsichtsrats nicht regreßpflichtig zu machen, nicht gegeben zu sein scheint.

Auch insofern bedürfte der Sachverhalt einer genaueren Darlegung, als er nicht angibt, daß der GenVers. bei Erlass des Beschlusses der volle Umfang des Verschuldens der Vorstandsmitglieder

Geltung zu bringen, daß sie deren Entlassung bei Nichtbefolgung erteilter Anweisungen beschließt und an ihrer Stelle andere Liquidatoren bestellt (§ 83 Abs. 4 Satz 2 GenG.). Statt dessen besteht aber die Möglichkeit, die Liquidatoren, wenn sie durch Zuwerdung der gütigen Beschlüsse der Generalversammlung ihre Pflicht aus §§ 89, 27 Abs. 1 GenG. verletzen, durch das Gericht, von dem sie bestellt sind, wieder abberufen zu lassen. Die Vorschrift des § 83 Abs. 3 und 4 GenG. mit dem dort vorgesehenen Eingreifen des Gerichtes soll jedenfalls nach ihrem Sinn und Zweck nur Schutz gegen ungeeignete Liquidatoren gewähren, aber nicht das Recht einer Minderheit begründen, bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen, insbes. die Erhebung von Ansprüchen gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, entgegen dem ausgesprochenen Willen der Generalversammlung durchzusetzen. Der Gesetzgeber hat, wie die Begründung zu dem Entwurf des Gesetzes ergibt, benützt davon abgesehen, einer Minderheit von Genossen nach der Art der in § 268 StGB. für die AktG. getroffenen Regelung die Befugnis zu geben, die Verfolgung von Ansprüchen der Genossenschaft gegen Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates aus deren Geschäftsführung selbständig in die Hand zu nehmen. Die Begründung führt dazu aus: „Nach der Weise, wie die Generalversammlung der Genossenschaft zusammengelegt sei, müsse es bei dem Beschlusse der Mehrheit über die Geltendmachung solcher Ansprüche um so mehr sein Bewenden behalten, als es bei den Genossenschaften nicht so wie bei den AktG. möglich sei, durch Übertragung oder Zuteilung von Anteilsrechten Majoritäten zu bestimmten Zwecken zu erlangen“ (amtliche Begründung 1888 S. 127). Diese Erwägungen treffen auf die Genossenschaft auch noch in deren Liquidationszustande zu. Es ist daher nicht anzunehmen, daß die Minderheit den Antrag auf Abberufung der Liquidatoren gemäß § 83 Abs. 4 GenG. allein schon mit ihrem Interesse an einer von der Generalversammlung ausdrücklich abgelehnten Geltendmachung von Ansprüchen der bezeichneten Art sollte begründen können.

Die Liquidatoren würden nur dann an den Beschluß der Generalversammlung nicht gebunden und durch ihn nicht gedeckt sein, wenn der Beschluß ungültig wäre. Auch das ist aber vom RG. ohne Rechtsirrtum verneint. Eine Anfechtungsklage gem. § 51 GenG. ist nicht erhoben, brauchte übrigens von den Liquidatoren zur Erfüllung ihrer Sorgfaltspflicht (§§ 34, 89 GenG.) auch nicht erhoben zu werden, weil für sie kein Anlaß dazu bestand. Der Beschluß könnte hiernach nur wegen Verletzung zwingender Gesetzesvorschriften oder deshalb nichtig sein, weil die Mehrheit der Genossen bei der Beschlussfassung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise

bekannt war (vgl. Anm. 7 und 8 zu § 34 bei Trüger-Creelius-Citron). Nur in diesem Falle wären nämlich die Genossenschaft und mit ihr die Liquidatoren an den Beschluß, die Vorstandsmitglieder nicht haftbar zu machen, gebunden, wie das in der oben zitierten Anmerkung für den Entlastungsbeschluß ausgeführt ist.

Im übrigen wird man dem RG. beipflichten können, wenn es die Liquidatoren an den Beschluß der GenVers. für gebunden erachtet, soweit es sich um einen gültigen Beschluß der GenVers. handelt. Die Folgerungen, die das RG. aus der Rechtsstellung der GenVers. und der ihr gegebenen Befugnis, die Vollmacht des Vorstandes und damit auch der Liquidatoren einzuschränken (§ 27 Abs. 1 GenG.), zieht, erscheinen zwingend.

Bei der Prüfung der Gültigkeit des Beschlusses hat das RG. mit Recht die Zuständigkeit der GenVers. zur Fassung des Beschlusses bejaht. Zwar ist es streitig, ob die GenVers. zu Schenkungen befugt ist (vgl. RG. 3, 134 und dagegen Staub, 12. Aufl., Anm. 7 zu § 250 StGB.). Jedoch wird bei einem Verzicht auf Geltendmachung von Rückgriffsansprüchen regelmäßig nicht die Absicht einer Schenkung vorliegen, sondern im wesentlichen das eigene Interesse der Genossenschaft berücksichtigt sein. In jeder Entlastung, zu deren Erteilung Generalversammlungen unzweifelhaft befugt sind, liegt ja auch ein Verzicht auf Rückgriffsansprüche.

Das RG. hat dann auch ausgeführt, daß sich im vorl. Falle eine Feststellung nicht treffen lasse, daß die Mehrheit der Genossen bei der Beschlussfassung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise gehandelt habe. Die näheren Ausführungen hierzu sind nicht wiederzugeben. Es wäre aber für die Nachprüfung der Tragweite des GenVers. Beschlusses doch wünschenswert gewesen, festzustellen, ob die GenVers. wirklich den vollen Umfang der erhobenen Vorwürfe gekannt hat und ob sich etwa daraus folgern läßt, daß die Mehrheit sich einer Begünstigung (nach § 257 StGB.) der unreuen (gegen § 146 verstoßenden) Vorstandsmitglieder schuldig gemacht hat, indem sie den Beschluß faßte, sie nicht haftbar zu machen, oder ob sie berechtigterweise von der Verfolgung nur wegen der Schwierigkeit solcher Prozesse oder etwa deshalb Abstand genommen hat, weil sie an einem Verschulden der Vorstandsmitglieder zweifelte. Die GenVers. Protokolle pflegen allerdings mitunter recht wenig Aufschluß über die Motive der Abstimmung zu geben. Man wird daher nach Lage der Sache wohl annehmen müssen, daß das RG. bei seiner Entsch. das Richtige getroffen hat, wenn auch die Begründung, wie dargelegt, nicht restlos befriedigt.

vorsätzlich zum Nachteil der Genossenschaft gehandelt hätte (§§ 138, 826 BGB.; vgl. RG. 68, 317). Nach dem eigenen Vorbringen der Antragsteller kam hier nur das letztere in Frage. Es ist aber nicht der Fall (wird näher ausgeführt).

Die Liquidatoren haben sich also mit Recht an den Beschluß der GenVers. für gebunden erachtet. Die Unterlassung der gerichtlichen Geltendmachung der der Genossenschaft gegen die früheren Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder etwa zustehenden Schadensersatzansprüche konnte daher ihre Abberufung nicht rechtfertigen.

(RG., ZivSen. 1b, Beschl. v. 22. Jan. 1931, 1b X 826/30.)

Mitgeteilt von OWR. Dr. Seymann, Berlin.

## 2. Bayern.

7. § 24 Abs. 2 HGB. Nur der Gesellschafter, der bei der Gesellschaftsgründung seinen Namen nach § 19 Abs. 1 HGB. für die Firmenbildung hergegeben, hat im Falle seines Ausscheidens aus der Gesellschaft das Widerspruchsrecht gegen die Fortführung der Firma. †

Wessen Name in der Firma „enthalten“ ist, ist Tatfrage. Dabei kommt es, wenn etwa mehrere Gesellschafter gleichen Namens in der Gesellschaft sind, nicht auf den Gleichklang des Namens, sondern auf die gesamten Verhältnisse an (Staub-Bondi, HGB. Anm. 3; Düringer-Hachenburg, HGB., Anm. 3 zu § 24).

Nach den Feststellungen war Christoph B. sen. vor der Gesellschaftsgründung Inhaber eines Baugeschäfts mit der Firma „Chr. B.“ Julius und Christoph B. II hatten ein Baugeschäft unter der Firma „Gehr. B.“ betrieben. Julius B., Christoph B. II und August Bl. traten in das Geschäft des Chr. B. sen. ein, das so zu einer Gesellschaft umgebildet wurde. Es war der Name des Chr. B. sen., der nach § 19 Abs. 1 HGB. zur Bildung der Gesellschaftsirma verwendet wurde, Chr. B. ist mit den beiden anderen Gesellschaftern in der „Compagnie (& Co.)“ aufgegangen.

(BayObLG., ZivSen., Beschl. v. 31. Dez. 1930, Reg. III Nr. 174/30.)

\*

8. Der nach § 268 Abs. 2 HGB. gewählte Prozeßvertreter ist Vertreter der AktG. und nicht der Aktionärsminderheit. Das Registergericht kann an Stelle des von der Generalversammlung gewählten Vertreters, aber nicht neben ihn, einen Sondervertreter bestellen; ob es dies tun will, hängt von seinem pflichtgemäßen Ermessen ab. †

Beantragt ist, einen Vertreter „der Aktienminderheit“ zu bestellen. Wäre der Antrag streng wörtlich aufzufassen, so müßte er ohne weiteres zurückgewiesen werden. Denn Kl. im Rechtsstreit gegen Vorstand oder Aufsichtsrat ist die Gesellschaft, auch wenn eine Minderheit die Führung des Rechtsstreits abstrebt (Staub-Pinner, HGB. Anm. 6 zu § 268); der Vertreter ist für die Gesellschaft zu bestellen. Es mag aber im Hinblick auf die Verweisung auf § 268 HGB. unterstellt werden, daß nur ein Vergreifen im Ausdruck vorliegt und Bestellung eines Vertreters so, wie es eben § 268 vorsteht, nämlich für die Gesellschaft, gewollt ist.

In der Begründung des Antrags führt A. aus: Die Minderheit hat nichts gegen die Bestellung der im GenVersBeschl. genannten Vertreter einzuwenden, aber sie stellt das in diesem Falle wohl gerechtfertigte Verlangen, auch ihrerseits einen solchen Vertreter be-

Zu 7. Der Entsch. ist zuzustimmen. Es ist zunächst reine Tatfrage, ob der Name des einen oder anderen Gesellschafters in der Firma enthalten ist. Der vorliegende Fall ist nur insofern eigenartig, als Vorname und Familienname des ausscheidenden Gesellschafters mit dem Vornamen und Familiennamen eines der in der Gesellschaft anscheinend verbleibenden Gesellschafters übereinstimmen. Man könnte deshalb im ersten Augenblick das Urk. für sehr formalistisch halten, und zwar mit der Begründung, daß die verbleibenden Gesellschafter sofort in der Lage sind, eine gleichlautende Firma dadurch zu bilden, daß sie Vornamen und Familiennamen des einen Gesellschafters benutzen und die Namen der übrigen Gesellschafter in dem Zusatz „& Co.“ aufgehen lassen. Diese Erwägung reicht aber in Wirklichkeit nicht aus, um das Widerspruchsrecht des Ausscheidenden gegen die Fortführung der ursprünglichen Firma zu verneinen. Kraft seines Widerspruchsrechts muß die Firma zunächst verschwinden. Jedenfalls wird dem Ausscheidenden durch das Widerspruchsrecht die Priorität gesichert, wenn er seinen Namen zur Firmenbildung verwenden will. Dann muß die Firma, die bisher den Namen des ausgeschiedenen Gesellschafters trug, selbst bei Verwendung des Namens eines gleichnamigen Gesellschafters, auf ausreichende Unterscheidung bedacht sein (§ 30 HGB., § 16 UWG.).

RA. Prof. Dr. Hans Kirchberger, Leipzig.

Zu 8. Eigenlich ist es selbstverständlich, daß der Prozeßvertreter die Interessen der AktG. zu wahren hat und nicht als Vertreter der Minderheit sich betätigen darf. Denn es handelt sich ja um Ansprüche der AktG. selbst. Nur ihre Geltendmachung wird erzwungen. Dies gilt auch von dem auf Antrag der Minderheit

nennen zu dürfen. Der BeschwF. scheint also der Ansicht zu sein, daß der von ihm vorgeschlagene Vertreter neben die in der GenVers. bestellten Vertreter treten solle. Diese Auffassung ist rechtsirrtümlich. Die Vertretung der Gesellschaft in dem anzustreitenden Rechtsstreit muß eine einheitliche sein, in dem Rechtsstreit sind Ansprüche der Gesellschaft einheitlich zu verfolgen, der Rechtsstreit kann nicht gleichzeitig der Wahrung der Interessen verschiedener und gegen Vorstand und Aufsichtsrat verschiedener eingestellter Aktionärgruppen dienen. Die Vertretung der Gesellschaft kann zwar in mehreren Händen liegen, wie mehrere Vorstandsmitglieder zulässig sind (§ 231 Abs. 2 BGB.), aber eine vor vornherein gegeneinander eingestellte Gruppenvertretung der Gesellschaft ist undenkbar.

Der Antrag der Minderheit auf Bestellung eines besonderen Vertreters ist jedoch dadurch nicht ausgeschlossen, daß schon die GenVers. besondere Vertreter bestellt hat, das RegGer. kann an Stelle der von der GenVers. bestellten Vertreter auf Antrag der Minderheit einen anderen besonderen Vertreter nach § 268 Abs. 2 HGB. bestellen, wenn es der Schutz der Minderheit, dem die Vor-schrift dient, erfordert (Goldmann § 268 Anm. 12; Lehmann-Ring § 268 Nr. 7; Brodmann, Komm. z. Aktienrecht N. 4 zu § 268 HGB.; Staub-Pinner, Anm. 9 zu § 268; D. z. Entw. eines HGB., Druckf. des R. Aktienf. Nr. 632, Stenogr. Berichte 1895/97 Anlageband 6 S. 3213).

Aber es kommt für die Entsch. über die weitere Beschwerde nicht darauf an, wenn der BeschwF. seinen Antrag in einem dem Gesetze nicht entsprechenden Sinne beschränkt haben wollte. Die Vorinstanzen haben den Antrag ersichtlich unter allen Umständen ablehnen wollen, weil sie die Bestellung eines Sondervertreters nach den Tatumständen nicht für geboten hielten.

Ob das RegGer. — BeschwGer. — einen Sondervertreter auf Antrag der Minderheit bestellen soll, hängt von seinem pflichtgemäßen Ermessen ab. Dabei wird es besonders prüfen, ob den vorhandenen Vertretern der Gesellschaft, sei es den gesetzlichen oder den nach § 268 Abs. 2 HGB. von der GenVers. bestellten, das Vertrauen entgegenzubringen ist oder nicht, daß sie auch verständige Interessen der Minderheit pflichtgemäß wahrnehmen werden; es wird aber auch schon untersucht, ob überhaupt besondere Interessen der antragstellenden Minderheit die Bestellung eines anderen als des vorhandenen Vertreters gebieten.

Das BeschwGer. hat von dem ihm durch das Gesetz eingeräumten Ermessen keinen fehlerhaften Gebrauch gemacht. Wie die Begründung des angefochtenen Beschlusses ersehen läßt, ist A. gar nicht darauf bedacht, Belange der Gesellschaft gegenüber Vorstand und Aufsichtsrat zu wahren, vielmehr im einseitigen eigenen Interesse der Aktienmehrheit Schwierigkeiten zu bereiten.

(BayObLG., ZivSen., Beschl. v. 6. Mai 1931, Reg. III Nr. 53/31.)  
Mitgeteilt v. RA. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

## Oberlandesgerichte.

### Berlin. a) Zivilsachen.

1. §§ 15, 143 HGB.; § 1967 BGB. Der Erbe eines aus einer offenen Handelsgesellschaft ausgeschiedenen Gesellschafters haftet nicht für die nach dem Ausscheiden, jedoch vor Eintragung des Ausscheidens in das Handelsregister begründeten Gesellschaftsschulden. †

Der Erblasser der Bekl. war allerdings nach § 143 Abs. 2 HGB. verpflichtet, sein Ausscheiden aus der OHG. zum Handelsregister anzumelden. Bis zu dieser Anmeldung hätte er persönlich auch die Tatsache des Ausscheidens Gesellschaftsgläubigern, die ihn

vom Registerrichter bestellten Prozeßvertreter. Er ist ein Spezialorgan der AktG. für einen besonderen vorübergehenden Zweck. In der Praxis wird aber vom Prozeßvertreter diese Aufgabe oft verkannt. Er läßt sich die Instruktion von der Minderheit geben und glaubt, deren Meinungen folgen zu müssen. Er muß aber statt dessen sich selbst unbefangen seine Meinung bilden. Kommt er zum Ergebnis, daß die angelegte Regressforderung nicht besteht, so ist er nicht verpflichtet, sie einzuklagen. Ein recht, das Nichtbestehen anzuerkennen und auf den Klageanspruch zu verzichten, ist allerdings in seiner Vollmacht nicht enthalten. Wohl aber braucht er im Prozesse keine Ansicht zu vertreten, die er als unrichtig, und keine Tatsachen vorzubringen, die er als unwahr erkennt. Er ist jederzeit befugt, sein Amt aus diesen Gründen niederzulegen. Verantwortlich für seine Prozeßführung ist er nur der AktG. Ein Minderheitsrecht in dieser Richtung besteht nicht. Die Bestimmung des § 268 HGB. kann auf den besonders bestellten Prozeßvertreter nicht angewendet werden.

RA. Dr. Dr. Max Hachenburg, Mannheim.

Zu 1. Et. war i. J. 1909 durch Vertrag als Gesellschafter aus der OHG. ausgeschieden. Er ist 1927 gestorben. Das Aus-

nach § 128 HGB. in Anspruch nehmen, gem. § 15 HGB. nicht entgegengesetzt können. Eine Haftung der Bekl. als Erbin ist aber weder daraus herzuleiten, daß der Erblasser die Anmeldung seines Ausscheidens veräumt hat, noch daraus, daß sie ihrerseits diese Anmeldung nicht vorgenommen hat.

Zunächst handelt es sich bei den Wechselforderungen nicht um Nachlassverbindlichkeiten i. S. des § 1967 BGB. Nachlassverbindlichkeit ist nach dieser Vorschrift nur eine Schuld, welche den Erben als solchen trifft oder eine Schuld, die vom Erblasser herrührt. Das wiederum setzt voraus, daß die Schuld bereits bei Lebzeiten des Erblassers entstanden war. Die Klagewechsel sind jedoch unstreitig zeitlich erst nach dem Tode des Erblassers der Bekl. von R. St. akzeptiert worden. Eine Rechtsähnlichkeit mit den Fällen, in denen der Erblasser eine unerlaubte Handlung begangen oder einen bedingten Vertrag abgeschlossen hat, der Schaden oder die Bedingung aber erst nach seinem Tode eingetreten ist, besteht hier nicht. Denn in solchen Fällen ist schon vor dem Todesfall eine konkrete rechtliche Beziehung des Verletzten oder Vertragsgegners zum Erblasser vorhanden, während es hieran im vorliegenden Falle gerade fehlt. Die rein theoretische Möglichkeit künftiger Inanspruchnahme verschaffte der Kl. noch keine rechtlich geschützte Stellung gegen den Erblasser der Bekl.

Weiterhin kann die Bekl. nach dem Tode des Erblassers nicht für verpflichtet erachtet werden, sein Ausscheiden oder seinen Tod zum Handelsregister anzumelden. Der Senat schließt sich dem Grundsatz von dem lediglich öffentlich-rechtlichen Charakter der Anmeldepflicht an, aus dem RG.: JW. 1926, 1675 die Frage verneint hat, ob der Erbe eines Einzelkaufmanns verpflichtet ist, das Erlöschen der Firma zum Handelsregister anzumelden. Dem ist auch Bondi a. a. O. unter Aufgabe seiner früher bei Staub, Note 3a zu § 31 HGB. vertretenen gegenteiligen Meinung ausdrücklich beigetreten. Die Anmeldepflicht des Erblassers ist nicht nach § 1922 BGB. auf die Bekl. übergegangen, da diese Pflicht nicht vermögensrechtlicher Art war, den Erblasser vielmehr, ohne jede rechtsgeschäftliche Grundlage, lediglich kraft staatlichen Zwanges traf. Der Umstand, daß sich an die Unterlassung der Anmeldung nach § 15 HGB. Vermögensnachteile für den Erblasser selbst knüpfen konnten, ist lediglich eine im Gesetz ausdrücklich bestimmte Folgeerscheinung, die jedoch der Anmeldepflicht einen vermögensrechtlichen Charakter nicht zu geben vermag. Aus erbrechtlichen Grundsätzen ist eine Haftung der Bekl. daher nicht begründet.

Sie läßt sich auch nicht aus § 15 HGB. unmittelbar herleiten. Diese Vorschrift bestimmt nur, daß eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache unter bestimmten Umständen von demjenigen, dessen Angelegenheiten einzutragen waren, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden kann. Das Ausscheiden des Erblassers wir hier lediglich seine eigene Angelegenheit, nicht aber eine Angelegenheit der Bekl. Sie kann sich deshalb auf das tatsächlich vollzogene Ausscheiden des Erblassers, mag dies auch im Handelsregister nicht eingetragen gewesen sein, berufen. RG. 70,

272<sup>1</sup>) steht dem nicht entgegen. Denn in dem dort behandelten Falle bestand die Anmeldepflicht gerade der Erben, als Folge ihrer gesellschaftsähnlichen Stellung gem. § 137 HGB., auf Grund der Sonderbestimmung des § 143 Abs. 1 u. 3 HGB. Im vorl. Falle fehlt es aber an einer solchen gesetzlich aufgestellten Verpflichtung der Bekl. als Erbin, eben weil der Erblasser bereits vor seinem Tode aus der DGB. rechtswirksam ausgeschieden war; die nichterfolgte Eintragung des Ausscheidens hatte auf die Beendigung seines Gesellschaftsverhältnisses keinen Einfluß (vgl. Staub, 12./13. Aufl., Note 1a zu § 15 HGB.).

Die Ausführung der Kl., auf diesen Unterschied könne es deshalb nicht ankommen, weil der Erblasser der Bekl. der Kl. gegenüber bis zu seinem Tode gem. § 15 HGB. als Gesellschafter „gegolten“ habe, ist unzutreffend. Die Kl. übersieht, daß zu Lebzeiten des Erblassers von einer Anwendung des § 15 HGB. zu ihren Gunsten schon deshalb keine Rede sein konnte, weil sie damals noch keine Forderung gegen die Akzeptantin und damit auch keine Forderung gegen den Erblasser hatte, daß sie also zu jener Zeit noch kein „Dritter“ war, dem gegenüber der Erblasser sich nicht auf sein Ausscheiden hätte berufen können. Die Pflicht zur Anmeldung seines Ausscheidens traf den Erblasser der Bekl. nur höchstpersönlich in seiner Eigenschaft als früheres Mitglied der Gesellschaft. War die Erbin niemals in Beziehungen zur Gesellschaft gekommen — auch nicht gem. § 137 HGB., weil der Erblasser schon vor seinem Tode rechtswirksam ausgeschieden war —, so bestand auch für die Erbin keine Anmeldepflicht.

Schließlich kommt auch eine Haftung der Bekl. aus unerlaubter Handlung, insbes. aus § 823 Abs. 2 BGB. nicht in Frage. Lediglich im allgemeinen Interesse erlassene Vorschriften, wie die Bestimmungen über die Anmeldepflicht zum Handelsregister, gehören nicht zu den Schutzgesetzen i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. Die Folgen der Erfüllung oder Nichterfüllung der Anmeldepflicht sind im HGB. sowie in den sonstigen gesetzlichen Bestimmungen, welche an die Eintragung in das Handelsregister eine bestimmte Wirkung knüpfen, erschöpfend geregelt. Bei schuldhafter Nichterfüllung ist daher für einen allgemeinen Schadensersatzanspruch kein Raum (vgl. RG. 72, 411<sup>2</sup>). Zudem besteht auch im vorl. Fall keine Kausalität.

(RG., 5. FerZivSen., Ur. v. 25. Aug. 1930, 5 U 7142/30).  
Mitgeteilt von RR. Dr. Morwitz, Berlin.

**b) Strafsachen.**

**Dresden.**

2. § 269 StGB. liegt nicht vor, wenn jemand, der von einem anderen ein Blankoakzept erhält, damit er es nach weiterer Ausfüllung für den Auftraggeber diskontiere, das Akzept im eigenen Interesse ausfüllt und verwertet. †)

Die StrR. stellt fest, daß der in ungünstiger Vermögenslage

1) JW. 1909, 197. 2) JW. 1910, 232.

sächlich zurückgegriffen werden. So z. B. in dem umgekehrten Falle: St. würde als Gesamtschuldner haften, wenn er in Wirklichkeit Gesellschafter geblieben wäre, obgleich er im Register als ausgeschieden bezeichnet und als solcher bekanntgemacht worden war. Wohl aber ist die Wirkung des § 15 scharf nach der negativen Seite hin gerichtet: dem Dritten, der sich auf die Registerinträge verlassen hat, darf nicht entgegengesetzt werden, daß diese sachlich unrichtig seien. Dieser Vertrauensschutz soll dem geschäftlichen Rechtsverkehr durch das Handelsregister gewährleistet werden. Der Kredit einer DGB. beruht auf den Namen der eingetragenen Gesellschafter. Die Verkehrssicherheit würde einfach vernichtet, wenn dem Gläubiger gegenüber geltend gemacht werden dürfte, daß dieser oder jener zahlungsfähige Kaufmann, der prunkend im Register steht, längst ausgeschieden sei und deshalb nicht hafte. Es ist ein Gebot der geschäftlichen Redlichkeit, daß hier Offenkundigkeit walte. Im vorliegenden Falle hat St. nach seinem Ausscheiden noch über 17 Jahre lang die verkehrstäuschende Eintragung seines Namens als offenen Gesellschafters bestehen lassen. Damit wurde von ihm eine Rechtslage geschaffen, die objektiv den Rechtschein seiner Stellung als Gesamtschuldner verlaublich machte. Diese positio iuris stellt ein vermögensrechtliches Haftungsverhältnis dar; der Erbe tritt als Gesamtnachfolger so in sie ein, wie er sie vorfindet, und er bleibt in ihr, wenn er sie nicht, was in seiner freien Macht steht, aufhebt. Auffallend scheint, daß die §§ 143 Abs. 2, 14 HGB. nicht angewendet worden waren. Daß der Gläubiger, als er die Forderung erwarb, das Ausscheiden oder den Tod des St. gekannt hatte, ist hier weder erörtert noch erwiesen worden.

Geh. Rat Prof. Dr. Endemann, Heidelberg.

Zu 2. 1. Sehr häufig enthält ein Gesetz eingehende Vorschriften über Dinge, die praktisch bedeutungslos sind, während

befindliche Zeuge W. S., nachdem er den Angekl. mit der Ordnung und Verwaltung seiner Vermögensverhältnisse betraut hatte, zwecks Abdeckung dringender Zahlungsverpflichtungen die Hilfe seines Bruders B. S., der ihn schon bisher unterstützt hatte, in Anspruch genommen und auch gewährt erhalten hat, und zwar in der Weise, daß ihm B. S. sieben Stück mit seinem Akzept versehene Wechselblankette übergab. Diese Blankoakzente hat alsdann W. S., nachdem er sie als Aussteller gezeichnet und auf der Rückseite mit Blankoinblossament versehen hatte, in Gegenwart seines Bruders dem Angekl. eingehändigt, der dabei ohne irgendwelche Beschränkung hinsichtlich der Höhe der einzuführenden Beträge von beiden Brüdern S. bevollmächtigt wurde, den Akzepten bestimmungsgemäß durch gehörige Ausfüllung wechselrechtlichen Inhalt zu geben und über die ordnungsgemäß ausgefüllten Wechsel je nach Bedarf zum Zwecke der Tilgung besonders dringlicher Schulden des W. S. durch Weiterbegebung zu verfügen, insbes. durch Diskontierung dieser Wechsel Geld zu jenem Zwecke zu beschaffen. Nicht bejaß der Angekl. aber die Zustimmung, die Wechselformulare für eigene Zwecke zur Tilgung seiner ihm gegen W. S. zustehenden Ansprüche zu benutzen. Wie weiter feststeht, ist es dem Angekl. nur gelungen, eines der Wechselblankette, das er über 528 RM ausgestellt hatte, zur Verlängerung eines Anfang Nov. 1929 fälligen Wechsels auftragsgemäß zu verwenden, während er vier Blankette im Nov. 1929 und im März 1930 wieder an die Brüder S. zurückgegeben hat. Die beiden noch übrigen Blankoakzente aber hat er, um sie zur Sicherung und Befriedigung wegen seiner Honoraransprüche gegen W. S. zu benutzen, zunächst in seinem Besitze behalten, das eine am 20. Nov. 1929 zur Herstellung eines über 300 RM lautenden, das andere zur Herstellung eines am 15. April 1930 fälligen Wechsels über 500 RM benutzt, beide Wechsel alsdann diskontiert und den Erlös für beide Wechsel in Anrechnung auf seine Honorarforderung vereinnahmt und für sich verwendet. Am Fälligkeitstage sind beide Wechsel von B. S. eingelöst worden.

Beide Vorinstanzen haben in dem Tun des Angekl. die Merkmale des § 269 StGB. erblickt. Die Str.R. meint, der Angekl. habe schon dadurch, daß er den beiden Blankoakzepten einen wechselrechtlichen Inhalt gab, den Anordnungen der Brüder S. zuwidergehandelt, sich eigenmächtig und gegen den Willen der Brüder S. die Befugnis zur Ausfüllung der beiden Blankoakzente angeeignet, sofern er von vornherein die Verwertung der beiden Wechsel zum eigenen Nutzen beabsichtigt habe. Das Verhalten des Angekl. wird jedoch als strafbare Blankettfälschung nur

Probleme noch nicht einmal angedeutet werden, mit denen sich der Richter alltäglich befassen muß. Ein besonders gutes Beispiel hierfür bietet der Blankowechsel. Seine Rechtsnatur ist auch heute noch nicht geklärt, obwohl er seit vielen Jahrzehnten im kaufmännischen Verkehr üblich ist. Selbst die Genfer Wechselrechtskonferenz hat sich nach schweren inneren Kämpfen nur zu einer einzigen Vorschrift durchringen können, deren Einführung in die einzelstaatlichen Gesetze mehr als zweifelhaft ist. Unter diesen Umständen fällt der Rpr. nach wie vor die Aufgabe zu, die Lehre vom Blankowechsel im Wege der Einzelentscheidung auszubauen.

2. Abgesehen von den noch zu erörternden strafrechtlichen Fragen ist das Urteil vor allem insoweit von Bedeutung, als es sich über die rechtliche Bedeutung eines Blankoakzeptes auspricht, und zwar in Übereinstimmung mit der Rpr. des RG. (vgl. RG. 33, 44; 58, 172; auch 84, 124 = JW. 1914, 475; RGSt. 7, 183) und der überwiegenden Auffassung des Schrifttums (vgl. Bernstein, *W.D.*, S. 60/61; Grünhut, *Wechselrecht*, Bd. I S. 445; Jäger, *Ann.* 16 zu § 1 und *Ann.* 21 zu § 3 RD.; Menzel, *Ann.* 5 zu § 1 und *Ann.* 3 zu § 3 RD.). Das Recht des Empfängers eines Blankowechsels oder einer anderen Blankourkunde, das Papier entsprechend den mit dem Geber getroffenen Abmachungen auszufüllen, ist ein veräußerliches und vererbliches Vermögensrecht, das durch einen etwaigen Widerruf des Gebers nicht zunichte gemacht werden kann. Die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über Vollmacht und Auftrag kommen also grundsätzlich nicht zur Anwendung.

3. Scharf zu trennen von dem Vertrag, durch den dieses vermögensrechtliche Ausfüllungsrecht entsteht, ist die etwaige Abmachung der Parteien über den Zweck, zu dessen Verwirklichung dem Empfänger der Urkunde das Ausfüllungsrecht gegeben worden ist. Nur insoweit ist von Bedeutung, ob der Empfänger die Urkunde im eigenen Interesse oder im Interesse des Gebers (als Treuhänder, stiller Stellvertreter o. dgl.) verwenden darf.

4. Diese scharfe Trennung hat das Urteil der Str.R. nicht beachtet und deshalb zu Unrecht die vertragswidrige Verwendung einer verträglich ausgefüllten Blankourkunde als Verstoß gegen § 269 StGB. betrachtet. Mit Recht wendet sich das OLG. gegen diese Auffassung und verweist die Tatsacheninstanz für die erneute Verhandlung auf die Prüfung der Sachlage unter den Gesichtspunkten der §§ 266, 246 StGB.

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

insoweit beurteilt, als er ohne Zustimmung des Akzeptanten S., also benutzt dessen Anordnungen zuwider, die Ausfüllung der Blankoakzente vorgenommen habe. Dagegen ist im Urte. als nicht widerlegt angesehen, daß er sich bei Ausfüllung der Akzente in dem entschuldigten Irrtum befunden habe, W. S. sei mit der Ausfüllung und Weitergabe der Wechsel auch zu dem von ihm verfolgten Zwecke einverstanden, und es wird zu seinen Gunsten als wahr unterstellt, daß er sich zum mindesten des Mangels seiner Berechtigung zu der von ihm vorgenommenen Blanketausfüllung nicht bewußt gewesen sei, soweit er sie der Anordnung W. S. zuwider bewirkt habe. Bei dieser Würdigung des Sachverhalts ist der besonderen Gestaltung der Rechtslage nicht genügend Rechnung getragen worden.

Das Blankoakzept hat darin seine Bedeutung, daß es ein wohlverordnetes, der Willkür des Gebers entzogenes Vermögensrecht des Empfängers darstellt, das Blankett, soweit es zur Herstellung eines Wechsels erforderlich ist, selbst auszufüllen und dieses Recht nach Befinden auch auf dritte Personen zu übertragen (vgl. RGSt. 7, 183). Mit der Übergabe der sieben Stück Blankoakzente an den Zeugen W. S. waren sie diesem zu Eigentum übertragen und Bestandteile seines Vermögens geworden; nur er allein hatte als Empfänger darüber zu bestimmen, welcher Inhalt den Blankoakzepten gegeben werden und zu welchem Zwecke sie Verwendung finden sollten. Selbstverständlich war er dabei an die Abreden gebunden, die er wegen der Ausfüllung der Blankoakzente mit dem Akzeptanten (seinem Bruder B.) getroffen hatte. Wenn schon die Vollmacht zur bestimmungsgemäßen Ausfüllung der Blankoakzente im Namen des Akzeptanten, die er als Aussteller hatte, nach außen hin weder widerruflich noch einschränkbar war, so war es doch nicht ausgeschlossen, daß sie im Innenverhältnis (dem Akzeptanten gegenüber) abredgemäß nur mit gewissen Einschränkungen erteilt war, wie z. B. hinsichtlich des Höchstbetrags der Wechselsummen oder der Fälligkeitzeit, also hinsichtlich der Ausfüllung der Papiere mit wechselrechtlichem Inhalte bestimmter Art, aber auch hinsichtlich des Zwecks, zu dem die Ausfüllung und Weiterbegebung der Akzente vorgenommen werden sollte. In dieser Beziehung ist aber den Urteilsfeststellungen zu entnehmen, daß dem Zeugen W. S. irgendwelche Beschränkung hinsichtlich der Art der Ausfüllung der Akzente überhaupt nicht auferlegt war, sondern daß er sich lediglich seinem Bruder gegenüber dazu verpflichtet hatte, das durch Diskontierung der Wechsel zu beschaffende Geld so, wie verabredet, zu verwenden. Wurde dieser Verpflichtung zuwidergehandelt, so bedeutete dies zwar einen Mißbrauch der durch die Übergabe der Blankoakzente erworbenen Rechte, nicht aber einen Mißbrauch der Wechselformulare durch anordnungswidrige Ausfüllung i. S. des § 269 StGB.

Was für die Beziehungen zwischen dem Akzeptanten B. S. und dem Empfänger der Blankoakzente, W. S., zu gelten hat, ist von wesentlicher Bedeutung auch für die rechtliche Beurteilung des Verhaltens des Angekl., der selbstgestelltermaßen in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter der Zeugen B. und W. S. in den Besitz der fraglichen Blankoakzente gelangt und auch mit der Ausfüllung der Papiere sowie ihrer Weiterbegebung im Interesse seiner Auftraggeber betraut war.

Die Annahme des Urte., daß das Merkmal „dessen Anordnungen zuwider“ mit Bezug auf den Akzeptanten B. S. erfüllt sei, ist rechtlich nicht haltbar. Dem Angekl. sind Weisungen irgendwelcher Art, die eine durch die Wechselurkunden selbst zu bescheinigende Tatsache zum Gegenstande hatten, also den Urkundensinhalt betrafen und bei der Ausfüllung der Formulare mit wechselrechtlichem Inhalte zu beachten waren, von den Brüdern S. überhaupt nicht gegeben worden. Die Frage, welchem Zwecke die Wechselakzente dienen sollten, zur Tilgung welcher Schulden das durch ihre Diskontierung vereinnahmte Geld bestimmt war, hatte nichts mit dem Inhalte der Urkunden zu tun, der nur den gesetzlichen Anforderungen zu entsprechen hatte. Daß etwa dem Angekl., als er zur Ausfüllung der beiden Akzente verschrift, die Ermächtigung dazu von seinem Auftraggeber bereits wieder ausdrücklich entzogen gewesen, die Ausfüllung also etwa ohne den Willen des zur Ausfüllung in erster Linie Berechtigten erfolgt wäre, ist in den Urteilsgründen nicht festgestellt.

Es gebührt auch an einer ausreichenden Feststellung des inneren Tatbestandes insofern, als dem Angekl. nicht nachgewiesen ist, daß er bei seinem Tun gewußt hat, die beiden Akzente unberechtigt oder anordnungswidrig ausgefüllt zu haben. Glaubte er, bei Ausfüllung der Formulare mit dem Einverständnis des Vollmachtgebers W. S. rechnen zu dürfen, und hat er sich von ihm zur Ausfüllung für ermächtigt gehalten, so kann der abweichende Wille desjenigen, der die Blankoakzente als solche hingegeben und damit dem Empfänger uneingeschränkt zur Ausfüllung mit wechselrechtlichem Inhalte beliebiger Art ermächtigt hatte, nicht genügen, die Annahme vorläufigen Handelns zu rechtfertigen. Die Einholung des Einverständnisses des Akzeptanten durch den Angekl. war nicht geboten, wenn die Ausfüllung der Blankette

akzeptierte durch wenn auch stillschweigende Zustimmung des Nehmers der Akzeptierte bereits als gebilligt zu gelten hatte.

Im übrigen geben auch die Ausführungen des Urts. Anlaß zu rechtlichen Bedenken, soweit das Merkmal des Gebrauchsmachens der vom Angekl. ausgefüllten Blankoakzepten zum Zwecke der Täuschung der späteren Wechselnehmer für vorliegend angesehen ist. Auch von der nach § 269 StGB. fälschlich angefertigten Urkunde kann i. S. des § 267 StGB. nur dann zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht werden, wenn über solche rechtserhebliche Tatsachen getäuscht werden soll, die durch die Urkunde selbst im Falle ihrer Echtheit würden erwiesen werden können. Davon kann hier, anders als in der im Urte. erwähnten reichsgerichtl. Entsch., keine Rede sein, weil es am entscheidenden Reichsmerkmal der Unrechtheit und der Rechtswidrigkeit des Angefertigungsfehls (vgl. RGSt. 43, 348 und DRZ. 1929, 29 N. 71).

Bei der erneuten Verhandlung der Sache wird zu prüfen sein, ob etwa in dem Verhalten des Angekl. der Tatbestand eines Vergehens der Untreue i. S. des § 266 Ziff. 2 und Abs. 2 StGB. gefunden werden kann (vgl. RGSt. 14, 184 und Lpz. Komm. § 266 Anm. 16). Die Str. R. wird sich darüber schlüssig zu machen haben, ob etwa und wann, nachdem sich die Diskontierung der beiden Blankoakzepten zu dem ursprünglich bestimmten Zwecke als undurchführbar erwiesen hatte, der Angekl. zur alsbaldigen Rückgabe der beiden Wechselformulare — in gleicher Weise wie hinsichtlich der beiden Brüder H. zurückgegebenen vier Blankoakzepten — verpflichtet war, und ob er etwa dadurch, daß er sie für sich behielt und über sie in eigenem Nutzen verfügte, i. S. der in der neueren K. Pr. des RG. vertretenen Auffassung (vgl. RGSt. 63, 406; 64, 86) abichtlich über Vermögensstücke seines Auftraggebers zu dessen Nachteile verfügte, indem er den Anspruch auf Rückgabe dieser Vermögensstücke, die er lediglich auf Grund des erteilten Auftrags in Händen hatte, vereitelte. Nach Befinden würde noch zu erwägen sein, ob etwa in der eigenmächtigen Verfügung über die beiden Wechsel zugleich eine Unterschlagung zu erblicken wäre.

(OLG. Dresden, Urte. v. 18. Febr. 1931, 1 Ost 340/30.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

\*

3. § 34 GewD. Das sich durch die Art des Pfandgegenstands und die nicht bankmäßige Geschäftsführung gegen bankmäßigen Lombardgeschäft unterscheidende gewöhnliche Pfandleihgeschäft ist erlaubnispflichtig.)

Die von der Rev. bekämpfte Annahme des OLG., daß die der Beurteilung zugrunde gelegten Geschäfte der Angekl. erlaubnispflichtige Pfandleihgeschäfte i. S. des § 34 GewD. seien, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Der Begriff des Pfandleihers ist weder in der GewD. noch in dem sächs. Gesetz über das Pfandleihgewerbe v. 27. Mai 1910 bestimmt. Er ist daher aus dem Sinn und Zweck und aus der Entstehungsgeschichte der Gesetzgebung zu entnehmen. Zu der Zeit, als der Reichsgesetzgeber das Pfandleihgeschäft in der GewD. regelte, unterschied man im geschäftlichen Sprachgebrauch das Lombardgeschäft von dem gewöhnlichen Pfandleihgeschäft. Ersteres rechnete nach der Auffassung der beteiligten Verkehrskreise zu den Bankiergeschäften i. S. des HGB. Man verstand darunter die dem Bankgewerbe eigentümliche Gewährung von Darlehen gegen Verpfändung von Wertpapieren, Edelmetallen (in Barren oder fremder Münze) und Waren, die nach Art und Menge Gegenstand des Großhandels sein können. Es ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber von diesem Sprachgebrauch ausging, als er den Begriff „Geschäft eines Pfandleihers“ in die GewD. einführte, ohne ihn näher zu bestimmen (vgl. hierzu OLG. Dresden: FischersZ. 41, 183). Nach dieser in K. Pr. und Schrifttum herrschenden Auffassung fällt daher das bankmäßige Lombardgeschäft nicht in den Kreis der Pfandleihgeschäfte. Pfandleiher i. S. der GewD. ist daher jeder, der, ohne das Lombardgeschäft bankmäßig zu betreiben, gewerbsmäßig Geld darlehnt

Zu 3. Wenn auch in der GewD. der Begriff „Geschäft eines Pfandleihers“ nicht näher bestimmt ist, so besteht über ihn doch Übereinstimmung. Das Urte. teilt die herrschende Meinung, es übernimmt seinen Begriff aus Landmann-Rohmer<sup>8</sup> 1928. Auch die später erschienenen Neuaufgaben der Komm. zur GewD. weichen von ihm nicht ab. So sagen z. B. Hiller-Luppe<sup>21</sup> 1928, 99: Geschäft eines Pfandleihers: Gewerbsmäßiges Leihen von Geld gegen Verpfändung beweglicher Gebrauchsgüter, nicht Leihen von Geld gegen Verpfändung von Immobilien, Hypotheken, noch die Lombardgeschäfte des Bankiers, noch das Kreditieren von Waren gegen Pfandbestellung. Und bei Stenglein, Nebengesetz<sup>5</sup> 1930 Bd. 2, 952<sup>3</sup> heißt es: Pfandleiher ist, wer gewerbsmäßig Darlehen auf Pfänder (bewegliche Sachen) gewährt. Das Lombardgeschäft ist Bestandteil des Bankiergewerbes und gehört nicht hierher, ebensowenig die Hingabe von Geld gegen Hypotheken. Und dann folgt ein Hinweis auf Landmann-Rohmer. — Wer das Geschäft eines Pfandleihers betreiben will, bedarf dazu der Erlaubnis.

Prof. Dr. Döckow, Heidelberg.

gegen Verpfändung von beweglichen Gebrauchsgegenständen (vgl. Landmann-Rohmer, GewD., 8. Aufl., Anm. 2 zu § 34; Lenzen, Deutsches Pfandleihrecht, 1929, 53). Abzulehnen ist daher die Ansicht der Rev., daß ausschließlich die von Privatpersonen zum Zwecke der Deckung eigenen persönlichen Bedarfs vorgenommene Verpfändung von Verbrauchs- oder Verbrauchsgütern als erlaubnispflichtiges Pfandleihgeschäft i. S. des § 34 GewD. anzusehen sei. Diese Auslegung steht nicht nur mit der Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesbestimmung in Widerspruch; sie wird auch dem Zweck der Vorschrift nicht gerecht. Denn nach den Motiven zur GewD. Novelle v. 23. Juli 1879 war die Erkenntnis der Notwendigkeit, die Darlehnsnehmer gegen die überhandnehmende Ausbeutung ihrer Not und ihres Leichtsinns durch die Pfandleiher zu schützen und der Gefahr vorzubeugen, der gesetzgeberische Beweggrund für die Wiedereinführung der Erlaubnispflicht. Danach geht es nicht an, den Unterschied zwischen dem vom Erlaubniszwang befreiten Lombardgeschäft und dem erlaubnispflichtigen gewöhnlichen Pfandleihgeschäft in der Art des Kredits zu suchen, der beide gewährt. Beide können der Befriedigung des Bedürfnisses nach Produktivkredit dienen. Das Lombardgeschäft unterscheidet sich vielmehr begrifflich vom gewöhnlichen Pfandleihgeschäft durch die Art der Pfandgegenstände und die bankmäßige Ausführung des Geschäfts. Diese beiden notwendigen Merkmale des Lombardgeschäfts fehlen nach den tatsächlichen Feststellungen den von den Angekl. in ihrem Gewerbe abgeschlossenen Verleihungsgeschäften, auf welche die Beurteilung der Angekl. gestützt ist.

(OLG. Dresden, Urte. v. 20. Jan. 1931, 2 Ost 329/30.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

## Landgerichte.

### Zivilsachen.

#### Dortmund.

1. § 85 ZwVerfG. Auch abgesehen von den im ZwVerfG. selbst geregelten Fällen kann im Zwangsversteigerungsverfahren das Vollstreckungsgericht aus schwerwiegenden Gründen unter Berücksichtigung des Interesses aller Beteiligten den Versteigerungstermin vertagen.)

In dem Zwangsversteigerungsverfahren hat das OLG. in D. durch Verfügung v. 5. Juni 1931 Termin zur Versteigerung des Grundstücks auf den 24. Aug. 1931 anberaumt. Die Beschw. hat für die Gläubigerin zu 1 durch besondere Vereinbarung die Ausbietungsgarantie übernommen. Die Gläubigerin zu 1 hat dagegen erklärt, daß sie für Gebote der Beschw. eine Sicherleistung nicht fordern werde. Die Beschw. wünscht das Grundstück, das früher ihr Eigentum war, in der Zwangsversteigerung zurückzuerwerben. Sie erklärt, infolge der außergewöhnlichen Wirtschaftslage die Entwicklung des Geldmarktes nicht übersehen zu können. Es sei ihr daher nicht sicher, ob sie demnächst selbst, wenn die vorgehenden Gläubiger vorläufig ihre Hypotheken stehen ließen, die notwendigen Mittel für die Zahlung der rückständigen Zinsen usw. aufbringen könne. Sie beantragt daher, den Versteigerungstermin aufzuheben und demnächst neuen Termin anzusetzen. Sie weist darauf hin, daß die Gläubigerin zu 1 ihr dementsprechendes Gesuch davon abhängig gemacht habe, daß sie für die Erfüllung ihrer Ausbietungsgarantie eine Sicherheit von 3000 RM leihe. Obgleich sie eine vermögende Frau sei, könne sie bei der augenblicklichen Geldlage mangels jeden Kredits diese 3000 RM nicht aufbringen. Sie laufe daher Gefahr, ihre Restkaufhypothek in Höhe von 75 000 RM einzubüßen und außerdem von der Gläubigerin zu 1 wegen Nichteinhaltung ihrer Ausbietungsgarantie schadensersatzpflichtig gemacht zu werden. Wegen der Ausführungen im einzelnen wird auf die Schriftsätze der Beschw. v. 22. Juli 1931, v. 10. Aug. 1931, v. 19. Aug. 1931 sowie vom 22. Aug. 1931 verwiesen. Das OLG. hat 1931 den Vertagungs-

Zu 1. Der Beschluß behandelt eine Frage, die in unserer heutigen Wirtschaftsnot täglich in zahlreichen Fällen die allerdringendste praktische Bedeutung gewinnt. Er bedarf daher einer eingehenderen Betrachtung. Hierbei sei die formelle Frage der Zulässigkeit der Beschwerde zunächst zurückgestellt:

I. über die Vertagung des Zwangsversteigerungstermins enthält das ZwVerfG. nur vereinzelte, verstreute Vorschriften. Außer den in den Gründen des Beschlusses erwähnten kommt namentlich § 43 ZwVerfG. in Betracht, nach dem die Aufhebung und Neubestimmung des Versteigerungstermins eintreten muß, wenn die Bekanntmachung der Terminbestimmung nicht rechtzeitig oder nicht ordnungsmäßig bewirkt war oder nicht rechtzeitig vor dem Termin die in § 43 Abs. 2 aufgeführten Zustellungen vorgenommen worden sind. Mit Recht geht das OLG. Dortmund davon aus, daß diese Vorschriften die Frage der Vertagung des Zwangsversteigerungstermins keineswegs erschöpfen, die Anerkennung noch weiterer Vertragsgründe also nicht ausschließen.

Von einer Lücke des ZwVerfG. wird man dabei freilich nicht reden können, denn das ZwVerfG. ist ja nicht aus sich allein anzuwenden, sondern so auszulegen, als wäre es ein Abschnitt der ZPO.

antrag der Beschw. abgelehnt. Die sofortige Beschwerde der Hypothekengläubigerin ist begründet.

„Zwar enthält das ZwVerfG. eine ausdrückliche Vorschrift darüber, ob und unter welchen Umständen der Richter den Versteigerungstermin vertagen darf, nicht.“ Es ist auch nichts darüber gesagt, ob und unter welchen Umständen ein das Verfahren nicht betreibender Hypothekengläubiger auf den Gang des Verfahrens Einfluß nehmen kann und ein Recht hat, die Durchführung der Zwangsversteigerung zu verhindern. In dieser Hinsicht ist die einzige Bestimmung der § 85 ZwVerfG., der jedoch einen anderen Tatbestand betrifft und im derzeitigen Stadium des Verfahrens nicht anwendbar erscheint. Auch die Vorschriften der §§ 29 u. 30 ZwVerfG. sind nicht anwendbar. Aus diesen gesamten Bestimmungen ergibt sich zwar, daß die Beteiligten ein Recht auf Vertagung des Versteigerungstermins nur unter den hier nicht vorliegenden Voraussetzungen des § 85 ZwVerfG. haben. Nicht aber ist daraus zu entnehmen, daß der Richter nicht besugt wäre, diesen Termin aus besonderen Gründen auf Antrag von Beteiligten oder von Amts wegen zu vertagen. Allerdings wird dies nur aus schwerwiegenden Gründen unter Berücksichtigung des Interesses aller Beteiligten erfolgen dürfen. Die Vertagung des Versteigerungstermins hat, da zwischen dem neuen Termin und seiner Bekanntmachung nach § 43 Abs. 1 ZwVerfG. sechs Wochen liegen müssen, eine erhebliche Verzögerung des Verfahrens zur Folge. Dadurch können die laufenden Beträge der wiederkehrenden Leistungen wachsen und die Befriedigung nachgezügelter Gläubiger wird gefährdet. Auch kann der Kreis der Bietungslustigen im neuen Termin ein anderer, evtl. ein kleinerer und weniger zahlungsfähiger sein. Dies und etwaige sonstige Nachteile, die aus der Vertagung dem einen oder anderen der Beteiligten erwachsen können, muß der Richter in Betracht ziehen. Die Vertagung wird daher nur in ganz außergewöhnlichen Fällen gerechtfertigt sein, nicht aber kann sie für völlig unzulässig erklärt werden.

Diese Grundsätze, die das RG. im Ur. v. 27. Febr. 1914 (RGW. Nr. 188) aufgestellt hat, füllen eine Lücke im ZwVerfG. aus und entsprechen den Forderungen des praktischen Lebens. In wirtschaftlich schwierigen Zeiten, wie sie heute vorliegen, wo

Daraus folgt die Anwendung zahlreicher nicht nur über die Vollstreckungsvoraussetzungen, sondern auch über das Verfahren im allgemeinen in der ZPD. gegebenen Vorschriften, zu denen auch § 227 ZPD. gehört, der vorsieht, daß das Gericht „aus erheblichen Gründen auf Antrag oder von Amts wegen einen Termin vertagen“ kann. Die Anwendbarkeit gerade dieser Vorschrift auf das Zwangsversteigerungsverfahren entspricht der im Schrifttum herrschenden und auch vom RG. in der bekannten Entscheidung, RG. 125, 299 ff. gebilligten Auffassung. Freilich ergeben sich für die Anwendung des § 227 in Zwangsversteigerungsverfahren aus dessen Eigenart besondere Gesichtspunkte, auf die bereits das RG. hingewiesen hat und die auch vom LG. Dortmund richtig erkannt sind. Schon für das Prozeßverfahren wird man davon ausgehen müssen, daß man sich zur Anerkennung eines i. S. des § 227 ZPD. erheblichen Grundes um so schwerer entschließen wird, je größer die durch die Vertagung herbeigeführte Verzögerung des Verfahrens ist und je erheblicher die für einzelne Prozeßbeteiligte möglicherweise dadurch eintretenden Nachteile werden können. Da nun nach der Vorschrift des § 43 Abs. 1 ZwVerfG. zwischen der Anberaumung eines neuen Termins und dem Terminstage mindestens ungefähr zwei Monate liegen müssen, ist die Verzögerung, die durch eine Vertagung des Versteigerungstermins eintritt, sehr erheblich und sie kann nicht nur wegen der dem betreibenden Gläubiger aus der Verspätung seiner Befriedigung erwachsenden Nachteile, sondern aus den mannigfachen Ursachen, z. B. wegen des Anwachsens der Rückstände an öffentlichen Lasten und Hypothekenzinsen, wegen Änderung der Erfolgsaussichten für die Versteigerung usw. schwere Nachteile für alle möglichen Beteiligten bringen. Deshalb wird es bei der Prüfung, ob der von einem Beteiligten vorgebrachte Grund „erheblich“ genug ist, um die Vertagung des Zwangsversteigerungstermins zu rechtfertigen, einer besonders sorgfältigen Abwägung der Interessen aller Beteiligten bedürfen.

Um diese Interessenabwägung richtig vornehmen zu können, muß man aber zuerst im klaren sein, in welcher Richtung ein Grund wirken muß, um als „erheblicher Grund“ zur Vertagung i. S. des § 227 ZPD. angesehen werden zu können. Hier wird man davon ausgehen müssen, daß bei erheblichen Vertagungsgründen naturgemäß in erster Linie an Umstände gedacht ist, die im Interesse der sachgemäßen Abwicklung des Verfahrens eine Verlegung des Termins notwendig erscheinen lassen. Solche Gründe sind im Prozeß z. B. Ausbleiben wichtiger Zeugen, Notwendigkeit der Einholung von Informationen usw. Auf das Zwangsversteigerungsverfahren übertragen würde diese Erwägung bedeuten, daß als Vertagungsgründe in erster Linie Umstände in Frage kommen, die die sachgemäße Durchführung des Verfahrens beeinträchtigen. Dazu würden z. B. Umstände zu rechnen sein, die das Erscheinen einer ausreichenden Zahl von Bietern hindern oder wesentlich erschweren, z. B. Verkehrsstreik, Überschwemmung und ähnliche Ereignisse; denn es ist ja gerade der Zweck der öffentlichen Versteigerung, daß allen Interessenten Gelegenheit gegeben werden soll, sich am Bieten zu beteiligen. Von besonderer Wichtigkeit ist nun die Frage, ob auch die ungewöhnlichen wirtschaftlichen

täglich Schwierigkeiten in immer neuem und nicht voraussehbarem Maße auftreten, muß dem Richter im Vollstreckungsverfahren, zumal wenn hohe Werte der Beteiligten auf dem Spiele stehen, eine freiere Stellung eingeräumt werden als in normalen Zeiten, in denen die Bestimmungen nach dem Buchstaben der Gesetze ausreichen mögen. Auf Zeiten wie die heutigen sind die Gesetze nicht zugeschnitten. Das Gericht ist daher verpflichtet, soweit sich Lücken bemerkbar machen, diese im Wege freier Auslegung zu schließen. Bezüglich der Vertagung eines Versteigerungstermins geben die vorstehenden Grundsätze, die das RG. allerdings in einem anderen Zusammenhange aufgestellt hat, der beschließenden Kammer einen Anhaltspunkt für die Auslegung des Gesetzes. Hiernach ist die Vertagung des Versteigerungstermins auch in einem im Gesetz nicht besonders vorgesehenen Falle auf Antrag eines Beteiligten zulässig. Bejaht man aber diese Zulässigkeit, so ergibt sich hieraus, die Amtspflicht für den Richter, den Antrag auf seine Zweckmäßigkeit hin zu prüfen und für die Entsch. die Interessen sämtlicher Beteiligten gegeneinander abzuwägen. Das Ergebnis dieser Prüfung, die nicht in das Wohlwollen des Richters gestellt ist, sondern zu seinem Pflichtenkreis gehört, ist dann auch im Beschwerdewege nachprüfbar. Führt diese Prüfung zu dem Ergebnis, daß für einen Beteiligten aus der Durchführung der Versteigerung ein besonders hoher Schaden entstehen kann, ohne daß die übrigen Beteiligten durch die Aufhebung des Termins in irgendwie erheblichem Maße beeinträchtigt werden, so wird die Prüfung des Antrages zu dem Ergebnis führen müssen, daß der Termin aufgehoben wird. Diese Voraussetzungen werden nicht häufig gegeben sein, denn in fast allen Fällen stehen im Zwangsversteigerungsverfahren die Interessen der Beteiligten einander schroff gegenüber. Fast immer führt die Vertagung des Versteigerungstermins zu einer erheblichen Schädigung eines Gläubigers. Zum mindesten ist diese Gefahr fast immer gegeben.

In dem vorliegenden besonderen Falle liegen die Verhältnisse jedoch anders. Das Grundstück steht unter Zwangsverwaltung. Hierdurch ist dafür gesorgt, daß die Einnahmen aus dem Grundstück den Berechtigten zufließen. Die öffentlichen Lasten sind, wie aus der Zwangsverwaltungsakte ersichtlich ist, gezahlt. Wenn auch nicht

Verhältnisse der Jetztzeit unter diesem Gesichtspunkt als Vertagungsgründe bei Zwangsversteigerungen in Betracht kommen. Man wird auch diese Frage für gewisse Fälle bejahen müssen. So läßt sich nicht verkennen, daß die Unmöglichkeit der Beschaffung größerer Gelbmittel in den Bankfeiertagen im Einzelfalle das Erscheinen von Kauflustigen im Versteigerungstermin genau so schwerwiegend behindern konnte wie ein Verkehrsstreik und ähnliche Ereignisse. Vor allem ähnelt die Wirkung der Bankfeiertage der eines Verkehrsstreiks oder einer Verkehrsbehinderung durch Naturereignisse auch darin, daß es sich um einen ebenso ungewöhnlichen wie vorübergehenden Zustand handelte und die Vertagung die Gewähr dafür lieferte, daß bis zum neuen Termin die Hindernisse auch behoben waren. Daraus ergibt sich weiter, daß lediglich die allgemeine, in ihrer Dauer z. B. noch unberechenbare Wirtschaftskrise, die die Bietungslust bei Zwangsversteigerungen wesentlich schwächt, für sich allein noch keinen Vertagungsgrund abgeben kann. Eine andere Frage ist es, ob nicht die besondere Wirkung, die die Krise im Einzelfall für den Schuldner oder einen sonstigen Beteiligten hat, einen Vertagungsgrund abgeben kann. Hierbei ist zunächst festzuhalten, daß das Vertagungsrecht des § 227 ZPD. nicht allgemein dazu dienen kann, dem Schuldner überall dort, wo die Durchführung der Vollstreckung als Härte erscheint, aus Billigkeitsgründen Schutz zu gewähren. Wo die ZPD. einen solchen Schuldnerschutz ermöglichen wollte, ist dies (z. B. § 721 ZPD.) ausdrücklich gesagt. Aber andererseits läßt sich nicht verkennen, daß in beschränktem Umfang eine Schonung des Schuldners im Interesse einer sachgemäßen Abwicklung des Versteigerungsverfahrens liegen kann. Denn ebenso wie die Durchführung eines Prozesses nicht Selbstzweck ist und deshalb auch die Vertagung selbst einer entscheidungsreifen Sache angebracht sein kann, wenn mit einer baldigen vergleichsweisen Erledigung des Streites zu rechnen ist, so ist auch die Versteigerung des Grundstücks im Zwangsversteigerungsverfahren nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zur Befriedigung des Gläubigers. Kann diese ebenso schnell wie bei der Durchführung der Versteigerung durch freiwillige Leistung des Schuldners erreicht werden, so wäre dies ein erheblicher, die Vertagung des Versteigerungstermins rechtfertigender Grund. Z. B. der Vollstreckungsschuldner weiß vor dem Versteigerungstermin nach, daß ihm in kurzer Frist einer seiner Schuldner, an dessen Solvenz und Zahlungswilligkeit kein Zweifel besteht, einen zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers ausreichenden Betrag zahlen wird. Schwieriger ist die Frage sofort, wenn die künftige Beschaffung des Geldes erst in erheblich späterem Zeitpunkt möglich und nicht offenbar gewiß, sondern nur in sehr hohem Grade wahrscheinlich ist. Hier wird es einer besonders sorgfältigen Interessenabwägung bedürfen und sich nur, wenn wesentliche Vorteile für andere Beteiligte aus der Vertagung nicht zu befürchten sind, eine Vertagung aus § 227 ZPD. rechtfertigen lassen.

Nachteile, die anderen Beteiligten, insbes. den dem betreibenden Gläubiger nachstehenden dinglich Berechtigten, aus der Abhaltung des Versteigerungstermins drohen, können, wenn das zuvor Erörterte richtig ist, einen erheblichen Grund i. S. des § 227 ZPD. auch nur

fämliche Hypothekenzinsen gezahlt werden können, da hierzu die einkommenden Mittel nicht ausreichen, so entsteht hierdurch kein Schaden. Die betreibende Gläubigerin zu 1 wird hierdurch nicht geschädigt, denn sie ist unter allen Umständen durch die Ausbietungs-garantie der Beschw. geschützt. Notfalls würde sie, falls diese Garantie nicht eingehalten wird, das Grundstück selbst anfeuern müssen. Bei dem Werte des Grundstücks (es ist seitens des Katasteramtes der Grundvermögensteuervert auf 150 000 RM und der Einheitswert am 1. Jan. 1928 auf 98 926 RM angegeben), ist ein Vermögensverlust für diese Gläubigerin, die D.-Bank, ist durch die Aufhebung des Versteigerungstermins nicht beeinträchtigt. Sie ist, obgleich auch sie keine Hypothekenzinsen erhält, dem Versteigerungsverfahren nicht einmal beigetreten und hat dadurch zu erkennen gegeben, daß sie stillhalten will. Die StSt. als betreibende Gläubigerin hat keine nennenswerten Forderungen, da sie durch die Zwangsverwaltung geschützt ist. Auch dem Grundeigentümer kann durch eine Verzögerung der Zwangsversteigerung ein Schaden nicht entstehen. Er haftet den Hypothekengläubigern infolge deren in dem Vergleichsverfahren über sein Vermögen abgegebenen Erklärung nur noch mit dem Grundstück, nicht mehr mit seinem übrigen Vermögen. Für ihn ist es daher unerheblich, ob die Zinsforderung der Gläubiger sich infolge einer Verzögerung des Versteigerungstermins erhöht. Die durch die Vertagung des Termins entstehenden Kosten sind im Verhältnis zu dem Interesse der Beschw. gering und können nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein. Andererseits steht für die Beschw. Erhebliches auf dem Spiele. In normalen Zeiten würde es für sie nicht schwer gewesen sein, die notwendigen Mittel aufzubringen, um im Versteigerungstermin jedweder Eventualität gewachsen zu sein und auch später, soweit Barzahlung notwendig ist, die Zahlungen zu leisten. Ob dies heute möglich ist, kann sie selbst noch nicht übersehen. Wenn sie das Grundstück ansteigert und im Kaufgelberbelegungsstermin die notwendigen Zahlungen nicht leisten kann, so entstehen für sie neue Kosten und starke wirtschaftliche Nachteile. Es kann ihr hieraus ein Schaden entstehen, der heute noch gar nicht zu überblicken ist. Wenn sie nicht zahlen kann und Sicherungshypotheken gerichtlich eingetragen werden, so hat sie es nicht in der Hand, wann die zahl-

lungsberechtigten Gläubiger von ihr das Geld verlangen. Tun sie dieses, was ihnen jederzeit möglich ist, zu einem Zeitpunkte, in dem sie nicht in der Lage ist, die Mittel aufzubringen, so kann sie nicht nur das anzusteigende Grundstück wieder verlieren, sondern auch darüber hinaus mit ihrem sonstigen Vermögen in Anspruch genommen werden. Scheut sie diese Eventualitäten und ersteigert infolgedessen das Grundstück nicht, so verliert sie die für sie eingetragene Restkaufhypothek in Höhe von 75 000 RM. Die durch die Versteigerung entstehenden Schädigungen können sonach vorliegend allein die Beschw. treffen. Interessen der übrigen Beteiligten stehen einer Terminverlegung nicht entgegen. Die Interessen der Beschw. sind aber außerordentlich schwerwiegender Natur. In diesem besonderen Falle erschien daher die von der Kammer ausgesprochene Aufhebung des Versteigerungstermins geboten.

(LG. Dortmund, Beschl. v. 22. Aug. 1931, XI T 708/31.)

Mitgeteilt von LGK. Dr. Gerjon, Dortmund.

## B. Arbeitsgerichte.

### Reichsarbeitsgericht.

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

**\*\*1.** § 29 BetrRG; § 33 WahlD. z. BetrRG. Die in der ersten Sitzung des neugewählten Betriebsrats vorzunehmende Wahl des 1. und 2. Vorsitzenden ist nicht vom Wahlvorstand, sondern vom ältesten Mitglied des Betriebsrats zu leiten. †)

Bei dem Heeresbekleidungsamt in R. fand im März 1930 eine Betriebsratswahl statt. Der hierbei tätig gewesene Wahlvorstand beantragte nach Durchführung dieser Wahl Termin zur Vornahme der Wahl des Betriebsratsvorsitzenden auf den 24. März an und gab in

schlag kann lediglich wegen Ablehnung des Vertagungsantrags nicht eingelegt werden (§ 100 ZwVerfG.).

Geh. RegR. MinR. Dr. Volkmar, Berlin.

Zu 1. Der Beschl. zeigt in interessanter Weise, wie scheinbar ganz nebenfällige Fragen aus dem Rechte der Betriebsverfassung, die jahrelang unbeachtet schlummern, plötzlich auftauchen und dank der insofern — trotz mancher Bedenken — glücklichen Fassung des § 85 Abs. 1 Satz 3 ArbGG. zu sorgfältiger Untersuchung des höchsten Gerichts führen können.

1. Die Literatur zum BetrRG. hat bisher ohne besondere Begründung angenommen, daß der Wahlvorstand, der die konstituierende Sitzung des Betriebsrats zusammenzuberufen hat (§ 29 Abs. 1 BetrRG.), sie auch trotz Schweigens des Gesetzes „leitet“. Daß diese „Leitung“ sich auch auf die Wahlleitung aus § 26 (Vorsitzendenwahl) erstreckt, ist meinen Ausführungen (12. Aufl., § 29 Anm. 3) allerdings nicht ohne weiteres zu entnehmen, während Feig-Sißler (13./14. Aufl., § 29 Anm. 2) ausdrücklich die Wahlleitung aus § 26 in die Hand des Wahlvorstandsvorsitzenden gelegt wissen wollen, im Gegensatz zur Betriebsausschuwahl in § 27, die nach § 33 WahlD. kraft Gesetzes in der Hand des ältesten Betriebsratsmitgliedes liegt (wie Feig-Sißler auch Mansfeld, 3. Aufl., § 29 Anm. 2). Das ArbGG. hat nun m. E. zutreffend aus der Entscheidungssicht, den übrigen Wahlbestimmungen des Gesetzes und der Parallele zu sonstigen öffentlichen Wahlen den Grundsatz hergeleitet, daß auch die Wahl aus § 26 unter der Leitung des ältesten Betriebsratsmitgliedes stattfinden hat. Insofern kann ich dem Beschl. des ArbGG. folgen. Soweit allerdings in der ersten Sitzung vor der Wahl noch etwas geschieht, z. B. Erörterungen über das Wahlverfahren, Wahlergebnis u. dgl., wird man den Wahlvorstandsvorsitzenden als „Leiter“ solcher Aussprache ansehen können.

2. Dagegen ist in der Entsch.

a) überhaupt nicht begründet, sondern anscheinend als selbstverständlich unterstellt, daß die Vorsitzendenwahl nach den Grundsätzen der WahlD. anfechtbar ist, ferner

b) nicht näher begründet, daß es — bei Bejahung zu a — sich um einen „wesentlichen“ Verstoß i. S. von § 20 WahlD. z. BetrRG. handelt, der zur Ungültigkeitserklärung führen muß.

Zu a): Das ArbGG. erster Inst. hat mit Recht die entsprechende Anwendung § 33 WahlD. abgelehnt. Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum eine Wahlanfechtung über die vom Gesetz einzeln angeführten Fälle hinaus — Betriebsrat, Arbeiterrat, Angestelltenrat, Gesamtbetriebsrat, Betriebsausschuß und Betriebsobmann, vgl. die Überschriften der Teile I—IV der WahlD. — statthaft sein soll (s. auch den Hinweis des ArbGG. im Beschl. v. 4. Febr. 1931; BenschSamml. 11, 486, daß jede Betriebsvertretung in der WahlD. „geforderte und jeweils der Eigenart angepaßte Berücksichtigung“ finde). Hätte

unter dem Gesichtspunkt bilden, daß die Vermeidung dieser Nachteile nicht nur im Interesse des betreffenden Beteiligten, sondern im Interesse einer sachgemäßen Abwicklung des Verfahrens geboten erscheint.

Unter diesen Gesichtspunkten betrachtet erscheint der vorliegende Beschl. nicht unbedenklich. Er hält allein schon die ungünstige Lage, in der sich die Gläubigerin der hinter den Rechten der betreibenden Gläubigerin rangierenden Hypothek von 75 000 RM befindet, für einen Grund zur Vertagung des Versteigerungstermins, ohne näher barzuliegen, inwiefern die Vertagung zugleich einer sachgemäßen Abwicklung des Verfahrens dienlich ist. Aber auch wenn man den Beschl. stillschweigend dahin ergänzen könnte, daß mit der Ermöglichung der Erwerbung des Grundstücks durch diese Gläubigerin einer Verflechtung des Grundstücks vorgebeugt würde, so stellt doch eine nähere Ausführung darüber, ob und weshalb anzunehmen ist, daß die Gläubigerin infolge der Vertagung sich im neuen Termin entschließen wird, das Grundstück zu ersteigern, daß also die Schwierigkeiten der Geldbeschaffung, die ihr gegenwärtig entgegenstehen, in absehbarer Zeit behoben sein werden.

Ist somit der Beschl. noch nicht so klar durchgedacht, daß er der Praxis für die Reichweite des Vertagungsrechts des § 227 ZPO. im Zwangsversteigerungsverfahren sichere Grenzlinien absteckt, so ist es doch zu begrüßen, daß in ihm dieses wichtige Problem, dessen richtige Lösung die gegenwärtige Not der Grundstücksverflechtungen wesentlich mildern könnte, gerade unter dem Gesichtspunkt der heutigen Wirtschaftsverhältnisse ausführlich erörtert ist.

II. Zur formellen Frage der Zulässigkeit der Beschwerde gegen Ablehnung des Vertagungsantrags könnte aus Abs. 2 des an sich anwendbaren § 227 ZPO. ein Bedenken entnommen werden, da diese Vorschrift die Beschwerde ausschließt. Demgegenüber weist aber der vorl. Beschl. mit Recht auf § 95 ZwVerfG. hin, der als lex specialis dem § 227 ZPO. vorgeht. Wenn auch die Vertagung des Versteigerungstermins rechtlich etwas anderes ist als die Einstellung des Verfahrens, so kommt sie ihr doch in der Wirkung so nahe, daß man § 95 ZwVerfG. sachgemäß auch auf Entsch. über Vertagungsanträge wird anwenden können (zu vgl. a. Faackel-Wäthe, Anm. 2 zu § 95).

Zum Schluß möge noch, da dies in der Praxis gelegentlich übersehen wird, darauf hingewiesen werden, daß die Vertagung des Versteigerungstermins nur, entweder wie im vorliegenden Falle, vor seiner Abhaltung oder, wenn im Termin selbst darüber entschieden wird, vor dem Schluß der Versteigerung ausgesprochen werden kann. Nach dem Schluß der Versteigerung (vgl. § 73) kann, wenn ein Vertagungsgrund vorliegt, diesem Umstande gem. § 33 ZwVerfG. nur durch Vertagung des Zuschlags Rechnung getragen werden. Ist endlich ein im Termin gestellter Vertagungsantrag abgelehnt und danach der Zuschlag erteilt, so kann die Ablehnung des Vertagungsantrags nicht mehr selbständig angefochten werden (Faackel-Wäthe, Anm. 1 zu § 95), aber auch eine Beschwerde gegen den Zu-

dem Termin nicht nur Aufklärung darüber, wie die Wahl zu erfolgen habe, sondern fürte die Wahl auch selbst durch, indem er den Kandidaten der Liste 2 namens G. von zwei in einem Papierbogen steckendenzetteln, welche die Namen der zu Wählenden enthielten, einen herausziehen ließ und dann die auf diesem Zettel verzeichneten Kandidaten als gewählt erklärte. Die Antragsteller hatten die so zustande gekommene Wahl der Betriebsratsvorsitzenden wegen Verstoßes gegen wesentliche Wahlverfahrensvorschriften für ungültig und haben sie unter Hinweis auf § 33 WahlD. z. BetrRG., den sie auch für den Fall des § 29 Abs. 1 Satz 1 BetrRG. angewendet wissen wollen, mit dem Antrag auf Ungültigkeitserklärung rechtzeitig bei dem ArbG. angefochten. Das ArbG. hat den Antrag zurückgewiesen. Es ist der Auffassung, daß bei dem Mangel einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung § 33 WahlD. z. BetrRG., der lediglich die Wahl des Betriebsausschusses regelt, auf die hier in Frage kommende Wahl der Betriebsratsvorsitzenden nicht entsprechend anwendbar sei; es erachtet ferner den Wahlvorstand zur Durchführung der Wahl für befugt und hält auch die Art ihrer Durchführung durch Losentscheidung für unbedenklich, zumal für die Behauptung eines unzulässigen Vorgehens nicht der geringste Beweis erbracht sei.

Der gegen diesen Beschluß gerichteten, gemäß § 87 Abs. 1 und 2 ArbGG. form- und fristgerecht bei dem für ihre Entsch. nach § 85 Abs. 1 a. a. D. zuständigen ArbG. eingelegten Rechtsbeschwerde der Antragsteller, mit welcher sie Aufhebung des Beschl. und Entsch. nach ihrem bei dem ArbG. gestellten Antrag begehren, kann ein Erfolg nicht verfaßt werden.

Laut § 29 Abs. 1 Satz 1 BetrRG. hat „der Wahlvorstand die Mitglieder des Betriebsrats spätestens eine Woche nach ihrer Wahl zur Vornahme der nach den §§ 26, 27 erforderlichen Wahlen“, d. h. der Wahlen sowohl des ersten und zweiten Vorsitzenden des Betriebsrats (§ 26) wie des Betriebsausschusses (§ 27), „zusammenzuberufen“. Während für die letztere Wahl in § 33 Abs. 1 Satz 1 WahlD. z. BetrRG. ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß sie „in der zu diesem Zwecke zusammenberufenen Betriebsratsitzung (§ 29 des Gesetzes) unter der Leitung des ältesten Betriebsratsmitglieds stattfindet“, fehlt es an einer solchen oder ähnlichen Bestimmung für die gemäß § 26 BetrRG. vorzunehmende Wahl der Betriebsratsvorsitzenden. Muß man daher die vorhandene Gesetzeslücke durch Auslegung ergänzen, was nach der Rspr. des RG. und des ArbG. an sich zulässig ist (vgl. ArbG. 3, 215; 5, 134), so darf doch diese Ergänzung nicht in der Weise erfolgen, wie es der

der Gesetzgeber die in § 26 BetrRG. erwähnte Wahl der Ansechtbarkeit zugänglich machen wollen, so hätte nichts näher gelegen, als im Zusammenhang mit § 33 WahlD. (Ansechtbarkeit der Betriebsausschusswahl) auch die Ansechtung der Vorsitzendenwahl zu regeln. Hier liegt m. E. ein Fall vor, wo man mit Recht aus dem Schweigen des Gesetzes den Schluß nicht auf ein Versehen, sondern auf eine absichtliche Nichterwähnung ziehen kann. Der Gesetzgeber konnte hier davon ausgehen, daß bei dem kleinen Personenkreis, der die Vorsitzenden wählt (die Betriebsvertretung bis zu acht Mitgliedern), im allgemeinen die — noch dazu vollkommen formlose — Wahl soweit aufrechterhalten werden kann, wie nicht geradezu eine „Nichtwahl“ (i. S. des auch sonst üblichen Unterschiedes von ansechtbarer und Nichtwahl) vorliegt. Es kommt noch hinzu, daß nach der wohl herrschenden Auffassung, die auch das ArbG. anscheinend teilt (vgl. die für die Reichsbahn-BetrRG. ergangene Entsch. v. 26. Juni 1928; BenschSamml. 3, 41), die Betriebsratsvorsitzenden jederzeit wieder abgesetzt werden können, so daß auf diese Weise Fehler bei der Wahl sofort durch die Mehrheit des Betriebsrats korrigiert werden können, während der Minderheit in solcher Lage eine Ungültigkeitserklärung auch nichts nützt (die Mehrheit wird in der neuen Wahl wohl die gleichen Vorsitzenden wiederwählen).

Zu b): Sodann ist in der Entsch. nicht näher gesagt, warum die Wahlleitung durch das älteste Mitglied eine „wesentliche Vorschrift“ i. S. des § 20 WahlD. sein und — dies wiederum unterstellt — nicht jedenfalls ein Einfluß des Verstoßes auf das Wahlergebnis zu verneinen sein soll.

Die zwar mit guten Gründen vom ArbG. abgeleitete, aber doch immerhin nicht ausdrücklich vorgeschriebene Wahlleitung durch das älteste Mitglied kann m. E. kaum als eine Bestimmung angesehen werden, deren unbedingte Befolgung durch eine sog. „Mißvorschrift“ angeordnet ist“ (dies das Merkmal der „wesentlichen Vorschrift“ nach der am Schluß des vorletzten Abzages genannten Entsch. vom 28. Nov. 1928; BenschSamml. 4, 252, 254). Inwiefern schließlich bei dem kleinen Wahlkörper des § 26 mit meist genau bekannter gewerkschaftlicher und persönlicher Einstellung ein Fehler in der Wahlleitung auf das Ergebnis von Einfluß sein soll, hätte m. E. auch näher gesagt sein müssen; für den Regelfall kann man vom Gegenteil ausgehen und annehmen, daß die Wahlleitung auf das Wahlergebnis ohne jeden Einfluß ist.

So komme ich zu dem Schluß, daß das ArbG. zwar die §§ 26, 29 BetrRG. zutreffend auslegt, daß aber die Vorsitzendenwahl weder ansechtbar noch (falls man sie sogar für ansechtbar hält) nach § 20 WahlD. für ungültig zu erklären ist.

MinR. Dr. Georg Flatau, Berlin.

angefochtene Beschl. im Anschluß an Flatau's BetrRG.-Komm., 12. Aufl., zu § 29 Anm. 3 tut. Eine derartige Auslegung widerspricht, wenngleich sie, was nicht verkannt werden soll, auch von dem sonstigen maßgebenden Schrifttum geteilt wird (s. insbes. Feig-Sizler, BetrRG., 11./12. Aufl., zu § 29 Anm. 2; Kiesel-Schryp, BetrRG., 6. Aufl., zu § 29 Anm. 1 und Mansfeld, BetrRG., 2. Aufl., zu § 29 Erl. 2a) und bei dem Mangel einer ihr unmittelbar entgegenstehenden Vorschr. auf den ersten Anschein vielleicht naheliegender mag, wie unten zu erörtern sein wird, sowohl dem Wortlaut, Sinn und Zweck des Gesetzes als auch dem hieraus folgenden Willen des Gesetzgebers. Sie verstößt mithin gegen § 133 BGB.; denn bei der Auslegung eines Gesetzes kann der Richter zwar jedes ihm zur Aufklärung des Gesetzeswillens erforderlich oder dienlich erscheinende Mittel anwenden, er muß aber vor allem prüfen, ob das, was als ermittelt gelten soll, im Gesetz selbst einen geeigneten Ausdruck gefunden hat, der auf den entsprechenden Willen des Gesetzgebers schließen läßt (ArbG. 7, 27). Das gilt namentlich auch für das BetrRG. (vgl. RG. 111, 415<sup>1</sup>).

Prüft man nun unter den vorbezeichneten Gesichtspunkten die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen, so ist zunächst festzustellen, daß nach § 29 Abs. 1 Satz 1 BetrRG. der Wahlvorstand die Mitglieder des Betriebsrats lediglich „zur Vornahme der nach den §§ 26, 27 erforderlichen Wahlen zusammenzuberufen hat, d. h. er hat dafür Sorge zu tragen, daß die Mitglieder des Betriebsrats die fraglichen Wahlen vornehmen. Daß der Wahlvorstand diese Wahlen auch durchzuführen oder bei ihnen irgendwie mitzuwirken hätte, ist der Fassung des Gesetzes nicht zu entnehmen. Der Ausdruck „zusammenzuberufen“ aber kann schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch dem Wort „Leiten“ nicht gleichgestellt werden. Er bedeutet nicht mehr und nicht weniger als „einberufen“ oder „einladen“. Der Wahlvorstand hat also seine Pflicht erfüllt, wenn er binnen der vom Gesetz vorgesehenen einwöchigen Frist den ordnungsmäßigen Zusammentritt der Mitglieder des Betriebsrats veranlaßt. Damit ist seine Tätigkeit, die an sich mit dem Abschluß, d. h. mit der gehörigen, dem § 18 WahlD. BetrRG. entsprechenden Bekanntmachung des Wahlergebnisses und mit der Aushängung der Wahlakten an den Betriebsrat (§ 22 a. a. D.) endet, auch erschöpft (s. Warner, BetrRG. zu § 29 Anm. 1); denn ebensowenig wie der Wahlvorstand in einem nach vollzogener Betriebsratswahl anhängig werdenden Streitverfahren als „Beteiligter“ i. S. des § 83 ArbGG. angesehen werden kann (vgl. ArbG. 2, 206), stehen ihm nach diesem Zeitpunkt andere Befugnisse als die ihm durch § 29 Abs. 1 Satz 1 BetrRG. ausdrücklich und ausnahmsweise zugewiesene Aufgabe der „Zusammenberufung“ der gewählten Betriebsratsmitglieder zu. Der Zweck dieser Ausnahmebestimmung besteht offensichtlich darin, den Betriebsrat überhaupt lebensfähig zu machen und seine Geschäftsführung in Gang zu bringen (SchlichtW. 1921, 255). Dafür, daß dem so ist, bietet die Entstehungsgeschichte einen gewissen Fingerzeig. Aus ihr geht nämlich hervor, daß der Entw. zum BetrRG. in § 21 (jetzt 29) Abs. 1 Satz 1 anstelle des Wahlvorstands dem „Arbeitgeber“ die Aufgabe der „Zusammenberufung“ der Betriebsratsmitglieder zuweisen wollte und daß gegen die Übertragung des Vorzuges an den Arbeitgeber lebhafteste Einwände erhoben wurden (vgl. Druckf. der verfassungsgebenden Deutschen NatVers. Nr. 928 S. 21, 26, Nr. 1835 S. 1909, 1922, 1932, 1974, 1985, 1995; Nr. 1988 S. 5 und Nr. 2028 S. 6). Diese Einwände zeitigten zur zweiten Beratung des Gesetzentwurfs einen Antrag Nr. 1912 Ziff. 21a, der in § 29 Abs. 1 Satz 1 die Worte des Entw. „Der Arbeitgeber“ in „Das älteste Betriebsratsmitglied“ änderte. Zu dessen Begründung führte ein Abgeordneter in der 137. Sitzung der NatVers. v. 15. Jan. 1920 im wesentlichen aus, der Antrag wolle ausmerken, daß der Arbeitgeber die erste Sitzung des Betriebsrats „einberufen“ habe; der Betriebsrat werde auch „aus seiner Mitte heraus“ ein Mitglied für befähigt erklären können, jederzeit und an jedem Orte eine Sitzung „einberufen“; das älteste Mitglied des Betriebsrats werde dafür das gegebene Mitglied sein, wie ja auch in der NatVers. das älteste Mitglied allemal dasjenige sei, das zu Anfang „bevor . . . der Vorsitzende gewählt sei, die Sitzung „eröffne“. Der Antrag wurde zwar ohne weitere Erörterung abgelehnt, es wurde dafür aber ein nicht näher begründeter Antrag Nr. 1939 Ziff. 14 angenommen, welcher sich von dem ersteren Antrag lediglich dadurch unterschied, daß er das Wort „Arbeitgeber“ durch „Wahlvorstand“ ersetzte (vgl. StenBer. über die genannte Sitzung, Druckf. S. 4321 f.). Die Entstehungsgeschichte bestätigt also die von dem angefochtenen Beschl. abweichende Auffassung des ArbG., jedenfalls insoweit, als „zusammenberufen“ in § 29 Abs. 1 Satz 1 BetrRG. gleichbedeutend mit „einberufen“ ist. Aus ihr folgt ferner, daß derjenige, welcher die erste Sitzung des Betriebsrats „zusammenzuberufen“ hat, sie nur „eröffnen“, nicht aber sie auch „leiten“ soll. Daß auch das Gesetz zwischen „Zusammenberufen“ und „Leiten“ unterscheidet, zeigen, wie die Rechtsbeschwerde zutreffend hervorhebt, § 29 Abs. 1 Satz 2 BetrRG. und § 33 Abs. 1 Satz 1 WahlD. z. BetrRG. zur Genüge. Dazu kommt, daß gemäß § 26 BetrRG. — worauf die Rechtsbeschwerde ebenfalls mit Recht hinweist — der Betriebsrat den ersten und zweiten Vorsitzenden „aus seiner Mitte“ wählt, daß also auch hiernach von einer „Leitung“ der Wahl durch

<sup>1</sup>) JW. 1927, 250.

den Wahlvorstand oder auch nur von dessen „Mitwirkung“ bei der Wahl keine Rede sein kann. Nicht minder ist der Rechtsbeschwerde darin beizutreten, daß sie zur Unterstützung ihrer Ansicht auf § 33 Abs. 1 im Zusammenhang mit § 34 Satz 1 WahlD. z. BetrRG. Bezug nimmt. Allerdings betrifft die erstere Vorschr. nur die in § 27 BetrRG. angeordnete Wahl des Betriebsausschusses, der übrigens ebenso wie nach § 26 a. a. D. die beiden Vorsitzenden des Betriebsrats aus der „Mitte“ zu wählen ist. Sie fügt jedoch, indem sie — wie bereits gesagt — zwischen der zu diesem Zwecke „zusammenberufenen“ Betriebsratsitzung und der „Leitung“ der Wahl unterscheidet, dem Worte „Betriebsratsitzung“ in einer Klammer den „§ 29 des Gesetzes“ hinzu und läßt dadurch deutlich erkennen, daß sie dieselbe Sitzung im Auge hat, in der nach § 29 Abs. 1 Satz 1 a. a. D. nicht allein die auf Grund des § 27, sondern auch die gemäß § 26 erforderliche Wahl vorzunehmen ist, d. h. die überhaupt erste Sitzung der Mitglieder des Betriebsrats nach ihrer Wahl. Wenn in dieser Sitzung die Wahl des Betriebsausschusses gemäß § 33 Abs. 1 Satz 1 WahlD. z. BetrRG. „unter der Leitung des ältesten Betriebsratsmitglieds“ zu erfolgen hat, so ist nicht einzusehen, warum die in derselben Sitzung erfolgende Wahl der Betriebsratsvorsitzenden unter anderer Leitung stattfinden soll. Das um so weniger, als auch der Betriebsrat nach § 34 Abs. 1 Satz 1 a. a. D. unter der Leitung eines Ältesten, nämlich des ältesten Arbeitnehmers des Betriebs, gewählt wird. Endlich geben § 33 Abs. 1 Satz 1 und § 34 Abs. 1 Satz 1 WahlD. z. BetrRG. als solche, bei denen es sich wie bei den übrigen Vorschriften über das Wahlverfahren um öffentlich-rechtliche, im öffentlich-rechtlichen Interesse erlassene Bestimmungen handelt (NArbG. 3, 104), i. Verb. m. dem oben Dargelegten noch einen weiteren beachtenswerten Anhalt für den Willen des Gesetzgebers. Er läßt sich alles in allem dahin zusammenfassen, daß entsprechend der Stellung des Betriebsrats als einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft (NArbG. 5, 213<sup>2)</sup>) die im unmittelbaren Anschluß an seinen Zusammentritt vorzunehmenden ersten Wahlen, zu denen die Wahl der Betriebsratsvorsitzenden unbedenklich gerechnet werden kann, von dem (an Verb. m. dem oben Dargelegten) in ähnlicher Weise vorgenommen werden müssen, wie es bei den ersten Wahlen in sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften, insbes. bei den Wahlen der Vorsitzenden dieser Körperschaften geschieht und zudem nach den getroffenen Feststellungen bei der zweiten Beratung des Gesetzentwurfs in der NatVerf. ohne Widerspruch ausdrücklich betont worden ist. Hiernach aber erweist sich die im vorl. Falle von dem Wahlvorstand ausgeübte Leitung der Wahl der beiden Betriebsratsvorsitzenden als mit dem Wortlaut, Zweck und Sinn des BetrRG. wie mit dem Willen des Gesetzgebers unvereinbar. Sie enthält zugleich einen Verstoß gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlverfahren (NArbG. 2, 364) und ist, da der Natur der Sache nach auch die übrigen Voraussetzungen des § 20 WahlD. z. BetrRG. gegeben sind, ungültig.

Demzufolge war, ohne daß es eines Eingehens auf die weitere gegen die Art der Durchführung der Wahl durch Posziehung gerichtete Rüge der Rechtsbeschwerde bedurfte, der angefochtene Beschl. aufzuheben und dem Antrag auf Ungültigkeitserklärung stattzugeben. Immerhin sei zu der zweiten Rüge bemerkt, daß auch sie in Anbetracht der strengen Anforderungen, welche — wie das NArbG. schon wiederholt ausgesprochen hat (vgl. u. a. Beschl. v. 9. März 1929, RB. 41/28<sup>3)</sup> und v. 28. Febr. 1931, BR. 61/30) — an eine einwandfreie Vornahme der im BetrRG. vorgesehenen Wahlen gestellt werden müssen, nicht von vornherein unbegründet erscheint.

(NArbG., Beschl. v. 6. Dez. 1930, RAG RB 33/30.) [D.]

## C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

### I. Reich.

#### Reichsfinanzhof.

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

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

#### 1. Reichsabgabenordnung.

1. § 82 RAbgD.; §§ 6 Abs. 2, 17, 26—45, 29 Nr. 3, 37 Abs. 1 Nr. 2, 65 EinkStG. Ist zweifelhaft, ob wegen der Beteiligung eines Pflichtigen an einer Gesellschaft oder Gemeinschaft als Mitunternehmer eine einheitliche Gewinn- bzw. Verlustfeststellung zu treffen ist, oder verdrängt sich die einheitliche Feststellung, so kann die Veranlagung des Pflichtigen bezüglich der übrigen Einkünfte in entsprechender Anwendung des § 82 Abs. 1 RAbgD. vorläufig vorgenommen werden. †)

In der Rechtsbeschwerde hat der BeschwF. neben der von ihm

<sup>2)</sup> JW. 1930, 3129.

<sup>3)</sup> JW. 1930, 472.

Zu 1. Der Entscheidung ist beizupflichten.

1. Die Feststellung, daß der StPfl. im vorl. Fall vom steuer-

vertretenen Auffassung, daß nach dem Vertrag eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zustande gekommen sei, auch auf die Besonderheiten des Steuerrechts hingewiesen, nach denen einkommensteuerrechtlich das Vorliegen einer stillen Gesellschaft nur dann anzunehmen sei, wenn der stille Gesellschafter nur am Ertrag und nicht am gesamten Geschäftsvermögen beteiligt sei. Letzteres treffe aber hier zu. Es sei daher geboten, den BeschwF. als Mitunternehmer jedenfalls im Sinne des Steuerrechts anzusehen. Diese Einwendungen sind begründet. Das FinGer. hat sich darauf beschränkt, darzulegen, daß der BeschwF. im Sinne des Handelsrechts stiller Gesellschafter sei, es ist aber nicht darauf eingegangen, ob der BeschwF. nicht trotzdem im Sinne des Steuerrechts als Mitunternehmer zu behandeln war. Nach der ständigen Rechtsprechung des RFG. ist in Anlehnung an die Ausführungen von Flechtheim in Düringer-Sachenburg (Anm. 4 und 7 zu § 340 HGB.) zu unterscheiden zwischen einem sog. typischen stillen Gesellschafter, d. h. einem Gesellschafter, dessen Gewinnbeteiligung sich nur auf den laufenden Geschäftserfolg, nicht dagegen auf den bei der Veräußerung von Anlagekapital erzielten Gewinn oder — bei Auflösung des Geschäfts — auf den etwa für den Geschäftswert erzielten Übererlös bezieht. Dem steht gegenüber der stille Gesellschafter, der am gesamten Geschäftsvermögen beteiligt ist. Zwar ist im Sinne des Handelsrechts auch bei der nicht üblichen, aber durch besondere Vereinbarung möglichen Beteiligung eines Gesellschafters am ganzen Geschäftswert das Vorliegen eines stillen Gesellschaftersverhältnisses möglich. Die Eigentumsrechte eines derartigen Gesellschafters und die Frage der Haftung regelt sich alsdann nach den Bestimmungen über die stille Gesellschaft. Wirtschaftlich steht aber ein derartiger Gesellschafter, was seine Beteiligung an dem finanziellen Ergebnis der Gesellschaft betrifft, dem Gesellschafter einer OHG. oder einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nahe. Das EinkStG. rechnet zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb alle diejenigen Einkünfte, die ein Gesellschafter, der als Mitunternehmer eines Gewerbebetriebes anzusehen ist, bezieht, und stellt dem alle Einkünfte gegenüber, die jemand aus kapitalistischer Beteiligung an einer Gesellschaft bezieht. Welche Einkünfte den einzelnen Einkommensarten zuzurechnen sind, bestimmt sich, unbeschadet der besonderen Vorschriften der §§ 26—45 EinkStG., nach § 6 Abs. 2 EinkStG. nach der Verkehrsauffassung. Da nun der stille Gesellschafter, sofern er am gesamten Geschäftsvermögen bzw. an dem gesamten bei Veräußerung oder Auflösung der Gesellschaft erzielten Erlöse beteiligt ist, in bezug auf die finanziellen Folgen seiner Beteiligung, d. h. in der Regel auf seine Einkünfte aus der Gesellschaft, wirtschaftlich ebenso gestellt ist wie der Gesellschafter einer OHG. oder einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, hat der RFG. in ständiger Rechtsprechung eine solchen Gesellschafter als Mitunternehmer i. S. des § 29 Nr. 3 EinkStG. angesehen und dementsprechend seine Einkünfte als gewerbliche Einkünfte behandelt. Nur der typische stille Gesellschafter im Sinne der obigen Darlegungen bezieht Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG.

Hiernach genigte die Feststellung des FinGer., daß der BeschwF. als stiller Gesellschafter i. S. des HGB. anzusehen sei, nicht zur Ablehnung des Antrags, eine Beteiligung als Mitunternehmer im Sinne des Steuerrechts anzunehmen. Die Vorentscheidung, die in diesem Punkte das Steuerrecht nicht richtig angewendet hat oder mindestens die Möglichkeit eines Rechtsirrtums in sich birgt, war daher aufzuheben. Bei der nunmehr dem RFG. zustehenden freien Würdigung des Sachverhalts ist festzustellen, daß der BeschwF. im Sinne des Einkommensteuerrechts als Mitunternehmer an der Firma anzusehen ist. Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob das zwischen dem BeschwF. und H. eingegangene Vertragsverhältnis sich als eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder als eine stille Gesellschaft im Sinne des HGB. darstellt. Denn auch wenn man das letztere annimmt, handelt es sich doch bei dem BeschwF. nicht um einen typischen stillen Gesellschafter, sondern um einen Gesellschafter, der am gesamten Geschäftsvermögen beteiligt ist. Schon der Umstand, daß der BeschwF. das Geschäft mitbegründet hat, legt den Schluß nahe, daß er am Geschäftsvermögen beteiligt sein sollte (vgl. Düringer-Sachenburg, Anm. 7 zu § 340 HGB.). Besonders deutlich wird dies, wenn man unterstellt, das Unternehmen sei, nachdem es einige Jahre mit Erfolg betrieben wurde, im ganzen veräußert worden. Nach der Auffassung des Senats kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dem BeschwF. alsdann auf Grund des Gesellschaftsvertrags die Hälfte des Veräußerungserlöses zugefallen wäre. Das ist aber ein untrügliches Kennzeichen dafür, daß der BeschwF. auf Gebieten und

rechtlichen Standpunkt als Mitunternehmer zu behandeln sei, entspricht der ständigen und zutreffenden Anspr. des RFG. (vgl. z. B. Entsch. VI A 592/27 v. 16. Nov. 1927).

2. Eine sünngemäße Anwendung des § 82 RAbgD. auf den vorl. Fall dürfte zweckentsprechend und nicht unbillig sein, wenn gleich nicht zu verkennen ist, daß hier die Verzögerung eines zutreffenden endgültigen Bescheides z. T. auch durch die abwegige rechtliche Beurteilung der Sachlage seitens des FinV. und des FinGer. veranlaßt worden ist. Gleichwohl dürfte die vom Senat gefundene Lösung noch im Rahmen des § 6 RAbgD. liegen.

RA. Dr. Lucas, Düsseldorf.

Verberben an dem Unternehmen, und zwar auch an dessen Anlagewerten und am Geschäftswert beteiligt war.

2. Da hiernach der Beschw. als Mitunternehmer der Firma H. anzusehen war, ist der Verlust, den er i. F. 1925 auf Grund seiner Beteiligung an diesem Unternehmen erlitten hat, von seinen sonstigen Einkünften abzuziehen. Die Feststellung dieses Verlustes könnte nur dann im Verfahren betreffend Veranlagung des Beschw. vorgenommen werden, wenn sich bei einer Nachprüfung durch das für die einheitliche Gewinnfeststellung zuständige FinV. ergeben sollte, daß im vorliegenden Falle die im § 19 EinkStAusfVest. aufgeführten Voraussetzungen vorliegen, unter denen ausnahmsweise von der einheitlichen Feststellung des positiven oder negativen Geschäftsergebnisses Abstand genommen werden kann. Ist dies nicht der Fall, so kann die Veranlagung des Beschw., da alsdann die einheitliche Feststellung eine Voraussetzung des Veranlagungsverfahrens bildet, jedenfalls als endgültige Veranlagung nicht durchgeführt werden, solange nicht der gesamte Geschäftsverlust und der auf den Beschw. entfallende Teil dieses Verlustes von dem für die einheitliche Feststellung zuständigen FinV. festgestellt ist. Da bei dieser Sachlage zweifelhaft sein kann, ob die Voraussetzungen für eine endgültige Veranlagung des Beschw. gegeben sind, müssen auch die Einspruchsentscheidung und der endgültige Veranlagungsbescheid aufgehoben werden. Es fragt sich alsdann, ob nicht bis zur Klärung der Frage, ob der Verlust des Beschw. an der Firma H. einheitlich festzustellen ist bzw. bis zum Vorliegen eines Feststellungsbescheids ein vorläufiger Bescheid bezüglich der übrigen Einkünfte erteilt werden kann. Würde man das verneinen, so könnte eine Steuerfestsetzung in allen Fällen, in denen Zweifel darüber bestehen, ob ein Pächter an einem Unternehmen als Mitunternehmer beteiligt ist bzw. in denen sich die einheitliche Feststellung eines positiven oder negativen Geschäftsergebnisses bei Beteiligung mehrerer Personen an einer Gesellschaft oder Gemeinschaft als Mitunternehmer verzögert, zunächst nicht vorgenommen werden, auch wenn im übrigen steuerbare Einkünfte vorhanden sind. Bei der Ähnlichkeit, die diese Fälle mit der Ungewißheit, ob oder inwiefern die Voraussetzungen für die Entstehung einer Steuerschuld eingetreten sind, haben, ist eine entsprechende Anwendung des § 82 Abs. 1 AAbgD. geboten. Der endgültige Steuerbescheid wird daher insoweit als vorläufiger aufrechterhalten, als es sich um die Frage der Abzugsfähigkeit eines Verlustes des Beschw. aus seiner Beteiligung an der Firma H. handelt.

(RZ., 6. Sen., Ur. v. 15. Jan. 1930, VI A 1152/28.)

\*

2. § 68, 234 AAbgD.; §§ 65 ff. EinkStG. Ein entschuldbarer Rechtsirrtum darüber, daß Werbungskosten eines Gesellschafters einer OHG. bei der einheitlichen Gewinnfeststellung geltend zu machen sind, kann zur Zeit als Irrtum auch über die Art und den Fristenlauf der Rechtsmittel zur Nachsicht führen, wenn die Rechtsmittelfrist gegenüber der einheitlichen Gewinnfeststellung veräumt ist. †)

Die Beschw. ist eine OHG. Für sie erfolgte zum Steuerabschnitt — Kalenderjahr 1928 — einheitliche Gewinnfeststellung, wogegen Einspruch durchgeführt wurde. Die Einspruchsentscheidung ist den beiden Gesellschaftern der Beschw. am 13. und am 15. Juli 1929 zugestellt worden. Berufung mit dem Antrag auf Nachsicht wegen Verspätung ist erst am 18. Okt. 1929 eingelegt worden.

Die Teilhaber haben bei ihren eigenen Einkommensteuererklärungen für 1928 je Dienstaufwand und Reisekosten als Werbungskosten in Höhe von je 24 000 RM abgezogen wissen wollen.

Zu 2. Der Urteilstatbestand ist in dem Urteil des RZ. nicht hinreichend eingehend mitgeteilt, um erkennen zu lassen, ob die Gedankengänge des Senats den Anspruch auf Folgerichtigkeit und Klarheit erfüllen, und ob sie im Ergebnis zu billigen sind.

Folgende Möglichkeiten sind denkbar:

1. Zur Zeit der Einreichung der Einzelsteuererklärungen war die Berufungsfrist gegen die Einspruchsentscheidung zur einheitlichen Gewinnfeststellung noch nicht abgelaufen: alsdann genigte vom Standpunkt des Senats der bloße Hinweis auf § 234 AAbgD., und es bedurfte überhaupt keiner Erwähnung des § 68 AAbgD. Denn in der Geltendmachung der Werbungskosten in den Einzelsteuererklärungen lag ja i. S. des § 234 erkennbar der Wille zum Rechtsmittel und damit das rechtzeitige Rechtsmittel gegen die einheitliche Gewinnfeststellung.

2. Die Berufungsfrist war abgelaufen: alsdann sind zwei Unterfälle denkbar:

a) Die Gesellschafter erhielten nach Abgabe ihrer Einzelsteuererklärungen vom FinV. den Hinweis auf § 65 EinkStG. und damit auf die Unrichtigkeit der Einspruchsentscheidung gegen die einheitliche Gewinnfeststellung, womit dann der (entschuldbare) Irrtum über den tatsächlichen Fristenlauf erstmalig erkennbar wurde. Sie stellten daraufhin innerhalb der im § 69 Abs. 2 AAbgD. vorgeschriebenen Frist von zwei Wochen den Antrag auf Nachsicht unter gleichzeitiger Einlegung der Berufung (vgl. Urteilstatbestand). Alsdann waren vom Standpunkt des Senats

Sie machen geltend, die hierfür zuständigen FinV. hätten ihnen gegen § 205 Abs. 4 AAbgD. nicht mitgeteilt, daß die Werbungskosten bei der einheitlichen Gewinnfeststellung hätten geltend gemacht werden müssen. Wären sie pflichtgemäß innerhalb angemessener Zeit nach Einreichung ihrer Einkommensteuererklärungen belehrt worden, dann wären sie in der Lage gewesen, rechtzeitig gegen die Einspruchsentscheidung zur einheitlichen Gewinnfeststellung Berufung einzulegen. Hierwegen müsse ihnen hier Nachsicht gewährt werden.

Das FinGer. hat Nachsicht abgelehnt. Die Beschw. ist begründet.

Es ist allerdings richtig, daß im Falle der Versäumung einer Rechtsmittelfrist wegen Rechtsirrtums im Hinblick auf die sachliche Entscheidung eines Steuerfalls Nachsicht nicht gewährt werden kann. Die Rechtsmittelfrist ist dazu gegeben, damit der Steuerpflichtige sich innerhalb dieser Zeit überlege, ob er es bei der Entscheidung des FinV. oder FinGer. belassen oder ob er sie mit Rechtsmitteln anfechten will. Es kann deshalb nicht zugelassen werden, daß auf dem Umweg über Nachsichtgewährung diese Nachprüfung noch offen gelassen wird, wenn die Rechtsmittelfrist abgelaufen ist. Wohl aber kann, wie an sich zutreffend das FinGer. ausführt, ausnahmsweise dann wegen Rechtsirrtums Nachsicht gegen Fristversäumung gewährt werden, wenn sich der Rechtsirrtum auf die Form oder Frist eines Rechtsmittels bezieht (vgl. u. a. RZ. 10, 151 und 243). Nun handelt es sich bei der Frage, wann in Fällen, in denen einheitliche Gewinnfeststellung erforderlich ist, Werbungskosten geltend zu machen sind, allerdings auf der einen Seite um eine materielle rechtliche Entscheidung. Festzustellen ist nach §§ 65 ff. EinkStG. bei der einheitlichen Gewinnfeststellung für eine OHG. der steuerpflichtige Gewinn der Teilhaber, und er wird durch Werbungskosten, wozu Dienstaufwand gehören kann, beeinflusst, auch wenn Werbungskosten nur für einen Teil der Gesellschafter oder für die Gesellschafter in verschiedener Höhe erwachsen sind. Es muß aber anerkannt werden, daß diese Frage auch in unmittelbarem Zusammenhang mit den Fragen des Rechtsmittelverfahrens steht. Sind Werbungskosten in Fällen, in denen die einheitliche Gewinnfeststellung nötig ist, geltend zu machen, so müssen Streitfragen hierzu auch in dem Rechtsmittelverfahren zur einheitlichen Gewinnfeststellung geltend gemacht werden. Ist ein Steuerpflichtiger entschuldbar der irrtümlichen Meinung, es handle sich bei Dienstaufwand und Werbungskosten aus dem Betrieb einer OHG. um Fragen seines, der einheitlichen Gewinnfeststellung folgenden besonderen Veranlagungsverfahrens, dann bezieht sich deshalb sein Irrtum im Ergebnis auch darauf, innerhalb welchen Fristenlaufs und, wenn verschiedene FinV. in Betracht kommen, bei welchem FinV. Fragen der Dienstaufwandsentschuldigung und anderer Werbungskosten des einzelnen Teilhabers durch Rechtsmittel zu betreiben sind. Es erfordern deshalb, jedenfalls zur Zeit, solange die richtige Auslegung der §§ 65 ff. EinkStG. und die Rspr. des RZ. dazu noch nicht Gemeingut geworden sind, hier in weitherziger Auslegung des § 68 AAbgD., wie sie sich nach Erfahrungen aus der Rspr. als Bedürfnis erwiesen hat, Recht und Billigkeit, bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen entschuldbarer Irrtümer über Art und Fristenlauf der Rechtsmittel anzuerkennen, die zur Nachsicht wegen Versäumung der Rechtsmittelfristen führen können. Dabei dürfen die Erfordernisse an Inhalt und Form der Beanstandung zur Zeit keine zu strengen sein. Wird irgendetwas erkennbar zum Ausdruck gebracht, daß nachträglich Werbungskosten geltend gemacht werden wollen, so ist das i. S. des § 234 AAbgD. als Rechtsmittel gegen die einheitliche Gewinnfeststellung anzuerkennen, und kann darin unausgesprochen auch der Antrag auf Nachsicht wegen Fristversäumung erblickt werden. Da hiernach das an-

aus die Voraussetzungen des § 68 AAbgD. gegeben, und es bedurfte nicht mehr der Feststellung in der Urteilsbegründung, daß in der Einlegung des Rechtsmittels unausgesprochen auch der Antrag auf Nachsicht zu erblicken sei. Denn dieser Antrag war ja formell gestellt worden, wenn auch erst nach Ablauf der Berufungsfrist. Erst recht bedurfte es nicht mehr des Hinweises darauf, daß in der Einreichung der Einzelsteuererklärungen die Berufung zu erblicken sei; denn diese war ja verspätet, aber doch im Rahmen des § 69 rechtzeitig eingelegt.

b) Derselbe Fall wie zu 2a, jedoch erfolgte Berufung und Antrag auf Nachsicht erst nach Ablauf der Frist des § 69 Abs. 2, also später als zwei Wochen nach Feststellung des (entschuldbaren) Irrtums.

Alsdann ist — wenn der Senat richtig verstanden wird — die Verspätung der für die Nachsicht bestehenden Antragsfrist unschädlich, und es ist die nachträgliche formelle Berufung i. Verb. m. dem Nachsichtsantrag überhaupt gänzlich überflüssig gewesen. Denn: schon in der Geltendmachung der Werbungskosten in den Einzelsteuererklärungen lag unausgesprochen, aber i. S. des § 234 für das FinV. erkennbar der Wille zum Rechtsmittel und zum Nachsichtsantrage. Die Voraussetzungen der §§ 68, 69 AAbgD. waren also schon mit der Einreichung der Einzelsteuererklärungen erfüllt.

Ist vorliegend der Standpunkt des Senats für die Fälle 1 und 2a zutreffend gekennzeichnet, so liegt er auf der bisher von

gefochtene Urteil auf einer zu engen Auslegung des § 68 ABG.D. beruht, müßte es auf die Rechtsbeschwerde hin aufgehoben werden. Wenn irgend die Darstellungen der Beschw.F. richtig sind — die Einzelveranlagungsakten liegen nicht vor —, so wird nach dem Ausgeführten das FinVer., an das die Sache zurückverwiesen werden muß, Anlaß haben, gegenüber der Verjährung der Berufungsfrist Nachsicht zu gewähren und sachlich auf die geltend gemachten Werbungskosten für die einheitliche Gewinnfeststellung einzugehen. (Rfz., 6. Sen., Ur. v. 20. März 1930, VI A 358/30 S.)

## 2. Einkommensteuergesetz.

3. §§ 13, 16, 12, 19 EinkStG. Behandlung der schuldrechtlichen Beziehungen zwischen einem Unternehmer und einer von ihm beherrschten GmbH. Entnahmen, Kapitalführungen, Aktivierungen, Bewertung auf lange gestundeter Forderungen. †)

Die Beschw.F., eine OHG. für Bauausführungen hatte Ende 1926 eine Forderung für Bauarbeiten an eine GrundstücksGmbH., 1926 an der die Inhaber der OHG. wesentlich beteiligt waren. Sie hat an der diese Forderung nicht in ihre Bilanz aufgenommen, weil sie die Schuld auf unbestimmte Zeit geschuldet habe; die Grundstücke der GmbH. seien bis zum vollen Werte belastet gewesen; die GmbH. habe keine liquide Mittel. Die GmbH. hat die Forderung zum Nennwert als Schuld eingesezt.

I. Der Sen. hat zwar in feststehender Rspr. entschieden, daß der Umstand, daß ein Kaufmann ein anderes in der Form einer selbständigen juristischen Person betriebenes Unternehmen beherrscht,

ihm geübten Linie der Weitherzigkeit zugunsten des Steuerpflichtigen und ist zu billigen.

Ist er auch für den Fall 2b zutreffend gekennzeichnet, so könnte man freilich der Ansicht zuneigen, daß eine Überpannung jener Linie vorliege. Denn mit dem „unausgesprochenen, aber erkennbaren Willen“ auch die Verjährung der Antragsfrist für die Nachsicht zu überbrücken, heißt denn doch: die (vermeintliche) Billigkeit auf Kosten der „Rechtssicherheit“, d. h. zum Schaden der für Steuerbeförderung und Steuerpflichtigen in gleicher Weise wünschenswerten Erkennbarkeit der Rechtsgrundlagen des Rfz. überspannen. Eine solche Überpannung der durch § 4 ABG.D. dem Rfz. verliehenen Souveränität ist auch dann bedenklich, wenn sie zugunsten des Steuerpflichtigen erfolgt; denn sie schwächt dessen Willen zur Gewissenhaftigkeit, Umsicht, Selbständigkeit und Selbstverantwortung. (Kl. Dr. Lucas, Düsseldorf.)

Zu 3. Der Tatbestand wird einfacher, wenn man statt der OHG. eine AktG. setzt, und zwar deshalb, weil die Komplikation der Verwendung zu betriebsfremden Zwecken wegfällt. Aus diesem Grunde soll auch die Stundung nicht berücksichtigt werden, die wenigstens nach StW. 1931 Nr. 267 die Aufnahme der vollen Schuld bei der GmbH. verhindern würde. Eine Körperschaft führt bekanntlich kein privates Eigenleben. Jedes ihrer Geschäfte ist ein gewerbliches; nach dem 1. Sen. sogar die Sanierung. Die AktG. hat also im Nov./Dez. der GmbH. Bauarbeiten im Betrage von 28 000 RM geliefert; sie schreibt sie per, nicht am 31. Dez. (siehe über den Unterschied Nr. 1) wegen der schlechten Lage der GmbH. ganz ab, während die GmbH. den unverkürzten Nominalbetrag in ihrer Bilanz aufführt. Man muß unterscheiden:

1. Zur Zeit, als die AktG. sich zur Lieferung entschloß, also unter Umständen lange Zeit vor der tatsächlichen Lieferung, hat die AktG. die Lage der GmbH. günstiger beurteilt. Gerade auf diese Vordatierung ist wirtschaftlich Gewicht zu legen. Der Rfz. weist nämlich — auf den ersten Blick durchaus überzeugend — auf die ihn mit Recht ungewöhnlich anmutende Tatsache hin, daß bereits nach wenigen Wochen die Forderung voll abgeschrieben wird. Wenn aber z. B. die GmbH. gerade zur Ausführung von bestimmten Bauten gegründet ist, dann kann der kritische Moment in eine Zeit fallen, in der die ungünstige Entwicklung noch nicht zu übersehen war. Entscheidend ist dann eventuell der Tag der Gründung. Selbst ein noch früheres Datum ist nicht ausgeschlossen. Etwa der Tag, an dem für Rechnung der zu gründenden GmbH. der Bauvertrag von der AktG. mit dem Dritten abgeschlossen ist. Es steht ferner der Bilanzabschlußtag der AktG., genauer: der Tag, an welchem sich der Vorstand zur Abschreibung entschloß (nicht gerade der Tag der Generalversammlung) nicht fest. Immerhalb dieser beiden Zeitpunkte kann ein recht langer Zwischenraum liegen. Damit wird die Voraussetzung, daß es sich um ein gewöhnliches Betriebsgeschäft handelt, verstärkt.

2. Unter dieser Voraussetzung ist die Behandlung eine einfache. Die AktG. kann abschreiben. Für die Praxis von weittragender Bedeutung ist es grundsätzlich, daß in dieser Richtung das Ur. nachdrücklich auf die vorichtigste (Superlativ), ja pessimistische Auffassung des Kaufmanns verweist. Die unerquicklichen Streitigkeiten bei der Bemessung des Delkrederkontos werden radikal zu-

nicht dazu führen kann, für die EinkSt., insbes. für die Bilanzaufstellung die beiden Unternehmungen als wirtschaftliche Einheit zu behandeln. Das schließt aber nicht aus, daß durch den engen Zusammenhang die schuldrechtlichen Beziehungen wesentlich beeinflusst werden. Denn jeder Rechtsvorgang zwischen beiden kann gleichzeitig für das herrschende Unternehmen ein Betriebsvorgang und für den Unternehmer selbst ein Ausfluß seiner Eigenschaft als Gesellschafter des Tochterunternehmens sein. Bei solchen Rechtsvorgängen muß deshalb unterschieden werden, ob der Rechtsvorgang wirtschaftlich seinen Grund in dem laufenden Betriebe des herrschenden Unternehmens oder in dem Gesellschaftsverhältnis hat. Dies gilt besonders, wenn der Kaufmann seinem eigenen Betriebe in irgendeiner Form Kapital entnimmt und es der Tochtergesellschaft zuführt; hier muß geprüft werden, ob es sich nicht um eine Entnahme zu betriebsfremden Zwecken handelt, die der Gewinn des herrschenden Unternehmens nicht mindern kann. So kommt vorliegend in Frage, ob es sich nicht bei der Abschreibung der Forderung von 28 000 RM auf 0 innerhalb weniger Wochen um eine solche Entnahme zu betriebsfremden Zwecken handelt. In dieser Richtung kann man sagen: es ist durchaus ungewöhnlich, daß ein Kaufmann, der im Nov.-Dez. Leistungen für 28 000 RM macht, diese Forderung alsbald auf 0 abschreibt; er kann dies im allgemeinen nur tun, wenn er schon bei der Leistung das Bewußtsein hat, daß er bis auf weiteres ein Entgelt nicht bekommen werde, d. h. wenn er schon bei der Leistung das Bewußtsein der völligen oder teilweisen Unentgeltlichkeit der Leistung hat. In diesem Falle sind zwei Möglichkeiten gegeben:

1. Der Kaufmann macht die unentgeltliche Leistung, weil er der StPfl. zu deren Zwecken etwas zuzuwenden will, oder weil er seine eigenen Interessen an der GmbH., seine Gesellschaftsrechte stärken will, ohne daß das Interesse seines eigenen Betriebes be-

gunsten des StPfl. unterbunden. Das Ur. steht in dieser Richtung auch nicht vereinzelt da (StW. 1930, 1122 u. 1441; StW. 1930 Nr. 1007, 1008, spez. Nr. 1063).

3. Bisher ging der Rfz. in feststehender Rspr. davon aus, daß der StPfl. die aus der Dazwischenschaltung einer jur. Person entstehenden Nachteile zu tragen hat. (Rfz. 25, 255; StW. 1930 Nr. 1223; dazu Fischer: Mitt. 1931, 114; StW. 1931 Nr. 96, 301), aber auch andererseits die Vorteile genießt. Siehe das etwas überraschende, aber logische Ur.: StW. 1930 Nr. 972: Auch wenn ein Inländer alle Aktien einer ausländischen, lediglich sein Vermögen verwaltenden ThesaurierungsaktG. besitzt, ist er nur mit der ausgeschütteten Dividende, nicht wegen des Wertzuwachses der AktG. steuerpflichtig. Die Organtheorie lehnt der Rfz. ab (Burkhardt, Mitt. 1931, 110 u. DStZ. 1931, 156). Das hindert aber nicht, daß bei der Bewertung einzelner Vermögensobjekte, insbes. Forderungen, aber auch darüber hinaus, enge Beziehungen zwischen der AktG. u. GmbH., z. B. bei Ermittlung des Teilwertes berücksichtigt werden müssen. Siehe etwa StW. 1930 Nr. 248: Forderungen einer OHG. an eine personengleiche KomG. sind nicht abschreibbar. StW. 1931 Nr. 15: Trotz Verpachtung seines Unternehmens an eine GläubigerGmbH. bleibt der Abgebende Gewerbetreibender. Die GmbH. besitzt das Schlüsselgrundstück zum Terrain der AktG. Von zwei durch einen Interessengemeinschaftsvertrag zusammengeschweißten Kaligewerkschaften hat die eine die Schachtparzelle. Wenn schon der Einzelkaufmann Forderungen, die er aus Kulanz nicht einzuziehen beabsichtigt, unberücksichtigt lassen kann (StW. 1927 Nr. 307), so gilt das auch, wenn das Motiv die innere Verbundenheit ist. Das Steuerrecht kümmert sich nur um Tatsachen, nicht darum, ob auch zivilrechtlich eine juristisch bindende, meist fehlende Abmachung existiert. Ist z. B. die GmbH. zur Bauausführung extra gegründet, so ist schon dadurch die Rücksichtnahme zwangsläufig geboten, sogar eine darüber hinausgehende direkte Hilfe. Man schlächtet doch nicht die Henne und entwertet seinen eigenen Effektenbesitz. Den Schornsteinhypotheken der GmbH. wird die AktG. wohl auch nicht so ganz fremd gegenüberstehen. Dem Bankier ist, besonders zur Zeit, die das Zivildrecht umkehrende Tatsache nur zu wohl bekannt, daß der Schuldner der Stärkere ist, weil ihn der Gläubiger nicht fallen lassen kann. Coactus voluit. Man muß die Gründung der GmbH. und die daraus entspringenden Folgen als eine Einheit betrachten. Man darf auch nicht das Effektenkonto einerseits, etwaige Forderungen andererseits getrennt betrachten. Die Beteiligung der AktG. an der GmbH. sind nicht bloß die Anteile, sondern auch Buchforderungen, wie beim gewöhnlichen Bankkunden nicht nur der Debitsaldo, sondern auch das Diskontwechselfobligo. Gerade das überwiegt der Laie leicht. Mit Recht schreibt § 113 Abs. 4 Ziff. 8 des Aktienrechts Entw. die gesonderte Aufführung von Forderungen und Leistungen bei Tochterunternehmungen vor.

4. Die enge Verbundenheit kann sich auch dahin auswirken, daß die Leistungen sich als verkappte Gesellschaftsleistungen darstellen. Nach dem Ur. ist das aber nur dann anzunehmen:

a) Bei Unentgeltlichkeit, wenn also (oben Nr. 1) die AktG. eventuell bereits längere Zeit vor der Lieferung die Notwendigkeit einer Totalabschreibung klar erkannte.

b) Wenn die Leistung zu den Zwecken der GmbH. oder zur Stärkung der Gesellschaftsrechte der AktG. erfolgt, ohne

rührt würde. In diesem Falle liegt in der Zuwendung eine bei der GmbH. nach § 6b KapVerkStG. steuerpflichtige Leistung vor, die kein Gewinn der GmbH., sondern Kapitalzuwachs bei ihr ist. Bei dem Zuwendenden handelt es sich, wenn er um die Zuwendung das Vermögen seines Geschäftes mindert, um eine Entnahme zu betriebsfremden Zwecken.

2. Die GmbH. kann aber auch als Tochtergesellschaft ein wichtiges Glied im Betriebe des Beschw. sein; die Interessen der Beschw. sind gleichbedeutend mit denen der GmbH.; die Belange der Beschw. wurden durch eine Schädigung der GmbH. betrieblich geschädigt. In diesem Falle kann es sich um Werbungskosten handeln, so daß eine EinkStPfl. der Ausgabe nicht in Betracht kommt, gleichgültig ob bei der GmbH. eine GesStPfl. entsteht oder nicht. Dagegen ist dann weiter zu prüfen, ob nicht die durch die Zuwendung geschaffene Wertsteigerung der Anteile, weil durch Betriebsaufwendungen geschaffen, in einem, gegebenenfalls zu schätzenden Betrage bei der Beschw. zu aktivieren ist. Das ist nur möglich, soweit die Beteiligung dem Betriebe, d. h. der D.G. zusteht. Wenn aber die Beteiligungen den Teilhabern persönlich gehören, dann kann in der Aufwendung wieder eine Entnahme zugunsten des Privatvermögens der Teilhaber liegen, insofern die Wertsteigerung der Anteile reicht, wenn nicht die Trennung in den Personen im Hinblick auf den engen wirtschaftlichen Zusammenhang der Betriebe nur eine äußere, das Wesen der Sache nicht berührende Form ist.

II. Vom Standpunkte der Vorentscheidung wäre es darauf angekommen, zu fragen, welchen gegenwärtigen Wert die Forderung am 31. Dez. 1926 für den Betrieb der Beschw. hatte. Eine Forderung gegen eine erst im Aufbau begriffene GmbH., deren Entwicklung von der Fertigstellung und Vermietung eines noch nicht vollendeten Hauses abhängt, i. Verb. m. dem Umstande, daß die Forderung von vornherein — anscheinend sogar zinslos — auf viele Jahre gestundet werden muß, kann keinesfalls als vollwertig in die Bilanz eingestuft werden; es würde dies gegen die Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns und gegen das wirtschaftliche Denken, aber auch gegen den Grundgedanken des EinkStG. verstoßen, unrealisierte Gewinne nicht zu erfassen. Dazu kommt die weitere Angabe, die GmbH. habe am 31. Dez. 1926 keinerlei liquides Vermögen gehabt. Eine andere Frage ist es, ob die Forderung am 31. Dez. 1926 völlig wertlos war. Hier kommt

daß die Interessen des eigenen Betriebes berührt würden.

Gerade die letzte Voraussetzung wird wirtschaftlich (siehe oben Nr. 3) aber zumeist fehlen, besonders, je enger die Verflechtung ist. Auf diesem Umwege kommt der berechnete Kern der Organtheorie doch zur Geltung. Wenn man die zumgunsten des StPfl. sehr weitgehende Praxis zu § 6b, c KapVerkStG. betrachtet, hat man die Empfindung, daß unser Ur. mindestens für das KörperStG. davon weit abdrückt. Es betrachtet offenbar, der kaufmännischen Anschauung entsprechend, die gesellschaftliche Beteiligung als eine genau nachzuweisende Ausnahme. Das wird sich noch verstärken, wenn der RfG. die wirtschaftliche Tatsache in den Vordergrund rückt, daß in der Mehrzahl der Fälle eine der GmbH. gewährte direkte Hilfe im wohlverstandenen Interesse der Akt. selbst, also zu ihrem eigenen Interessenschutze gewährt werden muß (douce violence). Von der Idee, daß sie zivilrechtlich nicht dazu verpflichtet ist, muß man sich allerdings gänzlich freimachen.

5. Sollte ausnahmsweise eine richtige Gesellschaftsleistung vorliegen, so ist die Valuta auf Effektenkonto aufzubuchen. Eine Voraussetzung ist nur dann möglich, wenn der gemeine Wert der ganzen Beteiligung (Anteile, Hypotheken, Forderungen, Abvale) geringer ist. Z. B. kann der Verlust der 28 000 RM durch den Mehrwert der ursprünglichen, billig zu Buche stehenden Anteile aufgewogen werden. Dabei ist zu beachten, daß unter Umständen der Wert eines Anteilspaketes höher ist als der der einzelnen Anteile (StW. 1929 Nr. 1030; RStW. 1931, 302).

6. Die Verwendung der Kategorie des betriebsfremden Geschäftes ist abschließend ausgeglichen. Wirtschaftlich wenigstens müssen Fälle dieser Art bei einer Körperschaft oder D.G. oder einem Einzelkaufmann gleich behandelt werden. Auch Burkhardt, Mitt. 1931, 110 unterstellt, daß Zuwendungen an eine Tochtergesellschaft niemals zu betriebsfremden Zwecken gemacht werden. Im Gegensatz zu einer Äußerung im Ur. trifft das auch dann zu, wenn die Muttergesellschaft ihre Gesellschaftsrechte stärken will z. B. durch Erwerb weiterer Anteile. Sie wird das schwerlich tun, wenn nicht ihr eigenes Betriebsinteresse dadurch berührt würde.

7. Eigentümlich berührt der Satz: Es liegt eine Privatentnahme vor, insofern die Wertsteigerung der Anteile reicht. Beträgt sie nur 10 000 RM, so dürfte danach die D.G. ihre Teilhaber nur damit auf Kapitalkonto belasten. Aber Betriebsaufwand sind doch die vollen 28 000 RM, abzüglich vielleicht des Gewinnes. Vielleicht handelt es sich nur um eine ungenaue Ausdrucksweise. Entnommen ist doch der Wert des Materiales plus Löhne plus generalia, also der Teilwert, nicht die dadurch bewirkte Wertsteigerung der Anteile (Decker: StW. Novheft 1928, 1250; RfG. 24, 257; StW. 1930 Nr. 749; 1929 Nr. 505).

Dr. Ernst Fick, Hannover.

es nur darauf an, ob es auch bei vorsichtiger, pessimistischer Auffassung der Zukunftsarten vom Standpunkte des ordentlichen Kaufmanns aus noch möglich war, die Forderung, als jedenfalls gegenwärtig ganz in der Luft stehend, weil unsicher, vorläufig ertraglos ungepflegt und wenn überhaupt, dann erst nach einer Reihe von Jahren voraussichtlich eingehend anzusehen.

(RfG., Ur. v. 3. Dez. 1930, VI A 859/30.)

\*  
4. §§ 18, 30 EinkStG. Übertragung von Gewinnbeteiligungen bei einer D.G. f)

Der Beschw. ist Mitinhaber eines Bankgeschäfts (offener Gesellschaft). Er erwarb im Steuerabschnitte von einem anderen Mitinhaber eine Beteiligungsquote von 2% am Gewinne der Firma für einen in fünf Jahresraten zahlbaren Betrag. Eine Jahresrate ist bereits im Steuerabschnitte bezahlt. Der Beschw. beansprucht Abzug dieses Betrags von seinem Einkommen.

Die Vorinstanzen haben den Abzug abgelehnt. Das FinGer. hat ausgeführt, es handle sich um eine Verschiebung der Gewinnbeteiligung zwischen zwei Gesellschaftern. Was der Beschw. aufgewendet habe, um eine Erhöhung seiner Gewinnbeteiligung zu erlangen, sei eine Ausgabe zur Verbesserung des Vermögens und daher nach § 18 EinkStG. nicht abzugsfähig. Die Verbesserung seiner Beteiligung hätte bei der einheitlichen Gewinnfeststellung der Gesellschaft berücksichtigt werden können, bei der Veranlagung des Beschw. sei dies nicht möglich.

Die RfSchw. ist unbegründet.

Der Beschw. und seine Vertragsgegnerin waren Gesellschafter einer D.G. Bei der Vereinbarung sind die Kapitalkonten der Beteiligten anscheinend unberührt geblieben. Dies schließt jedoch nicht aus, eine Abtretung von gesellschaftl. Beteiligung anzunehmen. Die Kapitalkonten der Gesellschafter einer D.G. in der Gesellschaftsbilanz (Handelsbilanz) geben lediglich die Verteilung des bilanzmäßigen Reinvermögens unter die einzelnen Gesellschafter an. Sie geben den Wert der Beteiligung jedes einzelnen Gesellschafters an, wenn die Bilanz als wirkliche Vermögensbilanz zutreffend wäre. Würde das Geschäft mit allen Aktiven und Passiven am Bilanzstichtage zu einem den Bilanzwerten entsprechenden Preise, d. h. zum Mehrbetrage des Bilanzwerts der Aktiven über den Bilanzwert der Passiven (= zum

Zu 4. A. Abfindungen an einen ausscheidenden Gesellschafter übersteigen vielfach dessen Kapitalkonto. Die Behandlung des Mehrbetrags bei der Einkommensteuer des verbleibenden Gesellschafters liegt in konstanter Rpr. des RfG. fest (RfG. v. 14. März 1928, VIa 489/27; ZW. 1928, 2658; ferner RfG. v. 11. Jan. 1929, VIa 1274/28; StW. 344). Danach erscheinen Aufwendungen, die zur Deckung dieses Mehrbetrags von dem übernehmenden Gesellschafter, einerlei ob sie aus dem Gesellschaftsvermögen oder privaten Mitteln der Gesellschafter gemacht worden sind, immer als Maßnahmen innerhalb des Gewerbebetriebs. Wie andere Aufwendungen gewerblicher Art bilden sie daher abzugsfähige Betriebsausgaben. Nur sind diese Ausgaben insofern zu aktivieren, als sie zur Verbesserung der Rechte des abfindenden Gesellschafters am Betriebsvermögen und dessen einzelnen Gegenständen gebient haben. Von den bisher behandelten Fällen weicht der Tatbestand des obigen Urteils insofern ab, als es sich nicht um das Ausscheiden eines Gesellschafters, sondern um die teilweise Überlassung des Gewinnanteils eines in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafters an einen anderen Gesellschafter handelt. Auch in ihr liegt eine wenigstens teilweise Abfindung der Gesellschaftsbeteiligung. Es erscheint daher durchaus gerechtfertigt, auch für diese Teilabfindung die gleichen Grundsätze zur Anwendung zu bringen. Auch hier handelt es sich um Realisierung von Werten, die bis dahin in den Bilanzaktiven und Kapitalkonten der Gesellschafter keinen Ausdruck gefunden haben. Wird das Entgelt aus den Mitteln der Gesellschaft gegeben, so ist bei dieser, wird es, wie augenscheinlich hier, aus dem Privatvermögen des Gesellschafters bestritten, so ist in einer besonderen Berechnung neben der Gesellschaftsbilanz die Vergleichung zwischen der Verpflichtung des übernehmenden Gesellschafters und dem dafür für ihn erlangten Mehrwert der gesellschaftlichen Beteiligung vorzunehmen. Die Besonderheit der Entsch. beruht vor allem darin, daß sie auf das Erfordernis dieses ergänzenden Bestandvergleichs hinweist und daß sie weitere Richtlinien für die Gestaltung gerade der Aktivseite dieser Berechnung in grundsätzlicher Weise aufstellt. Es muß jeweils festgestellt werden, welche Werte mit der Abfindung abgegolten werden, und es ist dabei zu beachten, daß einzelne dieser Werte dauernd, andere nur für gewisse Zeit, ihrer Art nach dem Gesellschafter erhalten bleiben, also in verschiedener Weise der Abschreibung unterliegen. Daß der RfG. diese Berechnung innerhalb der einheitlichen Gewinnfeststellung der Gesellschaft nach § 65 EinkStG. behandelt, entspricht seiner ständ. Rpr. (vgl. insbes. das neuere Ur. v. 4. Juni 1930, VIa 852/28; ZW. 1930, 3572).

RW. Dr. Strauß, Mannheim.

B. 1. Der Tatbestand ist klar. Zur Vereinfachung nehme ich an, der Erwerber E. und der Verkäufer B. sind die einzigen Gesellschafter. Hervorzuheben ist: lediglich die Gewinne, nicht

bilanzmäßigen Reinvermögen der Gesellschaft) verkauft werden, so entfielen von dem Kaufpreis auf jeden Gesellschafter der seinem Kapitalkonto entsprechende Betrag. Tatsächlich ist die Gesellschaftsbilanz in der Regel als eine zutreffende Vermögensbilanz nicht anzusehen und kommt ein Verkauf des Geschäfts zu einem dem bilanzmäßigen Reinvermögen entsprechenden Betrage nicht in Frage, und das selbe gilt von der steuerlichen Interesse berechtigten Handelsbilanz, der sog. Steuerbilanz. Das wirkliche Reinvermögen der Gesellschaft wird meist höher, kann auch ausnahmsweise niedriger sein, als die Bilanz erkennen läßt. Man kann aber auch nicht sagen, daß die Gesellschafter im Verhältnis ihrer Kapitalkonten an der Gesellschaft beteiligt seien. Dies würde nur dann gerechtfertigt sein, wenn Gewinn und Verlust vollständig entspr. den Kapitalkonten der Gesellschafter zu verteilen wären. Dann genügt zur Angabe der Beteiligung eines Gesellschafters die Angabe seines Kapitalkontos und der Summe aller Kapitalkonten; wer ein Kapitalkonto von 100 000 RM bei 500 000 RM Kapitalkonten im ganzen hätte, wäre genau zu 20% an der Gesellschaft beteiligt. Wenn jedoch, wie häufig, Gewinn und Verlust nicht genau entsprechend den Kapitalkonten zu verteilen sind, ist die rechtliche Beteiligung eines Gesellschafters durch den Betrag

seines Kapitalkontos nicht vollständig bestimmt, sondern zur richtigen Darstellung seiner Beteiligung gehören auch die Bestimmungen über die Verteilung von Gewinn und Verlust, ähnlich wie beim Vorhandensein mehrerer Gattungen von Aktien das in einer Aktie verbriefte Aktienrecht durch Angabe des Verhältnisses ihres Nennwerts zum Grundkapitale nicht vollständig bestimmt ist. Grundsätzlich ist die Änderung der Beteiligung am Gewinn und Verlust deshalb eine Änderung der davon betroffenen Gesellschaftsrechte, auch wenn die Kapitalkonten unverändert bleiben. Wird dabei kein Entgelt gewährt, so muß man annehmen, daß entweder die Erhöhung der Beteiligung am Gewinn oder die Erhöhung der Beteiligung am Verlust gleichgeschätzt ist oder daß die Verschiebung der Gewinnbeteiligung mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der zukünftigen Leistungen der Gesellschafter für die Gesellschaft, u. U. auch wegen bisheriger Verschiedenheit der Leistungen, erfolgt ist. Gewährt jedoch ein Gesellschafter einem anderen ein Entgelt, so hat er damit eine von ihm angenommene Verbesserung seiner gesellschaftlichen Beteiligung auf Kosten der gesellschaftlichen Beteiligung des anderen bezahlt, und dann ist eine teilweise Veräußerung einer gesellschaftlichen Beteiligung trotz Gleichbleibens der gesellschaftlichen Kapital-

die Kapitalbeteiligung ist geändert. Bei einer Liquidation erhält also E. wie B. nach wie vor jeder die Hälfte, obwohl nach der Übertragung E. am Gewinn mit  $\frac{3}{4}$  und B. mit  $\frac{1}{4}$  beteiligt ist. Gerade deshalb komme ich zu anderen Resultaten wie das Urteil und Strauß. — Wie wird ein Kaufmann ohne Rücksicht auf die Steuer und lediglich von dem Bestreben nach klarer Darstellung der wirklichen Verhältnisse die Sache auffassen?

2. B. sagt sich: „Ich habe eine Gewinnbeteiligung verkauft. Da im Normalfalle kein Kaufmann dem andern etwas schenkt, liegt der Fall so, als wenn ich ein anderes Vermögensobjekt, etwa eine Forderung, angemessen verkauft habe. An die Stelle des Wertes des Rechtes ist Geld getreten. Mein Vermögen hat sich durch den Verkauf zunächst nicht vermehrt. Es handelt sich um ein gewagtes Geschäft (venditio rei speratae). Ich schneide gut ab, wenn der Gewinn der D.G. zurückgeht; es kann auch umgekehrt kommen. Alles das liegt in der Zukunft. Zur Zeit habe ich nur den Vorteil der Liquidität (Geld statt Forderung).“

3. Hier setzt der R.F. ein. Zwar wendet er nicht § 44 Nr. 1 (Ersatz für entgehende Einnahmen) an, hält aber unter Billigung von Strauß dem B. entgegen: a) Du hast den Mehrwert deiner Beteiligung zum Teil realisiert. b) Dieser Mehrwert beruht auf den stillen Reserven.

Zu a) Der Kaufmann vermag diesen Mehrwert — wenigstens zur Zeit — und deshalb ebenso wenig seine Realisierung zu entdecken. Für ihn stellt sich das erst beim endgültigen Ausschneiden aus der Firma heraus. Beträgt dann die Abfindungssumme oder der Schmelzwert zu  $\frac{1}{4}$  gleich der früher gezahlten Gewinnquotenabfindung mehr als — kurz gesagt — sein Kapitalkonto, dann, aber auch erst dann ist ein Gewinn vorhanden, vorher nicht (vgl. JW. 1928, 2658). Das Geschäft ist noch nicht abgewickelt. Vielleicht hat dem Urteile folgende Idee vorgeschwebt: „B. hat einmal a) das Recht an dem Vermögen der D.G., den Kapitalanspruch, b) den Gewinnanspruch. Dem ersteren steht als Passivum die Einlage, also das Kapitalkonto entgegen und muß daher vom Erlös abgezogen werden. Dagegen nicht beim letzteren. Wird also der Gewinnanspruch veräußert, so findet kein Abzug wegen einer Kapitalinvestition statt; der Erlös aus der Gewinnbeteiligung ist also reiner Gewinn.“ Dem widerspricht aber die Einheitlichkeit des ganzen Gesellschaftsverhältnisses. Das Kapitalkonto steht auch mit dem Gewinnanspruch in unmittelbarer Beziehung. Das tritt besonders klar zutage, wenn die Gewinnquote von Anfang an für B. und E. verschieden festgesetzt war, weil B. der Kapitalist war; er hat sie durch seine Mehreinlage erworben. Hier wie so oft muß man erst das Endresultat abwarten. Gerade Becker hat den Begriff der einheitlichen Geschäftsmaßnahme beim Kauf eines Grundstücks, Abbruch und Neubau eingeführt. In StW. 1931 Nr. 98 hat U. GmbH-Anteile verkauft, er deshalb zum Teil erst von B. erworben, der nachträglich Schadenersatz geltend macht. Ganz richtig sagt der R.F.: „Das Ergebnis der Veräußerung kann nur einheitlich veranlagt werden; der sonst maßgebende Grundsatz der Selbständigkeit der Steuerabschnitte könne nicht durchgeführt werden.“ Die Zulässigkeit nachträglicher Werbungskosten beruht auf derselben Idee. Gerade dem tüchtigen Juristen fällt es, wie das Urteil zeigt, offenbar besonders schwer, sich zum einfachen, wenn auch vielleicht laienhaftesten Denken zu zwingen. Tut er das, so entdeckt er manchmal, daß die auf den richtigen Weg führende Tür gar nicht so schwer zu öffnen ist. „Das Schlußfollor wird oft vermisst, wenn man es sucht, wo es nicht ist.“

Zu b) Ebenso wenig vermag sich der Kaufmann mit der Theorie der stillen Reserven abzufinden. Dauernde stille Reserven finden sich meistens bei den Anlagekonten (Grundstück, Gebäude). Aber gerade diese sind doch bei B. verblieben, der nur den Gewinn, nicht den Kapitalanspruch veräußerte. Schon deshalb ist insoweit § 30 auf ihn nicht anwendbar. Das Urteil erweitert allerdings den Begriff. Es zählt zu ihm Kundschaft usw., also eine vermehrte Ge-

winchance, die der R.F. sonst von der Aktivierung ausschließt. Sollten die stillen Reserven im engeren Sinne a) sich unter den liquiden Mitteln befinden und b) zur Gewinnausschüttung benutzt werden, so erleidet B. durch ihr Verschwinden hinsichtlich seines Kapitalanspruches einen Verlust, der den sog. Gewinn aus dem Quotenverkauf aufzehrt oder mindert. Endlich: Die stillen Reserven sind zumeist gar keine echten, sondern unechte Reserven; also weiter nichts als eine Vorsorge für sicher einmal eintretende schlechte Zeiten, also zum Verzehr bestimmt. Kaufmännisch sind sie ein bloßer Berichtigungsposten für die mit der gewerblichen Tätigkeit untrennbar verknüpften künftigen Betriebsgefahr (Dekretkonto). Das Steuerrecht will das bis jetzt immer noch nicht so recht anerkennen (Strauß § 13 Nr. 20, 744; JW. 1929, 2016; RStW. 1930, 95; StW. 1930 Nr. 265; die Zukunft berücksichtigen ausnahmsweise StW. 1929 Nr. 155; JW. 1929, 686; RStW. 1928, 326). Der R.F. sollte einmal ein Spitzengutachten einholen. Zur Zeit (vor 3 Monaten geschrieben) notiert die D.-Aktie 102½%. Die Börse bewertet also die großen offenen und die vielleicht noch größeren sog. stillen Reserven mit Null.

4. E. sagt sich: „Ich habe eine Forderung (Recht) erworben, kann also nicht etwa meine Zahlung als Verlust betrachten. Das Abzugsverlangen des Beschw. ist schon kaufmännisch nicht zu billigen. Darin hat der R.F. recht, ebenso Strauß. Aber der Wert dieser Forderung ist ungewiß. Wenn ich ausscheide, erlischt sie, sofern dem nicht durch Mänderung des Gesellschaftsvertrages (Fortsetzung mit den Erben des E., aber auch mit denen des B.) Rechnung getragen wird.“ — Demgemäß ist nicht der ganze aus dem 25% für E. sich ergebende Mehrerwerb Reingewinn. Das erworbene Recht muß amortisiert werden. Die Frage ist nur: Innerhalb welcher Zeit? Das ist Sache des Einzelfalles. E. und B. sind jung, die D.G. auf lange Zeit abgeschlossen. Also lange Amortisation. Oder umgekehrt; also kurze Tilgung. Im strengen Sinne ist die erkaufte Gewinnquote ja kein immaterielles Konto, vielmehr die Aktivierung eines Gesellschaftsrechts (bei einer AktG. etwa ein Genußschein). Eindringlich tritt das dann hervor, wenn B. dem E. nur eine Unterbeteiligung gegeben hat, also ohne Änderung des Gesellschaftsvertrages. B. erhält nach wie vor offiziell 50%, von denen er 25% weitergibt. Aber das aus dem Quotenverkaufe entpringende Recht hat wegen der ihm anhaftenden Ungewißheit mit einem immateriellen Konto eine gewisse Ähnlichkeit. Solche zweifelhaften Konten schreibt der Kaufmann in etwa fünf Jahren ab. Beim Dekretkonto billigt StW. 1931 Nr. 176, 180, 182 eine vorzichtige, pessimistische Auffassung. So ausführlich über Abschreibungen auf goodwill Burckhardt: Mitt. 1931, 156 unter Bezugnahme auf Becker: StW. 1930, 454. Er bemerkt, daß das gesicherte Bestehen gerade bei der sog. Stammschaft oder der Geschäftsorganisation nur auf wenige Jahre zu bemessen ist (siehe auch Wulff: DStZ. 1931, 177). Da auch unser Urteil bei stillen Reserven, die nicht in Anlagekonten stecken, auch keinen goodwill darstellen, ein baldiges Verschwinden annimmt, also wohl auch bei einem so unsicheren Aktivum wie das Gewinnrecht, so wird auch dieser Punkt nicht schwer zu erledigen sein. Denn die Anlagereserven sind (oben 3b) bei B. verblieben. Die ganze komplizierte und dem Kaufmann fremde Verteilung des Urteils könnte wegsallen.

5. Der wesentliche Unterschied zwischen dieser Handhabung und der des Urteils und Strauß ist der folgende. Nach dem Urteil muß E. die 200 000 RM aktivieren, und zwar nach StW. 1929 Nr. 980, 982, 933 durch entsprechende Erhöhung der stillen Reserven enthaltenden Aktiva. Stecken sie im Warenbestande, so kann E. eigentlich ganz zufrieden sein. Durch die Heraushebung vermindert sich für ihn der Gewinn, weil der Anfangsbestand höher ist als der Jahresendbestand. Allerdings nicht für B. Aber welche Undurchsichtigkeit! Die offizielle Bilanz der D.G. enthält ganz andere

konten anzunehmen. Der Gesellschafter, der das Entgelt erhält, hat dies nach § 30 EinkStG. zu versteuern, er hat den Mehrwert seiner gesellschaftlichen Beteiligung gegenüber dem Kapitalkonto zum Teil realisiert; der Gesellschafter, der das Entgelt gewährt, hat den Betrag zur Verbesserung seiner gesellschaftlichen Beteiligung aufwendet. Für den letzteren liegt eine gewerbliche Ausgabe vor, es ist deshalb nicht gerechtfertigt, auf sie den § 18 EinkStG. in der Weise anzuwenden, daß lediglich ihre Abzugsfähigkeit vom Einkommen verneint wird. Wenn § 18 EinkStG. die Absetzung von Aufwendungen zur Verbesserung des Vermögens verbietet, so hat dies für gewerbliche Ausgaben lediglich die Bedeutung, daß diese zu aktivieren sind. Wie ein Einzelkaufmann, der Aufwendungen zur Geschäftserweiterung macht, diese per Bestandskonten an Kasse zu buchen hat und bei der nächsten Bilanz aufstellung sowie bei jeder weiteren, u. U. durch Abschreibung der erworbenen Gegenstände auf den niedrigeren gemeinen Wert bewirken kann, daß die Ausgaben irgendwann sein Einkommen mindern, so hat auch der Erwerber einer gesellschaftlichen Beteiligung entsprechend zu verfahren, und soweit ihm dies infolge des Gesellschaftsverhältnisses im Rahmen der Buchführung und Bilanzierung der Firma nicht möglich ist, bleibt nur übrig, dies in Form einer für ihn allein geltenden Ergänzung der gesellschaftlichen (Steuer-) Bilanz festzuhalten. Im einzelnen ist dabei folgendermaßen zu verfahren. Zunächst ist eine Bilanzergänzung für den Tag der Vereinbarung der Abtretung der Gewinnbeteiligung aufzustellen. Diese enthält kein Kapitalkonto, vielmehr ist der Wert der Verpflichtungen des übernehmenden Gesellschafters gegenüber dem übertragenden, auf den Tag der Abtretung gerechnet, auf der Passivseite einzusetzen; denn diese Schuld ist für den Ersteren eine Betriebschuld. Sind Ratenzahlungen vereinbart, so sind die Zwischenzinsen abzuziehen. Für die Bildung der Aktivseite ist davon auszugehen, daß die in der Gesellschaftsbilanz aufgeführten Kapitalkonten den in derselben Bilanz enthaltenen Aktiv- und Passivwerten entsprechen. Der tatsächliche Mehrwert der gesellschaftlichen Beteiligungen beruht auf dem Vorhandensein von stillen Reserven, d. h. regelmäßig auf Unterbewertungen der Aktiva — Überbewertung von Passiven kommt nur ausnahmsweise in Frage —, und als Unterbewertung ist auch die Nichtberücksichtigung eines wirtschaftlichen Gutes, wie hauptsächlich der Kundschaft anzusehen. Auf diesen stillen Reserven beruht es, wenn für eine Übertragung einer Gewinnquote ohne Veränderung der Kapitalkonten ein Entgelt gewährt wird; denn das Vorhandensein von stillen Reserven erhöht den wirklichen Wert der gesellschaftlichen Beteiligungen nach Maßgabe der Beteiligung am Gewinne. Man kann deshalb einfach sagen, das Entgelt werde für die Übertragung eines Anteils an den stillen Reserven gewährt. Danach ist das Entgelt, d. h. der auf der Passivseite der Bilanzergänzung stehende Betrag der Verpflichtung, nach Maßgabe der anzunehmenden stillen Reserven zu verteilen. Dem Beschw. ist zuzugeben, daß eine genaue Verteilung auf die einzelnen Gegenstände, die stille Reserven enthalten, nicht verlangt werden kann. Andererseits trifft es aber nicht zu, daß die stillen Reserven in etwa fünf Jahren verschwinden sein werden. Vielmehr ist anzunehmen, daß die beim Geschäftswert zu unterstellende stille Reserve, falls nicht ein Rückgang des Betriebs festzustellen ist, nach fünf Jahren noch voll vorhanden sein wird; der kaufmännische Grundsatz, daß Ausgaben für immaterielle Werte in wenigen Jahren abzuschreiben sind, ist nach der ständ. Rspr. des Sen. nicht anzuerkennen. Ferner werden bei Anlagegegenständen die stillen Reserven sehr langsam verschwinden. Dagegen mag im übrigen ein Verschwinden der stillen Reserven in fünf Jahren anerkannt werden. Danach sind in der Bilanzergänzung folgende Posten zu bilden: Geschäftswert, sonstige Anlagegegenstände, andere Bilanzwerte. Bei der Verteilung des Entgelts auf diese Posten ist nicht kleinlich zu verfahren und im wesentlichen den Angaben des Beschw. zu folgen, soweit nicht besondere Bedenken bestehen. Jede Zahlung des Beschw. an die Vertragsgegnerin ist wie eine Einlage zu behandeln,

Werte und einen ganz andern Gewinn als die vom Ur. verlangte Privatbilanz. Ein gewöhnlicher Sterblicher wird sich schwer zurechtfinden. Diefelbe Erscheinung auch JW. 1930, 3799.

6. Ich würde also so rechnen. Gewinn der D. G. kalkuliert 100 000 RM. B. und C. gleich beteiligt je 50%. B. überträgt gegen 200 000 25% Gewinnbeteiligung. Also erhält C. 75 000 RM minus Amortisation etwa 15 bis 25 000 RM je nach der Belegenheit des Einzelfalles. Dem B. werden die 200 000 RM erst beim Ausschneiden nach § 30 angerechnet. Dagegen hat er natürlich das aus ihnen sich ergebende Einkommen (Zinsen usw.) zu versteuern.

7. Die an B. gezahlte Summe dürfte nach unbefangener Lebensanschauung doch wohl mehr als ins Privatvermögen überführt gelten, also Nichtanwendung des § 65 (anders anscheinend Strauß). Aber nicht hinsichtlich des C. seine Kauquote, denn sonst schwebt bei ihm die Amortisation in der Luft, weil beim Privatvermögen kein Bestandsvergleich vorgenommen wird. Z. B.: Nicht C., sondern ein dritter Privatmann A. erwirbt die Quote als Unterbeteiligter des B. Die D. G. wird dadurch nicht berührt. Man sieht vorderhand keine Möglichkeit für A., zu amortisieren. Im Urteilsfalle ist also bei C. in der Tat der Bestandsvergleich anzuwenden. Der Gewinn ist nach § 65 zu

d. h. sie erhöht sein Kapitalkonto der Bilanzergänzung, ohne daß diese Erhöhung als Gewinn anzusehen ist. Auf den Stichtag der Gesellschaftsbilanz 1927 und ebenso für alle späteren Stichtage der Gesellschaftsbilanz ist sodann eine entsprechende Bilanzergänzung aufzustellen, bei der der Posten für Geschäftswert nur herabzusetzen ist, wenn ein Rückgang des Betriebs anzunehmen ist; der Posten für sonstige Anlagegegenstände ist entsprechend dem Durchschnittssatz für Anlagegegenstände bei der Gesellschaft, der Posten andere Bilanzwerte in fünf Jahren abzuschreiben. Die Verpflichtung gegenüber der Vertragsgegnerin ist nur insoweit auf der Passivseite zu berücksichtigen, als er zu dieser Zeit noch besteht. Der durch Vergleich mit der vorjährigen bzw. ersten Bilanzergänzung sich ergebende Verlust mindert das gewerbliche Einkommen des Beschw.; ein Gewinn kann sich nicht ergeben.

Der Vorinstanz ist nun zwar darin beizutreten, daß diese Berechnung bei der einheitlichen Feststellung des Gewinns der D. G. vorzunehmen war. Der Senat hält es jedoch für zulässig, den Einspruch des Beschw. als Einspruch gegen die einheitliche Gewinnfeststellung aufzufassen und nach Lage der Umstände wegen etwaiger Versäumung der Rechtsmittelfrist ohne weiteres Nachsicht zu erteilen.

Die Sache wird an das FinU. zurückverwiesen, das die Sache an das für die einheitliche Gewinnfeststellung der D. G. zuständige FinU. abzugeben hat.

(RfS., 6. Sen., Ur. v. 17. Dez. 1930, VI A 1579/29.)

### 3. Körperschaftsteuergesetz.

5. § 11 Nr. 6 KörperStG. Legt eine Körperschaft Mit gliederbeiträge zinsbringend an, so stellen die Zinsen keine Mitgliederbeiträge dar.

Die veranlagten Zinsen können nicht als mittelbare Beiträge nach § 11 Nr. 6 steuerfrei bleiben. Als Beitrag ist nach der Entsch. RfS. 24, 173 anzusehen, was ein Mitglied kraft seiner gesellschaftlichen Verpflichtung zu leisten hat. Um Leistungen kraft gesellschaftlicher Verpflichtung handelt es sich bei den streitigen Zinsen nicht. Die Zinsen stammen aus eigenem Vermögen des Verbandes, nicht aus dem Vermögen der Mitglieder. In RStBl. 1929, 41 hat der Senat bereits ausgesprochen, daß Einnahmen eines Verbandes, die aus einer eigenen Tätigkeit des Verbandes und nicht aus einer Tätigkeit der Mitglieder stammen, nicht als Mitgliederbeiträge angesehen werden können. Dasselbe muß gelten von Einnahmen, die aus eigenem Vermögen eines Verbandes und nicht aus dem Vermögen der Mitglieder stammen. Würde man der Auffassung des beschwerdeführenden Verbandes folgen, dann würde der Grundsatz des Körperschaftsteuerrechts, daß die Körperschaften gegenüber ihren Mitgliedern (Gesellschaftern) steuerlich selbständig sind, durchbrochen, und es würde auch kaum noch eine Grenze zwischen Mitgliederbeiträgen und anderen Einnahmen gezogen werden können. Im übrigen sieht auch die Verkehrsauffassung, die nach § 4 RMbG. bei der Auslegung der Steuergesetze zu berücksichtigen ist, Einnahmen eines Verbandes von der Art der streitigen Zinsen nicht als Beiträge der Mitglieder an.

(RfS., 1. Sen., Ur. v. 2. Dez. 1930, I A 324/30.)

\*

6. §§ 13, 18 KörperStG.; § 13 EinkStG. Die Verpflichtung einer AktG., ihr Vermögen bei der Liquidation an Nicht-Aktionäre auszuschütten, kann nicht in einem mit der Vermeerung des Vermögens wachsenden Passivposten zum Ausdruck gebracht werden. †)

Die Beschw. bezweckt, die Zeitgeschäfte der Mitglieder des M.-Vereins für Zeitgeschäfte an der Wertpapierbörse zu sichern, das Liquidationsgeschäft an den Stichtagen der Wertpapierbörse dadurch zu erleichtern und zu beschleunigen, daß die Mitglieder

3/4 auf ihn, zu 1/4 auf B. zu verteilen. Dagegen könnte man die Festsetzung der Amortisationsquote sehr wohl als Sondergewerbebetrieb des C. ansehen (siehe den ähnlichen Fall StW. 1931 Nr. 98). Der dann nicht unter § 65 fällt. Es ist aber ganz praktisch, wenn das für die D. G. zuständige FinU. die Sache gleich miterledigt. Bei der durch das Urteil geforderten Verteilung sogar sicher. Hier pflichtete ich Strauß bei.

Dr. Ernst Fleck, Hannover.

Zu 6. Der Gedanke, gewisse Vereinsleistungen der Mitglieder auch dann als echte Mitgliedsbeiträge anzusehen, wenn dadurch die wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder gefördert werden sollen, ist grundsätzlich durch RfS. v. 30. Juni 1923 (I A 85/23: RfS. 13, 126) anerkannt worden. Dieser Grundsatz wird aber dadurch eingeschränkt, daß solche Leistungen echte Mitgliedsbeiträge sein müssen und nicht etwa nur eine Gegenleistung für eine Vereinsleistung in einem besonderen Falle; die Rspr., inwiefern solche Leistungen noch als echte Mitgliedsbeiträge angesehen werden können, ist schwankend (u. a. günstige RfS. v. 28. Jan. 1927: RfS. 20, 286; vgl. aber eine der letzten ungünstigen Entsch. des

die Skontierung und Regelung ihrer Zeitgeschäfte durch die Beschw. bewirken lassen. Im Einklang mit dieser Zweckbestimmung der Beschw. hat der M.-Verein für Zeitgeschäfte e. V. als seinen Zweck bezeichnet, unter Zuhilfenahme der Beschw. die Zeitgeschäfte seiner Mitglieder zu erledigen; der Zweck des M.-Vereins ist nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet. Die Beschw. war unter Mitwirkung des D.-Verbandes gegründet worden, der auch der alleinige Besitzer des 50 000 M betragenden, zu 1/4 eingezahlten Aktienkapitals der Beschw. ist. Der Verband hat sich vertraglich verpflichtet, sein Stimmrecht in der Generalversammlung der Beschw. in einer die Interessen des M.-Vereins wahrnehmenden Weise auszuüben und dafür Sorge zu tragen, daß zu Aufsichtsratsmitgliedern der Beschw. die Verwaltungsratsmitglieder des M.-Vereins gewählt werden.

Mitglieder des M.-Vereins können die Börsenfirmer (Bankiers und Makler) werden. Sie haben beim Eintritt eine Gebühr an die Beschw. zu entrichten, die in einem gewissen Verhältnis zu den bei der Beschw. bereits angesammelten Reserven stehen soll; doch kann die Eintrittsgebühr ermäßigt und für Kurzmakler ganz erlassen werden. Die Mitglieder haben der M.-Kasse für die Erledigung jedes Geschäfts eine Gebühr zu entrichten. Mitglieder, welche ihre Verpflichtungen gegenüber der Kasse nicht rechtzeitig erfüllen, ihre Skontobogen nicht rechtzeitig einreichen, haben eine Geldstrafe zu entrichten. Bei der Auslösung der Kasse erhalten die Aktionäre den auf ihre Aktien eingezahlten Betrag und dazu 8%; der Rest des Gesellschaftsvermögens fließt den Mitgliedern des M.-Vereins zu. Von dem jährlichen Reingewinn der M.-Kasse werden 5% der gesetzlichen Rücklage zugeführt. Sondern erhalten die Aktionäre 8% Dividende. Von dem dann noch verbleibenden Betrage kann eine Tantieme an den Aufsichtsrat gewährt werden; der Rest ist zur Deckungsrücklage oder zu Wohlfahrtszwecken zu verwenden oder auf neue Rechnung vorzutragen.

In der Körperschaftsteuererklärung 1926/27 wies die Beschw. einen Überschuß von 1 200 000 M aus, zog davon aber eine der Deckungsrücklage überwiegende Summe von 1 100 000 M ab, so daß nur ein steuerpflichtiges Einkommen von 100 000 M verblieb. Nach dem Ur. I A 462/28 v. 29. Jan. 1929 (StBl. 1929, 143), das über die Körperschaftsteuer der Beschw. im Geschäftsjahr 1925/26 ergangen war, hat die Beschw. ihre Bilanz für 1926/27 berichtigt. Sie hat die Deckungsrücklage getrichen, hat dafür unter den Passiven ein Prämienübertragskonto gebildet und diesem Konto auch den Betrag von 1 100 000 M zugeführt, der ursprünglich der Deckungsrücklage für 1926/27 zugewiesen war. Der Steuerauschuß hatte die Deckungsrücklage als steuerfrei angesehen und die Beschw. nur nach einem Einkommen von 100 000 M veranlagt. Die Bewertung des Vorstehers des FinA. hatte Erfolg.

Die Gesellschaft hat Rechtsbeschwerde, das FinA. hat Anschluß-

5. Sen. v. 23. Mai 1930, V A 635/29). Außerdem ist es möglich, daß ein wirtschaftlicher Verband (wie z. B. ein Partikulierschiffereverband) ein Betrachtungskontor in der Form eines steuerlich bevorzugten nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Vereins errichtet, selbst wenn bei diesem Verein als äußere Form ein kaufmännisch eingerichteter und verwalteter Betrieb vorliegt (vgl. RZf. v. 30. Juni 1923, I A 85/23; RZf. 13, 126).

Diese Erwägungen sind aber hier schon deshalb mit Recht abgelehnt worden, weil eine Erwerbsgesellschaft (AktG.) vorliegt, und weil deshalb die Grundätze von RZf. v. 23. März und 14. Nov. 1929 (I A 623/28; RZf. 26, 128 und 132) angewandt werden müssen, denn derartige steuerlich bevorzugte Mitgliedsbeiträge sind bei den mit juristischer Person ausgestatteten Erwerbsgesellschaften ungewöhnlich. Daß — überdies — die vorl. Entsch. auch die Organisationsform ablehnt, läßt sich hier rechtfertigen, weil eben der hinter der AktG. stehende Verein keinen Organismus hat, dessen Bestandteile die Herangezogene sein könnte.

Ob allerdings in solchen Fällen grundsätzlich ein Treuhandverhältnis abzulehnen ist, mag doch recht zweifelhaft erscheinen: Warum soll nicht rein begrifflich eine Treuhand möglich sein, selbst für den Fall — oder gerade für den Fall —, daß der Treuhänder Geschäfte vornimmt, die nicht im Rahmen des Geschäftsbetriebes des Treugebers liegen? Allerdings hat der RZf. Recht, wenn er meint, daß er dann — wirtschaftlich gesehen — die Verpflichtung einer jeden Tochtergesellschaft, Familiengesellschaft usw. abschleppen müßte. Letzten Endes ist das logische Ergebnis dieser Betrachtung, daß die heutige reichsdeutsche Körperschaftsteuergebung nicht recht mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise der RWbG. zu vereinigen ist. In der Tat ziehen ja andere Gesetzgebungen, wie z. B. die englische, durchaus eine entsprechende Konsequenz und sehen davon ab, daßelbe wirtschaftliche Einkommen doppelt — nämlich einmal bei der Körperschaft und später nochmals beim Aktionär — zu besteuern. Um den Zwecken des geltenden Rechtes Genüge zu tun, muß man allerdings dem RZf. dahingehend zustimmen, daß die wirtschaftliche Betrachtungsweise in der positiven Körperschaftsteuergebung ihre Grenzen findet.

Zur Frage „Deckungsrücklage“ oder „Prämienübertrag“ sei auf den ausführlicheren Tatbestand bei RZf. v. 29. Jan. 1929

beschwerde eingelegt, weil unter den Kreditoren eine Rückstellung von 200 000 M für die eventuell zu zahlende Körperschaftsteuer enthalten sei.

Die Rechtsbeschwerde der Gesellschaft ist unbegründet, die Anschlußbeschwerde des FinA. ist begründet.

Die Beschw. ist nach ihrer Rechtsform eine Erwerbsgesellschaft. Bei Erwerbsgesellschaften, die mit ihren Mitgliedern Leistungen und Gegenleistungen austauschen, ist nach RZf. 26, 124 anzunehmen, daß die der Gesellschaft zustehende Gegenleistung nicht die Eigenschaft eines Mitgliedsbeitrags hat. Hier ist es nun noch so, daß die Mitglieder des M.-Vereins, die ihre Zeitgeschäfte durch die Beschw. abwickeln lassen, gar nicht einmal Mitglieder der Beschw. sind. Um eine der Voraussetzungen für die Kennzeichnung der Gegenleistungen als Mitgliedsbeiträge zu schaffen, vertritt die Beschw. die Anschauung, daß sie nur als Organ oder als Treuhänderin des M.-Vereins anzusehen sei, so daß dem Wesen nach der Leistungsaustausch zwischen dem M.-Verein und seinen Mitgliedern stattfindet. Organ des M.-Vereins kann die Beschw. schon um deswillen nicht sein, weil der M.-Verein, der angelegliche Dienstherr, keinen Betrieb hat, in den sich die geschäftliche Tätigkeit der Beschw. organisch einfügen könnte; auf die Frage der Selbständigkeit oder Unselbständigkeit der M.-Kasse gegenüber dem M.-Verein braucht darum nicht eingegangen zu werden. Für die Annahme eines Treuhandverhältnisses fehlen gleichfalls die Voraussetzungen. Der Zweck des M.-Vereins ist nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet. Um den von Haus aus beabsichtigten wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ins Leben zu rufen, ist durch die Beschw. gegründet. Ihr ist der Geschäftsbetrieb als eigener Lebenszweck übertragen worden. Wollte man trotz Fehlens eines ausdrücklichen Treuhandvertrags und entgegen den in den Gesellschaftsverträgen festgelegten Zwecken des Vereins und der AktG. hier ein Treuhandverhältnis annehmen, dann könnte die Steuerpflicht einer jeden Tochtergesellschaft, Familiengesellschaft u. dgl. aus dem Wege geräumt werden. Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, wie sie hier von der Beschw. erstrebt wird, ist darum nicht möglich. Es erübrigt sich deshalb auch eine Betrachtung, warum die Gegenleistungen der Börsenfirmer, selbst wenn die Geschäfte als zwischen dem M.-Verein und seinen Mitgliedern abgeschlossen gelten könnten, ihrem Wesen nach keine Mitgliederbeiträge sein würden.

Das Wesen eines Prämienübertrags ist in der schon erwähnten Entsch., I A 462/28, gekennzeichnet (vgl. auch RZf. 16, 40). Die Beschw. fordert ohne Rücksicht auf die Höhe der für schwebende Geschäfte vereinnahmten Prämien oder aktivierten Prämienansprüche die Anerkennung einer steuerfreien Rücklage von 2 000 000 M, weil in dieser Höhe ein Risiko aus den am Stichtage schwebenden Geschäften von nicht weniger als 337 000 000 M vorhanden sei. Wie hoch ein Risiko einzuschätzen ist, ist Tatfrage. Das FinGer. hat

(I A 462/28; StBl. 1929 Nr. 291; StBl. 1929, 143) verwiesen: Die Abwicklung erfolgt nämlich „in der Weise, daß die Beschw. an den Liquidationstagen die Verpflichtungen ihrer Mitglieder nach beiden Seiten durch Lieferung der Papiere bzw. durch Zahlung erfüllt, und die Mitglieder ihrerseits ihre Verpflichtungen aus Zeitgeschäften nicht an den Vertragsgegner, sondern an die Beschw. erfüllen. Für jedes Geschäft erhält die Beschw. eine Gebühr. Sie erfüllt die Geschäfte auch dann, wenn sie ihrerseits keine Erfüllung erhält. Jedes Mitglied hat bei seinem Eintritt in den Liquidationsverein eine Garantiesumme zu leisten. Ferner hat jedes Mitglied für jedes Geschäft Sicherheit zu stellen. Falls ein Mitglied an Liquidationstage seine Verpflichtung nicht voll erfüllt, hält sich die Beschw. zunächst an die für das besondere Geschäft gestellte Sicherheit, dann an die Garantiesumme des Mitgliedes und schließlich an das sonstige Vermögen des Mitglieds. Falls alles das zur Bestreitung der Verbindlichkeiten nicht ausreicht, wird die Deckungsrücklage in Anspruch genommen, die von der Beschw. aus ihrem Geschäftsüberschüssen anzusammeln ist. Wenn auch diese Deckungsrücklage erschöpft ist, zahlt die Beschw. aus den angesammelten Garantiesummen aller Mitglieder nach genau festgelegten Umlegungsmaßstäben.“

Hierzu hatte der RZf. (a. a. O.) entschieden, daß das Vorrecht, steuerfreie Deckungsrücklagen zu schaffen, kein Sonderrecht der Versicherungsgesellschaften sei, sondern lediglich eine Auswirkung der allgemeinen Bilanzierungsvorschriften für buchführende Steuerpflichtige. Zur zulässigen Höhe von solchen Schadensreserven hat der RZf. schon früher (Gutachten v. 24. März 1925, I D 1/25; RZf. 16, 40 und 41) betont, daß bei den Kalkulationen der Versicherungsunternehmen davon ausgegangen wird, daß das ausstehende Risiko nicht größer ist als die eingenommenen Prämien, und daß man darum zuläßt, daß das ausstehende Risiko auf der Grundlage der gutgebrachten Prämien geschätzt wird und als Prämienübertrag zum Ausdruck kommt. Soweit typische Versicherungsgesellschaften in Frage kommen, läßt sich dieser Grundsatz durchaus hören; wenn aber — wie in RZf. v. 29. Jan. 1929 — dies Vorrecht auf allgemeine Grundlage allen buchführenden Steuerpflichtigen gegeben wird, so muß man bei einer solchen begrifflichen Ausdehnung entsprechend berücksichtigen, daß ein Unternehmen, das keine typische Ver-

sich auf den allgemeinen Erfahrungssatz gestützt, daß das übernommene Risiko der für die Übernahme gezahlten Prämie entspricht. Die Beschw. hat in den Tatsacheninstanzen — und übrigens auch in der Rechtsbeschwerde — nichts dafür vorgebracht, daß nach dem bisherigen Geschäftsgang der allgemeine Erfahrungssatz in ihrem Sonderfalle nicht angewendet werden könne.

Schließlich kann auch ein Passivposten nicht deshalb gefordert werden, weil bei einer Liquidation der Beschw. die Mitglieder des M.-Vereins Ansprüche auf einen Teil der Masse haben. Ansprüche, die erst nach Auflösung der Beschw. ein wirtschaftliches Gewicht erhalten, belasten die Beschw. nicht. Die Vereinbarung über Verteilung des Liquidationserlöses geht nicht zu Lasten der Beschw., sondern zu Lasten der Aktionäre der Beschw.

(RFG., 1. Sen., Ur. v. 18. Nov. 1930, I A 100/30.)

\*

7. §§ 15 Nr. 3, 17 Nr. 3 und 4, 11 Nr. 3 RörpStG.

a) Ist der zur Abdeckung einer Unterbilanz zur Verfügung stehende Jahresgewinn größer als die Unterbilanz, so sind nach dem Ur. v. 16. April 1929, I A 464/28 die nach § 17 Nr. 3 nicht abzugsfähigen Personalsteuern sowie die nach § 17 Nr. 4 nicht abzugsfähigen Aufsichtsratsvergütungen hinzuzurechnen. Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn nur steuerrechtlich eine Unterbilanz besteht und der nach der Handelsbilanz sich ergebende Gewinn nicht zur Deckung der Unterbilanz verwendet, sondern ausgeschüttet wird.

b) Reicht der Jahresgewinn zur Auffüllung des Grund- oder Stammkapitals nicht aus, und ist der nach § 17 Nr. 3 und 4 nicht abzugsfähige Betrag kleiner als die Unterbilanz, die nach Anrechnung des Jahresgewinns verbleiben würde, so sind dennoch neben den Aufsichtsratsvergütungen auch die Personalsteuern zum steuerpflichtigen Einkommen zu rechnen, wenn der nach der Handelsbilanz erzielte Gewinn ausgeschüttet wird.

c) Schachteldividenden sind nach § 11 Nr. 3 nur insoweit steuerfrei, als sie auf Aktien entfallen, die während des ganzen Steuerabschnitts im Besitze der Gesellschaft gewesen sind.

Die Steuerpflichtige hat in ihrer Körperschaftsteuererklärung für das Wirtschaftsjahr 1927 einen Gewinn von 143 357 RM angegeben, davon aber 56 363 RM Dividenden der Dampfergesellschaft, an deren Stammkapital sie zu mehr als  $\frac{1}{4}$  beteiligt war, sowie eine auf 61 589 RM angenommene Unterbilanz aus 1926 in Abzug gebracht, so daß ein Einkommen von 25 405 RM verblieb. Da aber die Steuerpflichtige 3000 RM Aufsichtsratsvergütungen gewährt und 96 000 RM Dividenden verteilt hatte, hat das FinU. die Vorschrift des § 10 Abs. 2 RörpStG. angewendet und unter Zugrundelegung eines Mindesteinkommens von 53 410 RM eine KörperSt. von 10 682 RM festgesetzt. In der Einspruchsentscheidung ist an der Besteuerung nach § 10 Abs. 2 festzuhalten. Dabei sind von der Gesamtsumme der Aufsichtsratsvergütungen und der ausgeschütteten Gewinnanteile die von der Dampfergesellschaft bezogenen Dividenden insoweit abgezogen worden, als sie auf Aktien entfielen, die während des Steuerabschnitts ununterbrochen im Besitze der Steuerpflichtigen gewesen waren. Dadurch ergab sich ein steuerpflichtiges Einkommen von 48 304 RM und eine Ermäßigung der Steuer auf 9660 RM. Die Steuerpflichtige hatte gegen diese Entsch. Berufung eingelegt. Sie bestritt, daß die Vorschrift des § 10 Abs. 2 überhaupt anwendbar sei, solange sich ein nach steuerrechtlichen Vorschriften errechnetes Einkommen in Höhe der an den Aufsichtsrat ausgezahlten Vergütung

sicherungsgesellschaft ist, nicht die Möglichkeit hat, ihr Risiko nach versicherungsmathematischen Grundsätzen so genau zu kalkulieren, wie ein Versicherungsmathematiker es tun könnte. Für den vorl. Fall dürfte deshalb jener allgemeine versicherungstechnische Erfahrungssatz nicht ohne weiteres angewendet werden. Schon aus der Tatsache, daß die Mitglieder des Vereins an die herangezogene Masse für die Erledigung jedes Geschäftes eine geringe feste Gebühr von xy Pfennigen zu entrichten haben, muß gefolgert werden, daß ein solcher runder Betrag willkürlich angenommen ist, oder zum mindesten, daß er nicht auf genauen versicherungsmathematischen Kalkulationen beruhen kann. Wenn — wie hier — für ein schwebendes Risiko von nicht weniger als 337 Millionen Mark eine steuerfreie Risikoprämie von 2 Millionen gemacht werden soll, dann muß auch nach allgemeinen kaufmännischen Erwägungen prima facie eine Rücklage in Höhe von 2 Millionen durchaus gerechtfertigt erscheinen, so daß der Richter selbst dann eine solche Rücklage zubilligen könnte, wenn keine weiteren Tatsachen vorgetragen wären. Praktisch wird es überhaupt sehr schwierig sein, in einem solchen Falle die nötigen tatsächlichen Unterlagen beizubringen, so daß es wohl gerechtfertigt erscheint, wenn man einem kaufmännischen Unternehmen, wie es die Herangezogene darstellt, seine Rücklage in der tatsächlich zurückgestellten Höhe zubilligt, solange sich diese Höhe wirtschaftlich rechtfertigen läßt.

RM. Dr. Ubr. D. Dieckhoff, Hamburg.

ergebe. Auch wies sie darauf hin, daß die Heranziehung der ausgeschütteten Gewinnanteile zur Besteuerung nicht erfolgen müsse, sondern nur erfolgen könne. In ihrem Falle wäre aber die Mindestbesteuerung unbillig. Denn sie habe einen Gewinn von 143 357 RM deklariert, der sich wegen der darin enthaltenen Schachteldividenden und insolge Anrechnung der aus dem Vorjahr übernommenen steuerrechtlichen Unterbilanz gemäß § 11 Ziff. 3 und § 25 Ziff. 3 auf 25 405 RM ermäßigt habe. Ihr könnten aber nicht auf dem Umweg über § 10 Abs. 2 die Vergünstigungen wieder entzogen werden, die ihr durch diese Vorschriften zugebilligt wären. Sie beanspruche daher Veranlagung nach § 10 Abs. 1. Schließlich bemängelte die Steuerpflichtige den Abzug der Schachteldividende. Da sie während des Steuerabschnitts ununterbrochen zu mehr als  $\frac{1}{4}$  an dem Stammkapitale der Dampfergesellschaft beteiligt gewesen sei, müßten sämtliche ihr angefallenen Dividenden der Tochtergesellschaft freigelassen werden, ohne Rücksicht darauf, ob sie die einzelnen Aktien bereits seit Beginn des Steuerabschnitts im Besitze gehabt oder erst später erworben habe.

FinGer. und RFG. haben die Berufung zurückgewiesen.

Die Annahme, daß eine Besteuerung nach § 10 Abs. 1 einen niedrigeren Steuerbetrag ergeben würde, ist unzutreffend. Die Beschw. ist zu dem von ihr errechneten steuerpflichtigen Einkommen von 25 405 RM dadurch gekommen, daß sie außer der Schachteldividende auch die von ihr auf 61 589 RM angegebene Unterbilanz aus 1926 gemäß § 15 Ziff. 3 in voller Höhe abgezogen hat. Die Anwendung dieser Vorschrift setzt jedoch voraus, daß Einkommensbeträge tatsächlich zur Beseitigung der Unterbilanz verwendet werden. Soweit sie zu Gewinnausschüttungen verwendet werden, ist diese Voraussetzung nicht erfüllt. Das gilt auch für den hier vorliegenden Fall, daß steuerrechtlich eine Unterbilanz vorhanden ist, während die Handelsbilanz die Ausschüttung eines Gewinns zuläßt.

Bei der Steuerberechnung nach § 10 Abs. 1 wird nach der Entsch. des RFG. v. 16. April 1929, I A 464/28 (RStBl. 342) zunächst der steuerlich richtig berechnete Jahresgewinn — hier vermindert um den Betrag der Gewinnausschüttungen — für die Beseitigung des aus dem früheren Steuerabschnitt stammenden Verlustes verwendet und bleibt gemäß § 15 Ziff. 3 steuerfrei. Die Frage, ob auch das fiktive Einkommen, nämlich die Personalsteuern und die Aufsichtsratsvergütungen, zur Besteuerung heranzuziehen sind, ist in dem Ur. für den Fall, daß der zur Abdeckung der Unterbilanz zur Verfügung stehende Jahresgewinn größer ist als die Unterbilanz, bejaht. Dieser Fall ist hier gegeben, da einer Unterbilanz von 61 589 RM ein Gewinnbetrag von  $125 112 + 6087 = 131 199$  RM gegenübersteht. Der Umstand, daß die Beschw., da nur steuerrechtlich eine Unterbilanz vorlag, den erzielten Gewinn größtenteils ausgeschüttet und somit die Unterbilanz nicht völlig abgedeckt hat, muß hier unbeachtet bleiben. In dem erwähnten Ur. ist zwar für den Fall, daß der Jahresgewinn zur Auffüllung des Grund- oder Stammkapitals nicht ausreicht und der gemäß § 17 Ziff. 3 und 4 hinzuzurechnende Betrag kleiner ist als die restliche Unterbilanz, die Steuerpflicht, abgesehen von den Aufsichtsratsanteilen, verneint. Hier aber hätte der Gewinn zur Abdeckung der Unterbilanz genügt, ihr Bestehenbleiben ist lediglich auf eine Entschlebung der Gesellschaft zurückzuführen. Wollte man auch in einem solchen Falle von der Besteuerung der Personalsteuern absehen, so könnte die Beschw. auch in den folgenden Jahren durch Ausschüttung der erzielten Gewinne die steuerrechtliche Unterbilanz weiterbestehen lassen und dadurch dauernd, entgegen der Bestimmung in § 17 Ziff. 3, eine Befreiung der Personalsteuern erreichen. Der in dem Ur. I A 464/28 aufgestellte Grundsatz, daß im Falle der zur Abdeckung der Unterbilanz zur Verfügung stehende Jahresgewinn größer ist als die Unterbilanz, dem Überschusse die Personalsteuern und die Aufsichtsratsvergütungen zuzurechnen sind, gilt also auch dann, wenn nur steuerrechtlich eine Unterbilanz besteht und der nach der Handelsbilanz sich ergebende Gewinn nicht zur Deckung der Unterbilanz verwendet, sondern ausgeschüttet wird. Aufsichtsratsvergütungen und Personalsteuern werden also im vorliegenden Falle zuzurechnen sein.

Hinsichtlich der Befreiung der Schachteldividenden tritt der Senat im Anschluß an Evers (zu § 11 Anm. 51) und Kerner (zu § 11 Anm. 23) im Hinblick auf den klaren Wortlaut der Vorschrift in § 11 Ziff. 3 der Vorentscheidung bei.

Die Höhe der Unterbilanz steht allerdings nicht fest. Die Beschw. hat unter Hinweis auf den Buchprüfungsbericht in ihrer Steuererklärung die Unterbilanz auf 61 589 RM angegeben, während der Steuerbescheid für 1926 eine Unterbilanz von 211 170 RM ausweist. Bei diesem Sachverhalte darf angenommen werden, daß aus dem Vorjahr mindestens eine Unterbilanz in der von der Beschw. angegebenen Höhe übernommen ist. Ob sie größer gewesen ist, bleibt aber für die Besteuerung ohne Bedeutung. Es könnte allerdings die Frage aufgeworfen werden, ob nicht bei einer Unterbilanz von 211 170 RM die Personalsteuern im Hinblick darauf freibleiben müßten, daß auch ohne Ausschüttung von Gewinnanteilen der Jahresgewinn zu einer vollständigen Auffüllung des Stammkapitals nicht ausgereicht hätte und der hinzuzurechnende Betrag der Personalsteuern und der Aufsichtsratsvergütungen kleiner gewesen wäre als die restliche Unterbilanz. Aber auch hier ist zu berücksichtigen, daß

der Steuerpflichtigen, die den erzielten Gewinn nicht zur Abdeckung der Unterbilanz benutzen, sondern durch vollständige oder teilweise Ausschüttung des Gewinns die Unterbilanz künstlich aufrechterhalten wollte, nicht gestattet sein darf, aus diesem Verfahren Vorteile zu ziehen und möglicherweise eine Befreiung der Personalsteuern in folgenden Steuerabschnitten auch dann zu erreichen, wenn die Befreiung bei vollständiger Verwendung der Gewinne zur Auffüllung des Stammkapitals ausgeschlossen gewesen wäre. Daher würde, selbst wenn die Unterbilanz größer als der zur Verfügung stehende Jahresgewinn unter Hinzurechnung der Personalsteuern und der Aufsichtszuergütungen, die Befreiung hier doch verjagt werden müssen.

(RFG., 2. Sen., Ur. v. 29. Aug. 1929, I A 365/29.)

#### 4. Kapitalverkehrssteuergesetz.

8. § 6a KapVerkStG. Die Schaffung neuer Stammeinlagen für die bisherigen Gesellschafter einer Gesellschaft m. b. H. durch Verwendung des unverteiltern Reingewinns des letzten Jahres begründet keine Gesellschaftsteuerpflicht.

Die aus den Kaufleuten J. und M. E. bestehende beschwerdeführende GmbH. hat durch Gesellschafterbeschlüsse v. 26. Okt. 1929 und 22. Febr. 1930 beschlossen, ihr Stammkapital um 54 800 RM zu erhöhen und zur Deckung der von den beiden Gesellschaftern zu gleichen Teilen zu übernehmenden neuen Stammeinlagen von je 27 400 RM aus dem Geschäftsgewinn des Jahres 1928 entsprechende Beträge zu verwenden. Das FinL. hat hierin Zahlungen gesehen, die dem Erwerb von Gesellschaftsrechten durch den ersten Erwerber zurechenbar sind, dafür GesellschaftSt. aus § 6a KapVerkStG. festgesetzt. Das FinGer. ist dem FinL. beigetreten. Der RVerchw. war stattzugeben.

So wenig wie § 184 HGB. bei Erhöhung des Aktienkapitals, fordert § 5 GmbHG., daß bei Erhöhung des Stammkapitals die neue Einlage durch Kapitalzuführung von außen her bewirkt wird. Es genügt zur Erfüllung der lediglich im Interesse der Gläubiger aufgestellten Erfordernisse, wenn im Geschäftsvermögen zur Deckung der Einlagen genügend bereitetes Kapital vorhanden ist und bilanzmäßig zur Deckung der neuen Einlagen verwendet wird. Andererseits hat der 1. Sen. ausführlich in dem Ur. v. 24. April 1929, II A 49/29<sup>1)</sup>: erk. Nr. 0 z. 6, Kartei § 6a R 6<sup>2)</sup>, ausgesprochen, daß die GesellschaftSt. nicht bestimmt sei, die Vermehrung des Geschäftsvermögens durch die eigene Geschäftstätigkeit der Gesellschaft zu erfassen, daß vielmehr von Leistungen an die Gesellschaft i. S. von § 6a nur bei von außen der Gesellschaft zugeführtem Vermögen die Rede sein könne, und daß daher durch die Umbuchung einer Barreserve auf Grundkapital zur Deckung des Nennbetrags der den alten Aktionären unentgeltlich zum Bezug angebotener jungen Aktien eine Gesellschaftsteuerpflicht nicht ausgelöst werde. Diese Grundzüge hat er im Ur. v. 7. Juni 1929, II A 261/29 auch auf die Stammkapitalerhöhung bei einer GmbH. übertragen, bei der die Gegenleistung durch Auflösung eines Spezialreferendums bewirkt werden sollte. In beiden Fällen hat der Gesellschafter auf das bilanzmäßig ausgewiesene Vermögen schon auf Grund seines bisherigen Gesellschaftsrechtes einen Anteil; die Bildung neuer Aktien oder Stammeinlagen ist daher nichts als eine andere Gestaltung seines schon bestehenden Gesellschaftsrechtes, bei der seine Mitgliedsrechte nicht vermehrt noch der Gesellschaft Mittel zugeführt werden, die sie nicht schon bisher besaß. Allerdings ist in beiden Ur. die Möglichkeit eingeräumt, daß eine Dividendenausschüttung beschlossen wird, um den Aktionären die Mittel zum Erwerb junger Aktien zur Verfügung zu stellen, und daß zur Abkürzung des Verfahrens statt der Ausschüttung der Dividende und deren Wiedereinzahlung zum Erwerb junger Aktien sogleich der zur Ausschüttung bereitgestellte Gewinn auf das Entgelt für die jungen Aktien verrechnet wird. Indessen darf diese theoretische Möglichkeit nicht zur Aufstellung einer dahin gehenden Fiktion führen und nicht durch Aufstellung künstlicher Rechtskonstruktionen den Vermögenszuwachs der Gesellschaft durch ihre Geschäftstätigkeit gesellschaftssteuerpflichtig machen.

Im vorliegenden Falle kann nicht zweifelhaft sein, daß bei den Gesellschaftern nicht einen Augenblick die Absicht bestand, aus dem Geschäftsvermögen einen Teil zur freien Verfügung der Gesellschaft auszuscheiden und es ihnen zu überlassen, ob sie ihn der Gesellschaft wieder zuführen wollten. Die Gesellschaft war auch nach § 46 Abs. 1 Nr. 1, trotz § 29 GmbHG., durchaus in der Lage, durch einstimmigen Beschluß eine Verteilung des Jahresgewinns auszuführen. Denn wie der 1. Sen. z. B. in dem Ur. v. 4. Mai 1923 (RFG. 12, 121) in Übereinstimmung mit dem RG. (RG. 87, 383; 98, 320) ausgesprochen hat, steht dem Gesellschafter nicht schon mit der Genehmigung der Bilanz, sondern erst mit dem Beschluß der Gesellschafterversammlung über die Gewinnverteilung ein Anspruch auf Auszahlung des auf seinen Geschäftsanteil entfallenden Teiles des bilanzmäßigen Reingewinns zu. An dem Willen der Gesellschafter, einer Ausschüttung des Reingewinns abzusehen, wird auch nichts dadurch geändert, daß in der Verhandlung v. 22. Febr. 1930 von

einem den Gesellschaftern zustehenden Reingewinn aus dem Jahre 1928 die Rede ist. Denn damit ist nicht gesagt, daß die Gesellschafter von der Verteilung nicht eben doch absehen wollten. Nach § 133 BGB. ist bei Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforchen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, und hier läßt sich nicht im geringsten einsehen, warum die Beteiligten die Ausschüttung eines Gewinnes hätten wollen sollen, dessen Ausschneiden aus dem Geschäftsvermögen sie nicht wünschten. Im übrigen kann es für die rechtliche Beurteilung keinen Unterschied begründen, ob es sich um unverteiltern Gewinn des letzten Geschäftsjahrs oder die Auflösung eines Referendums handelt, da auch dieser nichts anderes als aufgefamelter Gewinn bedeutet.

(RFG., 2. Sen., Ur. v. 25. März 1931, II A 706/30.)

× 9. § 6a KapVerkStG. Nimmt eine AktG. im Wege der Verschmelzung eine andere AktG., deren Aktien sie zum Teil bereits besitzt, gegen Gewährung junger eigener Aktien an die Aktionäre der eingeschmolzenen Gesellschaft in sich auf, so ist hinsichtlich der auf sie selbst entfallenden jungen Aktien nicht sie selbst, sondern erst derjenige Dritte erster Erwerber, an den sie die Aktien zur Verwertung entgeltlich weiterveräußert.

Die beschwerdeführende AktG. hat nach dem Verschmelzungsvertrag v. 16. März 1927 die AktG. T., deren Aktien im Gesamtnennbetrage von 1 000 000 RM sie bereits zu  $\frac{9}{10}$  besaß, gegen Gewährung von eigenen jungen Aktien an die Gesellschafter der eingeschmolzenen Gesellschaft im Verhältnis von 1:1 in sich aufgenommen, hat also als Hauptaktionärin der eingeschmolzenen Gesellschaft von ihren eigenen jungen Aktien 900 000 RM im eigenen Portefeuille behalten. Zur Entscheidung steht die Rechtsfrage, ob sie damit Ersterwerblerin ihrer eigenen jungen Aktien geworden ist, oder ob Ersterwerber erst der ist, der sie von ihr bei weiterer Verwertung der Aktien bezieht. Bei erster Annahme würden die jungen Aktien nur der Fusionssteuer von 1% (§ 12 KapVerkStG., § 8 StMilbG.) unterliegen. Bei der zweiten Annahme wären die jungen Aktien nur Verwertungsaktien; ihre Versteuerung würde je nach den Umständen, unter denen sie verwertet werden, gegebenenfalls nach dem vollen Steuerfaze von 4% zu erfolgen haben.

Die Aktien sind von der Beschw. im Nennbetrage von 875 000 RM bei einer anderen Verschmelzung verwendet worden, bei der die Beschw. mit Verschmelzungsvertrag v. 17. März 1927 die AktG. D. gegen Gewährung eigener junger Aktien an die Aktionäre der eingeschmolzenen Gesellschaft im Verhältnis von 3:4 in sich aufgenommen hat. Von den Aktien der AktG. D. befanden sich nom. 3 500 000 RM in den Händen eines Konsortiums (K. genannt). Über diese 3 500 000 RM Aktien der AktG. D. hatte die Beschw. bereits vor der Fusion mit Vertrag v. 15. und 20. Dez. 1926 ein Anschaffungsgehalt gegen die Verpflichtung abgeschlossen, der K. dafür junge Aktien von sich im Verhältnis von 1:1 zu gewähren, unter der aufschiebenden Bedingung, daß die Kapitalerhöhung von der nächsten Generalversammlung der beschwerdeführenden Gesellschaft beschlossen werde. Nachdem die Verschmelzung der AktG. D. mit der Beschw. vereinbart war, haben die Beteiligten den Vertrag v. 15. und 20. Dez. 1926 durch Briefwechsel v. 18. und 29. März 1927 aufgehoben und vereinbart, daß die K. sich mit ihren 3 500 000 RM jungen Aktien an der Verschmelzung nach dem Verhältnis von 3:4 beteiligen, dann aber, obwohl sie nach dem Verschmelzungsvertrag auf 3 500 000 RM Aktien der AktG. D. junge Aktien der Beschw. im Nennbetrage von nur 2 625 000 RM zu erhalten hatte, „als Entschädigung für die Nichterfüllung des Vertrags“ v. 15. und 20. Dez. 1926 einen Betrag von 875 000 RM junge Aktien der Beschw., die in der bevorstehenden Generalversammlung zu schaffen seien, weiter erhalten sollte. Sie sollte ihrerseits der Beschw. auf die entfallende Dividende vergüten. Die Beschw. hat die 875 000 RM junge Aktien, nachdem sie in der Generalversammlung v. 12. April 1927 ihr Aktienkapital um 5 430 000 RM erhöht und hiervon 3 770 000 RM zur Erfüllung des Fusionsvertrags mit der AktG. D., 1 000 000 RM für die Erfüllung des Fusionsvertrags mit der AktG. T. und 660 000 RM zur Ausgabe gegen bare Einzahlung bestimmt hatte, aus den 900 000 RM jungen Aktien entnommen, die ihr aus der Verschmelzung der AktG. T. als Hauptaktionärin dieser Gesellschaft selbst zustanden.

Das FinL. hat die Gesellschaftsteuer für die jungen Aktien der Beschw. zum Steuerfaze von 4% festgesetzt (Einspruchsbescheid v. 4. April 1928). Einspruch und Berufung sind erfolglos geblieben. Mit der Rechtsbeschwerde begehrt die Beschw. Freistellung von der Nachforderung, indem sie die Ansicht vertritt, daß die 875 000 RM junge Aktien bei der Fusion mit der AktG. T. von ihr selbst als Ersterwerblerin erworben worden seien.

Die Rechtsbeschwerde ist im wesentlichen unbegründet. Es bedarf hier keines Eingehens auf die Frage, ob eine AktG. (im Gegensatz zu der Möglichkeit, ausgegebene eigene Aktien zu erwerben) rechtlich eigene Aktien an sich selbst auszugeben überhaupt in der Lage sei. Es kommt für die steuerrechtliche Verwertung nur darauf an, ob i. S. des § 6a an die Gesellschaft Zahlungen und

<sup>1)</sup> JW. 1929, 2197 (vgl. auch JW. 1928, 1620).

Leistungen bewirkt worden sind, die zum Erwerb der Gesellschaftsrechte durch den ersten Erwerber erforderlich waren. Solche Leistungen sind der Beschw. bei der Verschmelzung der AktG. T. in sie, soweit sie selbst im Besitze von Aktien dieser Gesellschaft war, nicht zugeflossen. Denn insondeme ist durch Verschmelzung nichts in ihr Vermögen geflossen, worauf sie nicht schon vorher rechtlich Anspruch hatte. Es ist in ihrer Bilanz nur ein Aktivposten durch einen anderen gleichwertigen ersetzt worden.

Nun hat es der erk. Sen. allerdings für zulässig erklärt, daß eine AktG. junge Aktien ausgeben könne, ohne daß der Gesellschaft dadurch neue Mittel zufließen, wenn ihr Gesellschaftsvermögen nur hoch genug sei, um auch die neuen Aktien zu decken, wie dies bei der Ausgabe sog. Freiakten der Fall ist. Dann ist eine Gesellschaftsteuer weder bei der Ausgabe an den Erwerber der Freiakten, noch bei der Weiterveräußerung der Aktie durch diesen fällig; im ersten Falle nicht, weil eine Leistung für die Aktie überhaupt nicht gewährt wird, im zweiten Falle nicht, weil das Entgelt für die Veräußerung dem Besitzer der Aktie, nicht der Gesellschaft zufließt (RZS. 23, 2, 141; Urf. v. 24. April 1929, II A 49/29; Mrozek, Kartei § 6a R. 62). In Fällen dieser Art hat es zum Teil so gelegen, daß die Gesellschaft bei Schaffung der Freiakten ihr Grundkapital mit dem Stand ihres Geschäftskapitals in besseres Verhältnis zu bringen gebrängt war. Die Beschw. scheint zu glauben, gleiche Gedankengänge zu gehen, wenn sie erklärt, es sei auch für sie nicht tunlich gewesen, ihr Aktienkapital nur insoweit (also nur um 100 000 RM) zu erhöhen, als sie mit ihren jungen Aktien die Kleinkaktionäre der AktG. T. abzufinden hatte. Allein einmal ist die Begründung, die die Beschw. hierfür gibt, unverkennlich. Sie meint, es würde in ihrer Bilanz eine stille Reserve von 900 000 RM entstanden sein, wenn sie ihr Grundkapital nicht um den gleichen Betrag erhöht hätte, da der Gegenwart für die auf der Aktivseite ihrer Bilanz gebuchten 900 000 RM Aktien der AktG. T. bereits im alten, auf der Passivseite verbuchten Aktienkapital enthalten gewesen sei. Davon kann keine Rede sein, da mit vollzogener Verschmelzung die Aktien der T., weil untergegangen, überhaupt aus der Bilanz zu verschwinden hatten und an ihre Stelle der Wert des übernommenen Gesellschaftsvermögens in die Bilanz aufzunehmen war. Zum anderen aber unterscheidet sich der vorliegende Fall grundsätzlich von der Ausgabe von Freiakten, da diese in die Hand eines Dritten übergehen und dadurch ihrer Funktion, der Aufbringung von Gesellschaftskapital zu dienen, entzogen werden, während im vorliegenden Falle die jungen Aktien erst mit der Herausgabe aus der Hand der Emissionsgesellschaft diesem Zwecke erstmals zugeführt werden.

Die Vorentscheidung hat hiernach durchaus recht, wenn sie feststellt, daß die Verwertung der bei der Verschmelzung der Beschw. und der T. geschaffenen Aktien mit dieser Verschmelzung, soweit die Aktien der letzteren sich im Besitze der Beschw. befanden, überhaupt nichts zu tun hatte und diese sich daher als reine Verwertungsaktien darstellen.

Diese Verwertung haben die Aktien erst bei der Verschmelzung der AktG. D. mit der beschwerdeführenden Gesellschaft gefunden. Hier ist der Vorinstanz aber darin völlig recht zu geben, daß die Verpflichtung der Beschw. zur Lieferung der 875 000 RM junger Aktien nicht auf dem Verschmelzungsvertrag selbst beruhte, der für alle Aktionäre der AktG. D. eine Überlassung der Aktien an deren sämtliche Aktionäre gleichmäßig im Verhältnis von 3:4 bestimmt hatte. Diese Verpflichtung beruhte vielmehr auf der Sondervereinbarung zwischen der Beschw. und der R. in dem Briefwechsel v. 18. und 29. März 1927, wonach diese sich verpflichtete, sich an der Verschmelzung mit ihren 3 500 000 RM Aktien im Verhältnis der beiderseitigen Aktien von 3:4 zu beteiligen, d. h. dafür zu sorgen, daß die D. ihr Vermögen im Wege der Verschmelzung an die Beschw. zu diesen Bedingungen übertrag und damit die Beschw. in den Stand setzte, das gesamte Unternehmen in ihre Hand zu bekommen, mit anderen Worten, dafür zu sorgen, daß der Verschmelzungsvertrag von der Generalversammlung genehmigt würde. Das schloß dann zugleich den Verzicht auf die Aushaltung des Vertrags v. 15. und 20. Dez. 1926 in sich. Diese Verpflichtung zusammen mit der Vergütung der Dividende bildet das Entgelt für die Überlassung der 875 000 RM junger Aktien.

(RZS., 2. Sen., Urf. v. 15. Juli 1931, II A 239/31.)

\*

× 10. § 60 KapVerkStG. Bedient sich eine Muttergesellschaft für einen Teil ihres Geschäftsbetriebs einer Tochtergesellschaft mit selbständiger Rechtspersönlichkeit, deren sämtliche Aktien oder Geschäftsanteile sie besitzt, so beruht die Tätigkeit der Tochtergesellschaft auf ihrer eigenen Zweckbestimmung, nicht aber auf einem Auftrage der Muttergesellschaft. Gibt die Muttergesellschaft der Tochtergesellschaft die für diesen Geschäftsbetrieb erforderlichen Betriebszuschüsse mit der Verpflichtung zur Rückzahlung auf unbestimmte Zeit, so ist Steuerpflicht nach § 60 gegeben.

Im Jahre 1922 erwarb die T. AktG. die sämtlichen Ge-

schäftsanteile der ein gleichartiges Unternehmen betreibenden beschwerdeführenden GmbH. Die Beschw. wurde in der Folge nur für die AktG. tätig, auf deren Anweisung und für deren Rechnung sie ihre Erzeugnisse herstellte und lieferte. In den Jahren 1924 und 1925 überwies die AktG. der Beschw. fortlaufend die für deren Betrieb erforderlichen Beträge. Die Vorinstanz hat angenommen, daß diese, soweit es sich nicht um steuerfreie Vorschüsse auf künftige Warenlieferungen gehandelt habe, darlehnsartige Betriebszuschüsse gewesen seien. Sie hat den Einwand der Beschw., diese sei nur Angestellte, nur eine Zweigstelle der AktG. gewesen, da ihr Geschäftsbetrieb lediglich in der Lieferung ihrer Erzeugnisse an die AktG. und in der Ausführung von Lieferungen an andere lediglich im Auftrage dieser AktG. und für Rechnung derselben bestehe, und die von dieser lediglich zur Abdeckung von Lohnzahlungen und sonstigen Betriebs- und Handlungsunkosten geleisteten Vorschüsse seien danach keine Darlehen, sondern Aufwendungen für den eigenen Betrieb der AktG. gewesen, damit abgelehnt, daß die Beschw. eine juristische Person sei und die Organtheorie nach der Rpr. des Senats für die Gesellschaft nicht Platz greife. Indem die Vorinstanz dann auch die übrigen Voraussetzungen des § 60 als gegeben ansah und auf Grund der Kontokorrentsalden einen Dauerkredit von mindestens 200 000 RM als bestehend annahm, hat sie die Steuer auf 5% von 200 000 = 10 000 RM festgesetzt. Die Beschw. hatte keinen Erfolg.

Der Senat hat stets daran festgehalten, daß für die Haupttatbestände der KapVerkSt. die wirtschaftliche Betrachtungsweise auszuscheiden hat, weil die KapVerkSt. gerade die Tatsache treffen will, daß für den wirtschaftlichen Vorgang eine bestimmte Rechtsform gewählt ist. Bedient sich also, wie im vorliegenden Falle, eine Muttergesellschaft für einen Teil ihres Geschäftsbetriebs einer Tochtergesellschaft mit selbständiger Rechtspersönlichkeit, so ist, auch wenn die Muttergesellschaft die sämtlichen Aktien oder Geschäftsanteile der Tochtergesellschaft besitzt, für die Gesellschaft davon auszugehen, daß die Tätigkeit der Tochtergesellschaft auf ihrer eigenen Zweckbestimmung, nicht aber auf einem Auftrage der Muttergesellschaft beruht, und die Anwendung der Organtheorie ist ausgeschlossen. Denn der Zweck einer Gesellschaft i. S. des grundlegenden § 705 BGB. ist und kann nur sein eine wirtschaftliche oder ideale Betätigung. Auch der Zweck der Tochtergesellschaft ist nichts anderes als die wirtschaftliche oder ideale Betätigung, die sie ausübt, wie hier die Herstellung besondersartiger Steine. Diesen Zweck kann eine Gesellschaft, etwa durch Einrichtung einer Betriebsabteilung, mit Hilfe von Angestellten, verfolgen. Sie kann aber auch, statt eine Geschäftsabteilung einzurichten, die ihre Willensbestimmung aus der Hauptabteilung erhält, ihren auf diesen Sonderbetrieb gerichteten Kapital und das in den Dienst dieses Sonderbetriebs gestellte Kapital unmittelbar, nämlich gesellschaftsvertragsmäßig, organisieren. Dann wird der Wille in dieser Sondergesellschaft nicht von außen her durch einen Auftrag oder eine Anweisung der Muttergesellschaft ausgelöst, sondern der Wille der Muttergesellschaft ist in dieser Sondergesellschaft selbst organisiert. Es ist nicht so, daß die Muttergesellschaft der Tochtergesellschaft Anweisung gibt, sondern die Muttergesellschaft übt ihren Willen in der Tochtergesellschaft organmäßig selbst aus. Was der Vorstand einer Tochtergesellschaft tut, tut er nur als der von der GenVers. dieser Tochtergesellschaft bestellte Vorstand, und die Muttergesellschaft kann diesen Vorstand nicht anders bestellen als als Alleingeschäftsführer dieser Tochtergesellschaft. Solange sich eine Gesellschaft nicht begnügt, einen Betrieb nur als Betriebsabteilung einzurichten, sondern ihm die Rechtsform einer Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit gibt, muß auch angenommen werden, daß sie die durch diese Rechtsform gegebene Möglichkeit eigenwilliger Betätigung für den Rechtsverkehr sucht, und dann muß sie die KapVerkSt., die an die Benutzung dieser Rechtsformen anknüpft, zahlen. Wenn der Senat abweichend hiervon im Urf. II A 409/28, v. 16. Nov. 1928 (Kartei, § 6b R. 41) ausgesprochen hat, Zweck einer juristischen Person könne auch sein, als Angestellte eines anderen tätig zu werden, und dann die ganze Tätigkeit der Tochtergesellschaft als Auftrags-tätigkeit für die Muttergesellschaft angesehen hat, so wird daran nicht festgehalten. Beruhte aber die ganze Tätigkeit der Beschw. nur auf ihrer eigenen Zweckbestimmung, erfüllte sie damit nur ihre eigenen in der Herstellung der Steine bestehenden Zwecke, so ist alles das, was die AktG. der Beschw. mit der Verpflichtung zur Rückzahlung hierzu gab, als ein für deren Gesellschaftszweck gegebenes Darlehen anzusehen.

(RZS., 2. Sen., Urf. v. 10. Febr. 1931, II A 635/30.)

\*

11. § 12 KapVerkStG. Eine Verschmelzung von Kapitalgesellschaften liegt nur vor, wenn die Übertragung des Vermögens der aufzunehmenden Gesellschaft ernstlich zu dem Zwecke geschieht, die Gesellschafter der letzteren zu Gesellschaftstern der aufnehmenden Gesellschaft zu machen. \*)

Die beschwerdeführende Gesellschaft hat durch Beschluß ihrer Gen-

Zu 11. Das Ergebnis ist sicher zutreffend. Der Erwerber der an

Bers. v. 13. Sept. 1928 ihr Aktienkapital um 3 615 000 RM erhöht und davon 3 315 000 RM dazu verwendet, um die P.-AktG., und 300 000 RM, um die W.-GmbH. in sich aufzunehmen. Wie in der GenBers. v. 27. Mai 1929 einstimmig festgestellt worden ist, ging der Sinn des ersten GenBersBeschl. dahin, daß die jungen Aktien von den aufzunehmenden Gesellschaftern selbst gegen Überlassung ihres gesamten Vermögens übernommen werden sollten. Die mit den aufzunehmenden Gesellschaften geschlossenen Verschmelzungsverträge v. 19./20. Juni 1928 und v. 20./25. Juni 1928 verpflichteten diese Gesellschaften, die jungen Aktien der D.-Maatschappij zu verkaufen, und zwar zu pari. Diese holländische Gesellschaft war Hauptaktionärin der BeschwF., nach den Protokollen über die erwähnten GenBers. zu 19/20. Die aufzunehmenden Gesellschaften sollten nach Übernahme und Weiterveräußerung der jungen Aktien alsbald liquidieren.

Das FinA. hat mit der Bsg. v. 21. Aug. 1928 im Hinblick auf die Zusammenfassung der Betriebe der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften die von der Einbringung des Geschäftsvermögens der aufgenommenen Gesellschaften zu erhebende Gesellschaftsteuer nach § 9 StMildG. auf 1% ermäßigt, diese Ermäßigung aber nur unter der ausdrücklichen Voraussetzung ausgesprochen, daß auf die Veräußerung der jungen Aktien an die D.-Maatschappij verzichtet wird. Dieser Verzicht ist unter den Beteiligten nach den Bstzungen v. 28. Sept. 1928 auch vereinbart worden, unbestritten sind die Aktien aber dann doch von der holländischen Gesellschaft übernommen worden. Das FinA. hatte ursprünglich, entsprechend der Bsg. des FinA., eine Steuer nach Höhe von nur 1% festgesetzt, später aber mit Steuerbescheid v. 4. Febr. 1930 weitere 3% nachgefordert mit der Begründung, daß die Voraussetzung, unter der das FinA. die Ermäßigung der Steuer bewilligt habe, nicht eingetreten sei. Bei diesem ablehnenden Standpunkt ist das FinA. auch im Einspruchsbescheid geblieben, da ein etwa wirklich ausgeprägter Verzicht nicht ernst gemeint gewesen sei. Dagegen hat das FinGer. auf Berufung die BeschwF. von der Steuernachforderung freigestellt. Es hat erzwungen, daß, soweit darüber gestritten wird, die Voraussetzung der Bsg. des FinA. nicht erfüllt sei, dies nach § 16 Abs. 2 StMildG. nur im Wege der Beschwerde hätte geltend gemacht werden können, daß das Gericht aber auf die Berufung die Steuerveranlagung auch unter dem Gesichtspunkt zu prüfen habe, ob die Vergünstigung des ermäßigten Steuerfußes sich nicht bereits aus § 8 StMildG. ergebe. Das hat das FinGer. bejaht.

An sich würde die Beschw. des FinA., wenn man nur den von ihm ins Auge gefaßten Tatbestand der rechtlichen Beurteilung zugrunde legt, beachtlich sein. Das FinGer. irrt, wenn es meint, für § 12 KapVerkStG. komme es nicht darauf an, daß die Gesellschafter der aufzunehmenden Gesellschaft die neuen Aktien nicht nur durchgehenderweise, sondern daß sie sie dauernd erhalten; Zweck der Vereinbarung müsse nur sein, daß die zu übernehmenden Gesellschaften möglichst bald zum Erlöschen kommen. Träfe das zu, so wäre in der Tat kein Unterschied gegen den Fall, wo der Hauptaktionär die jungen Aktien übernimmt und die Aktionäre der aufzulösenden Gesellschaft aus dem Erlös abgefunden werden, und es wäre nicht einzusehen, warum in dem einen, nicht aber in dem anderen Falle die Steuerermäßigung gewährt werden sollte. Indessen kann von einer Verschmelzung zweier Gesellschaften, von einer Aufnahme der einen Gesellschaft in die andere sinngemäß nur die Rede sein, wenn die Gesellschafter der aufzunehmenden Gesellschaft Gesellschafter bleiben wollen, und nur ihre bisherigen gesellschaftsmäßigen Anteilsrechte nicht mehr als Gesellschafter ihrer alten, sondern als Gesellschafter der aufzunehmenden Gesellschaft haben, die

die aufzunehmende Gesellschaft fallenden Aktien war zu 98% deren Aktionär. Bei einer Liquidation könnte die Verteilung in Stück beschlossen werden. Auf diesem Wege erhielte die holländische Gesellschaft ohne besonderen Veräußerungsakt die Aktien bis auf 20%. Dagegen kann dem vom RGH. aufgestellten Prinzip, daß eine Verschmelzung zweier Gesellschaften nur vorliege, „wenn die Gesellschafter der aufzunehmenden Gesellschaft Gesellschafter bleiben wollen“, nicht zugestimmt werden. Damit wird in die Fusion eine Voraussetzung hineingetragen, von der weder Gesetz noch Rechtslehre etwas weiß. Für die Beurteilung eines Vorganges der Zusammenlegung zweier Unternehmungen kann die Absicht der Gesellschafter der einen Gesellschaft ausgegangen anderen unmöglich von Belang sein. Weshalb soll nicht eine Verschmelzung vorliegen, wenn den Aktionären der aufgenommenen AktG. von einer Bank die Zusage gemacht wird, die ihnen zufallenden Aktien mit Agio abzunehmen. Gerade durch eine solche Zusage auf den Weiterverkauf mit Gewinn lassen sie sich zur Fusion bestimmen. Sicher darf die Form der Verschmelzung nicht dazu dienen, einen beabsichtigten Verkauf des aufgenommenen Geschäfts zu verdecken und den Anschein einer Fusion herbeizuführen. Dann müßte § 5 AbsG.D. Platz greifen. Darin ist dem Urteil wieder beizustimmen. Aber eben nur dann, wenn die Voraussetzungen des § 5 vorliegen. In der generellen Regel, daß überall da eine Fusion zu verneinen ist, wo die Aktionäre der aufzunehmenden Gesellschaft nicht Gesellschafter bleiben wollen, liegt kein Anlaß vor.

RA. Dr. Dr. Mag S a c h e n b u r g, Mannheim.

den Betrieb ihrer Unternehmens gesellschaftsmäßig fortführt. Wäre es den Gesellschaftern der aufzulösenden Gesellschaften also nur darauf angekommen, für die Überlassung ihrer Unternehmen an eine andere Gesellschaft eine bare Abfindung zu erlangen und damit aus jedem Gesellschaftsverhältnis auszuschleichen, so müßte die Steuerbegünstigung allerdings gegebenenfalls auf dem Wege über § 5 AbsG.D. verfaßt werden.

Beide Instanzen haben bei rechtlicher Beurteilung indessen völlig außer Betracht gelassen, daß die holländische Gesellschaft nicht nur Hauptgesellschafterin der beschwerdef. Gesellschaft war, sondern nach ihrer schon in der Berufungsschrift aufgestellten, jetzt wiederholten Behauptung auch die Aktien der aufzunehmenden Gesellschaften zu 98% besaß. Ist dies aber der Fall, so liegt die Sache wesentlich anders als in dem vom Senat im Ur. v. 20. Aug. 1929, II A 237/29, entschiedenen Falle. Denn dann kam es den Aktionären der aufzulösenden Gesellschaft darauf an, daß sie die bisher betriebenen Unternehmungen nunmehr zwar nicht mehr als Aktionäre der alten Firmen, wohl aber als Aktionäre der aufzunehmenden Gesellschaft weiterbesaßen. Damit liegt dann eine echte Verschmelzung i. S. des § 12 KapVerkStG. vor.

Schon jetzt die Beschw. des FinA. als begründet zurückzuweisen, erscheint nicht angängig, da das FinGer. die Behauptungen der BeschwF. hinsichtlich ihrer Beteiligung an den aufzunehmenden Gesellschaften noch nicht geprüft hat.

(RGH., 2. Sen., Ur. v. 28. April 1931, II A 136/31.)

**12.** § 6e KapVerkStG. Verschmelzen sich zwei ausländische Aktiengesellschaften, von denen die eingeschmolzene Gesellschaft eine inländische Niederlassung besaß, und wird diese Niederlassung als solche von der aufzunehmenden Gesellschaft fortgeführt, so gilt das in ihr angelegte Kapital als der Niederlassung neu zugewendet.

Durch notariellen Vertrag v. 2. März 1929 hat sich die société anonyme S. in Belgien mit der société anonyme R. in Belgien verschmolzen, und zwar so, daß sie nach beschlossener Liquidation ihr gesamtes Vermögen, einschließlich Zweigniederlassung der société anonyme S. in Deutschland in die andere Gesellschaft einbrachte und diese dafür den Aktionären der ersten Gesellschaft 6000 junge Geschäftsanteile aus einer gleichzeitig beschlossenen Kapitalerhöhung übereignete. Die Zweigniederlassung ist demnach im Handelsregister gelöscht und darauf als L.-AktG., Zweigniederlassung der S.-société anonyme mit dem Siege in R. (Rheinprovinz) neu eingetragen worden. Hierzu sei bemerkt, daß die aufzunehmende Gesellschaft nach der Verschmelzung die Firma société anonyme L. angenommen hat. Die Zweigniederlassung ist von dieser Gesellschaft, wie sie steht und liegt, übernommen. Das FinA. hat den bilanzmäßigen Wert des Vermögens der Zweigniederlassung auf 3 600 000 RM ermittelt und hiervon 4% = 144 000 RM Gesellschaftsteuer aus § 6e gefordert. Einspruch und Berufung blieben ohne Erfolg. Mit der Rechtsbeschwerde begehrt die BeschwF. in erster Linie gänzliche Freistellung von der Steuer, in zweiter Linie, in Anwendung des § 12 KapVerkStG. und § 8 Abs. 1 StMildG. Ermäßigung der Steuer auf 1%.

Der Rechtsbeschwerde konnte nicht stattgegeben werden.

Die BeschwF. erachtet es als unzulässig, für die rechtliche Beurteilung die formalrechtliche Betrachtung entscheidend sein zu lassen, wie dies das FinGer. tue. Vielmehr müsse nach § 9 AbsG.D. 1931 die wirtschaftliche Betrachtungsweise maßgebend sein. Aus dieser ergebe sich aber, daß mit der Verschmelzung das Unternehmen der eingeschmolzenen Gesellschaft keineswegs untergehe, vielmehr in der aufzunehmenden Gesellschaft aufgehe und in deren Gesamtorganismus fortbestehe, und beziehe sich hierfür insbes. auf RG. 123, 295. Eine von der eingeschmolzenen Gesellschaft begründete Zweigniederlassung, die nach der Verschmelzung unverändert fortgeführt werde, sei keine neue Zweigniederlassung, da das Unternehmen, aus dem sie herausgewachsen sei, nicht untergegangen sei. Es liege also auch keine neue Kapitalinvestition vor. Die frühere (und früher versteuerte) Kapitalinvestition bestehe vielmehr unverändert weiter. Gerade weil die Steuer aus § 6e keine Fusionssteuer sei, könne im Mangel einer neuen Kapitalzufuhr eine Gesellschaftsteuer nicht in Frage kommen.

Diese Ausführungen stehen zu den in ständiger Rspr. von dem erk. Sen. vertretenen Grundfällen in Widerspruch. Der Senat vermag den Ausführungen der BeschwF. nicht zu folgen, da sie die Bedeutung des § 9 AbsG.D. 1931 und seine Tragweite für das Gebiet der Rechtsverkehrssteuern verkennen. Nach dieser Vorschrift ist bei Auslegung der Steuergeretze zunächst ihr Zweck zu berücksichtigen. Dieser Zweck geht bei den Rechtsverkehrssteuern dahin, eine Steuer an den Tatbestand zu knüpfen, daß sich der Verkehr zur Erlangung bestimmter wirtschaftlicher Zwecke gewisser Rechtsformen bedient und sich damit die mit der Wahl dieser Rechtsform verbundenen Rechtsvorteile zunutze macht. Für die Gesellschaftsteuer von Kapitalgesellschaften kommt vor allem in Betracht, daß ein wirtschaftliches Unternehmen in der rechtlichen Organisation einer selbständigen Rechtspersönlichkeit in den Verkehr tritt. Es ist also nicht die Kapitalzusammenballung als solche, die von der Steuer betroffen wird,

sondern die Zusammenballung unter bestimmter rechtlicher Form, die die Steuer der bezeichneten Steuerart zur Entstehung bringt. Eine AktG. kann z. B. unter Umständen daselbe Kapital am Markt sowohl durch eine Anleihe als auch durch Erhöhung ihres Grundkapitals aufnehmen; die steuerrechtliche Behandlung ist aber ganz verschieden, auch dann, wenn die Anleihe ausschließlich an die alten Aktionäre ausgegeben werden darf. Wäre die Auffassung des Beschw. richtig, die darauf hinausläuft, daß das gesellschaftlich einmal gebundene Kapital auch dann einer erneuten Steuer nicht unterliege, wenn es die Rechtsform ändert, so könnte die Verwandlung einer GmbH. in eine AktG. und umgekehrt keine Gesellschaftsteuerpflicht auslösen. Es ist aber nach der in dieser Hinsicht nie schwankend gegebenen Nrpr. das Gegenteil der Fall. Der Gesichtspunkt, daß bei Verschmelzungen das eingeschmolzene Unternehmen nicht untergeht, sondern im Gesamtorganismus unter der Rechtsform der aufnehmenden Gesellschaft fortlebt, kann denn auch nach der völlig klaren Rechtslage, wie sie sich aus § 6a ergibt, nicht hindern, daß die Einbringung des Unternehmens in die aufnehmende Gesellschaft gegen Ausgabe junger Gesellschaftsanteile dieser Gesellschaft an die Gesellschafter der eingeschmolzenen Gesellschaft die Steuerpflicht in vollem Umfang begründet. Es wird daher auch mit dem Hinweis darauf nichts bewiesen, daß es vielfach ganz gleichgültig sei, welche der beiden sich verschmelzenden Gesellschaften in die andere übergeht. Das gilt auch von dem Einwand, daß eine Gesellschaftsteuer nicht zu erheben sei, wenn die aufnehmende Gesellschaft eine Zweigniederlassung besitze. In dem einen wie dem anderen Falle bestimmt sich Bejahung oder Verneinung der Steuerpflicht einzig aus dem Gesichtspunkt, ob zum Erwerb junger Gesellschaftsanteile Leistungen vom ersten Erwerber bewirkt werden, was im zweiten Fall nicht zutrifft. Verschmelzen sich zwei inländische AktG., von denen die eingeschmolzene eine Zweigniederlassung besitzt, die als solche nach der Verschmelzung weiterbesteht, so wird nach dem eben Gesagten selbstverständlich auch diese Gesellschaftsteuer mit ergriffen, da ihr Geschäftswert ein Teil des Geschäftswerts des eingeschmolzenen Unternehmens ist und mit diesem als Entgelt für die jungen Aktien der Versteuerung unterliegt. Da der Zweck des § 6e ist, zu verhindern, daß ausländische Gesellschaften, die ihr Kapital im Inland mit Hilfe einer Zweigniederlassung arbeiten lassen, günstiger gestellt werden als die inländischen Gesellschaften, die die in ihnen vollzogene Kapitalinvestition versteuern müssen, ist gerade hier der Grund der Versteuerung der Zweigniederlassung gegeben, weil die Verschmelzung sich im Ausland vollzogen hat und dadurch der inländischen Versteuerung entzogen ist. Ob diese Verschmelzung der ausländischen Steuer unterliegt, kommt für das inländische Steuerrecht nicht in Betracht, soweit nicht, was hier nicht der Fall ist, Vorschriften des internationalen Rechts bestehen, die eine etwa bestehende Doppelbesteuerung verbieten.

Das FinGer. ist hiernach nicht festgegangen, wenn es im steuerrechtlichen Sinne die Frage, ob das K.-Unternehmen nach der Verschmelzung der beiden Gesellschaften als neue Zweigniederlassung der aufnehmenden Gesellschaft anzusehen ist und das in ihr investierte Betriebsvermögen als Neuzugang aus dem Anlage- und Betriebskapital dieser Gesellschaft zu gelten hat, nach den die Verschmelzung zum rechtlichen Ausdruck bringenden Vorgängen bejaht. Denn danach ist das in der Niederlassung investierte Vermögen auf die aufnehmende belgische Gesellschaft im Wege der Liquidation des Vermögens der eingeschmolzenen Gesellschaft übergegangen und aus dem Willen der aufnehmenden Gesellschaft neu zum Betrieb einer inländischen Niederlassung dieser Gesellschaft bestimmt worden. Dem entspricht auch, daß die Niederlassung als Niederlassung der eingeschmolzenen Gesellschaft formell gelöscht und als Niederlassung der aufnehmenden Gesellschaft neu eingetragen worden ist. Sonach ist mit der Vorentscheidung die Steuerpflicht dem Grunde nach zu bejahen.

Aber auch die Steuerbegünstigung des § 12 a. F. i. Verb. m. § 8 StMittG. muß der Beschw. versagt bleiben. Wie bereits Viehl in seinem Erläuterungsbuch, 2. Aufl., S. 154 Anm. 11 zu § 12 dargelegt, kann in Fällen der vorliegenden Art die Ermäßigungsverordnung des § 12 schon deshalb nicht angewendet werden, weil die Bemessungsgrundlage nach § 6e gar nicht das Grundkapital und also auch nicht dessen Zusammenlegung, sondern ganz unabhängig davon das Anlage- und Betriebskapital ist, das der inländischen Zweigniederlassung zugewendet wird. Insofern unterscheidet sich das KapVerkStG. grundsätzlich vom KStempG., ArtNr. 1 A Zuz. 3 zu z, b, wonach bei der Erhöhung des Grundkapitals die Abgabe von demjenigen Betrage berechnet wurde, der zu dem Betrage der Erhöhung des Kapitals in demselben Verhältnis steht wie der Wert des inländischen Anlage- und Betriebskapitals zu dem Werte des gesamten Anlage- und Betriebskapitals.

(RFG., 2. Sen., Art. v. 15. Juli 1931, II A 232/31.)

**13.** § 9 AusfBest. z. KapVerkStG. Entstehung der Steuerschuld bei Kapitalerhöhung in der Inflationszeit und aufgewertete Zahlung im Jahre 1928.

Am 8. Mai 1923 wurde die beschwerdeführende AktG. mit einem Grundkapital von 500 000 000 M errichtet, wovon 1/4 alsbald eingezahlt und versteuert wurde. Am 13. Juli 1923 teilte der beurkundende Notar dem FinA. mit, daß er hiermit die Kapital-

verkehrssteuer mit 7 1/2 % für den noch nicht eingezahlten Teil des Grundkapitals von 375 000 000 M mit 28 125 000 M gegen Duitungsleistung abführe. Darauf erließ das FinA. unter Vereinbarung des Steuerbetrags am gleichen Tage in dieser Höhe einen demnachst rechtskräftig gewordenen Steuerbescheid, nach dem der steuerpflichtige Rechtsvorgang in der 75 %igen Restzahlung auf das Grundkapital von 500 000 000 M besteht. Tatsächlich sind die 375 000 000 M nicht eingezahlt worden, und die Forderung der Beschw. gegen ihre Aktionäre auf Einzahlung von 75 % des Grundkapitals wurde bei der Umstellung des Aktienkapitals auf 50 000 GM. entsprechend auf 37 500 GM. aufgewertet. Die Vollzahlung des Aktienkapitals durch diese 37 500 GM. erfolgte nach der Mitteilung der Beschw. am 18. Okt. 1929 durch Verwendung des von der Beschw. zu diesem Zwecke gebildeten Aktienkapitaltilgungsfonds, der aus den Anteilen der Aktionäre im Reingewinn des Geschäftsjahrs 1924 und der folgenden Geschäftsjahre besteht. Das FinA. setzte die Steuer für die Einzahlung dieser restlichen 37 500 GM. gemäß § 6a KapVerkStG. auf 4 % = 1500 RM fest, rechnete sodann aber im Einspruchsbescheid darauf den nach der StAlfVord. errechneten Goldwert der 28 125 000 Papiermark — Steuer — 112,50 RM an und ermäßigte die Steuerforderung nach auf 1387,50 RM.

Berufung und Rechtsbeschwerde hatten keinen Erfolg. Das Schreiben des Notars v. 13. Juli 1923 ist als ein Antrag auf Vorausversteuerung der noch nicht fälligen weiteren Einzahlung auf das Gesellschaftskapital anzusehen. Allerdings nicht, wie die Beschw. meint, als ein solcher i. S. des § 9 der jetzigen Aus- und Durchführungbestimmungen, da diese damals noch nicht erlassen waren, sondern als ein solcher i. S. des § 13 Abs. 4 der damals geltenden früheren Ausführungsbestimmungen zum KapVerkStG. Ein solcher Vorausbesteuerungsantrag und die daraufhin tatsächlich ebenfalls vorgenommene Vorausbesteuerung haben, wie § 13 Abs. 4 befaßt, die Wirkung, daß es einer späteren Anmeldung der im voraus besteuerten Zahlungen nicht mehr bedarf und die selbstverständliche weitere Wirkung der Anrechnung der Voraussteuer auf die Steuerschuld. Sie konnten aber nicht die gesetzliche Vorschrift des § 9a KapVerkStG. ändern, daß die Steuerschuld erst mit der Fälligkeit oder Leistung der Zahlungen entfällt, das nehmen auch sowohl Anm. 6 zu § 9 S. 31 und Viehl, KapVerkStG., 2. Aufl., Anm. 6 S. 177 an. Auch der RFG. hat es auf eine Anfrage nach dem mit jener Vorschrift verfolgten Zweck bestätigt. Es ist daher, ganz abgesehen davon, daß bei der Gesellschaftsteuer nach § 212 Abs. 1 RFG. Nachforderungen bis zum Ablauf der Verjährungsfrist unbeschränkt zulässig sind, auch nebensächlich, daß der Vorausbesteuerungsbescheid inzwischen rechtskräftig geworden war. Die Steuerpflicht entstand also im vorl. Falle erst dann, als die Einzahlung durch Verwendung des Aktienkapitaltilgungsfonds bewirkt wurde. Daß diese Einzahlung, auch wenn sie durch Verwendung des Aktienkapitaltilgungsfonds geschah, eine solche seitens der Gesellschafter an die Gesellschaft i. S. des § 6a KapVerkStG. war, ergibt sich daraus, daß die Aktien nur durch eine Leistung der Gesellschafter erworben werden konnten und der Fonds nur aus den den Gesellschaftern zusehenden, für sie aber zum Zwecke der Bewirkung dieser Leistungen angesammelten Dividenden bestand (vgl. die Entsch. des Senats v. 10. Juni 1927, II A 239/27 und v. 7. Juni 1929, II A 261/29). Die Vorinstanz hat daher mit Recht angenommen, daß die Steuerpflicht mit dem Tage dieser Einzahlung entstanden ist und hat, wenn sie als dieser Tag den von der Beschw. angegebenen 18. Okt. 1929 angenommen hat, die Steuer mit 4 % jedenfalls nicht zu hoch berechnet, da nach dem Generalversammlungsbeschluss v. 19. Juni 1925 die Einzahlung in Höhe von 5000 RM schon damals, als noch ein Steuersatz von 5 % galt, als bewirkt angesehen wurde. (RFG., Art. v. 23. Dez. 1930, II A 455/30 S.)

Mitgeteilt von RA. Carl Frank, Berlin.

## 5. Sonstiges Steuerrecht.

**14.** §§ 28 Abs. 1, 30 Abs. 1, 38 Abs. 1, 47 Abs. 1 RBewG.

1. § 30 Abs. 1 ist nicht anwendbar, wenn ein offener Handelsgesellschafter in der Zeit zwischen dem Geschäftsabchluß der DGB. und dem Hauptfeststellungszeitpunkte Gelder aus der Gesellschaftskasse entnimmt und seinem Privatvermögen zuführt oder Zahlungen aus seinem Privatvermögen für die Gesellschaft leistet.

2. Die von einem Gesellschafter aus der Gesellschaftskasse rechtmäßig entnommenen Gelder begründen keine echte Schuld des Gesellschafters; eine zur Verminderung der Entnahmen geleistete Zahlung des Gesellschafters für die Gesellschaft aus seinen Privatmitteln begründet grundsätzlich keine Darlehensforderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft. \*)

\*) Streitig ist, ob die Entnahme des Beschw. aus der DGB. und

Zu 14. 1. Beschw. hat nach dem 30. Juni, dem Bilanztag

eine aus seinem Privatvermögen an die D.G. geleistete Zahlung bei seiner VermSt-Veranlagung 1927 zu berücksichtigen sind. § 30 will Doppelbesteuerungen und StBer Kürzungen vermeiden, die dadurch entstehen können, daß eine natürliche Person zwischen dem Abschlußzeitpunkt für ihren Geschäftsbetrieb und dem Hauptfeststellungszeitpunkt Vermögen aus ihrem Betriebsvermögen in ihr sonstiges Vermögen oder umgekehrt überführt. Es muß sich also um ein und dieselbe natürliche Person handeln. Das ist hier nicht der Fall. Auf der einen Seite steht die D.G. als Inhaberin des Betriebsvermögens, auf der anderen Seite der Beschw. U. unmittelbare Anwendung des § 30 kommt daher nicht in Frage. Aber auch sinngemäß kann die genannte Vorschrift hier nicht angewendet werden (R.F.F. 26, 143 = StW. 1930 Nr. 198; ferner Ur. v. 10. Juli 1930, III A 112/29). Auch liegt in Höhe der Entnahmen eine abzugsfähige Schuld des Beschw. an die D.G. nach § 122 Abs. 7 ist ausdrücklich gesagt, daß die (zulässigen) Entnahmen keine wirkliche Schuld begründen. Unerheblich ist die Art der Verbuchung der Privatentnahmen. Nur dann, wenn die Entnahmen als unbefugte anzusehen wären, wäre eine Schuld entstanden. Dafür

der D.G., eine „Entnahme“ gemacht, z. B. Auszahlung des Gewinnes. Für ihn gilt der nächste 1. Jan. als Hauptfeststellungszeitpunkt. Er muß also den in seinem Vermögen noch enthaltenen Gewinn persönlich versteuern. Nach unserm Ur., insbes. aber nach R.F.F. 26, 143 spez. 145 muß das aber auch die D.G. Also eine glatte Doppelsteuer. Grund: § 30, der sie vermeiden will, beziehe sich nur auf Verschiebungen zwischen derselben natürlichen Person. Wichtig ist, daß das Bew.G. die D.G. nach Analogie der juristischen Person behandelt (s. §§ 26 Abs. 2 Nr. 3, 46; Kraß: StW. 1930, 345). Aber der Grund, den R.F.F. 26, 146 speziell für Akt.G. geltend macht, nämlich die schwere Erfassung bei zahlreichen Empfänger (Aktionären), trifft bei der D.G. nicht zu. Die Rehrseite der Medaille zeigt sich, wenn in der Zwischenzeit umgekehrt Beschw. sein Kapitalkonto vermehrt hätte. Am 1. Jan. ist das Geld bei ihm nicht mehr vorhanden und am 30. Juni bei der D.G. noch nicht eingegangen. Das kann von gewiegten Steuerzahlern zum Schaden des Fiskus ausgenützt werden. Dazu kommt noch, daß der R.F.F. den Grundsatz, nur die D.G., nicht der einzelne Gesellschafter sei das Steuerobjekt, auch sonst richtigerweise nicht streng durchführt. Z. B. gestattet ihm StW. 1930 Nr. 1484 bei einer Überschuldung der D.G. den Abzug des auf ihn evtl. entfallenden Verlustanteiles. Aus den angeführten rein praktischen Gründen wäre eine vom Ur. abweichende Stellungnahme vielleicht doch vorzuziehen.

2. Auch für den Handelsrechtler weitans bedeutsamer sind die weiteren Ausführungen speziell über Entnahmen. Darüber handelt genauer die ungemein instruktive Abhandlung von Kraß: StW. 1930, 345 ff. (s. auch Jaffel: StZ. 1930, 122; Weiskopf, ebenda S. 411). Das Ur. unterscheidet befugte und unbefugte Entnahmen. Das ist aber nicht der eigentliche Kernpunkt; vielmehr muß der Begriff „Entnahme“ doch wohl etwas genauer präzisiert werden. Entnahme im technischen Sinne ist nur diejenige, welche auf den Kapitalanteil (Kapitalkonto) angerechnet wird, also nicht z. B. ein dem Gesellschafter gewährtes Darlehen. Er ist dann gewöhnlicher Schuldner; sein Kapitalkonto vermindert sich nicht. Trotzdem war die „Entnahme“ befugt, weil von der Firma gebilligt. Unbefugte Entnahmen sind allerdings stets Schuld, also nicht Entnahmen i. techn. S. Deshalb sind aber nicht etwa umgekehrt alle befugten Entnahmen auch solche i. techn. S. Alle Löwen sind Katzen; aber nicht alle Katzen Löwen. Zu den Entnahmen i. techn. S. gehören vor allem die 4% des § 121 H.G.B. sowie der Gewinn des § 122. Dst ist bestimmt, daß ein Gesellschafter zur Deckung seines Lebensunterhaltes monatlich eine bestimmte Summe „entnehmen“ darf. Sicherlich ist das eine befugte Entnahme; ist es aber auch eine i. techn. Sinne? Gedacht ist sie zumeist als eine Art Vorschuß auf Gewinn (§ 120 Abs. 2 zweiter Halbsatz H.G.B.). Wenn der Gewinn aber ausbleibt? Verwandelt sich der Vorschuß dann in eine wirkliche Schuld oder vermindert sich das Kapitalkonto? Im Regelfalle ist wohl das letztere anzunehmen. Das ist von schwerwiegender Bedeutung. A. entnimmt nichts, wohl aber der in ungünstiger Lage befindliche B. Die D.G. arbeitet nicht gut. Wird die Monatsauszahlung vom Kapitalkonto B. abgesetzt, so verschwindet es langsam; A. wird Alleinbesitzer. Ein Recht auf Ergänzung hat B. nicht (Staub, § 122 A. 15 Zusatz 2). Dst heißt es sogar, daß selbst der nicht abgegebene Gewinn das Kapitalkonto nicht vergrößert, also als gewöhnliche Forderung gilt. Der Zweifel wird sich zumeist lösen, wenn man die tatsächliche buchmäßige Behandlung heranzieht. Darin steckt meine vom Urteil abweichende Einstellung. Das Urteil bezeichnet nämlich die Art der Verbuchung als unerheblich. Ist eine Abbildung vom Kapitalkonto des B. erfolgt, so liegt eine Entnahme i. techn. S. vor. Umgekehrt, wenn sie als Belastung im Kapitalkonto aufgeführt ist.

3. Eine wichtige Rolle besonders bei Bankgeschäften spielt das sog. Privatkonto. Die Gesellschafter kaufen und verkaufen z. B. Aktien für ihre Privatrechnung und bleiben per Saldo schuldig. Der Kaufmann betrachtet den betreffenden Gesellschafter als Kun-

aber, daß unbefugte Entnahmen vorliegen, fehlt jeder Anhaltspunkt. Dagegen war es unzutreffend, den Beschw. wegen seiner Zahlung zugunsten der D.G. als deren Darlehensgläubiger zu behandeln. Der Beschw. hat der Gesellschaft bei Geschäftsbedarf Gelder aus seinem Privatvermögen zugeführt. Mit den Entnahmen und Einzahlungen wird er gleichmäßig auf dem Privatkonto belastet oder erkannt. Um den Wert der Einzahlungen verringert sich die Höhe der zu berücksichtigenden Entnahmen. Gleiches gilt von der hier streitigen Zahlung des Beschw. an die D.G. Die Annahme, daß er die Zahlung lediglich darlehensweise bewirkt habe, läßt sich bei Beachtung des Zusammenhanges zwischen Entnahmen und Zahlungen nicht aufrechterhalten. Sie widerspricht auch der wirtschaftlichen Beurteilung des hier bestehenden Verhältnisses zwischen dem Beschw. und der von ihm selbständig geleiteten D.G.

(R.F.F., Ur. v. 16. Okt. 1930, III A 145/30.)

\*

15. § 1 Gr.ErmStG.; § 5 R.Abg.D. Überträgt ein einzelner Teilhaber einer sog. Grundstücksmobilisierungsgesellschaft einen Geschäftsanteil auf eine andere Person, so ist die Unterstellung möglich, daß die Veräußerung

den, also als gewöhnlichen Schuldner. Insbes. werden zumeist Zinsen berechnet. An und für sich ist das eine befugte „Entnahme“. Die Finanzprognose der Firmennittel ist gebilligt; aber es ist wiederum keine Entnahme i. techn. S. Als Schuld kann sie jederzeit von der D.G. eingezogen werden. Entgegen einer weitverbreiteten kaufmännischen Anschauung kann auch weder der Gesellschaft, noch die D.G. mit dem Kapitalkonto ohne weiteres aufrechnen. Denn 10 000 RM Kapitalkonto können beim Vorhandensein stiller Reserven mehr wert sein als 10 000 RM Schuld. Schwierigkeiten ergeben sich, wenn auch Entnahmen im techn. S. über das Privatkonto geführt werden. M. A. n. ist dann wieder die buchhalterische Behandlung entscheidend. Entweder werden die eigentlich nicht auf das Privatkonto gehörigen Posten am Bilanzstichtage tatsächlich ausgefordert und auf Kapitalkonto abgebucht oder nicht. Im letzteren Falle liegt darin die bindende Erklärung der Beteiligten, daß eine gewöhnliche Schuld vorliegen solle. Immer stimmt das allerdings auch nicht. Bei einer Auseinandersetzung entdeckte ich mitten im Privatkonto den durch einen Gesellschaftsjahresverlust entstandenen Debitsaldo, der vom Kapitalkonto nicht abgesetzt, ja sogar verzinst war. Die Fehlbuchung wurde damals storniert, weil es üblich ist, gemeinsame Denkkirrtümer zu korrigieren (s. denn auch StW. 1929 Nr. 336). In solchen Fällen ist in der Tat „die Art der Verbuchung unerheblich“.

4. Einfacher steht es mit Einzahlungen. Da kein Gesellschafter ohne Genehmigung der andern oder einer Ausnahme im Vertrage sein Kapitalkonto beliebig vermehren kann, so kann das im allgemeinen nur die Begründung einer Forderung oder Schuldbildung (der Urteilsfall) bedeuten. Wie aber unser Ur. lehrt, ist das Leben vielgestaltig. Der Beschw. hat teils „entnommen“, teils „eingezahlt“. Wiederum waren die Entnahmen befugt, aber nicht solche i. techn. S. Sie wurden ja nicht auf das Kapitalkonto angerechnet, trugen auch offenbar nur einen temporären Charakter; sie wurden ganz oder teilweise zurückgezahlt. Das ist wohl der im Ur. erwähnte „Zusammenhang“. Immerhin verlangt die Abschlußtechnik einer D.G. eine Klärung der zwischen den Beziehungen spätestens am Abschlußstichtage. Es muß salbiert werden. Ergibt sich ein Debitsaldo, so ist der Beschw. Schuldner, sonst Gläubiger. Anders sind die Posten, soweit ich sehe, nicht unterzubringen. Nach dem Ur. sind sie ein mixtum compositum: Beschw. ist weder Gläubiger noch Schuldner. Dem könnte man evtl. durch eine farblose Buchung, etwa unter „Transitorische Posten“, entsprechen. Aber das ist doch wohl eine unübliche Kunstbuchung.

5. Auf diese Weise kommt man doch zu einem etwas andern Ergebnis als das Ur. Beschw. ist je nach dem Stichtagsaldo entweder Gläubiger oder Schuldner. Handelsrechtlich wird das sicherlich so sein; steuerrechtlich ist das allerdings nicht ohne weiteres entscheidend. Das Ur. berührt gerade deshalb so sympathisch, weil es mit Recht auf die wirtschaftliche Betrachtung Wert legt. Aber ich glaube, die oben entwickelte Anschauung entspricht doch mehr der gewöhnlichen Behandlung. Angenommen, Beschw. hilft der D.G. aus, wenn sie illiquide ist; er nimmt das Geld nur zurück, wenn die Finanzen sich gebessert haben, soweit es also nicht zu ihrem offensiblen Schaden gerichtet (§ 122 H.G.B.). Es sei das sogar verabredet. Der R.F.F. hat recht, wenn er sagt: ein richtiges Darlehen ist das nicht. Aber immerhin eine, wenn auch wenig drückende Schuld. Man könnte deshalb vielleicht auf die Idee kommen, diese „Schuld“ nach § 143 R.Abg.D. niedriger einzusetzen, um das vom Ur. angestrebte Resultat zu erreichen (StW. 1930 Nr. 677, 679; 1931 Nr. 13, 291). Aber auch das ist nicht üblich. Noch eine Frage: Beschw. ist nach den Gründen kein Gläubiger; seine Forderung ähnelt also mehr einer gesellschaftlichen Beteiligung. Ihm sind aber im laufenden Kapitalkonto Zinsen vergütet. Wie sieht es dann mit der Anwendbarkeit von § 65 EinkStG.?

Dr. Ernst Fleck, Hannover.

eines entsprechenden Grundstücksbruchteils durch die Veräußerung des Geschäftsanteils ersetzt ist. Die Anwendung von § 5 ABGd. ist also nicht ausgeschlossen. †)

Die Grundstücks-GmbH., die in einem früheren Steuer-Rechtsmittelverfahren als sog. „Grundstücksmobilisierungsgesellschaft“ anerkannt worden ist, hat ein Stammkapital von 100 000 RM, von dem R. 10 000 RM besaß. Durch Vertrag v. 28. Okt. 1926 übertrag dieser seinen Geschäftsanteil an den Beschw. Aus diesem Anlaß wurde der Beschw. nach einem gemeinen Grundstückswerte von 240 000 RM zur ReichsGrErmSt. herangezogen.

Der Streit dreht sich um die Frage, ob die Übertragung eines einzelnen Geschäftsanteils an einen anderen Gesellschafter dergestalt, daß der Übertragende aus der Gesellschaft ausscheidet, gemäß § 1 GrErmStG. i. Verb. m. § 5 ABGd. wie die Übertragung eines entsprechenden Grundstücks-Bruchteils besteuert werden kann. Das FinGer. hat das unter Bezugnahme auf die Entsch. II A 38/30 vom 19. Febr. 1930 (Partei § 1 Abt. III Nr. 11) bejaht, während der Beschw. sich zur Verneinung der Frage auf die Entsch. II A 160/30 v. 18. März 1930 (Partei § 1 Abt. III Nr. 12) berufen zu können glaubt.

Einspruch und Berufung blieben erfolglos. Auch der Rechtsbeschwerde konnte nicht stattgegeben werden.

Zutreffend stützt das FinGer. seine Entsch. auf das Ur. v. 19. Febr. 1930. Der Beschw. vermisst die Bezeichnung des von der Rechtsordnung gewiesenen Weges, den er zur Erreichung des von ihm nach Ansicht der Vorbehörden erstrebten wirtschaftlichen Zielens, nämlich zum Erwerbe eines Grundstücksbruchteils, hätte wählen müssen. Dieser Weg wird aus folgenden Erwägungen erkennbar. Wenn die einzelnen Gesellschafter miteinander derart verbunden sind, daß sie in ihrer Gesamtheit den Willen und die Macht haben, gegebenenfalls den Verkehr mit dem Grundstück im ganzen durch den Verkehr mit Gesellschaftsanteilen zu ersetzen, so ist es ihnen auch möglich, an die Stelle der Veräußerung einzelner Grundstücksbruchteile die Veräußerung einzelner Geschäftsanteile zu setzen, wobei diese Veräußerung nicht auf Rechnung der Gesellschaft oder der Gesamtheit der Gesellschaft geht, sondern auf Rechnung der einzelnen Gesellschafter, die Anteile veräußern. Bei hinreichend enger Verbundenheit ist ein solcher Wille in der Regel anzunehmen, wenn ein einzelner Gesellschafter einen Geschäftsanteil, der für ihn wirtschaftlich nur einen Grundstücksbruchteil bedeutet, in der Absicht veräußert, damit wirtschaftlich dem Erwerber ebenfalls einen Grundstücksbruchteil zuzuwenden. Weiter ist vorausgesetzt, daß der Er-

Zu 15. Grundsätzlich steht die Grunderwerbssteuerliche Behandlung der Mobilisierungsgesellschaften in der Rpr. des RSt. seit Jahren fest. Wo mit der Übertragung der Geschäftsanteile einer Grundstücks-Gesellschaft wirtschaftlich das gleiche beabsichtigt ist, was durch Verkauf der Grundstücksanteile selbst erreicht wäre, soll, wie dies erstmals RSt. 5, 215 ausgesprochen hat, § 5 ABGd. Maß greifen und die Übertragung des Geschäftsanteils steuerlich der des Grundstücksanteils gleichgestellt werden. Die Schwierigkeit liegt in der Feststellung, wann die Veräußerung der Geschäftsanteile mit der Grundstücksanteile wirtschaftlich identisch ist. Die reiche Kasuistik des RSt. seit obigem Ur. zeigt, wie verschieden die Beurteilung der einzelnen Tatbestände auch unter Zugrundelegung des angeführten Prinzips bei den Finanzbehörden und auch beim RSt. selbst immer gewesen ist. In zweierlei Richtung lassen sich aus der Rpr. des Reichsfinanzhofes Anhaltspunkte für die richtige Grenzziehung gewinnen. Einmal in sachlicher Hinsicht. Werden mit der Übertragung der Geschäftsanteile Zwecke erstrebt, die durch die Übertragung der Grundstücksanteile nicht oder nicht vollständig erreicht werden können, liegt also eine nur auf die Mobilisierung des Grundstücks beschränkte Absicht nicht vor, so ist der Umgehungswille zu verneinen. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Gegenstand der Gesellschaft auf den Erwerb weiterer Grundstücke oder sonstige Zwecke gerichtet ist, ferner, wenn die Gesellschaft nicht bloß Grundbesitz, sondern anderes Vermögen in sich vereinigt. Von besonderer Bedeutung sind weiter die persönlichen Rechtsbeziehungen des Erwerbers zu den Inhabern der anderen Geschäftsanteile. Nur dann ist für § 5 ABGd. Raum, wenn mit dem Geschäftsanteile die wirtschaftliche Verfügungsgewalt über das Grundstück selbst, nicht bloß der Genuß der im Grundbesitz liegenden Werte, erworben werden soll. Nur wo eine gewisse persönliche Verbundenheit besteht, ist anzunehmen, daß es sich bei der Gesellschaft um nichts anderes als um die Gemeinschaft der Anteilhaber des Grundstücks handelt und mit der Übertragung des Geschäftsanteils also wirtschaftlich daselbe erreicht werden soll, als ob der ihm entsprechende Bruchteil des Grundstücks übereignet wird. Ob diese Verbundenheit „hinreichend eng“ ist, wird nach Lage des einzelnen Falles zu bestimmen sein. In Betracht kommen neben verwandtschaftlichen Beziehungen der Gesellschafter namentlich solche wirtschaftlicher Art, wie z. B. Verbundenheit in anderen Gesellschaften, oder Zugehörigkeit zum gleichen Konzern (RSt. 8, 727; StW. 27, 286). Auch bei diesen Richtlinien werden immer wieder zahlreiche Zweifel übrig bleiben. Als Beispiel eines Einzelfalles ist das obige, übrigens sachlich einfach gelagerte Ur. von Interesse.

RM. Dr. Strauß, Mannheim

werber von einer entsprechenden Absicht beherrscht ist und daß er in die gleiche Verbundenheit mit den übrigen Gesellschaftern eintritt wie der Veräußerer.

Unter diesen Voraussetzungen ist bei einer sog. Grundstücksmobilisierungsgesellschaft auf Grund des § 5 Abs. 3 ABGd. zu unterstellen, daß der Veräußerer eines Geschäftsanteils Bruchteilseigentümer des Grundstücks war und daß er einen solchen Eigentumsanteil veräußert hat.

Im vorl. Falle hat das FinGer. einwandfrei festgestellt, daß die GmbH. nach wie vor eine sog. Mobilisierungsgesellschaft geblieben war und daß der Veräußerer R. wirtschaftlich einen Grundstücksbruchteil veräußern wollte. Der Beschw., der den Geschäftsanteil erworben hat, war bereits Gesellschafter. Auf seiner Seite war also ebenfalls die Voraussetzung der Verbundenheit gegeben.

(RSt., 2. Sen., Ur. v. 1. April 1931, II A 174/31.)

\*

16. § 1 GrErmStG.; § 5 ABGd.: Haben zwei Personen alle Anteile einer Grundstücksgesellschaft erworben, und überträgt sodann die eine einen Teil ihrer Anteile auf die andere, so läßt sich diese Übertragung nicht lediglich als deswillen als steuerpflichtig ansehen, weil die beiden Personen durch den vorausgegangenen Erwerb aller Anteile aus § 1 GrErmStG. i. Verb. m. § 5 ABGd. steuerpflichtig geworden sind. †)

Am 10. Juni 1924 erwarb die Firma R. & Co.  $\frac{16}{25}$  und am 15. Juli 1924 die Beschw.  $\frac{9}{25}$  aller Aktien der A. Grundstücks-GmbH., in deren Eigentum sich das Grundstück A. befindet. Beide Erwerberinnen wurden gemäß § 1 GrErmStG. und § 5 ABGd. rechtskräftig zur GrErmSt. herangezogen. Am 1. Aug. 1924 übertrug die Firma R. & Co.  $\frac{9}{25}$  ihrer Aktien für 40 000 RM auf die Beschw. Das Bezirksamt sah in dieser Aktienübertragung die steuerpflichtige Übertragung der Verfügungsmacht an  $\frac{9}{25}$  ideellen Bruchteilen des Grundstückes.

Durch den Erwerb aller Anteile durch die beiden Firmen im Juni/Juli 1924 ist eine Steuerpflicht entstanden. Wenn nun im Aug. 1924 die Firma R. & Co.  $\frac{9}{25}$  abtrat, so könnte hierin ein Steuerumgehungsgeschäft ohne weiteres nur dann gefunden werden, falls die für die Steuerumgehung im Juni/Juli 1924 maßgebende Unterstellung, daß das Grundstück erworben sei, auch für alle Zukunft ihre Bedeutung behielte und die ferneren Rechtsgeschäfte steuerlich so betrachtet werden müßten, wie sie bei einem vorausgegangenen juristischen

Zu 16. 1. Der Tatbestand ist ein verhältnismäßig einfacher und am Eingange des Ur. so erschöpfend dargestellt, daß sich seine Wiederholung erübrigt. Es handelt sich um die Übertragung eines Teils der Aktien einer Grundstücks-GmbH., hinsichtlich derer die Mobilisierungsbefreiung in einem früheren Steuerfalle, nämlich bei der Übertragung der Aktien teils an den Beschw., teils an die R. & Co. bereits festgestellt war. Anscheinend handelte es sich damals um einen ähnlichen Fall wie StW. 1930 Nr. 434. Die beiden Erwerbsfirmen gehörten nämlich demselben Konzern an, so daß die Übertragung des einen Teiles der Grundstücksaktien vermöge der inneren Beziehungen des einen Teilerwerbers zu dem Besitzer des anderen Aktienpakets im inneren Zusammenhange stand. Eine solche oder ähnliche Feststellung war nötig. Denn wenn solche Mobilisationsaktien nicht an eine, sondern an mehrere Personen übergehen, ist § 3 sonst nicht anwendbar (RSt. 5, 247), und zwar selbst dann nicht, wenn die verschiedenen Erwerber die Vereinigung zwecks Erlangung der gemeinschaftlichen Verfügungsgewalt beabsichtigen. Die Art der Veräußerung in Teilen (von 300 je 30) schließt nach RSt.: StR. 26, 1007 die Annahme aus, daß die Verkäufer die Übertragung des Eigentums an Grundstücke selbst wollten. Insbes. muß bei Teilverkäufen von Aktien an verschiedene Personen festgestellt werden, daß a) in Wahrheit der Veräußerer wirtschaftlich entsprechende Bruchteile des Grundstücks selbst, also Quoten Eigentum übertragen wollte, b) auch auf Seiten des Erwerbers die korrespondierende, gerade auf Bruchteile gerichtete Erwerbsabsicht bestand (Lion S. 76, StW. 1930 Nr. 117, StW. 1927, 1446). Es muß also, wie das Ur. StW. 1928 Nr. 196 es ausdrückt, der Verkehr mit Aktien den mit Bruchteilen ersetzen (siehe allerdings StW. 1928, 991). Man darf nicht ohne weiteres jede Aktie einem ideellen Bruchteile des Grundstücks gleichstellen (Lion S. 79 und StW. 1929 Nr. 1001: Keine Steuerpflicht, wenn für den Erwerb gerade der Aktien als solcher auch andere wirtschaftlich beachtenswerte Gründe vorhanden sind).

2. In unserem Falle waren diese immerhin strengen Voraussetzungen bei dem ersten gemeinschaftlichen Erwerb der beiden Firmen als vorliegend erachtet. Der Steuerbescheid war rechtskräftig geworden. Es erhebt sich zunächst die verfahrensrechtliche Frage, ob diese Feststellungen auch dem neuen Steuerfalle zugrunde gelegt werden können. Ohne weiteres wohl nicht, denn nach der feststehenden Rpr. des RSt. erlangen die Gründe als solche keine Rechtskraft. Der Beschw. wäre also rein prozessual an und für sich in der Lage gewesen, eine neue Prüfung auch der ursprünglichen Streitfrage zu verlangen und evtl. auch neue Entlastungstatsachen anzuführen. Er hat das aber nicht

Eigentumszerwerbe des Grundstücks durch die Erwerber der Gesellschaftsanteile sich gestaltet hätten. Das aber wäre eine Überspannung des Gedankens des § 5 und der damit verfolgten Absicht. Der im Juni/Juli geübte Mißbrauch der Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts hat durch die Erhebung der Steuer, gleich als wenn eine Grundstücksüberweisung vorgenommen wäre, seinen vollen Ausgleich gefunden. Für die Zukunft ist von den tatsächlich geschaffenen Rechtsverhältnissen auszugehen und deshalb lediglich zu prüfen, ob in der Abtretung eines Teiles der Aktien eine ungewöhnliche Rechtsform zu finden ist, die nur zum Zwecke der Umgehung gewählt worden ist. Hierfür fehlt es bisher an jeder Feststellung. Die beiden Firmen

konnten schon vor der Teilabtretung gemeinschaftlich über das Grundstück verfügen. Hat der Zweck des Vorgehens nur darin bestanden, die Grenzen der Verfügungsmacht zugunsten der Beschw. zu verschieben, so hätte dies wohl auf keine einfachere und entsprechendere Weise geschehen können, als durch Abtretung eines Teiles der Anteile. Die Abtretung wäre dann kein ungewöhnlicher Weg; im Gegenteil würde der Verkauf von  $\frac{8}{25}$  Grundstücksanteil seitens der Gesellschaft an die Beschw. mit der Verpflichtung der Gesellschaft, den erzielten Kaufpreis an A. & Co. abzuführen, der sonst hätte gewählt werden müssen, als ein ungewöhnlicher Weg bezeichnet werden können. Überdies hätte er zu einem ganz andern Ergebnis geführt,

und nun etwa steuerlich die beiden Firmen in all und jeder Beziehung als Kuraktionäre zu behandeln. Was der RSt. in Wahrheit sagen wollte, ist — wenn man sich eine Vermutung gestatten darf — etwa das folgende: Es ist unzulässig, aus den früheren Geschehnissen ohne weiteres zu folgern, daß auch im zweiten Falle beide Parteien lediglich die Absicht gehabt haben, Bruchteilseigentum zu übertragen; vielmehr ist der neue Tatbestand für sich und unabhängig von dem alten zu würdigen. Es bedarf also einer neuen tatsächlichen Feststellung des nunmehrigen Willens der Parteien. Mit dieser Modifikation kann man dem Ideengange des RSt. schon eher folgen. Denn auch dieser beschränkte Leitfaß genügt, um zunächst einmal dem erstinstanzlichen Ur. eine wesentliche Grundlage zu entziehen. Es beruhte darauf, daß steuerlich beide Firmen Bruchteilseigentum hatten, also nur solches übertragen und erwerben konnten (siehe oben Nr. 3 am Ende). Dabei ist doch wohl übersehen, daß es nach § 5 RAbgD. bloß so angesehen wird, als ob die beiden Firmen in dem konkreten Steuerfalle steuerlich Bruchteilseigentümer wären: das genügt für Steuerzwecke vollkommen. Die Steuererhebung hat an und für sich keine Veranlassung, auch für andere Steuerfälle die Geltung dieser sachlich beschränkten Fiktion vorzuschreiben. Das hätte z. B. gerade bei einer GrundstücksmobilisierungsAktG. dahin geführt, die Erhebung der Körperschaftsteuer zu unterbinden (siehe über diese allerdings nicht ganz einfach liegende Frage Becker, RAbgD. § 5 Anm. 6, 7; StW. 1929, 2459; StW. 1929 Nr. 428, 478, 540; Roth: StW. 1929, 595; Becker ebenda S. 567; StW. 1930 Nr. 581).

getan, vielmehr stillschweigend den alten Tatbestand auch für das neue Verfahren als bindend anerkannt.

3. Es ist also auch in dem jetzt zur Entsch. stehenden Steuerstreite davon auszugehen: Steuerlich ist der erste Erwerb so anzusehen, als ob die beiden Aktienkäufer Bruchteilseigentum erworben hätten. Wenn dem aber so ist, so liegt der Schluß nahe, daß die spätere Übertragung von weiteren  $\frac{8}{25}$  der Aktien auch weiter nichts war, als die Übertragung von Bruchteilseigentum. Auf diesen Standpunkt hat sich die untere Instanz gestellt. Man kann dem eine gewisse Folgerichtigkeit nicht absprechen. Man könnte sogar der Meinung sein, daß es eigentlich einer erneuten Heranziehung des § 5 RAbgD., also des Umgehungsparagrafen, gar nicht bedürfte. Denn wenn der Aktienbesitz von A. & Co. steuerlich Bruchteilseigentum repräsentiert, dann kann sie anscheinend logischerweise auch nur Bruchteilseigentum übertragen. Und zwar um so mehr, weil der Aktienübergang bloß zwei Wochen später erfolgte; die Verhältnisse werden sich in dieser kurzen Zeit schwerlich verändert haben (siehe allerdings unten Nr. 6).

7. Je mehr man sich in die Sache vertieft, destomehr befestigt sich die Überzeugung, daß jener Identitätsatz nur eine negative Bedeutung hat. Er soll lediglich freien Raum für eine unabhängige Untersuchung schaffen und das zeitliche Moment in den Vordergrund rücken. Entscheidend sind die Verhältnisse im Augenblicke des zweiten Steuerfalles. Die erhöhte Bedeutung, die gerade der Zeit beigemessen wird, stimmt auch mit anderen feststehenden Rechtsätzen überein, ordnet sich also systematisch ein. Es kommt gerade bei MobilisationsAktG. oder GmbH. gar nicht so sehr darauf an, ob schon bei ihrer Gründung die Mobilisationsabsicht bestand, vielmehr lediglich, ob sie bei beiden Parteien gerade zur Zeit der Aktienübertragung vorhanden war (Dt: StW. 1930, 467, 468 u. 473, 474; StW. 1928, 335; Dt: StW. 1929, 591, abweichend StW. 1928, 196). Diese Abstrahierung von den Vorgängen der Vergangenheit führt z. B. zur Annahme einer Steuerpflicht auch dann, wenn die AG. ursprünglich ganz andere Zwecke verfolgte, tatsächlich aber später ihr Vermögen auf ein Grundstück beschränkt war (StW. 1928, 197).

4. Der RSt. hat das Vorgehen des Bezirksamts nicht gebilligt. Der entscheidende Satz lautet: Der im Juni/Juli geübte Mißbrauch der Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts hat durch die Erhebung der Steuer, als wenn eine Grundstücksüberweisung (genauer: Bruchteilsüberweisung) vorgenommen wäre, seinen vollen Ausgleich gefunden. Für die Zukunft ist von den tatsächlich geschaffenen Rechtsverhältnissen auszugehen. — Der RSt. stellt sich also auf folgenden Standpunkt: Die alte Steuerfunde ist vergeben und vergessen. Die völlige Übereinstimmung der steuerlichen und bürgerlich-rechtlichen Verhältnisse ist hergestellt; beide Firmen gelten demnach lediglich als Aktionäre. Wenn man diese vom RSt. ausgesprochene Norm wörtlich aufsaßt, so folgt aus ihr allerdings zwingend, ja sogar ausnahmslos, daß der spätere Übergang von  $\frac{8}{25}$  nur als ein steuerfreier Aktienenerwerb, aber nicht als Erwerb von Bruchteilseigentum steuerlich aufgefaßt werden darf. Denn handelsrechtlich hat der Aktionär überhaupt kein Eigentum an den Grundstücken der AG., kann also ein solches auch nicht übertragen.

8. Dann wäre der in Wahrheit das Ur. tragende Satz in den Worten enthalten: Der Zweck des Vorgehens (der Aktienkauf) hat nur darin bestanden, die Grenzen der Verfügungsmacht zugunsten des Beschw. zu verändern. Neu geschulmäßig kann man den vom RSt. wenig wohlwollend behandelten Grundstücksgeellschaften wirklich jede Steuererleichterung gönnen. Ein Vertreter der Steuerzahler wird daher, wenn er ausnahmsweise einmal auf eine diesen Rabenritzen günstige Entsch. trifft, von vornherein nicht allzu kritisch eingestellt sein. Aber so recht überzeugend klingt selbst für ihn diese Begründung wohl kaum. Die Grenzen der Verfügungsmacht verschieben sich auch, wenn Bruchteilseigentum die Hand wechselt. Der Beschw. müßte schon glaubhaft darlegen, daß es ihm gerade auf die Aktienmajorität ankam, z. B. um mit ihrer Hilfe eine ihm genehme Verwendungsart des Grundstücks durchzuführen, wobei für ihn oft die Vorf. hinderlich wird, daß er bei Verträgen mit sich selbst nicht mitstimmen kann. Wenn man, worauf schon oben hingewiesen wurde, bedenkt, daß bloß zwei Wochen vor dem zweiten Steuerfalle die Beteiligten Bruchteile und nicht Aktien erwerben wollten, dann drängt sich doch eher der Schluß auf, daß sich in so kurzer Zeit die Willensrichtung schwerlich geändert hat. Aus dem Ur. ist nicht zu ersehen, ob nicht der Beschw. Gegenstände tatsächlich geltend gemacht hat. Wenn es sich wirklich um Konzernfirmen handelt, wäre es vielleicht möglich, daß seit dem 10. Juni 1924 sich die inneren Konzernverhältnisse verschoben haben und dies nunmehr auch äußerlich durch die Aktientransaktion zum Ausdruck gebracht werden sollte. Man könnte dann vielleicht mit mehr Recht sagen, daß deshalb den beiden Parteien der Gedanke, gerade und nur Bruchteile zu geben und zu nehmen, ferner lag, da der bloße Aktientausch für solche Zwecke genügt.

5. Der RSt. würde also, wenn man ihn beim Worte nimmt, jetzt auf einmal der Ansicht von Stillchweig: StW. 1928, 197 sein (gegen ihn Dt: StW. 1930, 474 und meine Fußnote: StW. 1929, 2442), der auch davon ausgeht, die Anwendung der inadäquaten Form (Anteils- statt Bruchteilsübertragung) entspreche der Rechtslage, in der sich das Grundstück (als Eigentum einer AktG.) nun einmal befinde; es hätte keinen Sinn, wenn der Alleinaktionär das Grundstück selbst verkaufe und den leeren Mantel zurückbehalte. Wäre das oder ähnliches die wirkliche Meinung des RSt., so könnte man sich dann nur darüber wundern, daß unser Ur., wie der Rechtsatz der Überschrift und die Gründe ergeben, offensichtlich unter gewissen Umständen die logisch eigentlich ausgeschlossene Möglichkeit zuläßt, dennoch einen steuerpflichtigen Übergang von Bruchteilseigentum anzunehmen. Schon dieser Umstand zeigt, daß man bei in unserem Ur. anscheinend absolut ausgesprochenen Identität des steuerlichen mit dem zivilen Rechtszustande nicht den strengen Sinn unterlegen darf, der nach dem Wortlaute eigentlich geboten erscheint. Dt: StW. 1930, 480 wendet sich ebenfalls gegen diese Annahme, die er treffend die steuerliche Legalisierung der Mobilisationsgesellschaft für die weitere Zukunft nennt. Dagegen spricht auch noch folgende Erwägung. Wenn die beiden Firmen sich das Grundstück gembuchmäßig aufteilen, sich also auf Grund einer Auflassung der AktG. als Quotenbesitzer eintragen lassen, so müßte das, wenn der jetzige Zustand legalisiert ist, doch genau so steuerpflichtig sein, wie wenn das zugunsten sonstiger Aktionäre etwa im Liquidationsstadium geschieht. Der RSt. hat aber und mit Recht in ständiger Rspr. (StW. 1928, 574, StW. 1928, 723) daran festgehalten, daß die Umgehungssteuer des § 5 RAbgD. die nochmalige Erhebung ausschließt, wenn nachträglich auch bürgerlich-rechtlich die entsprechende Gestaltung hergestellt wird. Also in unserem Falle: wenn an die Stelle der Aktien das Bruchteilseigentum gesetzt wird. Dieser Zweifel ist so naheliegend, daß er sich selbstverständlich auch dem RSt. aufgedrängt hat. Es hat gewiß nicht in seiner Absicht gelegen, seine wohlbegründete Rspr. in diesem Punkte irgendwie aufzugeben.

9. Dt: StW. 1930, 478 u. 479 scheint allerdings speziell bei Konzernvererbungen anderer, nämlich der strengeren Meinung zu sein,

6. Man muß sich daher davor hüten, den Satz: „Für die Zukunft ist von den tatsächlich geschaffenen Rechtsverhältnissen auszugehen“, etwa ganz allgemein auf anders geartete Fälle auszudehnen

denn durch seine Beschreibung wäre der Grundstücksanteil aus der Gesellschaft ausgeschlossen, während die Gesellschafter ihn bei ihr belassen wollten. Es können deshalb in einem solchen Falle weder die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 Nr. 1 noch die des Abs. 2 Nr. 2 als erfüllt angesehen werden. Der Zweck des Vorgehens könnte aber auch in anderen Gründen, als in der Absicht, die Grenzen der Verfügungsmacht zu verschieben, gelegen haben. Und deshalb läßt sich zu einer abschließenden Entsch. erst kommen, wenn die Verhältnisse zwischen den beiden Gesellschaftern geklärt und festgestellt ist, welche Zwecke mit der Abtretung erreicht werden sollten und wie die Abtretung sich praktisch auswirkt.

und das stimmt natürlich bedenklich. Die Sache liegt so: Die dem M.-Konzern angehörige OHG. M. & Co. und die M.-AktG. hatten einheitlich die sämtlichen Aktien einer HausAktG. erworben und sind deshalb als Bruchteilseigentümer versteuert. Die OHG. übertrug dann ihre Aktien auf die ebenfalls zum Konzern gehörige B.-AktG. Der RFH. zieht auch diese Übertragung erneut zur Steuer heran, nach Dtt mit Recht. Man müsse, sagt er, einen Bruchteilserwerb auch dann unterstellen, wenn der eine Aktienverkäufer sein Aktienpaket an eine Firma des selben Konzerns weitergäbe. Nach ihm ist es sogar nicht einmal nötig, daß es sich um denselben Konzern handelt; es genügt auch ein loserer Zusammenhang (Näheres S. 479 unten, 480 oben). Dtt erachtet also offensichtlich die Zugehörigkeit zu demselben Konzern sogar als verschärfendes Indiz für die Steuerpflicht. Man sieht, wie verschiedenartig auch in diesem Punkte die Ansichten sein können, und daß die bisherige Begründung des Urts. etwa der unteren Instanz keineswegs zwingend zu erscheinen braucht, vielmehr in Wahrheit ein besonderes Wohlwollen verrät. Auch Dtt S. 480 kann erhebliche Zweifel nicht unterdrücken.

10. Wenn man sich vollständig vom Zivilrechte löst und nach Anleitung des § 6 GrErbStG. mehr Gewicht auf das wirtschaftliche Eigentum i. w. S. legt, könnte man zur Stützung des entscheidenden Satzes unseres Urts. (oben 8.) vielleicht auf folgende „Konstruktion“ verfallen. Gerade bei Konzernwerken liegt es nahe, nicht das einzelne Werk als Bruchteilseigentümer anzusehen, sondern den Konzern oder eine übergeordnete Gesellschaft bürgerlichen Rechts; ein Gedanke, der zum Beispiel bei der Umsatzsteuer häufig verwendet wird. Dann handelt es sich in Wahrheit um Gesamt Eigentum, und dabei ist in der Tat die Verschöpfung der Quoten gleichgültig und löst keine neue Steuerpflicht aus (JW. 1930, 1446; StW. 1929 Nr. 551). Vorläufig steht allerdings der 2. Sen. auf dem Standpunkte, daß speziell bei der GrErbSt. die Begriffe des Zivilrechts den Vorrang zu beanspruchen haben. Aber Dtt: StW. 1930, 465 sagt ganz in Übereinstimmung mit JW. 1929, 2441, wenn auch im anderen Zusammenhang: Es geht auf die Dauer nicht an, daß man die wirtschaftliche Betrachtungsweise für die Bejahung der Steuerpflicht in Anspruch nimmt, sie aber grundsätzlich leugnet, wenn sie zur Vereinerung führt. Ein prägnantes Beispiel für die Richtigkeit dieser Ansicht ist StW. 1929 Nr. 732; ähnlich StW. 1930 Nr. 120 u. 436 (Erwerb nur eines Teiles der Anteile im Rechtsinne, aber Erlangung der eigentumsähnlichen Macht hinsichtlich des Restes).

11. Unser Urts. beruft sich zur weiteren Stützung seiner Entsch. noch darauf: Der Verkauf von  $\frac{9}{25}$  Grundstücksanteil seitens der Grundstück AktG. an den BeschwF. mit der Verpflichtung der AktG., den Kaufpreis an M. & Co. abzuführen, wäre ein ungewöhnlicher Weg und hätte außerdem zu der nichtbeabsichtigten Ausschöpfung der  $\frac{9}{25}$  aus der Grundstück AktG. geführt. Das ist gewiß richtig; der vorgeschlagene Weg ist mehr wie ungewöhnlich und müßte erst einmal aktienrechtlich verändert werden; so wie er beschrieben wird, ist er handelsrechtlich ungangbar. Vor allem wird aber ein Vertreter der Meinung der unteren Instanz erwidert: Zunächst handelt es sich nicht um ein Geschäft der BodenAktG. mit dem BeschwF., sondern um ein solches mit M. & Co. und ihm und dabei auch nicht um die bürgerlich-rechtliche Übertragung von Bruchteilseigentum, die ja ohne Zweifel steuerpflichtig wäre; vielmehr darum, ob rein steuerlich der Aktienverkauf als Grundstücksanteilsverkauf zu bewerten ist, also eine Fiktion, so daß zivilrechtlich eine Ausschöpfung aus dem Vermögen der BodenAktG. gar nicht in Frage kommt. Besonders aber wird der Vertreter des Bezirksamts darauf hinweisen, daß der RFH. mit diesem Argumente zu viel, also auch zu wenig beweist. Denn wenn sein Beweisgrund richtig ist, wäre die Besteuerung jeder weiteren Aktienverschöpfung ausgeschlossen, weil die Herausnahme von Bruchteilen aus dem Vermögen der BodenAktG. niemals in der verständigen Absicht der Parteien liegen kann. Und Steuerfreiheit unter allen Umständen nimmt ja auch das Urts. selbst nicht an. Auffällig ist auch, daß der BeschwF. unter Umständen zu  $\frac{9}{25}$  als Bruchteilseigentümer, zu  $\frac{9}{25}$  als Aktienbesitzer anzusehen wäre; eine etwas sonderbare Mischung.

12. Wie aus alledem folgt, ist die Sache recht verwickelt. Die Erwägungen kreuzen sich, und die Entscheidung steht auf des Messers Schneide. Man wird dem RFH. vielleicht am ersten so gerecht, daß man zwischen den Zeilen zu lesen versucht und nach dem ungeschriebenen Grunde forscht, der in dieser Wirrnis ihm den entscheidenden Fingerzeig gab. Ich denke mir den wahren Grund wie folgt: Wie Lion S. 75 treffend bemerkt, hat die für die Grund-

Im Urts. v. 19. Febr. 1930, II A 38<sup>90</sup>, das gegen die BeschwF. mit Bezug auf ihren Erwerb von Aktien der K.-GrundstückserwerbungsAktG. ergangen ist, hat der Sen. anerkannt, daß auch die Übertragung eines Teiles der Anteile nach § 1 i. Verb. mit § 5 Abs. 2 steuerpflichtig sein kann, wenn die Übertragung vermöge der Beziehungen des Erwerbers zu dem Besitzer der übrigen Anteile mit dessen Anteilbesitz in einem inneren Zusammenhange steht. Daran wird auch jetzt nicht gezweifelt, und die engen Beziehungen von M. & Co. und der BeschwF. sind dem Sen. bekannt. Der damalige Tatbestand unterscheidet sich aber von dem gegenwärtigen wesentlich dadurch, daß der übertragende Anteilbesitzer seinen gesamten Aktien-

stücksgesellschaft so ungünstige Rechtsprechung des RFH. zu ihrer völligen Einkreuzung geführt, so daß ein Verkauf des Grundstücks aus der Bodengesellschaft heraus zu erdrückenden Steuern führt. Insbesondere sind der RFH. und erst recht die unteren Instanzen in der Anwendung des § 5 Abs. 2 zuerst doch wohl reichlich weit gegangen. Darauf war bereits (JW. 1929, 2441) hingewiesen. Zu meiner Genugtuung (Donellus vanitas iuris consultorum) sagt darüber eine Autorität wie Dtt (StW. 1930, 475): Ich stimme Fleck darin grundsätzlich zu, daß man dem Umfassgedanken im GrErbStG. i. S. einer weitgehenden Besteuerung des wirtschaftlichen Eigentums ausbauen und das schivere Geschütz des § 5 nach Möglichkeit vermeiden sollte. Es scheint nun, daß angesichts der Fiskalität der unteren Instanzen in letzter Zeit der RFH. mehr dazu neigt, der Anwendung des § 5 engere Grenzen zu ziehen; und daß diese neue Einstellung unausgesprochen in Wahrheit die eigentliche Entscheidungsunterlage bildet. Für den Praktiker ist es natürlich vom größten Interesse, sich ein eigenes Urteil darüber zu bilden, damit er weiß, ob er in Zweifelsfällen Aussicht hat oder nicht und sich nicht etwa durch ältere ungünstige Urteile von der Weiterverfolgung abrecken läßt.

13. In dieser Beziehung ist auf folgendes hinzuweisen, wobei ich mich wiederum der Einfachheit halber auf Dtt (StW. 1930, 462 ff.) stütze, zumal er dankenswerterweise auch einige nicht-abgedruckte Urteile mitteilt. a) Zunächst einmal hat der RFH. den § 5 dann ausgeschaltet, wenn die Grundstücksgesellschaft außer dem Grundstücke noch anderes Vermögen und außer Hypothekenschulden weitere Schulden oder Forderungen von Bedeutung hat (StW. 1930 Nr. 118 und 467). b) Ferner, wenn die Bodengesellschaft ein großes zur Bebauung bestimmtes Gelände besitzt; besonders dann, wenn sie die Häuser einzeln verkaufen will, und zwar aus dem einleuchtenden Grunde, weil der Erwerb eines Teiles der Aktien dem Käufer niemals das wirtschaftliche Eigentum an dem von ihm begehrten Einzelhause verschaffen kann. Das ist nur dann der Fall, wenn die AktG. nur ein Haus hat. c) Die GmbH. ist die Spitzenorganisation der GmbH. I—IV. Auf Veranlassung der letzteren gründen die Geschäftsführer der GmbH., nämlich M. und N., eine neue Haus-GmbH., die ein Kontorgebäudegrundstück erwirbt. M. scheidet als Geschäftsführer aus und überträgt deshalb seine Anteile des Haus-GmbH. auf N., was nach § 3 GrErbStG. besteuert wird (der Konzern hat die Sache doch wohl recht unpraktisch aufgezo-gen). N. überträgt dann die Anteile auf die GmbH. I—IV im Verhältnis ihrer Konzernbeteiligung; das Haus wird dann an die Spitzen-GmbH. J. vermietet. Eine Steuerpflicht für die Übertragung der Aktien an die GmbH. I—IV ist vom RFH. abgelehnt. Die Vereinigung der Anteile in der Person des N. war nicht Zweck der Gründung der HausGmbH., sondern lediglich die Folge, daß die GmbH. I—IV die Verschöpfung anderer Personen für zweckmäßig gehalten haben (1). Vor allem ist aber keine Steuer umgangen. Denn die natürliche Gestaltung bedingte den unmittelbaren Übergang des Hauses an die GmbH. I—IV (praktischer m. A. n. an die von ihnen gebildete Konzerngesellschaft bürgerlichen Rechtes) und die Steuer dafür ist bereits bei Einbringung des Hauses in die HausGmbH. entrichtet (Dtt: StW. 1930, 470). d) Dies Urteil ist um so bemerkenswerter, weil es die Verschöpfung fremder Personen als unrichtig bezeichnet und damit in einen gewissen Widerspruch mit dem sonst vom RFH. eifern festgehaltenen Grundsatz gerät, daß der Treuhänder als wirklicher steuerpflichtiger Eigentümer zu betrachten ist (Lion, § 1 Ann. 7). Es kann ferner auch für die oben abgedruckte Entscheidung bei der durch sie angeordneten erneuten Verhandlung wesentlich werden, wenn nämlich der Erwerb etwa von Anfang an für den Konzern beabsichtigt war, also von den  $\frac{16}{25}$  von M. & Co. von Beginn an die Hälfte mit  $\frac{9}{25}$  für den BeschwF. bestimmt war. Man könnte dann sogar die Voraussetzung der Steuerersparnis verneinen, denn der naturgemäße Gang wäre die sofortige Eintragung von M. & Co. zu  $\frac{9}{25}$  und die des BeschwF. zu  $\frac{17}{25}$  gewesen. Diese Steuer ist aber bereits erhoben. e) In einem weiteren von Dtt S. 471 mitgeteilten Urteile scharf der RFH. ein, es müsse den Aktienbesitzer lediglich darum zu tun gewesen sein, gemeinschaftlich wie Mit-eigentümer das Grundstück zu benutzen. In demselben Sinne sprechen sich eine Reihe anderer Entsch. aus (Dtt S. 472, 473). Darunter ist besonders bezeichnend die Freistellung der Übertragung von Anteilen einer sog. MieterGmbH. (JW. 1929, 1512. Dazu Dtt: StW. 1929, 592). Hier war nach dem RFH. das

besitz an die Beschw. übertrug und selbst ausschied. Danach war es berechtigt, die Sache nach den Verhältnissen zu betrachten, die zwischen den drei beteiligten Gesellschaftern bestanden und eine tatsächliche Feststellung des FinGer., daß alle Beteiligten Miteigentum haben erwerben wollen, als ohne Rechtsirrtum getroffen zu bezeichnen. Bei solcher Sachlage wäre auch nichts dagegen einzuwenden, wenn der festgestellten Umgehungsabsicht bei dem ersten Erwerb für die Feststellung der Absichten bei dem zweiten eine Beachtung nicht verjagt wird. Aber vorliegend, in dem es sich nur um die Verschiebung des Anteils der gleichen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen handelt, kann allein die frühere Umgehungsabsicht nicht ausreichen, um daraus die Umgehungsabsicht und eine den wirklichen Bedürfnissen widersprechende Gestaltung der späteren Rechtsvorgänge abzuleiten.

(RFS., Ur. v. 18. März 1930, II A 160/30.)

17. § 3 GrErbStG. \*  
Ist die AktG. A an der GmbH. B und der GmbH. C zu je  $\frac{2}{3}$  beteiligt und wird das restliche Drittel der Gesellschaft B an die Gesellschaft C und das der Gesellschaft C an die Gesellschaft B abgetreten, so kann auf Grund von § 5 a. F. (§ 10 n. F.) RAbgD. angenommen werden, daß alle Geschäftsanteile der GmbH. B und C in der Hand der AktG. A vereinigt sind.

Der Beschwerdegegnerin standen seit 1923 zwei Drittel der Geschäftsanteile der GrundstücksGmbH. Bankplatz 6 zu. Das letzte Drittel war in den Händen des P. Dasselbe traf für die Geschäftsanteile der GrundstücksGmbH. Bankplatz 7 zu.

Durch Verträge v. 22. Mai 1924 trat P. seinen Geschäftsanteil an der Bankplatz 6-Gesellschaft an die Bankplatz 7-Gesellschaft und seinen Geschäftsanteil an der Bankplatz 6-Gesellschaft an die Bankplatz 6-Gesellschaft ab. Damit war P. aus dem Verbands der beiden Grundstücksgesellschaften ausgeschieden und die Beschwerdegegnerin alleinige Herrscherin beider Gesellschaften geworden.

Die Steuerstelle nahm an, daß die Beschwerdegegnerin i. S. des § 3 GrErbStG. alle Geschäftsanteile beider Gesellschaften in ihrer Hand vereinigt habe. Da die Gesellschaften Eigentümer je des in ihrer Firma bezeichneten Grundstücks waren, zog die Steuerstelle die Beschwerdegegnerin unter Anwendung des § 5 a. F. (§ 10 n. F.) RAbgD. zur Grunderwerbsteuer heran.

Die Einsprüche der Herangezogenen blieben erfolglos. Das FinGer. stellte von der Steuer frei, der Rechtsbeschwerde war stattzugeben.

Richtig ist, daß — bürgerlich-rechtlich betrachtet — die Geschäftsanteile der Grundstücksgesellschaften Nr. 6 und 7 nicht in einer Hand vereinigt sind. Denn sie stehen der Beschwerdegegnerin zu  $\frac{2}{3}$  und der anderen Gesellschaft zu  $\frac{1}{3}$  zu. Wenn auch die Grundstücksgesellschaften sich wirtschaftlich in den Händen der Beschwerdegegnerin befinden, so sind sie doch nicht dieselben Rechtspersönlichkeiten wie diese, da jede juristische Person losgelöst von ihren Mitgliedern zu betrachten ist.

Es greift aber der Gesichtspunkt durch, daß die Grundstücks-

treibende Motiv nicht der Erwerb von Bruchteilseigentum, vielmehr die Selbstnutzung durch Miete. Wenn Stockwerkzeigentum gälte, wäre m. A. n. die Sache vielleicht minder klar. In diesem Zusammenhange spricht Ott davon, daß die Rspr. bei Anwendung des § 5 (nunmehr) vorsichtig vorgehe. f) Auf den ersten Blick befremdend — besonders wenn man vorher (StW. 1929 Nr. 1001) gelesen hat — wirken demgegenüber die Ur. FZ. 1928, 1420 und 1929, 2441. Die Steuerpflicht, obwohl a) der Beträger sich geweigert hatte, das Grundstück selbst zu übertragen; b) der Erwerber als Ausländer nicht die behördliche Genehmigung erhalten hätte; c) das Grundbuchamt zu langsam arbeitete. Hier war also das Abhilfsmittel des Aktien-erwerbes eigentlich durch andere Erwägungen diktiert. Inmerhin brauchen diese andersartigen Beweggründe — wenigstens im Falle a) und c) — die Absicht, das Grundstück selbst zu erwerben, nicht unbedingt auszuschließen. Beide Motivreihen können auf disparaten Ebenen liegen. Über den Fall b), Erwerb des Ausländers, könnte man allerdings anders denken. Der Ausländer wollte und konnte das Grundstück selbst eben nicht erwerben. Aber er wurde doch wirtschaftlicher Eigentümer, und aus diesem Grunde ist doch wohl seine Heranziehung gerechtfertigt. Der RFS. betont demgegenüber einen moralischen Grund, die Umgehung der Erwerbserlaubnis. Das Steuerrecht ist aber alles andere als ethisch, siehe die Besteuerung von Bordelleinnahmen oder von Schmiegeldern. Früher war der RFS. in den b-Fällen milder und hat § 5 nicht angewendet (Partei R. 66 zu § 1). g) Günstig für den Steuerzahler ist RStW. 1929, 529: Ein Pfl., der sein Geschäft in eine GmbH. einbringen wollte, hat die Bargründung mit Strohmännern gewählt, weil er sich durch ein Herausreten mit seinem Namen mit den Händlern von Lebensmitteln versenden hätte; § 5 ist nicht angewendet. h) Besonders wichtig ist natürlich die Frage, ob wirklich eine Erwerbsabsicht erzielt werden sollte. K. will sein Haus an A., B. und C. zu je  $\frac{1}{3}$  verkaufen. Aber nur A. kann sofort alles zahlen, B. und C. nur je  $\frac{1}{6}$  statt  $\frac{1}{3}$ . Wenn die Eintragung zu je  $\frac{1}{3}$  erfolgt, müßte auf die Bruchteile von B. und C. für ihn eine Hypothek eingetragen

gesellschaften in ihrem Einverständnis von der Beschwerdegegnerin nur vorgeschoben sind, um zwar im eigenen Namen, aber auf Weisung und für Rechnung der Beschwerdegegnerin die Mitgliedschaft auszuüben. Das darf man bei so eigenartiger Verschachtelung ohne weiteres annehmen, und für die Wahl der ungewöhnlichen Rechtsformen kann nur die Absicht der Steuerersparung bestimmend gewesen sein, weil ein anderer Zweck nicht ersichtlich und auch nicht behauptet ist.

Rechtsirrtümlich ist die Ansicht des FinGer., daß die Beschwerdegegnerin rechtlich und wirtschaftlich nur über je  $\frac{2}{3}$  der Geschäftsanteile beider Grundstücksgesellschaften verfügte. Mit Recht wirft die Steuerstelle die Frage auf, wer denn über das letzte Neunteil verfügt habe. Die Beschwerdegegnerin war die einzige Rechtspersönlichkeit, die an den beiden Grundstücksgesellschaften sachlich beteiligt war. Ihr allein gebührt letzten Endes die gesamte Verfügungsmacht. Um das zu erkennen, bedurfte es nicht der mathematischen Betrachtung der Steuerstelle, gegen die im übrigen nichts einzuwenden ist. Der von der Rechtsordnung gebotene Weg, um das von der Beschwerdegegnerin erstrebte wirtschaftliche Ziel zu erreichen, wäre der gewesen, daß sie die restlichen Geschäftsanteile selbst erwarb. Das Dazwischenschieben eines Treuhänders war ein ungewöhnliches Geschäft. Auch die sonstigen Voraussetzungen des § 10 n. F. (§ 5 a. F.) sind erfüllt.

(RFS., 2. Sen., Ur. v. 7. Juli 1931, II A 256/31.)

### Reichsversicherungsamt.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke, Landgerichtsdirektor  
Kerfing, Berlin.

[\*\* Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVerfA.) abgedruckt.]

○ Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen“, herausgegeben von Mitgliedern des RVerfA. (EuM.), abgedruckt.]

1. § 539 b RVD. Kaufmännischer und verwaltender Teil eines Großhandelsunternehmens. Unfallversicherung eines Handlungsreisenden eines solchen Unternehmens.

1. Auch der kaufmännische und verwaltende Teil eines Großhandelsunternehmens kann nach § 539 b RVD. der gewerblichen UB. unterliegen.

2. Ein Handlungsreisender, dessen Tätigkeit einem nach § 539 b RVD. versicherten kaufmännischen Teil des Unternehmens zuzurechnen ist, genießt auch während seiner Beschäftigung, die sich nicht in örtlicher Nähe des versicherten Betriebes abspielt, Versicherungsschutz.)

Die An- und Verkaufsgenossenschaft des Kreises K., eGmbH., die in der Stadt N. ihren Sitz hat und in verschiedenen anderen Orten Zweigstellen unterhält, betreibt vorwiegend Handel mit Futtermitteln.

werden. Bequemer ist es, wenn K. sein Grundstück in eine MobilisierungsktG. einbringt, A. bekommt von den Aktien sein  $\frac{1}{3}$  und die bedürftigsten  $\frac{2}{6} = \frac{1}{3}$ ; B. und C. nur je  $\frac{1}{6}$ . Zahlen sie ihre Restschuld an A. und erhalten sie ihr weiteres  $\frac{1}{6}$ , so ist das m. A. n. steuerfrei. Zwar sollte in Wahrheit Bruchteilseigentum übertragen werden. Aber der reguläre Weg war die direkte Eintragung aller drei zu je  $\frac{1}{3}$ , und diese Steuer ist durch die Einbringung des K. in die AktG. bereits fällig geworden. Allerdings sind die Gebühren für die Hypothekenbestellung erspart. Ob diese Gebühren, denen übrigens die des KapVerkStG. gegenüberstehen, unter § 5 fallen, ist eine Frage für sich, die nach § 1 Abs. 1 RAbgD. wohl zugunsten des Pflichtigen zu beantworten wäre.

14. Das Resultat ist also:

Die Teilübertragung von Anteilen (Aktien, GmbH-Anteile) ist nur dann steuerpflichtig, wenn die Absicht a) beider Parteien, b) gerade zur Zeit der Übertragung, c) wirtschaftlich lediglich, d) auf die Übertragung von Bruchteilseigentum und e) auf eine Steuerersparnis gerichtet war. Dabei darf man ein gewisses Wohlwollen des RFS. mit in Rechnung stellen.

Dr. Ernst Fleck, Hannover.

Zu 1. Dem Urteil ist m. E. keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung beizulegen. Nach dem vorliegenden Sachverhalt, wo zwischen der Reisetätigkeit des Kl. und dem Betriebszweig der Firma ein enger Zusammenhang bestand, da der Kl. von seinen kleinen Reisen in die Umgebung regelmäßig dorthin zurückkehrte, ist dem Urteil jedoch zuzustimmen. An der Auslegung des § 539 b RVD. ist nichts auszusagen. Zutreffend führt auch der letzte Absatz der Entsch. aus, daß der Wohnsitz des Kl. für den Versicherungsschutz unerheblich ist, vielmehr der örtliche Zusammenhang mit dem Betriebszweig in Ausübung der Tätigkeit, wenn auch nur mittelbar, gewahrt sein muß. Eine wichtige Prüfung, die der Hauptpflicht der VerGen. aber eine andere Wendung hätte geben können, haben aber anscheinend sämtliche Instanzen und auch der Senat nicht vor-

Getreide, Sämereien, Düngemitteln, landwirtschaftlichen Maschinen, Baumaterialien und Kohlen. Von ihrer Hauptgeschäftsstelle aus erfolgt die kaufmännische Leitung und Verwaltung in Büroräumen, die mit Lagerräumen für die Waren und sonstigen technischen Betriebsteilen auf einem Grundstück vereinigt sind. Nach dem Gehalts- und Lohnnachweis für die Großhandels- und Lagerei-BerGen. waren bei der Firma i. J. 1928 achtundzwanzig technische Angestellte und gewerbliche Arbeiter beschäftigt. Zu dem kaufmännischen Personal des Unternehmers gehörte der Kl. Er war etwa zur Hälfte im Büro und zur anderen Hälfte als kaufmännischer Reisender gegen festes Monatsgehalt tätig. Bei seiner Reisetätigkeit benutzte er regelmäßig ein Motorrad, für dessen Unterhaltung er aufzukommen hatte; von seiner Firma erhielt er lediglich zur Abgeltung der ihm unterwegs erwachsenen Unkosten Kilometergelder und einen kleinen Spesenzuschuß.

Am 3. Okt. 1928 erlitt der Kl. auf einer Geschäftsfahrt mit seinem Motorrad einen Unfall. Seinen Entschädigungsanspruch hat die Großhandels- und Lagerei-BerGen. abgelehnt, da er als Halter des Kraftfahrzeuges anzusehen sei und deswegen als selbständiger Herrenfahrer nicht der WPflicht unterliege.

Gegen diesen Besch. hat die Wkrankk. für den Kreis N. gemäß § 1511 RWD. Berufung eingelegt. Sie weist darauf hin, daß der Kl. früher zu seinen Geschäftsreisen ein von der Firma gestelltes und von deren Kutscher geführtes Geschäftsfuhrwerk benutzt habe, und hält es für unerheblich, daß der Kl. zur Zeit des Unfalls sein eigenes Motorrad verwendete. Das OVerfL. hat die Entschädigungspflicht der Bekl. dem Grunde nach anerkannt: Es ist ohne rechtliche Bedeutung, wenn das Motorrad gehört, der Kl. genieße den Schutz des § 539 b RWD.

Gegen dieses Ur. richtet sich der Rekurs der Bekl. Sie schließt sich der bereits früher von der Vereinigung der Arbeitgeberverbände des Deutschen Großhandels dem ArbW. und WVerfL. gegenüber vertretenen Ansicht an, daß § 539 b RWD. auf Betriebe des Geschäftsbereichs der Großhandels- und Lagerei-BerGen. grundsätzlich keine Anwendung finden könne. Denn in diesen Betrieben sei stets der kaufmännische Teil des Unternehmens das Wesentliche; der versicherte technische Teil diene zwar dem kaufmännischen Teil, nicht aber umgekehrt der kaufmännische dem technischen Teil des Betriebes. Ueberdies fehle es beim Kl., der seinen Wohnsitz nicht in N., sondern in S. habe, an dem in § 539 b RWD. geforderten nahen örtlichen Verhältnis zu dem technischen Teile des Unternehmens.

Das WVerfL. hat den Rekurs der Bekl. zurückgewiesen und in den G r ü n d e n folgendes ausgeführt:

Der Auffassung der Bekl., für Betriebe ihres Geschäftsbereichs sei die Anwendbarkeit des § 539 b RWD. grundsätzlich ausgeschlossen, ist der Sen. nicht beigetreten.

Wie bereits in der grundsätzlichen Entsch. des WVerfL. vom 29. Nov. 1929 (EuM. 26, 19) ausgeführt worden ist, bezwecken die Worte in § 539 b RWD. „oweit er den Zwecken des versicherten Betriebs dient“ nur eine Klarstellung in der Richtung, daß nicht etwa der gesamte kaufmännische und verwaltende Teil eines Unternehmens der W. in den Fällen unterliegen solle, in denen ein für das Gesamtunternehmen nebensächlicher technischer Betrieb (z. B. Fahrstuhl, Heizung) vorhanden ist. Darüber hinaus darf der Wurzdruck „dienen“ nicht überspannt werden. Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß der Gesetzgeber mit diesem Ausdruck etwa eine Rangordnung zwischen dem kaufmännischen und technischen Teil in dem Sinne hat einführen wollen, daß der wirtschaftliche Schwerpunkt des Unternehmens in dem technischen Teil liegen müsse. Vielmehr genügt nach der Auffassung des erk. Sen. eine oft nur mittelbare Abhängigkeit des kaufmännischen Teils von dem technischen, die durch den wirtschaftlichen Zweck des Unternehmens am deutlichsten erkennbar wird. Durch das Wesen des gesamten Unternehmens nicht bedingte, mit dem Zweck desselben nicht oder nur ganz entfernt zusammenhängende technische Einrichtungen werden daher in der Regel keine Versicherung des kaufmännischen Teils eines Großhandelsunternehmens herbeiführen. Hinzu kommt noch, daß es sich bei dem technischen Teil des Betriebes nicht um einzelne und vorübergehende technische Einrichtungen innerhalb des Gesamtunternehmens, sondern nach dem Wortlaut des Gesetzes um einen „Betrieb“ zur Behandlung und Handhabung der Ware i. S. des § 537 RWD., d. h. um einen auf die Dauer berechneten Inbegriff von Tätigkeiten handeln muß, die auf einen einheitlichen Zweck gerichtet sind.

Danach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß z. B. bei einem Lagerhausunternehmen der kaufmännische Teil dem versicherten

technischen Teil „dient“. Eine andere Beurteilung wird dagegen geboten sein, wenn ein Großhandelsunternehmen nur ein kleines Lager von Warenproben oder Mustern im Zusammenhang mit seinem kaufmännischen Unternehmen unterhält, die zu Liefernden Waren aber nicht selbst lagert, behandelt oder befördert, sondern lediglich die Aufträge ihrer Kundschaft über die bei Fabrikanten oder anderen Handelsunternehmen lagernden Waren zur Ausführung bringen läßt. Derartige Unternehmungen — vorwiegend solche des Zwischenhandels — werden regelmäßig keinen versicherten technischen „Betrieb“ i. S. des § 537 Nr. 11 und 12 RWD. haben, so daß auch ihr kaufmännischer und verwaltender Teil dann nicht nach § 539 b a. a. D. gegen Unfall versichert sein kann.

Im vorl. Falle ist hiernach unzweifelhaft anzunehmen, daß bei der Un- und Verkaufsgenossenschaft des Kreises N., eGmbH., der kaufmännische Teil den Zwecken des versicherten technischen Betriebs dient. Da weiterhin die kaufmännischen Büroräume in unmittelbarer örtlicher Nähe des versicherten Betriebs liegen (vgl. hierzu die bereits angeführte RekEntsch. 3856; NachtrWVerf. 1929, IV, 444 = EuM. 26, 19), sind sämtliche kaufmännische Angestellten der Firma, zum mindesten solange sie in den Büros tätig sind, als versichert anzusehen.

Aber auch die weitere Frage, ob der Kl., der als Reisender nicht nur im Büro, sondern auch außerhalb des Geschäftssitzes tätig ist, Versicherungsschutz genießt, war zu bejahen.

§ 539 b RWD. will offenbar den Kreis des kaufmännischen Personals bestimmen, der als versichert anzusehen ist. Es kommt danach nicht auf jeden einzelnen Angestellten, sondern nur auf den gesamten in Frage kommenden kaufmännischen Teil des Unternehmens an. Treffen bei dem kaufmännischen oder verwaltenden Teil des Unternehmens die Voraussetzungen des § 539 b a. a. D. zu, so ist daher auch jeder zu diesem kaufmännischen Teil gehörige Angestellte versichert. Dieser Versicherungsschutz bleibt bestehen, auch wenn der Angestellte zeitweilig im Interesse des Unternehmens außerhalb der Betriebsstätte als Reisender oder sonstige tätig wird. Die Verhältnisse liegen hier ähnlich wie bei einem Arbeiter oder Monteur auf dem Betriebswege. Für die Feststellung, ob ein Reisender einem versicherten kaufmännischen Teil des Unternehmens zuzurechnen ist, wird es z. B. von wesentlicher Bedeutung sein, ob er auch Kontorarbeiten verrichtet und einen ständigen Arbeitsplatz im Büro hat. Ist dagegen das Unternehmen so eingerichtet, daß das Ein- und Verkaufsgeschäft im wesentlichen nur in der Hand von Reisenden liegt, wohnt etwa ein Reisender außerhalb des Sitzes des Unternehmens und findet sich nur gelegentlich dort ein, steht also mit dem Unternehmen nur in ganz losen Beziehungen, so kann insoweit ein besonderer kaufmännischer Teil des Unternehmens vorhanden sein, der zu dem versicherten technischen Teil nicht in einem dem Zwecke entsprechenden örtlichen Verhältnis zu stehen braucht.

Im vorl. Falle bestehen sehr enge Beziehungen zwischen dem versicherten kaufmännischen Unternehmen und der Reisetätigkeit des Kl., da er teils im Büro, teils als Reisender in der näheren Umgebung des Betriebsitzes tätig gewesen und regelmäßig dorthin zurückgekehrt ist. Der Kl. genöß daher auch auf Reisen den Versicherungsschutz aus der gewerblichen W. Sein Anspruch auf Rente wegen der Folgen des bei seiner Reisetätigkeit erlittenen Unfalls ist, da eine meßbare Minderung der Erwerbsfähigkeit über die dreizehnte Woche hinaus zurückgeblieben ist, begründet.

(WVerfL., RekEntsch. v. 20. Nov. 1930, I A 2780/30, EuM. 29, 2.)  
[3.]

**\*\* 02.** Ist der Geschäftsführer einer GmbH. durch Dienstvertrag bestellt, so unterliegt seine Beschäftigung der Arbeitslosenversicherung, sofern sie nicht angestelltenversicherungsfrei ist. Dadurch, daß der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter der GmbH. ist, wird die Versicherungspflicht jedenfalls dann nicht ausgeschlossen, wenn er als Gesellschafter keinen maßgebenden Einfluß auf die Entschliessungen der Gesellschaft hat.

(WVerfL., 3. BeschSen. der Abt. für Angest., Knappsch.- u. Arbeitslosenverf., Beschl. v. 25. März 1931, III Ar 2/31 B.) [R.]

genommen. Die BerGen. hat freilich diese Frage angeschnitten, indem sie sich darauf berief, daß der Kl. als Halter des Fahrzeuges anzusehen sei und deswegen der WPflicht nicht unterliege. Das ist jedoch nicht entscheidend. Die BerGen. sowie auch vor allem der als oberste Instanz besaßte Senat des WVerfL. hätte vor allem die Kraftfahrzeugpapiere des Kl. prüfen müssen, und zwar dahin, ob der Kl. ein fog. Kleinkraftfahrzeug verwendete, d. h. bis zu 200 cem Hubraum, dessen Führung keines Führerscheins bedarf, oder ein darüber hinausgehendes, das einen Führerschein der Klasse 1 be-

nötigte. Führen eines solchen Kraftfahrzeuges ohne Führerschein wird bekanntlich nach § 24 des Kraftfahrzeuggesetzes mit Geldstrafe bis zu 300 M oder mit Gefängnis bis zu 2 Monaten bestraft, also als Vergehen i. S. des StGB. Unter der Voraussetzung des Nichtvorliegens eines Führerscheins konnte die BerGen. die strafrechtliche Verurteilung herbeiführen, so daß der Kl. gem. § 577 Abs. 1 RWD. gegenüber der BerGen. nur noch einen „Kann“-anspruch hatte. Dann aber war der Rechtszug dem Kl. verschlossen.

## II. Länder. Oberverwaltungsgerichte.

### Preußen.

#### Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräs. Geh. RegR. v. Kries u. N. Dr. Görres,  
Berlin.

1. § 5 Abs. 1 PrGewStB. Aufwendungen einer GmbH, die sie anlässlich ihrer Gründung für Gesellschaftsteuer machen muß, gehören zu den Werbungskosten und können daher vom Ertrage der Gesellschaft abgezogen werden. †)

Der GewStBerAusf. hatte bei der Festsetzung der Gewerbeertragssteuer einer GmbH. 2000 RM, die die GmbH. anlässlich ihrer Gründung an Gesellschaftsteuer gezahlt hatte, im Gegensatz zum GewStAusf. als abzugsfähige Ausgabe angesehen, nämlich als Werbungskosten i. S. des § 16 EinkStG. v. 10. Aug. 1925.

Die Rechtsbeschwerde des Vors. des GewStAusf. ist zurückgewiesen.

Nach § 5 Abs. 1 GewStB. in der für 1927 geltenden Fassung der Bek. v. 15. März 1927 (GS. 21) wird der Gewerbeertrag nach den Bestimmungen des EinkStG. über das steuerbare Einkommen aus Gewerbebetrieb und dessen Ermittlung festgestellt. Bei Gewerbetreibenden, die Handelsbücher nach den Vorschr. des HGB. führen — dazu gehört die steuerpflichtige GmbH. —, wird der Gewinn aus Gewerbebetrieb nach Maßgabe der Vorschr. des § 13 EinkStG. durch Vergleich des Anfangs- und des Endvermögens des Steuerabschnitts ermittelt, wobei neben andern die Vorschr. dieses Gesetzes über die abzugsfähigen Ausgaben (§§ 15—18) zu beachten sind. Zu den Ausgaben gehören nach § 15 Abs. 1 Ziff. 1 die Werbungskosten, das sind nach § 16 Abs. 1 „die zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einkünfte gemachten Aufwendungen“. Nach § 18 dürfen als Ausgaben Aufwendungen nicht abgesetzt werden, die sich als Verwendung des Einkommens darstellen; hierher gehören nach Ziff. 1 das insbes. Aufwendungen zur Verbesserung und Vermehrung

Zu 1. Der Entsch. ist im Ergebnis zuzustimmen. Im wesentlichen auch in der Begründung.

Die RBeschw. hatte sich auf § 18 EinkStG. (Einkommensverwendung) berufen. Mit Recht hat das OVG. diesem Einwand den von der RPr. des RFG. seit Inkrafttreten des EinkStG. 1925 immer schärfer herausgearbeiteten Grundsatz entgegengestellt: alle Betriebsausgaben sind „Werbungskosten“. Die Unterscheidung zwischen Ausgaben, die sich auf das Vermögen, und solchen, die sich auf das Einkommen beziehen, hat eben durch das Bilanzprinzip den größten Teil ihrer früheren Bedeutung eingebüßt. Das geht so weit, daß Becker S. 430 seines Komm. z. EinkStG. bemerkt: „Für die Einkommensarten 1—3“ (also auch für die Einkünfte aus Gewerbebetrieb), „kommt § 18 Abs. 1 Nr. 1 überhaupt nicht zu Raum.“ Im selben Sinne auch Evers, Komm. z. KörperStG., Anm. 5 ff. zu § 17 KörperStG. Ich möchte deshalb insoweit — im Gegensatz zu der Evers, Anm. 59 zu § 15 KörperStG. — auch abgesehen von der gesetzlichen Neuregelung die Entsch. des RFG. 15, 212/13 für überholt halten, in der der RFG. die bei einer Emission erwachsenen Unkosten nicht für abzugsfähig gehalten hat, weil der ganze Vorgang der Emission lediglich im Bereiche des Stammvermögens und nicht in dem der Einkommensbildung liege und deshalb für die Körperschaftsteuer außer Betracht zu bleiben habe. — Mit dem Hinweis auf § 18 EinkStG. wollte die RBeschw. aber offenbar noch einen weiteren Einwand erheben: daß nämlich die hier streitigen Ausgaben für Gesellschaftsteuer zu einer Zeit erwachsen sind, in der die Gesellschaft noch gar nicht ins Leben getreten war. Auch wenn man mit dem RFG. es mit dem Ausdruck „Betriebsausgaben“ nicht allzu wörtlich nimmt, also auch gewisse Ausgaben, wie Abstandsgebühren u. dgl., bezugrednet, die vor der eigentlichen Betriebsöffnung liegen, bleibt doch immer das Bedenken, daß man einer noch gar nicht existenten und darum noch gar nicht steuerpflichtig gewordenen Person nicht gut schon Betriebsausgaben zurechnen könne. Dieser Einwand ist allerdings nicht leicht zu nehmen. Für das Gebiet des Körperschaftsteuerrechts wird er durch die Vorschrift des § 15 Ziff. 4 KörperStG. (Emissionskosten sind abzugsfähig, soweit sie nicht aus dem Emissionsagio gedeckt werden können) erledigt. Damit kommt man jedoch für das Gewerbesteuerrecht, das lediglich die Vorschriften des EinkStG., nicht die des KörperStG. jüngeremäßig anwendet, nicht weiter. Andererseits aber hilft auch das EinkStG. nicht viel, denn bei Gründung einer Personengesellschaft sind die Steuerpflichtigen als solche schon da, nur ihre Verbindung zu einer Gesellschaft und zum Betriebe eines Gewerbes ist neu. Daß dieser Gesichtspunkt auch dem RFG. Anlaß zu Zweifeln gegeben hat, geht aus seinem (später als das hier

des Vermögens, zu Geschäftserweiterungen, zu Kapitalanlagen, zur Schuldentilgung oder zu Ersatzbeschaffungen, soweit diese Aufwendungen über den Rahmen der §§ 15, 16 hinausgehen und nicht für Gegenstände gemacht sind, die beim Vermögensvergleich berücksichtigt werden, sowie nach Ziff. 3, die von dem Steuerpflichtigen entrichtete Einkommensteuer sowie sonstige Personalsteuern.

Die Entsch. der strittigen Frage hängt hiernach davon ab, ob die Gesellschaftsteuerzahlung zu den Werbungskosten oder zu den nicht abzugsfähigen Aufwendungen des § 18 gehört. § 18 Abs. 1 Ziff. 3 steht dem Abzuge der Gesellschaftsteuer nicht entgegen, da diese, eine besondere Art der Kapitalverkehrssteuer, nicht zu den Personalsteuern gehört. Mit Unrecht nimmt der Beschw. an, daß es sich für die steuerpflichtige Gesellschaft bei der Gesellschaftsteuerzahlung um Einkommensverwendungen i. S. des § 18 handle, die über den Rahmen der Werbungskosten deshalb hinausgingen, weil sie aus Anlaß der Gesellschaftsgründung entstanden seien. Die der früheren RPr. des OVG. für das PrEinkStG. v. 24. Juni 1891 entsprechende Rechtsauffassung, daß Aufwendungen, die unmittelbar die Einkommensquelle und nur mittelbar das Einkommen betreffen, nicht unter die Werbungskosten fielen, ist vom OVG. in Anwendung der Vorschr. des EinkStG. v. 10. Aug. 1925 (RGG. I, 189) bereits in der Entsch. v. 13. Dez. 1928, VIII G St 339/27 (R.-u. PrVerwBl. 50, 274) aufgegeben worden. Denn nach § 18 EinkStG. sollen, wie aus der Begründung zu entnehmen ist, die Werbungskosten alle die Betriebsausgaben umfassen, deren Abzug nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist (zu vgl. Mrozek, Komm. z. EinkStG., 1926, S. 77 Anm. 1 zu § 16; Struz, Komm. z. EinkStG., 1927, Bd. I S. 889 ff., 1028; RFG. 20, 208, 211/212). Darunter fällt auch die Aufwendung, die die Steuerpflichtige für Gesellschaftsteuer machen mußte. Sie stellt sich für die steuerpflichtige Gesellschaft nicht als Verwendung des Einkommens, insbes. nicht als Aufwendung zur Verbesserung oder Vermehrung des Vermögens, zur Geschäftserweiterung oder zur Kapitalanlage dar. Die Aufwendungen für Gesellschaftsteuer aus Anlaß der Gesellschaftsgründung können als über den Rahmen der Werbungskosten hinausgehende Einkommensverwendungen der Gesellschaft i. S. des § 18 nicht angesehen werden.

(PrOVG., 8. Sen., Beschl. v. 18. Febr. 1930, XIII G St 107/29.)

\*

vorliegende Erkenntnis ergangene) Urteil EW. 1930 Nr. 766 hervor. Dort ging es gleichfalls um die Abzugsfähigkeit der Gesellschaftsteuer, und zwar bei Gründung einer KommGes. & Co. In dem Urteil heißt es u. a.: „Die Gründung einer DKG. ist für die Einkommensteuer kein Akt, durch den ein Steuerpflichtiger erst entsteht, sondern ein Akt, den mehrere schon bestehende Steuerpflichtige vornehmen, weil sie sich davon gewerbliche Vorteile versprechen.“ Wenn es sich aber, wie hier, um eine GmbH. handelt, so fällt naturgemäß eine solche Argumentation fort. Es zeigt sich dann bei solchen Gelegenheiten immer wieder, daß der gänzliche Ausschluß einer entsprechenden Anwendung körperschaftsteuerlicher Bestimmungen im Bereiche des Gewerbesteuerrechts für dieses doch zu großen Schwierigkeiten der Auslegung führt. Es kommt noch hinzu, daß man für die Körperschaftsteuer den Zeitpunkt der steuerlichen Rechtsfähigkeit u. U. bereits in das Gründungsstadium hineinverlegen kann (RFG. 12, 326), was im Gewerbesteuerrecht bedenklich ist, weil die Gewerbesteuerpflicht an die Eröffnung des Betriebes knüpft. Trotzdem wird man zu einem anderen Ergebnis als dem des vorliegenden Urteils nicht gelangen dürfen. Der Grund dafür liegt freilich in reinen Billigkeitserwägungen. „Es sprechen starke wirtschaftliche Gründe dafür, eine steuerfreie Beschaffung . . . des Grundkapitals zuzulassen. Denn durch den Gründungsvorgang wird ja nicht nur das Subjekt, die Rechtspersönlichkeit geschaffen, sondern zugleich mit Vermögen ausgestattet. Und man kann annehmen, daß die Gesellschaftsgründung . . . unterbleiben würde, wenn die Gründer . . . nicht davon ausgingen, daß die Aufwendungen sich für den Betrieb lohnen würden, mit anderen Worten, daß das gesamte Vermögen der Gesellschaft nicht nur um den Nettobetrag des ihr nach Abzug der Ausgabekosten verbleibenden Kapitals erhöht werden würde, sondern mindestens zugleich um den Gegenwert der dafür aufgewendeten Kosten. Ist diese Annahme richtig, so muß auch bei einer Liquidation dieser Betrag wieder zutage treten, und es wäre billig, auch diesen Betrag steuerlich als Einlage zu behandeln, also entweder die Aktivierung dieser Kosten zuzulassen oder den Gewinn des Jahres in jedem Falle um die aufgewendeten Emissionskosten zu kürzen“ (Evers, Anm. 59 a. a. D.). Die Entscheidung hängt letzten Endes von dem Gewicht ab, das man solchen wirtschaftlichen Überlegungen (die Evers a. a. D. übrigens nur gesetzespolitisch anstellt) beilegen will. Ich möchte es für stark genug halten, um sich auch gegen ein immerhin beachtliches Bedenken formaljuristischer Art durchzusetzen und damit auch ohne unmittelbaren gesetzlichen Anhalt den Abzug der Gesellschaftsteuer einer GmbH. bei der Gewerbeertragssteuer zu rechtfertigen.

RA. Dr. Harold W r z e l, Berlin.

2. § 5 Abs. 1 PrGewStW.D.; § 52 EinkStG. Die gemäß § 52 EinkStG. bei der Festsetzung der Einkommensteuer vorzunehmenden Abzüge kommen bei der Gewerbesteuer nach dem Ertrage nicht in Betracht. †)

Ein Gewerbesteuerberufungsausschuß billigte, daß der Gewerbesteuerauschuß bei der Berechnung der Gewerbesteuer einer Firma das vom FinV. festgestellte gewerbliche Einkommen zugrunde gelegt und einen Abzug des steuerfreien Einkommensteils nach § 52 Abs. 1 Nr. 1 EinkStG. und der Familienermäßigungen nach § 52 Abs. 1 Nr. 2 das. nicht für zulässig erachtet hatte.

Die Rechtsbeschwerde wies das OVG. zurück.

Allerdings kann es zunächst zweifelhaft sein, ob die Gründe der angefochtenen Entsch. diese zu tragen vermögen. Denn wenn auch nach § 5 Abs. 1 GewStW.D. der Gewerbeertrag nach den Bestimmungen des EinkStG. über das steuerbare Einkommen aus Gewerbebetrieb und dessen Ermittlung festzustellen ist, so sind doch die Festsetzungen der FinV. für die Gewerbesteuerbehörden nicht bindend. Nach der ständigen Rspr. des OVG. haben die Gewerbesteuerbehörden vielmehr die Pflicht eigener Prüfung. Wenn daher die Regierung tatsächlich — wie es nach dem Steuerbescheide den Anschein hat — bestimmt haben sollte, daß das gewerbliche Einkommen nach den vom FinV. ermittelten Sätzen (unverändert) „zu übernehmen“ sei, so würde dies mit der Rechtslage nicht im Einklang stehen.

Im vorliegenden Falle kommt es auf diesen Punkt nicht entscheidend an, zumal da die Steuerpflichtige die Festsetzung nach den Sätzen des FinV. nicht bemängelt hat, sondern nur die Berücksichtigung der Abzüge auch bei der Gewerbesteuer beansprucht hat. Dieser Antrag ist unbegründet. Nach § 16 GewStW.D. i. d. Fass. der Bek. v. 15. März 1927 (GS. 21) ist der Veranlagung der Gewerbesteuer für 1928 der Ertrag zugrunde zu legen, den das Unternehmen im Kalenderjahre 1927 (oder dem früher ablaufenden Wirtschaftsjahr) erzielt hat; nach § 5 a. a. D. sind die Bestimmungen des EinkStG. über das steuerbare Einkommen aus Gewerbebetrieb und dessen Ermittlung maßgebend. Diese finden sich in den §§ 29—34 a. a. D. Die Abzüge von dem Einkommen für die Festsetzung der Einkommensteuer gemäß § 52 a. a. D. sind also für die Gewerbesteuer nicht anzuwenden. Dazu kommt noch, daß die Gewerbesteuer eine Objektsteuer ist und dem Unternehmen als solchem auferlegt ist. Mit diesem Charakter der Gewerbesteuer als einer Objektsteuer wäre es nicht vereinbar, wenn auch Abzüge berücksichtigt würden, die lediglich in den persönlichen Verhältnissen des Betriebsinhabers ihren Grund haben. Ebenjowenig wie die von diesem entrichtete Einkommensteuer bei der Feststellung des Gewerbeertrags abgezogen werden kann (§ 18 Abs. 1 Ziff. 3 EinkStG.), ebenjowenig kann dabei auf die bei der Einkommensteuer gemachten Abzüge irgendwelche Rücksicht genommen werden.

(PrOVG., 8. Sen., Entsch. v. 11. Febr. 1930, VIII GSt 224/29.)

Zu 2. Es liegt eine inkorrekte Ausdrucksweise der GewStW.D. vor. Aus dem Gesetzestext kann man in der Tat herauslesen, daß bei Berechnung des Gewerbeertrages die persönlichen Abzüge des Betriebsinhabers zu berücksichtigen sind. Sachlich würde diese unberechtigt sein, denn die Besteuerungsmerkmale für die Gewerbesteuer sind dem Unternehmen und nicht der persönlichen Leistungsfähigkeit des Inhabers zu entnehmen. Ausschlaggebend ist ferner die Erwägung, daß bei einer OVG. offenbar nicht die mehreren Seiten zustehenden Kürzungen addiert werden können.

RA. Dr. Paul Marcuse, Berlin.

## D. Ausländische Gerichte.

### 1. Österreich.

1. Auch nach dem OstGmbHG. können Nachschüsse vor vollständiger Einzahlung der Stammeinlagen nur ein- gefordert werden, wenn eine bezügliche Bestimmung im Gesellschaftsvertrage enthalten ist. †)

(OGG. Wien, Entsch. v. 4. März 1931, 3 Ob 171/31, OstAnwZtg. 1931, 151, 152.)

### 2. Ungarn.

2. Die in Ungarn eingetragene Vertretung einer ausländischen AktG. besitzt eine von der Rechtspersönlichkeit der ausländischen Gesellschaft verschiedene Rechts- persöhnlichkeit nicht. Ladung und Prozeßeinlassung der Filiale wirkt für und gegen die Muttergesellschaft.

(Ung. Rgl. Kurie v. 30. April 1931, P VII 936/30.)

Mitgeteilt von Dr. Josef Goldberger, Budapest.

Zu 1. § 28 Abs. 2 OGmbHG. („Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß die Einforderung von Nachschüssen . . . schon vor vollständiger Einforderung der Stammeinlagen zulässig ist“) wird in der Literatur dahin ausgelegt, daß die Einforderung von Nachschüssen vor vollständiger Bezahlung der Stammeinlagen nur zulässig sei, wenn dies der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich bestimme. Im OstGmbHG. fehlt eine analoge Bestimmung. In Betracht kommt nur § 74 Abs. 3 OstGmbHG. „Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß die Einforderung von Nachschüssen schon vor vollständiger Einzahlung der Stammeinlagen zulässig ist, so kann die Zurückzahlung solcher Nachschüsse vor der Voreinzah- lung des Stammkapitales nicht erfolgen.“ Ob in dieser, dem vor- letzten Abs. des § 30 OGmbHG. analogen Bestimmung implizite, insbes. im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte des österr. Ge- setzes, auch die Vorschrift enthalten sei, daß Nachschüsse vor voll- ständiger Einzahlung der Stammeinlagen nur im Hinblick auf eine ausdrückliche Bestimmung des Gesellschaftsvertrages eingefordert werden können, ist strittig gewesen. Es wurde nämlich in der Generalversammlung einer GmbH., deren Gesellschaftsvertrag eine solche ausdrückliche Bestimmung, wie sie § 28 Abs. 2 OGmbHG. im Auge hat, nicht enthält, der Beschluß gefaßt, Nachschüsse über die Stammeinlagen einzufordern, wiewohl die Stamm- einlagen im Zeitpunkte dieses GenVerschlusses noch nicht voll eingezahlt waren. Der Beschluß wurde von einem Gesellschafter gem. § 41 Ziff. 2 OstGmbHG. als eine zwingende Vorschrift ver- leihend mittels Klage auf Nichtigkeitserklärung angefochten, und zwar mit der Begründung, daß es gem. § 74 Abs. 3 OstGmbHG. zur Einforderung von Nachschüssen vor Volleinzahlung der Stamm- einlagen einer bezüglichen Bestimmung im Gesellschaftsvertrage bedürfe. Das Kreisgericht Leoben als erste Instanz gab dieser Klage statt, das OVG. Graz mit einer sehr interessanten Begrün- dung und der OVG. Wien bestätigten das erstinstanzliche Urteil.

RA. Dr. Maximilian Bößler, Wien.

Die Übersicht der Rechtsprechung dieses Heftes gelangt aus technischen Gründen im nächsten Heft zum Abdruck